



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI ROMA

SEZIONE LAVORO - PRIMO GRADO 3^a

IL GIUDICE, Dott. Umberto Buonassisi, quale giudice del lavoro, all'udienza del 16.10.2018 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 41321/2017 R.G. e vertente

TRA

P. [REDACTED] M. [REDACTED] G. [REDACTED], elettivamente domiciliata in Roma, via Germanico n. 172/a, rappresentata e difesa dall'Avv. Michelangelo Salvagni per procura in atti

RICORRENTE

E

AZIENDA OSPEDALIERA S. [REDACTED] C. [REDACTED] F. [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in Roma, C. Gianicolense n. 87, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella e Egidio Mammone per procura in atti.

RESISTENTE



FATTO E DIRITTO

La ricorrente ha lavorato per l'azienda [REDACTED] con diversi contratti di collaborazione professionale in alcuni casi prorogati qualificati come di natura occasionale nel periodo che va dal 7.2.2011 al 30.6.2016.

Con il presente giudizio afferma che questi contratti avrebbero mascherato con evidente fine fraudolento un normale rapporto di lavoro subordinato avendo lei sempre svolto le normali mansioni del dirigente medico strutturato nell'ambito del reparto Ucri e avendo oltretutto gestito per un certo periodo in prima persona il medesimo reparto, sempre sotto la direzione e/o la supervisione del primario.

In sostanza avrebbe lavorato con le stesse mansioni e le stesse modalità del normale personale dipendente di una qualsiasi azienda ospedaliera, osservando un orario fisso che andava dalle 8,30 sino almeno alle 18,30/19 e garantendo anche la propria disponibilità nei fine settimana e nei giorni festivi.

In ogni caso mancherebbero i requisiti previsti dagli art. 61 e seguenti del D.lgs. n. 276/03.

Ha chiesto, pertanto, di dichiarare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato tra le parti e di condannare l'azienda al pagamento delle differenze retributive maturate, come quantificate negli allegati conteggi (€ 153.514,48, somma comprensiva del tfr), nonché al versamento ex art. 2126 c.c. dei contributi previdenziali e al pagamento, a titolo di risarcimento danni, dell'indennità prevista dall'art. 32



della legge n. 183/2010, oltre al danno da perdita di chance subito a causa della illecita e fraudolenta reiterazione dei contratti a termine.

La dott.ssa [REDACTED] ha poi dedotto che la condotta illecita dell'azienda, con l'illegittima precarizzazione della sua prestazione e la sottoposizione ad un "super lavoro", le avrebbe procurato un ulteriore danno e per questa ragione ha chiesto, in ogni caso, di condannare la resistente al risarcimento del danno biologico, morale, alla dignità, all'identità personale, all'immagine ed esistenziale da lei subito.

Si è costituita l'Azienda [REDACTED] eccependo la prescrizione di tutti i diritti maturati nel periodo 7.2.2011-14.3.2015, o quantomeno 7.2.2011-14.3.2013 e chiedendo di rigettare il ricorso.

E' stata assunta prova testimoniale ed è stato autorizzato il deposito di note illustrative.

Infine all'odierna udienza il giudice, all'esito della camera di consiglio, ha deciso la causa con la lettura del dispositivo ed il deposito della presente sentenza contestuale.

Va respinta l'eccezione di prescrizione avendo la ricorrente dedotto l'esistenza di un unico rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato iniziato nel 2011 e durato sino 30.6.2016, mascherato con la stipulazione di fittizi contratti di collaborazione, con la conseguenza che, in relazione a tale prospettazione, confermata come si vedrà dalla espletata istruttoria, non trattandosi di rapporto assistito dalla c.d."stabilità", il termine di prescrizione non può in alcun modo decorrere in costanza di rapporto e prima della sua cessazione avvenuta il 30.6.2016.



1000000

1000000

Infatti la Suprema Corte (tra le molte: sentenza n. 11736 del 21 maggio 2007) ha ripetutamente chiarito che il presupposto della stabilità reale – che consente il decorso della prescrizione quinquennale dei crediti del lavoratore durante il rapporto, ai sensi dell'art. 2948, n. 4, cod. civ. – va accertato con riferimento al concreto atteggiarsi del rapporto stesso e alla configurazione che di esso danno le parti nell'attualità del suo svolgimento (dipendendo da ciò l'esistenza, o meno, di una effettiva situazione psicologica di "metus" del lavoratore) e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto, in astratto, regolare il rapporto ove questo fosse sorto, fin dall'inizio, con le modalità e la disciplina che il giudice riconosce applicabili (Cass. 20 giugno 1997 n. 5494; 10 aprile 2000 n. 4520; 14 ottobre 2000 n. 13722; 23 aprile 2002 n. 5934). La carenza di una stabilità reale riconosciuta ed operativa impedisce il decorso della prescrizione durante il rapporto, a seguito delle note sentenze della Corte Costituzionale n. 63 del 1966, n.143 del 1969 e n. 174 del 1972.

Ciò premesso, dagli atti risulta che le parti hanno sottoscritto diversi contratti di collaborazione ai sensi degli artt. 2222 e 2229 c.c., e più precisamente contratti d'opera intellettuale, aventi ad oggetto, come si legge anche nella comparsa di costituzione, tipiche opere ed attività clinico diagnostiche.

Per questa ragione l'azienda convenuta ha invocato il c.d. *nomen iuris* richiamando la normativa, a partire da quella del D.lgs n. 165/2001, che consente alla P.A di stipulare forme flessibili di contratto.

Per l'azienda si sarebbe trattato di tipico lavoro autonomo senza vincolo di subordinazione e la ricorrente avrebbe svolto solo (pag. 9 della comparsa di costituzione) non meglio precisate "prestazioni professionali di tipo specialistico" presso l'UCRI.



La semplice lettura della memoria di costituzione evidenzia però l'assoluta genericità delle difese e l'omessa contestazione specifica di circostanze, specificatamente allegate in ricorso e fornite in molti casi di un preciso riscontro documentale, che dimostrano chiaramente il carattere del tutto fittizio di questa qualificazione del rapporto.

Essendo evidente che la possibilità di stipulare contratti flessibili non significa certo che l'amministrazione può servirsi di questi, attraverso l'espedito di contratti annuali e semestrali che si succedono nel tempo (nel caso in esame per circa 6 anni) per coprire le sue stabili carenze di organico e che la collaborazione autonoma non ha nulla a che vedere con le prestazioni di un medico che, non importa se giovane e privo del diploma di specializzazione, e neppure se potesse o meno partecipare a concorsi pubblici in ambito ospedaliero, ha di fatto svolto con cadenza giornaliera le stesse mansioni del normale personale medico dipendente.

A tale proposito l'unica vera contestazione specifica dell'azienda consiste nell'affermazione che la ricorrente avrebbe sempre fornito il proprio apporto professionale "in presenza di almeno un medico dipendente esperto nella disciplina e pertanto.... Anche di altre figure mediche che di volta in volta potevano essere chiamate per le necessità terapeutiche, limitandosi a collaborare in ausilio, in completa autonomia, col predetto personale medico."

Ma poi, anche nei capitoli di prova, l'azienda non indica alcun nominativo di medico "esperto" che avrebbe affiancato la ricorrente e tutto rimane sul generico.

L'azienda ha inoltre preferito semplicemente ignorare quanto risulta dai docc. 12 e segg. allegati al ricorso, e cioè la gravissima carenza di personale



medico nell'ambito dell'Ucri come denunciata già dal primario dott. [REDACTED] che spiega chiaramente le vere ragioni dei contratti e le mansioni tipiche del personale medico dipendente certamente affidate alla ricorrente (v., tra le altre, la lettera del 27.6.2015 a firma del Direttore Sanitario Dott. [REDACTED]: "le attività ordinarie di visita dei degenti saranno svolte nei giorni feriali dalla dott.ssa Pellegrino").

Si noti che la convenuta non contesta nemmeno in modo specifico l'orario indicato in ricorso, né indica peraltro un diverso orario, limitandosi ad affermare che la stessa sarebbe stata, non si sa bene come, "libera da orari" e che non risulterebbe neppure la sua presenza durante turni notturni e festivi.

L'azienda nemmeno contesta il livello di inquadramento richiesto, ovvero indica un eventuale diverso livello in cui le prestazioni potrebbero essere collocate, limitandosi ad affermare, quanto ai conteggi, che il premio di fine servizio deve essere erogato oggi dall'Inps.

Si è in presenza allora di una tipica contestazione generica che per legge equivale a mancata contestazione.

Operando il disposto di cui all'art. 416, comma 3 cpc, per il quale il convenuto ha l'onere di prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica e contraddittoria contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda e le posizioni *originariamente* assunte nella memoria di costituzione sono "immodificabili" salvo che per le difese in diritto (cfr Cass. n. 1562 del 3/2/2003, Cass. n. 12636 del 17.6.2005, Cass. n. 21106 del 2.10.2009, ecc).

Occorre allora intendersi su come debba essere intesa la nozione di contestazione specifica.



Perché in realtà, se il convenuto contesta senza però fornire una ricostruzione dei fatti idonea a contrastare quella della parte ricorrente, o se lo fa in modo del tutto contraddittorio con affermazioni del tutto illogiche, si è in presenza di una situazione equiparabile proprio alla mancata contestazione prevista dall'art. 416 comma 3 cpc.

Come è stato giustamente rilevato anche dalla giurisprudenza di merito (v. Corte D'Appello di Roma, sent. n. 729 del 2/2/2015): *“se fosse sufficiente una contestazione generica non opererebbe l'onere di contestazione tempestiva, onere sul quale invece si fonda tutto il sistema processuale, al di là dell'art. 167 c.p.c. per il rito ordinario e dell'art. 416 per il processo del lavoro, e che ha trovato definitiva consacrazione nell'art. 115 c.p.c. per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69. A tal fine rilevano: il carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; il sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; i principi di lealtà e probità posti a carico delle parti; il generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost.. In sintesi, la contestazione del convenuto, per essere rilevante - cioè per evitare l'effetto di rendere i fatti costitutivi allegati estranei alla materia del contendere ed al conseguente potere di accertamento del giudice - non deve essere generica, cioè concretizzarsi in formule di stile, in espressioni apodittiche o in asserzioni meramente negative, ma deve essere puntuale, circostanziata, dettagliata ed omnicomprensiva delle circostanze sulle quali viene chiesta l'ammissione della prova”*.

Si noti che anche il silenzio di una parte sui fatti allegati dall'altra (o su alcuni di essi, come nel caso di specie), non è scevro di conseguenze, dati gli effetti del principio di non contestazione (tempestiva e specifica), nel frattempo codificato con efficacia non più limitata alle controversie di lavoro a seguito



della modifica dell'art. 115, primo comma, cod. proc. civ., nel testo introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69.

E che detto regime di allegazione è inderogabile (cfr, tra le altre recenti, Cass. n. 15527 dell'8/7/2014 e Cass. n. 7684 del 18/4/2016), in quanto il processo civile di cognizione si fonda su preclusioni rigide che non possono essere modificate su accordo delle parti, nemmeno con il consenso del giudice, posto che l'interesse sotteso non è di natura privatistica bensì ha carattere pubblicistico, in quanto condiziona il celere e regolare andamento del processo, funzionale al raggiungimento del principio costituzionale della sua ragionevole durata (art. 111 Cost.).

Con la conseguenza che deve ritenersi tardiva la contestazione successiva come quella contenuta per la prima volta nelle note difensive autorizzate prima della discussione della parte convenuta (cfr., Cass. n. 22866 dell'8/10/2013).

Insomma la difesa è del tutto generica e ciò potrebbe essere considerato sufficiente ai fini dell'accoglimento del ricorso in punto differenze retributive dovute comunque alla ricorrente ex art. 2126 cod. civ.

Questa è stata comunque smentita dall'istruttoria espletata.

Perché la ricorrente, come è stato confermato in particolare dal Dott. [REDACTED], responsabile dell'unità Anestesia, Terapia del Dolore e UCRI in cui era inserita la dott.ssa [REDACTED], che per tutto il periodo di causa e sino al suo pensionamento nel maggio del 2016 ha lavorato nel reparto Ucri insieme alla ricorrente (*"abbiamo aperto insieme il reparto UCRI."*), svolgeva proprio le tipiche mansioni del medico dipendente (v. p. 9 del ricorso) osservando un orario fisso a partire dalle 8,30 della mattina, allorchè si interfacciava con gli



infermieri per verificare le consegne dei colleghi che avevano effettuato il turno di notte, anche al fine di accertarsi delle condizioni di tutti i pazienti, di cui gestiva tutte le necessità situazioni critiche, effettuava il c.d "giro visite", visitava i pazienti, ne verificava i parametri vitali (pressione, temperatura, frequenza), controllava e se necessario modificava le terapie prescritte, controllava la diuresi, l'alvo ed i presidi, ovvero le cannule tracheostomiche, richiedeva consulenze specialistiche ai colleghi di altri reparti, secondo le necessità accertate durante la visita del paziente, prendeva visione dei risultati degli esami di laboratorio e delle consulenze specialistiche, verificava i programmi riabilitativi prescritti ai singoli pazienti e la loro corretta attuazione da parte dei fisioterapisti incaricati, emetteva certificati medici e redigeva relazioni cliniche sui pazienti ricoverati, verificava lo stato del paziente, prescriveva i programmi di nutrizione enterale e parenterale somministrati ai pazienti, trattava le lesioni da piaghe da decubito ecc.

Faceva proprio quello che fa un medico dipendente e anzi dall'istruttoria è emerso che la dott.ssa [REDACTED] coordinava e gestiva gli infermieri, i fisioterapisti, il personale ausiliario e i logopedisti addetti all'Ucri, gestiva l'accettazione, ovvero il ricovero e le dimissioni dei pazienti, gestiva la domiciliazione dei pazienti dimessi e si relazionava con i parenti dei pazienti quanto alle condizioni in cui versavano quest'ultimi ecc.

Come confermato dal teste [REDACTED] e anche dall'altro teste [REDACTED] [REDACTED] citato dalla resistente, che peraltro non ha mai visto in concreto lavorare la dott.ssa [REDACTED], la ricorrente provvedeva, da sola, a tutte le incombenze mediche "del quotidiano", stante l'assenza per malattia fino al 2014 del dott. [REDACTED] (*"io intervenivo solo quando c'erano criticità sanitarie..che mettevano in pericolo la salute dei pazienti, altrimenti provvedeva lei"*).



Insomma la ricorrente ha svolto sempre le funzioni ordinarie di un'azienda ospedaliera e comunque del reparto UCRI e le mansioni tipiche di un dirigente medico, osservando un preciso orario secondo le esigenze del reparto (*"la ricorrente è sempre stata presente dalle ore 8,30 della mattina fino al tardo pomeriggio.. fino alle 18,30/19 c'era di sicuro)"*).

E lo ha fatto con modalità tipiche della subordinazione (*"in caso di ferie doveva chiedere l'autorizzazione a me.. doveva essere reperibile per i giorni di sabato e domenica e anche per i giorni festivi.. lavorava sotto le direttive che le davo io ... in caso di assenza la ricorrente mi doveva chiamare perché, in questo caso, dovevo venire io"*), così ancora il teste [REDACTED].

Ove si consideri che queste stesse mansioni sono state svolte sempre dalla ricorrente con lo stesso orario che andava dalle 8,30 alle 18,30/19 dal lunedì al venerdì, nonché, in caso di criticità, anche il sabato e la domenica e nei giorni festivi, secondo le esigenze dell'Ucri e non certo "autonomamente", e sono state oltretutto espletate, disponendo di una postazione di lavoro, sulla base delle direttive del primario ([REDACTED] e solo dal 1.5.2016 [REDACTED] [REDACTED]) e con mezzi e strumenti di proprietà della resistente, il quadro può dirsi chiaro.

E può essere sintetizzato da quanto dichiarato dal teste [REDACTED] *"so che quando se ne è andata, c'è stato il problema di sostituirla nel quotidiano che abbiamo risolto, prima distaccando un anestesista rianimatore... poi è stato affidato al dott... dipendente del [REDACTED].."*

Peraltro, quanto alle modalità di svolgimento di queste prestazioni tipiche della subordinazione, sono provate per tabulas le direttive di carattere organizzativo anche a lei indirizzate dal primario (doc. n. 15) e risulta che la ricorrente giustificava le proprie assenze per malattia (doc. n. 18) e doveva



chiedere le ferie al responsabile di reparto che poi quest'ultimo doveva approvare (doc. n. 19).

Mentre gli stessi contratti (e le relative proroghe) non riescono a nascondere la vera natura del rapporto al punto che in essi si legge che la ricorrente si impegna a prestare la propria attività *"secondo i tempi e gli orari di esecuzione delle attività stabilite dal responsabile dell'Unità di Cure Residenziali Intensive.."*

Altro che rapporto di lavoro autonomo e non a caso le determinazioni aziendali prodotte identificano la ricorrente come una *determinata risorsa* sia per quanto attiene la *continuità assistenziale*, sia per le *specifiche competenze acquisite*:

Si è già visto che devono ritenersi provate, a norma dell'art. 416 comma 3° c.p.c. e dell'art.115 c.p.c., le attività oggetto del rapporto di lavoro, così come descritte dalla [REDACTED] nel proprio atto introduttivo, in quanto non specificamente contestate nella comparsa di costituzione e comunque provate per tabulas, prima che per effetto delle dichiarazioni dei testimoni.

Il quadro che emerge da tutte queste produzioni e dichiarazioni è insomma quello di un dirigente medico stabilmente inserito nell'organizzazione della convenuta che svolgeva le sue prestazioni sulla base delle variabili esigenze dell'azienda e che riceveva direttive da quest'ultima come tutti gli altri medici dipendenti.

Gli orari non erano certo determinati liberamente dalla [REDACTED] ma dalla stessa natura dei compiti affidatigli, dalle direttive del responsabile e dalle esigenze dei pazienti.

Sussistono insomma elementi precisi e concordanti che consentono di affermare l'esistenza di un normalissimo rapporto di lavoro subordinato tra



le parti, caratterizzato dalla continuità della prestazione svolta con cadenza quotidiana secondo le tipiche esigenze di un ospedale e avvalendosi dei mezzi e dei locali di quest'ultima, senza alcun rischio d'impresa.

A tale proposito giova ricordare che l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato può ben essere compiuto mediante una valutazione globale di una pluralità di indizi (vedi Cass. n. 9252 del 19 aprile del 2010, nonché Cass. Sezione Lavoro n. 5508 del 18 marzo 2004, che richiama Cass. Sezioni Unite Civili 30 giugno 1999 n. 379, secondo cui *“ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni (e, in particolare, della loro natura intellettuale o professionale) e del relativo atteggiarsi del rapporto, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari – come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale – che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione”*).

In altre parole vi sono situazioni in cui il vincolo di subordinazione appare attenuato in quanto il lavoratore non viene continuamente assoggettato a specifiche disposizioni, onde è legittimo accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in base ai criteri distintivi sussidiari, quali la mancanza in capo al prestatore di lavoro di una pur minima organizzazione imprenditoriale ovvero l'incidenza del rischio economico, l'osservanza di un orario, la forma di retribuzione, la continuità delle prestazioni e via di seguito (Cass. n. 1536 del 21.1.2009).



Inoltre la presenza dei caratteri della subordinazione, quali la predeterminazione del contenuto della prestazione, l'organizzazione degli strumenti produttivi da parte del datore di lavoro, nonché la prestazione dell'attività lavorativa nei locali di quest'ultimo e l'assenza di rischio economico del lavoratore, non perde il suo carattere "indicativo" per il solo fatto che il lavoro venga reso per poche ore durante la giornata, dato che il rapporto di lavoro subordinato può ben coesistere con altre attività lavorative o di studio (così Cass. n. 9152 del 6/7/2001; Cass. n. 20659 del 25/10/2005, Cass n. 5495 del 14 marzo 2006).

Si intende dire che il vincolo della subordinazione "*non ha tra i suoi tratti caratteristici ed indefettibili la permanenza dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro*" (Cass. n. 58/2009).

Quindi, anche se fosse vero che la ricorrente non lavorava tutti i giorni o non osservava un orario fisso, ciò non avrebbe escluso affatto l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

In sintesi, costituisce requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione da quello autonomo, la subordinazione ossia quel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, derivante dall'emanazione di ordini specifici oltre che dall'esercizio di un'attività di vigilanza e di controllo nell'esecuzione delle sue prestazioni lavorative. Non costituisce per contro requisito indispensabile per la distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato il carattere dell'assiduità del controllo e della vigilanza attraverso cui il datore di lavoro esercita sul lavoratore subordinato il potere gerarchico e organizzativo, ben potendo tale controllo essere più o meno intenso o attenuato in relazione alla natura delle mansioni svolte dal



lavoratore subordinato e alle caratteristiche dell'attività esercitata dall'azienda nella quale egli è inserito (Cassazione n. 18757 del 26 settembre 2005).

Il requisito dell'assoggettamento va quindi diversamente considerato (o adattato) in relazione al tipo di attività svolta con conseguente necessità di una differenziazione - più o meno consapevole e più o meno "spinta" - nella utilizzazione di indicatori nella qualificazione, in rapporto a tipologie con diversa caratterizzazione secondo modelli socio-culturali correnti evocabili alla stregua della generica formula di legge (Cassazione n. 5079 del 3 marzo 2009).

Si spiegano così le frequenti e condivisibili affermazioni giurisprudenziali secondo le quali l'assiduità dell'esercizio del potere direttivo può risultare non necessaria rispetto alle mansioni che per loro natura comportano una certa autonomia e non richiedono un costante esercizio dei poteri gerarchici (Cass. n. 4015 del 20/3/2002; Cass. n. 20157 del 18 ottobre 2005; Cass. n. 20034 del 17 settembre 2009 ecc.).

Va poi ricordato che il mancato esercizio del potere disciplinare non costituisce un argomento significativo per catalogare la natura del rapporto, posto che la sua manifestazione non si esaurisce nel momento sanzionatorio di una condotta inadempiente, ma è direttamente funzionale al potere imprenditoriale di organizzazione dei fattori di produzione e, come tale, si atteggia quale elemento concorrente per desumere la natura subordinata del rapporto Cass. n. 5508/2004 citata).

Infatti l'esercizio del potere disciplinare è solo eventuale e rileva solo se risultano dedotti dal datore di lavoro specifici casi in cui, ricorrendone i presupposti (ossia essendosi verificata un'infrazione), non sia stato esercitato



(Cass. n. 4280 del 1.3.2005; Cass. n. 4476 del 21 marzo 2012; Cass. n. 4856 del 28.2.2014 ecc.).

Ma nel caso di specie non risultano disservizi di alcun genere imputabili alla Pellegrino.

La circostanza che la ricorrente avrebbe potuto assentarsi senza alcuna conseguenza, non escluderebbe affatto, a sua volta, la natura subordinata del rapporto, come più volte evidenziato dalla Suprema Corte (v., tra le altre, Cass. n. 4476 del 21 marzo 2012) e comunque nel caso di specie è provato che la Pellegrino inviava il certificato medico in caso di malattia.

Mentre, come rilevato ancora dal giudice di legittimità (per tutte: Cass. n. 3042 del 13 febbraio 2006; negli stessi termini la sentenza n. 23502/2010), ai fini della subordinazione è sufficiente provare che, per disposizioni dell'azienda, il lavoratore si rechi nel luogo e nel tempo indicati, per effettuare le prestazioni richieste. Ben possono, infatti, le direttive datoriali specificarsi attraverso elementi personali o materiali indicati dallo stesso datore e le persone alle quali è dal datore delegata questa indicazione possono persino essere estranee alla stessa azienda.

L'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo, esercitato dal datore - ha affermato la Corte - si risolve in una predisposizione; il datore predispone, in una misura maggiore o minore (a seconda del livello più o meno elevato del lavoro), i luoghi, i tempi e le modalità della prestazione (che è pertanto eterodiretta); e l'oggetto della prestazione in tal modo predisposta si risolve nelle *operae* (lavoro, nel senso puro del termine, in quanto svincolato da interna ragione e finalità); alla predisposizione non è necessaria l'indefinita protrazione del rapporto nel



tempo (il rapporto può anche essere costituito in funzione dello specifico oggetto della prestazione, per tempi brevissimi).

Va ribadito insomma che lo stabile e giornaliero inserimento delle prestazioni nell'organizzazione di un ospedale, comporta una vera presunzione di subordinazione che è onere del datore di lavoro vincere con specifiche allegazioni e contestazioni che invece mancano del tutto nel caso in esame (v. Cass. n. 1318 del 22.1.2014).

In conclusione, va ribadito che la tutela relativa al lavoro subordinato, per il suo rilievo pubblicistico e costituzionale, non può essere in alcun modo elusa (Cass. n. 7931 del 9/6/2000; Cass. n. 3200 del 5/3/2001; Cass. 4682 del 2/4/2002; Cass. n. 3001 del 1/3/2002; Cass. n. 16805 del 27/11/2002; Cass. n. 9892 dell'11 maggio 2005; Cass. n. 11952 dell'8/6/2005; Cass. n. 22129 del 16/10/2006; Cass. n. 5826 del 13/3/2007; Cass. n. 21591 del 13/8/2008; Cass. n. 13858 del 15/6/2009; Cass. n. 23638 del 22/11/2010; Cass. n. 215 del 8/1/2013; Cass. n. 18476 del 1/9/2014; Cass. n. 9224 del 7/5/2015 e numerose altre).

Se anche queste prestazioni sono state svolte illegittimamente ed in contrasto con norme imperative di legge, il lavoratore ha comunque diritto a ricevere, ex art. 2126, comma 2, cod. civ, per tutto il tempo in cui queste prestazioni sono state rese, il normale trattamento retributivo proprio di qualsiasi dipendente, con il connesso versamento dei contributi.

La prosecuzione dell'istruttoria appare in tale quadro del tutto superflua.

Quanto poi ai conteggi, va ribadito, appunto, che le somme richieste sono comunque dovute in caso di svolgimento di fatto di prestazioni di lavoro



subordinato in favore di un amministrazione od ente pubblico o azienda ospedaliera pubblica per i fini istituzionali dei medesimi, pur se non formalizzate e quindi anche se sono state svolte in violazione di norme imperative, a norma 2126 cod. civ., che prevede in questo caso il diritto alla retribuzione e alla contribuzione previdenziale propria di un rapporto di impiego pubblico regolare (Cass., 9 febbraio 1999 n. 1105; 23 aprile 2001 n. 5996; 2 aprile 2002 n. 4686; 3 luglio 2003 n. 10551; 17 ottobre 2005 n. 20009; 14 maggio 2014 n. 10426 ecc.).

In questo quadeo l'unica vera contestazione "specificata" concerne il premio di servizio/tfr (pari ad € 24.448,73) ed è fondata perchè, come giustamente evidenziato nella comparsa di costituzione, questo deve essere pagato dall'ente previdenziale competente (Gestione Separata dell'Inps).

Senza che possa rilevare in contrario il fatto che si è trattato di un rapporto di lavoro nullo per evidente violazione di norme imperative e che non è stato effettuato alcun accantonamento delle somme da parte dell'ente previdenziale.

Anche se ovviamente, l'azienda resistente dovrà provvedere immediatamente a trasmettere all'ente previdenziale tutta la documentazione necessaria, a cominciare ovviamente dalla presente sentenza, al fine di consentire alla dott.ssa Pellegrino di percepire il tfr.

Per il resto la contestazione in ordine ai criteri contabili del calcolo contenuto negli analitici conteggi della ricorrente e resta del tutto generica, non comprendendosi per quale motivo il compenso mensile previsto dal ccnl dovrebbe essere considerato "inferiore" ed essendosi la convenuta limitata a produrre una generica tabella dal quale non si ricavano in realtà le modalità di calcolo: *"Nel rito del lavoro, il convenuto ha l'onere della specificata contestazione*



dei conteggi elaborati dall'attore, ai sensi degli artt. 167, primo comma, e 416, terzo comma cod. proc. civ., e tale onere opera anche quando il convenuto contesti in radice la sussistenza del credito, poiché la negazione del titolo degli emolumenti pretesi non implica necessariamente l'affermazione dell'erroneità della quantificazione, mentre la contestazione dell'esattezza del calcolo ha una sua funzione autonoma, sia pure subordinata, in relazione alle caratteristiche generali del rito del lavoro, fondato su un sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato.. " (Cass. n. 563 del 17.1.2012 Cass. n. 6332 del 19.3.2014).

Ogni altra domanda deve essere respinta.

La ricorrente, che non ha chiesto peraltro (ben sapendo che non avrebbe potuto farlo) di ripristinare il suo rapporto di lavoro, non ha impugnato alcun contratto di lavoro subordinato a termine e quindi non è dovuta l'indennità di cui all'art. 12 della legge 183/2010.

Lo stesso rapporto di lavoro è cessato il 30.6.2016 e comunque, al di fuori dell'ipotesi prevista dal citato art. 12, il danno, anche da perdita di chance, va provato secondo le regole ordinarie e le affermazioni del ricorso sono assolutamente inidonee a detto fine.

In sintesi:"*La stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con un'amministrazione pubblica, al di fuori dei presupposti di legge, non può mai determinare la conversione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potendo il lavoratore conseguire una tutela... nei limiti di cui all'articolo 2126 c.c., qualora il contratto di collaborazione abbia la sostanza di rapporto di lavoro subordinato, con conseguente diritto anche alla ricostruzione della posizione contributiva previdenziale (così, tra le più recenti, Cass. n. 3384/2017).*



Ne consegue che vanno respinte tutte le pretese di natura risarcitoria che, direttamente o indirettamente, si ricollegano al mancato svolgimento della prestazione dopo la formale cessazione del contratto ovvero alla stessa illegittimità della forma contrattuale utilizzata in quanto sintomatica anche di "abuso di precarizzazione" (nel caso di specie, contratti d'opera).

Quanto poi al danno da "superlavoro" non si comprende neppure come questo potrebbe essere imputato ex art. 2087 cod. civ. all'azienda convenuta.

L'articolo 2087 c.c. *"non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali tecniche del momento"* (Cass. n. 4014/2017).

Non risulta che la ricorrente abbia mai rifiutato prestazioni extra peraltro assai diffuse anche per il normale personale dipendente negli ospedali a causa della stessa carenza di organico denunciata in ricorso e quindi la tutela di cui gode la ricorrente è esattamente la stessa di tutti gli altri dipendenti: il diritto ad essere integralmente retribuita per queste prestazioni che non sono vietate da alcuna norma e quindi non possono ingenerare alcuna responsabilità risarcitoria a carico del datore di lavoro, che però è tenuto a retribuirle.

Del resto, come risulta ancora una volta dallo stesso ricorso, e come è stato confermato dall'istruttoria espletata, la ricorrente lavorava di regola 5 volte a settimana e solo in alcuni casi (le criticità) svolgeva le sue prestazioni il sabato, la domenica ed i giorni festivi.

E dall'istruttoria non è emerso affatto il normale prolungamento della prestazione oltre le 18,30/19 (v. dichiarazioni dei testimoni).



Insomma, non vi è alcuna prova di un impegno eccedente addirittura "la normale tollerabilità" non essendo certo sufficiente allegare che, comunque solo per un certo periodo dal 2004 al 2006, la dott.ssa [REDACTED] si è trovata a dover gestire da sola, a causa della carenza di organico, il reparto Ucri.

In conclusione, il ricorso merita, in questi limiti, accoglimento e l'azienda convenuta deve essere condannata al pagamento della somma di € 129.065.75 (€ 153.514,48 - il tfr pari ad € 24.448,73 che dovrà essere pagato dalla Gestione Separata dell'Inps), oltre accessori.

Ogni altra domanda va invece respinta.

Le spese, liquidate ex D.M. n. 55/2014 e in base al valore dei crediti liquidati in favore della ricorrente, seguono la soccombenza come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

in parziale accoglimento del ricorso, dichiara che la ricorrente ha svolto in favore dell'azienda resistente prestazioni tipiche di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e pieno nel periodo che va dal 7.2.2011 al 30.6.2016;

condanna l'azienda resistente a versare i contributi previdenziali e assistenziali dovuti per dette prestazioni e a corrispondere alla parte ricorrente, a norma dell'art.2126, comma 2, c.c., la complessiva somma di € 129.065.75 a titolo di differenze retributive, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali come per legge dalla maturazione dei crediti fino al pagamento, nonché a rifondere alla stessa ricorrente le spese di lite, liquidate in euro 5.858,00, oltre rimborso forfettario, IVA e CPA, da distrarsi in favore dell'Avv. Michelangelo Salvagni antistatario.



Roma 16.10.2018

Il Giudice

Umberto Buonassisi

Sentenza n. 7699/2018 pubbl. il 16/10/2018
RG n. 41321/2017

