



Tribunale di Milano – Sez. Lavoro; Sent. del 16.03.2012

Sulla assunzione a tempo indeterminato dei collaboratori di strutture sanitarie

omissis

Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale di Milano, quale giudice del lavoro, depositato in cancelleria il 12.10.11, LO. ha chiamato in giudizio la FONDAZIONE X. Ha esposto di aver lavorato per tale convenuta - dal novembre del 2006 al 1° novembre del 2010 - e ha dedotto come avrebbe sempre svolto, in via di fatto, attività di carattere subordinato, specificando le mansioni attribuitele di ricercatrice all'interno del reparto di oncologia pediatrica del X., gli orari svolti e come avrebbe utilizzato solo mezzi e strumenti dell'ospedale.

Inoltre, ha allegato come i progetti contenuti nei contratti stipulati sarebbero stati da considerarsi generici e come, comunque, la stessa non sarebbe stata neppure sempre impiegata nell'ambito dei medesimi per come delineati.

Per tali ragioni, la ricorrente, sostenendo la natura privatistica della Fondazione e come alla stessa non si applicherebbe il decreto legislativo n. 165 del 2001, ha domandato la conversione del rapporto di lavoro, fin dall'inizio, in una relazione di tipo subordinato a tempo indeterminato, con condanna della parte convenuta a corrispondere alla stessa le differenze retributive tra le somme che avrebbe dovuto percepire e quelle erogate, da quantificarsi nel corso del giudizio, e con versamento delle retribuzioni dal 30/11/10 (data di interruzione della relazione lavorativa) fino all'effettiva riassunzione, con anche versamento dei relativi contributi.

Il tutto oltre interessi e rivalutazione dalle scadenze al saldo e con vittoria di spese.

La FONDAZIONE X, con articolata memoria difensiva, si è costituita in giudizio, contestando la ricostruzione attorea. Con vittoria di spese.

In particolare, la convenuta ha sostenuto la propria natura pubblicistica, l'impossibilità di conversione del rapporto in una relazione lavorativa subordinata a tempo indeterminato per i divieti esistenti in materia di pubblico impiego ai sensi dell'articolo 97 Cost. e come, comunque, non esisterebbero i presupposti per il riconoscimento di una relazione di tipo subordinato a tempo indeterminato.

All'udienza ex art. 420 c.p.c., tentata inutilmente la conciliazione, la causa è stata oralmente discussa e decisa come da dispositivo pubblicamente letto.

Motivi della decisione

Le domande attrici sono risultate infondate.

A) Per motivare il dispositivo, occorre, in primo luogo, evidenziare come la FONDAZIONE X. abbia una natura certamente pubblicistica.

In tal senso, infatti, depongono i documenti allegati in causa, tra i quali, innanzitutto, il decreto del Ministero della Salute del 28/4/06 chiarisce che "è disposta, ai sensi degli articoli 2e 3 del D.Lgs. 288/03, la trasformazione del X. in FONDAZIONE X" (cfr. doc. 2 res.).

Dunque, in modo manifesto e documentale, risulta evidente che il precedente X. è stato trasformato nella "FONDAZIONE X" ai sensi degli articoli 2 e 3 del D.Lgs. 288/03.

L'art. 2 cit., prevede che "Su istanza della Regione in cui l'Istituto ha la sede prevalente di attività clinica e di ricerca, con decreto adottato dal Ministro della Salute, gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico esistenti alla data di entrata in vigore della legge 16 gennaio 2003, n. 3, ferma restandone la natura pubblica, possono essere trasformati in Fondazioni di rilievo nazionale aventi le finalità di cui all'articolo 1, aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati e sottoposte alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze. Gli enti trasformati assumono la denominazione di Fondazione X.

2. Sono enti fondatori il Ministero della salute, la Regione ed il Comune in cui l'Istituto da trasformare ha la sede effettiva di attività e, quando siano presenti, i soggetti rappresentativi degli interessi originari. Altri enti pubblici e soggetti privati, che condividano gli scopi della fondazione ed intendano contribuire al loro raggiungimento, possono aderire in qualità di partecipanti, purché in assenza di conflitto di interessi: gli statuti, in conformità al presente decreto legislativo, disciplinano le modalità e le condizioni della loro partecipazione, ivi compreso l'apporto patrimoniale loro richiesto all'atto della adesione e le modalità di rappresentanza nel consiglio di amministrazione.

3. Le Fondazioni X. hanno durata illimitata. Ad esse sono trasferiti, in assenza di oneri, i rapporti attivi e passivi, il patrimonio mobiliare e immobiliare ed il personale degli Istituti trasformati".

Ora, la norma è esplicita nel confermare che, per le FONDAZIONI X., divenute tali ai sensi dell'articolo due menzionato, resta "ferma" la natura pubblica.

In analogo senso, del resto, si pone anche lo Statuto della Fondazione che evidenzia come i beni conferiti siano indisponibili (art. 5), la natura pubblica dei fondatori (art. 8), la designazione pubblicistica dei membri del consiglio di



amministrazione e del Presidente e degli altri organi fondamentali, il fine pubblico perseguito e la devoluzione allo Stato dei beni in caso di estinzione (cfr. le disposizioni di cui al doc. 3 res.).

Ancora, la natura pubblicistica di tali Fondazioni è stata ulteriormente illustrata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza numero 270 del 2005.

Sicché, gli enti di cui all'articolo due del decreto legislativo numero 288/03, quali quello di parte convenuta, devono considerarsi di natura pubblica non solo per l'esplicita definizione di legge, ma, altresì, per gli indici sopra esposti (fine pubblico perseguito, contributi pubblici attribuiti, natura dei soggetti fondatori, disciplina dello scioglimento della fondazione, natura dei beni conferiti: cfr. in tal senso, anche TAR Lombardia numero 4500 del 2009).

A tali enti, ai sensi dell'articolo tre del decreto legislativo numero 288 del 2003, si applicano, per quanto compatibili con le disposizioni del medesimo decreto, le previsioni di cui al libro I, titolo II, del codice civile.

È palese che detto richiamo riguarda unicamente la disciplina delle persone giuridiche non costituite in società e l'articolo 11 c.c. menziona, peraltro, "gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche" e, comunque, detto richiamo a tale parte del codice civile non vale a regolamentare i rapporti di lavoro, ma solo a ritenere applicabili, nei limiti di compatibilità, le disposizioni riferite alle fondazioni di diritto privato.

Le Fondazioni X. di cui si tratta, poi, devono essere distinte dagli enti di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 288 del 2003, definiti "istituti di diritto privato" e per i quali si deve confermare la natura privatistica a tutti gli effetti.

B) Posto come, dunque, si debba riconoscere come la resistente abbia natura pubblicistica ai sensi dell'articolo due del decreto legislativo numero 288 del 2003, venendo ad esaminare le tesi di parte attorea, si deve osservare come alla fattispecie non siano applicabili le norme di cui agli articoli 61 e seguenti del decreto legislativo 276 del 2003 che esigono che il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, che sia stato costituito, sia riconducibile a un progetto o programma.

Detto ultimo decreto delegato, infatti, è chiaro nello specificare, nell'art. 1, co. 2, che "non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale".

Sicché, poiché - per quanto sopra esposto - la FONDAZIONE X. deve essere considerata rientrante nell'ambito delle "amministrazioni pubbliche" e poiché non vi è alcuna ragione per ritenere che le Fondazioni di diritto pubblico non siano state considerate dal legislatore nell'area delineata dall'articolo 1, co. 2, del decreto legislativo 276 del 2003 (non essendovi alcun elemento in contrario neppure nel posteriore D.Lgs. n. 288/03), non possono essere applicate nei confronti della resistente le disposizioni relative alla carenza del progetto/programma di cui agli articoli 61 e 69 dello stesso decreto delegato.

Perciò, deve essere rigettata ogni domanda di accertamento di un rapporto subordinato tra la ricorrente e la convenuta che sia fondata sulla genericità o carenza del progetto o sulla non rispondenza delle mansioni svolte dalla lavoratrice all'incarico conferito nel contratto, rientrando l'ambito delle pubbliche amministrazioni tra le "fattispecie escluse" dall'area della menzionata normativa.

Un ulteriore elemento (ad abundantiam) per escludere le disposizioni sul progetto/programma, deriva, poi, dall'iscrizione della parte attorea a un albo professionale, ossia quello dei "medici veterinari" (cfr. pag. nove del ricorso).

C) A tal punto, occorrerebbe procedere a verificare se la ricorrente possa vedere il proprio rapporto convertito in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in ragione del suo concreto svolgimento.

Tuttavia, gli stessi elementi indicati in ricorso vengono a confermare la natura autonoma dell'esecuzione dell'incarico.

Non si può, infatti, non sottolineare come, nello stesso atto introduttivo del giudizio, la parte attorea, nel descrivere i tratti di una possibile eterodirezione, viene a illustrare come la ricorrente fosse "soggetta alle direttive del primario" e che, "in alcuni casi", dette direttive "divenivano veri e propri ordini" (cfr. pagina tre del ricorso).

Quindi, solo "in alcuni casi" le direttive del primario della lavoratrice divenivano "veri e propri ordini" e, pertanto, si deve ritenere prevalente l'autonomia del rapporto, posto come gli ordini la ricorrente potesse riceverli solo "in alcuni casi", restando, nel resto, le proprie mansioni autonomamente disciplinate.

Si ricorda, inoltre, come le "direttive" (che non divengano veri e propri ordini) siano generalmente compatibili con un rapporto di collaborazione, risultando, comunque, necessarie per la coordinazione dei contributi del proponente e di colui che riceve l'incarico.

Si aggiunga, ancora, come, in ogni caso, i capitoli contenuti nel ricorso attinenti a dette direttive si debbano considerare troppo generici per ammettere un'istruttoria.

Anche gli ulteriori indici della subordinazione, poi, sono stati delineati in modo generico (cfr. la allegazione per cui la ricorrente avrebbe dovuto concordare le ferie che altro non specifica) o contrastante con la descrizione in termini di eterodirezione del rapporto (cfr. la allegazione a pagina 11 del ricorso per cui gli orari della ricorrente erano "abbastanza flessibili").

Inoltre, in caso di assenza, la lavoratrice doveva solo avvisare e non portare il certificato medico (cfr. pag. 11 del ricorso), così che, per detti elementi, risulta confermata l'autonomia del rapporto, non essendo sufficiente, per la configurazione di una subordinazione, il mero utilizzo degli strumenti aziendali o un'eventuale esclusione del rischio d'impresa.

Pertanto, ogni argomentazione svolta dalla ricorrente per sostenere la natura subordinata del rapporto deve essere considerata non persuasiva e le domande relative devono essere rigettate.

D) Ad abundantiam, in ogni caso, è possibile osservare come, anche qualora fosse stata riconosciuta la subordinazione nella relazione lavorativa, non sarebbe stata concessa dalla normativa di legge la conversione in un rapporto a tempo indeterminato.

In tal senso, non è possibile, infatti, valorizzare il disposto dell'articolo 11 del decreto legislativo 288 del 2003 per il quale



"1. Nelle Fondazioni di cui all'articolo 2 il rapporto di lavoro del personale ha natura privatistica. Il personale dipendente alla data di trasformazione in Fondazione mantiene, ad esaurimento, il rapporto di lavoro di diritto pubblico e può optare per un contratto di diritto privato entro centottanta giorni dal decreto di trasformazione. Al personale che non opta per il rapporto di lavoro privato continua ad applicarsi la disciplina prevista dai D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni; per detto personale nulla è innovato sul piano della contrattazione collettiva nazionale di comparto. Per il personale delle Fondazioni di cui all'articolo 2, che opta per il rapporto di lavoro privato e per quello di nuova assunzione nelle stesse Fondazioni si applicano trattamenti economici derivanti da finanziamenti pubblici non superiori a quelli previsti dai contratti pubblici della dirigenza medica e non medica e del comparto sanità.

2. Negli Istituti non trasformati, il trattamento giuridico ed economico del personale è sottoposto alla disciplina del citato decreto legislativo n. 502 del 1992, e successive modificazioni, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché alla contrattazione collettiva nazionale di comparto. La commissione di cui al comma 2 dell'articolo 15-ter del decreto legislativo n. 502 del 1992 è composta, oltre che dal direttore scientifico, che la presiede, da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio sanitario nazionale, preposti a una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico, di cui uno scelto dal Comitato tecnico scientifico e uno individuato dal direttore generale. Nei medesimi Istituti è consentita l'assunzione diretta, di diritto privato a tempo determinato, per incarichi afferenti i progetti finalizzati di ricerca sulla base di specifici requisiti di natura professionale.

3. Nelle Fondazioni e negli Istituti non trasformati gli incarichi di direttore generale, direttore scientifico, direttore amministrativo e direttore sanitario sono di natura autonoma, esclusivi e di durata non inferiore a tre anni e non superiore a cinque. Il direttore generale deve essere in possesso del diploma di laurea e avere svolto un'esperienza qualificata di direzione in enti, aziende, strutture pubbliche o private di media o grande dimensione con autonomia gestionale e diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche e finanziarie, svolta nei dieci anni precedenti la nomina. Il direttore scientifico deve essere in possesso di comprovate capacità scientifiche e manageriali. Il direttore sanitario deve essere laureato in medicina e chirurgia e avere svolto un'esperienza almeno quinquennale di direzione tecnico-sanitaria in enti, aziende o strutture sanitarie, pubbliche o private, di media o grande dimensione. Il direttore amministrativo deve essere in possesso del diploma di laurea in discipline giuridiche o economiche ed avere svolto un'esperienza almeno quinquennale di direzione tecnica o amministrativa in enti, aziende o strutture sanitarie, pubbliche o private, di media o grande dimensione. Le funzioni di direttore sanitario e di direttore amministrativo cessano al compimento del sessantacinquesimo anno di età, fermi restando gli effetti di cui all'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503".

Infatti, la specificazione della natura privatistica del rapporto di lavoro (c.d. privatizzazione dell'impiego pubblico) è ormai comune all'intero ambito del pubblico impiego e non è elemento di significativo favore per le tesi attoree.

Inoltre, è da osservare che, quand'anche non fosse applicabile, nel caso, il decreto legislativo 165 del 2001 e il relativo articolo 36, l'esclusione dall'assunzione senza concorso nell'ambito delle pubbliche amministrazioni deriverebbe direttamente dall'articolo 97 della Costituzione.

Del resto, la Corte Costituzionale ha evidenziato come ogni esclusione dall'ambito del pubblico concorso deve essere espressamente stabilita dalla legge, specificando che "il concorso pubblico - quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito - costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa. Le eccezioni a tale regola consentite dall'art. 97 Cost., purché disposte con legge, debbono rispondere a "peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico"" (cfr. C. Cost. n. 363/06 e n. 81/06).

Non si può, quindi, non rilevare come l'articolo 11 del D.Lgs. 288/03 non provveda alcuna esclusione del pubblico concorso.

Inoltre, è possibile sottolineare come, per gli "istituti di diritto privato" di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 288 del 2003, siano, comunque, previste, per l'assunzione, delle "procedure di selezione e valutazione dei candidati".

Sicché, considerato come il legislatore abbia previsto delle forme selettive, anche se non concorsuali, per tali enti privatistici, non si comprende come avrebbe potuto, coerentemente e sistematicamente, al contrario, statuire una libera possibilità di "assunzione diretta" (senza neppure procedure selettive) per le "pubbliche" Fondazioni di cui all'articolo due, dovendosi, piuttosto, interpretare la normativa in un'ottica sistematica, ritenendo che per gli enti privati siano previste le selezioni non concorsuali di cui all'articolo 12 e per le Fondazioni pubbliche di cui all'articolo due le procedure concorsuali stabilite dall'articolo 97 della Costituzione.

Pertanto, il ricorso deve essere rigettato, ma la peculiarità della materia e il buon comportamento processuale delle parti, che hanno tentato diverse volte la conciliazione della lite, consente di individuare i motivi legge per la compensazione degli oneri processuali.

P.Q.M.

1. Respinge il ricorso.
 2. compensa le spese di lite.
- Fissa il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza.
Sentenza provvisoriamente esecutiva.



S.I. Ve.M.P

Tribunale di Milano
