

## Oggetto: parere su convenzioni infermieristiche

*In relazione ai quesiti pervenuti e relativi a riferito impedimento causa legge di modalità di contratti fra Aziende, Fondazioni, RSA, con liberi professionisti e/o con Studi Associati, si esprime, in modo sintetico e con riserva di esplicitazione successiva dei percorsi ermeneutici sottesi al responso, il seguente*

### PARERE

L'infermiere (già *infermiere professionale*) appartiene, al pari del medico, dell'avvocato, del geometra, etc., al novero delle professioni intellettuali cosiddette "protette" beneficiando nei codici Civile e Penale di una disciplina del tutto particolare rispetto agli altri prestatori d'opera.

Il Codice Civile (artt. 2229, ss.) prevede, infatti, per tale tipo di professionisti la obbligatoria iscrizione all'Albo professionale e la illiceità di qualsiasi contratto d'opera stipulato con soggetti privi di tale requisito.

D'altro canto, il Codice Penale (art. 348) punisce per "esercizio abusivo di professione" non solo chi eserciti tale attività non avendone conseguito il titolo accademico, ma anche chi, pur possedendo il titolo, non risulti iscritto all'Albo al momento dell'esercizio.

Dottrina e giurisprudenza considerano elemento essenziale del contratto professionale in parola l'elemento personale fiduciario (c.d. *intuitus personae*) e

parallelamente negano sia la natura imprenditoriale della attività professionale, sia la conseguente possibilità di "annacquare" la responsabilità economico-finanziaria individuale dietro i paraventi giuridici delle società commerciali con capitale sociale separato da quello individuale.

Per le ragioni suesposte la forma dell'appalto di servizi appare dunque la meno indicata, in quanto l'elemento professionale/fiduciario deve necessariamente in tale procedura retrocedere rispetto a valutazioni di tipo economico/quantitativo-prestazionale.

Di contro, la forma contrattuale che più si attaglia al tipo di prestazioni in oggetto è il contratto d'opera professionale, disciplinato dagli artt. 2229 e ss. del codice civile, eventualmente nella forma della convenzione professionale.

La caratteristica di tale ultima variante al tradizionale contratto *a singola prestazione* consiste nella maggiore durata dell'impegno professionale e nell'eventuale inserimento nel contratto di clausole in cui il professionista si impegna a coordinarsi nella struttura in cui opera con colleghi o con altro personale interno, seguendo le direttive di massima e gli obiettivi proposti dall'Azienda Sanitaria e richiamati in convenzione (c.d. "convenzione a progetto" o *similia*).

\*

Il suddetto carattere professionale della attività dell'infermiere (soprattutto libero-professionista) era già pacificamente riconosciuto nella vigenza della legge 29 ottobre 1954, n. 1049 che, istituendo in ogni Provincia i Collegi, fra gli altri, degli infermieri professionali, estendeva loro le norme del D.Lgs 13 settembre 1946 n. 233. In tal modo, come rileva anche la più recente giurisprudenza, “è *normativamente compiuta la configurazione dell'infermiere professionale come professione intellettuale ai sensi dell'art. 2229 del Cod. Civ.*” (TAR Friuli V. Giulia, Sent. n. 833 del 2/12/1997).

Per comune opinione di dottrina e giurisprudenza, dunque, l'imprescindibile *intuitus* che sovrintende alla scelta dei professionisti intellettuali ai quali la Struttura Sanitaria intenda conferire un incarico attinente alla professione da essi svolta, esclude tra l'altro *in toto* l'obbligo di procedere a concorso secondo la normativa predisposta per i pubblici appalti quando la committente sia una P.A. (Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ( In questo senso si veda, per tutte, TAR Lombardia , Sent. del 21/10/97, su ricorso R.G. 1369/97).

Non operano infatti qui le esigenze di concorrenzialità, libero mercato e *par condicio* tra le ditte che governano invece il sistema dei pubblici appalti, agendo di contro la P.A. con la piena discrezionalità di scelta del privato committente.

Anzi, sotto un ulteriore profilo, la “messa in concorrenza” di professionisti intellettuali tra loro viene considerata una caduta deontologica dagli organismi professionali, che potrebbero vietare e sanzionare disciplinarmente la stessa partecipazione dei propri collegiati alle gare, in quanto le stesse sono di necessità basate più sulla mera economicità del preventivo di parcella, che sul prestigio ed affidamento del professionista o del gruppo professionale prescelto.

\*

Attesa la mancata istituzione nel nostro paese delle società tra professionisti (ad eccezione delle società semplici del tutto coincidenti con lo studio associato), la forma organizzativa pluri-professionale che ad oggi si presenta come quella più consona e collaudata è sicuramente lo “studio associato” o “associazione professionale”, previsto e disciplinato dall'art. 1 della legge 23 novembre 1939 .

Infatti, lo Studio Associato/Associazione Professionale rappresenta oggi l'unica valida alternativa alle Società di Somministrazione di Lavoro (all'interno delle quali però l'infermiere figura quale dipendente e non come libero professionista e

per le quali, non si può assolutamente prescindere dalla selezione a mezzo di pubblico concorso).

Nello Studio associato la professione infermieristica viene sì esercitata in forma collettiva, ma il rapporto che intercorre tra i vari professionisti non è né di dipendenza, né tanto meno di tipo societario. Al contrario, manca totalmente l'esercizio in comune della attività professionale, che è comunque svolta personalmente e per legge non può essere imputata a soggetti diversi dalle persone stesse dei singoli professionisti .

Le interazioni tra i colleghi della compagine professionale in esame vengono giuridicamente inserite in un semplice collegamento funzionale delle attività individuali. Donde ne deriva che, quando la committente tratta con uno studio associato, in realtà ha di fronte unicamente una pluralità di soggetti, seppure coordinati, con i quali di fatto istituisce rapporti professionali individuali e non esiste alcuna superiore organizzazione giuridica a rilevanza esterna.

Ciò non toglie naturalmente che, nella convenzione stipulata tra struttura sanitaria committente e compagine professionale, ben possano reperirsi elementi negoziati di coordinamento e funzionalizzazione delle attività dello studio

associato alle esigenze organizzative dell'Azienda, senza che tali elementi possano far ricedere *de iure* il rapporto professionale in lavoro subordinato.

Tale ultima considerazione discende necessariamente dalla presunzione legale di autonomia professionale ed economica dei prestatori d'opera associati, i quali rivestono uno *status* giuridico ed un potere negoziale indubbiamente diversi superiori rispetto al lavoratore dipendente "somministrato". In altre parole, la mancanza di intermediatori nel rapporto professionale consente di affievolire i presidi giuridici posti a tutela del lavoratore dipendente allorquando si tratti di professionisti intellettuali appartenenti ad una corporazione professionale ed iscritti ad un Albo, che sono per loro natura gli unici gestori del proprio rapporto con la committenza.

Nulla di nuovo, in fondo, se si pensa che medesimi criteri legali debbono ispirare il reperimento anche di altri professionisti iscritti ad Albi (medici, farmacisti, geometri, ostetriche , avvocati, etc.), per i quali non risulta sia in uso lo strumento dell'appalto di servizi professionali.

Per queste stesse ragioni risulta oltremodo difficile poter configurare in un contratto d'opera professionale di tal fatta un'operazione dissimulante fenomeni

intermediatori. Infatti, lo *status* del libero professionista intellettuale e la totale autonomia di questi nella negoziazione del proprio contratto ne fanno, come detto, un soggetto "forte" per il quale non soccorrono le norme di favore che assistono il lavoratore subordinato.

Logica conseguenza di quanto appena considerato è che, al di là di eventuali contestazioni iniziali, che possono pervenire da organismi ispettivi non adeguatamente edotti sulle norme di settore e sulla natura giuridica del contratto libero professionale, ben difficilmente potrà avere corso una censura per somministrazione abusiva di lavoro nel caso che ci occupa. Così come oltremodo arduo è sempre risultato nel diritto “vivente” sostenere una reale natura dipendente di un rapporto di lavoro che veda coinvolto un professionista iscritto ad Albo e che sia formalmente configurato come contratto d’opera intellettuale ex art. 2229 e seguenti c.c.

In forza delle peculiarità sopra evidenziate, anche la questione dei requisiti soggettivi da ritenersi necessari per il prestatore d’opera va risolta secondo gli ordinari criteri propri delle professioni intellettuali e delle loro forme organizzate.

Pertanto, possono ritenersi indispensabili puntuali controlli da parte dell’Azienda committente - sia in sede di conferimento dell’incarico che in corso di contratto - su:

- 1) Iscrizione all’Albo del professionista o, nel caso di associazione professionale, dei singoli associati;
- 2) Presenza nello statuto o ne regolamento interno della associazione di eventuali clausole abnormemente vessatorie e/o “patti leonini”, quali, ad esempio, quelle che denotino la totale inamovibilità del presidente o la estromissione di fatto di alcuni associati da qualsiasi ingerenza nella vita associativa o ancora la totale esclusione di taluno dei soci dalla partecipazione agli utili di esercizio, etc.;
- 3) In caso di professionista, singolo o associato, extra CE, va accertata la iscrizione all’Albo professionale della Provincia ove è prestata la attività, per evidenti ragioni di effettivo controllo deontologico da parte degli organismo professionali. Ciò deriva dal fatto che, mentre per il professionista in possesso della residenza in Italia, è prevista in via alternativa la iscrizione al Collegio Provinciale del luogo di residenza **ovvero** del luogo del domicilio professionale (art. 16, legge n. 526 del 21/12/1999: *“Per i cittadini degli Stati membri dell’Unione Europea (Italia*

*compresa, n.d.r.), ai fini della iscrizione o del mantenimento dell’iscrizione in albi (...) il domicilio professionale è equiparato alla residenza”*), tale alternativa evidentemente non si pone per il professionista privo di residenza in Italia.

- 4) E' anche consigliabile una verifica “a scandaglio” in corso di contratto sulla permanenza del requisito della iscrizione all'albo, onde verificare che non vi siano stati trasferimenti o cancellazioni dei professionisti collaboranti.

\*

Atteso che, sia all'atto di iscrizione al Collegio e sia in sede di verifica periodica dei rinnovi da parte della Questura, la attualità del permesso di soggiorno per i professionisti soggetti a tale autorizzazione è appurata per legge direttamente dall'ordine professionale di appartenenza, si ritiene ultroneo e superfluo un ulteriore controllo da parte della struttura committente (si tratterebbe infatti per di più di attività “di gendarmeria”, più strettamente connessa all'ordine pubblico ed alla lotta alla criminalità che al Servizio Sanitario).