

Segue verbale di udienza del 9.5.2017

SENT. 1306/2017

ORIGINALE

N. 3180/2014 Rg

TRIBUNALE DI BRINDISI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Brindisi, in composizione monocratica, in persona del dott. Domenico Toni, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato, con motivazione contestuale, la seguente

S E N T E N Z A C O N T E S T U A L E

nella causa discussa all'udienza del 9.5.2017, promossa da:

rappresentato e difeso, con mandato a margine del ricorso,
dall'avv. A. T. D'Oronzo

Ricorrente

C O N T R O

-ASL di) rappresentata e difesa, con mandato in atti, dall'Avv. S.

Resistente

Oggetto: Risarcimento danni da demansionamento

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato il 7.5.2014, il ricorrente di cui in epigrafe -- premesso di essere infermiere professionale in ruolo presso l'ASL convenuta, assegnato presso la divisione di chirurgia vascolare -- esprimeva che il personale infermieristico di reparto era costretto, stante la carenza di personale OSS e OTA (esclusi peraltro dai turni serali e notturni), a svolgere mansioni alberghiere (tra cui riordino dei letti, trasporto dei pazienti, incombenze igieniche sui pazienti, chiusura dei ROT) non rientranti tra quelle di competenza infermieristica.

Ravvisata pertanto l'adibizione a mansioni inferiori rispetto a quelle proprie dell'infermiere professionale, chiedeva che fosse ordinato all'ASL convenuta di adibire il ricorrente allo svolgimento di mansioni appartenenti alla propria categoria professionale, con condanna al risarcimento del danno nella misura del 50% delle retribuzione netta percepita dal 16.3.2006.

Si costituiva in giudizio l'ASL che contestava in fatto e diritto gli avversi assunti e concludeva per il rigetto del ricorso.

All'odierna udienza, sulle conclusioni delle parti, la causa veniva introitata per essere decisa.

Ad avviso del Gdl il ricorso è fondato, nei limiti e per le ragioni che seguono.

Va in primo luogo rigettata l'eccezione di nullità del ricorso sollevata dalla difesa resistente sulla scorta della genericità della data di decorrenza della pretesa risarcitoria (16.3.2006). Al di là infatti, della precisazione operata – ad abundantiam – dalla difesa all'udienza 15.1.2015 (con la quale si è ribadito che la data menzionata coincide con l'assunzione del ricorrente), va comunque evidenziato come la predetta circostanza giammai potrebbe inficiare la validità del ricorso (e/o della rilevanza delle deposizioni testimoniali, come sostenuto nelle note conclusive dall'ASL), atteso che l'eventuale accertamento della inconferenza della data in questione, costituisce – stante la completezza dell'atto introduttivo sotto ogni profilo rilevante ai fini dell'art. 414 cpc – circostanza di merito oggetto del vaglio del giudice.

Passando pertanto al merito, il ricorrente ha premesso, di essere Infermiere presso il reparto di Chirurgia Vascolare dell'Ospedale di e di svolgere ormai da diversi anni anche le funzioni che la normativa attribuisce agli OSS (Operatori Socio Sanitari) ed agli OTA (Operatore Tecnico ed Ausiliario) ed ha precisato le mansioni sulla scorta della normativa vigente.

Le rispettive mansioni, le differenze che se ricavano fra le predette differenti figure e, l'ambito comune – ma, ad un tempo, distinto – in cui ciascuna di esse opera, non hanno costituito oggetto di specifica contestazione a cura della difesa ASL, cosicché le relative circostanze possono ritenersi pacifiche.

Sembra tuttavia opportuno premettere le mansioni, rispettivamente, dell'infermiere e dell'Operatore Socio Sanitario (essendo l'OTA la figura da cui l'OSS deriva).

L'attività infermieristica è disciplinata dal **D.M. n. 739/94**, il quale all'art. 1 stabilisce:

“1. È individuata la figura professionale dell'infermiere con il seguente profilo: l'infermiere è l'operatore sanitario che, in possesso del diploma universitario abilitante e dell'iscrizione all'albo professionale è responsabile dell'assistenza generale infermieristica.

2. L'assistenza infermieristica preventiva, curativa, palliativa e riabilitativa è di natura tecnica, relazionale, educativa. Le principali funzioni sono la prevenzione delle malattie, l'assistenza dei malati e dei disabili di tutte le età e l'educazione sanitaria.

3. L'infermiere:

- a) partecipa all'identificazione dei bisogni di salute della persona e della collettività;*
- b) identifica i bisogni di assistenza infermieristica della persona e della collettività e formula i relativi obiettivi;*

- c) pianifica, gestisce e valuta l'intervento assistenziale infermieristico;
- d) garantisce la corretta applicazione delle prescrizioni diagnostico-terapeutiche;
- e) agisce sia individualmente sia in collaborazione con gli altri operatori sanitari e sociali;
- f) per l'espletamento delle funzioni si avvale, ove necessario, dell'opera del personale di supporto;
- g) svolge la sua attività professionale in strutture sanitarie pubbliche o private, nel territorio e nell'assistenza domiciliare, in regime di dipendenza o libero-professionale.

4. L'infermiere contribuisce alla formazione del personale di supporto e concorre direttamente all'aggiornamento relativo al proprio profilo professionale e alla ricerca.

5. La formazione infermieristica post-base per la pratica specialistica è intesa a fornire agli infermieri di assistenza generale delle conoscenze cliniche avanzate e delle capacità che permettano loro di fornire specifiche prestazioni infermieristiche nelle seguenti aree:

- a) sanità pubblica: infermiere di sanità pubblica;
- b) pediatria: infermiere pediatrico;
- c) salute mentale-psichiatria: infermiere psichiatrico;
- d) geriatria: infermiere geriatrico;
- e) area critica: infermiere di area critica.”

Il decreto 739/94 è altresì richiamato nel CCNL che inquadra gli Infermieri in Categoria D e rinvia appunto al suddetto decreto ai fini della specificazione delle mansioni. Oltre alla figura dell'Infermiere operano in ambito sanitario ed ospedaliero, da ultimo, gli Operatori Socio Sanitari (OSS, come detto, già Operatore Tecnico addetto all'Assistenza-OTA), le cui mansioni ed il percorso formativo sono stati disciplinati dall'Accordo Conferenza Stato-Regioni del 22 febbraio 2001 (in particolare l'Accordo indica le principali attività che svolge l'OSS e ad esse si rinvia). L'Operatore socio sanitario, in altri termini coadiuva il medico - e, soprattutto, il personale infermieristico - nello svolgimento delle sue attività dedicandosi, in ambito ospedaliero, ai bisogni primari del paziente, nonché alle attività igienico-domestico-alberghiere di quest'ultimo, e può essere considerata come una figura di supporto. Pur non sussistendo una vera e propria gerarchia, è indubbio che l'Infermiere Professionale, anche in considerazione del percorso formativo per l'accesso alla professione (Laurea triennale ed eventualmente specializzazione, nonché la necessaria formazione continua con i corsi ECM), svolge mansioni maggiormente qualificate e, pertanto superiori, tanto che il citato DM 739/'94 dispone che l'infermiere provveda ad una sorta di "coordinamento" del

personale di supporto (.....e) agisce sia individualmente sia in collaborazione con gli altri operatori sanitari e sociali; f) per l'espletamento delle funzioni si avvale, ove necessario, dell'opera del personale di supporto....4. L'infermiere contribuisce alla formazione del personale di supporto e concorre direttamente all'aggiornamento relativo al proprio profilo professionale e alla ricerca).

Ciò posto, deve rammentarsi, come ampiamente noto, che analogamente a quanto previsto per il lavoro privato dall'articolo 2103 c.c. anche nel pubblico impiego privatizzato sussiste il divieto di variazione in pejus delle mansioni, ed infatti l'articolo 52 del D.lgs 165/2001 dispone che il dipendente pubblico deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, ovvero a quelle considerate equivalenti, e dunque sia pur indirettamente dispone il divieto di assegnazione unilaterale a mansioni inferiori.

Più in particolare la S.C. ha avuto modo di precisare che "In tema di impiego pubblico privatizzato, è legittima l'assegnazione del dipendente a mansioni inferiori per esigenze di servizio allorquando è assicurato in modo prevalente ed assorbente l'espletamento di quelle concernenti la qualifica di appartenenza. L'espletamento di mansioni inferiori che implichi un impiego di energie lavorative di breve durata non incide sullo svolgimento in modo prevalente ed assorbente delle mansioni di appartenenza" (**Cassazione civile, sez. lav., 21/02/2013, n. 4301**) principio, già affermato dalla Corte suprema (**Cass. 7 agosto 2006 n. 17774**), nel senso che, per ragioni di efficienza e di economia del lavoro, o di sicurezza, sono esigibili dal datore di lavoro incidentalmente e marginalmente attività corrispondenti a mansioni inferiori, allorquando è assicurato al lavoratore in modo prevalente e assorbente l'espletamento di quelle concernenti la qualifica di appartenenza (conformi, nel lavoro privato, **Cass. 16 giugno 2004 n. 11045; Cass. 2 maggio 2003 n. 6714; Cass. 8 giugno 2001 n. 7821**).

Può quindi, sinteticamente, affermarsi che il datore di lavoro può adibire a mansioni inferiori il lavoratore a due condizioni, concorrenti:

- 1) che si tratti di impegno di breve durata e di carattere occasionale;
- 2) che detto impegno consenta, comunque, l'espletamento delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza in modo prevalente ed assorbente.

Orbene, l'istruttoria espletata, attraverso le dichiarazioni testimoniali (cfr. testi e) ha evidenziato, confermando l'assunto di parte ricorrente, che il reparto di Chirurgia Vascolare e, in generale, l'intero presidio ospedaliero, da tempo presenta una notevole carenza di personale infermieristico che osserva turni serrati, a volte notturni per due giorni a settimana e pomeridiani per tre. A ciò si aggiunge una

cronica carenza anche di personale OSS e OTA, totalmente assente nel turno notturno (19,00-7,00) e insufficiente nei turni residui.

A tal proposito, è bene sottolineare come tale ultimo dato si ricavi anche *ex actis*, alla stregua delle note 10.5.2013 e 9.12.2013 (la cui acquisizione è sicuramente ammissibile ex art. 421 cpc, alla stregua delle risultanze istruttorie già evidenziate al momento della produzione) a firma del Direttore Sanitario, dott. . Da esse si evince in modo inconfutabile come il personale OSS, nel periodo per cui si procede, non solo ammontasse a poche unità per l'intero nosocomio (da 15 a 18, al lordo di maternità e limitazioni nello svolgimento di mansioni), ma anche che alcuni reparti ne fossero del tutto sprovvisti e, fra questi, come risulta dalla nota 9.12.2013, la UO di Chirurgia Vascolare (*"i dipendenti...con la qualifica di infermieri professionali, nell'ambito delle attività assistenziali della Chirurgia Vascolare, sono tenuti ad assolvere anche alle necessità igienico-domestico-alberghiere del paziente, considerato che l'attuale dotazione organica del personale avente qualifica di Operatore Socio sanitario non consente una distribuzione a tutte le UU.OO. di questo Stabilimento Ospedaliero"*).

A ciò va aggiunto che tale situazione - e la natura "endemica" della stessa - era stata ribadita dallo stesso Direttore dell'UO in questione, dott. il quale, con nota 17.12.2013 (in risposta ad una diffida inviata dal ricorrente e da altro collega di questi) dava atto dell'assolvimento da parte degli infermieri di tutte le "necessità igienico-domestico-alberghiere dei pazienti ricoverati", che tanto era dovuto al fatto che *"l'attuale dotazione organica del personale con qualifica di Operatore Socio Sanitario dell'UO è pari a zero"*, che tanto avveniva nonostante il DGR Reg. Puglia 24.3.2011 *"prevedesse la presenza di n. 3 unità OSS"* e che, fra l'altro, tale situazione fosse *"già abbondantemente a conoscenza"* dei vertici dell'ASL.

I testi hanno altresì confermato lo svolgimento, segnatamente nei turni pomeridiani e notturni (ma a volte, anche al mattino), di mansioni estranee alla propria qualifica professionale (v. cap. 11, lett. b), c) d) e) ed f) del ricorso) e tipiche invece del personale OSS e, in particolare, hanno sottolineato che la sistematica adibizione a tali attività, comportava un inevitabile scarifico delle mansioni infermieristiche (v. cap. 10). Si veda in proposito quanto riferito dalla teste (*"a causa di tutte queste incombenze, che hanno priorità, se si considera prevalente l'assistenza al paziente, siamo costretti a svolgere residualmente e nei ritagli di tempo le nostre mansioni effettive"*) o dalla teste (*"confermo che il personale infermieristico del reparto è costretto ad occuparsi delle incombenze igieniche del paziente, riordino letti, trasporto pazienti; questo costringe noi*

infermieri a comprimere i tempi di svolgimento delle nostre mansioni tipiche”).

Non sussistono ragioni per ritenere inattendibile quanto riferito dai testi. Non ignora il GdL il ruolo rivestito da (che ha in corso analogo giudizio nei confronti dell'ASL) e dagli altri testimoni (tutti dipendenti ASL con le medesime mansioni del ricorrente). E tuttavia non solo le relative dichiarazioni sono intrinsecamente coerenti e logiche ma, soprattutto, le stesse sono riscontrate dalla documentazione in precedenza richiamata, le cui risultanze sono pienamente in linea con gli esiti della prova orale.

Deve pertanto ritenersi provato il dato della adibizione del ricorrente, in modo non isolato e tale da condizionare il pieno e soddisfacente svolgimento delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, a mansioni inferiori.

Si tratta di una conclusione condivisa da altre decisioni adottate da giudici di merito (**Tribunale di Cagliari 06.10.2015, n. 1302, Tribunale; Tribunale Caltanissetta 9.2.2016 n. 52; Corte di Appello di Cagliari nn. 188/2016 e 192/2016**), non senza dimenticare che anche una decisione, apparentemente di rigetto (**Corte appello Roma, sez. X, 02/12/2015, n. 8132**) in realtà, stabilendo che *“In tema di demansionamento e di dequalificazione professionale, non può ritenersi che lo svolgimento occasionale e residuale rispetto ai compiti propri della qualifica, sia sufficiente ad integrare un'ipotesi di svolgimento di mansioni inferiori vietato dalla legge. Per aversi demansionamento, ossia una situazione giuridica tutelabile dalla legge in quanto concretante una fattispecie concreta posta in essere in violazione dell'art. 52, d.lg. n. 165 del 2001 è infatti necessario il prevalente e costante svolgimento di compiti afferenti ad un livello di inquadramento inferiore a quello di assunzione”,* altro non fa che ribadire, *mutatis mutandis*, gli argomenti utilizzati nella presente decisione.

Occorre soltanto precisare, coerentemente con i principi sin qui enunciati ed applicati, che non sussiste un divieto assoluto di adibizione a mansioni inferiori del dipendente, ma ciò è possibile solo nel rispetto delle condizioni in precedenza evidenziate. Tanto è sufficiente per rigettare la domanda attorea specificamente diretta a far dichiarare il divieto di *“adibire il ricorrente...allo svolgimento di mansioni di categorie inferiori”*.

Passando all'esame del profilo risarcitorio, va ricordato che costituisce *ius receptum (ex plurimis, Cass. Sez. Lav. 12/06/2015 n. 12253)* che *“In caso di demansionamento è configurabile a carico del lavoratore un danno, costituito da un impoverimento delle sue capacità per il mancato esercizio quotidiano del diritto di elevare la professionalità lavorando, sicché per la liquidazione del danno è*

ammissibile, nell'ambito di una valutazione necessariamente equitativa, il ricorso al parametro della retribuzione. (Nella specie, la S.C. ha stimato equo, confermando la sentenza di appello, l'assunzione, a parametro della liquidazione del danno, dell'importo pari alla metà delle retribuzioni dovute per il periodo di demansionamento).”

Nella fattispecie, basta richiamare la consistenza qualitativa e quantitativa del demansionamento come ritenuto accertato, per desumere sulla base della comune esperienza che l'esercizio promiscuo di mansioni improprie e di livello anche assai inferiore è idonea a ingenerare negli utenti del servizio una confusione dei ruoli. Il disagio personale di ciascuno, per la propria sofferenza interiore e per l'apparenza all'esterno di una situazione lavorativa improntata all'emergenza e contrastante con quella che si sarebbe dovuta verificare sono risultati che appaiono evidenti sulla base della comune esperienza, secondo una valutazione che si fonda sull'accertamento del nesso causale tra la condotta illecita datoriale e lo stato di mortificazione del lavoratore.

Più in generale, provato il danno, secondo l'insegnamento della S. Corte se ne ammette la valutazione in via equitativa ex art. 1226 c.c. (come pacificamente ammesso dalla giurisprudenza: v. **Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157; Cass. 16 agosto 2004, n. 15955; Cassazione civile sez. lav. 15 aprile 2013 n. 9073**).

Nell'enunciazione dei criteri presi in considerazione ai fini della liquidazione del danno da demansionamento si è fatto riferimento in giurisprudenza, in particolare, alla retribuzione mensile percepita dal lavoratore ed alla durata della dequalificazione, prendendo inoltre quali ulteriori parametri, laddove sussistenti: i motivi del provvedimento di demansionamento e la notorietà e risonanza nell'ambiente specifico (**Cass. 10 aprile 1996 n. 3341**), l'elemento intenzionale del datore di lavoro (**Pret. Milano 19 febbraio 1999**), la gravità del demansionamento (**Cass. 6 novembre 2000 n. 14443**) - desumibile dal divario tra le mansioni svolte prima e quelle svolte dopo il demansionamento (**Trib. Roma 12 ottobre 1998**) -, il fatto che il dipendente si sia rifiutato di svolgere le mansioni del proprio livello (**Trib. Milano 9 novembre 1996**), le numerose assenze fatte dal lavoratore durante il periodo successivo alla dequalificazione (**Trib. Torino 28 gennaio 2003**), canoni di valutazione da ultimo richiamati nella recente decisione delle **SS.UU. 22.2.2010 n. 4063**.

Ciò posto in generale, e passando all'esame del caso che ci occupa, acclarato il demansionamento del ricorrente, occorre effettuare una precisazione in ordine al *dies a quo* da considerare al fine di operare il computo del danno in questione. Ed

invero, la decorrenza indicata in ricorso (16.3.2006) come sottolineato dalla difesa ASL, confligge con le risultanze istruttorie atteso che, dagli ordini di servizio allegati dalla stessa difesa ricorrente, si evince che il _____ in data 13.3.2006 risulta "trasferito ospedale Francavilla F.na", per ricomparire presso l'UO di Chirurgia Vascolare presso il _____ solo il successivo 1.10.2006, cosicchè è tale ultima data quella da considerare a fini risarcitori, non essendo emersa alcuna informazione sull'attività precedente svolta dal ricorrente.

Tanto premesso, è opinione del GdL che, in considerazione dell'anzianità lavorativa del ricorrente (in servizio dal novembre 1999), della durata del demansionamento (circa otto anni, alla data di deposito del ricorso), nonché della sua gravità (la dequalificazione acclarata non è di scarso rilievo, tenuto conto della notevole differenza fra le mansioni di infermiere professionale e quelle di OSS, nonché del differente titolo abilitante), può ritenersi in via equitativa che il ristoro possa essere commisurato al 6% della retribuzione percepita dall'1.10.2006 alla data del deposito del ricorso.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

PQM

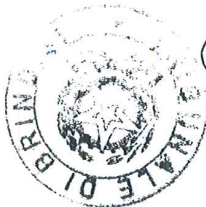
In composizione monocratica, in persona del dott. Domenico TONI, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto con atto depositato IL 7.5.2014 da _____ nei confronti di **ASL** _____, così provvede:

- 1) Accoglie il ricorso e accerta e dichiara che il ricorrente dall'1.10.2006 ha svolto anche mansioni inferiori non rientranti tra quelle di inquadramento;
- 2) Dichiara altresì il diritto del ricorrente al risarcimento del danno da demansionamento patito nel periodo 1.10.2006-7.5.2014;
- 3) Per l'effetto, condanna l'ASL resistente al pagamento in favore del ricorrente, di una somma pari al 6% della retribuzione percepita dall'1.10.2006 alla data del deposito del ricorso, oltre interessi e rivalutazione, come per legge;
- 4) Condanna l'ASL al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidate in € 3600,00 per compensi, oltre rimborso forfettario, IVA e CAP come per legge, con distrazione.
- 5) Rigetta per il resto il ricorso.

Motivi contestuali.

Brindisi, 9.5.2017.

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
Dott. Francesco PALERMO



IL GIUDICE DEL LAVORO
IL GIUDICE DEL LAVORO

Dott. Domenico TONI