



Sent. Nr. 256/2014
Del 02/09/2014
Dep. 02/09/2014
Fasc. Nr. 41/2014
Cron. Nr. 2206/2014

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA
Sezione Lavoro



in persona del giudice, dott. Elena Vezzosi
all'udienza del 2/9/2014, all'esito della camera di consiglio ha pronunciato
la seguente

S E N T E N Z A

ex art. 429, 1° comma c.p.c., modificato dall'art. 53, comma 2 d.l. n.
112/2008, conv. in legge n. 133/08, nella causa civile iscritta al n.
223/2013 del Ruolo Generale Affari Contenziosi, vertente

T R A

[redacted] nata a [redacted], residente in

e

[redacted], nata a Reggio Emilia [redacted] ed ivi
residente alla [redacted]

entrambe rappresentate e difese dall' [redacted] presso il cui
Studio e la cui persona entrambe elettivamente domiciliano in
Reggio Emilia, alla [redacted]

RICORRENTI

contro

[Handwritten signature]

AZIENDA U.S.L. [redacted] in persona del legale
rappresentante, con sede in [redacted]
rappresentata e difesa dall'avv. [redacted]

-CONVENUTA

in punto a : trasferimento interaziendale

FATTO E DIRITTO

Con ricorso di merito e contestuale ricorso d'urgenza depositato il 14/1/2014 le due ricorrenti, madre e figlia, convengono in giudizio l'Azienda Unità Sanitaria [redacted] [redacted] datrice di lavoro della [redacted], al fine di ottenere accertamento del proprio diritto all'applicazione di quanto previsto dal comma 5 dell'art.33 L.104/1992, ed in particolare il trasferimento della [redacted] specialista otorinolaringoiatra in regime di medico convenzionato interno, al Distretto di [redacted]

In particolare, riprendendo le notazioni in fatto della ordinanza resa tra le parti il 30/1/2014, le ricorrenti hanno esposto:

"-di essere [redacted] affetta da patologie gravemente invalidanti che ne riducono grandemente l'autosufficienza come certificato dalle competenti Commissioni sanitarie dell'ASL di Reggio Emilia, a mezzo dei verbali n. 39675/08 in data 11.06.2008 e n. 18817/10 in data 7 aprile 2010 (docc. 2 e 3);

-di avere dunque diritto la stessa alle tutele previste dall'art. 3 e ss. L. n. 104/1992, in quanto già dal 2010 affetta da: "Anamnesi: Già IC al 70%



dal '03, al 75% dal 5/06/07 e al 100% dal 11/6/08 per "Esiti di encefalopatia vascolare cronica in ateromasia TSA con residua atassia, grave ipostenia AAI con episodi di caduta a terra (drop attack), esiti ATA dx in coxartrosi; degenerazioni distali multiple rachide lombo-sacrale in poliartrrosica; ipoacusia mista destra. Sdr depressiva". A gennaio '10 MMSE 18/30, deterioramento di media entità su base vascolare con severa s. depressiva e turbe del comportamento. In mar '10 peggioramento ai test psicometrici (MMSE 15,4/30). Ipovisus (VOD 5-6/10, VOS 3-4/10) in degeneraz. maculare senile e pseudofachia ch. OD. Al colloquio odierno, vigile, discretam memore; deambulazione senza ausili ma lievemente instabile. Da qualche tempo vive con la figlia e riceve assistenza da terza persona 2-3vv/sett. Diagnosi: Deterioramento cognitivo medio in encefalopatia vascolare con severa sdr depressiva in esiti di ischemia cerebrale e cerebrale, atassia della marcia, cardiopatia ipertensiva, ateromasia TSA, ATA dx in artrosi polistaz., soff. poliradicolare L e claudicatio neurogena, ipoacusia mista dx e n-s a sn, ipovisus 005 in degeneraz. maculare senile. GIUDIZIO ESPRESSO ALL'UNANIMITÀ".

-di essere la [redacted] l'unica figlia della [redacted] con la stessa convivente;

-di godere già la [redacted] per tale ragione, dei benefici di cui al comma 3 art.33 L.104 (permessi mensili);

-di avere la stessa a più riprese (a far data dal 2009 -cfr.doc.6, 11, 13, 15, 18) richiesto all'azienda AUSL (presso la quale presta servizio in qualità di medico convenzionato ambulatoriale interno a tempo indeterminato) il trasferimento presso il distretto ASL di [redacted] alla [redacted] delle ore di prestazioni che è contrattualmente tenuta a svolgere presso il distretto ASL di [redacted] (complessive ore 12,45 a settimana) e



di [redacted] complessive ore 4,30), accorpendo dunque l'intero orario (complessive 31 ore settimanali) presso il distretto di [redacted] ove già svolge ore 13,45 a settimana;

-di avere solo ottenuto – a parte nel 2009 il trasferimento di 13,45 ore dal Distretto di [redacted] quello di [redacted] (doc.7 e 8)- dinieghi o silenzio (cfr.doc.12, 16, 19)".

Le ricorrenti sostengono in diritto: -l'equiparazione del medico in regime di convenzione al medico dipendente dell'Azienda, e ciò ai fini della piena applicazione delle garanzie previste dalla L.104/92; più nello specifico, l'applicazione del comma 5 art.33 L.104/92, ove si prevede la possibilità di scelta del lavoratore alla sede più vicina al domicilio della persona da assistere; l'incompetenza cui è affetto il provvedimento di diniego al trasferimento per mancanza del preventivo parere del Comitato Consultivo zonale; ulteriori profili di illegittimità per contraddittorietà del diniego con precedenti provvedimenti della stessa azienda.

Si costituisce ritualmente l'azienda AUSL di [redacted] contestando quanto esposto sia in termini di fatto che in diritto.

Veniva emessa ordinanza relativa alla fase d'urgenza nella quale si riteneva carente l'elemento del periculum, della quale si riporta la motivazione in diritto:

"La [redacted] chiede in sostanza che le ore di prestazione specialistica che dovrebbe svolgere a [redacted] (12,45) e [redacted] (4,30) siano concentrate su [redacted]; e ciò a tutela "del bene della vita oggetto dell'istanza in mobilità in parola", atteso "l'inevitabile (data l'anziana età), certo ed accertato aggravamento delle condizioni di salute della Sig.ra [redacted] che giustifica "l'inderogabile necessità del provvedimento interinale che oggi s'invoca".



Nella sostanza il pregiudizio denunciato (che lo si ricorda, per legge deve avere i connotati dell'imminenza ed irreparabilità) è la circostanza che per tre mattine la prestazione di lavoro debba avvenire a [redacted] e non a [redacted] a. e per un pomeriggio [redacted]

Ma se si considera che [redacted] è distante dal capoluogo 30 km. e la percorrenza del tragitto è di 50 minuti (cfr. www.viamichelin.it), mentre [redacted] dista 23 km. e 37 min. di percorrenza; significa che nel concreto il tempo 'sottratto' all'organizzazione familiare è di qualche ora a settimana.

Tale sottrazione non può considerarsi pregiudizio irreparabile, atteso che in ogni caso per quelle mattine (o pomeriggio) in cui è impegnata sul lavoro (sia [redacted], [redacted] o [redacted]) la [redacted] si deve necessariamente organizzare con personale di servizio che presidi la casa dove l'anziana è ospitata, e che dunque ben può prevedere un'ora in più di permanenza per consentire lo spostamento.

Tanto più che la situazione ora descritta si protrae dall'anno 2010 in poi, sostanzialmente immutata, posto che le condizioni della madre (accertate appunto con provvedimento reso dalla Commissione Medica nel 2010) sono rimaste essenzialmente invariate (cfr. doc. da 20 a 24, tutti relativi al 2010-2012, e da 27 a 30, dell'ottobre 2013). I certificati prodotti denunciano infatti uno stato di progressivo ma assai lento deterioramento cognitivo della sig. [redacted] intervallato da periodi di miglior benessere (cfr. @ del 4/10/2013 di [redacted] in un quadro clinico generale di stabilità. In ogni caso, l'anziana signora non è in pericolo di vita o di rapido peggioramento: pericolo che comunque non sarebbe né scongiurato né mitigato dal trasferimento delle ore settimanali da [redacted]



Ebbene, dal 2010 in avanti vi sarebbe stato tutto il tempo per far valere il preteso diritto oggi agito d'urgenza nella sede sua propria di un ricorso di merito; né sono addotte a sostegno dell'urgenza ulteriori differenti motivazioni che facciano presumere un'imminenza della minaccia.

Tanto più che il merito della questione, basandosi sulla soluzione di questioni di diritto, può essere deciso dal Giudice con tempistiche ragionevoli che non pregiudicano le situazioni descritte in ricorso.

Tutto quanto considerato porta a ritenere assente l'esistenza del periculum in mora".

Non necessitando la causa di merito di attività istruttoria, all'udienza del 2/9/2014 è stata decisa come da sentenza contestuale resa all'esito della camera di consiglio.

Il ricorso non pare fondato.

I dati fattuali non sono contestati tra le parti.

Vero è dunque lo stato di grave invalida della sig. [redacted] ed il conseguente diritto della stessa alle tutele previste dall'art. 3 e ss. L. n. 104/1992; vero è che in forza di ciò la ricorrente [redacted] è stata ammessa a fruire dei permessi mensili ex art.33 co 3 L.104/92; vero è che nel 2009 l'Azienda ha accordato alla lavoratrice il trasferimento di 13,45 ore dal Distretto di [redacted] a quello di [redacted] vero che attualmente –e dal 2010- l'orario di lavoro settimanale della stessa è articolato sul distretto ASL di [redacted], alla [redacted] per 13,45 ore, sul distretto ASL [redacted] per 12,45 ore, e sul distretto di [redacted] per 4,30 ore; vero infine che la richiesta di trasferimento al fine di accorpare l'intero orario (complessive 31 ore settimanali) presso il distretto [redacted] ha avuto risposta negativa da parte



dell'Azienda, a mezzo del provvedimento della D.G. prot.117713 del 24/12/2012 (cfr. doc.19 ric.).

In punto di diritto si osserva quanto segue.

Il rapporto di lavoro della ricorrente con l'Azienda Sanitaria è di medico convenzionato ambulatoriale interno, a tempo indeterminato, ed è regolato, da ultimo, dall'ACCORDO COLLETTIVO NAZIONALE PER LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI CON I MEDICI SPECIALISTI AMBULATORIALI INTERNI, MEDICI VETERINARI ED ALTRE PROFESSIONALITA' SANITARIE (BIOLOGI, CHIMICI, PSICOLOGI) AMBULATORIALI AI SENSI DELL'ART. 48 DELLA LEGGE N.833/78 E DELL'ART.8 DEL D.LGS. N. 502 DEL 1992 E SUCC. MOD. E INTEGRAZIONI del 9/3/2010, che recepisce il quadro normativo dell'ACN 23 marzo 2005 (anche prodotto quale doc.25 ric.), stipulato tra la SISARC (Struttura Interregionale Sanitari Convenzionati) e gli OOSS.

Indipendentemente dalla qualificazione del rapporto di lavoro della dr.ssa [REDACTED] (cfr. comunque Cass. Sez. U, *Sentenza n. 6346 del 06/06/1995* per cui *"Il rapporto instaurato tra il medico generico "convenzionato esterno" ed il Servizio Sanitario Nazionale, disciplinato dalla legge 23 dicembre 1978 n. 833 e dagli accordi collettivi nazionali stipulati ai sensi dell'art. 48 di detta legge, esula dall'ambito del pubblico impiego, in difetto del requisito della subordinazione, trattandosi di rapporto di autonomia prestazione d'opera professionale secondo la previsione dell'art. 2222 cod. civ."*) come lavoro subordinato, collaborazione, rapporto libero professionale ecc..., appare dirimente a risolvere la questione la lettera del dettato normativo collettivo, ed in particolare dell'art.37 comma 5°, che esplicitamente prevede per esso personale "Agli specialisti ambulatoriali e



ai professionisti si applicano le norme di cui al comma 3 dell'art.33, della legge n.104/92, in rapporto all'orario settimanale di attività".

Tale esplicita previsione (ossia il solo esclusivo richiamo all'applicazione del 3° comma L.104, e cioè il godimento dei permessi mensili) esclude la possibilità di una interpretazione analogica/estensiva come quella proposta dalle ricorrenti, in base alla quale si applicherebbe al rapporto anche quanto previsto dal 5° comma L.104 (ed in particolare "Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede") argomentando sul fatto che a tutti lavoratori di cui al comma 3 (e dunque anche ai medici convenzionati) si applica anche il comma 5°.

La lettura della norma come proposta non è accettabile sia perché urta – come già detto- contro il significato letterale della stessa (ubi lex dixit, voluit), sia perché appare in contrasto con la lettura complessiva del comma del contratto (che con l'inciso "in rapporto all'orario settimanale di attività" circoscrive il campo di applicazione della L.104 solo appunto alla disciplina dei permessi), sia perché una flessibilità operativa ovvero forme di mobilità interaziendale sono previste, sempre dallo stesso testo contrattuale, solo *"al fine di adeguare maggiormente l'offerta di prestazioni o attività specialistiche e professionali alla domanda dell'utenza"*, e quindi per finalità prettamente organizzative/funzionali dell'Azienda, eventualmente *"anche a domanda dello specialista ambulatoriale o professionista interessato"*.

In tal senso è anche il parere dello stesso SISARC del 21/10/2008 (doc.17 ric.), che, se certamente non vincolante, appare comunque dotato di particolare autorevolezza, atteso non solo che esso SISARC è il firmatario per parte datoriale del CCNL di cui si discute; ma che comunque trattasi di



organismo pubblico con poteri, tra l'altro, anche di assistenza e di ausilio interpretativo alle Regioni mediante pareri scritti, come ricorda la stessa ricorrente (e comunque http://www.sisac.info/ActionPagina_261.do).

Ma a definitivamente escludere il diritto al trasferimento della ricorrente è comunque, a tutto concedere, il dettato stesso dell'art.33 5° comma L.104/92 per come costantemente interpretato dalla giurisprudenza, anche Costituzionale.

Ed infatti, a fronte del testo normativo che prevede, come noto: *"Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede"* l'inciso *ove possibile* è da sempre interpretato come diritto non pieno, ed in particolare *"Tale diritto, tuttavia, non si configura come incondizionato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli interessi implicati, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative dell'impresa, gravando sulla parte datoriale l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio stesso dell'anzidetto diritto"* (così tra tante Sez. L., *Sentenza n. 3896 del 18/02/2009*).

Orbene, nel caso in esame non solo l'Azienda ha dimostrato che le ore a disposizione su Reggio Emilia per il servizio ambulatoriale di otorinolaringoiatria erano già da tempo ripartite tra diversi medici convenzionati, con contratti libero professionali, e non vi erano ore in esubero (che, quando ci sono state -come nel 2009- sono state assegnate alla ~~XXXXXX~~; ma ha anche dato prova che non vi era possibilità/necessità, sia per ragioni di budget che per congruità del servizio reso (in linea con i tempi di lista d'attesa stabiliti dalla RER) di



implementare l'orario di visite per ricavare ulteriori ore da assegnare alla lavoratrice.

Sicchè, per accoglierne la (pur legittima; e umanamente più che comprensibile) aspettativa si sarebbe dovuto –ma ciò è inaccettabile- o rescindere/modificare altri rapporti libero professionali; ovvero ampliare le ore a disposizione del Distretto di Reggio Emilia, operazione di cui non vi è allo stato una necessità.

E' evidente che –anche in applicazione di quanto previsto dal CCNL all'art.23- se si dovessero liberare posti, ovvero si dovesse procedere ad ampliamenti d'orario necessitati da evenienze non manifestatesi al momento della redazione della presente sentenza, la posizione della ricorrente [REDACTED] nell'assegnazione delle ore su Reggio Emilia avrebbe la precedenza, a fronte comunque della necessità che l'Azienda conformi a buona fede il proprio comportamento nei confronti del lavoratore.

Ma non pare possibile disporre –men che meno jussu iudicis- il contrario, ossia imporre all'Azienda una diversa organizzazione della propria attività ambulatoriale.

Nemmeno è accoglibile la prospettazione in base alla quale, non essendovi il consenso dell'interessata, il parere negativo dell'Azienda doveva essere preceduto dal preventivo parere del Comitato, atteso che la previsione dell'art.17 2° comma ultima parte CCNL è riferita a provvedimento di trasferimento/mobilità assunto d'imperio dall'azienda, e per il quale dunque non esista il consenso del professionista interessato; ma non nel caso –contrario- in cui vi è richiesta (e dunque, ovviamente, consenso) del medico stesso, come è avvenuto nel caso in esame.

Per le ragioni esposte, il ricorso non può essere dunque accolto.



La peculiarità, anche umana, della vicenda, consente comunque di compensare –nonostante soccombenza della ricorrente–le spese sostenute dalle parti in entrambe le procedure del presente ricorso.

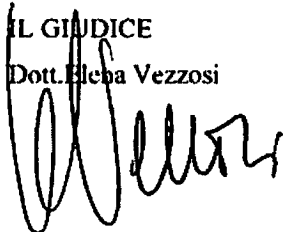
P.Q.M.

- Rigetta il ricorso;
- compensa tra le parti in causa le spese del presente giudizio.

Così deciso in Reggio Emilia il 2 settembre 2014

IL GIUDICE

Dott. Elea Vezzosi



Si dà atto che la presente sentenza è stata depositata in forma cartacea per
NON FUNZIONAMENTO del programma CONSOLLE il giorno
2/9/2014 alle ore 9.33.

