

IL DEMANSIONAMENTO PER COMPENSAZIONE NEL SETTORE SANITARIO

di Michele DE SIMONE*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le mansioni attribuite al lavoratore ed il nuovo art. 2103 del codice civile. 3. Il principio della compensazione. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il demansionamento rappresenta a livello legislativo, una tematica sovente trattata nelle aule di giustizia.

La normativa, con le recenti innovazioni introdotte dal Jobs Act e la giurisprudenza hanno sempre prestato particolare attenzione alle mansioni superiori, apprestando tutele volte a combattere lo sfruttamento del lavoro e la dignità del lavoratore.

La relativa disciplina presenta nette differenze relativamente ai settori di lavoro di riferimento, privato o pubblico.

Per quanto riguarda la disciplina delle mansioni superiori nel privato, la stessa risulta penalizzante con un acclarato divieto di adibizione del lavoratore allo svolgimento di mansioni inferiori.

Nel pubblico impiego, invece, la disciplina che regola le mansioni del lavoratore contiene alcune particolarità che meritano, in questa sede, uno specifico approfondimento.

2. Le mansioni attribuite al lavoratore ed il nuovo art. 2103 del codice civile

Il Jobs Act ha introdotto una forma di demansionamento legalizzato in caso di as-

* Dottore in Scienze infermieristiche ed ostetriche.

setti organizzativi mutati che insistono sulla "posizione del lavoratore" aprendo anche ad ipotesi demansionanti all'interno dei contratti collettivi.¹

La riforma dell'art. 2103 cod. civ. (che era stato riscritto con la L. 300/70 all'art. 13) è stato oggetto di numerose attenzioni critiche da autorevole dottrina per le perplessità sul nuovo sistema di demansiona-

¹ Art. 2103 cod. civ. (modif. dall'art. 3 d.lgs. n. 81/2015: "Prestazione del lavoro - Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purchè rientranti nella medesima categoria legale. Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purchè rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi. Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi. Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo. 2. L'articolo 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, è abrogato."

mento.² Si aggiunge il fatto che in questi giorni è stato approvato al Senato (in attesa che venga approvato dalla Camera dei Deputati), il d.d.l. 1334 del Ministro Lorenzin. In particolare l'art. 3 dello stesso disegno di legge si occupa di una di una riforma organica degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie con lo scopo di rendere il sistema sanitario più aderente alle esigenze odierne, dal punto di vista dei professionisti.

Si sancisce, nella fattispecie, un cambio nella denominazione e cioè da "Albo" ad "Ordine della Professione Infermieristica".

A tal proposito si ritiene opportuno fare riferimento, preliminarmente, ad una sentenza emessa, nel 2015, dai giudici della Corte di Appello di Roma - Sezione lavoro - che hanno motivato con il demansionamento di un infermiere richiamando l'art. 49 del Codice Deontologico dell'infermiere della Federazione Ipasvi.

Nello specifico la vicenda giudiziaria ha tratto le mosse da una circolare di una direzione medica di presidio che attribuiva la chiusura dei rifiuti ospedalieri (R.O.T.) al personale Ota/Ausiliario e, in loro assenza, al personale sanitario presente nel turno di lavoro. La disposizione sembrava, pertanto, essere direttamente riferita prevalentemente ad infermieri ed ostetriche.

Convenuti in giudizio da parte di un infermiere, i vertici dell'azienda ospedaliera, veniva chiesto al giudice ordinario del lavoro, di disapplicare la nota circolare sul presupposto che tale attività non era di competenza infermieristica in quanto ritenuta una mansione inferiore e, pertanto, costituendo un demansionamento, non poteva essere imposta dalla dirigenza aziendale.

Con la sentenza di primo grado³ il giudice del lavoro, richiamando la normativa in vigore in tema di mansioni che permetteva "occasionalmente e ove possibile con criteri

² cfr. M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in Carinci F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsa, Milano, 2012.

³ Tribunale di Roma, Sezione I lavoro, sentenza 16/12/2012, n. 2771.

di rotazione compiti o mansioni immediatamente inferiori” e ritenendo che la chiusura dei rifiuti non comportava l’attribuzione di mansioni “immediatamente inferiori” (individuate, rispetto all’infermiere ex professionale, alla figura dell’infermiere generico), ma di un livello eccedente a quello immediatamente inferiore - come quello di inquadramento della figura dell’ausiliario e della figura ad esaurimento dell’OTA (Operatore Tecnico addetto all’Assistenza) - riconosceva che la mansione di chiusura e confezionamento dei R.O.T. costituisse demansionamento se riferita alla professione infermieristica.

In riforma la sentenza di primo grado, tuttavia, la Corte di Appello⁴ specificando che il *thema decidendum* era “*incentrato esclusivamente sul demansionamento derivante dall’applicazione della circolare impugnata*” ritenevano che la circolare in contestazione non aggiungeva un’attività ulteriore agli ordinari compiti infermieristici ma la prevedeva “*soltanto in ipotesi di carenza del personale ausiliario*”. In particolare i giudici del gravame fondavano la loro decisione sull’implicito rinvio, da parte delle legge ordinaria, ad una fonte extra-giuridica: il codice deontologico della Federazione Ipasvi, specificando che: “*Trattasi evidentemente di un’attività di supplenza da svolgersi nell’interesse primario degli assistiti e dell’organizzazione del servizio, quindi pacificamente rientrante tra i compiti di compensazione previsti dall’articolo 49 del codice deontologico dell’infermiere, il quale espressamente sancisce in capo agli infermieri professionale un’ampia responsabilità su tutti gli aspetti igienico sanitari del reparto in cui operano*”.

Per completezza si trascrive in nota⁵

⁴ Corte di Appello di Roma, Sez. lav., sentenza 27/12/2015, n. 8132.

⁵ Art. 49 – “*L’infermiere, nell’interesse primario degli assistiti, compensa le carenze e i disservizi che possono eccezionalmente verificarsi nella struttura in cui opera. Rifiuta la compensazione, documentandone le ragioni, quando sia abituale o ricorrente o comunque pregiudichi sistematicamente il suo mandato professionale.*”.

l’articolo 49 del codice deontologico (Ipasvi, 2009) che, come tutte le disposizioni di questo codice, non risulta curiosamente rubricato.

3. Il principio della compensazione

È proprio il concetto di compensazione che è stato sposato dai giudici romani per motivare la loro decisione.

Non è certo la prima volta che il codice deontologico Ipasvi viene citato nelle sentenze di merito; è però la prima volta, a quanto ci risulti, che viene richiamato proprio l’art. 49.

In passato sono state richiamate le disposizioni sul segreto professionale, sulla tutela della riservatezza, sulla contenzione (altro articolo estremamente delicato): sono però argomenti che rientrano a pieno titolo in quella necessaria cristallizzazione dell’etica professionale che rappresenta la deontologia.

Quando la migliore dottrina medico-legale si è occupata di rapporti tra la natura delle norme deontologiche ha classificato le stesse in quattro tipologie:

- a) norme deontologiche rapportabili a specifiche previsioni di legge;
- b) norme di natura prettamente etica;
- c) norme di natura prettamente deontologica;
- d) norme di carattere disciplinare⁶.

È difficile, in effetti, individuare la natura della norma ex art. 49 codice Ipasvi e se sia o meno (non lo è) incasellabile nelle quattro tipologie di norme caratterizzanti i codici deontologici. Potremo definire la natura della norma, ex art. 49, di carattere “aziendalistico” e non rapportabile alle usuali norme deontologiche.

Tale previsione normativa, inoltre, non ha eguali in altre disposizioni codicistiche. Sarebbe stato del tutto paradossale, infatti, se il ricorrente anziché un infermiere fosse

⁶ A. APRILE - P. BENCIOLINI, *Il codice deontologico dell’ostetrica/o: prime valutazioni*, in *Rivista di diritto delle professioni sanitarie*, 2, 2000.

stato un'ostetrica in quanto, in tal caso, i giudici del gravame avrebbero potuto confermare la disapplicazione disposta dal Tribunale di Roma.

Eppure il campo di attività e responsabilità delle due professioni è proprio determinato dallo stesso *corpus* normativo. La differenza potrebbero farla proprio le disposizioni del codice deontologico di categoria e non le fonti normative giuridiche.

4. Conclusioni

L'opposizione alla compensazione, si legge nella cd. interpretazione autentica costituita dal Commentario al Codice deontologico dell'infermiere della stessa Federazione Ipasvi, può avvenire laddove "non vi sia eccezionalità ma consuetudine" e vi sia impossibilità a garantire adeguati standard assistenziali per sistematica inadeguatezza dell'organico"⁷.

È nota l'enorme carenza cronica di personale sanitario e soprattutto di personale infermieristico su scala nazionale, parlando di carenza di ben oltre 30.000 infermieri. Inoltre, la legge di Stabilità ha provveduto allo stanziamento di risorse per l'assunzione straordinaria di migliaia di unità mediche e infermieristiche, riconoscendo quindi, la grave carenza di personale. Vi è quindi da domandarsi se, in questo grave contesto carenziale, una norma deontologica debba o possa "compensare" proprio le gravi insufficienze di organico.

⁷ A. SILVESTRO (a cura di), *Commentario al Codice deontologico dell'infermiere 2009*, Mc Graw Hill, 2009.

È anche paradossale che nell'anno in cui l'attenzione e il dibattito si sono polarizzate sulle nuove attività e competenze "avanzate e specialistiche" con tutte le polemiche sul "comma 566" della legge di stabilità 2015 la giurisprudenza di merito attribuisca agli infermieri competenze nella stretta gestione operativa dei rifiuti. Queste considerazioni ovviamente vanno oltre la stretta vicenda processuale. Verosimilmente non sono state date le prove dell'attività demansionante del ricorrente ed una disamina dell'illegittimità della circolare poteva essere svolta solo dal giudice amministrativo (senza bisogno di dover provare l'effettiva attività demansionante).

Priva di pregio è altresì la ricerca della categoria "immediatamente inferiore" a quella infermieristica in quanto si basa sulla previgente normativa - poi abrogata - che permetteva le mansioni immediatamente inferiori. In questo caso, tra l'altro, i giudici romani citano a sproposito la legge n. 42/1999 che avrebbe, a loro dire, abrogato la figura dell'infermiere generico (che invece era già ad "esaurimento") e che, di conseguenza, porterebbe la figura dell'ausiliario al livello "immediatamente inferiore" all'infermiere.

In conclusione, si può evidenziare l'assoluta novità dell'interpretazione del "campo proprio di attività e responsabilità" dell'infermiere autorevolmente offerta in sede giurisprudenziale, utilizzando proprio l'inusuale art. 49 del codice deontologico Ipasvi che ha di fatto introdotto, grazie alla citata sentenza, la fattispecie del "demansionamento per compensazione".

Abstract

L'autore, prendendo lo spunto da una pronuncia di merito del giudice del lavoro, affronta la questione del demansionamento nel pubblico impiego e del particolare regime giuridico e non che regola la materia nel settore sanitario.

The author, taking its cue from a ruling of the Labour Court, addresses the issue of reduction of tasks in the public service and of the particular legal regime and not on the matter in health care.