

TRIBUNALE di Trapani – sentenza del 13 febbraio 2017

MEDICO DIRIGENTE: L'ASPETTATIVA PER MOTIVI DI LAVORO, NON SPETTA SU SEMPLICE RICHIESTA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., un dirigente medico dipendente a tempo indeterminato di una ASL, deduceva di avere presentato istanza di prolungamento dell'aspettativa non retribuita per motivi di lavoro, a seguito della proroga dell'incarico a tempo determinato da parte di altra azienda sanitaria; non avendo ottenuto la richiesta proroga, chiedeva ordinarsi alla sua ASL, di concedere l'aspettativa per tutta la durata dell'incarico conferitole dall'altra Azienda.

L'aspettativa gli è stata negata.

L'aspettativa prevista e regolata dal comma 8, lett. b) dell'art.10 CCNL Dirigenza Medica deve essere inquadrata, per quanto riguarda i presupposti per la sua concessione, nella previsione generale contenuta nel comma 1 e, conseguentemente, il periodo di aspettativa richiesto dal dirigente medico può essere concesso compatibilmente con le esigenze di servizio e l'azienda può motivatamente negarlo per preminenti esigenze organizzative.

TRIBUNALE DI TRAPANI

Il Giudice del Lavoro

Letti gli atti e sciogliendo la riserva assunta nel procedimento ex art. 700 c.p.c. promosso da Sa.Sa.

contro

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI TRAPANI,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

FATTO E DIRITTO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., il dirigente medico in epigrafe, dipendente a tempo indeterminato dell'ASP di Trapani quale specialista in chirurgia generale e d'urgenza con incarico presso l'U.O. di Medicina e Chirurgia d'Accettazione e d'Urgenza del P.O. Sant'Antonio Abate in Trapani, deduceva di avere presentato all'ASP di Trapani istanza di prolungamento dell'aspettativa non retribuita per motivi di lavoro fino al 30.06.2017 a seguito della proroga dell'incarico a tempo determinato da parte dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Villa Sofia Cervello di Palermo e, non avendo ottenuto la richiesta proroga, chiedeva ordinarsi all'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani di concedere l'aspettativa per tutta la durata dell'incarico conferitole dall'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Villa Sofia Cervello di Palermo fino al 30.06.2017.

L'Amministrazione convenuta, costituitasi ritualmente in giudizio, deduceva di avere rigettato l'aspettativa con provvedimento del 22.12.2016 spedito alla ricorrente in data 23.12.2016 e, nel merito, contestava la fondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto.

Il ricorso va respinto.

Occorre premettere che presupposti necessari per l'accoglimento della domanda cautelare sono, da un lato, l'accertamento della esistenza del fumus boni iuris, da intendersi come probabile esistenza del diritto fatto valere e, dall'altro, la sussistenza del c.d. periculum in mora da ravvisarsi in una situazione di pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile suscettibile di verificarsi nelle more del futuro (eventuale) giudizio di merito.

Sotto il primo aspetto, va preliminarmente escluso che sussista in capo al dirigente medico un diritto soggettivo incondizionato alla concessione dell'aspettativa.

Al riguardo deve osservarsi che l'art. 10 del CCNL del 10.02.2004, così come modificato dall'art. 24, comma 13, del CCNL del 3.11.2005, integrativo del CCNL Dirigenza Medica e Veterinaria dell'8.06.2000, prevede, al comma 1, che al dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato che ne faccia formale e motivata richiesta, compatibilmente con le sue esigenze di servizio, possono essere concessi periodi di aspettativa per esigenze personali o di famiglia senza retribuzione e senza decorrenza dell'anzianità, per la durata complessiva di dodici mesi in un triennio (...) ed aggiunge, al comma 8, che l'aspettativa senza retribuzione e senza decorrenza dell'anzianità è altresì concessa al dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a domanda, per: a) [...]; b) tutta la durata del contratto di lavoro a termine se assunto con rapporto di lavoro ed incarico a tempo determinato presso la stessa o altra azienda o ente del comparto, ovvero in altre pubbliche amministrazioni di diverso comparto o in organismi della Unione Europea, con rapporto di lavoro ed incarico a tempo determinato. L'aspettativa prevista dall'art. 23-bis del d.lgs. 165 del 2001 per attuare la mobilità pubblico-privato si applica esclusivamente nei casi in cui l'incarico sia conferito da Organismi pubblici o privati della Unione Europea o da ospedali pubblici dei paesi dell'Unione stessa o da Organismi internazionali;

A fronte dell'ambiguità del dato testuale della menzionata disposizione (e segnatamente dall'inciso è altresì concessa), appaiono utilizzabili per la sua esatta interpretazione i criteri interpretativi recentemente elaborati dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all'art. 12 del CCNL Comparto - stante la sostanziale identità di formulazione con l'art. 10 del CCNL Dirigenza - laddove viene specificato, fra l'altro, che lo stretto legame che unisce la locuzione verbale con l'avverbio altresì - il quale, in quanto sinonimo di anche, pure, parimenti assimila l'ipotesi in esame a quelle previste nei commi precedenti, tutte sottoposte, quanto la loro concessione, alla valutazione discrezionale dell'amministrazione (Cass. civ., sez. lavoro, 11.03.2015 n. 4878). Pertanto, anche con riferimento all'art.10 comma 8 del CCNL Dirigenza l'utilizzo dell'inciso altresì va inteso come un richiamo espresso alla disciplina del I° comma in cui viene espressamente richiesta la compatibilità con le esigenze di servizio.

Possono conseguentemente applicarsi anche alla Dirigenza i principi espressi dal citato orientamento giurisprudenziale con riferimento al Comparto Sanità, secondo cui In tema di personale sanitario, l'art. 12 dell'accordo 20 settembre 2001, integrativo del CCNL del comparto sanità del 7 aprile 1999, nel prevedere che al dipendente a tempo indeterminato possa essere concesso un periodo di aspettativa per tutta la durata del contratto di lavoro a termine, stipulato con la stessa o con altra AUSL o ente, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale - il cui esercizio è subordinato all'insussistenza di ragioni aziendali incompatibili con l'assenza temporanea

del lavoratore - di concedere l'aspettativa in tutti i casi in cui essa è consentita dallo stesso art. 12 (Cass. civ., sez. lavoro, 11.03.2015 n. 4878);

Si consideri inoltre che il richiamo contenuto nell'art.10 comma 8 del CCNL Dirigenza all'art. 23-bis d.lgs. n. 165/2001, lungi dall'introdurre una inammissibile disparità di trattamento fra mobilità in ambito nazionale e mobilità in ambito europeo - prevedendo solo nel primo caso una concessione incondizionata dell'aspettativa e subordinando nella seconda ipotesi la concessione dell'aspettativa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione - avvalorare ulteriormente l'interpretazione secondo cui l'esercizio del diritto all'aspettativa va in ogni caso temperato con l'esigenza del datore di lavoro pubblico, il quale può motivatamente negarlo per preminenti esigenze organizzative.

La ratio dell'art. 23-bis d.lgs. n. 165/2001 va infatti rintracciata nella incentivazione della mobilità tra pubblico e privato, in deroga alla tradizionale incompatibilità posta dall'art. 60 del testo unico degli impiegati civili dello Stato, a mente del quale l'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro...; e il richiamo della citata norma inserito nella stessa lettera b) dell'art. 10 comma 8 relativa alla stipula dei contratti a tempo determinato non costituisce una deroga al regime per essi prevista, ma anzi lo subordina al medesimo regime di concessione discrezionale dell'aspettativa stessa.

Per le suesposte ragioni, l'aspettativa prevista e regolata dal comma 8, lett. b) dell'art. 10 CCNL Dirigenza Medica deve essere inquadrata, per quanto riguarda i presupposti per la sua concessione, nella previsione generale contenuta nel comma 1 e, conseguentemente, il periodo di aspettativa richiesto dal dirigente medico può essere concesso compatibilmente con le esigenze di servizio e l'azienda può motivatamente negarlo per preminenti esigenze organizzative.

Al riguardo, il controllo giudiziale sulle esigenze di servizio va limitato all'accertamento della conformità del provvedimento datoriale alle finalità di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione e ai doveri generali di correttezza e buona fede, senza che possa sconfinare in un sindacato di merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, come ribadito pure al livello legislativo dall'art. 30 della legge n. 183/2010.

Anche gli atti di concessione o rigetto dell'aspettativa rivestono, infatti, la natura di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, essendo pertanto l'Amministrazione datrice di lavoro obbligata al rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cass. civ., Sez. L, n. 19425 del 22.08.2013), restando insindacabile nel merito la scelta organizzativa dell'amministrazione, purché non pretestuosa.

Nel caso di specie, deve ritenersi, alla stregua della cognizione sommaria propria del presente giudizio cautelare, che i richiamati principi siano stati rispettati dalla convenuta.

Anzitutto, la concreta tempistica dell'adozione del provvedimento di rigetto non assume rilievo decisivo né sotto il profilo del merito, né sul piano della violazione dei canoni di correttezza e buona fede, atteso che il lasso temporale intercorso fra la presentazione dell'istanza (6.12.2016) e la comunicazione del provvedimento (23.12.2016) appare congruo avuto riguardo all'istrutto-

ria espletata, considerato anche che al momento della presentazione dell'istanza neppure l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Villa Sofia Cervello aveva manifestato formalmente la volontà di prorogare il contratto a tempo determinato.

Passando all'esame del provvedimento di rigetto adottato dall'ASP di Trapani, lo stesso appare già sul piano motivazionale esaustivo e idoneo ad individuare le specifiche ripercussioni sull'attività assistenziale derivanti dall'assenza del dirigente ove gli venisse concessa l'aspettativa.

In particolare, le ragioni dedotte nel provvedimento appaiono specifiche, attuali ed individualizzate, in quanto supportate dal parere negativo espresso dal responsabile della U.O. di appartenenza del ricorrente dal quale emerge la specifica scopertura d'organico, nonché le ulteriori criticità determinate dalle concrete esigenze di gestione del personale in servizio presso la specifica U.O. (anche in punto di organizzazione dei turni di lavoro nel rispetto della normativa sull'orario di lavoro, e di concessione di permessi e ferie arretrate), e le conseguenti ripercussioni sui concreti servizi di assistenza erogati all'utenza.

Appare irrilevante che precedentemente l'ASP avesse concesso l'aspettativa, tenuto conto della mutevolezza della situazione del reparto in questione e considerato che quello precedentemente espresso dal primario non potesse considerarsi un parere favorevole alla concessione dell'aspettativa quanto piuttosto una presa d'atto in considerazione della natura potestativa del relativo diritto, come precedentemente affermato in giurisprudenza.

La dedotta scopertura di organico nella unità operativa di riferimento deve poi ritenersi effettiva, risultando dal prospetto della dotazione organica dell'U.O. di Medicina e Chirurgia d'Accettazione e d'Urgenza del P.O. S. Antonio Abate prodotta da parte resistente e aggiornata al 19.01.2017 nonché dalla nota del responsabile dell'U.O. di MCAU del 24.01.2017, che a fronte di 16 posti previsti in organico risultano attualmente in servizio soltanto 12 dirigenti medici a tempo indeterminato e 1 dirigente medico a tempo determinato, per un totale di 13 unità effettive - circostanza pacifica in quanto dedotta anche dal ricorrente (cfr. p. 2 ricorso) - così sussistendo una scopertura d'organico effettiva di 3 unità, pari al 20% circa della dotazione organica prevista.

Acclarata la scopertura d'organico, ogni ulteriore valutazione sulla determinazione aziendale della dotazione organica della singola U.O. ovvero degli interventi da eseguire al fine di garantire i livelli essenziali di assistenza sconfinerebbe in un inammissibile sindacato nel merito dell'esercizio del potere organizzativo, così come un'eventuale valutazione dei criteri di organizzazione dei turni di lavoro e delle modalità di recupero di permessi e ferie maturate dal personale dell'unità operativa.

Deve pertanto ritenersi che la resistente abbia adeguatamente spiegato come la temporanea assenza del ricorrente per fruire il proprio diritto di aspettativa inciderebbe in concreto sull'attività assistenziale e sui livelli essenziali di assistenza (L.E.A.) dell'unità operativa cui è addetto.

La convenuta ha peraltro dimostrato il livello di scopertura nel settore specialistico di riferimento anche sul piano provinciale, rappresentando altresì le specifiche esigenze assistenziali a fronte delle quali si configura la concreta possibilità ed esigenza di utilizzare il dirigente oggi ricorrente nella mobilità aziendale (sul punto v. comunicazione OO.SS. attivazione mobilità urgenza del 5.12.2016).

L'ulteriore censura sul mancato ricorso alla contrattazione a tempo determinato per sostituire il ricorrente è infondata, in quanto sembrerebbe mossa dall'equivoco di fondo secondo cui sussisterebbe un obbligo di sostituire il personale in aspettativa tramite la stipula di contratti a tempo determinato. In realtà, in assenza di un siffatto obbligo, la decisione dell'azienda di far ricorso o meno a tale tipologia di contrattazione appare una scelta organizzativa incensurabile nel merito, restando assorbito ogni ulteriore profilo di carattere economico.

Né può ragionevolmente pretendersi che l'eventuale svuotamento sostanziale del diritto alla concessione dell'aspettativa, prospettato dal ricorrente in ragione della cronica assenza di personale determinata dal blocco delle assunzioni, possa essere colmato tramite un inammissibile sindacato giurisdizionale nel merito delle scelte organizzative adottate, dovendo l'autorità giudiziaria limitarsi al giudizio sull'eventuale inadeguatezza e pretestuosità delle motivazioni dedotte dall'azienda convenuta (nella specie, insussistente), e restando estranea al giudizio ogni ulteriore valutazione sul merito delle scelte organizzative aziendali e, vieppiù, delle politiche economiche e del lavoro attuate a livello regionale.

In definitiva, a fronte delle riscontrate preminenti esigenze organizzative dell'Azienda convenuta non può che cedere l'interesse del dipendente alla acquisizione di esperienza e professionalità in virtù dell'incarico a tempo determinato presso l'azienda di destinazione, interesse che appare già scolorito in conseguenza della precedente fruizione di un adeguato periodo di aspettativa in relazione alla medesima posizione, con evidenti ripercussioni negative non solo sul fumus ma anche sul periculum della domanda cautelare.

Per tutte le suesposte ragioni, il ricorso va respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo ai sensi del DM 55/2014, tenuto conto del valore indeterminabile della controversia e dell'assenza di attività istruttoria, seppur entro i valori minimi in considerazione della novità dell'orientamento adottato.

P.Q.M.

rigetta il ricorso;

condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite sostenute dalla convenuta, che liquida in euro 1.100,00 oltre iva, cpa e spese generali.

Trapani, 13.02.2017