

**TRIBUNALE DI BARI****N. 380****Ordinanza emessa il 19 febbraio 2001 dal tribunale di Bari nel procedimento civile vertente tra Agen Leopoldo e AUSL BA/3**

SANITÀ PUBBLICA - Medici dirigenti delle ASL - Previsione, per quelli già in servizio alla data del 31 dicembre 1998 e che abbiano optato per la libera professione extramuraria, dell'obbligo di esercitare, entro il termine del 14 marzo 2000, l'opzione tra la conferma della scelta per la libera professione extramuraria ed il rapporto esclusivo con la ASL con il diritto di esercizio unicamente della libera professione intramuraria - Lamentata assenza di strutture idonee e consentire la libera professione intramuraria - Irragionevolezza - Incidenza sul principio di tutela del lavoro - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, artt. 15-quater, commi 2 e 3, e 15-sexies.

- Costituzione, artt. 3, 35 e 97.

SANITÀ PUBBLICA - Medici dirigenti delle ASL - Termine per la conferma dell'opzione per la libera professione extramuraria fissato al 14 marzo 2000 con decreto legislativo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 10 marzo 2000 - Eccessiva brevità del termine stesso - Irragionevolezza - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione - Incidenza sul principio di tutela del lavoro.

- D.Lgs. 2 marzo 2000, n. 49, art. 1.

- Costituzione, artt. 3, 35 e 97.

SANITÀ PUBBLICA - Medici dirigenti delle ASL - Opzione per il rapporto esclusivo - Prevista irrevocabilità - Ingiustificato deterioramento del trattamento dei medici che abbiano optato per il rapporto esclusivo rispetto ai medici che abbiano optato per la professione extramuraria per i quali è prevista la revocabilità della scelta - Incidenza sui principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di tutela del lavoro.

- D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15-quater, comma 4.

- Costituzione, artt. 3, 35 e 97.

SANITÀ PUBBLICA - Medici dirigenti delle ASL - Opzione per il mantenimento dell'attività professionale extramuraria e rinuncia al rapporto esclusivo - Prevista decurtazione economica - Violazione dei principi di uguaglianza, di tutela del lavoro e di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

- D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15-quinquies, comma 10 (come novellato dall'art. 13 d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229).

- Costituzione, artt. 3, 35 e 97.

**IL TRIBUNALE**

A scioglimento della riserva di cui al verbale di udienza del 18 gennaio 2001;

**OSSERVA**

L'istante, con ricorso proposto ai sensi dell'art. 669-ter c.p.c., conveniva, avvalendosi dell'intervento ad adiuvandum della SOI AMOI (Società oftalmologica italiana Associazione oculisti italiani), dinanzi alla sezione lavoro del tribunale di Bari, l'azienda ospedaliera AUSL BA/3, in persona del legale rappresentante protempore, per contestare il comportamento illegittimo della resistente, estrinsecatosi negli episodi così susseguitisi.

Premesso che:

1) con deliberazione del direttore generale 1013/2000 è stata disposta la conferma del dott. Ageo Leopoldo nella posizione di dirigente medico II livello della divisione ospedaliera di oftalmologia del P.O. di Altamura solo fino al 30 giugno 2000, per poi procedere al conferimento di un incarico di tipo professionale;

2) con provvedimento 1538 del 6 dicembre 2000, l'azienda convenuta, conformandosi al tenore del predetto atto deliberativo, di conferimento di un incarico di tipo professionale e di privazione dell'attuale incarico di responsabilità in ragione della formulata opzione per l'attività libero-professionale extra moenia, ha affidato, al sanitario in questione, la collocazione lavorativa di dirigente medico responsabile dell'U.O. di chirurgia generale 1, cui sono stati annessi i posti letto di oculistica;

Ne è conseguito, a seguito della emanazione del d.lgs. n. 502 del 30 dicembre 1992, novellato dal d.lgs. n. 229/1999, un significativo quanto illegittimo cambiamento del rapporto lavorativo del ricorrente, illegittimità che, attesa la decurtazione economica e carrieristica cui è stata sottoposta la posizione lavorativa del predetto per non avere opzionato in favore del rapporto esclusivo, sarebbe consistita nella lesione del diritto soggettivo al mantenimento ed alla cristallizzazione dello status giuridico ed economico di appartenenza.

In particolare si assume l'assoluta incongruenza e contraddittorietà del quadro normativo di riferimento: ed infatti, mentre l'art. 15-quater, legge n. 502/1992 come modificato dal decreto legge n. 229/1999 sancisce l'obbligo di opzione, ai fini della scelta libero-professionale infra od extra muraria, da effettuarsi entro il termine perentorio del 29 ottobre 1999, successivamente prorogato dall'art. 1, decreto legge n. 49/2000 al 15 marzo 2000, ad analoga perentorietà non soggiace l'obbligo, che il successivo art. 15-quinquies, lettera a) configura in capo all'azienda, di apprestare e predisporre le opportune strutture di supporto e sostegno per l'espletamento dell'attività libero-professionale intramurale.

Di talché, poiché un atto di scelta così incisivo e pregnante, quale quello, appunto, dell'esercizio infra o extramurario della propria attività professionale, non è suscettibile di essere liberamente espresso senza l'effettiva operatività delle strutture, in relazione alle quali l'interessato possa manifestare una valutazione di confidenza alle proprie esigenze lavorative, ne scaturisce, anche in considerazione della impossibilità di fatto di espletare, in carenza di strutture adeguate, la libera professione intramuraria, una sorta di "obbligatorietà di fatto" in direzione extramuraria.

Ove a ciò si aggiungano, come è il caso del ricorrente, le conseguenze aberranti del combinato disposto dell'art. 15-quater, commi 2 e 3, e dell'art. 15-sexies, per cui il mantenimento della possibilità di esercizio della libera professione extra moenia implica la perdita delle funzioni primariali, stante il richiamato disposto dell'art. 15-quinquies, comma 5, (a mente del quale la direzione di struttura complessa presuppone il rapporto esclusivo), appaiono di tutta evidenza, a dire della difesa, anche i profili di incostituzionalità delle richiamate disposizioni normative.

Vi sarebbe, infatti, un evidente contrasto con l'art. 3 Cost., inteso come generale canone di coerenza e ragionevolezza dell'ordinamento, per omissione dell'obbligo di propedeuticità di approntamento delle strutture; un altrettanto evidente contrasto con l'art. 35 Cost. per ingiustificata limitazione e compressione del lavoro espletato dai dirigenti sanitari;

un ulteriore contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. sarebbe ravvisabile nell'art. 1, d.lgs. n. 49/2000 per irragionevolezza, atteso che tra la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del citato decreto avvenuta il 10 marzo 2000) ed il dies ad quem perentoriamente stabilito per la proroga della opzione 14 marzo 2000) sarebbe

intercorso un lasso di tempo assolutamente incongruo, irragionevole e contrario al principio del buon andamento della P.A.;

infine si prospetta un altro profilo di incostituzionalità relativo all'art. 15-quater, comma 4, per violazione del principio di uguaglianza, stante il diverso regime tra l'irreversibilità dell'opzione intramurale e la ritrattabilità, entro il 31 dicembre di ogni anno, dell'opzione effettuata per la libera professione extra moenia.

Si concludeva, pertanto, per una declaratoria di rilevanza e non manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità dell'art. 13 del d.lgs. n. 299/1999 per violazione degli artt. 3, 35, 97 Cost., e per la sospensione degli effetti della deliberazione n. 1013/2000 e della comunicazione n. 1538 del 6 dicembre 2000, al fine di garantire e ripristinare il diritto soggettivo del ricorrente al mantenimento dello status giuridico ed economico di provenienza.

Ravvisato il periculum in mora nella irreparabilità ed irreversibilità del documento che sarebbe cagionato dai tempi occorrenti per far valere il diritto in via ordinaria, la difesa del ricorrente, rassegnando conclusioni nel senso innanzi indicato, invocava l'odierna tutela cautelare in via d'urgenza.

Costituitasi con memora difensiva depositata in data 11 dicembre 2000, l'azienda convenuta concludeva per il rigetto del proposto ricorso.

Tanto premesso, ad avviso dell'odierno giudicante, le doglianze di parte ricorrente sono meritevoli di accoglimento.

Viene in primo luogo in considerazione la norma dell'art. 15- quater, legge n. 502/1992 come modificato dal decreto legge n. 229/1999, che impone un termine perentorio (e che una natura di tal fatta sia ravvisabile lo si desume dalle conseguenze correlate all'omesso esercizio dell'opzione nel termine prescritto). A fronte dell'obbligo di esercitare l'opzione gravante sul sanitario, è poi configurabile, questa volta in capo all'amministrazione, l'obbligo di individuare le strutture aziendali entro cui va esercitata l'attività assistenziale intramuraria.

Ad avviso dell'odierno giudicante è di tutta evidenza che un obbligo amministrativo del tipo di quello innanzi descritto, nella misura in cui è ispirato dalla finalità di garantire ed assicurare il diritto del medico all'esercizio della propria attività libero-professionale individuale nel contesto delle strutture aziendali, implica inevitabilmente la concreta disponibilità delle strutture stesse e dei servizi, in assenza della quale residuano non trascurabili dubbi sulla effettività del diritto stesso.

Se ciò è vero, appare affiorare una intrinseca incongruenza tra la perentorietà del termine per l'esercizio dell'opzione e l'assenza di un termine concomitante e contestuale per l'attuazione della concreta disponibilità delle strutture. Il che realizza una evidente sperequazione tra i due soggetti del rapporto di lavoro, tanto più ingiustificata ove si consideri l'inclinazione legislativa alla completa privatizzazione del pubblico impiego, con la realizzazione della quale la P.A. agisce nei confronti dei dipendenti con i poteri riconosciuti al datore di lavoro privato (cfr. artt. 2 e 4 del decreto legislativo n. 29/1993) e, dunque, in un regime di diritto comune. Gli atti con cui si manifesta il potere datoriale non sono atti amministrativi autoritativi bensì atti aventi natura privatistica, espressione di un potere contrattuale.

Alla luce di tutto ciò sorge legittimo il dubbio della conformità ai parametri costituzionali ex art. 3 della Costituzione degli artt. 15-quater e 15-quinquies, lett. a), del d.lgs. n. 502/1992 nel testo introdotto dall'art. 13 del d.lgs. n. 229/1999, sub specie di violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo della creazione di una

situazione assolutamente sperequata nell'ambito di un rapporto, quello tra medico e P.A. paritetico e sinallagmatico.

Il contrasto della menzionata disposizione normativa con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non rende sovrapponibile il termine per opzionare con la realizzazione dell'evento afferente l'effettiva disponibilità delle strutture, viene altresì in rilievo anche sotto il profilo della violazione del canone generale dell'ordinamento, cui l'art. 3 Cost. sovrintende, di coerenza e ragionevolezza.

D'altro canto, è proprio la descritta mancanza di proporzionalità tra i mezzi prescelti dal legislatore delegato e le finalità da conseguire, che implicano il raggiungimento di un obiettivo squisitamente di risultato, che rende affiorabile un ulteriore profilo di incostituzionalità della richiamata normativa per contrasto con il principio di buon andamento della P.A. cui è ispirato l'art. 97 Cost. Nè siffatta contraddittorietà è suscettibile, ad avviso di questo giudice, di essere sanata dal correttivo dell'"intra moenia allargata", praticabile dal sanitario optante per un rapporto di lavoro esclusivo, all'interno del proprio studio professionale, atteso che in una evinienza di tal fatta si costringe il medico ad esosi quanto caduchi investimenti di tipo strutturale, destinati a durare, in termini di utilità, solo fino alla predisposizione delle strutture e dei servizi ad opera dell'amministrazione.

Proseguendo nella disamina delle conseguenze aberranti irragionevolmente correlate alla normativa in esame, dal combinato disposto degli artt. 15-quater, commi 2 e 3, e 15-sexies del d.lgs. n. 502/1992 nel testo vigente, e 1 del d.lgs. n. 49/2000 consegue una ulteriore implicazione contraria ai principi di uguaglianza, buon andamento e ragionevolezza, ovvero sia che: i dirigenti che abbiano optato, entro il termine ristretto ed incongruo (di appena quattro giorni dopo la pubblicazione del d.lgs. n. 49/2000-10marzo-14marzo) per la libera professione extramuraria, in particolare coloro i quali, come il ricorrente, appartenenti alla posizione funzionale apicale, non abbiano accettato l'incarico con rapporto esclusivo, soggiacciono alla perdita dello status giuridico ed economico di provenienza, per essere destinati al conferimento di un incarico professionale non comportante direzione di struttura in conformità con le previsioni del C.C.N.L.; parimenti viene reso disponibile un posto di organico di dirigente.

Pertanto, se è vero che l'optante extra moenia viene esautorato delle funzioni primarie, se è vero che rileva l'incongruità e l'insufficienza dello spatium deliberandi, se infine è vero che la scelta per il rapporto esclusivo è irreversibile malgrado l'incertezza nell'an e nel quando che la contraddistingue, e dunque non offre al primario la possibilità di sperimentare nei fatti l'esercizio della libera professione intra moenia per poi, eventualmente, ove risulti sconveniente (ad esempio sotto il profilo della perdita della propria clientela), ripristinare lo status dell'extra moenia anche a costo di rinunciare liberamente all'esercizio delle funzioni primarie; se tutto quanto innanzi descritto è quanto scaturisce dalla vigenza della censurata normativa, appare quindi non manifestamente infondata la questione di legittimità della stessa per contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., nonché con l'art. 35 Cost. per ingiustificata ostatività alla conservazione dell'elevato patrimonio professionale connesso allo svolgimento dell'attività primaria.

Ne consegue una ingiustificata quanto illegittima lesione del diritto soggettivo dei sanitari primari alla conservazione della propria posizione funzionale apicale, atteso che, in virtù di una scelta "forzosa", per assenza di certezza in ordine alla possibilità di esercizio di libera professione intra moenia, il descritto diritto soggettivo alla titolarità della funzione primaria subisce una illegittima regressione, evitabile unicamente con il meccanismo del rapporto di lavoro esclusivo; tuttavia, la scelta di un meccanismo di tal fatta, se da un canto salvaguarda la situazione giuridica soggettiva correlata alla titolarità della funzione apicale, dall'altro ne sacrifica un'altra, quella dell'esercizio effettivo della libera professione intramurale, la quale, non essendo di immediata

sperimentazione e verifica è destinata a degradare al rango di mera aspettativa favorevole, la cui concreta ed effettiva realizzazione, cioè, è solo pronosticabile sub specie di ipotesi auspicabile.

Per le considerazioni che precedono, si rileva che i descritti profili di incostituzionalità del richiamato contesto normativo, nella parte in cui non prevede la concomitanza tra il termine per opzionare (per il sanitario) e quello per predisporre la struttura (per l'azienda), e nella parte in cui costringe ad una scelta tra la libera professione esterna con immediate penalizzazioni economiche e funzionali ed una mera aspettativa di possibilità di esercizio di libera professione intra moenia, sollecitano l'odierno giudice a sollevare la questione di legittimità costituzionale per non manifesta infondatezza della stessa.

Si rileva, inoltre, che la decisione concernente gli indicati profili di incostituzionalità si pone come rilevante al fine della decisione della controversia in oggetto, che, diversamente, risulterebbe adottata sulla scorta di norme non conformi ai dettami della Costituzione.

Va disposta pertanto, la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, con conseguente sospensione dell'odierno giudizio per la pronuncia sulla legittimità costituzionale delle suindicate norme.

#### **P.Q.M.**

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 15-quater e 15-quinquies lett. a) del d.lgs. n. 502/1992 nel testo introdotto dall'art. 13 del d.lgs. n. 229/1999, e del combinato disposto degli artt. 15-quater, commi 2 e 3 e 15-sexies del d.lgs. n. 502/1992 nel testo vigente, e 1 del d.lgs. n. 49/2000 in relazione agli artt. 3, 35, 97 della Cost.

Dispone la immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del presente giudizio.

Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti, all'interveniente ad adiuvandum, ed al Presidente del Consiglio dei ministri, e sia comunicata ai Presidenti delle Camere del Parlamento.

Bari, addì 19 febbraio 2001

Il giudice del lavoro: ROMANAZZI

DOMENICO CORTESANI, direttore FRANCESCO NOCITA, redattore

ALFONSO ANDRIANI, vice redattore