

ORDINANZA N. 431/2000 EMESSA IL 16 MAGGIO 2000 DAL TRIBUNALE DI GROSSETO NEL PROCEDIMENTO CIVILE VERTENTE TRA SARNICOLA VINCENZO E A.S.L. N. 9 DI GROSSETO.

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 A CONSENTIRE LA LIBERA PROFESSIONE INTRAMURARIA - INCIDENZA SUL PRINCIPIO DI TUTELA DEL LAVORO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

- D.LGS 30 DICEMBRE 1992, N. 502, ART. 15-QUATER, COMMI 2 E 3, 15-SEXIES.

- COSTITUZIONE, ARTT. 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 IN G.U. IL 10 MARZO 2000 - ECCESSIVA BREVIÀ DEL TERMINE STESSO - IRRAGIONEVOLEZZA - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

- D.LGS. 2 MARZO 2000, N. 49 ART. 1.

- COSTITUZIONE, ARTT. 3 (NON INDICATO NUMERICAMENTE) E 97.

SANITÀ PUBBLICA - MEDICI DIRIGENTI DELLE ASL - OPZIONE PER IL RAPPORTO ESCLUSIVO - PREVISTA IRREVOCABILITÀ – INGIUSTIFICATO DETERIORE 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 SUL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

- D.LGS. 30 DICEMBRE 1992, N. 502, ART. 15-QUATER, COMMA 4.

- COSTITUZIONE, ARTT. 3 E 97.

IL TRIBUNALE

Ha omesso la seguente ordinanza;

Il Prof. Sarnicola Vincenzo, dirigente medico di secondo livello, primario a tempo indeterminato della divisione di oculistica presso l'ospedale di Grosseto, ha proposto ricorso ex art. 700 c.p.c. ai fine di ottenere:

a) la sospensione dell'obbligo di esercizio dell'opzione stabilito dall'art. 15-quater del d.lgs. 30 Dicembre 1992, n. 502, come introdotto dall'art. 13 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 209, e dall'art. 1 del d.lgs. 2 marzo 2000 n. 49, fra il rapporto di lavoro esclusivo e la continuazione dell'esercizio dell'attività libero-professionale extramuraria, disponendosi la conservazione delle funzioni di dirigente medico di secondo livello (primario di oculistica);

b) la sospensione della sottoposizione del ricorrente alla verifica stabilita dall'art. 15-quinquies, comma 7, del d.lgs n. 502/1992 come introdotto dall'art. 13 del d.lgs. n. 229/1999, e dall'art. 1 del d.lgs. 2 marzo 2000 n. 49, ed alle conseguenze previste dalle sopraindicate norme in esito alla verifica;

c) il mantenimento del ricorrente nel regime giuridico ed economico del rapporto di lavoro attualmente in essere con l'Azienda USL n. 9 di Grosseto, quale dirigente medico di secondo livello a tempo indeterminato con direzione di struttura complessa (primario della divisione di oculistica) e contestuale facoltà di esercizio della libera professione extramuraria, e ordine da impartirsi in tale senso all'azienda USL n. 9 di Grosseto;

d) la disapplicazione e/o sospensione, ove occorre possa, di ogni atto o provvedimento contrario e incompatibile con la sopraesposta richiesta, ivi comprese le note del delegato del direttore generale dell'Azienda USL n. 9 di Grosseto prot. n. 45063 del 2 novembre 1999 e prot. n. 46434 del 10 novembre 1999, il telegramma del direttore generale dell'azienda USL in data 13 marzo 2000 e la circolare del Ministero della Sanità del 1999 in tema di opzione e verifica, nonché ogni altra circolare o determinazione, ministeriale o di altre autorità, intervenuta o che intervenga sul punto.

Egli è dipendente dell'Az. USL n. 9 di Grosseto, a seguito di concorso, ed è autorizzato all'esercizio dell'attività libero-professionale EXTRA MOENIA;

I rapporti di lavoro quali quello espletato dal prof. Sarnicola hanno ricevuto consistente modificazione dal d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229, emanato a seguito degli artt. 1 e 2 della legge-delega 30 novembre 1998 n. 419; in particolare l'art. 13 ha sostituito l'art. 15 del d.lgs. n. 502/1992 ed ha introdotto gli artt. da 15-bis 15-undecies; per quanto si riferisce a posizione quale quella del ricorrente la nuova disciplina comporta che:

- a) viene introdotto il ruolo dirigenziale unico, al posto dei due precedenti livelli dirigenziali (art. 15);
- b) viene prevista l'attribuzione al dirigente di incarichi, rispettivamente, di struttura semplice e di struttura complessa (art. 15-ter), intendendosi per struttura l'articolazione organizzativa per la quale è prevista responsabilità di gestione di risorse umane, tecniche o finanziarie (art. 15-quinquies, comma 5), ed in particolare per struttura complessa i dipartimenti e le strutture già riservate ai dirigenti di secondo livello (art. 15-quinquies, comma 6);
- c) viene introdotta l'esclusività del rapporto di lavoro dirigenziale (art. 15-bis, comma 2), che comporta il divieto di attività libero-professionale extramuraria e la possibilità di esercizio unicamente di attività libero-professionale INTRA MOENIA (art. 15-quater e 15-quinquies);
- d) viene stabilito che gli incarichi di direzione di struttura, sia semplice che complessa, presuppongono che il dirigente sia in rapporto di lavoro esclusivo (art. 15-quinquies, comma 5);

ancora: per i dirigenti sanitari che appartengono alla posizione funzionale apicale alla data del 31 dicembre 1998 (dipendenti di secondo livello, primari) e non hanno optato per il rapporto contrattuale quinquennale ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 502/1992 (nel testo vigente prima dell'odierna riforma), vale a dire per i primari concorsuali (come il ricorrente) l'art. 15-quinquies comma 7, del d.lgs. n. 502/1992 risultante dall'art. 13 del d.lgs. n. 229/1999 ha previsto che "essi sono sottoposti a verifica entro il 31 dicembre 1999, conservando fino a tale data il trattamento tabellare già previsto per il secondo livello dirigenziale. In caso di verifica positiva, il dirigente è confermato nell'incarico, con rapporto esclusivo, per ulteriori sette anni. In caso di verifica non positiva o di non accettazione dell'incarico con rapporto esclusivo al dirigente è conferito un incarico professionale non comportante direzione di struttura in conformità con le previsioni del contratto collettivo nazionale di lavoro: contestualmente viene reso disponibile un posto di organico di dirigente"; l'art. 15-quater, comma 1, prevede il passaggio automatico OPE LEGIS al rapporto di lavoro esclusivo di tutti i dirigenti con contratto successivo al 31 dicembre 1998 e di quelli che, comunque, abbiano già optato per la libera professione intramuraria, per i dirigenti che siano in servizio al 31 dicembre 1998 ed abbiano a suo tempo optato per l'esercizio della libera professione extramuraria, come è il caso del ricorrente, il combinato disposto dall'art. 15-quater, commi 2 e 3, e dall'art. 15-sexies ha previsto che essi debbano optare per il passaggio al rapporto di lavoro esclusivo (con divieto di libera professione extra muraria) ovvero per il mantenimento della possibilità di esercizio della libera professione EXTRA MOENIA (con perdita delle funzioni primarie, stante il

richiamato disposto dall'art. 15- quinquies, comma 5, secondo il quale la direzione di struttura presuppone il rapporto esclusivo).

L'azienda USL di Grosseto con note del delegato del direttore generale prot. 45063 del 2 novembre 1999 e prot. 46434 del 10 novembre 1999 (docc. 1 e 1-bis), e successivo telegramma del direttore generale del 13 marzo 2000 (doc. 2), ha confermato l'obbligo dell'opzione prevista dall'art. 15-quater, mentre il relativo termine è stato dapprima indicato come successivo alla verifica (docce. 1 e 1-bis), conformemente alla citata circolare del Ministro della sanità (doc. 3) assunta sulla base di un precedente protocollo Governo-Sindacati (doc. 5), e poi (doc. 2) indicato come precedente alla verifica stessa.

I commi 3 e 4 dell'art. 15-quater precisano che, in assenza di comunicazione entro il termine fissato per l'opzione, si presume che il dipendente abbia optato per il rapporto esclusivo; e che il passaggio al rapporto di lavoro esclusivo è irreversibile. Il comma 10 dell'art. 15-quinquies, richiamando l'art. 72 della legge 23 dicembre 1998 n. 448, sanziona inoltre gravemente, sotto l'aspetto economico, il dirigente che opti per il mantenimento della libera professione extramuraria, stabilendo la riduzione del 50% della retribuzione variabile di posizione e l'eliminazione della retribuzione di risultato. Inoltre, come detto, l'art. 15-quinquies, comma 5 stabilisce che gli incarichi di direzione di struttura semplice o complessa, implicano il rapporto di lavoro esclusivo.

Il d.lgs. 2 marzo 2000 n. 49 ha fissato alla data del 14 marzo 2000 il termine per l'opzione disponendo che anche i primari concorsuali vi sono interessati. È da aggiungere e precisare che l'individuazione di detto termine ha ricevuto la seguente letterale interpretazione da parte del Ministero della sanità, con circolare O.P.S. IV. 9 - 11/569 in data 2000: "...In ragione della suesposta possibile erronea interpretazione, lo scrivente ministero, per evidenti motivi di equità e per evitare un probabile contenzioso, ritiene che sia opportuno e giustificato consentire ai dirigenti apicali, che, sulla base dell'erroneo convincimento della sopravvivenza per intero della pregressa normativa del comma 7 dell'articolo 15-quinquies, abbiano, in attesa della verifica, optato per il rapporto non esclusivo, di modificare l'opzione già effettuata. A tal fine è necessario che i direttori generali portino, tempestivamente, a conoscenza degli interessati l'orientamento ministeriale invitandoli formalmente ad esercitare tale facoltà entro e non oltre il giorno successivo a quello dell'avvenuta conoscenza dell'orientamento stesso".

L'Az. USL n. 9 non ha apprestato le strutture interne aziendali per l'esercizio della libera professione intra moenia da parte del primario che eventualmente scelga il rapporto esclusivo, con divieto di libera professione esterna, in modo tale che l'immediata imposizione dell'onere di opzione e della sottoposizione a verifica non ha riscontro e corrispettivo in alcun modo; infatti il dirigente medico che scelga il rapporto esclusivo ha diritto di svolgere la libera professione INTRA MOENIA, ma lo svolgimento non può avere luogo a causa della cennata mancanza delle strutture interne aziendali.

Il combinato disposto degli artt. 15-quater, commi 2 e 3 e 15-sexies del d.lgs. n. 502/1992 nel testo vigente e dell'art. 1 del d.lgs. n. 49/2000 impone ai dirigenti che fossero già in servizio al 31 dicembre 1998 ed abbiano optato per la libera professione extramuraria di esercitare, entro un termine assai ristretto (l'at. 1 del d.lgs. n. 49/2000, pubblicato il 10 marzo 2000, lo ha fissato ad appena quattro giorni!), l'opzione fra la conferma della scelta per la libera professione extramuraria ed il rapporto esclusivo con possibilità (anzi, diritto soggettivo) di esercizio unicamente della libera professione intramuraria (l'art. 72, comma 7, della legge n. 448/1999, richiamato e fatto salvo dall'art. 15- quinquies, comma 10, conferma che la libera professione intramuraria è compatibile con qualsiasi altra attività sanitaria resa a titolo non gratuito).

Per effetto del rinvio all'art. 72 della legge n. 448/1998, operato dall'ultimo comma dell'art. 15-quinquies, l'opzione per la libera professione extramuraria comporta, in attesa di una organica disciplina della contrattazione collettiva sul punto, l'immediata grave penalizzazione economica del dirigente medico, il quale perde il 50% della retribuzione variabile di posizione ed il 100% della retribuzione di risultato (art. 72, comma 5, della legge n. 448/1998).

Il comma 5 dell'art. 15-quinquies prevede che gli incarichi di direzione di struttura semplice o complessa (intendendosi per struttura l'articolazione organizzativa per la quale è prevista responsabilità di gestione di risorse umane, tecniche o finanziarie, ed in particolare per struttura complessa i dipartimenti e quella che il ricorrente attualmente dirige: art. 15-quinquies commi 5 e 6) presuppongono il rapporto di lavoro esclusivo e quindi il divieto di esercizio di libera professione extramuraria.

Con l'aggiunta che nel silenzio si presume la scelta per il rapporto esclusivo (art. 15-quater, comma 3, ultima parte), e che l'eventuale passaggio al rapporto esclusivo è irreversibile (art. 15-quater, comma 4). L'art. 1 del d.lgs. n. 49/2000 conferme tale impostazione.

I principi costituzionali di buon andamento e ragionevolezza (art. 97 cost.) impongono che l'esercizio dell'opzione di cui trattasi, fra regimi professionali giuridici ed economici assolutamente diversi e con l'alternativa fra la possibilità di esercizio dell'attività libero-professionale extramuraria (che attualmente e da tempo il ricorrente svolge) ed all'opposto la possibilità di svolgere unicamente la libera professione intramuraria, venga richiesto soltanto allorché siano state organizzate dall'Az. USL le strutture e le attrezzature che effettivamente permettano l'esercizio della libera professione intramuraria nelle forme previste dall'art. 15-quinquies del d.lgs. n. 229/1999 (si veda, in particolare, il secondo comma). Tantopiù ove all'eventuale scelta per la continuazione dell'attività libero-professionale extra moenia si accompagnino penalizzazioni economiche e funzionali.

Si consideri al riguardo, che il richiamato art. 15-quinquies, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 502/1992 riconosce esso stesso il diritto soggettivo del dirigente sottoposto al rapporto esclusivo di svolgere la libera professione nell'ambito delle strutture aziendali individuate dal direttore generale, ed anzi testualmente precisa che il rapporto di lavoro esclusivo "comporta" il diritto all'esercizio della libera professione INTRA-MOENIA. Nessuna opzione può essere imposta prima che l'USL abbia oggettivamente predisposto ed attivato le strutture interne (spazi, attrezzature, personale) per l'esercizio della libera professione INTRA-MOENIA che costituisce diritto soggettivo del dirigente medico e corollario ineliminabile di quel rapporto esclusivo che rappresenta uno dei due versanti dell'opzione. Prima di allora, al dirigente medico che già svolga la libera professione esterna viene in realtà richiesto non di optare fra la continuazione di tale attività libero-professionale esterna e l'esercizio della libera professione interna, ma di scegliere fra la libera professione esterna (con le immediate penalizzazioni economiche ed incompatibilità funzionali) ed una semplice aspettativa (situazione ben diversa dal diritto soggettivo riconosciuto dall'art. 15-quinquies), di carattere del tutto incerto nell'an e nel quando, di possibilità di esercizio di libera professione INTRA-MOENIA (con la certezza di perdere, nel frattempo, la clientela acquisita con la libera professione EXTRA MOENIA).

Si consideri che in concreto l'Az. USL n. 9 non ha predisposto le strutture: cfr. verbale in data 16 maggio 2000.

Trattasi di circostanze e conseguenze che non rispondono ad alcun criterio di ragionevolezza, equità e buon andamento (art. 97 Cost.).

Si tenga anche presente che le nuove norme rinviano ai contatti collettivi di lavoro numerosi aspetti che costituiscono parte essenziale della disciplina della libera professione intramuraria, quali:

- a) il trattamento economico aggiuntivo da attribuire ai dirigenti con rapporto esclusivo (art. 15-quater, comma 5);
- b) le modalità di svolgimento della libera professione INTRA MOENIA ed i criteri di partecipazione ai relativi proventi (art. 15-quinquies, comma 2);
- c) la definizione del corretto equilibrio fra attività istituzionale e attività libero-professionale (art. 15-quinquies, comma 3).

Imporre l'opzione prima della compiuta disciplina contrattuale di tali profili è ulteriormente irragionevole ed incostituzionale (artt. 4 e 97 Cost.).

Inoltre: l'art. 15-quater, comma 4, prevede che l'opzione per il rapporto esclusivo sia irreversibile, mentre l'opzione per la libera professione extramuraria e quindi per il rapporto non esclusivo (alternativa concessa a chi, come il ricorrente, era già in servizio al 31 dicembre 1998 con facoltà di esercizio di libera professione esterna: commi 2 e 3 dell'art. 15-quater) viene espressamente qualificata come revocabile (art. 15-sexies). Tale irreversibilità stabilita per l'opzione a favore del rapporto esclusivo viola il canone fondamentale di uguaglianza (art. 3 Cost.), non rinvenendosi alcun ragionevole motivo per differenziare (nel senso della definitività) il regime dell'opzione per l'esclusività rispetto a quello dell'opzione per la non esclusività del rapporto. Ne consegue parimenti violato il principio di buon andamento ragionevolezza (art. 97 Cost.), in quanto non risponde ad alcuna logica impedire in una direzione ciò che è consentito nell'altra.

Ancora: l'art. 1 del decreto legislativo n. 49/2000 ha stabilito al 14 marzo 2000 il termine per l'opzione di cui all'art. 15- quater del d.lgs. n. 502/1992; il d.lgs. n. 49/2000 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale in data 10 marzo n. 58 vale a dire quattro giorni prima della scadenza del termine per l'opzione; si delinea in modo palese l'irragionevolezza di detto art. 1 d.lgs. n. 49/2000, contraria al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, e, dunque, contraria al disposto di cui all'art. 97 della Costituzione; è appena il caso di sottolineare, infatti, che è interesse della pubblica amministrazione, e al regolare funzionamento di essa, che lo spatium deliberandi in proposito fosse più ampio, e commisurato al principio di gradualità nell'introduzione del rapporto esclusivo ricavabile dalla lett. q) dell'art. 2 della legge n. 419 del 1998.

Tutto quanto sopra premesso, si rileva che le indicate censure di illegittimità costituzionale si pone come rilevante al fine della decisione della controversia in oggetto, la quale risulterebbe adottata in virtù di norme non conformi alla carta costituzionale;

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione e 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondate:

- 1) la questione di legittimità costituzionale degli artt. 15-quater, commi 2 e 3, 15 sexies del 30 dicembre 1992, n. 502 nel testo risultante dall'art. 13 del d.lgs. 19 giugno n. 229, per contrasto con gli artt. 35 e 97 della Costituzione laddove, imponendo ai dirigenti sanitari, che fossero già in servizio alla data del 31 dicembre 1998 ed avessero optato per la libera professione extramuraria, di esercitare entro il termine ristretto di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 49/2000 l'opzione fra la conferma della scelta per la libera professione extramuraria ed

il rapporto esclusivo con diritto di esercizio unicamente della libera professione intramuraria senza che siano state approntate le strutture idonee a consentire in concreto l'esercizio della, libera professione intramuraria, viene ingiustificatamente limitato e compresso il lavoro espletato dai detti dirigenti sanitari (art. 35 Cost.), e non viene organizzato il pubblico ufficio ricoperto dai detti dirigenti sanitari secondo il principio del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.);

2) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del d.lgs. in data 2 marzo 2000 n. 49 per contrasto con l'art. 97 della Costituzione, laddove, stabilendo il termine per l'opzione di cui all'art. 15-quater del d.lgs. n. 502/1992 come novellato dall'art. 13 del d.lgs. in data 19 giugno 1999 n. 229 al 14 marzo 2000, ha assegnato termine talmente breve da palesarsi come irragionevole e contrario al principio del buon andamento della pubblica amministrazione;

3) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15-quater comma 3 del d.lgs. in data 30 dicembre 1992 come novellato dall'art. 13 del d.lgs. in data 19 giugno 1999 n. 229 per contrasto con gli art. 3 e 97 della Costituzione, laddove, disponendo che l'opzione ad opera del dirigente sanitario per il rapporto esclusivo sia irreversibile, mentre l'opzione per la libera professione extramuraria e cioè per il rapporto non esclusivo è delineata dal successivo art. 15-exies della medesima legge come revocabile, viola il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, differenziando senza un motivo ragionevole coloro che optino per la esclusività da coloro che optino per la non esclusività, e si pone in violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione;

Sospende il giudizio e dispone trasmettersi gli atti alla Corte costituzionale;

Dispone che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere.

Grosseto, addì 16 maggio 2000.

IL GIUDICE: BOCELLI