

Dirigenti apicali - termine per opzione intra/extramoenia (Tribunale di Pistoia, Sezione Lavoro, 16 maggio 2000)

In materia di riforma dell'esercizio dell'attività libero-professionale dei medici ospedalieri, introdotta dapprima con dl.vo n.502/92 e poi con i decreti legislativi n.229/99 e n.49/00 che, in sostanza, impongono a tutti dirigenti di scegliere tra rapporto di lavoro intra moenia o extra moenia con la USL e, in caso di mancata opzione, li considera a rapporto di lavoro esclusivo, l'ordinanza emessa dal Giudice in data 16/5/00 interviene regolarizzando la posizione di tutti quei dirigenti cosiddetti apicali che non hanno manifestato la loro volontà entro il 14/03/00

L'art.15 quinquies comma 3 Dl.vo 502/92 ha sancito, in via generale, la regola sul termine per esercitare l'opzione tra rapporto di lavoro esclusivo e non esclusivo con la struttura sanitaria, determinandolo a giorno fisso; il comma 7, peraltro, ha posto un'eccezione per i dirigenti apicali, subordinando l'opzione alla verifica del loro operato entro il 31/12/99 (termine poi rinnovato dal Dl.vo n.49/00).

In sostanza, i medici rivestenti posizione dirigenziale "apicale" all'interno dell'Azienda Sanitaria non erano tenuti a comunicare la propria scelta entro il 14 Marzo u.s., a differenza di quanto loro richiesto dal Ministero della Sanità con nota del 28/3/00 che, dando atto di alcune difficoltà interpretative del Dl.vo n.49/00, ha inteso "rimettere in termini" gli stessi dirigenti i quali, pur avendo optato per il rapporto non esclusivo, avevano la possibilità di modificare la propria scelta.

In conclusione, poiché alla data del 14/03/00 il decreto Bindi n.49/00 non era ancora entrato in vigore, e dal momento che tale decreto non necessariamente ha incluso i sanitari in questione, cioè i primari di una volta, tra coloro che entro tale data erano tenuti ad esercitare l'opzione de qua, i dirigenti apicali mantengono ancora salvo il loro diritto di chiedere la verifica di qualità sul proprio operato professionale prima di optare, peraltro in modo irreversibile, tra lavoro intra moenia ed extra moenia con la USL.

(Dott. Enrico D'Angelo)

Repubblica Italiana

Tribunale di Pistoia

Sezione Lavoro

Il giudice dott. Niccolò Calvani, visti gli atti della causa n. 320/00 introdotta ai sensi dell'art. 700 Cod. Proc. Civ. da A.M. contro la Azienda USL 3 di Pistoia e sciolta la riserva assunta all'udienza 9 maggio 2000

Ritenuto in fatto e in diritto

Il dott. A.M. è medico specialista in ostetricia e ginecologia, dirigente di secondo livello con posizione funzionale apicale in quanto primario dal dicembre '93 della U.O. di ostetricia e ginecologia del Presidio ospedaliero di Pescia.

A seguito della riforma dell'esercizio dell'attività libero-professionale dei medici ospedalieri, introdotta con d.L.vo 229/99 (contenente modifiche al d.L.vo 502/92) e con d.L.vo 49/00 - che impone a tutti i dirigenti di scegliere tra rapporto di lavoro esclusivo e non esclusivo con la USL, e in caso di mancata opzione li considera a rapporto di lavoro esclusivo - il Direttore generale della Azienda USL 3 di Pistoia ha comunicato al M. (nota 23/3/2000) che non essendovi stata da parte sua alcuna opzione entro il 14/3/2000, ritenuto il termine ultimo per operare la scelta, era considerato in rapporto esclusivo; con il conseguente invito a cessare immediatamente qualsiasi attività professionale extramuraria.

La nota era immediatamente contestata dal M., a parere del quale il termine per esercitare l'opzione non era il 14/3/00 ma quello diverso, ancora imprecisato, coincidente con la verifica del suo operato come Primario, anch'essa prevista dalla legge di riforma.

Interveniva la nota 28/3/00 del Ministero della Sanità, che prendendo atto di alcune difficoltà interpretative del d.L.vo 49/00, 'rimetteva in termini' i dirigenti apicali che avessero optato per il rapporto non esclusivo, consentendo loro di modificare la scelta.

In applicazione di tale nota il direttore generale della USL inviava al M. la raccomandata 4/4/00, con la quale notificandogli lo slittamento del termine disposto dal Ministero lo invitava ad esercitare l'opzione entro il giorno successivo alla ricezione della lettera; il M. con sua del 6/4/00 dichiarava pertanto di optare per il rapporto esclusivo, per non decadere dalla funzione apicale rivestita, contestando tuttavia nuovamente l'interpretazione

della legge e riservandosi di far valere il suo diritto a operare l'opzione solo al momento della verifica del suo operato dirigenziale.

Tutto ciò premesso in fatto, il M. propone ricorso ai sensi dell'art. 700 Cod. Proc. Civ. richiamando l'art. 15 quinquies d.L.vo 502/92 (introdotto dal d.L.vo 229/99) che, per i dirigenti apicali in servizio da prima del dicembre '98, che non avessero optato per il rapporto quinquennale ai sensi della pregressa normativa, prevede:

- l'incompatibilità tra funzione apicale e rapporto di lavoro non esclusivo;
- la sottoposizione a verifica entro il 31/12/99;
- la conferma nella funzione in caso di verifica positiva mentre, in caso di verifica negativa o di non accettazione dell'incarico con rapporto esclusivo, il conferimento di un incarico non comportante direzione di struttura.

Secondo il ricorrente, il termine per l'opzione tra rapporto esclusivo e non esclusivo sarebbe dalla legge collegato alla verifica, sì da mettere l'interessato in grado di scegliere avendo ben presente quale tipo di funzione avrebbe potuto svolgere all'interno della struttura pubblica. Il diverso termine per l'esercizio dell'opzione, inizialmente fissato al 29/10/99 (dal d.L.vo 229/99) e poi al 14/3/00 (dal d.L.vo 49/00), riguarderebbe non i dirigenti con funzioni apicali ma tutti gli altri dirigenti; senza contare il fatto che la scadenza del 14/3/2000 sarebbe stata comunque inosservabile, dal momento che è stabilito da una legge pubblicata in data 10/3/2000 senza clausola di immediata operatività, e quindi entrata in vigore solo il 25/3/2000, al termine della vacatio legis.

Una diversa interpretazione del complesso normativo sarebbe incostituzionale per violazione degli art. 3, 23, 36 e 97 Costituzione: per l'imposizione di un termine già scaduto, per tardività della legge delegata rispetto alla legge delega (L. 419/98) e comunque per violazione del principio di gradualità da quest'ultima imposto (art. 2 lettera q), per disparità di trattamento dei dirigenti apicali rispetto agli altri dirigenti, per irragionevolezza della imposizione di una scelta precedente rispetto all'esito della verifica, per violazione della libertà di impresa. Il M. assume quindi di essere stato costretto a operare la scelta 'al buio', senza sapere se sarà confermato o meno nella sua posizione apicale, in violazione di un suo diritto; ciò comporterebbe per lui un grave danno economico, perché il rapporto esclusivo (tra l'altro, non reversibile per espressa disposizione di legge) gli impedirebbe di continuare a svolgere la professione extramuraria, dalla quale il ricorrente dichiara di ricavare ingenti proventi (circa 200 milioni all'anno), e in attesa di far valere in via ordinaria tale suo diritto chiede un provvedimento di urgenza di sospensione della imposizione effettuata dalla USL.

Resiste la USL offrendo una differente interpretazione delle norme citate, secondo la quale il termine per l'esercizio dell'opzione sarebbe stato lo stesso (29/10/99 per il d.L.vo 229/99, 14/3/00 per il d.L.vo 49/00) per tutti i dirigenti.

Il rapporto tra opzione e verifica sarebbe capovolto rispetto alla prospettazione del ricorrente: non la verifica funzionale alla scelta ma il contrario, come meglio specificato dall'art. 1 comma 2 d.L.vo 49/00, nel senso che solo chi ha optato per il rapporto esclusivo potrebbe chiedere la verifica del proprio operato e quindi aspirare alla conferma nell'incarico.

Inoltre, secondo la convenuta, difetterebbe comunque il *periculum in mora*, dal momento che anche il rapporto esclusivo consente lo svolgimento di attività libero-professionale, solo imponendo che questa avvenga all'interno di una struttura pubblica; peraltro, la Azienda USL 3, in conformità alla delibera 8/3/2000 della Giunta Regionale Toscana, autorizza normalmente i dipendenti che abbiano optato per il rapporto esclusivo a svolgere l'attività professionale nei propri studi privati (con riferimento a quanto disposto dalla L. 448/98, che prendendo atto della carenza di spazi all'interno delle strutture pubbliche da assegnare alla professione intramuraria, prevede l'utilizzo temporaneo di spazi sostitutivi esterni, ivi compresi gli studi privati).

Assumendo quindi la carenza dei presupposti per l'emissione di un provvedimento di urgenza, la convenuta chiede il rigetto del ricorso.

Ogni questione attinente alla legittimità costituzionale è rimessa al giudizio ordinario, essendo incompatibile con la natura del procedimento d'urgenza.

L'art. 1 comma 1 d.L.vo 49/00 dispone:

Il termine di cui all'art. 15 quater comma 3 del decreto legislativo 502/92 e successive modificazioni è fissato al 14 marzo 2000.

Questa è la disposizione che concerne il termine per l'esercizio dell'opzione e questa, prima di ogni altra, deve essere esaminata.

Al 14/3/2000 viene dunque fissato il termine che, originariamente, era previsto dall'art. 15 quater d.L.vo 502/92 (introdotto dal d.L.vo 229/99) al 29/10/99. La domanda alla quale occorre rispondere quindi è: per chi era previsto il termine del 29/10/99?

L'art. 15 quater detta una prima disposizione (comma 3):

Entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto (appunto, entro il 29/10/99) tutti i dirigenti in servizio alla data del 31/12/98 sono tenuti a comunicare al direttore generale l'opzione in ordine al rapporto esclusivo. In assenza di comunicazione si presume che il dipendente abbia optato per il rapporto esclusivo.

Il successivo art. 15 quinquies, dopo aver sancito che gli incarichi di direzione di struttura implicano il rapporto di lavoro esclusivo (comma 5), al comma 7, riferendosi ai dirigenti apicali già in servizio al 31/12/98 e che non abbiano a suo tempo optato per un rapporto quinquennale (tra i quali è pacificamente da inserire il M.) così dispone:

Essi sono sottoposti a verifica entro il 31/12/98, 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 CCNL.

Per rispondere alla domanda già sopra posta, preso atto della regola generale per cui tutti i dirigenti dovrebbero comunicare la scelta entro il 29/10/99, occorre chiarire chi sono coloro che rientrano nella ipotesi di 'non accettazione dell'incarico con rapporto esclusivo': se essi fossero (come afferma la USL) coloro che, entro il 29/10/99 come per regola generale, hanno optato per il rapporto non esclusivo, l'articolo in commento non aggiungerebbe né toglierebbe nulla all'art. 15 quater, che conterrebbe l'unica disposizione, valida per tutti, in tema di scadenza per l'opzione, con la conseguente fondatezza della tesi sostenuta dalla convenuta. Ma, da un punto di vista sintattico e grammaticale, la legge potrebbe anche riferirsi a coloro che, nonostante una verifica positiva, non hanno accettato il rinnovo dell'incarico - apicale ma esclusivo - per altri sette anni, come sostenuto dal ricorrente.

Per quanto la formulazione della legge non sia di univoca ed immediata interpretazione, quest'ultimo sembra proprio il suo significato: infatti mentre l'art. 15 quater parla di opzione a favore di una tipologia di rapporto (esclusivo o non), a prescindere dalla funzione espletata, l'art. 15 quinquies comma 7 parla di accettazione di un incarico - con rapporto esclusivo.

Ora l'incarico, se il significato letterale della parola e la sua collocazione nel testo hanno un senso, è quello di direzione di struttura che a norma del comma 5 implica l'esclusività del rapporto e a norma del comma 7 viene confermato a seguito di verifica positiva.

E' chiaro che un incarico può essere rifiutato solo dopo che è stato conferito o confermato, quindi nel nostro caso dopo la verifica (positiva), che nel sistema della legge è successiva alla scadenza del 29/10/99; ma allora occorre di necessità che non vi sia stata opzione in precedenza: infatti, se la scelta fosse già stata fatta e fosse stata a favore del rapporto esclusivo, non potrebbe più essere revocata (art. 15 quater comma 4) e non vi sarebbe spazio per un rifiuto dell'incarico con rapporto esclusivo, mentre se fosse stata a favore del rapporto non esclusivo non vi sarebbe stato bisogno di alcuna verifica, perché il dirigente avrebbe comunque perduto il suo ruolo (art. 15 quinquies comma 5).

Secondo questa interpretazione, quindi, i dirigenti apicali avrebbero un diverso termine per la formulazione dell'opzione, coincidente con l'esito della verifica, anche se nulla, ovviamente, gli impedirebbe di manifestare fin da subito la loro scelta.

E' assai significativo che questa interpretazione sia stata fatta propria dallo stesso Ministero della Sanità con nota esplicativa 21/10/99:

Atteso ... che CCNL dovrà disciplinare, oltre che eventuali criteri per effettuare verifica, anche incarico professionale per coloro che non habent superato positivamente verifica aut che, valutati positivamente, non intendono sottoporsi al regime rapporto esclusivo, ritenesi che per detti dirigenti opzione debet essere effettuata al momento conferma incarico aut attribuzione incarico professionale

Il termine di cui all'art. 15 quater, richiamato dall'art. 1 d.L.vo 49/00, si riferirebbe allora solo ai dirigenti non apicali, e quindi solo nei confronti di questi ultimi opererebbe lo slittamento al 14/3/00 in forza dell'art. 1 d.L.vo 49/00; mentre per gli apicali, non essendo applicabile il termine del 29/10/99 ma quello diverso, incerto nel quando, della sottoposizione a verifica, non varrebbe neppure il differimento al 14/3/00.

Occorre ora sottoporre queste interpretazioni al vaglio del d.L.vo 49/00; cominciamo dalla tesi di parte convenuta.

Si è detto che, per la USL, i dirigenti che non accettano l'incarico con rapporto esclusivo sono quelli che entro il 29/10/99 - o entro il successivo termine del 14/3/00 - hanno espresso la loro scelta per il rapporto non esclusivo.

La ricostruzione sembra trovare una conferma nel comma 2 dell'art. 1 d.L.vo 49/00:

I dirigenti di cui all'art. 15 quinquies comma 7 d.L.vo 502/92 e successive modificazioni, che alla data di entrata in vigore del presente decreto non sono sottoposti a verifica ai sensi del medesimo comma 7 e che, nel termine di cui al comma 1, abbiano optato per il rapporto esclusivo ovvero che non abbiano comunicato l'opzione al direttore generale, possono chiedere al direttore generale, entro il 30/4/2000, la verifica dell'attività svolta nell'ultimo quinquennio. (...) Nel caso di verifica positiva i dirigenti sono confermati nell'incarico di direzione della struttura complessa, con rapporto esclusivo, per ulteriori sette anni. Nel caso di verifica non positiva al dirigente

è conferito un incarico professionale non comportante direzione di struttura. I dirigenti di cui al comma 2 del presente articolo che non chiedono di essere sottoposti a verifica sono confermati nell'incarico di direzione della struttura complessa, con rapporto esclusivo, per ulteriori due anni a decorrere dal 30/4/2000. A decorrere dall'1/5/2002 ai dirigenti di cui al presente comma è conferito un incarico professionale non comportante direzione di struttura.

La formulazione letterale e sintattica della norma nulla opporrebbe alla sua interpretazione nel senso auspicato dalla USL: solo i dirigenti apicali che sono in rapporto esclusivo, per aver optato espressamente o presuntivamente in tal senso entro il 14/3/00, sono abilitati a chiedere la verifica; se lo fanno, corrono il rischio di incorrere in un giudizio negativo e di perdere la direzione della struttura, a fronte della possibilità invece di mantenere la funzione per sette anni (in caso di giudizio positivo); se non lo fanno, non correranno il rischio di una 'bocciatura' ma allora potranno mantenere la funzione solo per due anni, e poi la perderanno comunque.

E' una interpretazione compatibile con il testo della norma, ma solo se si parte dal presupposto che per i dirigenti apicali valesse il termine del 29/10/99 (e poi del 14/3/00) per l'esercizio dell'opzione, e che quindi entro quel termine il mancato esercizio significasse automaticamente scelta per il rapporto esclusivo.

Se invece si parte dall'impostazione opposta (quei termini non valevano per i dirigenti apicali, quindi il mancato esercizio dell'opzione, nell'attesa di una verifica, non significa affatto scelta per il rapporto esclusivo) quella interpretazione non vale più.

Ma anche questa seconda impostazione è compatibile con la formulazione letterale della norma, che può essere spiegata così: la verifica può essere chiesta dai dirigenti apicali che (pur non essendovi obbligati per non essere ancora stati sottoposti a verifica) abbiano già manifestato la scelta per il rapporto esclusivo, nonché da quei dirigenti che (in attesa della verifica) non abbiano ancora manifestato alcuna scelta (senza che ciò comporti di necessità opzione per il rapporto esclusivo).

Decisiva appare a questo punto la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 1:

Restano ferme le disposizioni di cui all'art. 15 quinquies comma 7 del d.L.vo 502792 e successive modificazioni, in caso di opzione per il rapporto non esclusivo o di non accettazione dell'incarico con rapporto esclusivo.

E' qui che l'interpretazione offerta dalla USL viene definitivamente smentita: non è più possibile infatti sostenere che quelli che non hanno accettato l'incarico con rapporto esclusivo sono quelli che hanno optato per il rapporto non esclusivo: la norma infatti li distingue, mediante la particella disgiuntiva 'o'.

Si tratta di due categorie differenti: da una parte chi ha optato per il rapporto non esclusivo (e che in ragione di ciò non viene neanche sottoposto a verifica), dall'altra chi rifiuta l'incarico a rapporto esclusivo - segno evidente che è stato sottoposto a verifica senza aver manifestato alcuna opzione, neppure presunta, la quale impedirebbe un successivo rifiuto del rapporto esclusivo.

E' da segnalare una terza interpretazione, diciamo così 'mediana', offerta dal Ministero della Sanità (nota 28/3/00), secondo la quale questi dirigenti che non hanno accettato l'incarico con rapporto esclusivo sono quelli che, nel tempo intermedio tra il d.L.vo 229/99 e il d.L.vo 49/00, sono stati sottoposti a verifica, l'hanno superata positivamente, e nondimeno hanno rifiutato l'incarico con rapporto esclusivo.

Ma, ad avviso di questo giudice, è una interpretazione che lascia senza alcuna disciplina - se non una manifestamente irrazionale - le fattispecie come quella del M.

Infatti, seguendo l'evoluzione interpretativa del Ministero, i dirigenti apicali non erano soggetti alla scadenza del 29/10/99 per l'esercizio dell'opzione, ma potevano attendere l'esito della verifica; alla data del 14/3/00, quindi, questi dirigenti non avevano alcun obbligo di scelta, perché il d.L.vo 49/00 non era ancora entrato in vigore, e potevano ancora legittimamente attendere la verifica; ma dal momento di entrata in vigore di quest'ultimo decreto, la loro (legittima) attesa sarebbe diventata automaticamente opzione tacita per il rapporto esclusivo. Per ovviare ad una situazione altrimenti paradossale, con la medesima nota il Ministero ha spostato in avanti il termine per l'opzione; ma si tratta di un rimedio incongruo.

Infatti, posto che un termine fissato per legge non può certo essere modificato da una nota esplicativa del Ministero, quest'ultima 'rimetteva in termini', semmai, solo i dirigenti che avessero espresso la scelta per il rapporto non esclusivo - a prescindere dal fatto che il direttore generale della USL qui convenuta ha invece ritenuto di estendere il nuovo termine anche al M., che non aveva manifestato alcuna opzione.

Ricapitolando la ricostruzione della normativa, quindi, abbiamo:

- L'art. 15 quater comma 3 d.L.vo 502/92 sancisce la regola generale sul termine per l'opzione, determinandolo a giorno fisso;
- L'art. 15 quinquies comma 7 d.L.vo 502/92 pone una eccezione per i dirigenti apicali, agganciando l'opzione alla verifica (termine incerto nel quando); l'interpretazione, fin qui, risponde meglio al testo legislativo e coincide con quella dello stesso Ministero della Sanità;

- L'art. 1 comma 1 d.L.vo 49/2000 sposta il termine per l'opzione senza specificarne i destinatari, che quindi restano quelli già sopra individuati (tutti i dirigenti tranne gli apicali);
- L'art.1 comma 2 d.L.vo 49/2000 non necessariamente include i dirigenti apicali tra coloro che entro il 14/3/2000 dovevano esercitare l'opzione;
- L'art. 1 comma 4 d.L.vo conferma la distinzione tra dirigenti apicali che hanno optato per il rapporto non esclusivo e quelli che non hanno esercitato alcuna opzione in attesa della verifica, rifiutando successivamente a questa l'incarico con rapporto esclusivo - distinzione che è alla base della interpretazione dell'art. 15 quinquies come sopra illustrata.

Ce n'è a sufficienza per ritenere probabilmente fondato il diritto vantato dal dott. M.; infatti, se i dirigenti apicali non avevano alcuna scadenza fissa per l'esercizio della opzione, fino al momento della entrata in vigore del d.L.vo 49/00, non è possibile che con l'entrata in vigore di questo decreto si siano trovati obbligati ad operare la scelta entro il 14/3/2000, sia per la diversa interpretazione della legge che è stata offerta sia perché all'entrata in vigore del d.L.vo di cui parlasi il 14/3/2000 era già passato.

Affermata la sussistenza del *fumus boni juris* c'è tuttavia da constatare l'insussistenza dell'altro presupposto indispensabile per l'emanazione di un provvedimento di urgenza, ossia il pericolo che nel tempo occorrente per far valere in via ordinaria un diritto, questo possa essere pregiudicato irrimediabilmente.

Invero, come risulta dal ricorso, il danno imminente e irreparabile che il M. paventa è quello connesso alla perdita della numerosa clientela abitualmente seguita come libero professionista.

Ebbene, da questo punto di vista, la possibilità offerta dalla legge ai dirigenti che abbiano optato per il rapporto esclusivo di svolgere l'attività libero professionale intramuraria, o addirittura presso il proprio ambulatorio privato, giusta art. 72 comma 11 L. 448/98, delibera Giunta regionale Toscana 8/3/2000 e conseguenti autorizzazioni rilasciate ai medici richiedenti dal direttore generale della USL qui convenuta (ve ne sono alcune prodotte in copia), escludono la configurabilità attuale di un danno irreparabile alla attività libero professionale del ricorrente.

Pertanto il ricorso deve essere respinto. Si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P. Q. M.

Visto l'art. 669 septies Cod. Proc. Civ. rigetta il ricorso; spese di lite compensate.

Pistoia, 16 maggio 2000