

Sentenza n.86 del 4 aprile 2008

Materia: rapporto di lavoro del personale dirigente sanitario

Giudizio: legittimità costituzionale in via incidentale..

Limiti violati: articolo 3 della Costituzione.

Ricorrente: Tribunale di Grosseto

Oggetto: articolo 15-quinquies, comma 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e dell'articolo 59, comma 1, della legge della Regione Toscana 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale) come interpretato autenticamente dall'articolo 6 della legge regionale 14 dicembre 2005, n. 67 recante "Modifiche alla legge regionale 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale). Interpretazione autentica dell'articolo 59 della legge regionale 40/2005".

Esito: rigetto del ricorso

Estensore: Carla Campana

Il Tribunale ordinario di Grosseto, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dell'art 15-*quinquies*, comma 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), e dell'art. 59, comma 1, della legge della Regione Toscana 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale), «come interpretato autenticamente» dall'art. 6 della legge della Regione Toscana 14 dicembre 2005, n. 67, recante "Modifiche alla legge regionale 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale). Interpretazione autentica dell'articolo 59 della L.R. n. 40/2005".

Il giudice *a quo*, in particolare, dubita della legittimità costituzionale delle due norme, in quanto, sostiene, comportano la perdita della funzione dirigenziale (del ruolo sanitario) in caso di scelta del medico di proseguire l'attività *extra moenia* senza distinguere l'ipotesi in cui vi sia la possibilità concreta dell'esercizio della libera professione *intra moenia* da quella in cui tale possibilità concreta non vi sia.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 15-*quater*, comma 3, e 15-*quinquies*, comma 5, del d.lgs. n. 502 del 1992 i dirigenti sanitari, già in servizio alla data del 31 dicembre 1998 (tale è la condizione in cui versa il ricorrente nel giudizio *a quo*), erano tenuti a comunicare (entro un termine originariamente fissato nel novantesimo giorno successivo all'entrata in vigore del suddetto d.lgs. n. 229 del 1999, e poi prorogato al 14 marzo 2000 dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 2 marzo 2000, n. 49 (Disposizioni correttive del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, concernenti il termine di opzione per il rapporto esclusivo da parte dei dirigenti sanitari) l'opzione in ordine al rapporto

esclusivo (opzione che, oltretutto, si presumeva in assenza di diversa comunicazione), ciò che, oltre a costituire condizione indefettibile per il mantenimento degli incarichi di direzione di struttura, semplice o complessa, comportava anche la necessità di limitare l'attività libero professionale esclusivamente a quella "intramuraria". Le due norme censurate, stabilendo che l'incarico di direzione di una struttura sanitaria, semplice o complessa, implica, senza eccezione alcuna, il rapporto di lavoro esclusivo, finiscono con il parificare, irragionevolmente, il dirigente che possa esercitare un'effettiva scelta tra due opzioni entrambe praticabili (laddove siano state concretamente allestite le strutture per la libera professione *intra moenia*) e il dirigente a cui sia in concreto preclusa l'alternativa della libera professione *intra moenia*, in ragione della mancata predisposizione di tali strutture.

Inoltre, la contestata disciplina, con previsione nuovamente irragionevole, impone al dirigente di esercitare l'opzione prima di sapere se, effettivamente, l'azienda predisporrà le strutture necessarie all'esercizio della libera professione, costringendolo così ad effettuare una scelta nell'incertezza. Né, secondo il rimettente, ad escludere detto inconveniente, potrebbe invocarsi il disposto del comma 10 del predetto art. 15-*quinquies*, che riconosce al medico, in caso di carenza di strutture e spazi idonei alle necessità connesse allo svolgimento delle attività libero-professionali in regime ambulatoriale, l'utilizzazione del proprio studio professionale, fino alla data, certificata dalla Regione o dalla Provincia autonoma, degli interventi strutturali necessari ad assicurare l'esercizio dell'attività libero-professionale *intra moenia* e comunque entro il 31 luglio 2007. Per un verso, infatti, siffatta previsione, secondo lo stesso giudice, costringe il medico ad esosi e caduchi investimenti strutturali, per altro verso è comunque limitata alle attività professionali in regime ambulatoriale.

La Corte nel pronunciarsi, compie una completa disamina dell'evoluzione della disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti del Servizio sanitario nazionale. Si ritiene interessante riportare per esteso l'analisi della Corte al fine di argomentare le motivazioni adottate dalla Consulta nel rigettare il ricorso.

Ai sensi dell'art. 43, lettera d), della legge 12 febbraio 1968, n. 132 (Enti ospedalieri e assistenza ospedaliera), venne stabilito il principio dell'incompatibilità tra rapporto di servizio "a tempo definito" del medico ospedaliero e l'esercizio di attività professionale in case di cura private, principio che superò indenne lo scrutinio di costituzionalità condotto con la sentenza n. 103 del 1977.

Detta scelta legislativa venne, poi, confermata dall'art. 24 del d.P.R. 27 marzo 1969, n. 130 (Stato giuridico dei dipendenti degli enti ospedalieri), che, dando attuazione al suddetto principio di incompatibilità, definì compiutamente due diverse tipologie di rapporti di lavoro. Si prevede, infatti, accanto ad un rapporto a "tempo pieno" (instaurato "a domanda" e comportante l'attribuzione di un "premio di servizio", che bilanciava la rinuncia alla attività libero-professionale extra-ospedaliera e la totale disponibilità» per i compiti d'istituto dell'ente ospedaliero), un rapporto a "tempo definito", contraddistinto dalla "facoltà del libero esercizio professionale, anche fuori dell'ospedale", purché non in contrasto con le incompatibilità disposte dal predetto art. 43, lett. d), della citata legge n. 132 del 1968. Tale impianto complessivo risultò confermato

anche dall'art. 35, secondo comma, lettere c) e d), del d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 (Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali). Queste disposizioni ribadirono il diritto dei medici a "tempo pieno" ad esercitare attività libero-professionale intramuraria, e cioè esclusivamente "nell'ambito dei servizi, presidi e strutture dell'unità sanitaria locale, sulla base di norme regionali", limitandola, al di fuori di tale ambito, soltanto a "consulti e consulenze non continuativi", autorizzati "sulla base di norme regionali". Stabilirono, poi, per i sanitari a "tempo definito", la facoltà di svolgere, purché in orari compatibili e non in contrasto con gli interessi ed i fini istituzionali della struttura sanitaria, l'attività libero-professionale extramuraria, anche "in regime convenzionale", in conformità con le direttive degli accordi nazionali. Segna, viceversa, una cesura rispetto a questa evoluzione l'art. 4, comma 7, della legge 30 dicembre 1991, n. 412 (Disposizioni in materia di finanza pubblica). Con tale intervento il legislatore, infatti, vietando ai medici a "tempo definito" prestazioni di lavoro in regime convenzionale o presso strutture convenzionate, ha nel contempo liberalizzato del tutto l'esercizio dell'attività professionale sia extra che intramuraria e ha incentivato la scelta per il rapporto di lavoro dipendente, assicurando in tal caso, a semplice domanda, il passaggio dal "tempo definito" al "tempo pieno" anche in soprannumero. La liberalizzazione, per tutto il personale sanitario, dell'esercizio della attività professionale in regime esclusivamente privatistico, che, come osservato dalla Corte Cost. stessa, nella sentenza n. 330 del 1999, "*si conformava, per certi aspetti, alla logica della aziendalizzazione del Servizio sanitario e della "privatizzazione" del rapporto di lavoro del personale dipendente*", determinava, come ulteriore effetto, che anche i medici a "tempo pieno" potessero svolgere attività extramuraria, senza la precedente limitazione ai soli consulti e consulenze non continuativi. In una situazione siffatta, continua la Corte Cost. i soggetti, pubblici e privati, che erogavano prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale, "*potevano essere scelti liberamente dal cittadino e venivano retribuiti in base alle prestazioni rese*"; si veniva così a determinare una forte "concorrenzialità tra strutture sanitarie pubbliche e strutture sanitarie private". (ancora la citata sentenza n. 330 del 1999)

È, dunque, in tale contesto che il legislatore ha adottato misure per incentivare l'attività professionale intramuraria. La concreta attuazione di tale disegno è stata affidata all'art. 13 del d.lgs. n. 229 del 1999, che enuncia, tra gli altri, il principio secondo cui gli "*incarichi di direzione di struttura, semplice o complessa, implicano il rapporto di lavoro esclusivo*" del sanitario (art. 15-*quinquies*, comma 5, del d.lgs. n. 502 del 1992) e quello che ricollega a detto rapporto esclusivo "*il diritto all'esercizio di attività libero professionale individuale, al di fuori dell'impegno di servizio*", unicamente "*nell'ambito delle strutture aziendali individuate dal direttore generale d'intesa con il collegio di direzione*" (comma 2, lettera a, del medesimo art. 15-*quinquies*). Il citato art. 13 del d.lgs. n. 229 del 1999 ha inserito nel d.lgs. n. 502 del 1992, tra gli altri, gli artt. 15-*quater* (Esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario), 15-*quinquies* (Caratteristiche del rapporto di lavoro esclusivo dei dirigenti sanitari) e 15-*sexies* (Caratteristiche del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari che svolgono attività libero-professionale extramuraria). Tale regime, in particolare, è quello applicabile anche nei confronti dei "dirigenti in servizio alla

data del 31 dicembre 1998” (tale è la condizione del ricorrente nel giudizio *a quo*). Per questi ultimi, anzi, è stato previsto un meccanismo di opzione “tacita” in favore del rapporto esclusivo (con conseguente perdita della facoltà di svolgere l’attività libero-professionale *extra moenia*), atteso che gli interessati, ai sensi dell’art. 15-*quater*, comma 3, del citato d.lgs. n. 502 del 1992, risultavano tenuti a comunicare al direttore generale l’opzione in ordine al rapporto esclusivo (entro un termine) prevedendosi, inoltre, che, in “assenza di comunicazione”, l’opzione del dipendente “per il rapporto esclusivo” fosse da presumersi. E’ stato, tuttavia, previsto un parziale temperamento del principio secondo cui l’esclusività del rapporto di lavoro del dirigente sanitario implica lo svolgimento della sola attività libero-professionale intramuraria. Infatti, l’espressa salvezza, come emerge, in particolare, dalla scelta compiuta dal citato art. 13 del d.lgs. n. 229 del 1999 di inserire anche la previsione di cui alla lettera *a*), nel testo dell’art. 15-*quinquies*, comma 2, del d.lgs. n. 502 del 1992, di “quanto disposto dall’art. 72, comma 11, della legge 23 dicembre 1998, n. 448” (Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo), già allora comportava l’impegno del direttore generale delle aziende ospedaliere, fino alla realizzazione di “*idonee strutture e spazi distinti per l’esercizio dell’attività libero professionale intramuraria in regime di ricovero ed ambulatoriale*”, “*ad assumere le specifiche iniziative per reperire fuori dall’azienda spazi sostitutivi in strutture non accreditate nonché ad autorizzare l’utilizzazione di studi professionali privati*”. La Corte, poi, richiama una serie di atti ministeriali volti, nella sostanza, a dare concreta attuazione al dettato legislativo, espressione di una tendenza a rendere meno problematico il passaggio al nuovo regime del rapporto esclusivo (o meglio, ad attenuare le conseguenze derivanti dall’abbandono dell’attività libero-professionale *extra moenia*); peraltro la Corte prosegue nel richiamare una serie di ulteriori interventi legislativi volti in tale direzione. Rileva, in tale prospettiva, innanzitutto, quanto stabilito dagli artt. 1 e 3 del decreto legislativo 28 luglio 2000, n. 254 (Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, per il potenziamento delle strutture per l’attività libero-professionale dei dirigenti sanitari), i quali, rispettivamente hanno, da un lato, fatto carico alle Regioni di provvedere, entro il 31 dicembre 2000, “*alla definizione di un programma di realizzazione di strutture sanitarie per l’attività libero-professionale intramuraria*”. Dall’altro (art. 3 del predetto d.lgs. n. 254 del 2000) nel novellare il testo del comma 10 dell’art. 15-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992, hanno previsto che al dirigente sanitario “*è consentita, in caso di carenza di strutture e spazi idonei alle necessità connesse allo svolgimento delle attività libero-professionali in regime ambulatoriale, limitatamente alle medesime attività e fino al 31 luglio 2003, l’utilizzazione del proprio studio professionale*”. Successivamente, con nuovi interventi legislativi che si ispirano alla stessa logica, tale termine è stato prorogato prima al 31 luglio 2005, poi al 31 luglio 2006, e, da ultimo, “*fino alla data, certificata dalla regione o dalla provincia autonoma, del completamento da parte dell’azienda sanitaria di appartenenza degli interventi strutturali necessari ad assicurare l’esercizio dell’attività libero-professionale intramuraria e comunque entro il 31 luglio 2007*” (art. 22-*bis*, comma 2, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante “Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e

di contrasto all'evasione fiscale", aggiunto dalla relativa legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248). Ancora nella prospettiva cui si è accennato, accanto alla previsione contenuta nel citato art. 2-septies, comma 1, del d.l. n. 81 del 2004 (articolo aggiunto dalla relativa legge di conversione n. 138 del 2004), il quale, nel modificare il comma 4 dell'art. 15-*quater* del d.lgs. n. 502 del 1992, ha inteso conferire all'opzione in favore del rapporto esclusivo carattere non più irreversibile, stabilendo, difatti, che i dirigenti sanitari possono optare, su richiesta da presentare entro il 30 novembre di ciascun anno, per il rapporto di lavoro non esclusivo, con effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo, deve essere menzionata la disciplina recata dall'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 120 (Disposizioni in materia di attività libero-professionale intramuraria e altre norme in materia sanitaria).

Tale articolo ha previsto, innanzitutto, che Regioni e Province autonome, al fine di garantire l'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, devono assumere *"le più idonee iniziative volte ad assicurare gli interventi di ristrutturazione edilizia, presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, i policlinici universitari a gestione diretta e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS) di diritto pubblico, necessari per rendere disponibili i locali destinati a tale attività"*. E nel sancire, poi, che l'adozione di tali iniziative (comma 2) dovrà essere completata entro il termine di diciotto mesi a decorrere dalla data del 31 luglio 2007, il legislatore ha inoltre stabilito che, limitatamente a tale periodo e agli ambiti in cui non sia stata ancora data attuazione alle necessarie iniziative, continuino *"ad applicarsi i provvedimenti già adottati per assicurare l'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria"*, anche oltre quel termine del 31 luglio 2007 fino al quale è stata prorogata la possibilità di svolgimento delle attività libero-professionali in regime ambulatoriale mediante l'utilizzazione, da parte dei dirigenti sanitari, del proprio studio professionale. Sempre con il suddetto comma 2 si è, altresì, previsto che Regioni e Province autonome, del pari entro diciotto mesi dal 31 luglio 2007, procedano *"all'individuazione e all'attuazione delle misure dirette ad assicurare, in accordo con le organizzazioni sindacali delle categorie interessate e nel rispetto delle vigenti disposizioni contrattuali, il definitivo passaggio al regime ordinario del sistema dell'attività libero-professionale intramuraria della dirigenza sanitaria, medica e veterinaria del Servizio sanitario nazionale e del personale universitario di cui all'articolo 102 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica)"*. Significativo appare, poi, il disposto di cui al comma 4 dell'articolo in esame, secondo il quale, tra le misure di cui al comma 2, può essere prevista, ove ne sia adeguatamente dimostrata la necessità e nell'ambito delle risorse disponibili, l'acquisizione di spazi ambulatoriali esterni, aziendali e pluridisciplinari, per l'esercizio di attività sia istituzionali sia in regime di libera professione intramuraria, i quali corrispondano ai criteri di congruità e idoneità per l'esercizio delle attività medesime, tramite l'acquisto, la locazione, la stipula di convenzioni; per la sola attività clinica e diagnostica ambulatoriale è stabilito (comma 9) che gli spazi e le attrezzature dedicati all'attività istituzionale possono essere utilizzati anche per l'attività libero-professionale intramuraria, garantendo la separazione delle

attività in termini di orari, prenotazioni e modalità di riscossione dei pagamenti. Ai sensi, inoltre, del comma 5 si fa carico ad ogni azienda sanitaria locale, azienda ospedaliera, azienda ospedaliera universitaria, policlinico universitario a gestione diretta ed IRCCS di diritto pubblico di predisporre un piano aziendale, concernente, con riferimento alle singole unità operative, i volumi di attività istituzionale e di attività libero-professionale intramuraria, disciplinando, con il successivo comma 6, le modalità di approvazione dei detti piani. Di rilievo, infine, è la norma contenuta nel comma 7, secondo cui Regioni e Province autonome *“assicurano il rispetto delle previsioni di cui ai commi 1, 2, 4, 5 e 6 anche mediante l’esercizio di poteri sostitutivi e la destituzione, nell’ipotesi di grave inadempimento, dei direttori generali delle aziende, policlinici ed istituti”*.

Alla luce, pertanto, di tale complessiva disciplina, conclude la Corte, così come essa si è venuta stratificando ed attuando nel tempo, risulta evidente il carattere assolutamente residuale della ipotesi alla quale si riferisce il rimettente nel sollevare la presente questione di legittimità costituzionale. Ed invero, la Corte sottolinea, il caso nel quale la scelta del dirigente, in favore del rapporto esclusivo, rappresenterebbe una scelta necessariamente poco sicura si presenta sostanzialmente come un’evenienza del tutto marginale e, in definitiva, di carattere accidentale.

Peraltro, precisa infine la Corte, l’inconveniente della mancata attuazione da parte delle Regioni e delle aziende sanitarie delle disposizioni legislative, nei limitati casi in cui si verifica, non nasce come conseguenza diretta ed immediata delle previsioni legislative censurate, ma deriva dalle differenti condizioni “fattuali” in cui possono trovarsi le strutture sanitarie pubbliche. Da ciò consegue che, al più, può venire in rilievo una situazione di disparità di mero fatto, alla quale la giurisprudenza costituzionale ha sempre negato rilevanza agli effetti della violazione dell’art. 3 Cost. Da ultimo, deve rilevarsi che l’eventuale inadempimento (o il ritardo nell’adempimento) da parte degli organi delle strutture sanitarie pubbliche, in special modo del direttore generale di esse (come implicitamente conferma il comma 7 dell’art. 5 della legge n. 120 del 2007, nel prevedere la possibilità della destituzione di quest’ultimo), nella predisposizione di quanto necessario per lo svolgimento dell’attività libero-professionale intramuraria da parte dei medici che abbiano optato per il rapporto esclusivo, potrebbe dare luogo a gravi forme di responsabilità dei medesimi organi. Risultano, quindi, previsti, adeguati strumenti affinché possano trovare rimedio i descritti inconvenienti di fatto lamentati dal giudice rimettente e dalle parti private costituite nel presente giudizio. D’altra parte, l’eventuale accoglimento della tesi secondo cui, per ovviare ai suddetti inconvenienti di fatto, occorrerebbe la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme denunciate, sarebbe soltanto idoneo, in buona sostanza, a dare vita ad un regime in cui l’opzione per il rapporto esclusivo non costituisca più un *prius*, bensì un *posterius*, rispetto alla predisposizione delle strutture occorrenti per lo svolgimento dell’attività libero-professionale intramuraria, e si risolverebbe, inevitabilmente, in un grave fattore di disincentivazione nell’assunzione, da parte dei soggetti a ciò competenti, delle iniziative necessarie a garantire la funzionalità del sistema configurato dal d.lgs. n. 229 del 1999.

A tutto ciò va aggiunto, dice la Consulta, che, subordinando, come in sostanza richiede il giudice *a quo*, l'esercizio della scelta in favore del rapporto esclusivo, da parte del dirigente sanitario, al preventivo allestimento di quanto necessario per l'esercizio della professione nelle forme dell'*intra moenia*, si finirebbe con il contravvenire ad un elementare principio di programmazione delle scelte organizzative demandate all'amministrazione sanitaria (principio cui si ispira il d.lgs. n. 229 del 1999), costringendo, pertanto, quest'ultima ad invertire la normale sequenza degli adempimenti necessari al corretto funzionamento del sistema.