**Tribunale di Foggia Sez. lavoro, Decr., 26-07-2021 – Età pensionabile medici** – a scioglimento della riserva formulata all'udienza del nel procedimento n. 3477/2021 tra Dott. (...) E ISTITUTO ZOOPROFILATTICO SPERIMENTALE DELLA PUGLIA E DELLA BASILICATA Svolgimento del processo - Motivi della decisione  
1. Con ricorso ex artt. 414 e 669 quater c.p.c., depositato il 30.03.21, il ricorrente (...) ha adito il Tribunale di Foggia, in funzione di giudice del lavoro, per sentir accogliere, nelle more del giudizio ordinario contestualmente instaurato, la richiesta di tutela cautelare invocata ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nei confronti dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata (di seguito denominato IZSPB), ed in particolare per sentire accertare il proprio diritto alla permanenza in servizio fino al limite di età fissato dalle norme vigenti ovvero sino al compimento del settantesimo anno di età, con conseguente ordine dell'IZSPB di riammetterlo in servizio. Con Provv. del 29 aprile 2021, il Tribunale ha rigettato il ricorso cautelare. Avverso tale Provv. l'11 maggio 2021 il dott. (...) ha proposto reclamo al collegio, ribadendo le proprie tesi difensive e contestando gli argomenti addotti nel provvedimento giudiziale di cui ha chiesto la riforma con l'accoglimento delle seguenti conclusioni: 1. In via preliminare, dichiarare tardiva la costituzione del resistente Istituto con ogni conseguenza di legge anche in rifermento alla violazione dell'onere di contestazione nonché il difetto di intervento della Dott.ssa (...) per carenza d'interesse ad agire. 2. In via principale, riformare il provvedimento cautelare emesso dal Giudice monocratico del Lavoro di Codesto Tribunale Dott.ssa L. a definizione del procedimento iscritto al R. G. n. 2359/2021 previa disapplicazione della Delib. del 12 giugno 2021 n.127, ordinando all'IZSPB di Foggia di trattenere in servizio il Dott. (...) fino al compimento del 70 anno di età. 3. in via principale e gradata trattenere in servizio il reclamante fino al compimento di tutti i progetti di ricerca dallo stesso avviati per il buon nome dell'Istituto; 4. con vittoria di spese. Quali motivi di reclamo parte istante ha dedotto i seguenti vizi: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30-bis della L. 13 ottobre 2020, n. 126 di conversione del D.L. 14 agosto 2020, n. 104, attraverso cui è stato riformulato il co. 2 dell'art. 5 bis. - violazione e falsa applicazione del principio di ragionevolezza e logicità - eccesso di potere - travisamento ed erronea valutazione dei fatti - disparità di trattamento - sviamento di potere. Ha resistito l'istituto. All'udienza del 15.7.2021, tenuta ai sensi e per gli effetti dell'art. 221 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77 (in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 180 del 18.7.2020 - Suppl. Ordinario n. 25), in vigore dal 19.7.2020, recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", acquisite le note di trattazione scritta delle parti, all'esito della camera di consiglio, il Collegio si è riservato la decisione. 3. Parte reclamante contesta l'impugnato provvedimento nella parte in cui "asseriva che l'Amministrazione resistente, nell'ambito del suo potere discrezionale, non avesse alcun obbligo di accogliere la richiesta di trattenimento in servizio, né tantomeno di fornire a proposito qualsivoglia motivazione, escludendo nel contempo il relativo sindacato giurisdizionale sulla scelta adottata.". In particolare, contesta l'assunto del primo giudice deducendo che l'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione "non deve essere intesa (o confusa) come la libertà di agire di cui sono titolari i soggetti privati", in quanto la discrezionalità "è una libertà limitata positivamente poiché, comunque, è disciplinata da leggi ed è finalizzata proprio alla cura dell'interesse pubblico"; "la P.A. deve agire osservando i contenuti ed i confini stabiliti dalla legge (principio di legalità) ed operare nel modo migliore possibile in base ai criteri di adeguatezza, convenienza e opportunità", procedendo, ove richiesto, ad una ponderazione tra "altri interessi che devono, anch'essi, essere valutati". Deduce che nel caso di specie, l'IZSPB, avrebbe dovuto decidere se trattenere o meno in servizio il Dott. (...) "non in maniera totalmente libera, come affermato ingiustamente dal Giudice, ma sulla base di una valutazione comparativa che tenesse in debito conto le proprie reali esigenze organizzative e funzionali ovvero comunque muoversi nell'ambito di precise condizioni cosi come delineate dall'art. 30 bis del D.L. 14 agosto 2020, n. 104 e di cui il Giudice non ha tenuto conto : - fissazione del limite temporale per la prosecuzione non oltre il settantesimo anno d'età del richiedente; - esistenza di criteri organizzativi predeterminati con apposito atto aziendale; - obbligo di indire le procedure di reclutamento senza ritardo e comunque non oltre centottanta giorni dalla data di adozione del provvedimento di trattenimento in servizio.". In conclusione, il reclamante pretende la riforma del provvedimento impugnato sostenendo che "la scelta discrezionale è una scelta che deve essere effettuata nel rispetto di norme giuridiche, e quindi il giudice può certamente controllare se queste norme sono state rispettate. ". Conseguentemente, "l'esercizio della facoltà di concedere il trattenimento in servizio non può consistere, contrariamente a quanto affermato dal Giudice, in un diniego generalizzato ma deve essere comunque vincolato, come già detto, ad un processo di valutazione che impedisca allo stesso di trasformarsi in un potere arbitrario ". Il reclamante richiama quale oggetto della valutazione di cui sopra, la "grande qualità scientifica del Dott. (...) cosi come riconosciuto dal Dott. (...) nella propria relazione del 14.05.2018 prot. n. (...)" e "un acclarato ed insufficiente contesto organizzativo e funzionale" dell'istituto. 4. La questione giuridica su esposta - articolata invero in modo acuto e suggestivo - non porta però al risultato sperato dal reclamante, ovvero ad una pronuncia di trattenimento in servizio su ordine giudiziale. 5.Per consentire una corretta interpretazione dell'istituto in esame, occorre quindi ripercorrere sinteticamente la "storia" dell'istituto stesso. La disciplina introdotta attraverso il D.L. n. 162 del 2019, così come modificata per effetto della legge di conversione 28 febbraio 2020, n. 8, consentiva, ai sensi dell'articolo 5-bis e in deroga al comma 1 dell'articolo 15-nonies del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, di chiedere la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre i 40 anni di servizio effettivo, prevedendo contestualmente che l'amministrazione, nel rispetto di criteri organizzativi predeterminati con appositi atti aziendali, potesse autorizzare tale prosecuzione fino all'assunzione di nuovi medici specialisti, indicendo le relative procedure di reclutamento non oltre 180 giorni dall'adozione del provvedimento di autorizzazione alla permanenza in servizio. Alla luce della descritta disciplina, emerge che la norma, nella sua versione originaria, - nel perseguire l'obiettivo di ovviare alla carenza di medici specialisti - aveva posto alcune puntuali condizioni: -fissazione del limite temporale per la prosecuzione non oltre il settantesimo anno d'età del richiedente; -esistenza di criteri organizzativi predeterminati con apposito atto aziendale; -obbligo di indire le procedure di reclutamento senza ritardo e comunque non oltre centottanta giorni dalla data di adozione del provvedimento di trattenimento in servizio. Tale impianto è stato poi modificato dall'articolo 30-bis della L. 13 ottobre 2020, n. 126 di conversione del D.L. 14 agosto 2020, n. 104, attraverso cui è stato riformulato il comma 2 dell'articolo 5-bis. La modifica intercorsa trova la sua giustificazione nell'acuirsi della situazione emergenziale dovuta alla diffusione del COVID-19, innestandosi nell'ambito più generale delle misure di sostegno a diversi settori in connessione all'emergenza epidemiologica. La novella normativa ha esteso la platea dei possibili destinatari della deroga al comma 1 dell'articolo 15-nonies del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 - ricomprendendovi, oltre ai medici specialisti, anche biologi, chimici, farmacisti, fisici, odontoiatri e psicologi. 6. Il Collegio ritiene che la modifica ha eleminato l'obbligo di avvio delle procedure di reclutamento; mentre ha mantenuto il divieto di incrementare il numero dei dirigenti, previsto espressamente dal citato comma 1 dell'articolo 15-nonies del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502. Ancora, ritiene che il legislatore, sempre in un'ottica di semplificazione procedimentale connessa alla crisi emergenziale dovuta al diffondersi del Covid-19, abbia eliminato l'obbligo formale di dotarsi di criteri organizzativi predeterminati con apposito atto aziendale, lasciando però indefettibile una ponderata valutazione in concreto sulla funzionalità dell'utilizzo della deroga rispetto all'ottimale perseguimento degli obiettivi predeterminati dal legislatore, tenendo comunque conto delle reali esigenze organizzative della stessa amministrazione e del vincolo generale posto al numero dei dirigenti, nonché garantendo la parità di trattamento tra i richiedenti. 6. Nel caso di specie, parte reclamante enuncia i motivi che, secondo il suo intendimento, avrebbero dovuto determinare l'amministrazione autorizzare il suo mantenimento in servizio, come già richiamati (la "grande qualità scientifica del Dott. (...) cosi come riconosciuto dal Dott. (...) nella propria relazione del 14.05.2018 prot. n. (...)" e "un acclarato ed insufficiente contesto organizzativo e funzionale"). L'operazione del reclamante è chiara: egli censura la determinazione della Pubblica Amministrazione di diniego al suo mantenimento in servizio sulla base di esigenze organizzative e chiede la sostituzione, con un'operazione metodologicamente inammissibile, del diniego dell'istituto, nell'esercizio proprio della discrezionalità amministrativa riservato all'istituto, con una valutazione e una determinazione giudiziale a sé favorevole. E infatti, a fronte della competenza, della professionalità e dell'inquadramento della dott.ssa (...) tacciata da parte attrice di inadeguatezza alle funzioni non dimostrata -, nonché a fronte della considerazione che - secondo l'IZSPB - anche in precedenza alcuni esami era eseguiti all'esterno, non si ravvisa la possibilità per questo Collegio di confutare (e poi sostituire) le scelte discrezionali dell'Amministrazione perché deviate in modo talmente palmare ed evidente. E anche rispetto all'allegato "acclarato e insufficiente contesto organizzativo e funzionale" denunciato dal reclamante non appare affatto evidente che la scelta dell'istituto sia illegittima perché il mantenimento in servizio del ricorrente non parrebbe essere risolutivo di tutte le problematiche organizzative che asseritamente affliggono l'istituto. 7. Con parole diverse, alla luce delle allegazioni in fatto esaminate, il ricorrente demanda al Collegio: 1 - in primis di accertare che la determinazione sia illegittima; 2 - in secundis di sostituirsi alla Pubblica Amministrazione e autorizzare, esercitando la valutazione discrezionale, il mantenimento in servizio del reclamante. In effetti, la discrezionalità amministrativa quindi consta di due momenti: -uno cognitivo-valutativo, che importa l'acquisizione e la valutazione di tutti i fatti e gli interessi rilevanti, -l'altro volitivo, che consiste nella scelta della soluzione ritenuta più opportuna e conveniente per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico. In quanto espressione di potestà pubblicistica, l'attività discrezionale amministrativa si muove entro i limiti, positivi e negativi, che ne impediscono il trasmodare in mero arbitrio. Sotto il primo profilo, la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto del principio di finalizzazione dell'agere amministrativo, da intendere come necessaria tensione dell'attività pubblica verso il perseguimento del pubblico interesse e del principio del minimo mezzo, che impone alla Pubblica amministrazione di arrecare il minor pregiudizio possibile alle posizioni soggettive che interferiscono con l'interesse primario. La discrezionalità è una libertà di apprezzamento delle opportunità di soluzioni, limitata positivamente poiché disciplinata da leggi e finalizzata alla cura dell'interesse pubblico. Ma al di là di questi limiti la Pubblica amministrazione è assolutamente libera. Di tale che, l'accoglimento dell'odierna domanda cautelare del reclamante implicherebbe - dopo la valutazione di illegittimità del diniego - una vera e propria sostituzione del Giudice Ordinario adito alla Pubblica Amministrazione nella valutazione discrezionale sulla funzionalità dell'utilizzo della deroga in favore del ricorrente. Questa operazione non appare ammissibile e congrua rispetto alla cognizione e giurisdizione del Giudice Ordinario. 7.D'altro canto, il carattere "libero" di questa discrezionalità è vieppù rilevante nel caso di specie, in cui la discrezionalità amministrativa si esplica ai massimi livelli, trattandosi di un provvedimento accrescitivo, rientrante tra quelli che ampliano la sfera giuridica dei privati. Infatti, in linea con l'orientamento giurisprudenziale più recente del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 479), questo Collegio ritiene che "la permanenza in servizio oltre i limiti ordinari di età ...è divenuto istituto da considerare ormai eccezionale a causa delle esigenze generali di contenimento della spesa pubblica ", e "la sua determinazione in concreto va sorretta, se nel senso della protrazione del servizio, da adeguate giustificazioni in relazione ai parametri di valutazione indicati dalla disposizione, la cui ragione va puntualmente esternata", laddove con il diniego del trattenimento in servizio si configura "la situazione ordinaria di normale estinzione del rapporto lavorativo ver raggiungimento dei limiti di età". Da ciò deriva che - a maggior ragione - non è possibile per questo Giudice ordinario sostituirsi alla Pubblica Amministrazione nell'esercizio "libero", completo, nei termini su indicati, della sua discrezionalità amministrativa. 8. In conclusione, il reclamo va rigettato con conferma del provvedimento impugnato. Il ricorso cautelare è stato proposto in corso di causa, cosicché la regolazione delle spese anche della presente fase va rimessa all'esito del giudizio di merito. P.Q.M. Il Tribunale, pronunciando sul reclamo dell'11.5.2021 proposto dal (...) avverso il Provv. emesso dal Tribunale di Foggia il 29 aprile 2021 nei confronti dell'ISTITUTO ZOOPROFILATTICO SPERIMENTALE DELLA PUGLIA E DELLA BASILICATA, rigetta il reclamo; conferma il provvedimento impugnato; spese al merito. Si comunichi. Così deciso in Foggia, il 23 luglio 2021.