

REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 7768 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2005

Composto dai Signori:

Raffaele Carboni	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere Est.

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso in appello n. 7768/05 proposto dal dr. Franco Condò, rappresentato e difeso dall'avv. prof. Francesco Castiello e dall'avv. Guido De Santis con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Circonvallazione Clodia n. 82

contro

la Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta Regionale, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Gennaro Terracciano e dall'avv. Francesco Vannicelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Piazza di Spagna n. 35

e nei confronti

- del dott. Pietro Grasso, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Rosaria Russo Valentini con domicilio eletto in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 282/284

SC

- della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12

per l'annullamento e la riforma

dell'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione III, n. 4775 del 2 settembre 2005, recante reiezione della domanda cautelare proposta in via incidentale in primo grado con ricorso r.g.n. 7600/05 avverso gli atti con i quali la Regione Lazio ha dichiarato la decadenza del ricorrente dall'incarico di direttore generale della ASL Rm/E;

Visti gli atti e i documenti depositati con l'appello;

Visto l'atto di costituzione della Regione Lazio e del dott. Pietro Grasso nonché le memorie tutte delle parti;

Relatore il cons. Nicola Russo;

Uditi nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2007 gli avv.ti Castiello, De Santis, Terracciano e Russo Valentini;

Vista l'ordinanza n.4645/07 in data 11 settembre 2007;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO E DIRITTO

1. La causa concerne la decadenza del dott. Franco Condò dalla carica di direttore generale della Azienda USL Rm/E in applicazione della disciplina normativa regionale in base alla quale i vertici degli organi istituzionali, salvo conferma da disporre con le stesse modalità della nomina, vengono meno con

l'insediamento del nuovo Consiglio regionale (c.d. spoil system).

2. Questo Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'appello cautelare, con ordinanza n. 4819/05 ha sospeso il giudizio e con ordinanza n. 5838/05 ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale valutando rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con gli artt. 97, 32 e 117 Cost., la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni regionali istitutive dell'anzidetto sistema di spoil system.

3. Con sentenza n. 104 del 2007, la Corte costituzionale, ritenendoli in contrasto con i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione desumibili dall'art. 97 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 71, commi 1, 3 e 4, lettera a), della legge della Regione Lazio 17 febbraio 2005 n. 9 e dell'art. 55, comma 4, della legge della regione Lazio 11 novembre 2004, n. 1. La Corte costituzionale, richiamate le parole del relatore nella seconda sottocommissione dell'Assemblea costituente sul testo che sarebbe divenuto l'art. 97 Cost. (per le quali l'esigenza di introdurre nella Costituzione anche disposizioni riguardanti la pubblica amministrazione è funzionale all'esigenza *"di assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici "* e di *"garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti"*), ha in particolare stabilito che le citate disposizioni legislative regionali, nella parte in cui

attribuiscono alla Regione il potere di rimuovere a proprio piacimento tutti i dirigenti degli organi istituzionali, violano i principi di imparzialità e di buon andamento perché la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico di direttore generale di Asl deve rispettare il principio del giusto procedimento e ciò in quanto *"la dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica"*.

4. A seguito di tale pronuncia parte ricorrente chiedeva la fissazione di una nuova camera di consiglio per la prosecuzione dell'appello cautelare, invocando l'adozione di ogni misura idonea a garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

5. Con ordinanza n. 2700 del 29 maggio 2007, resa in altro giudizio avente ad oggetto la domanda di reintegra di distinto dirigente regionale (anch'esso decaduto per effetto della disciplina regionale istitutiva del meccanismo di spoil system dichiarato incostituzionale), la Sezione, preso atto della pronuncia della Corte costituzionale, accordava tutela cautelare in forma specifica disponendo il ripristino della situazione vigente all'atto della decadenza.

6. La trattazione dell'incidente cautelare chiesto dal dott. Franco Condò veniva fissata alla camera di consiglio del 12 giugno 2007. Su istanza dei patroni della Regione Lazio e del controinteressato la camera di consiglio veniva rinviata sul presupposto dell'essere *"in corso tra le parti dei tentativi di*

*bonario componimento delle controversie".*

7. Nel frattempo, con la legge regionale del Lazio 13 giugno 2007 n. 8 (pubblicata il 20 giugno 2007 e vigente dal giorno successivo alla pubblicazione), venivano approvate *"disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale"*. Il testo legislativo si compone di due articoli. L'art. 1 così dispone:

*"1. La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte Costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa:*

*a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro;*

*b) un'offerta di equo indennizzo.*

*2. La soluzione di cui al comma 1, lettera b), è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi."*

L'art. 2 si limita a stabilire l'immediata entrata in vigore della disposizione recata dall'art. 1.

8. La trattazione dell'incidente cautelare veniva nuovamente fissata alla camera di consiglio dell'11 settembre 2007. In vista di

tale trattazione la Regione Lazio, richiamati i propri precedenti scritti difensivi (nei quali veniva reiterata la questione di difetto di giurisdizione del g.a. e si sosteneva che, dato il decorso dell'originario termine contrattuale, non sarebbe stato più possibile procedere a reintegrazione), ricorda l'entrata in vigore della l.r. n. 8 del 2007 e riferisce che in esecuzione di questa, non essendo possibile la reintegra a causa del decorso del termine di sei mesi indicato dall'art. 1, comma 1, lett. b), è stato convenuto un indennizzo pari a 15 mensilità.

Nessun accordo in tal senso è stato peraltro formalizzato con il ricorrente Condò, il quale insiste per l'adozione di ogni opportuna misura cautelare che valga a rendere effettiva la pronuncia del Giudice delle leggi ed il conseguente venir meno degli atti che ne avevano disposto la decadenza.

Si oppone il controinteressato dott. Pietro Grasso, il quale insiste per l'improcedibilità della domanda di tutela cautelare a causa della intervenuta scadenza del periodo di validità del contratto concernente la preposizione del ricorrente alla Asl RmE.

9. Nella camera di consiglio dell'11 settembre 2007, visti gli atti difensivi depositati dalle parti e uditi i rispettivi difensori, la Sezione, con separata ordinanza n. 4645/07, ha disposto la sospensione del giudizio cautelare per rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che la Regione Lazio ha introdotto nelle

more del presente giudizio al fine di disciplinare la posizione dei soggetti già destinatari dello spoil system (art. 1 della l.r. n. 8/2007).

10. Prima di illustrare rilevanza e non manifesta infondatezza occorre farsi carico, nei limiti della cognizione propria della presente fase cautelare, delle eccezioni preliminari. Circa l'eccezione di difetto di giurisdizione, la Sezione ritiene di poter ribadire il punto di vista già espresso con la propria ordinanza n. 5838/05 e ritenuto non implausibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 104 del 2007: la non conferma del dirigente, destinata a svolgersi con le stesse modalità della nomina, postula infatti l'esercizio di uno (straordinario) potere discrezionale al cospetto del quale non è configurabile pariteticità delle contrapposte posizioni delle parti. Non diverso appare, d'altronde, l'orientamento della Corte regolatrice la quale, proprio a partire dal rilievo che la non conferma (quella che, nel nostro caso, ha fatto sì che il ricorrente fosse dichiarato decaduto in virtù del meccanismo di spoil system poi dichiarato non conforme a Costituzione) *"implica una valutazione discrezionale sull'idoneità del Direttore generale a svolgere l'incarico affidatogli"*, ha ritenuto devoluta alla giurisdizione del g.a. l'impugnazione del relativo provvedimento (Cass. Sez. un., ord. n. 2065, 11 febbraio 2003).

11. Non appare poi fondato l'ulteriore profilo di inammissibilità concernente l'intervenuto decorso, nelle more del giudizio,

dell'originario termine di durata dell'incarico (spirato il 7 novembre 2006). Il lasso di tempo occorrente ad ottenere tutela giurisdizionale, se di questa si vuole preservare la necessaria effettività, non può mai risolversi in pregiudizio per la parte che la richiede, con la conseguenza che il potere cautelare (volto a ripristinare le posizioni incise dal provvedimento come se questo non avesse mai avuto efficacia) non può che restare insensibile alle modificazioni che la situazione abbia subito in via di fatto. Nella specie è, quindi, del tutto irrilevante che la durata dell'incarico fosse stata originariamente fissata al 7 novembre 2006 giacché se quel termine è spirato senza che il ricorrente potesse nel frattempo svolgere le relative funzioni ciò dipende dagli atti della Regione Lazio nei cui confronti è qui domandata tutela giurisdizionale anche in forma specifica.

12. Non fondate appaiono infine le eccezioni del nuovo direttore generale circa la mancanza di interesse alla impugnazione della propria nomina da parte del dirigente decaduto e circa la stessa ammissibilità di tale impugnazione per mancata notifica del relativo ricorso al direttore sanitario e al direttore amministrativo. La questione dell'interesse del dirigente dichiarato decaduto ad impugnare (anche) gli atti con i quali è stato riassegnato l'incarico così resosi vacante è stata già risolta dalla Sezione (ord. 5838/05) ed il Collegio non ha motivo di discostarsi da tale precedente: è addirittura intuitivo che colui che viene allontanato da un incarico, se contesta la legittimità del relativo

provvedimento, ha titolo per contestare il conseguente riaffidamento e ciò proprio perché non vi è ragione di negare effettività alla tutela giurisdizionale. Quanto alla eccepita necessità di notificare il ricorso anche ai soggetti a cui il nuovo direttore generale abbia conferito, dopo la sua nomina, altri e distinti incarichi, è chiaro che si tratta di vicende poste a valle dell'atto contestato sicché per definizione esse non possono incidere sulla valida instaurazione della lite.

13. Superate le questioni di rito, va ricordato che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 104 del 2007, è venuta meno *ex tunc* la base legislativa dei provvedimenti gravati in primo grado sicché, quanto al profilo della ragionevole previsione sull'esito del ricorso prevista dall'art. 21 della l. 1034/71, la prognosi appare scontata. Né la Sezione dubita, come già palesato con le ordinanze nn. 2700/07 e 3069/07, che il pregiudizio allegato dal ricorrente sia meritevole di tutela cautelare in forma specifica (da ritenere sempre prevalente sulla mera tutela risarcitoria): l'allontanamento *ad libitum* di un dirigente è infatti atto che mette in discussione la stessa identità professionale di costui. Né, da questo punto di vista, appare condivisibile la tesi della Regione Lazio secondo cui, essendosi dato corso ad un generalizzato meccanismo di *spoil system*, nel nostro caso non sarebbe possibile connettere alla cessazione dell'incarico alcun giudizio di disvalore nei confronti della figura del dirigente allontanato. Nel sistema dichiarato non conforme a

Costituzione la decadenza era disposta salvo conferma, il che vuol appunto dire che tale decadenza postula un giudizio (ancorché non palesato) di disvalore quanto all'operato del dirigente allontanato.

14. Sono queste d'altronde le ragioni per le quali, prima dell'entrata in vigore della l.r. 13 giugno 2007, n. 8, la Sezione ha già accordato tutela cautelare a favore di altri direttori generali che, al pari del ricorrente, erano stati destinatari di decadenza in applicazione del meccanismo di spoil system dichiarato non conforme a Costituzione dal Giudice delle leggi (ordd. nn. 2700/07 e 3069/07).

15. Sennonché, come già ricordato, nelle more del presente giudizio è entrato in vigore l'art. 1 della l.r. 13 giugno 2007, n. 8, il quale disciplinando la situazione dei componenti degli organi istituzionali già dichiarati decaduti in base a disposizioni legislative regionali dichiarate illegittime ad opera della Corte costituzionale, certamente si applica alla fattispecie in questione e certamente preclude a questo giudice remittente, come rammentato dalla difesa della Regione Lazio, l'esercizio del potere cautelare. Infatti, sebbene la l.r. n. 8 del 2007 contempra in via generale, per l'ipotesi considerata, l'alternativa tra il reintegro nelle cariche (art. 1, primo comma, lett. a) e un'offerta di equo indennizzo (art. 1, primo comma, lett. b), sempre l'art. 1, al secondo comma, è netto nello stabilire che "*la soluzione di cui al comma 1, lettera b) [n.d.r. un'offerta di equo indennizzo] è*

*comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi".*

Nella specie ciò vuol appunto dire che, essendo ormai decorso l'anzidetto termine semestrale, la riportata disciplina legislativa regionale impedisce di far luogo a tutela cautelare in forma specifica (essendo in tal caso consentito il solo indennizzo).

Né la disciplina legislativa regionale recata dalla l.r. n. 8 del 2007, come prospetta il ricorrente, può esser ritenuta non applicabile ai dirigenti che si sono gravati davanti agli organi giurisdizionali poiché essa sarebbe destinata ad operare solo nei confronti di coloro che hanno fatto acquiescenza ai provvedimenti di decadenza. Così non può essere perché, nell'attuale assetto del sistema di giustizia amministrativa, la declaratoria di incostituzionalità della legge non comporta la caducazione di quegli atti amministrativi che, pur trovando fondamento nella disposizione di legge annullata, non siano stati tempestivamente gravati. Sicché, a seguire la tesi del ricorrente, la l. r. n. 8 del 2007 si preoccuperebbe (irragionevolmente) di apprestare misure compensative con riferimento a provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili oltre che a vantaggio di soggetti che, per libera scelta, hanno deciso di non gravarsi nelle sedi giurisdizionali.

La disciplina in questione è dunque applicabile alla fattispecie considerata e risulta preclusiva dell'adozione di misure

di tutela cautelare in forma specifica.

Di qui la rilevanza della questione di legittimità costituzionale che la Sezione ritiene di dover prospettare sotto i profili di non manifesta infondatezza che si passa ad illustrare.

16. Come si è appena ricordato, l'art. 1 della l.r. Lazio n. 8 del 2007 (approvato nelle more del presente giudizio dopo la sentenza della Corte costituzionale) riferendosi ai dirigenti allontanati dalla carica per effetto di disposizioni dichiarate incostituzionali, prospetta per essi l'alternativa tra la reintegrazione (art. 1, primo comma, lett. a) e un'offerta di equo indennizzo (art. 1, primo comma, lett. b), beninteso offrendo tale alternativa agli organi regionali e non alle vittime dello spoil system.

Ciò significa, per quanto qui rileva, che l'intera disciplina legislativa regionale posta dall'art. 1 della l.r. Lazio n. 8 del 2007, delineando la reintegrazione del dirigente come mera ipotesi alternativa (per di più, come vedremo più avanti, soltanto apparente) e non come dovere della Regione Lazio, non che fa altro che reintrodurre la possibilità di far luogo a quel meccanismo di spoil system che la Corte costituzionale ha già ritenuto non conforme a Costituzione, per violazione dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione desumibili dall'art. 97 Cost., con la sentenza 104 del 2007.

D'altronde, l'ipotesi alternativa dell'indennizzo (ostativa alla reintegrazione) posta dall'art. 1, secondo comma, della stessa

l.r. n. 8 del 2007, oltre a costituire lo strumento per reintrodurre il meccanismo di *spoil system* già caducato dalla Corte costituzionale (a ben vedere, quello introdotto dalla l. r. n. 8 del 2007 non è altro che una forma onerosa di *spoil system*) e quindi oltre ad incorrere nella stessa violazione dell'art. 97 Cost. che la Corte costituzionale ha già rilevato con la ridetta sentenza n. 104 del 2007, contrasta anche con gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale anche nei confronti degli atti della p.a. che da essi è desumibile e che è stato più volte riaffermato dalla Corte costituzionale. La disposizione in questione limita infatti la tutela giurisdizionale al solo profilo risarcitorio, non solo in contrasto con la fisionomia di tale tutela quale essa è ormai invalsa anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ma anche senza un'apprezzabile ragione giustificativa (profilo rilevante ex art. 3 Cost. in termini di ragionevolezza della classificazione legislativa) giacché la possibilità di ottenere la reintegra è incongruamente posta come mera alternativa solo per il caso dei dirigenti che siano stati allontanati per effetto di disposizioni legislative regionali poi dichiarate incostituzionali e non anche per la generalità dei dirigenti eventualmente dichiarati decaduti alla stregua di provvedimenti ritenuti illegittimi nelle competenti sedi, i quali ultimi continuano a godere del diritto alla pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Il convincimento circa la contrarietà a Costituzione del

meccanismo introdotto dalla l. r. Lazio n. 8 del 2007 è destinato a rafforzarsi se si considera che quello che fino ad ora è stato qui qualificato come alternativa (pur paradossalmente rimessa alla Regione) tra reintegrazione e indennizzo -per effetto dell'art. 1, secondo comma, di tale testo legislativo- non è altro che un'alternativa apparente. L'art. 1, al secondo comma, è infatti chiaro nello stabilire che *"la soluzione di cui al comma 1, lettera b) [n.d.r. un'offerta di equo indennizzo] è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi"*. Il che, appunto, è quanto dire che la soluzione di cui al comma 1, lett. b (vale a dire il mero indennizzo con esclusione della reintegra) opera sempre. Da questo punto di vista, ricordato che la l. r. in questione è destinata a regolare il caso di dirigenti dichiarati decaduti per effetto di disposizioni legislative regionali poi giudicate incostituzionali, è sufficiente rilevare che appartiene alla categoria dei fatti notori la circostanza che, dato l'attuale assetto del giudizio sulle leggi (che non prevede un sindacato diffuso e che comporta anche il rispetto di numerosi adempimenti d'ordine processuale quali la notifica alle parti, la comunicazione ai due rami del Parlamento, la pubblicazione dell'ordinanza in Gazzetta Ufficiale, ecc.), non è realisticamente ipotizzabile che, nel termine di sei mesi indicato dall'art. 1, secondo comma, della l. r. Lazio n. 8 del 2007, sia possibile ottenere una pronunzia di annullamento da parte della Corte Costituzionale. Di qui, appunto, oltre al contrasto dell'art.

1, secondo comma, della l.r. in questione quanto meno per irragionevolezza della relativa classificazione (art. 3 Cost.), la conferma che quella delineata dall'art. 1, primo comma, della stessa l. r. non è altro che un'alternativa apparente e che, come tale, essa costituisce la reintroduzione, a favore della Regione Lazio, del potere di spoil system (questa volta in forma onerosa, “a pagamento”) già caducato dalla Corte costituzionale.

Si aggiunga che la l. r. n. 8 del 2007 è stata calendarizzata, approvata (e resa esecutiva il giorno successivo alla sua pubblicazione) non solo quando erano ancora pendenti tutti i procedimenti giurisdizionali che avevano dato luogo alla ridetta pronuncia della Corte costituzionale n. 104 del 2007, ma anche e soprattutto immediatamente dopo che questo Consiglio di Stato, in uno di quei procedimenti (cfr. ord. 2700/07), aveva già accordato tutela cautelare in forma specifica sotto forma di reintegrazione. Ciò che rende obiettivo il dubbio che la disciplina legislativa in questione sia stata posta, con eccesso di potere legislativo e con violazione dell'art. 101 Cost., non per regolare astrattamente la materia ma per incidere sulle sorti del procedimento giurisdizionale in corso.

Si aggiunga, infine, che quelle introdotte dalla disciplina legislativa regionale sospetta di incostituzionalità sono disposizioni palesemente debordanti dalla potestà che è al riguardo riconosciuta alle Regioni dall'art. 117 Cost.: la materia (limiti agli effetti delle sentenze della Corte costituzionale e alla

gamma delle misure cautelari nel processo amministrativo) rientra, infatti, nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, lett. L), Cost. Di qui l'ulteriore profilo di incostituzionalità a carico del complesso delle disposizioni legislative recate dall'art. 1 della L.R. Lazio n. 8/2007.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, solleva questione di costituzionalità dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 per violazione degli artt. 3, 24, 101, 103, 113 e 117 lett. L) della Costituzione, e per l'effetto sospende il giudizio ed ordina l'immediata trasmissione degli atti della causa alla Corte costituzionale.

Ordina che a cura della segreteria della Sezione la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente della Giunta della Regione Lazio, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e al Presidente del Consiglio regionale del Lazio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2007.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Nicola Russo

F.to Raffaele Carboni

IL SEGRETARIO

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 16/10/2007**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***

***F.to Antonio Natale***