

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - ordinanza 19 febbraio 2008 n. 569 - Pres. Marchitello, Est. Russo - Mirabella (Avv. Zaza D'Aulizio) c. c. Regione Lazio (Avv. Terracciano) e nei confronti di Zotti (Avv. Perifano) - (sospende il giudizio, e solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 per contrasto con gli artt. 3, 24, 101, 103, 113 e 117, lett. L), Cost, ordinando l'immediata trasmissione degli atti della causa alla Corte costituzionale).

1. Giurisdizione e competenza - Amministrazione pubblica - Direttori generali ASL - Nomina e diniego di conferma e/o decadenza - Controversie in materia - Giurisdizione amministrativa - Sussiste - Ragioni.

2. Amministrazione pubblica - Spoils system - Direttori generali ASL della Regione Lazio - Disciplina prevista dall'art. 1 della L. reg. n. 8 del 2007 - A seguito della sentenza della Corte cost. n. 104 del 2004 - Previsione dell'alternativa tra la reintegrazione (art. 1, primo comma, lett. a) e la corresponsione di un equo indennizzo (art. 1, primo comma, lett. b) - Di fatto reintroducendo lo *spoils system* dichiarato costituzionalmente illegittimo - Questione di legittimità costituzionale - In relazione agli artt. 3, 24, 101, 103, 113 e 117 lett. L) della Costituzione - Va sollevata.

1. Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo una controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego di conferma e/o di decadenza dall'incarico di un direttore generale AUSL. Infatti, la non conferma ovvero la decadenza del direttore generale di una AUSL, destinata a svolgersi con le stesse modalità della nomina, postula l'esercizio di uno (straordinario) potere discrezionale da parte della P.A., al cospetto del quale non è configurabile pariteticità delle contrapposte posizioni delle parti (1).

2. In relazione agli artt. 3, 24, 101, 103, 113 e 117 lett. L) della Costituzione, va sollevata questione di costituzionalità dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8, la quale, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 104 del 2007, 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), rimettendo peraltro la scelta tra le due alternative agli organi regionali e non alle vittime dello *spoils system*. Tale norma di fatto reintroduce la possibilità di far luogo a quel meccanismo di *spoils system* che la Corte costituzionale, con la sentenza 104 del 2007, ha già ritenuto non conforme a Costituzione, per violazione dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione desumibili dall'art. 97 Cost.

(1) Ha osservato, in particolare, la Sez. V con la sentenza in rassegna che non diverso appare, d'altronde, l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali, proprio a partire dal rilievo che la non conferma dell'incarico di un direttore generale AUSL "*implica una valutazione discrezionale sull'idoneità del Direttore generale a svolgere l'incarico affidatogli*", hanno ritenuto devoluta alla giurisdizione del g.a. l'impugnazione del relativo provvedimento (Cass. Sez. un., ord. 11 febbraio 2003, n. 2065).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

composto dai Signori:

Claudio Marchitello Presidente

Aniello Cerreto Consigliere

Nicola Russo Consigliere est.

Giancarlo Giambartolomei Consigliere

Francesco Giordano Consigliere

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello n. 7687/05 proposto dal dr. Carlo Mirabella, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Zaza D'Aulizio con domicilio eletto presso Francesco Cardarelli in Roma, Vicolo Orbitelli 31

contro

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

e nei confronti

del dott. Giancarlo Zotti, rappresentato e difeso dall'avv. Diego Perifano con domicilio eletto in Roma, Via Cosseria 2 presso Alfredo Placidi

per l'annullamento e la riforma

dell'ordinanza del TAR del Lazio, Latina, n. 612/2005, recante reiezione della domanda cautelare proposta in via incidentale in primo grado avverso gli atti con i quali la Regione Lazio ha dichiarato la decadenza del ricorrente dall'incarico di direttore generale della ASL di Frosinone;

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

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

Relatore il cons. Nicola Russo;

Uditi nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2007 gli avv.ti Zaza D'Aulizio e Perifanio, per sé e per delega dell'avv. Terracciano;

Vista l'ordinanza n. 6193/07 in data 27 novembre 2007;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. La causa concerne la decadenza del dott. Carlo Mirabella dalla carica di direttore generale della Azienda USL di Frosinone in applicazione della disciplina normativa regionale in base alla quale i vertici degli organi istituzionali, salvo conferma da disporsi con le stesse modalità della nomina, vengono meno con l'insediamento del nuovo Consiglio regionale (cd. spoil system).

2. Questo Consiglio di Stato, chiamato a suo tempo a pronunciarsi sulla questione, inviò 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 dal Giudice delle leggi), la Sezione, preso atto dal punto di vista del *fumus* della pronuncia della Corte costituzionale, accordava tutela cautelare in forma specifica disponendo il ripristino della situazione vigente all'atto della decadenza.

6. Analoga misura cautelare veniva disposta a favore del ricorrente all'esito della Camera di Consiglio del 19 giugno 2007. Con ordinanza n. 3069/07 in pari data veniva in particolare accolta la domanda di provvedimento d'urgenza sotto forma di ordine di reintegra.

7. Nel frattempo, peraltro, 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. Il ricorrente dott. Mirabella non sottoscriveva peraltro alcun accordo ed anzi chiedeva l'esecuzione della ordinanza di reintegra ritenendo che la legge successiva non potesse impedirne il corso. Opposta era la posizione del controinteressato il quale, sulla scorta dell'entrata in vigore del citato testo normativo, chiedeva la revoca dell'ordinanza di reintegra del 19 giugno 2007.

Entrambe le domande venivano esaminate nella Camera di Consiglio del 27 novembre 2007.

9. Nella camera di consiglio del 27 novembre 2007, visti gli atti difensivi depositati dalle parti e uditi i rispettivi difensori, la Sezione, con separata ordinanza n. 6193/07, ha disposto la sospensione del giudizio 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), riservando all'esito la decisione sulla istanza di revoca presentata dal controinteressato dott. Zotti e sulla istanza di esecuzione presentata dal dott. Mirabella. Ciò anche a conferma dell'orientamento assunto in altro caso analogo (quello del dott. Condò), nel cui procedimento è stata assunta ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale n. 5388/07 in data 16 ottobre 2007.

10. Prima di illustrare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale 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. Superate le questioni di rito, va ricordato che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 104 del 2007, il ricorrente ha già ottenuto tutela cautelare.

Senonché, 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, di disporre l'esecuzione della propria ordinanza cautelare del 19 giugno 2007. Infatti, sebbene la l.r. n. 8 del 2007 contempli 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 indiscutibilmente decorso l'anzidetto termine semestrale, la riportata disciplina legislativa regionale impedisce di far luogo ad esecuzione (essendo nel caso in esame consentito il solo indennizzo) e depone anzi nel senso della necessità di far luogo a revoca dell'ordinanza di reintegra, come chiesto dal controinteressato.

Né la disciplina legislativa regionale recata dalla l.r. n. 8 del 2007 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 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, risulta preclusiva dell'adozione di misure di esecuzione della tutela cautelare in forma specifica già accordata e rileva anzi ai fini della sua revoca per motivi sopravvenuti.

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.

12. 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 reintegra (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 la intera disciplina legislativa regionale posta dall'art. 1 della l.r. Lazio n. 8 del 2007, delineando la reintegra 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 reintegra) 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 reintegra 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 doverosamente 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 pronuncia di annullamento da parte del Giudice delle leggi. 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 reintegra. 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 sospettata 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 dei poteri 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, sospende il giudizio sul ricorso in epigrafe e solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 per contrasto con gli artt. 3, 24, 101, 103, 113 e 117, lett. L), Cost, ordinando 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.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2007.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Nicola Russo F.to Claudio Marchitello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 19/02/08.