

**Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, ordinanza n. 2700/2007**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

composto dai Signori: Pres. Chiarenza Millemaggi Cogliani

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Nicola Russo Est.

Cons. Giancarlo Giambartolomei

Cons. Giordano Francesco

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

nella Camera di Consiglio del 29 Maggio 2007 .

Visto l'art.21, u.c., della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto l'appello proposto da:

A. D.

rappresentato e difeso da:

Avv. FRANCESCO CASTIELLO

Avv. MARIO SANINO

con domicilio eletto in Roma

VIA G. CERBARA, 64

presso

FRANCESCO CASTIELLO

contro

REGIONE LAZIO

rappresentato e difeso da:

Avv. FRANCESCO VANNICELLI

Avv. GENNARO TERRACCIANO

con domicilio eletto in Roma

PIAZZA DI SPAGNA 35

presso

GENNARO TERRACCIANO

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

rappresentato e difeso da:

Avv. GIULIO BACOSI

con domicilio in Roma

VIA DEI PORTOGHESI 12

presso

AVVOCATURA GEN. STATO

M. L.

rappresentato e difeso da:

Avv. ROSARIA RUSSO VALENTINI

con domicilio eletto in Roma

CORSO VITTORIO EMANUELE II 284

presso

ROSARIA RUSSO VALENTINI

per la riforma, dell'ordinanza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione III n. 4772/2005 , resa tra le parti, concernente DECADENZA DALL'INCARICO DI DIRETTORE GENERALE DELLA A.S.L. ;

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Vista l'ordinanza di rigetto della domanda cautelare proposta in primo grado;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

M. L.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

REGIONE LAZIO

Udito il relatore Cons. Nicola Russo e uditi, altresì, per le parti gli Avvocati F. Castello, M. Sanino, G. Terracciano R. Russo Valentini e per l'Avvocatura Generale dello Stato Maurizio Borgo;

Vista l'ordinanza di rimessione n. 5834/2005;

Vista la sentenza n. 104/2007 della Corte Costituzionale;

Considerato che:

1) - La Corte Costituzionale, a seguito dell'ordinanza di rimessione adottata da questa Sezione del Consiglio di Stato n. 5834/2005, ha dichiarato:

"l'illegittimità costituzionale del "combinato disposto" **dell'art. 71, commi 1, 3, 4, lettera a), della legge della Regione Lazio n. 9 del 2005 e dell'art. 55, comma 4, della legge Regione Lazio n. 1 del 2004 [1]**, nella parte in cui prevede che i direttori generali delle ASL decadano dalla carica il novantesimo giorno successivo alla prima seduta del Consiglio regionale, salvo conferma con le stesse modalità previste per la nomina; che tale decadenza opera a decorrere dal primo rinnovo, successivo all'entrata in vigore dello Statuto, che la durata dei contratti dei direttori generali delle ASL viene adeguata di diritto al termine di decadenza dall'incarico";

2) - Secondo un costante indirizzo della Corte di Cassazione "le pronunzie di accoglimento della Corte costituzionale hanno effetto retroattivo inficiando sin dall'origine la validità e l'efficacia della norma dichiarata contraria al dettato costituzionale, salvo il limite delle situazioni consolidate, quali quelle derivanti da giudicato, da atto amministrativo non impugnabile, da prescrizione o da decadenza". (Cass., Sez. Lav., 22.10.2002, n. 14969, Cass., Sez. I, 25.7.2001, n. 10115; (Cass., Sez. I, 7.6.2000, n. 7704).

L'orientamento della Suprema Corte è pienamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa ex plurimis Con. St., sez. IV, 11.2.2004, n. 546 secondo cui "La declaratoria di incostituzionalità della norma in base alla quale è stato adottato l'atto amministrativo ne determina la sopravvenuta illegittimità";

3) - Con l'ordinanza n. 5834/2005 questa Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto di sospendere la pronuncia cautelare in luogo del provvedimento impugnato, rimettendo la questione alla Consulta.

Dichiarata l'incostituzionalità della normativa regionale in base alla quale i provvedimenti anzidetti sono stati adottati, l'odierno ricorrente vanta ora il diritto ad una efficace tutela cautelare in forza del principio di effettività della giustizia amministrativa (art. 3, 24 e 113 Cost.). La Corte Costituzionale ha reiteratamente affermato che la tutela cautelare nel giudizio amministrativo è coperta, senza alcun limite, dalla garanzia costituzionale scaturente dai precetti contenuti negli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma; 103, primo comma e 113 della Carta fondamentale (crf. Sentenze 27.12.1974, n. 284; 17.7.1975, n. 227 e 1.2.1982, n. 8).

Funzione precipua della tutela cautelare è e deve essere quella di impedire che l'atto viziato da illegittimità sopravvenuta venga portato ad ulteriore esecuzione.

4) - E' jus receptum che "l'annullamento dell'atto amministrativo che fa cessare illegittimamente un rapporto d'impiego pubblico (o ne ritarda la progressione) determina come conseguenza la reviviscenza del rapporto nella sua pienezza, quale si svolgeva e avrebbe dovuto continuare a svolgersi, con tutte le conseguenze di anzianità, di carriera e di retribuzione del ricorrente" (Cons. St., sez. VI, 31.3.1999, n. 378; Cons. St., sez. V, 29.4.2003, n. 2153). L' Ad. Pl., 29.4.2005, n. 2, ha, di recente, ribadito il principio che, ove richiesta dalla parte, "la tutela in forma specifica prevale sulla tutela risarcitoria" (applicando, sulla scorta della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, alle procedure espropriative).

E' del pari pacifico che il potere di sospensione non può incorrere in limiti che ne pregiudichino l'efficienza funzionale all'effetto ripristinatorio della decisione definitiva di merito, sicchè l'esclusione o la sua limitazione violerebbero le fondamentali garanzie apprestate dagli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost..

5) - La neutralizzazione degli effetti del decorso del termine discendente dalla sent. n. 104/2007 della Corte Cost. rende tutt'ora efficace il contratto intercorso tra la Regione Lazio e il Dr. A., costituendo il presupposto per la tutela in forma reale a buon titolo vantata dal suddetto, necessaria per assicurarli il

recupero del fondamentale bene della vita che si identifica con la prosecuzione del rapporto di lavoro (artt. 4 e 35 Cost. Italiana e art. II-75 Cost. Europea).

La pronuncia della Consulta ha rimosso con effetti ex tunc gli esiti decadenziali disposti dal provvedimento regionale attuativo del c.d. spoil system (definitivamente estirpato dal Giudice delle leggi dall'ordinamento amministrativo con le sentenze nn. 103 e 104 del 19 marzo 2007), riportando le vicende contrattuali all'agosto 2005. Da quel momento, il vincolo negoziale deve necessariamente riprendere a produrre i suoi naturali effetti sinallagmatici fino alla definita scadenza triennale, IMPOSTA COME MINIMA DA INDEROGABILI NORME IMPERATIVE (D.lgs. n. 502/1992 e succ.mod., art. 3 bis e legge sanitaria Regionale Lazio 16 giugno 1994, n. 18, art. 8).

Il legislatore statale e il legislatore regionale, infatti, in subjecta materia, hanno introdotto un'inderogabile regola di stabilizzazione del rapporto lavorativo che non può avere durata effettiva inferiore al triennio. Il D.lgs. n. 502/1992 e succ. mod., con la disposizione di principio contenuta nell'art. 3 bis, ha espressamente disposto che: "il rapporto di lavoro del direttore generale (...) è esclusivo ed è (...) di durata non inferiore a tre anni.

Il dott. A., dunque dovrà riprendere l'attività lavorativa fino al compimento del triennio che, per ragioni di stabilità individuate dalla duplice, anzidetta, fonte legislativa, non può che considerarsi di effettivo svolgimento e non già di mero decorso temporale; in tale ultima ipotesi, infatti, verrebbe svuotata di ogni significato la scelta legislativa di assicurare durata minima garantita al rapporto.

6) – Quanto al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, eccetto dalla Regione Lazio, si osserva che:

Cass. SS.UU. Civili ordinanza n. 2065 dell'11 febbraio 2003 che, pronunciandosi su fattispecie nella quale un soggetto non confermato Direttore Generale di ASL aveva convenuto la Regione Lazio per risarcimento del danno, ha stabilito che: a) l'impugnazione del provvedimento di non conferma va proposta al TAR in quanto l'atto stesso "condivide la natura dell'atto di nomina ed implica una valutazione discrezionale sull'idoneità del Direttore Generale a svolgere l'incarico affidatogli"; b) la richiesta di risarcimento del danno va invece proposta davanti al Giudice Ordinario, vertendosi in materia di diritti soggettivi;

Con. St., sez. V, ord. n. 5834/2005 che in sede di appello cautelare, ha confermato la giurisdizione del GA ritenendo i provvedimenti impugnati "dichiara espressione di uno straordinario potere attribuito all'amministrazione regionale in ordine all'organizzazione degli enti da essa dipendenti, sulla base di una valutazione discrezionale circa la sussistenza dei presupposti di legge, a fronte della quale non sono ipotizzabili se non posizioni di interesse legittimo al suo corretto esercizio".

Corte Cost., sent. 19 marzo 2007, n. 104 che, annullando la normativa regionale sullo spoil system, ha precisato che: "Il carattere discrezionale sia della "non conferma", sia delle nuove nomine rende non implausibile l'affermazione, brevemente motivata, della propria giurisdizione da parte del giudice rimettente" (punto 2.1 del "considerato in diritto")

7) – Né ha pregio alcuno il rilievo che i direttori nominati in sostituzione di quelli vittime dello spoil system si sono insediati e sono nella titolarità della carica, il che sarebbe preclusivo del reinsediamento degli originari direttori generali e che i direttori decaduti hanno trovato una diversa collocazione lavorativa e che, comunque, la nomina del direttore generale subentrante non sarebbe stata contestata dal Dr. A..

Che la nomina del successore non sia stata espressamente contestata dal Dr. A. è affermazione contraddetta dal ricorso per motivi aggiuntivi al ricorso n. 7586/2005 pendente per la decisione di merito presso il TAR Lazio, sez. III<sup>^</sup> quater; ricorso depositato in data 12.8.2005 nel quale, con molteplici e articolate censure, la nomina stessa e tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali sono stati ritualmente e puntualmente impugnati.

Va comunque osservato che la sent. n. 104/2007 della Corte Costituzionale ha caducato sia la nomina del nuovo direttore sia il contratto accestivo che ne risultano travolti. In ordine al fatto che il posto di

direttore generale è attualmente occupato da che sine titulo lo detiene è circostanza di mero fatto che non può essere di ostacolo al ripristino della legalità. In ogni caso, adducere *inconvenientem non est argumemtum* (l'antico brocardo ricava rinnovato vigore dalla cit. sent. del Cons. St., Ad. PI 29.4.2005, n. 2).

8) – Sotto il profilo del danno, è utile rimarcare la nuova configurazione del *periculum in mora* risultante dall'art. 21, ottavo comma l. n. 1034/1971 novellata dalla l. n. 205/2000, che ha diversamente conformato questo essenziale presupposto della tutela cautelare sostituendo alla prevedente formula "danno grave ed irreparabile" la nuova formula "pregiudizio grave e irreparabile".

Sul piano sistematico va osservato che il termine "danno" evoca una *deminutio patrimoniale*, laddove il termine "pregiudizio" si riferisce a una lesione di interessi non patrimoniali. Nel cod. civ. si rinviene il termine "danno" in materia di obbligazioni (il cui oggetto dev'essere suscettibile di valutazione economica), mentre il termine "pregiudizio" trova impiego in materia di diritti della persona (quali il diritto al nome e all'immagine: artt. 7 e 10 c.c.). Il riferimento normativo al "pregiudizio" denota l'itentie legis di ampliare la sfera di applicazione della misura cautelare stante che l'esecuzione di un provvedimento che si assume illegittimo, benché possa comportare danni riparabili perché risarcibili, può altresì dal luogo ad un pregiudizio irreparabile, in quanto non suscettibile di compensazione pecuniaria. La differente terminologia usata dall'art. 21 novellato tende opportunamente a sottolineare la funzione della tutela cautelare volta ad evitare anche la produzione di conseguenze pregiudizievoli non suscettibili di essere rimosse, né risarcite.

P.Q.M.

Accoglie l'appello (Ricorso numero: 7600/2005) e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, accoglie l'istanza cautelare in primo grado, disponendo la reintegra dell'appellante nell'incarico di Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini, nei sensi di cui in motivazione.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Roma, 29 Maggio 2007

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

Depositata in Segreteria il 29 maggio 2007