

**Consiglio di Stato, sez. III,
sentenza del 24 aprile 2012, n. 2406**

Svolgimento del processo

1. I ricorrenti, medici dirigenti precari in servizio presso strutture sanitarie pubbliche dell'A.S.L. Taranto, avevano partecipato con esito positivo alle procedure di stabilizzazione di cui all'art. 3 della L.R. n. 40 del 2007 in relazione alla disciplina di titolarità, al cui esito era stata approvata la graduatoria e stipulati i contratti individuali di lavoro a tempo indeterminato.

2. In relazione a ricorsi di altri soggetti, proposti innanzi al T.A.R. Puglia, Lecce, nn. 1925/08 e 1923/08, con i quali erano stati impugnati gli atti di indizione di analoga procedura adottati dalla A.S.L. Lecce nell'ambito delle strutture di propria competenza, il TAR, con ordinanze nn. 52/09 e 67/09, rimetteva alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 3 comma 40 della sopradetta L.R. n. 40 del 2007.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 42 del 6 giugno 2011, dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 3 comma 40 della legge di cui sopra.

3. A seguito di tale annullamento, la A.S.L. Taranto, dopo aver deliberato in un primo momento di adire il giudice ordinario per far dichiarare la risoluzione dei contratti per sopravvenuta impossibilità della prestazione, successivamente, disponeva l'annullamento d'ufficio degli atti presupposti ai contratti individuali di lavoro dei ricorrenti, dichiarando conseguentemente la nullità dei contratti medesimi anche in relazione a quanto previsto dal *D.L. 6 luglio 2011, n.98 art. 16* (delibera commissariale 2125 del 13/7/2011).

Anche la Regione Puglia, con la Delib. G.R. n. 1878 del 31 agosto 2011, disponeva l'obbligatorietà dell'annullamento degli atti presupposti di indizione delle procedure di selezione e della conseguente declaratoria di nullità dei contratti individuali.

4. A fronte di tali atti i ricorrenti, che pure avevano già adito il giudice del lavoro a tutela delle posizioni giuridiche derivanti dalla intervenuta stipulazione dei contratti individuali di lavoro a tempo indeterminato, al fine dichiarato di tutelare l'interesse legittimo connesso all'annullamento d'ufficio dei presupposti atti di indizione delle procedure di stabilizzazione, adivano il T.A.R. Puglia, Bari, evidenziando la natura generale e innovativa delle disposizioni introdotte dal predetto D.L. (art.16 comma 8), deducendo la violazione del principio di irretroattività di cui *all' art. 11 comma 1 delle preleggi*, la violazione dei principi in tema di autotutela, la violazione dei principi generali in tema di effetti delle pronunce di incostituzionalità, la violazione degli *artt. 24 e 113 Cost.*, dell'art. 21 octies e 21 nonies della *L. n. 241 del 1990*, dell'*art. 3 del D.Lgs. n. 502 del 1992*, nonché eccesso di potere per falsa ed erronea presupposizione, difetto di istruttoria e di motivazione, manifesta ingiustizia, eccedendo inoltre l'incostituzionalità dell'*art. 16 comma 8 del D.L. n. 98 del 2011*.

5. Il T.A.R. Puglia, con la sentenza breve n.194 del 2012, conformemente ad altri precedenti del medesimo Tribunale, riteneva che la controversia rientrasse nell'ambito della giurisdizione del giudice del lavoro.

Al riguardo richiamava l'orientamento delle Sezione Unite della Corte di Cassazione, secondo cui, l'ambito di giurisdizione del giudice amministrativo risulta rigorosamente limitato alla procedura concorsuale in sé considerata, procedura che termina con la fase di approvazione della graduatoria che costituisce il discrimine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria.

Rilevava altresì il T.A.R. che la giurisdizione ordinaria in materia di pubblico impiego risulta configurata come generale

e residuale e che la definizione del relativo giudizio è esaustiva di ogni interesse azionato, ivi compresa la declaratoria dell'eventuale diritto dei ricorrenti alla conservazione della stabilizzazione già attuata con la stipulazione di relativi contratti individuali di lavoro.

Rilevava tra l'altro il Tar che l'esercizio del potere di autotutela con riferimento agli atti di indizione di procedura concorsuale doveva ritenersi irrilevante ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo, essendo l'autotutela intervenuta dopo l'approvazione della graduatoria e dopo la conclusione del procedimento di stabilizzazione e in costanza di rapporti di lavoro a tempo indeterminato; peraltro il giudice ordinario, nell'ambito della piena cognizione riservatagli, disponeva di poteri di disapplicazione.

6. Nell'atto di appello i ricorrenti insistono sulla giurisdizione del giudice amministrativo rilevando la esistenza di due distinti piani giurisdizionali, il primo della giustizia ordinaria avverso l'atto di risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro, il secondo della giustizia amministrativa, avverso i provvedimenti di autotutela amministrativa aventi ad oggetto le procedure concorsuali espletate e vinte dagli appellanti.

Sulla base di tale rilievo chiedono la riforma della sentenza del primo giudice.

Si sono costituiti sia la Regione Puglia che la Azienda Sanitaria Locale di Taranto chiedendo con dovizia di argomentazioni la conferma della sentenza di primo grado.

Alla camera di consiglio del 30 marzo 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

Motivi della decisione

L'appello non merita accoglimento.

In materia di lavoro pubblico privatizzato non è consentito al titolare di un diritto soggettivo, che risente degli effetti di un atto amministrativo, di scegliere, per la tutela del diritto, se rivolgersi al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto, oppure al giudice ordinario per la tutela del rapporto di lavoro, previa disapplicazione dell'atto presupposto, atteso che, in tutti i casi nei quali vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, ove si agisca a tutela delle posizioni di diritto soggettivo in materia di lavoro pubblico e si assume il diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro già instaurato, è consentita, a mente dell'*art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001*, esclusivamente l'instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dalla disapplicazione dell'atto e dagli ampi poteri a questi riconosciuti. La giurisdizione del giudice amministrativo si radica con riferimento agli atti della procedura concorsuale in sé considerata, procedura che termina con la fase di approvazione della graduatoria che costituisce il discrimine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria e nei casi in cui gli atti organizzativi non incidano direttamente su atti di gestione del rapporto di lavoro, perché hanno sui singoli rapporti solo efficacia indiretta o riflessa, talché il pregiudizio della posizione dei lavoratori può essere eliminato non già dalla disapplicazione, ma dall'annullamento del provvedimento amministrativo (Cass. civile, sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677; 16 settembre 2010 n.19552).

Nel caso in esame, ai fini della individuazione del giudice competente, deve aversi riguardo al petitum sostanziale e alla causa petendi che in concreto si identificano nella domanda di conservazione degli effetti sostanziali dei contratti in essere già stipulati dai ricorrenti a seguito di procedure selettive in esecuzione delle quali si è proceduto alla loro assunzione. L'autotutela, cioè la annullamento degli atti relativi alle procedure concorsuali o selettive che costituiscono il presupposto della risoluzione dei contratti, è quindi intervenuta nella fase di esecuzione del rapporto di lavoro e i ricorrenti impugnano tali atti per gli effetti che l'autotutela produce sui singoli contratti.

Ma della legittimità degli atti presupposti, come esattamente rilevato dal T.A.R., deve occuparsi il giudice ordinario facendo eventualmente applicazione dei poteri di disapplicazione.

In conclusione l'appello non merita accoglimento.

Per la natura del petitum, spese ed onorari possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa