

N. 00493/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00427/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 427 del 2015, proposto da:

Genziana Farci, Carla Curreli, Francesca Frau rappresentate e difese dagli avv. Giovanni Maria Lauro, Anna Ingianni, Cecilia Savona, con domicilio eletto presso Giovanni Maria Lauro in Cagliari, Via Salaris n. 29;

contro

Comune di Cagliari, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Pistis, con domicilio eletto presso Giancarlo Piredda in Cagliari, Via Tola n. 21;

per l'annullamento

- della delibera n. 18 del 3.3.2015, emessa dalla Giunta Comunale di Cagliari, con la quale è stato approvato il regolamento sulla disciplina del servizio avvocatura e dei compensi legali agli avvocati dell'ente, mai comunicata né notificata e pubblicata all'Albo Pretorio dal 6 al 20.3.2015;
- delle delibere n. 210 del 23.12.2014 e n. 10 del 17.2.2015;
- degli atti presupposti e consequenziali della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2015 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le ricorrenti sono dirigenti avvocati del Comune di Cagliari, ossia dipendenti con qualifica dirigenziale iscritte all'elenco speciale degli avvocati dipendenti da enti pubblici tenuto dall'Ordine degli avvocati di Cagliari.

Sono quindi destinatarie dell'atto regolamentare in epigrafe indicato avverso il quale insorgono deducendo articolate censure riconducibili alla violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Contestano, in particolare:

- 1) l'art. 2 comma 5 del regolamento che recita "Le mansioni degli avvocati non sono assoggettate a vincoli d'orario. La presenza degli stessi in servizio dovrà essere comunque attestata mediante i sistemi automatici delle presenze, compatibilmente con la partecipazione alle udienze giudiziarie ed alle altre attività istituzionali";
- 2) l'art. 6 comma 3 che recita "i compensi si cui ai precedenti commi non potranno in ogni caso superare cumulativamente il corrispondente stanziamento del bilancio dell'anno 2013";
- 3) l'art. 7 sia nella parte in cui assoggetta la ripartizione o la corresponsione di tutti i compensi professionali ad una valutazione del rendimento individuale da parte del Nucleo di valutazione del Comune, sia nella parte in cui detta i parametri di misurazione dell'apporto quali – quantitativo fornito da ciascun avvocato;
- 4) l'art. 8 comma 1 del regolamento laddove prevede che i compensi sono comprensivi dell'Irap.

Concludono per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si è costituita l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Il 25 settembre 2016 le ricorrenti hanno depositato memoria difensiva.

Il 26 settembre 2015 l'Amministrazione ha depositato memoria difensiva.

Il 7 ottobre 2015 le ricorrenti e l'Amministrazione hanno depositato memoria di replica.

Alla udienza pubblica del 28 ottobre 2015 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione sollevata dalla difesa dell'Amministrazione secondo cui il ricorso sarebbe inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

L'eccezione è infondata.

Le ricorrenti, nei confronti degli atti cd. di macro - organizzazione possono vantare solo una posizione soggettiva di interesse legittimo.

Pertanto, se si vuole ottenere l'annullamento degli atti di macro-organizzazione risulta necessario adire il giudice Amministrativo.

Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato spettano alla residuale giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le

controversie nelle quali la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro organizzazione (attraverso i quali le Amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali degli uffici) e dei provvedimenti che determinano i modi di conferimento della titolarità degli uffici pubblici dirigenziali, nonché le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle p.a. (Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 795).

Nella specie, il regolamento impugnato va sicuramente qualificato come atto di macro-organizzazione, in quanto trattasi di provvedimento di organizzazione, che si estrinseca a monte del rapporto di impiego e perciò implica l'esercizio di poteri non privatistici o negoziali, ma pubblicistici.

La giurisdizione appartiene pertanto a questo Giudice.

Il ricorso deve quindi essere esaminato nel merito.

Una sintesi delle censure proposte dalle ricorrenti è utile ai fini della soluzione della controversia.

L'art. 2 comma 5 del regolamento viene contestato sulla base del fatto che la peculiarità dello status degli avvocati dipendenti della P.A. è incompatibile con l'utilizzo dei sistemi automatici di rilevazione delle presenze. Sussiste, a dire delle ricorrenti, una incompatibilità logica e strutturale tra le mansioni implicate dal profilo professionale di avvocato e il sistema automatico di rilevazione fondato sul c.d. "badge".

Si deve aggiungere che le ricorrenti sono dirigenti e quindi non soggette a vincolo d'orario.

L'art. 6 comma 3 viene contestato per le ragioni che seguono.

La disposizione trova la sua fonte negli indirizzi impartiti con la deliberazione della Giunta comunale n. 210/2014 che prevede l'individuazione dello stanziamento di bilancio dell'anno 2013 per compensi e onorari agli avvocati quale tetto massimo di spesa complessivo per le diverse tipologie di compensi.

Tale disposizione è, a dire delle ricorrenti, in violazione di legge e, precisamente, in violazione dell'art. 9 comma 6 del d.l. 90/2014 convertito in L. 114/2014.

La limitazione al corrispondente stanziamento relativo all'anno 2013 è previsto nel comma 6 con esclusivo riferimento alla corresponsione e non "ripartizione" dei compensi professionali nel caso di compensazione integrale delle spese. Tale disposizione non può estendersi, secondo le ricorrenti, al di là di quanto espressamente previsto, fino a ricomprendere anche le somme recuperate a seguito dell'addebito in sentenza delle spese legali a carico della controparte soccombente.

L'unico tetto previsto nella legge ed esteso a entrambe le tipologie di compensi è quello derivante al comma 7 ("i compensi professionali di cui al comma 3 e al primo periodo del comma 6 possono essere corrisposti in modo da attribuire a ciascun avvocato una somma non superiore al suo trattamento economico complessivo").

In ordine all'art. 7, le contestazioni sono molteplici. Esso viene censurato integralmente sia nella parte in cui assoggetta la ripartizione o la corresponsione di tutti i compensi professionali a una valutazione del rendimento individuale da parte del Nucleo di Valutazione del Comune, sia nella parte in cui detta i parametri di misurazione dell'apporto quali – quantitativo fornito da ciascun avvocato.

La fonte dell'assoggettamento degli avvocati alla valutazione dell'apposito Nucleo dovrebbe essere la disposizione del comma 5 del già citato art. 9 d.l. 90/2014 laddove esso dispone che debbano essere disciplinati i criteri di riparto delle somme secondo criteri oggettivamente misurabili che tengano conto tra l'altro della puntualità negli adempimenti processuali.

Secondo le ricorrenti, il rendimento individuale riguarda l'attività di difesa in giudizio effettuata dagli avvocati e non anche l'attività consulenziale.

Le ricorrenti rimarcano poi che il Nucleo di valutazione non è un organo terzo e indipendente.

Esso è infatti presieduto dal Direttore generale del Comune. Sottoporre la valutazione degli avvocati a tale organo significa introdurre, secondo le ricorrenti, una forma di cripto – subordinazione a d un altro dirigente del Comune.

Inoltre, con riguardo alla composizione del Nucleo, va rilevato che esso è composto, oltre che dal Direttore generale, da tre membri esterni esperti in tecniche di gestione, valutazione e controllo di gestione. Nessuna di tali professionalità ha attinenza alcuna con la valutazione del rendimento professionale di un Avvocato.

Le ricorrenti censurano ancora l'art. 7 nella parte in cui definisce i criteri di valutazione.

Anzitutto si rileva la violazione del principio desumibile dal d.lgs. 196/2003 in base al quale i dati personali relativi a terzi non possono essere impunemente diffusi al di là del motivo e della cerchia (legali e addetti) che ad essi ha motivo di accedere ratione officii.

Ciò premesso, i criteri definiti violano la disposizione di legge che prescrive che il rendimento individuale deve essere posto a base del riparto delle somme "secondo criteri oggettivamente misurabili".

L'art. 5 dell'Accordo 13.01.2015, approvato con la delibera G.C. n. 10/2015 non è stato trasposto nel Regolamento. In esso, si stabiliscono criteri più dettagliati di quelli generici stabiliti dal Regolamento.

Secondo le ricorrenti, gli unici criteri oggettivamente misurabili sono quelli di ripartizione delle somme a seconda dell'apporto individuale, dato dalla trattazione della causa da solo o in Collegio di difesa e dall'eventuale apporto dei colleghi della stessa avvocatura, anche in relazione alla specifica veste di ciascuno (ad es. per le sostituzioni reciproche in udienza). Si tratta dei criteri di riparto di cui all'art. 3 dell'accordo integrativo decentrato 13.01.2015.

Ancora, le ricorrenti rilevano che non si comprende il richiamo alla "puntualità negli adempimenti processuali". I termini, secondo le ricorrenti, si rispettano o non si rispettano.

Le ricorrenti censurano poi l'art. 8 comma 1 del regolamento laddove si dispone che i compensi sono comprensivi dell'Irap.

Le molteplici questioni sottoposte al Collegio devono essere risolte partendo da una compiuta ricostruzione della figura dell'Avvocato dipendente dell'ente pubblico. Non sfuggono a questo Giudice la complessità e la delicatezza di tali questioni che involgono da un lato la potestà organizzativa dell'ente pubblico, dall'altro, la tutela della indipendenza della figura dell'Avvocato e della peculiare figura dell'avvocato dipendente dell'ente (con i connessi problemi di conciliare l'appartenenza dell'avvocato pubblico a un ordine professionale e la sua veste di dipendente).

La L. 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'Ordinamento della professione forense) contiene una specifica disposizione e cioè l'art. 23 (in vigore dal 2 febbraio 2013) dedicata agli Avvocati degli Enti Pubblici che così recita:

“1. Fatti salvi i diritti acquisiti alla data di entrata in vigore della presente legge, gli avvocati degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici, anche se trasformati in persone giuridiche di diritto privato, sino a quando siano partecipati prevalentemente da enti pubblici, ai quali venga assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta, sono iscritti in un elenco speciale annesso all'albo. L'iscrizione nell'elenco è obbligatoria per compiere le prestazioni indicate nell'articolo 2. Nel contratto di lavoro è garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato.

2. Per l'iscrizione nell'elenco gli interessati presentano la deliberazione dell'ente dalla quale risulti la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell'ente stesso e l'appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni; la responsabilità dell'ufficio è affidata ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità con i principi della legge professionale.

3. Gli avvocati iscritti nell'elenco sono sottoposti al potere disciplinare del consiglio dell'ordine”.

Attenta dottrina ha lucidamente sottolineato che con il nuovo art. 23, rispetto al sistema previgente (r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578) assumono dignità di legge i profili della piena indipendenza ed autonomia, della esclusività e stabilità nella trattazione degli affari legali, del trattamento economico adeguato alla funzione professionale, quali requisiti, garantiti anche in via contrattuale per l'iscrizione nell'elenco speciale della legge professionale.

Alla affermazione della piena indipendenza ed autonomia dell'avvocato consegue, per espressa disposizione di legge, la limitazione sia dei poteri di organizzazione degli uffici sia della libertà contrattuale delle parti posto che nel contratto di lavoro, appunto, è garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato.

In definitiva, una volta che l'Amministrazione costituisce un'avvocatura interna ha l'obbligo di rispettare i principi sopra citati, utilizzare la propria autonomia organizzativa per conformarsi a quelli e applicarli in sede di disciplina contrattuale e regolamentare.

Va poi precisato che siccome il citato art. 23 della L. 247/2012 attribuisce la responsabilità dell'ufficio ad un avvocato e non ad un dirigente amministrativo è evidente che la piena autonomia ed indipendenza non può essere solo rapportata all'ufficio ma anche e soprattutto, al singolo avvocato. I rapporti tra gli avvocati sono di coordinamento; il responsabile deve esercitare una attività di indirizzo nel pieno rispetto delle singole scelte difensive degli altri avvocati.

Svolta questa premessa diventa più agevole risolvere le numerose questioni che le ricorrenti hanno sottoposto al Collegio.

Quanto alla prima censura va rilevato quanto segue.

Intanto va osservato che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione, la censura non è tardiva. La mancata impugnazione della nota di servizio del direttore generale prot. 165813 del 31

luglio 2012 (documento 5 produzioni dell'Amministrazione) non rende tardivo il ricorso qui esaminato per il semplice fatto che quella nota, consistente in un "invito" ad utilizzare il sistema di rilevazione automatica, non ha alcun valore provvedimento e non doveva pertanto essere impugnata nei termini di decadenza.

La censura va quindi esaminata nel merito.

L'applicazione dei principi sopra riportati e l'analisi dell'art. 23 della L. 247/2012 hanno condotto la giurisprudenza ad affermare che le avanguardie degli enti pubblici devono essere costituite in un apposito ufficio dotato di adeguata stabilità ed autonomia organizzativa, nonché distinzione dagli altri uffici di gestione amministrativa al quale devono essere preposti avvocati addetti in via esclusiva alle cause e agli affari legali con esclusione dello svolgimento di "attività di gestione". Tali regole costituiscono l'applicazione ai professionisti legali degli enti pubblici, che sono soggetti agli obblighi deontologici e alla vigilanza degli ordini forensi di appartenenza, dei principi che caratterizzano la professione legale, la quale deve essere svolta senza condizionamenti che potrebbero comprometterne l'indipendenza. Tale principio, già predicabile durante la vigenza dell'art. 3 del R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578, è ormai previsto esplicitamente dall'art. 23 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, il quale, nel dettare la nuova disciplina dell'ordinamento forense, ha chiarito e meglio delineato i requisiti di tale autonomia precisando che deve essere garantita anche sul piano organizzativo (T.a.r.Veneto, Sez. II, 27 novembre 2015 n. 1274).

Una delle questioni più significative, più volte affrontata dalla giurisprudenza, è proprio quella dell'orario di lavoro e delle concrete modalità di controllo sull'attività di servizio del professionista dipendente. La Corte Costituzionale (Corte Cost. 28 luglio 1988, n. 928) aveva inizialmente ritenuto legittima la predisposizione di un orario unico per tutti i dipendenti degli enti pubblici di cui alla legge n. 70 del 1975 e uguale posizione era stata espressa per gli avvocati delle Regioni con la sentenza del 10 giugno 1988, n. 624. Ma il problema effettivo è sempre consistito nelle modalità di controllo dell'orario data la peculiarità dell'attività legale. È noto ed è questione che non necessita di grande riflessione, che l'attività sia svolta anche per larga parte, fuori dall'ufficio e con orari non preventivabili né prevedibili. Lo stesso lavoro svolto all'interno dell'ufficio è legato a scadenze processuali che possono determinare sovraccarico in alcuni periodi. Tutte situazioni inconciliabili con il rispetto di un orario rigido di permanenza in ufficio. Se è indubbia la necessità di attestare in qualche modo la presenza in servizio, la questione dell'orario è stata risolta nel senso di consentire forme di controllo idonee a conciliare la presenza in ufficio con la peculiare organizzazione del lavoro propria dell'avvocato.

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'attività degli avvocati, anche se pubblici dipendenti, è soggetta a scadenze e ritmi di lavoro che sfuggono alla potestà organizzativa delle Amministrazioni, dipendendo dalle esigenze dei processi in corso nei quali essi sono impegnati, l'esercizio dell'attività di avvocato pubblico comportando, infatti, operazioni materiali (precipualemente procuratorie) ed intellettuali (esemplificativamente studio delle controversie e predisposizione delle difese) necessitate dai tempi delle scadenze processuali e proiettate all'esterno, direttamente ascrivibili alla responsabilità del professionista che le svolge. Ne deriva che il principio da tenere fermo è che gli avvocati dipendenti di Enti Pubblici, nell'esercizio delle funzioni di rappresentanza e difesa giudiziale e stragiudiziale dell'Amministrazione, in attuazione del mandato in tal senso ricevuto, sono dei professionisti i quali non possono essere costretti ad un'osservanza rigida e rigorosa dell'orario di lavoro alla stessa stregua degli altri dipendenti, senza tenere conto della peculiarità dell'attività da loro svolta. Invero, una uniforme ed omogenea applicazione dell'orario di servizio e delle connesse modalità di rilevazione delle presenze può esigersi nei loro confronti unicamente allorché essi non sono impegnati all'esterno dei locali ove sono ubicati gli uffici dell'Ente di appartenenza per l'esercizio delle peculiari funzioni loro demandate, atteso che, in tal caso, essi (ad

eccezione dell'avvocato coordinatore che risponde unicamente al legale rappresentante dell'ente), alla stregua di tutti gli altri dipendenti, devono ritenersi sottoposti al potere disciplinare dell'Amministrazione di appartenenza, ma allorquando una tale evenienza non sussista necessita individuare delle modalità che consentano al professionista di usufruire di una elasticità di azione che non può essere costretta da una rigida e precostituita osservanza dell'orario di servizio (T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 13/04/2012, n. 1727).

Ciò premesso, va rilevato che questione analoga a quella sottoposta a questo Giudice è già stata affrontata dalla giurisprudenza che ha affermato quanto di seguito si riporta:

“Questa Sezione ha infatti già statuito (cfr. da ultimo sentenza 24 gennaio 2013, n. 547) ritenendo un'incompatibilità logica e strutturale fra le mansioni implicate dal profilo professionale di avvocato e il sistema automatico di rilevazione fondato sul cd. "badge", ancorché previsto in astratto come alternativo alla rilevazione delle presenze mediante apposito foglio, tenuto conto che, in definitiva, spetta comunque all'amministrazione decidere di quale modalità concreta valersi in un certo momento storico.

Il sistema di rilevazione automatica "si risolve, quanto meno in astratto (anche al di là delle intenzioni di chi decide di adottarlo), in uno strumento idoneo obiettivamente a produrre una limitazione dei profili di autonomia professionale e di indipendenza che vanno invece riconosciuti a questa figura, per prassi amministrativa, dalla costante giurisprudenza e soprattutto nel rispetto della vigente legislazione.

In secondo luogo (...) l'avvocato di un ente pubblico, per intuibili ragioni connesse alle esigenze di patrocinio, è spesso costretto ad assentarsi dal posto di lavoro per raggiungere le sedi giudiziarie dove pendono le controversie in cui è parte l'ufficio da lui rappresentato ed è evidente quanto siffatta necessaria mobilità sia in contrasto con gli obblighi, ma anche con le formalità ed i tempi legati ad un (obbligatorio) utilizzo del badge" e, deve aggiungersi, con la preventiva comunicazione dei servizi esterni a sua volta incompatibile con la spesso non prevedibile esigenza di prestare la propria attività professionale fuori della sede di servizio interno.

"Infine, a definitivo conforto della tesi qui esposta, vale la pena di ricordare che la giurisprudenza - dalla quale non vi è motivo di discostarsi in questa sede - ha costantemente affermato i principi sopra condivisi (cfr., da tempi risalenti, in materia di sistemi di rilevazione automatica della presenza degli avvocati degli enti pubblici questo Tar Campania, Napoli, Sez. II, 4 dicembre 1996 n. 560, secondo cui : "Il provvedimento col quale l'Inps dispone che anche i dipendenti appartenenti al ruolo legale soggiacciano alle medesime procedure di rilevazione automatica delle presenze vigenti per il restante personale, è da considerarsi illegittimo perché il lavoro esterno che in talune occasioni può essere richiesto al detto personale, non può giustificare metodi di accertamento del rispetto dell'orario di servizio differenti." (T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 17/02/2014, n. 1045).

Ma questa posizione non è condivisa dal Collegio.

Intanto va chiarito che il regolamento approvato dal Comune di Cagliari non prevede (né pretende) una rigida applicazione del sistema automatico della rilevazione delle presenze. Sono previsti idonei correttivi e tanto basterebbe a ritenere infondata la censura. Il sistema automatico di rilevazione delle presenze è applicato "compatibilmente con la partecipazione alle udienze giudiziarie ed alle altre attività istituzionali".

Non si può poi mancare di osservare che quello che viene comunemente chiamato "badge" per la rilevazione delle presenze non è (non è più) quello che in passato era un comune apparecchio "marcatempo".

Oggi, un sistema di rilevazione delle presenze è un insieme di apparecchiature che registrano il passaggio dei dipendenti in entrata e in uscita, collegate ad un personal computer su cui è installato un complesso software di gestione.

Quel che caratterizza questi sistemi (è fatto notorio) è l'alta configurabilità del software di gestione che rende possibile adattare il sistema automatico a qualsiasi realtà organizzativa, anche alla più particolare.

Si deve quindi concludere che la disposizione regolamentare impugnata, tenuto conto della clausola che consente l'adattabilità del sistema alla particolarità della posizione degli avvocati, non sia da considerarsi illegittima.

Il primo motivo di ricorso è quindi infondato.

In ordine alla seconda censura va anche qui descritto il quadro giuridico di riferimento.

Questo perché anche la retribuzione è indice della doppia identità dell'avvocato dipendente.

In linea generale, accanto ad una quota di retribuzione ricollegabile allo stipendio tabellare e alle relative voci integrative ed accessorie, l'avvocato alle dipendenze degli enti pubblici riceve una quota di compensi regolamentati sulla base della propria attività professionale, di importo variabile.

La Corte Costituzionale (Corte Cost., 6 febbraio 2009, n. 33) pronunciandosi sulla legittimità dell'art. 1, c. 208 della l. 23 dicembre 2005, n. 266, disposizione che consente alle amministrazioni dotate di uffici legali interni di effettuare, sulle somme dovute ai legali dipendenti a titolo di compensi professionali, la trattenuta degli oneri previdenziali ha fondato la propria decisione sul presupposto della natura retributiva del trattamento economico corrisposto agli avvocati degli enti pubblici, comprensivo, in aggiunta allo stipendio tabellare, di una quota di retribuzione quantificata sulla base di legge e tariffe professionali forensi.

La Corte dei Conti, Sez. Giur. Della Regione Lombardia con un parere del 16 febbraio 2016 (n. 44) si è espressa sugli onorari spettanti agli avvocati appartenenti alle avvocature degli enti pubblici affermando che "la previsione contenuta nell'art. 9, comma 3, ultimo periodo del D.L. n. 90/14, convertito dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 (secondo cui "la parte rimanente delle suddette somme è riversata nel bilancio dell'amministrazione"), deve intendersi nel senso che l'ente locale può stabilire, con il regolamento previsto dalla norma di finanza pubblica, di destinarne in favore dei dipendenti avvocati solo una quota della somma riscossa dalla controparte che è stata condannata al pagamento delle spese di lite. Infatti, l'art. 3 cit. consente all'amministrazione locale di determinare, oltre che le modalità, la "misura" del compenso spettante al dipendente avvocato.

La previsione contenuta nell'art. 9, comma 6, del D.L. n. 90/14 (che fa riferimento allo "stanziamento relativo all'anno 2013") lascia alla contrattazione integrativa la competenza a determinare i criteri di riparto dei compensi, fermi restando tre tetti: a) il primo è quello retributivo individuale generale, per cui ai sensi dell'art. 23-ter del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in L. 22 dicembre 2011, n. 214, in base alla norma estensiva dell'art. 1, commi 471 ss. della L. 147/2013, anche gli enti locali dovranno dare applicazione al DPCM 23 marzo 2012; negli emolumenti percepiti vanno calcolati tutti i compensi professionali percepiti in funzione delle sentenze favorevoli, senza distinzione tra sentenze con vittoria o compensazione di spese; b) il secondo è quello retributivo individuale specifico, per cui i compensi professionali percepiti dall'avvocato interno nell'anno non possono eccedere il suo trattamento economico complessivo, da percepirsi nello stesso anno (per il calcolo del quale è possibile fare riferimento per

analogia alla norma dell'art. 9, comma 1, del D.L 31 maggio 2010, n. 78, che comprende anche il trattamento accessorio); c) il terzo è quello finanziario collettivo (assente nelle sentenze favorevoli con vittoria di spese), previsto in caso di sentenza favorevole con compensazione delle spese o con transazione, in quanto l'ente non può stanziare somme superiori allo stanziamento corrispondente previsto nell'anno 2013. In tal caso i criteri di assegnazione del compenso seguono le norme regolamentari o contrattuali vigenti.

Ai fini della corresponsione dei compensi dovuti agli avvocati di Enti pubblici per l'attività professionale prestata, il tetto massimo è quello retributivo individuale specifico, per cui i compensi professionali percepiti dall'avvocato interno nell'anno non possono eccedere il suo trattamento economico complessivo, da percepirsi nello stesso anno (per il calcolo del quale è possibile fare riferimento per analogia alla norma dell'art. 9, comma 1, del DL 31 maggio 2010, n. 78, che comprende anche il trattamento accessorio). Il limite, essendo rapportato ad un'annualità, è apposto non solo alla misura dell'incentivo del singolo incarico, ma anche alla sommatoria degli incentivi relativi agli incarichi eseguiti, anche parzialmente, nel corso dell'anno".

Quel che è chiaro è che la legge attribuisce alle Amministrazioni il potere di stabilire la misura della ripartizione delle somme liquidate in sentenza e quindi un tetto massimo.

Va incidentalmente osservato quanto segue.

E' la contrattazione l'ambito naturale della disciplina dei compensi professionali. Si tratta di una materia dove il potere unilaterale dell'amministrazione è limitato alla disciplina esecutiva e di dettaglio e l'Amministrazione di questo dovrà tenere conto.

Tutto ciò rilevato, il secondo motivo di ricorso non può comunque essere accolto per i motivi sopra esposti.

In ordine al terzo motivo di ricorso occorre osservare quanto segue.

L'art. 7 impugnato prevede che la ripartizione dei compensi professionali agli avvocati è soggetta ad una valutazione di rendimento individuale e attribuisce tale valutazione al Nucleo di valutazione del Comune.

Tre sono le contestazioni mosse all'art. 7 del Regolamento impugnato:

- 1) la valutazione non potrebbe riguardare anche l'attività di consulenza legale;
- 2) la valutazione non poteva essere attribuita al Nucleo di valutazione;
- 3) i criteri per la valutazione degli avvocati non sarebbero oggettivamente misurabili.

La questione sottoposta al Collegio non è nuova.

La Corte dei conti, Campania, in sede consultiva, con delibera 14/2009/PAR, depositata il 26/3/2009, ha avuto modo di esaminare la questione dei limiti entro i quali è consentito di sottoporre l'avvocato dipendente da ente pubblico a valutazione del nucleo di valutazione dell'amministrazione. La problematica è stata esaminata in vigenza del r.d.l. n° 1578 del 1933. I principi allora affermati devono pertanto tenere in debito conto della L. 247 del 2012. La giurisprudenza, anche della Corte costituzionale, ha valorizzato la posizione di esclusività delle prestazioni, di autonomia e di indipendenza dell'avvocato pubblico (tra le altre, Corte Costituzionale, 21 novembre 2006, n. 390) ammettendo però una autonomia degli enti locali in materia di istituzione di propri organi tecnico-legali (T.a.r. Lazio, Roma. Sez. III, 30 novembre 1990, n. 1886).

In linea generale, pur tenendo conto della particolarità degli avvocati degli enti pubblici, non può ritenersi preclusa la loro sottoposizione a un'attività di valutazione esercitata da organi degli enti stessi nell'ambito dei controlli interni previsti dalla legge e da contratti collettivi di lavoro nazionali o decentrati, e ciò sia nei confronti di avvocati rivestenti qualifica dirigenziale sia per figure apicali e non dirigenziali. E' però chiaro che qualunque modalità di valutazione posta in essere nei confronti del personale di avvocatura di enti locali, non può espandersi sino a prevedere espressamente o surrettiziamente forme di condizionamento e di soggezione che introducano una non tollerabile ingerenza nell'autonomia di giudizio e di iniziativa nella trattazione degli affari giuridico - legali attinenti specificamente alle competenze che il professionista può svolgere in virtù della sua iscrizione al relativo albo professionale (Corte di cassazione, Sez. un., 18 aprile 2002, n. 5559; Corte costituzionale, 21 novembre 2006, n. 390 cit.).

La Corte dei Conti (Sezione regionale di controllo per la Campania Del/Par n.14/2009) concludeva affermando che "Resta dunque affidato alla equilibrata discrezionalità degli enti interessati l'esercizio al riguardo dei poteri statutari e regolamentari di auto-organizzazione nel rispetto delle già illustrate peculiarità tipiche della funzione svolta dagli avvocati pubblici, che, pur se professionalmente incardinati nelle strutture operative degli enti locali, restano tuttavia sostanzialmente "estranei all'apparato amministrativo" (Corte di cassazione, Sezioni unite civili, 18 aprile 2002, n° 5559 cit.) e "posti in diretta connessione unicamente con il vertice decisionale dell'ente, al di fuori di ogni intermediazione" (Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione II, 14 gennaio 2008, n° 7; cfr. anche Consiglio di Stato, Sezione V, 16 settembre 2004, n° 6023 cit.).

Il Collegio condivide questa impostazione e non può che concludere per la legittimità della disposizione regolamentare impugnata. Non può sfuggire il fatto che la stessa è effettivamente (come affermano le ricorrenti) del tutto generica e tale genericità non può che essere dovuta proprio alla peculiare posizione degli avvocati degli enti locali. Peraltro, nella parte in cui il regolamento fa riferimento alla predisposizione della relazione da parte dell'avvocato Coordinatore, si rende possibile un apporto alla valutazione proprio da parte dell'unico soggetto effettivamente competente ad effettuarla. Non può poi sfuggire che i criteri di valutazione individuati dall'impugnato art. 7 sono così generici da non produrre alcuna lesione in capo alle ricorrenti.

Una analisi degli stessi aiuta a comprendere la situazione.

In ordine alla "tempestività negli adempimenti processuali" quanto affermato dalla difesa delle ricorrenti corrisponde al vero e cioè che un adempimento o scade o non scade. Non vi sono pertanto margini di discrezionalità né particolari valutazioni che dovranno essere effettuate dal Nucleo.

In ordine alla "tempestività nella resa di pareri ai servizi comunali" la valutazione non potrà che essere effettuata sulla base della relazione dell'avvocato coordinatore.

Altrettanto si può dire per gli altri criteri quali la "capacità di analisi e problem solving" la "polivalenza funzionale e versatilità nell'assolvimento delle attribuzioni di competenza" e la "capacità di interlocuzione e confronto a supporto degli altri servizi".

Analizzando compiutamente la disposizione regolamentare impugnata, l'unica lettura che se ne può dare è che la valutazione del Nucleo non potrà in alcun modo entrare nel merito né delle consulenze rese dagli avvocati né dell'attività processuale. Intanto perché i membri del Nucleo non sono, all'evidenza, competenti a farlo, poi perché il secondo capoverso del comma 4, limita del tutto la valutazione all'esame della relazione del coordinatore e ai criteri sopra indicati che non potranno in alcun modo entrare nel

merito delle consulenze (ma solo sulla tempestività) e dell'attività processuale (ma solo sul rispetto formale dei termini).

La censura è quindi infondata.

In ordine all'art. 8 comma 1 del regolamento, le censure delle ricorrenti sono sicuramente fondate.

E' pacifico che soggetto passivo dell'IRAP, ossia obbligato in proprio al pagamento nei confronti dell'erario, è l'ente pubblico. Il presupposto dell'imposta indicato dall'art. 2 del d.lgs. 446 del 1997 e successive integrazioni è infatti costituito dall'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi. Il successivo articolo 3 individua i soggetti passivi dell'imposizione; la mancata esplicita inclusione tra i soggetti passivi dei lavoratori dipendenti comporta ex sé la inapplicabilità del tributo in esame all'avvocatura interna degli Enti. Conseguentemente l'onere fiscale inerente l'IRAP non può gravare sul lavoratore dipendente ma unicamente sull'ente datore di lavoro.

Non sfugge a questo Collegio che la questione è stata anche affrontata dalla Corte dei Conti, sezione regionale Liguria che, con la deliberazione n. 38/2014 del 30 maggio 2014 ha affermato:

- "Al riguardo rappresenta un punto fermo la pronuncia delle Sezioni Riunite della Corte dei conti che, con deliberazione n. 33 del 30 maggio 2010 resa in funzione nomofilattica (ai sensi dell'articolo 17, comma 31, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102), soffermandosi sulle modalità di determinazione del compenso spettante al dipendente avvocato in caso di vittoria in sede giudiziale, hanno affermato quanto segue: Può concludersi nel senso che, mentre sul piano dell'obbligazione giuridica, rimane chiarito che l'Irap grava sull'amministrazione (secondo blocco delle citate disposizioni), su un piano strettamente contabile, tenuto conto delle modalità di copertura di 'tutti gli oneri', l'amministrazione non potrà che quantificare le disponibilità destinabili ad avvocati e professionisti, accantonando le risorse necessarie a fronteggiare l'onere Irap, come avviene anche per il pagamento delle altre retribuzioni del personale pubblico ... Pertanto, le disposizioni sulla provvista e la copertura degli oneri di personale (tra cui l'Irap) si riflette, in sostanza, sulle disponibilità dei fondi per la progettazione e per l'avvocatura interna ripartibili nei confronti dei dipendenti aventi titolo, da calcolare al netto delle risorse necessarie alla copertura dell'onere Irap gravante sull'amministrazione";

- "Pertanto due sono i punti fermi espressi dalla delibera citata. Da una parte l'Irap grava, giuridicamente, sull'amministrazione comunale e non poteva essere deciso diversamente in quanto il presupposto stesso dell'imposta, indicato dall'art. 2 del D.Lgs. n. 446 del 1997 e successive integrazioni, è, infatti, costituito dall'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi. La disposizione è strettamente collegata al successivo articolo 3, che individua i soggetti passivi dell'imposizione; la mancata esplicita inclusione tra i soggetti passivi dei lavoratori dipendenti comporta, ex sé, la inapplicabilità del tributo in esame all'avvocatura interna degli Enti (delibera n.34/2007 Sezione di controllo per l'Emilia Romagna). Dall'altra parte, però, le somme destinate al pagamento dell'Irap devono trovare copertura finanziaria nell'ambito dei fondi destinati a compensare l'attività dell'avvocatura comunale nel rispetto del principio di cui all'art. 81, comma 4 della Costituzione: 'le somme indicate per fronteggiare in materia di pubblico impiego gli oneri di spesa, ivi inclusi i fondi di produttività e per i miglioramenti economici, costituiscono le disponibilità complessive massime e, pertanto, non superabili. In sostanza, sui bilanci dello Stato o degli altri enti pubblici, non potranno gravare ulteriori oneri che non trovino adeguata copertura' (Sez. Controllo Piemonte, delibera n. 16/2012)";

- in conclusione, l'IRAP va esclusa "dall'ambito degli oneri riflessi restando in capo all'Ente l'obbligo giuridico di provvedere al pagamento della stessa. Contestualmente, però, le risorse per finanziare il pagamento del tributo devono gravare sui fondi destinati a compensare l'attività dell'avvocatura comunale" (Corte dei Conti Liguria deliberazione n. 38/2014 del 30 maggio 2014).

Ma la soluzione proposta non è assolutamente condivisibile.

L'Irap deve essere pagata dall'Ente pubblico e non può essere considerata a carico del dipendente, ovviamente, salvo diverso accordo contrattuale esplicitamente previsto. Questo principio, affermato dalla Suprema Corte con sentenza n. 20917 del 12 settembre 2013, è talmente pacifico che non necessita di particolare approfondimento. Tale assunto è da estendere, chiaramente, a qualsiasi dipendente pubblico. Affermare il principio per cui il soggetto passivo d'imposta è l'Ente pubblico ma che le relative somme devono essere trattenute al dipendente significa confondere norme contabili con norme tributarie.

L'Irap, come è noto, non è un onere riflesso e di conseguenza, lo si ribadisce, non può gravare sul lavoratore dipendente in relazione ai compensi di cui è pacifica la natura retributiva, quali ad esempio i compensi aggiuntivi agli avvocati interni all'ente (ma anche ogni retribuzione aggiuntiva quale ad esempio l'incentivo ai progettisti interni). A questa conclusione era peraltro già giunta l'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 123/2008 con argomentazioni oggi ancora valide.

Dal compenso lordo, legislativamente o contrattualmente previsto, si possono sottrarre solo gli oneri riflessi e non anche l'Irap che, appunto, non rientra in tale categoria. L'Irap, come è del tutto pacifico (si veda peraltro, Corte costituzionale n. 156 del 2001), colpisce un fatto economico diverso dal reddito comunque espressivo di capacità contributiva in capo a chi, in quanto organizzatore dell'attività, è autore delle scelte dalle quali deriva la ripartizione della ricchezza prodotta tra i diversi soggetti, che concorrono alla sua creazione.

Insomma, il carico d'imposta non può essere trasferito unilateralmente da un soggetto all'altro e meno che meno con una norma regolamentare che determinerebbe una impropria traslazione dell'imposta comportante, tra l'altro, la trasformazione della stessa in imposta sul reddito.

Il motivo è pertanto fondato.

Il ricorso è, in definitiva fondato nei limiti esposti in motivazione.

Le spese, vista la fondatezza solo parziale del ricorso, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente come da motivazione e per l'effetto annulla:

1) l'art. 8 comma 1 del regolamento laddove prevede che i compensi sono comprensivi dell'Irap.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Cagliari nelle camere di consiglio dei giorni 28 ottobre 2015 e 27 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)