Pubblicato il 04/09/2018

N. 00691/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00573/2018 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 573 del 2018, proposto da: Wilma Marina Bernardi e Maria Assunta Fontemaggi, rappresentate e difese dall'avv. Mauro Montini, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli 2;

contro

Comune di Rimini, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Biagio Bertolone, Pietro Condorelli, con domicilio eletto presso lo studio Biagio Bertolone in Giustizia, Pec Registri;

nei confronti

Catia Caprili non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Comunale n. 113 del 3 maggio 2018 avente ad oggetto la definizione della "metodologia per la graduazione delle posizioni

dirigenziali dal 1.03.2018" nella parte in cui, preso atto della nuova macro – organizzazione comunale ad opera della delibera n. 311 del 21.11.2017, ha statuito di lasciare invariata "la parte riferita ai fattori di valutazione e di attribuzione del punteggio degli incarichi di unità organizzativa autonoma (di alta professionalità) che ancora sono ritenuti adeguati alla reale situazione organizzativa dell'ente", ovvero la parte della previgente metodologia utilizzata per la graduazione dell'Unità organizzativa autonoma "Avvocatura civica";

della deliberazione di Giunta Comunale n. 149 del 29.05.2018 avente ad oggetto "approvazione della graduazione delle posizioni dirigenziali a seguito dell'adozione della nuova organizzazione interna dell'ente avente decorrenza 1 marzo 2018 e delle posizione di rango dirigenziale e non dirigenziale in relazione alle successive modifiche organizzative intervenute con deliberazioni del 27 marzo 2018 n. 77 e del 3 maggio 2018 n. 115" nella parte in cui ha stabilito, sia in motivazione sia al punto 3 del deliberato, di "dare atto inoltre che: non si procede ad una nuova pesatura per le posizioni dirigenziali della UOA Avvocatura Civica in quanto la modifica organizzativa interna dell'Ente con decorrenza 1 marzo 2018 non ha toccato tale struttura, in relazione alla quale sono state confermate sia la collocazione nell'organizzazione dell'ente quale struttura dotata di speciale autonomia, sia l'attribuzione di compiti e funzioni e tenuto conto inoltre che la metodologia di graduazione delle posizioni dirigenziali per gli incarichi di alta professionalità non è stata in alcun modo modificata; a tali posizioni dirigenziali viene conseguentemente ed esclusivamente attribuita, per omogeneità con la restante struttura dirigenziale, una diversa denominazione della fascia di inquadramento in relazione al punteggio derivante dalla graduazione approvata con deliberazione di Giunta Comunale del 27 febbraio 2007 n. 47 (attualmente fascia G, ex fascia D con DG n. 47/2007, successivamente rideterminata in fascia C fino al 28.2.2018)";

della determinazione dirigenziale n. 1368 del 5 giugno 2018 avente ad oggetto la "quantificazione e liquidazione retribuzione di posizione provvisoria dirigenti anno 2018 a seguito dell'adozione della nuova organizzazione interna dell'Ente";
delle note segretario generale del 13 giugno 2018, inviate alle ricorrenti ed aventi ad oggetto "comunicazione su graduazione posizione dirigenziale denominata UOA Avvocatura Civica" ;
del regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi nella parte in cui omette di disciplinare funzioni e responsabilità dell' U.O.A Avvocatura Civica nonché degli artt. 4 co 5, 9, 44 nel testo vigente;
della deliberazione di Giunta Comunale del 11 maggio 2001 n. 346 recante approvazione precedente metodologia;
della deliberazione di G.C. n. 306 del 28.10.2014 recante ultima modifica alla predetta;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rimini;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 agosto 2018 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori Domenico Iaria e Biagio Bertolone;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le ricorrenti rivestono la qualifica di dirigente avvocato presso l'Avvocatura Civica del Comune di Rimini e svolgono funzioni e compiti di assistenza giudiziale e consulenza legale a favore del Comune.

Il Comune con deliberazione di Giunta 311/2017 ha modificato la macrostruttura dell'ente sopprimendo tutte le previgenti strutture organizzative di livello dirigenziale e non dirigenziale ed istituendo, quali strutture di massima dimensione, quattro dipartimenti al per conferire un'impronta piramidale all'organizzazione.
All'interno dei dipartimenti, i settori sono concepiti come unità organizzative di rango dirigenziale tranne la polizia municipale, cui è stata equiparata l'unità progetti speciali, che godono per legge e per regolamento di una speciale autonomia.
L'unità Operativa Avvocatura civica è stata collocata al di fuori dei dipartimenti.
Con la successiva deliberazione 57/2018 sono state istituite tre posizioni dirigenziali con compiti di studio in materia di controlli interni, di sviluppo dell'offerta culturale turistica della città e di valorizzazione culturale e turistica del territorio, ponendole in staff al Segretario comunale o ai capi dipartimento.
Con l'ulteriore delibera 113/2018 è stata approvata la nuova metodologia per la graduazione delle posizioni dirigenziali che, superando la metodologia unica impiegata in precedenza, prevede distinti fattori di valutazione e punteggi rispettivamente per gli incarichi di capo dipartimento, di dirigente di settore e di unità di progetto, nonché per gli incarichi di alta professionalità.
In attuazione di quanto sopra descritto, con la delibera 149/2018 l'Amministrazione Comunale ha graduato tutte le posizioni dirigenziali emergenti dalla nuova organizzazione, tranne quelle nell'Avvocatura civica, poiché per essa nulla sarebbe mutato rispetto al passato, avendo mantenuto collocazione, compiti e metodologia.
Avverso le scelte organizzative operate dall'Amministrazione civica le ricorrenti propongono quattro motivi di ricorso.
Il primo lamenta l'assenza di partecipazione procedimentale poiché le modifiche organizzative che incidono sul trattamento economico adeguato alla funzione professionale contrastano con 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.

Né si può escludere la rilevanza della mancata partecipazione procedimentale ex art. 21 octies L. 241/1990, poichè il provvedimento è discrezionale e le ricorrenti avrebbero potuto fornire un significativo contributo a chiarire la specificità e rilevanza del ruolo dell'avvocato pubblico.

Le ricorrenti svolgono non solo una funzione di rappresentanza giudiziale dell'ente e di consulenza agli uffici, relazionandosi con tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nei contenziosi, ma anche funzioni organizzative di direzione e gestione della struttura cui sono preposte.

Non aver motivato su tali aspetti nelle delibere impugnate costituisce un vizio rilevante ex art. 3 L. 241/1990.

Il secondo motivo contesta che l'incarico dirigenziale delle ricorrenti sia assimilabile ad un qualsiasi incarico di cd. alta professionalità che si esplicherebbe prevalentemente sul piano interno all'ente cosicché la dipartimentalizzazione dell'organizzazione del Comune non avrebbe rifessi sulla loro attività.

Evitando un confronto comparativo con le pesature di tutti gli altri incarichi dirigenziali dell'ente, gli incarichi delle ricorrenti sono assimilati ai tre nuovi incarichi di "studio e ricerca" istituiti nella nuova struttura dell'Ente.

Di conseguenza, sia la deliberazione 113/2018 che la 149/2018, presentano in merito un evidente difetto istruttorio e un travisamento dei contenuti e del ruolo dell'avvocatura interna che per la sua specificità doveva essere coinvolta nel ripensamento di tutta la macchina comunale.

Anche se la modifica organizzativa interna dell'Ente non ha toccato la struttura dell'avvocatura la nuova pesatura per le posizioni dirigenziali deriva dalla necessità di calarla nel nuovo assetto organizzativo e di ponderare la sua speciale autonomia.

Il terzo motivo esamina un ulteriore profilo dell'eccesso di potere denunciato con il precedente: le funzioni dell'Avvocatura civica sotto il profilo dei carichi di lavoro e delle connesse responsabilità, risentono necessariamente dell'organizzazione dell'ente poichè l'accentuazione piramidale della struttura determina una maggiore verticalizzazione ed accentramento delle responsabilità che incide sul ruolo dell'avvocato dell'ente.

Pertanto in applicazione del principio di parità di trattamento retributivo, le posizioni dirigenziali delle ricorrenti avrebbero dovuto essere rivalutate e ripesate non diversamente da quelle di tutti gli altri colleghi dirigenti.

Non è, inoltre, la assimilazione degli incarichi dirigenziali delle ricorrenti a quelli di cd. "alta professionalità"poiché siamo di fronte ad una struttura organizzativa assimilabile alla polizia municipale con cui condivide la specialità di status normativo.

Esse hanno caratteristiche che non comprendono le funzioni organizzative di direzione e gestione della struttura esistenti invece per l'Avvocatura civica.

Il quarto motivo eccepisce la violazione dell'art. 23 L. 247/2012 da parte del regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi dell'avvocatura civica.

Il regolamento qualifica l'avvocatura interna come struttura meramente eventuale di cui risulterebbe possibile attribuire la responsabilità al segretario comunale ex art. 9, comma 1.

Mentre, ai sensi della norma citata, gli avvocati pubblici devono operare in una struttura connotata da stabilità, la cui titolarità non può che essere conferita ad un avvocato. Sono state definite, con previsioni di dettaglio, funzioni e responsabilità di tutte le unità organizzative che compongono la struttura comunale con la sola eccezione dell'avvocatura civica. Tale omissione si riflette sul procedimento di

graduazione che non può prescindere dalle funzioni specifiche svolte da ciascun ufficio ai sensi dell'art. 24 D.lgs. 165/2001.

Avrebbe dovuto essere e attestato, con riferimento al piano operativo, il carattere orizzontale e trasversale di tale struttura rispetto a tutti i dipartimenti comunali, con una sua conseguente specifica valorizzazione anche sul piano dell'effettivo rilievo di tali funzioni e, quindi, della loro pesatura.

Dall'illegittimità delle suindicate disposizioni del regolamento comunale deriva quella di tutti gli atti impugnati che, non diversamente dal regolamento, muovono da un sostanziale travisamento, anche istruttorio, del ruolo e delle funzioni dell'avvocatura interna e dal fondamentale misconoscimento delle sue funzioni e responsabilità.

Si costituiva in giudizio il Comune di Rimini che concludeva per il rigetto del ricorso eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione, oltre all'irricevibilità per tardiva impugnazione degli atti.

Il difetto di giurisdizione, secondo l'amministrazione resistente, deriverebbe dal fatto che si tratterebbe di una controversia concernente gli atti di organizzazione dell'amministrazione che costituiscano provvedimenti presupposti di atti di gestione del rapporto di lavoro del pubblico dipendente rispetto ai quali quest'ultimo vanta una posizione di diritto soggettivo che deve essere fatta valere innanzi al G.O.

Il Collegio non ritiene di accogliere l'eccezione in quanto, pur condividendo l'orientamento giurisprudenziale che è all'origine dell'eccezione sollevata, ritiene che non sia stato correttamente applicato al caso di specie.

Tale orientamento è esaurientemente esposto nella sentenza 4719/2017 del Consiglio di Stato che in sintesi così ricostruisce la questione: "*In tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la*

deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi; ciò sul rilievo che possono darsi situazioni nelle quali la contestazione in giudizio della legittimità degli atti, espressione di poteri pubblicistici, previsti dall'art. 2 comma 1, D.lgs. 165/2001 implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, nella quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio ma lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata posizione soggettiva del ricorrente, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto; tuttavia, quando l'impugnazione degli atti di macro-organizzazione presupposti è fatta al solo fine di sottrarre fondamento ai successivi atti di gestione del rapporto di lavoro ritenuti lesivi, deve ritenersi che il petitum sostanziale - su cui fonda la giurisdizione - non attiene alla legittimità in via immediata e diretta del provvedimento di macro-organizzazione, ma alla concreta gestione del rapporto di lavoro; in tali casi, ai sensi dell'art. 63, D.lgs. 165/2001, il giudice ordinario ben può disapplicare gli atti amministrativi presupposti, ove li ritenga illegittimi.".

Nel caso di specie, se è evidente che l'interesse di fatto che muove le ricorrenti è quello di ottenere un riposizionamento come dirigenti che consenta loro di migliorare la loro posizione retributiva, non viene citato neanche incidentalmente un atto di gestione del rapporto contrattuale. E' evidente che lo scopo del ricorso è contestare le scelte organizzative dell'amministrazione comunale per ottenere una considerazione più rilevante sul piano delle posizioni dirigenziali nell'ambito dell'avvocatura civica che in seguito non potrà non avere le conseguenti ricadute economiche.

In una situazione siffatta il G.O. che venisse investito della questione non potrebbe riconoscere alle ricorrenti alcun beneficio economico connesso al rapporto di lavoro e quindi verrebbe meno la premessa che gli consente di disapplicare gli atti amministrativi.

Nel merito il ricorso è infondato e quindi può prescindersi dall'esame dell'eccezione della tardività dell'impugnazione.

Il primo motivo non può essere accolto perché gli atti di macro-organizzazione sono esclusi dall'applicazione delle norme sulla partecipazione procedimentale ai sensi dell'art. 13 L. 241/1990; oltretutto tali atti sono stati il frutto di una lunga elaborazione non certo sconosciuta alle ricorrenti con ampia facoltà di addurre argomenti a tutela dei propri interessi.

Il riferimento, poi, all'art. 23 della legge professionale degli avvocati è completamente fuori centro in quanto la norma si limita a garantire che gli avvocati dipendenti di enti pubblici abilitati alla trattazione degli affari legali dell'ente stesso debbono essere incardinati in un ufficio legale stabilmente costituito e con svolgimento in forma esclusiva di tali funzioni.

Per cui l'ente deve costituire un ufficio legale autonomo nell'ambito della propria pianta organica ed inquadrare gli addetti all'ufficio legale in via esclusiva allo svolgimento delle funzioni legali in piena libertà ed autonomia e con il divieto di affidamento di ogni attività di gestione amministrativa.

Il Consiglio Nazionale Forense ha un rigido orientamento giurisprudenziale in merito tanto che, laddove l'Amministrazione disponesse la preposizione del dirigente dell'Avvocatura Civica ad ulteriore incarico dirigenziale, ne deriverebbe inevitabilmente la cancellazione del soggetto dall'elenco speciale di cui all'art. 23 L 247/2012 con tutte le conseguenze in ordine allo svolgimento della professione forense.

La quantificazione della retribuzione di posizione dei dirigenti è disposta in ossequio all'art. 27 del CCNL Comparto Regioni ed Autonomie Locali per il personale dirigente del 31.12.1999 che prevede: "*Gli enti determinano i valori economici della retribuzione di posizione delle funzioni dirigenziali previste dai rispettivi ordinamenti, tenendo conto*

di parametri connessi alla collocazione nella struttura, alla complessità organizzativa, alle responsabilità gestionali interne ed esterne ".

Nel procedere a tale determinazione l'Amministrazione ha osservato quanto previsto dalle norme contrattuali circa il coinvolgimento delle associazioni sindacali ed ha coinvolto nella redazione della proposta di modifica della metodologia per la graduazione delle posizioni dirigenziali il Nucleo di Valutazione dell'Ente come richiesto dall'art. 24 del Regolamento sull'Ordinamento degli Uffici e dei Servizi.

Il secondo motivo esprime una censura di merito circa la scelta di non modificare la pesatura delle posizioni dirigenziali rispetto a precedenti deliberazioni, ma non vi è stata alcuna equiparazione con i nuovi incarichi di alta professionalità che sono stati inseriti nell'organigramma della macchina comunale in attuazione delle previsioni del CCNL in materia di fondo per la contrattazione integrativa dei dirigenti, senza peraltro coprire i posti.

L'avvocatura civica, così come la polizia municipale, è stata tenuta fuori dalla complessa riorganizzazione proprio perché le sue attribuzioni non erano modificate dalle nuove scelte organizzative per cui la pesatura della complessità della funzione direttiva e l'entità dei compiti svolti non mutavano rispetto al passato.

Venendo al terzo motivo, la violazione della parità di trattamento sarebbe materia per un intervento del giudice del lavoro, previa eventuale disapplicazione di direttive illegittime, ma in ogni caso non viene indicato, al di là di affermazioni generiche, in che cosa consisterebbe la sottovalutazione delle competenze e dell'aumentato carico di lavoro dell'avvocatura civica rispetto al nuovo assetto derivante dalla mutata organizzazione.

La complessità organizzativa interna dell'unità operativa ove operano le ricorrenti non è stata ampliata e non viene esplicitato perché la riorganizzazione in dipartimenti dovrebbe rendere più complesso il lavoro dell'avvocatura civica.

Il quarto motivo riprende aspetti già trattati in precedenza e su cui non è necessario nuovamente soffermarsi.

In conclusione non emergono ragioni che possano condurre ad annullare anche in parte qua le direttive impugnate che costituiscono il legittimo esplicarsi dei poteri di autorganizzazione della struttura comunale derivanti dalla legge e dallo Statuto comunale.

Laddove nell'individuazione concreta della retribuzione di posizione per i dirigenti comunali, le ricorrenti dovessero intravedere delle scelte non rispettose della parità di trattamento di fronte a situazione omogenee, potranno adire il giudice del lavoro per rivendicare il diritto ad una giusta retribuzione, ma allo stato non si ravvisano aspetti di illegittimità nelle scelte operate.

La complessità della materia e l'opinabilità delle scelte organizzative inducono il Collegio a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 agosto 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Marco Morgantini, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Ugo De Carlo	**Giuseppe Di Nunzio**

IL SEGRETARIO