

Pubblicato il 26/09/2018

N. 05538/2018REG.PROV.COLL.

N. 02083/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2083 del 2018, proposto da e, rappresentati e difesi dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, via

contro

ASL, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, via; Ministero, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12; Regione, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum: rappresentato e difeso da sé medesimo e dall'avv., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 01368/2017, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della ASL e del Ministero

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 settembre 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il T.A.R. Salerno, con la sentenza appellata, ha respinto il gravame proposto dagli attuali appellanti, nella qualità di avvocati-dirigenti in servizio presso l'ASL, avverso, in via principale ma non esclusiva, la nota prot. pg/2016/148770 del 06/07/2016, a firma del Direttore della Funzione Gestione del Personale della medesima A.S.L., avente ad oggetto "consegna badge avvocati dirigenti - obbligo di marcatura", con la quale, appunto, erano stati loro consegnati i tesserini magnetici, ribadendo l'obbligo di marcatura pena l'adozione di misure disciplinari.

Alle censure attoree – intese essenzialmente a lamentare l'incompatibilità del sistema di rilevazione delle presenze basato sull'uso del badge con il loro *status* di avvocati dipendenti di un Ente pubblico, caratterizzato da profili di autonomia professionale ed indipendenza, oltre che con le peculiari modalità di svolgimento dell'attività professionale alle dipendenze dell'Azienda sanitaria – la sentenza appellata opponeva le considerazioni formulate da questo giudice di appello con la sentenza (della Sezione V) n. 2434 del 7 giugno 2016, interamente condivise e recepite dal giudice di primo grado, in ordine al fatto che le prerogative di autonomia ed indipendenza, nei termini riconosciuti dall'ordinamento professionale agli avvocati degli enti pubblici, non sono lese da ordini di servizio finalizzati alla verifica del rispetto degli obblighi lavorativi di diligenza e correttezza nei confronti della persona giuridica pubblica datrice di lavoro, non realizzandosi con tali provvedimenti "una "indebita ingerenza" nell'esercizio intrinseco della prestazione d'opera intellettuale propria della professione forense, e cioè «nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente», ai sensi dell'art. 23 l. n. 247 del 2012", piuttosto semplicemente sottoponendosi l'attività a "forme di controllo estrinseco, doverose e coerenti con la partecipazione dell'ufficio dell'avvocato dell'ente pubblico all'organizzazione amministrativa dell'ente stesso".

Quanto alle preoccupazioni manifestate dai ricorrenti in ordine alla mancata considerazione delle peculiarità delle funzioni e delle mansioni esercitate (inerenti l'assenza di orari di lavoro prestabiliti e la maggiore autonomia nell'organizzazione dei tempi di lavoro), il giudice di primo grado ne affermava l'infondatezza in quanto "l'attività di controllo e verifica, per sua natura strumentale, deve essere comunque esercitata e valorizzata in considerazione dei profili professionali volta a volta presi in considerazione", con particolare riferimento, più che al controllo delle presenze ed all'utilizzazione del *badge* in sé e per sé, alle "successive attività amministrative intese alla gestione delle singole e differenziate categorie di personale, ivi compresa, nei sensi chiariti, quella degli avvocati dell'ente".

L'appello, va precisato, non è stato proposto dall'originario ricorrente avv., mentre è intervenuto *ad adiuvandum* – in primo e secondo grado - l'avv.

Si sono inoltre costituiti in giudizio, per resistere all'appello, la ASL ed il Ministero

Tanto premesso, e venendo alle valutazioni del giudicante, deve preliminarmente tratteggiarsi l'oggetto della controversia, il quale attiene - in via principale, anche alla stregua dei motivi di appello - alla compatibilità del meccanismo di rilevazione automatica delle presenze dei dipendenti delle AA.SS.LL. campane, attuato mediante l'uso del cd. *badge*, con le caratteristiche di indipendenza ed autonomia professionali qualificanti la posizione dei Dirigenti-Avvocati dei medesimi Enti.

Deduce infatti la parte appellante che “la forma di controllo adottata (...) mal si concilia con le caratteristiche di imprevedibilità e di dinamicità che connotano, da sempre, la professione di avvocato”, finendo la “rigidità di un tale sistema di controllo” per limitare le “naturali prerogative di autonomia gestionale e di indipendenza della professione di avvocato”, il cui svolgimento “è caratterizzato da: orari non prestabiliti né sempre prevedibili; spostamenti continui presso le varie sedi giudiziarie, con trasferimento anche fuori – e prima – dell’orario di lavoro; allontanamenti dalla sede di servizio per tutti gli eventuali e necessari adempimenti processuali”, dovendo “la trattazione stabile degli affari legali dell’ente estrinsecarsi non soltanto attraverso un’indipendenza intellettuale dalle scelte generali e programmatiche dell’ente”, essendo piuttosto “connessa anche ad una effettiva e logistica libertà di azione”.

Il motivo di appello, così come sopra sintetizzato, non è meritevole di accoglimento.

Deve premettersi, su di un piano generale, che l’autonomia e l’indipendenza qualificanti l’esercizio di una determinata attività lavorativa possono assumere – e concretamente assumono – contenuti e modalità di estrinsecazione diverse, in relazione alla tipologia di prestazione che viene in rilievo ed alla connessa esigenza, avvertita e tutelata dall’ordinamento, di evitare che le stesse risultino compromesse da scelte organizzative con esse confliggenti, promananti dall’Amministrazione di appartenenza.

In particolare, con riguardo alla posizione dei cd. avvocati pubblici, ovvero quelli che sono incardinati organizzativamente presso un determinato ente pubblico ed ai quali è affidato lo *ius postulandi* nell’interesse dell’ente di appartenenza, deve osservarsi che le loro prerogative di indipendenza ed autonomia, proprio perché affidatari dell’interesse di una parte, attengono essenzialmente al “modo” in cui perseguire quell’interesse, ovvero alle scelte difensive da mettere in pratica per la sua migliore tutela, con la conseguenza che non rischiano di essere pregiudicate, anche nella percezione *ab externo*, da forme di controllo, circa le modalità anche temporali di svolgimento della loro prestazione, che con quelle scelte non siano, direttamente o indirettamente, interferenti.

Non può escludersi, tuttavia, che determinate forme di controllo, pur rivolte in via diretta a verificare le modalità temporali di assolvimento della prestazione professionale dell’avvocato pubblico, quindi attinenti agli aspetti “estrinseci” della stessa, si rivelino oggettivamente idonee ad intaccare il “nucleo essenziale” dei requisiti di indipendenza ed autonomia della sua attività lavorativa: si pensi, con riguardo al meccanismo oggetto di controversia, all’ipotesi in cui l’autorizzazione all’uscita dalla sede di servizio, per recarsi presso un ufficio giudiziario, debba essere rilasciata da un Settore dell’Amministrazione diverso da quello di inquadramento dell’avvocato.

Tale evenienza, tuttavia, non si verifica nella specie, atteso che, come si evince dalla nota del Commissario Straordinario della ASL prot. n. 159132 del 20 luglio 2016, recante il regolamento di utilizzazione del *badge*, l’autorizzazione a recarsi presso le sedi giudiziarie (utilizzando il codice I del servizio esterno) deve essere richiesta allo stesso Dirigente Responsabile dell’Avvocatura.

Allo stesso modo, non è condivisibile la tesi di parte appellante, secondo cui la forma di controllo in questione non si concilierebbe con le caratteristiche di imprevedibilità e di dinamicità che connotano la professione di avvocato, incidendo sulle sull’autonomia gestionale e sulla libertà di azione qualificanti (anche) la professione dell’avvocato pubblico.

Deve infatti osservarsi che se, da un lato, non è dimostrato che l’“imprevedibilità” dell’attività professionale dell’avvocato sia tale da impedire l’efficiente e tempestivo esercizio della suindicata potestà autorizzatoria, dall’altro lato, proprio l’affidamento della medesima potestà al Dirigente del medesimo Settore cui

appartiene l'avvocato richiedente l'autorizzazione, ai fini dello svolgimento del mandato difensivo, garantisce il suo esercizio secondo criteri di snellezza, tempestività, flessibilità e coerenza con le effettive esigenze organizzative del dipendente.

Del resto, se si analizza il contenuto delle disposizioni attuative dettate con la citata nota commissariale, è previsto che la potestà autorizzatoria in discorso possa essere esercitata secondo modalità atte a sovvenire adeguatamente alle diverse esigenze di servizio "esterno" dell'avvocato: basti rilevare, ad esempio, che l'autorizzazione può essere rilasciata "per frazione oraria, per l'intera giornata o per diversi giorni", che nel caso in cui "il servizio esterno coincide con l'inizio del servizio presso struttura diversa da quella di assegnazione, l'autorizzazione deve essere acquisita il giorno precedente, ed il codice 1 dovrà essere utilizzato direttamente in entrata nella struttura di destinazione", che "in caso di servizio esterno svolto presso sedi esterne all'Azienda (Tribunali ecc.), il dipendente, nel caso di accertata impossibilità ad effettuare la marcatura in entrata e/o in uscita, è tenuto a consegnare presso l'ufficio rilevazione presenze di competenza l'attestazione dell'effettivo orario svolto, autorizzato dal Dirigente Responsabile della struttura di assegnazione, al fine di consentire l'inserimento manuale dell'orario dichiarato e autorizzato".

Il motivo di appello esaminato, in conclusione, deve essere complessivamente respinto.

Con ulteriore motivo di appello, la parte appellante censura la sentenza appellata laddove ha ritenuto non fondata la doglianza con la quale si lamentava in primo grado l'insussistenza di opportuni adattamenti e/o correttivi per adeguare la adottata misura di controllo delle presenze alle diverse tipologie di dipendenti dell'Azienda sanitaria: ciò considerando che la Regione, con il decreto n. 7/2016, aveva predisposto mere linee guida che avrebbero dovuto indirizzare le aziende sanitarie locali nella riorganizzazione del personale attivo presso il S.S.R., prive quindi di ogni carattere cogente o vincolante.

In particolare, deduce la parte appellante che non si comprenderebbe come il controllo mediante *badge* possa adattarsi, a seconda delle varie categorie di dipendenti, in sede di successiva valutazione delle presenze rilevate, come invece ritenuto dal T.A.R..

La parte appellante, a tale riguardo, lamenta anche la disparità di trattamento (tra le varie categorie di dipendenti della A.S.L.) concretizzata con i provvedimenti impugnati.

Neanche il surriportato motivo di appello è tuttavia, nella sua complessità, meritevole di accoglimento.

In primo luogo, non è chiaro – nemmeno alla luce degli originari motivi di ricorso – quali "adattamenti e/o correttivi" avrebbero dovuto essere introdotti nel sistema automatico di rilevazione delle presenze mediante *badge*, all'asseritamente indispensabile fine di renderlo compatibile con le caratteristiche operative della prestazione professionale dell'avvocato ed adeguatamente differenziarlo dall'istituto "generale", valevole per le altre categorie di dipendenti della ASL.

In secondo luogo, non è dimostrato sotto quale profilo le disposizioni regolatorie del sistema *de quo*, dettate con la richiamata nota prot. n. 159132 del 20 luglio 2016, siano carenti ovvero inadeguate a soddisfare le predicate esigenze di "adattamento".

Infine, il giudice di primo grado ha correttamente evidenziato che tali esigenze, ove e nella misura in cui siano sussistenti, possono venire in rilievo nella fase (successiva alla acquisizione dei dati concernenti le presenze) della valutazione e gestione di quei dati, in rapporto alle diverse categorie di personale, da parte degli uffici competenti.

Ebbene, se da un lato tale assunto è coerente con la rigidità caratterizzante, secondo le stesse affermazioni della parte appellante, lo strumento del *badge* (il quale non tollera quindi di essere “adattato” a seconda della categoria di personale cui è destinato), dall’altro lato la predicata non soggezione degli avvocati ad un orario predefinito comporta appunto che, in sede di valutazione delle registrazioni temporali operate mediante il sistema del *badge*, le stesse non potrebbero essere poste a fondamento di una eventuale sanzione (disciplinare o di altra natura) perché, per ipotesi, difformi da un determinato schema o vincolo orario.

L’appello, in conclusione, deve essere respinto, mentre non possono essere esaminate le censure formulate, in via integrativa, dall’interveniente *ad adiuvandum* avv., coerentemente con i limiti delle facoltà difensive connesse alla suddetta figura processuale.

La peculiarità delle questioni controverse giustifica infine la compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e conferma per l’effetto la sentenza appellata.

Spese del giudizio di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO