

GIUNTA REGIONE SICILIANA
Presidenza della Regione
Ufficio Legislativo e Legale

Oservatorio Legislativo Interregionale
Bologna 7 – 8 giugno 2007

**Giurisprudenza non costituzionale di interesse
regionale**

Redatto a cura di:
Simone Montalto

CONSIGLIO DI STATO – SEZ. V

Sentenza 12 febbraio 2007, n. 560

(Retribuzione per ferie non godute)

L'essere rimasti in servizio per svolgere incombenze d'ufficio, come conseguenza di una scelta personale, rendendo materialmente impossibile la fruizione delle ferie, pur essendo un comportamento meritevole del più favorevole apprezzamento, non può avere conseguenze di ordine retributivo, quale il pagamento sostitutivo delle ferie non godute, dato che la legge collega tale ristoro al diverso presupposto del diniego espresso dall'Amministrazione per esigenze di servizio.

Dalla superiore sentenza emergono fondamentalmente questi principi:

- che le ferie costituiscono un diritto irrinunciabile;
- che il relativo istituto non è strutturalmente fungibile con la retribuzione sostitutiva;
- che soltanto l'Amministrazione, ossia il datore di lavoro attraverso i suoi organi gerarchicamente sovraordinati, può esprimere la disposizione di non godere delle ferie per esigenze di servizio.

In sostanza, la valutazione delle esigenze di servizio che impediscano la fruizione del riposo annuale (diritto ma anche obbligo onde determinare una opportuna pausa dal lavoro che rigeneri la forza lavorativa) non deve esser fatta dal lavoratore stesso. E non deve provenire dal lavoratore stesso anche se, essendo egli in una posizione dirigenziale, sia titolare della competenza a disporre anche per sé dei turni-ferie (nel caso di specie si trattava del segretario generale di un istituto ospedaliero).

Tutto ciò induce a riallacciarsi allo spirito dell'istituto.

La normativa in materia di ferie è infatti contenuta in primo luogo nell'art. 36, comma 3, della Costituzione che tutela il periodo di ferie annuale come diritto fondamentale ed irrinunciabile dei lavoratori, al fine di consentire il recupero delle energie psicofisiche. Inoltre l'art. 2109 c. c. fissa, fra l'altro, il principio secondo cui il diritto alle ferie deve concretizzarsi attraverso una fruizione "*possibilmente continuativa*", nella finalità specifica del recupero energetico e psicologico del lavoratore.

La monetizzazione delle ferie non godute rappresenta quindi un'**ipotesi estrema e residuale** rispetto al primario diritto del lavoratore alla fruizione delle stesse.

L'art. 17 del C.C.R.L. dell'area della dirigenza, al comma 13, prevede però che *“Fermo restando il disposto del comma 8, le ferie disponibili all'atto della cessazione del rapporto di lavoro per qualsiasi causa e non fruite dal dirigente per esigenze di servizio, danno titolo alla corresponsione del pagamento sostitutivo”*.

E' stato notato inoltre che, premesso che il compenso per ferie non godute non costituisce un'obbligazione alternativa, perchè l'obbligo primario è quello di concedere e godere le ferie, la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Sez. VI, 1.7.1977, n. 701) aveva in passato ritenuto che solo la mancata fruizione delle ferie, **per fatto del datore di lavoro**, svuotando il contenuto originario del diritto per quel che riguarda il mancato godimento di un periodo di riposo che, come fatto in sé è ineliminabile, integra la fonte di una pretesa patrimoniale.

Tra le fattispecie concrete riconducibili al “fatto del datore di lavoro”, tuttavia, la giurisprudenza meno recente (Cons. St. Sez. VI, 15.12.1982, n. 685) aveva ravvisato la mancata assegnazione da parte del datore di lavoro del periodo di ferie (cfr. Bellini G., **Ferie non godute del dipendente a presupposti dal compenso sostitutivo**, in *Altalex* n. 1711 del 21 marzo 2007).

Attraverso le motivazioni della sentenza che si commenta pare emergere viceversa l'orientamento che non basti che il datore di lavoro non abbia assegnato le ferie, in quanto deve essere il lavoratore a chiederle e solo se gli vengano negate nel periodo di riferimento scatta il compenso sostitutivo.

Riguardo all'incertezza giuridica che si registra, tra natura risarcitoria e retributiva dell'indennità sostitutiva delle ferie, prevale l'orientamento a favore della natura retributiva.

Infatti la Corte di Cassazione (sez. lav., 25-09-2004, n. 19303) ha evidenziato che l'indennità sostitutiva “costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse”.

Le ferie, inoltre, non maturano durante il periodo di sospensione cautelare dal servizio del pubblico dipendente riammesso in servizio a seguito di sentenza di assoluzione.

Infatti la sospensione del rapporto di lavoro, sia pur un dipendente dalla volontà del lavoratore, facendo venire meno la prestazione lavorativa, esclude quella esigenza di recupero delle

energie psicofisiche che il diritto alle ferie è inteso a soddisfare (cfr. Cass., sez. lav., 5-5-2000, n. 5624).

Peraltro, come già accennato “il diritto al compenso sostitutivo matura in presenza di un comportamento della P.A. volto a reprimere il diritto irrinunciabile e costituzionalmente garantito (art. 36 cost.) delle ferie è tale da impedire concretamente al dipendente la fruizione del congedo ordinario; la sospensione dal servizio disposta in pendenza di un procedimento penale a carico del pubblico dipendente non può imputarsi alla P.A.; in tal caso, pertanto, il compenso sostitutivo non è dovuto.”(Cons. Stato, sez. IV, 10-12-2003, n. 8118)”.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REG.LE SICILIA

(Sez. IV – Catania – Sent. 5 maggio 2007, n. 768)

(Indebitamento delle regioni, province e comuni. Non valenza del relativo divieto per i commissari ad acta nominati da autorità giudiziarie)

Le prescrizioni di cui all'art. 119, comma 6, della Costituzione, che non consentono ai Comuni, alle Province ed alle Regioni di ricorrere all'indebitamento per fare fronte a spese non d'investimento maturate dopo l'8 novembre 2001, non si applicano ai commissari ad acta nominati dal giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza ex art. 27 n. 4 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

Questa sentenza, di cui ci si limita ad indicare la massima, si basa sulle considerazioni che seguono.

Sotto il profilo soggettivo, i commissari ad acta non si identificano con l'amministrazione che non ha ottemperato al giudicato, trattandosi viceversa di organi ausiliari del giudice amministrativo.

Di conseguenza, nei loro confronti, non possono valere i divieti e le limitazioni all'indebitamento fissati dalla legge per regioni, comuni e province; né esiste norma specifica che li possa riguardare.

D'altra parte, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui i commissari ad acta garantiscono la concreta applicazione, è uno degli elementi fondanti dello Stato di diritto, ha dignità costituzionale (cfr. artt. 24, 101, 103, 111 e 113 Costituzione) e deve considerarsi prevalente rispetto al principio di parità di bilancio, cui è ispirato l'art. 119, comma 6, della Costituzione.

Conseguentemente, in presenza di situazioni finanziarie di enti locali altamente deficitarie, ove il divieto del ricorso all'indebitamento fosse esteso anche all'attività dei commissari ad acta nominati dal giudice amministrativo, questi ultimi si troverebbero nell'impossibilità di eseguire in via sostitutiva le sentenze passate in giudicato, venendosi così a creare per gli enti debitori una situazione di sostanziale esonero da ogni responsabilità, con conseguente esposizione dello Stato ad azioni risarcitorie, anche avanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione dell'art. 61 del Trattato del 4 novembre 1950.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE – LAZIO

Sez. I – quater, sent. 22 marzo 2007, n. 2488

(Interesse legittimo del lavoratore al trasferimento per assistere un parente portatore di handicap)

Il trasferimento o l'assegnazione del lavoratore presso una sede che consenta la prosecuzione del rapporto di assistenza verso un parente o un affine entro il terzo grado in situazioni di handicap, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge 104/92, ha natura di interesse legittimo e pertanto, è attuabile solo ove non ostino a tale assegnazione o trasferimento superiori esigenze organizzative dell'amministrazione.

L'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate) dispone che “Il genitore o familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto di scegliere, **ove possibile**, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”.

Il testo della norma, subordinando il soddisfacimento dell'interesse ad una sede lavorativa vicina a quella del minorato da assistere alla condizione che in concreto ciò **sia possibile**, delinea chiaramente nella posizione del lavoratore non un diritto soggettivo ma un interesse legittimo; determinando così la scala gerarchica di valori che pone al primo posto il rapporto sinallagmatico “prestazioni impiegate – utilità del datore di lavoro” e successivamente la “possibilità” per il lavoratore che, senza attenuare o addirittura travolgere la logica della “retribuzione contro prestazione utile”, facilita i compiti di assistenza nell'ambito familiare: appunto, come dice la legge, “ove possibile”.

Tale essendo la struttura logica dell'istituto, si ha che “la possibilità” concreta e giuridicamente rilevante – ed attuabile – deve per potersi realizzare passare al vaglio delle condizioni in cui versa l'organizzazione amministrativa; ossia: esistenza di uffici e qualifiche corrispondenti nella sede richiesta; vacanza di posto analogo a quello della qualifica del richiedente nonché assenza di pregiudizio nell'ufficio da cui spostarsi, ove il posto da lasciare non possa essere ricoperto.

La detta possibilità, in sostanza, viene meno in assenza delle dette condizioni sostanziali mentre sarebbe formalmente

contestabile dall'interessato ove il rifiuto non sia correttamente motivato in relazione a dati affettivi circa le viste condizioni.

(Nel caso di specie, si trattava di dipendente del Ministero della Giustizia richiedente il trasferimento in sede in cui v'era già esubero di organico e dell'accertata siffatta situazione).

Onde dare all'istituto delle facoltà concesse all'impiegato per potere assistere il congiunto handicappato una qualche completezza, è utile indicare anche la recente sentenza della Corte Costituzionale 8 maggio 2007, n. 158.

Avendo la Corte costituzionale esaminato la *ratio* dell'istituto del congedo straordinario retribuito per assistenza di familiari handicappati, alla luce dei suoi presupposti e delle vicende legislative che lo hanno caratterizzato, ha rilevato che l'interesse primario cui è preposta la norma censurata è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, riconoscendo la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza dello stesso e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, quale fattore di sviluppo della personalità e strumento di tutela della salute del disabile intesa nell'accezione più generale.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la disposizione dell'art. 42, comma 5, del d. l.vo 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui non comprende il coniuge convivente con "soggetto con handicap in situazione di gravità" tra le persone che possano avere il diritto a fruire del congedo straordinario retribuito analogamente a quello riconosciuto nei confronti dei figli, fosse costituzionalmente illegittima.

La massima che ne deriva è la seguente: *E' costituzionale illegittimo l'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con "soggetto con handicap in situazione di gravità", il diritto a fruire del congedo ivi indicato.*