

REPUBBLICA ITALIANA N. REG.DEC.4437/07
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 7989 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ANNO 2001
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.7989 del 2001, proposto dal Dr. Domenico PIETROPAOLO, nato a Reggio Calabria il 22 settembre 1935 (C.F. PTR DNC 35P22 H224W), rappresentato e difeso dagli Avv.ti Alberto Panuccio ed Arnaldo Postorino, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via Sistina n. 121;

contro

l'AMMINISTRAZIONE PROVINCIALE di REGGIO CALABRIA, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Prof Aldo Tigano, con domicilio eletto in Roma, via Cola di Rienzo n. 180, presso lo studio dell'Avv. Alberto Marchetti

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria – Sezione staccata di Reggio Calabria – n. 1528/2000 del 29 settembre 2000;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Reggio Calabria;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa; Relatore, alla pubblica udienza del 30 gennaio 2007, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; udito, altresì, l'avv. Notarnicola per delega dell'avv. Panuccio;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con sentenza n. 1528/2000 del 29 settembre 2000, la Sezione staccata di Reggio Calabria del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria – decidendo il ricorso (r.r.n. 407/1995) del Dr. Domenico Pietropaolo, già dipendente dell'Amministrazione Provinciale del capoluogo calabrese, in possesso della 2^a qualifica dirigenziale, collocato a riposo, per raggiunti limiti di servizio, all'1 luglio 1991 – lo ha respinto, per la parte relativa alla pretesa corresponsione dei compensi per lavoro straordinario in eccedenza e delle indennità di funzioni di coordinamento non goduti e lo accoglieva, al contrario per la parte relativa alla **monetizzazione delle ferie non godute**, condannando l'Amministrazione al pagamento dei relativi importi aumentati di rivalutazione monetaria ed interessi senza applicazione del divieto di cumulo stante l'antiorità del credito rispetto alla data del 31 dicembre 1994.

Avverso l'anzidetta sentenza ha proposto appello principale il ricorrente in primo grado, per la parte reattiva, criticamente considerando la decisione impugnata, sulla considerazione che – quanto al lavoro straordinario in eccedenza – il “confronto sindacale” sul limite massimo individuale, per l'anno 1990, doveva essere presunto dalle posizioni sindacali assunte nei precedenti anni e che, per ciò che concerne l'indennità per funzioni di coordinamento, dovrebbe tenersi conto che il dirigente in questione, inquadrato nella 2^a qualifica dirigenziale, con deliberazione n. 1266/1991 (in applicazione

dell'art. 38 D.P.R. n. 333/1990) con assegnazione del coefficiente massimo per le funzioni di coordinamento (100%), le avrebbe sempre svolte di fatto, non essendosi concretato l'incarico in atti formali soltanto per la disfunzione organizzativa in forza della quale la vecchia pianta organica del 1934 non sarebbe mai stata formalmente adeguata, malgrado che, di fatto, la struttura fosse stata riorganizzata in conformità alle mutate esigenze.

Il vizio della sentenza impugnata si concreterebbe, nel primo caso, nel non avere tenuto conto, il giudice di primo grado, degli elementi presuntivi desumibili dalla pregressa presa di posizione sindacale e, nel secondo caso, nell'aver sottovalutato l'effettivo espletamento delle mansioni, in rapporto alle disfunzioni del sistema, determinate dalla violazione, da parte della Provincia, degli obblighi di legge in tema di ristrutturazione dell'assetto organizzativo dell'Ente.

E' chiesta, pertanto, la riforma della sentenza appellata nel senso dell'accoglimento integrale del ricorso di primo grado.

3. A sua volta la Provincia di Reggio Calabria, oltre a costituirsi in giudizio per resistere all'impugnazione, ha anche proposto appello incidentale autonomo, ritualmente notificato, per chiedere la riforma del capo di accoglimento, relativo alla monetizzazione delle ferie non godute.

Il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore, in quanto avrebbe ommesso di considerare che il mancato godimento delle ferie non sarebbe dipeso da fatto imputabile all'Amministrazione, né, in contrario, sarebbero stati forniti, dal dirigente, elementi probatori.

4. Successivamente la causa, chiamata alla pubblica udienza del 30 gennaio 2007, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si verte in tema di pretese patrimoniali di dipendente provinciale collocato a riposo con il possesso della 2^a qualifica dirigenziale.

L'appellante principale mira a vedersi riconosciuti, in riforma della sentenza appellata, i compensi per il lavoro straordinario da lui prestato nell'anno 1990 in qualità di Capo di gabinetto del Presidente, in eccesso sulle 200 ore annue e l'indennità per le funzioni di coordinamento; l'appellante incidentale, a sua volta, oltre a resistere all'appello, chiede, autonomamente, la riforma della sentenza in esame per la parte in cui accoglie la domanda di monetizzazione delle ferie non godute in assenza di prova sulla ascrivibilità all'Amministrazione del mancato godimento. 2.1. L'appello principale è infondato.

2.2. Nel sistema fissato dall'art. 16 del D.P.R. 13 maggio 1987 n. 268 – che impone limiti di natura sostanziale e quantitativa al lavoro straordinario svolto dai dipendenti degli enti locali - l'individuazione dei casi nei quali *“per esigenze eccezionali - debitamente motivate in relazione all'attività di diretta assistenza agli organi istituzionali riguardanti un numero di dipendenti non superiore al 2% dell'organico o per fronteggiare eventi o situazioni di carattere straordinario - il limite massimo individuale può essere superato”* (nel rispetto comunque del monte ore complessivo fissato dal comma 3 dello stesso articolo) è affidato ad un meccanismo procedurale che muove dal *“confronto con le organizzazioni sindacali”*, e sfocia, necessariamente, in un atto finale e conclusivo, la cui esistenza non può meramente presumersi sulla base di quanto verificatosi in precedenti esercizi, in quanto, in ogni caso, deve esservi, alla base, un processo di programmazione e di ripartizione delle risorse finanziarie a disposizione dell'ente nell'esercizio finanziario al quale l'autorizzazione si riferisce, cosicché è anche del tutto indifferente che in precedenza il superamento del monte orario individuale sia stato sempre autorizzato ed, anzi, la circostanza che in un determinato anno il procedimento non sia stato posto in essere è sintomatico non già di una volontà implicita di confermare l'autorizzazione, bensì, in senso contrario, di negarla anche se non può essere escluso che le organizzazioni sindacali, se previamente sentite, avrebbero confermato l'orientamento favorevole espresso in precedenti annualità.

Il giudice di primo grado ha dunque correttamente fatto applicazione della norma che disciplina la materia e dell'orientamento giurisprudenziale, anche recentemente confermato (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5057), che ha avuto modo di evidenziare la rigidità del sistema, sottolineata dall'istituto compensativo previsto dal comma 7 dello stesso articolo, nonché dal meccanismo di programmazione e copertura finanziaria cui l'autorizzazione, in ogni caso, soggiace.

2.3. Quanto alla pretesa relativa al riconoscimento dell'indennità conseguente allo svolgimento di funzioni di coordinamento, giova ricordare che l'incarico di coordinamento, contemplato dall'art. 39 D.P.R. 25 giugno 1983 n. 347 (ovvero, l'incarico relativo al "*coordinamento dei aree di attività integrate a livello intersettoriale o per progetti particolari per il raggiungimento di determinati obiettivi*") deve essere tenuto distinto dal "*coordinamento delle relazioni interfunzionali interne ed esterne e tra le strutture operative dell'ente, in modo da garantire la reciproca integrazione interdisciplinare e la complessiva coerenza dell'azione degli apparati amministrativi dell'ente*", che, in base all'allegato 2 al detto D.P.R., costituisce normale attività dei dirigenti (e dunque ricompreso, ai fini della retribuzione, nelle prestazioni ordinarie).

Ne discende che l'incarico di coordinamento;

a) deve essere formalmente conferito, per un periodo non superiore a tre anni;

b) presuppone la sussistenza di aree di attività integrate a livello intersettoriale (o progetti particolari per il raggiungimento di determinati obiettivi).

La norma, per quanto riguarda il caso in esame, deve essere integrata con le disposizioni che fissano, sul piano organizzativo, il presupposto stesso della funzione distinta di coordinamento e dei relativi "incarichi", che, a livello dirigenziale, richiedono la pervia ristrutturazione organizzativa degli enti locali (art. 17 D.P.R. n. 810 del 1980; art. 10 D.P.R. 268 del 1987).

L'appellante non manca di riconoscere che la pretesa azionata non si ricollega né ad incarichi formalmente conferiti né a modificazioni strutturali dell'Ente, i cui ritardi organizzativi anzi sono posti in rilievo, sia pure con la finalità di farne scaturire la rilevanza di un'organizzazione burocratica in fieri, e del conferimento per incarico delle mansioni di coordinamento di strutture ipotizzate in un piano non ancora portato a compimento, ovvero, alle mansioni espletate di fatto in forza di meri ordini di servizio, nell'ambito di una distinzione di settori operativi, al tempo meramente interna.

Nella descritta situazione, però, è proprio la funzione di "coordinamento" in senso tecnico che viene a mancare, in quanto, affinché essa ricorra si rende necessaria la proiezione esterna, sul piano dei compiti e delle responsabilità, della figura del coordinatore incaricato, in quanto è proprio da tale proiezione che viene a determinarsi la individuazione della relativa funzione, come elemento sinallagmatico distinto, sul piano delle prestazioni richieste al dirigente, che finisce con il giustificare poi, con riferimento alle obbligazioni dell'ente, la speciale indennità prevista dalla contrattazione.

Non rilevano, dunque, né l'anticipazione sperimentale del piano organizzativo, né gli "incarichi" assegnati con ordini di servizio, né gli eventuali riconoscimenti effettuati in sede di inquadramento, per sostenere che sia dovuta l'indennità pretesa in questa sede.

Anche per tale parte, dunque, la sentenza deve essere confermata.

3. Fondato è, invece, l'appello incidentale dell'Amministrazione provinciale.

Al riguardo, deve essere disattesa l'eccezione dell'appellante, secondo cui l'appello incidentale sarebbe inammissibile per omessa specificazione dei motivi, dal momento che sufficientemente espliciti sono, nell'atto notificato, sia la censura al procedimento logico giuridico seguito dal giudice di primo grado nell'accogliere, sul punto, la domanda del ricorrente in primo grado, sia le obiezioni alla pretesa di quest'ultimo.

La sintetica esposizione dei motivi di impugnazione non ne scalfisce il contenuto, che nella specie risiede nell'aver il giudice accolto la domanda in assenza dei necessari elementi probatori, i quali

devono concernere non già il mancato godimento delle ferie, bensì che esso sia dipeso da fatto imputabile all'Amministrazione.

Invero, il dato che emerge dalla sentenza impugnata è che il giudice di I grado ha del tutto erroneamente ritenuto che l'onere di prova incombente sul richiedente fosse puramente e semplicemente quello relativo al mancato godimento delle ferie: convinto di ciò, ha poi ritenuto che parte ricorrente avesse assolto a tale onere fornendo un principio di prova, che consiste nella copia informale di un estratto del registro delle presenze del 1991, contenente l'annotazione manuale del mancato godimento di 28 giorni di congedo ordinario nell'anno 1990 per esigenze di servizio; tanto è stato ritenuto sufficiente per considerare addebitabile all'Ente l'intera pretesa di monetizzazione concernente non soltanto il mancato godimento per l'anno 1990 di nn. 28 gg. ma anche quello ulteriore di n. 16 giorni nell'anno 1991.

La Sezione non ritiene di poter annettere al documento, che si riviene in atti, l'efficacia probatoria attribuitagli dal giudice di primo grado, neppure quale "*principio di prova*" idoneo a spostarne l'onere, contrario, a carico dell'Amministrazione provinciale.

A questa, in buona sostanza è stato richiesto, nel giudizio di primo grado, di fornire la prova di elementi (le domande di congedo dell'interessato) della cui esistenza il giudicante non poteva presumere l'esistenza a meno che non fossero state fornite, in copia recante l'annotazione della presentazione al protocollo dell'ente, dall'interessato (che era il solo che dovesse e potesse averne la disponibilità, solo che avesse fatto uso della ordinaria diligenza).

In assenza di tale esibizione da parte del richiedente, la prova che il giudice di primo grado mostra di aver preteso di ricevere dall'Amministrazione rientra nel novero delle prove impossibili, e stupisce che il giudicante ne abbia stigmatizzato, al riguardo, il "*comportamento processuale*".

Sussiste, pertanto, il vizio logico giuridico della sentenza, sul punto, ed è fondata la censura secondo cui illegittimamente il giudice di primo grado avrebbe monetizzato le ferie non godute in assenza di prova della ascrivibilità all'Amministrazione del mancato godimento.

Vale per i dipendenti degli enti locali il principio di irrinunciabilità del congedo ordinario annuale, fissato dalle disposizioni che disciplinano il rapporto, e quello della sua fruibilità nel corso dell'anno "salvo eventuali motivate esigenze di servizio", con diritto, in questo caso, di cumulo entro il primo semestre dell'anno successivo.

Non è automatico il diritto al compenso sostitutivo delle ferie (che la giurisprudenza formatasi sulla materia fa discendere direttamente dal mancato godimento delle ferie medesime, anche in assenza di una norma espressa che lo preveda, in armonia con l' art. 36 Cost.), occorrendo, in ogni caso che il mancato utilizzo delle ferie non sia stato determinato dalla volontà del lavoratore e non sia a lui comunque imputabile (in questo senso, per tutte, Cons. Stato, IV Sez., n. 392 del 13 aprile 1992; Sez. V, n. 374 del 30 marzo 1998 e n. 3847 del 10 luglio 2000).

Si richiede, in primo luogo, che le ferie siano richieste e, quindi, che non siano accordate dall'Amministrazione, o che, pur se accordate, l'Amministrazione ne abbia poi negato la fruizione, per esigenze di servizio.

Con la conseguenza che in assenza di prova della domanda di fruizione, nessuna prova contraria può essere pretesa dall'Amministrazione, e la domanda di compenso sostitutivo deve esser respinta.

L'appello incidentale deve, pertanto, trovare accoglimento.

4. Sulla base del complesso delle considerazioni che precedono, l'appello principale deve essere respinto e deve essere al contrario accolto quello incidentale, con conseguente riforma della sentenza impugnata nel senso della totale reiezione del ricorso di primo grado.

A carico dell'appellante principale ed in favore della Provincia di Reggio Calabria devono essere poste le spese del presente giudizio, che si liquidano in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale ed accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge interamente il ricorso proposto in primo grado dal Sig. Domenico Pietropaolo (ric. n. 407/95 r.g. TAR Calabria – Sezione staccata di Reggio Calabria); 11 Ric. n. 7989/2001

Condanna l'appellante principale al pagamento, in favore della Provincia di Reggio Calabria, delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi €3.000,00=;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 30 gennaio 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Corrado ALLEGRETTA PRESIDENTE
Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI CONSIGLIERE
Aldo FERA CONSIGLIERE
Marco LIPARI CONSIGLIERE
Aniello CERRETO CONSIGLIERE

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Chiarenza Millemaggi Cogliani F.to Corrado Allegretta

IL SEGRETARIO
F.to Agatina Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 13/08/07
(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE
Antonietta Fancello