

Pubblicato il 17/01/2020

N. 00001/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00025/2019 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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 25 del 2019, proposto da Silvana Cristofalo, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Torino, domiciliataria ex lege in Torino, corso Stati Uniti, 45;

per l'annullamento del provvedimento n. 10 del 09/05/2019 del direttore della Casa Circondariale di Brissogne (AO); di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali ed in particolare del successivo atto conformativo del 14/05/2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2020 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente Silvana Cristofalo è Ispettore Superiore del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in servizio presso la Casa Circondariale di Brissogne (Aosta) con funzioni di vice comandante di reparto dell'Istituto penitenziario, che le sono state conferite il 28/4/2016 con ordine di servizio n. 19. Premette in fatto che dal 2005, contestualmente alle suindicate funzioni, alla ricorrente sono state altresì assegnate ulteriori funzioni di responsabile dell'ufficio Comando e colloqui. Queste ultime hanno assunto particolare rilievo nell'Istituto penitenziario valdostano, caratterizzato da una storica discontinuità gestionale dovuta alla carenza, ormai da tempo, di una presenza stabile di figure apicali. Tale significativa carenza di organico ha dato luogo a gravi ripercussioni sull'orario di lavoro dell'interessata, costretta a garantire la propria presenza presso l'Istituto ben oltre l'orario di servizio effettuando talvolta anche 41 ore di straordinario mensile, nonché a postergare il godimento delle ferie nonostante il formale invito dell'Amministrazione a fruirle.

In data 26 settembre con decreto del Provveditore Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria, n. 159/2018 la dott.ssa Marino, Direttore titolare della Casa Circondariale di Novara, ha assunto l'incarico in missione per due giorni a settimana a della Casa Circondariale di Aosta, previo passaggio di consegne con il direttore in missione uscente avvenuto in data 11 ottobre 2018.

In tale occasione ella ha chiesto al Responsabile dell'Ufficio Servizi di acquisire informazioni circa la situazione del congedo ordinario maturato e non ancora

fruito da parte del personale del Corpo di Polizia Penitenziaria, in considerazione delle disposizioni dettate dal Superiore Ufficio Dipartimentale con la Lettera Circolare n. 0424658-2011 del 10 novembre 2011.

Dai controlli effettuati è risultata favore della ricorrente l'esistenza di un periodo di congedo ordinario maturato e non fruito, a decorrere dall'anno 2015, pari ad un totale di 173 giorni, la presenza di giornate di riposo non fruito ed infine una serie di festività soppresse, da godere per espressa disposizione di legge, tassativamente nel corso dell'anno, pena la perdita del diritto.

Preso atto della situazione della parte attorea e delle altre unità di polizia penitenziaria per le quali è risultato maturato e non fruito un congedo per gli anni 2016 e 2017, in data 8 gennaio 2019, la dott.ssa Marino ha emanato una Disposizione di Servizio ordinando un Piano di Rientro d'ufficio che è stato attuato nell'arco di poche settimane ed ha adottato nei confronti dell'interessata l'ordine di servizio l'Ordine di Servizio del 9 maggio 2019 n.10

Con tale ordine la stessa ha disposto la perdita del diritto alla fruizione del congedo ordinario degli anni 2015 e 2016 e la fruizione d'ufficio, in via eccezionale, del congedo maturato e non goduto di 39 giorni riferito all'anno 2017 di 39 giorni.

La Dirigente ha altresì invitato la sig.ra Cristofalo a programmare nel più breve tempo possibile la fruizione dei periodi di congedo ordinario degli anni 2018 e 2019, nel rispetto dei termini stabiliti dall'art. 9 del Nuovo Accordo Quadro.

Quest'ultima tuttavia, in data 13 maggio 2019 ha chiesto la possibilità di fruire di tutto il congedo pregresso degli anni 2015, 2016, e 2017 con decorrenza immediata, richiesta che non è stata accolta, come deciso con decreto in data 14 maggio 2019 e notificato alla ricorrente in data 15 maggio 2019.

Tanto premesso, l'Ispettore Cristofalo deduce in primo luogo: la violazione di legge e degli artt. 97 della Costituzione, dell'art. 36 della Costituzione e del decreto legislativo n. 66 del 2003, che oltre a sancire il principio di legalità imparzialità e

buon andamento della pubblica amministrazione, riconoscono il diritto irrinunciabile del lavoratore ad un periodo di riposo annuale di ferie retribuite; la violazione dell'art. 17 del decreto legislativo n. 165 del 2001 lettera d) ed e) che attribuendo al dirigente la gestione del personale e la direzione, il coordinamento e il controllo dell'attività degli uffici che da egli dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi, gli impongono, sotto la loro esclusiva responsabilità, di garantire comunque il rispetto dei diritti soggettivi del personale e delle ferie nel caso specifico, anche con poteri sostitutivi nel caso di inerzia del dipendente; la violazione dell'accordo quadro nazionale del personale di polizia penitenziaria stipulato ai sensi dell'art. 3,co.7 del decreto legislativo 12/5/1995 n.195 e art. 25 1 co. lettere b) e c) del decreto presidenziale 31/7/1995 n. 395 che attribuisce al dirigente l'obbligo di garantire i diritti soggettivi del personale.

In particolare come si evince dall'art. 10 del Dlgs 66/2003 le ferie devono essere assegnate dal datore di lavoro tenendo conto dell'esigenze di impresa. Un eventuale spostamento per ragioni di servizio adeguatamente motivate può essere dunque disposto solo dallo stesso con l'onere di curarsi che queste siano godute dal lavoratore eventualmente anche in periodi successivi.

Nel caso di specie il direttore non solo non ha motivato le ragioni della mancata concessione delle ferie ma ha imposto all'Ispettore Cristofalo con l'ordine di servizio 10/2019, la "probatio diabolica" delle esigenze di servizio ostative al godimento delle stesse.

In secondo luogo la stessa eccepisce la violazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità, buon andamento dell'azione amministrativa nonché l'eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto d'istruttoria, difetto dei presupposti, per travisamento dei fatti, illogicità palese, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

Nello specifico la direzione con il provvedimento oggetto del ricorso ha violato i suindicati principi non potendo dapprima legittimare la mancata concessione delle ferie per il periodo 2015 e 2016 per poi emanare un provvedimento in peius, tardivo, con effetto retroattivo e quindi lesivo della sfera giuridica altrui e dell'affidamento colpevolmente causato.

Infine la parte attorea rileva la violazione delle disposizioni contenute nell'art. 21 bis della legge 90/241 introdotte dall'art. 14 legge n.15/2005 secondo le quali il provvedimento amministrativo limitativo della sfera giuridica altrui, qual è il provvedimento che sancisce la perdita del diritto alle ferie, acquista efficacia nei confronti del destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata.

In dettaglio la direzione ha proceduto solo in data 9/5/2019 alla comunicazione di un provvedimento con effetto retroattivo che doveva essere notificato almeno nel 2016 e 2017 al fine di consentirne alla ricorrente l'esatta esecuzione e la possibilità di fare le proprie valutazioni e deduzioni.

Ciò posto si dà atto della costituzione dell'Amministrazione in giudizio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Nell'udienza del giorno 14 gennaio 2020 il ricorso è stato introitato per la decisione.

Il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato e che debba essere respinto per le seguenti ragioni.

Come emerge dalla giurisprudenza nazionale ed euro-unitaria (causa C- 696/16 emessa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia il 6 novembre 2018) la regola juris della materia de qua è quello per cui, per un verso, il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite deve essere considerato un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, al quale non si può derogare, trovando il proprio fondamento nell'art. 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed ha il medesimo valore giuridico, dei Trattati ai sensi

dell'art 6 paragrafo 1 TUE: la ratio dell'esercizio dello stesso è quella di consentire al lavoratore di riposarsi dall'esecuzione dei compiti attribuiti godendo così di un periodo di relax e svago.

Per altro verso, il datore di lavoro ha l'onere di assicurarsi concretamente e con trasparenza che il lavoratore sia effettivamente in condizione di godere delle ferie annuali retribuite invitandolo, se necessario formalmente, a farlo e nel contempo informandolo – in modo accurato e in tempo utile – del fatto che, se egli non ne fruisce, tali ferie andranno perse al termine del periodo di riferimento o di un periodo di riporto autorizzato. Tuttavia, in un equilibrato contemperamento di principi ed istanze assiologiche di pari rango, il rispetto di tale onere derivante dall'art. 7 della direttiva 2003/88 non può estendersi fino al punto di costringere quest'ultimo a imporre ai suoi lavoratori di esercitare effettivamente la fruizione delle ferie annuali retribuite.

Egli deve limitarsi soltanto a consentire ai lavoratori di godere delle stesse dando altresì prova di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché essi potessero effettivamente di esercitare tale diritto.

Ciò posto nel caso di specie, come si evince con chiarezza dai documenti prodotti dalle parti, la direzione ha invitato la sig.ra Cristofalo a programmare nel più breve tempo possibile la fruizione dei periodi di congedo ordinario degli anni 2018 e 2019. Tale invito non è stato però accettato dalla ricorrente che ha avanzato la pretesa di fruire anche del periodo di congedo maturato per gli anni 2015, 2016 e 2017.

Tale pretesa si rivela però del tutto priva di fondamento. Come si deduce, infatti, dall'art 9 del Nuovo Accordo Quadro Nazionale, pubblicato sulla G.U. n. 100 del 2 maggio 2018, il congedo ordinario va programmato e fruito nell'anno solare di riferimento, salvo indifferibili esigenze di servizio che non ne rendano possibile la completa fruizione o per motivate esigenze di carattere personale e, limitatamente

a queste ultime, compatibilmente con le esigenze di servizio. In tal caso, la parte residua deve essere fruita entro i successivi 12 mesi, fino all'entrata in vigore del Nuovo Accordo Quadro Nazionale (G.U. n. 100 del 2 maggio 2018), ed entro i successivi 18 mesi per il periodo successivo all'entrata in vigore del predetto accordo.

Nel caso in esame non risulta esser stata presentata da parte dell'interessata al direttore di istituto, nei termini di legge e secondo le puntuali modalità ivi indicate, alcuna istanza di congedo ordinario né documentazione comprovante anche l'impossibilità oggettiva di godere dei predetti benefici

Pertanto non è possibile giustificare la mancata fruizione, né per motivate esigenze di servizio e né tantomeno per obbiettive esigenze personali.

Sul punto giova ricordare come, anche in base a recenti arresti della giurisprudenza amministrativa sia di primo grado (T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, sentenza n. 1609 del 16.03.2019; T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sentenza n. 264 del 15.05.2018 T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, sentenza n. 431 del 14.03.2018) che d'appello (Cons. Stato, Sez. II, Sent. 2246 del 15.4.2019; parere definitivo, Sezione 1, n. 2756/2016), l'assetto ora descritto non collide con il principio costituzionale dell'irrinunciabilità delle ferie, in quanto garantisce, comunque, un equilibrato rispetto delle esigenze organizzative dell'amministrazione e di quelle di riposo del lavoratore.

Il presupposto imprescindibile per la perdita della possibilità di godimento delle ferie al di là di una determinata scadenza temporale è che il lavoratore non ne abbia goduto liberamente e consapevolmente. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha chiarito, nel ritenere non fondata questione di legittimità costituzionale del D.L. n. 95 del 2012, art. 5, comma 8, conv., con mod. dalla L. n. 135 del 2012 (che prevede, tra l'altro: "Le ferie, i riposi ed i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche inserite

nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione..., sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi"), che il legislatore correla il divieto di corrispondere trattamenti sostitutivi a fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro è riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni, risoluzione) o ad eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età), che comunque consentano di pianificare per tempo la fruizione delle ferie e di attuare il necessario contemperamento delle scelte organizzative del datore di lavoro con le preferenze manifestate dal lavoratore in merito al periodo di godimento delle ferie (sentenza n. 95 del 2016). Il Giudice delle Leggi ha precisato che la disciplina statale in questione come interpretata dalla prassi amministrativa e dalla magistratura contabile, è nel senso di escludere dall'ambito applicativo del divieto le vicende estintive del rapporto di lavoro che non chiamino in causa la volontà del lavoratore e la capacità organizzativa del datore di lavoro.

Ha chiarito la Corte costituzionale che tale interpretazione, che si pone nel solco della giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. II, Sent. 2246 del 15.4.2019; parere definitivo, Sezione 1, n. 2756/2016) e della Corte di cassazione, non pregiudica il diritto alle ferie, come garantito dalla Carta fondamentale (art. 36, comma 3), dalle citate fonti internazionali (Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro h. 132 del 1970, concernente i congedi annuali pagati, ratificata e resa esecutiva con L. 10 aprile 1981, n. 157) e da quelle europee (art. 31, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007; direttiva 23 novembre 1993, n. 93/104/CE del Consiglio, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, poi confluita nella direttiva n. 2003/88/CE, che interviene a codificare la materia).

Ne consegue l'infondatezza delle articolate censure del ricorso che va pertanto respinto.

Nelle peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, tuttavia, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge
Spese compensate.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

L'ESTENSORE
Carlo Buonauro

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO