

02625/2012REG.PROV.COLL.

N. 00949/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 949 del 2010, proposto da:  
Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato,  
domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Comando Generale della Guardia di Finanza;

contro

Vincenzo Fiore, rappresentato e difeso dall'avv. Vittorio Scano, con domicilio eletto presso Vittorio Scano in  
Roma, via delle Baleniere, 98;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA: SEZIONE II n. 08934/2009, resa tra le parti, concernente  
DIRITTO CORRESPONSIONE COMPENSO PER ORE DI LAVORO STRAORDINARIO MATURATE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Vincenzo Fiore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2012 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati  
Vittorio Scano e Federica Varrone (avv.St.);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR del Lazio, il sig. Vincenzo Fiore, appuntato della Guardia di Finanza, esponeva di aver  
prestato servizio nel giorno del riposo settimanale, ed oltre il limite delle 36 ore settimanali e domandava  
l'accertamento:

a- del diritto alla corresponsione del compenso per l'effettuazione durante l'ultimo quinquennio di ore di lavoro straordinario maturate e non calcolate dall'Amministrazione militare e finanziaria del Corpo della Guardia di Finanza, con interessi e rivalutazione monetaria;

b- del diritto alla corresponsione del compenso per l'effettuazione durante il periodo fra il 01.01.2004 ed oggi, di ore di lavoro straordinario di ordine pubblico maturate e solo parzialmente retribuite dall'Amministrazione militare e finanziaria del Corpo della Guardia di Finanza, con interessi e rivalutazione monetaria.

1.2.- Con la sentenza epigrafata il TAR accoglieva il ricorso, considerando che:

– il ricorrente “ha diritto ad avere corrisposta la giusta retribuzione per tali ore di servizio; o comunque, in alternativa – s'intende: in conformità alle regole stabilite nei decreti presidenziali di recepimento degli “accordi di lavoro per i militari” – ad aver riconosciuti e concessi “riposi compensativi” per un ammontare di ore pari a quelle di lavoro non retribuibili in moneta, che vanno considerate alla stregua di ore di lavoro straordinario;

– che l'Amministrazione, in asserita applicazione dell'art.54, comma 3°, del DPR n.164 del 2002, intende corrispondere per una intera giornata di servizio svolto nel giorno destinato al riposo settimanale, l'indennità di €. 5,00 (cinque), in asserita applicazione dell'art.54, comma 3°, del DPR n. 164 del 2002;

– che tale condotta è palesemente illegittima (ed illecita) in quanto macroscopicamente contraria all'art.36 della Costituzione che stabilisce che il lavoratore ha diritto alla giusta retribuzione, non essendo revocabile in dubbio che un corrispettivo pari a soli cinque euro non può in alcun caso essere considerato minimamente compensativo;

– che la condotta dell'Amministrazione militare si appalesa vieppiù ingiusta – e contraria ai principi fondamentali del diritto del lavoro – posto che ai sensi del DPR n.422 del 1977 “gli ufficiali e gli agenti di pubblica sicurezza sono tenuti a prestare servizio anche in eccedenza al normale orario di lavoro”, quando esigenze organizzative lo richiedano; e dunque si trovano, proprio a cagione del loro particolare status e della normativa che lo regola, in una condizione di speciale subordinazione gerarchica, particolarmente rigida;

– che il ricorrente ha provato in giudizio di aver svolto le ore in soprannumero avendo prodotto un prospetto certificativo sottoscritto dal Comandante del II Gruppo Roma della Guardia di Finanza;

– che egli – in conformità al pacifico orientamento giurisprudenziale formatosi sulla questione – ha diritto di ottenere la giusta retribuzione per le ore di lavoro svolte nelle giornate di riposo festivo fino alla concorrenza della somma massima erogabile secondo i DD.PP.RR. di approvazione degli “accordi di lavoro per i militari” (relativi agli anni nei quali sono state effettuate le prestazioni lavorative); e che, per la restante parte di credito non retribuibile (in moneta), ha comunque diritto ad ottenere, in funzione di ristoro per il lavoro prestato, i c.d. “riposi compensativi”; e che la liquidazione delle somme spettanti deve avvenire – in mancanza di idonea normativa specifica atta a disciplinare in modo equo la fattispecie – considerando tali ore di lavoro come ore di lavoro straordinario (quali effettivamente sono state);”.

Il TAR condannava pertanto il Ministero intimato a corrispondere al ricorrente le somme dovute in ragione delle ore di lavoro straordinario prestato nei giorni festivi (da liquidarsi in misura non eccedente i limiti massimi di erogabilità stabiliti dai citati decreti presidenziali), maggiorate delle somme accessorie dovute “ex lege” a titolo di rivalutazione monetaria e di interessi legali.

2.- Il Ministero dell'economia ha tuttavia impugnato (con appello notificato l'11.1.2010) la sentenza del TAR (notificata in data 13.11.2009), chiedendone la riforma alla stregua di articolati mezzi di gravame, che si intendono qui riportati.

2.1.- Non si è costituito nel giudizio il ricorrente in primo grado. Con ordinanza n. 1047/2010 la Sezione ha disposto l'accoglimento della istanza di sospensione della sentenza impugnata, avanzata dal Ministero appellante.

Alla pubblica udienza del 6 marzo 2012 il ricorso è stato discusso e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Il gravame controverte del diritto dall'appellato, riconosciuto dal TAR mediante la sentenza impugnata, a percepire la retribuzione corrispettiva per le ore di lavoro prestate oltre il limite delle 36 ore settimanali ed in giornate di riposo festivo, nel quinquennio compreso tra l'anno 2004 ed il 2009, in applicazione del DPR n. 422/1977 e del DPR n.164/2002. Con specifico riferimento a detta pretesa, il giudice di prime cure ha condannato il Ministero appellante al pagamento delle relative somme nonché a riconoscere al ricorrente tante ore di "riposo compensativo" quante sono quelle non retribuibili in moneta.

2. Dalla lettura del ricorso, dopo un ampio riepilogo del quadro normativo, si possono ricavare tre ordini di censure, che non possono essere accolte.

2.1.- Il primo contesta in punto di fatto (v. p. 12 del ricorso) che l'appellato, nel periodo di riferimento, abbia prestato alcuna ora di lavoro straordinario non retribuita o non recuperata ; ma dai prospetti allegati non si rileva il pagamento od il recupero delle ore di cui si discute, prestate in giorni festivi (con le conseguenze appresso evidenziate). Né la predetta carenza è colmabile con la semplice attestazione di aver segnalato le ore per il pagamento, poiché tale indicazione, oltre non recare il riferimento specifico alle ore festive, non dimostra "ex se" l'effettiva corresponsione di quanto dovuto o il suo recupero. Peraltro non può essere trascurato il principio per cui nella ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, l'onere di provare i fatti estintivi od impeditivi del diritto grava sull'imprenditore (per il principio v. Cass. civ., sez. lav., n. 24484/2008), ad esempio esibendo certificazioni di pagamento o quietanze di pagamento con le relative causali, programma turnario effettuato per il recupero). Per contro, nel giudizio di primo grado, esibendo il cennato prospetto il ricorrente aveva fornito quanto meno un "principio di prova" sulla effettuazione delle ore che, come già osservato, non è stato tuttavia contrastato con alcuna risultanza documentale sul loro pagamento. La censura testè esaminata, che peraltro sembra non corrispondere ad analoga eccezione formulata in primo grado, non può quindi essere accolta.

2.2- La seconda doglianza imputa alla sentenza un'errata interpretazione della normativa di riferimento (artt. 54 del DPR 18.6.2002, 1 del DPR 27-7-1977, 5 della l. n.121/1981 e 44 del Regolamento ministeriale 30.11.1991) a proposito della quale il giudice di prime cure, nel dare soluzione positiva al problema, ha respinto la tesi interpretativa dell'amministrazione che, in applicazione dell'art.54, comma 3°, del DPR n.164/2002, intendeva corrispondere per una intera giornata di servizio svolto nel giorno destinato al riposo settimanale, l'indennità di €.5,00 (cinque); in altri termini secondo il Ministero, che in questa sede ripropone il proprio orientamento, la giornata lavorativa prestata in eccedenza rispetto all'orario settimanale di 36 ore stabilito dal Contratto Collettivo Nazionale di lavoro darebbe diritto al solo riposo compensativo e all'indennità giornaliera di euro 5,00, e non anche al compenso per lavoro straordinario: la questione si incentra dunque sulla spettanza di retribuzione (sostenuta dagli appellati) nel caso che il lavoro straordinario venga prestato dall'agente nella giornata festiva, in cui gli compete fruire dell'indennità e del riposo compensativo. La tesi è infondata. Come già precisato in recente orientamento espresso della Sezione (cfr sent. n.1342/2012, attinente a personale della polizia penitenziaria) al riguardo va ribadito il principio generale accolto dalla normativa (art. 11 della l. 395/1990), per cui "gli appartenenti al Corpo, quando le esigenze lo richiedono, sono tenuti a prestare servizio anche in eccedenza all'orario, con diritto a compenso per lavoro straordinario nelle misure orarie stabilite.....".

Va quindi riaffermato che la legge opera un riferimento del tutto inequivoco non solo alla spettanza dello straordinario in ragione del superamento dell'orario settimanale ordinario, ma la collega solo alla misura della sua retribuzione, non citando sotto questo profilo alcuna forma sostitutiva o surrogatoria della stessa. Da tale carenza si evince, in applicazione inversa del principio "ubi voluit dixit", che la retribuzione del lavoro eccedente la misura ordinaria avviene al solo verificarsi di detta eccedenza, quindi anche in giorno festivo e si realizza esclusivamente con l'applicazione della misura stabilita per il lavoro straordinario.

Ciò premesso, alcune osservazioni il Collegio deve formulare a proposito dell'altra norma che nella controversia viene in rilievo, costituita dall'art. 10, terzo comma, DPR n.170/2007; essa, in realtà fornisce problemi interpretativi (sui quali fa leva l'appellante) solo ove non si consideri la sua disposizione finale, che a ben vedere conferma invece l'interpretazione qui accolta; ed invero stabilisce la norma citata che per la prestazione nel giorno di riposo l'indennità è corrisposta "a compensazione della sola ordinaria prestazione di lavoro giornaliero". L'indennità in parola, dunque, sostituisce unicamente la retribuzione ordinaria per il giorno festivo e, non riferendosi in alcun modo al problema del lavoro straordinario festivo, non può supportare la tesi negativa accolta dal Ministero.

A sua volta, la funzione del recupero mediante la turnazione di riposo non ha "tecnicamente" carattere retributivo, essendo invece quella di compensare il disagio arrecato ("ratio" emergente dal contratto) per aver prestato servizio o in giorno festivo, se si considera nel contempo che la festività ha di norma carattere irrinunciabile e che il disagio stesso costituisce un fatto oggettivamente irrimediabile, se non con l'istituto in questione (in assenza del quale la retribuzione festiva riceverebbe un trattamento complessivo identico al normale giorno di lavoro).

Quindi, ad avviso del Collegio, nessuno dei benefici previsti dal cennato comma 3 costituisce fattore preclusivo del diritto al compenso per il lavoro straordinario festivo di cui si controverte, sicchè il criterio per valutare se vi sia stata prestazione lavorativa "straordinaria" è l'eccedenza rispetto alle 36 ore settimanali; lo "straordinario" deve pertanto essere remunerato in eccedenza quando la prestazione lavorativa eccede le 36 ore settimanali ".

2.3- Terza ed ultima censura si rinviene nell'argomentazione (esposta a p.14 dell'appello) per cui la sentenza avrebbe erroneamente valutato il prospetto riepilogativo redatto dal Comando di appartenenza, così traendo prova (dell'effettuazione di ore di lavoro straordinario in giorni festivi) da un atto che invece riguardava prestazioni di altri servizi. Anche qui, premesso che dal prospetto non si ricava quali ore siano state prestate in giorni festivi, era onere dell'amministrazione provare che le ore di lavoro in questione si riferissero a servizi differenti da quelli che il ricorso assumeva svolti festivi, non dando perciò titolo per procedere alla forma compensativa richiesta.

3.- Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

– La sufficiente complessità delle questioni trattate integra giusto motivo per la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, respinge l'appello.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Anna Leoni, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)