



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 2383 del 2005, proposto da:
Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro in
carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Gen.le dello Stato, domiciliata per
legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Russo Elio, Brancia D'Apricena Pierluigi, De Roberto Aldo, Bruno Angelino,
rappresentati e difesi dall'avv. Flavio Maria Polito, con domicilio eletto presso
Flavio Maria Polito in Roma, via Pasubio, 2; Parravicini Giovanni, Angelini Giulio,
Mengoni Enrico, Sessa Pietro, Massi Roberto, Viviani Roberto, De Pietro Maria
Pia, Locuratolo Giacomo, Carboni Tito, Tartaglia Gianfranco, Primavera Antonio,
Gatto Salvatore, Punzo Fernando, Passerelli Luigi, Bianchi Gabriella, Catalani
Maria, Marzano Rosa, Pacitti Emidio, Cioffi Enrico, Tentori Maria, Cocco
Antonio, Lagatta Pasquale, Ronco Luigi, Giovannoni M. Luisa, Mangili Maurizio,
Orlando Francesco, Brocato Salvatore, Parisi Francesco, Valentini Carlo, Perri
Alfonso, Lafangola Armando, Lo Celso Romano, Rolando Giorgio, Castellano

Tancredi, Anzuoni Sabino, Di Vincenzo Antonio, Marini Alessandra, Montesano Giacomo, Di Girolamo Pietro, Calabrese Francesco, Fiordelmondo Antonietta, Colaiacomo Augusto, Ansoinelli Sessa Armando, Colace Francesco Michele, Autullo Romano, Lorenzi Giuseppe, Orestano Maria Gioconda, Piani Carlo, Serata Teresina;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 10602/2004, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 10602/2004, resa tra le parti, concernente accertamento diritto a percepire l'indennita' sostitutiva di ferie non godute, con interessi e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2011 il cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Flavio Maria Polito e Daniela Giacobbe (Avv.St.);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Gli appellati sono ex dipendenti della soppressa AGENSUD (Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno) e chiesero all'Amministrazione (intimata in primo grado) nella quale sono (provvisoriamente) transitati a far data dal 13 ottobre 1993, l'accertamento del diritto a percepire l'indennità sostitutiva per ferie non godute, e maturate alla data del 12 ottobre 1993.

Il ricorso è stato accolto dal giudice di primo grado con la sentenza in epigrafe, della quale il Ministero dell'Economia e Finanze con l'appello in esame chiede la riforma ravvisandovi una pronuncia errata in fatto ed in diritto, in relazione al

riconoscimento di un diritto effettuato in assenza di prova dei fatti necessari a tale riconoscimento.

Gli appellati si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame, eccependo preliminarmente la violazione del divieto posto dall'art.345 c.p.c. di introdurre in appello contestazioni non dedotte in primo grado.

Nel merito hanno chiesto la conferma della sentenza impugnata esponendo argomenti, seppure più specifici, in linea con la medesima sentenza.

Con ordinanza n.439 del 2010 è stato richiesto all'amministrazione appellante di trasmettere tutta la documentazione in suo possesso riguardante l'accertamento del diritto di credito per cui è causa

Tale documentazione è stata trasmessa ed è pervenuta alla Sezione in data 21 febbraio 2011.

Parte appellata alla luce di detta documentazione ha depositato memoria producendo ulteriore documentazione e ribadendo, alla stregua di quest'ultima produzione, la richiesta di conferma della sentenza impugnata. Essa ha, in effetti, ritenuto che dalla documentazione trasmessa dall'Amministrazione si possa ricavare la conferma del pieno diritto a percepire l'indennità sostitutiva per cui è causa.

All'udienza pubblica del 5 aprile 2011 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

L'appello dell'Amministrazione è fondato.

La questione oggetto di giudizio deriva dall'affermazione e dalla conseguente azione promossa dai ricorrenti, secondo i quali la cessata Agensud ha goduto delle loro prestazioni lavorative senza corrispondere alcun indennizzo per i periodi feriali durante i quali tali prestazioni si sono svolte.

L'Amministrazione appellante, anche con riferimento alla documentazione prodotta a seguito della citata ordinanza istruttoria di questa Sezione, ha di contro

affermato che “non esistono risultanze documentali o probatorie dalle quale si possa evincere che i ricorrenti non hanno fruito delle ferie spettanti per motivi di servizio”.

A tale affermazione, a sua volta, si contrappone quella dei ricorrenti che l'Amministrazione “alcun atto ha depositato.....idoneo a comprovare l'avvenuta fruizione dei periodi feriali in questione”.

Delineate nel modo che precede le posizioni delle parti in causa, la Sezione ritiene di dover premettere quanto segue.

E' noto che indicare e provare specificamente i fatti posti a base delle pretese avanzate incombe sulla parte che agisce in giudizio.

Detto principio generale è recato dagli art. 2697 C.c. e 115 c.p.c., ed è pacificamente applicabile anche al processo amministrativo - come si evince dall'art.36 comma 4 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e dall'art. 18, comma 1 del agosto 1907, n. 642 , applicabili nella fattispecie *ratione temporis*, in. forza dei quali il ricorrente deve depositare, unitamente al ricorso in originale con la prova delle eseguite notificazioni, anche i documenti sui quali esso si basa - e tanto più laddove si faccia questione, come nella fattispecie di diritti soggettivi: invero, se può anche ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova dell'esistenza del diritto di credito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare le circostanze di fatto precise che rappresentino la fonte di tale credito. Sebbene, poi, nel processo amministrativo l'applicazione del suddetto canone incontra particolari temperamenti , in virtù dell'assetto non paritetico dei rapporti fattuali e giuridici intercorrenti tra il privato e l'amministrazione, che vede sovente quest'ultima in posizione di decisa supremazia nella produzione delle allegazioni giudiziali, anche per effetto dello stabile assetto organizzativo di cui dispone.

Pertanto può affermarsi che, soprattutto quando i mezzi di prova risultino nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione intimata in giudizio, il sistema probatorio nel processo amministrativo è retto, più che dallo stretto principio dispositivo, dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice (tra molte, di recente C. Stato, V, 7 ottobre 2009, n. 6118; in precedenza, IV, 22 giugno 2000, n. 3493; V, 24 aprile 2000, n. 2429; 3 novembre 1999, n. 1702).

Va peraltro, immediatamente chiarito che detto temperamento non si traduce nella possibilità, per il ricorrente, di limitarsi a esporre mere asserzioni o congetture, che affidino interamente all'attività istruttoria giudiziale l'accertamento della loro eventuale fondatezza. E' palese, infatti, che una siffatta opzione si tradurrebbe nella inversione del principio dell'onere della prova come regolato dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c., dove, invece, il principio con metodo acquisitivo non può mai tradursi in una assoluta e generale inversione di tale onere (Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 maggio 2008, n. 4792): tra altro, la dilatazione dell'oggetto dell'istruttoria giudiziale renderebbe il rimedio (del metodo acquisitivo) in concreto non utilmente esercitabile.

Ne consegue che, nel processo amministrativo, in mancanza di una prova compiuta a fondamento delle proprie pretese, il ricorrente deve avanzare almeno un principio di prova, perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (da ultimo, C. Stato, V, 7 ottobre 2009, n. 6118; in precedenza, tra tante, 27 marzo 2001, n. 1730; 15 giugno 2000, n. 3317; 13 luglio 1992, n. 637; 23 aprile 1991, n. 636; 25 giugno 1990, n. 581; Tar Lazio, 1, 10 aprile 1987, n. 791).

Applicando i predetti principi alla fattispecie di cui si discute, e cioè alla questione dell'asserita esistenza di un credito dei ricorrenti per indennità sostitutiva di ferie non godute, e pur applicando un ulteriore temperamento della fondato sulla circostanza che una vicenda del genere di quella in esame coinvolge situazioni

molto risalenti nel tempo, deve osservarsi che gli interessati non hanno fornito alcuna prova sostanziale dell'esistenza del credito da essi vantato, come più in dettaglio si dirà oltre.

Discendendo dalle argomentazioni innanzi esposte, deve ora aggiungersi che va respinta l'eccezione di parte appellata, dedotta ex art.345 c.p.c., oggi sostanzialmente confermato dall'art.104 c.p.a, concernente la non contestabilità dell'efficacia probatoria dei documenti prodotti in primo grado dai ricorrenti non essendo stati contestati in primo grado.

Al riguardo è dirimente osservare che l'Amministrazione intimata si è costituita nel giudizio di primo grado per contestare il diritto all'indennità sostitutiva per ferie non godute che i ricorrenti hanno reclamato sulla base della documentazione da essi prodotta.

Chiedendo il rigetto del riconoscimento di un diritto basato su tale documentazione, è conseguente affermare che l'Amministrazione ha contestato, in relazione al thema decidendum proposto da parte ricorrente, non già l'esistenza o la falsa applicazione della norma dalla quale deriva il diritto richiesto, bensì, ed in modo non generico, l'esistenza stessa del fatto costitutivo del mancato godimento delle ferie posto a fondamento del preteso credito.

Deve inoltre essere rilevato che la sentenza di primo grado, nell'affermare il diritto dei ricorrenti, non ha effettuato alcun esame della documentazione da essi prodotta in primo grado, pervenendo quindi all'accoglimento del gravame attraverso una pronuncia di condanna che tecnicamente è da classificare come condanna generica dell'Amministrazione intimata, e che ha lasciato impregiudicata la verifica dell'efficacia probatoria di tali documenti.

Non appare allora contestabile che l'Amministrazione, nella situazione definita a conclusione del giudizio di primo grado, non è assoggettata ad alcuna preclusione

in ordine all'assenza di prova del fatto posto dai ricorrenti di prime cure a fondamento del loro preteso diritto.

L'eccezione deve quindi essere respinta.

Quanto al contenuto dei documenti prodotti in primo grado, il collegio non può che condividere le argomentazioni dell'Amministrazione appellante.

Con riguardo al tabulato prodotto dai ricorrenti, va senz'altro evidenziato che esso appare privo di sottoscrizione; reca , rispetto a ciascun nominativo in esso trascritto, il cui numero è ben maggiore del numero dei ricorrenti, la generica indicazione di “ferie non godute alla data del 31 dicembre 1993”; non è indicato l'ente o il soggetto da cui proviene; non sono indicati gli anni ed i corrispondenti periodi in cui non sono state godute le ferie.

Le stesse lacune, ad eccezione dell'indicazione sulla sua provenienza, caratterizzano il documento (n.1) proveniente dal C.E.D. della Ragioneria Generale della Stato, che parte appellata ha depositato in giudizio n data 4 marzo 2011, insieme alla “Situazione dei congedi –Ministero dei Lavori Pubblici”.

Con riguardo a quest'ultimo documento il collegio deve osservare che,essendone la sostanziale riproduzione, esso merita gli stessi rilievi già esposti con riferimento al tabulato sopra esaminato.

Deve infine essere posto in evidenza l'assai elevato numero complessivo di giorni di ferie non godute che vengono evidenziati dalla documentazione in atti, in corrispondenza di soggetti i cui nominativi sono identici a quelli dei ricorrenti di primo grado.

In tale ambito va, invero, osservato che l'art.31 del regolamento di organizzazione e disciplina del personale dell'Agensud, pervenuto a seguito dell'ordinanza istruttoria 439/2010, non pare possa supportare la richiesta di monetizzazione delle ferie non godute che è oggetto del giudizio.

A tenore di tale disposizione è tassativamente prevista l'improrogabilità della fruizione del congedo per ferie oltre il 30 giugno dell'anno successivo a quello di riferimento (6° comma).

Il successivo comma 7° stabilisce che in caso di licenziamento o dimissioni, al dipendente "spetta il trattamento economico per il periodo di congedo non fruito, in relazione al diritto maturato in suo favore".

Si tratta ovviamente di un diritto al riconoscimento del corrispettivo economico limitato e/o proporzionale al monte ferie massimo annuo di 30 giorni, e sino e non oltre al 30 giugno seguente.

I componenti della parte appellata, quindi, con la richiesta in esame, adducendo d'essersi assoggettati a proroghe sine die del congedo per ferie nell'ambito di Agensud, si pongono in contrasto con le disposizioni ricordate, la cui tassatività, ad avviso della Sezione, non può essere posta in discussione neppure adducendo richieste provenienti dall'Amministrazione e avanzate per far fronte a sue improrogabili esigenze, noto essendo che il diritto alle ferie è un diritto indisponibile, salvo i limiti tassativamente previsti, a tutela della salute fisica e psichica del lavoratore.

L'appello dell'Amministrazione deve essere in conclusione accolto, con la conseguente riforma della sentenza impugnata.

Nel peculiare andamento del processo ed alla luce delle questioni dedotte in primo e secondo grado, il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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