

N. 01342/2012REG.PROV.COLL.

N. 10376/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 10376 del 2011, proposto da:
Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello
Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

...omissis...

e con l'intervento di

ad opponendum:

Codacons, Associazione Utenti dei Servizi Pubblici, rappresentati e difesi dagli avv.
Carlo Rienzi e Luciana Selmi, con domicilio eletto presso Ufficio Legale Nazionale
Codacons in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI PARMA:
SEZIONE I n. 00307/2011, resa tra le parti, concernente MANCATA
CORRESPONSIONE COMPENSO ORE DI STRAORDINARIO

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2012 il Cons. Raffaele
Potenza e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Carnevali, Marco Selvaggi, Selmi
Luciana e Barbara Tidore (Avv.St.);

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto al TAR Emilia Romagna (sezione di Parma), integrato da
motivi aggiunti, i signori (...omissis...), dipendenti dell'Amministrazione
Penitenziaria per l'Emilia-Romagna (Istituti Penitenziari di Parma), domandavano
l'accertamento e la declaratoria del proprio diritto alla corresponsione del
compenso spettante a ciascuno per ogni periodo di servizio svolto durante il
quinquennio ottobre 2004/ottobre 2009, o, in alternativa, nel maggior periodo
ritenuto di giustizia, per ore di straordinario effettuate e non pagate, svolte in
giornate destinate al riposo, oltre le 36 ore settimanali, secondo gli importi maturati
in base alla legge e ai contratti collettivi succedutisi nel tempo, nonché
dell'indennità per lavoro nel giorno di riposo prevista dall'art. 10 comma 3 del
C.C.N.L. di categoria, recepito con d.P.R. 11/09/2007 n. 170, con rivalutazione

monetaria secondo l'indice ISTAT e interessi legali sulle somme rivalutate dalla data di maturazione del diritto fino al soddisfo.

A sostegno del ricorso, gli interessati esponevano che:

- il loro orario di lavoro è di 36 ore settimanali, con diritto a un giorno di riposo settimanale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 e 19 della L. 15.12.1990 n. 395 e dell'art. 10 del d.P.R. 11.09.2007 con il quale è stato recepito il contratto collettivo nazionale delle forze di polizia;
- qualora esigenze di servizio lo richiedano gli agenti sono tenuti a svolgere lavoro straordinario oltre le 36 ore settimanali, con diritto al compenso maggiorato (art. 11 comma II, legge 395/1990);
- l'agente può essere chiamato in servizio anche nel giorno destinato al riposo con diritto al recupero del riposo non fruito e alla corresponsione di un'indennità di euro 8,00 per il disagio ai sensi dell'art. 11 comma V, l. 395/1990 e art. 10 comma III, del d.P.R. 170/2007;
- a far tempo dall'anno 2004, i ricorrenti prestano attività di lavoro straordinario essendo abitualmente assegnati al servizio anche nelle giornate destinate al riposo settimanale (non coincidente obbligatoriamente con la festività), in tal modo eccedendo le trentasei ore settimanali;
- gli Istituti Penitenziari di Parma fissano solo un giorno (o al massimo due) di riposo ogni due o addirittura tre settimane di lavoro ininterrotto, per cui, così facendo, alcuni agenti lavorano per 20 giorni consecutivi senza alcuna giornata di riposo;
- agli agenti non viene corrisposta né l'indennità per il disagio subito previsto dall'art. 10 comma 3 del C.C.N.L. (euro 8,00) né tanto meno la retribuzione maggiorata per lavoro straordinario, neppure quando le ore di straordinario prestate rientrano nel monte ore riconosciuto dall'amministrazione centrale e previsto dall'art. 10 dell'accordo nazionale quadro per il personale di polizia

penitenziaria del 24.03.2004 e dai successivi atti integrativi e fissato in 450 ore elevabili fino a 660.

Con la sentenza epigrafata il Tribunale amministrativo adito, rilevata l'ammissibilità del ricorso proposto in forma collettiva, ha accolto il ricorso, disponendo inoltre l'annullamento della nota del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (a firma del Capo del Dipartimento prot. n. GDAP-0481307-2009 del 30.12.2009) impugnata con i motivi aggiunti e in quanto contrastante con la pretesa azionata.

Di qui l'appello proposto dal Ministero della Giustizia ed affidato ai motivi trattati nel prosieguo dalla presente decisione.

Si sono costituiti nel giudizio gli appellati, ricorrenti in primo grado, esistendo al gravame ed hanno esplicitato intervento "ad adiuvandum" il CODACONS e l'associazione utenti dei servizi pubblici.

Alla camera di consiglio (31.1.2012) fissata per la trattazione della istanza di sospensione della sentenza impugnata (avanzata dall'appellante Ministero), il Collegio, ravvisandone i presupposti ai sensi di legge e previo avviso alle parti, ha disposto la conversione del rito al fine di definire nel merito l'appello proposto.

DIRITTO

A sostegno della decisione gravata il TAR, muovendo dall'analisi delle fonti in materia (artt. 11, commi 1 e 2, della legge n.395 del 1990 e 10, comma 1, del d.P.R. 170/2007), ha respinto la tesi dell'amministrazione per cui 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.

Il giudice di prime cure, nel dare soluzione positiva al problema, ha ritenuto evidente che, in base alle cennate disposizioni, essendo l'orario settimanale articolato in 36 ore, scatta il diritto alla retribuzione per lavoro straordinario quando il servizio prestato eccede la base settimanale di 36 ore e non il turno giornaliero. "In altre parole, - prosegue il TAR - 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".

Queste argomentazioni sono contrastate dall'appellante Ministero, il quale sostiene l'errata applicazione delle leggi sopra richiamate, evidenziando in sintesi che il diritto all'indennità giornaliera ha la specifica funzione compensativa "della sola ordinaria prestazione di lavoro giornaliero" corrispondente all'ordinario turno di servizio di sei ore, mentre lo svolgimento della prestazione lavorativa per sette giorni consecutivi con turni di sei ore viene compensata con la turnazione di riposo prevista la settimana successiva. L'appello è infondato.

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 rilevato 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 è venuta 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 carattere retributivo, essendo invece quella di compensare il disagio arrecato ("ratio" emergente dal contratto) per aver prestato servizio ordinario 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.

Giova peraltro rilevare che lo stesso Ministero (con la circolare prot. n. GDAP-0481307-2009 del 30.12.2009, richiamata dalla stessa amministrazione come dai motivi aggiunti), dopo aver ribadito la spettanza dell'indennità dovuta per lavoro prestato in giorno di riposo, chiarisce che verrà considerata straordinario e come tale retribuita l'eccedenza di orario oltre quello di servizio. E' quindi del tutto chiaro, che nel giorno festivo il dipendente chiamato al lavoro per esigenze di

servizio sarà retribuito, sino al limite dell'orario ordinario, mediante l'indennità e, per le misure orarie eccedenti, come lavoro straordinario.

- Conclusivamente, a meritevole conferma della sentenza impugnata, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra le parti del giudizio, attesa sia la sufficiente complessità delle questioni sollevate e trattate, sia il differente orientamento anticipato dalla Sezione in sede di deliberazione sommaria (ord. n. 1922/2010).

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.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozzi, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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