

**Numero 00154/2020 e data 20/01/2020 Spedizione**



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

## **Consiglio di Stato**

**Sezione Prima**

**Adunanza di Sezione del 20 novembre 2019**

**NUMERO AFFARE 02064/2016**

**OGGETTO:**

Ministero della difesa, Direzione generale per il personale militare.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dal Brigadiere capo, in congedo, Michele D'Oria, nato a Corato il 30 luglio 1955, contro il Ministero della difesa, per l'annullamento della nota del Comando generale dell'Arma dei Carabinieri del 7 marzo 2016 e, ove occorra, del parere espresso dal Comando della Compagnia Carabinieri di Trani con il quale è stato negato il diritto alla monetizzazione della licenza ordinaria non goduta dal ricorrente, nonché per il riconoscimento del diritto alla monetizzazione, oltre interessi e rivalutazione sul dovuto sino all'effettivo soddisfo.

**LA SEZIONE**

Vista la relazione del 7 ottobre 2016, prot. n.MDGMILREG20160597087, con la quale il Ministero della difesa, Direzione generale per il personale, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso in oggetto;

Visto il ricorso, datato 8 luglio 2016 e notificato a mezzo del servizio postale in pari data;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Antimo Prospero

Premesso:

Il ricorrente, a seguito della cessazione dal servizio per limiti di età, in data 5 agosto 2015 inoltrava istanza per la monetizzazione di licenza ordinaria di 30 giorni per il 2014 e 26 per il 2015.

Il Comando generale dell'Arma dei Carabinieri, Centro nazionale amministrativo, con la nota del 7 marzo 2016 comunicava la mancanza dei presupposti per la liquidazione richiesta.

2. Il signor D'Oria ha impugnato gli atti in oggetto per i seguenti motivi:

I.) *violazione del d.P.R. n. 395 del 1995, del d.P.R. n. 254 del 1999 e dell'articolo 36 Cost.; travisamento ed errato apprezzamento dei presupposti.* Il ricorrente sostiene che è stato dispensato dal servizio senza soluzione di continuità per motivi di salute dal 4 ottobre 2014 fino al collocamento in congedo avvenuto il 30 luglio 2015, con riammissione in servizio soltanto in data 29 luglio 2015, il giorno precedente a quello del congedo definitivo per limiti di età. Richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale il diritto al compenso sostitutivo delle ferie non godute durante il periodo di aspettativa per motivi di salute spetterebbe anche al lavoratore successivamente dispensato del servizio e il mancato godimento delle

ferie non imputabile all'interessato non precluderebbe l'insorgenza del diritto alla percezione dell'emolumento sostitutivo. Sostiene che l'articolo 14 del d.P.R. n. 395/1995, nel prevedere la monetizzazione del congedo ordinario non fruito, non pone alcuna distinzione circa la causa volontaria o meno della cessazione del rapporto; richiama l'articolo 55 del d.P.R. n. 254/1999, in base al quale "si procede al pagamento sostitutivo anche quando la licenza ordinaria non sia stata fruita per decesso o per cessazione dal servizio per infermità";

II.) *violazione di legge in riferimento all'articolo 3 della legge n. 241/1990 per mancanza assoluta di motivazione ed eccesso di potere per difetto di motivazione*, in quanto l'Amministrazione si sarebbe limitata a negare il diritto alla monetizzazione della licenza ordinaria non goduta per ragioni non imputabili al ricorrente, "senza la benché minima motivazione a sostegno del proprio comportamento e, in tal modo, ha palesemente violato l'articolo 3 della legge n. 241/1990".

3. Il Ministero referente ha eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso per tardività, in quanto l'interessato avrebbe dovuto ricorrere tempestivamente avverso la nota di rigetto del 2 ottobre 2015. L'Amministrazione ritiene comunque il ricorso infondato nel merito, perché - diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente - "l'interessato interrompeva il periodo di aspettativa, ex articolo 884 del d. lgs. 15 marzo 2010 n. 66, il 23 giugno 2015, in quanto dichiarato idoneo al servizio militare incondizionato e, il giorno seguente, presentava ulteriore certificazione medica continuando l'assenza fino al 28 luglio 2015. In data 29 luglio 2015, il ricorrente era dichiarato nuovamente idoneo al servizio militare e prestava quindi l'ultimo giorno di servizio il 30 luglio 2015 e veniva posto in congedo per raggiunti limiti di età in data 31 luglio 2015 e collocato

nella categoria della riserva”. Pertanto, essendo stato posto in congedo per raggiunti limiti di età, l’Amministrazione ha rigettato l’istanza di monetizzazione “in ossequio a quanto statuito dall’articolo 5, comma 8, del decreto legge n. 95/2012, nonché dall’articolo 55 del d.P.R. n. 395/1995 e dalla circolare del 28 marzo 2013”. In subordine, il Ministero sostiene che la richiesta di compenso sostitutivo relativa al 2014, comunque, non avrebbe potuto avere accoglimento, in quanto l’interessato avrebbe dovuto fare domanda di licenza al fine di poter trasportare le ferie non godute anche negli anni successivi.

Considerato:

1. Si osserva, preliminarmente, che l’eccezione di irricevibilità del ricorso, prospettata dal Ministero, non appare fondata perché, a seguito della nota del 2 ottobre 2015, il ricorrente con atto in data 18 gennaio 2016, facendo riferimento a tale nota, aveva motivatamente diffidato l’Amministrazione a procedere al pagamento sostitutivo della licenza ordinaria non fruita; d’altro canto, la nota impugnata del 7 marzo 2016 non risulta meramente confermativa di quella del 2 ottobre 2015, essendo stata adottata all’esito di una rinnovata istruttoria alla luce degli “elementi forniti con le lettere in riferimento”.

2. Nel merito osserva il Collegio che la disciplina riguardante il compenso sostitutivo relativo al periodo di congedo ordinario non fruito è stata prevista, inizialmente, dall’art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica 31 luglio 1995, n. 395, integrato dall’art. 18 del d.P.R. 16 marzo 1999, n. 254.

Con riferimento all’interpretazione di tali disposizioni, si verificò un contrasto giurisprudenziale sulla sussistenza del diritto al compenso

sostitutivo per le ferie non godute durante il periodo di aspettativa per infermità per causa di servizio, seguita da dispensa dal servizio.

Un primo orientamento riteneva non sussistente tale diritto, in quanto la mancata fruizione delle ferie veniva a dipendere da una situazione soggettiva (lo stato di infermità causante l'aspettativa) non direttamente imputabile all'amministrazione.

Un diverso orientamento, invece, riconosceva tale compenso.

Per dirimere tale contrasto giurisprudenziale, la questione è stata rimessa ad una Commissione speciale del Consiglio di Stato che, con parere n. 5279/2010 (reso su ricorso RG n. 2188/2010), ha ritenuto:

- alla luce delle disposizioni vigenti (in cui in particolare va rammentata l'evoluzione rappresentata dalla disposizione di cui all'art. 18 del D.P.R. n. 254/1999 che alle 'documentate esigenze di servizio' ha significativamente aggiunto l'ipotesi di "decesso" e della "cessazione dal servizio per infermità o per dispensa dal servizio del dipendente disposta dopo il collocamento in aspettativa per infermità"), la problematica non può essere rapportata solo al mero dato testuale delle fonti normative, ma va inserita e risolta alla luce e nel contesto evolutivo della nozione di trattamento economico spettante al dipendente quale controprestazione generale dell'attività lavorativa svolta; invero tale nozione si è nel tempo accresciuta di elementi garantistici a favore del lavoratore-dipendente, elementi che prescindono dalla mera equazione prestazionale (per cui, nella specie, la monetizzabilità andrebbe esclusa a priori), intesa in senso puramente sinallagmatico-quantitativo, giungendo a configurare un diritto del dipendente-lavoratore per tutte quelle prestazioni di carattere economico (anche, come nella specie, sostitutive di quelle originarie ed effettive) riconosciutegli dall'ordinamento e relative a

situazioni maturatesi senza colpa da parte del dipendente-lavoratore; in particolare, in tale contesto è stata richiamata l'interpretazione che (anche da parte della Corte Costituzionale con le sentenze n. 616/1987 e n. 158/2001, e delle Sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 14020/2001) è stata esplicitata sulla natura e sull'assoluta inderogabilità del diritto del lavoratore alla fruizione delle ferie annuali e, nell'ipotesi della loro oggettiva impossibilità, dei possibili diversi diritti sostitutivi quale quello della relativa monetizzazione;

- in tale condivisa accezione ed evoluzione dei diritti spettanti al dipendente, la Commissione speciale ha ritenuto di riconoscere il diritto del dipendente lavoratore in questione alla monetizzabilità anche del congedo non goduto durante il periodo di aspettativa per motivi di salute, a cui è seguita senza soluzione di continuità la dispensa dal servizio; ciò in quanto se la non imputabilità al dipendente del mancato svolgimento dell'attività di servizio è alla base del riconoscimento del diritto alle ferie (non effettivamente godute), la monetizzabilità di tale periodo deve essere sempre riconosciuta in ipotesi, quale quella di specie, non riconducibili alla volontà delle parti (dipendente e datore di lavoro), ma oggettivamente connesse al rapporto di servizio, trattandosi tra l'altro di ipotesi qualitativamente del tutto assimilabili alle documentate esigenze di servizio.

3. Successivamente, peraltro, è stata emanata una nuova disciplina normativa, più restrittiva, contenuta nell'art. 5, comma 8, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

In particolare, in tale disposizione si prevede che “le ferie, i riposi ed i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche ... sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi. La presente disposizione si applica anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro per mobilità, dimissioni, risoluzione, pensionamento e raggiungimento del limite di età. Eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli cessano di avere applicazione a decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto...”.

In realtà, nella prassi amministrativa, si impose subito un'interpretazione diretta a mitigare il rigore che caratterizza il nuovo regime – come osservò la dottrina - volta ad escludere dalla sfera di applicazione del divieto "i casi di cessazione dal servizio in cui l'impossibilità di fruire le ferie non è imputabile o riconducibile al dipendente" (parere del Dipartimento della funzione pubblica 8 ottobre 2012, n. 40033). Con la conseguenza di ritenere tuttora monetizzabili le ferie in presenza di "eventi estintivi del rapporto non imputabili alla volontà del lavoratore ed alla capacità organizzativa del datore di lavoro" (nota prot. n. 0094806 del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato)", come ha osservato anche la Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, con sentenza n. 2496/2018.

3.1 Inoltre, la Corte costituzionale, con sentenza n. 95/2016 - nel ritenere non fondata la questione di legittimità di tale disposizione, in riferimento agli artt. 3, 36, commi primo e terzo, e 117, primo comma, Cost. - non ha condiviso l'interpretazione da cui il Tribunale rimettente muoveva, cioè quello per cui "il divieto di corrispondere

trattamenti economici sostitutivi delle ferie non godute si applichi anche quando il lavoratore non abbia potuto godere delle ferie per malattia o per altra causa non imputabile".

In particolare, ha rilevato la Corte costituzionale che:

- la prassi amministrativa e la magistratura contabile convergono nell'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; questa interpretazione si colloca, peraltro, nel solco tracciato dalle pronunce della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, che riconoscono al lavoratore il diritto di beneficiare di un'indennità per le ferie non godute per causa a lui non imputabile, anche quando difetti una previsione negoziale esplicita che consacrì tale diritto, ovvero quando la normativa settoriale formuli il divieto di "monetizzare" le ferie; così correttamente interpretata, la disciplina impugnata non pregiudica il diritto alle ferie, come garantito dalla Carta fondamentale, dalle fonti internazionali e da quelle europee;
- il diritto alle ferie, riconosciuto a ogni lavoratore, senza distinzioni di sorta, mira a reintegrare le energie psico-fisiche del lavoratore e a consentirgli lo svolgimento di attività ricreative e culturali, nell'ottica di un equilibrato «contemperamento delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore»; la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha rafforzato i connotati di questo diritto fondamentale del lavoratore e ne ha ribadito la natura inderogabile, in quanto finalizzato a «una tutela efficace della sua sicurezza e della sua salute»;
- la garanzia di un effettivo godimento delle ferie traspare, secondo prospettive convergenti, dalla giurisprudenza costituzionale e da

quella europea; tale diritto inderogabile sarebbe violato se la cessazione dal servizio vanificasse, senza alcuna compensazione economica, il godimento delle ferie compromesso dalla malattia o da altra causa non imputabile al lavoratore.

- non si può ritenere, pertanto, che una normativa settoriale, introdotta al precipuo scopo di arginare un possibile uso distorto della “monetizzazione”, si ponga in antitesi con principi ormai radicati nell’esperienza giuridica italiana ed europea. Da qui, dunque, la non fondatezza della questione.

In sostanza, la Corte – con una sentenza interpretativa di rigetto – ha ritenuto che il divieto di monetizzazione non può trovare applicazione ove il godimento delle ferie sia stato impedito da uno stato di malattia o da altra causa oggettivamente non imputabile al lavoratore.

In tal modo è stato riconosciuto al lavoratore il diritto di beneficiare di un’indennità per le ferie non godute per causa a lui non imputabile, anche quando la normativa settoriale formuli esplicitamente un divieto in tal senso, in questo modo garantendo il diritto alle ferie, come riconosciuto dalla Costituzione e dalle più importanti fonti internazionali ed europee.

3.2 E’ poi intervenuta la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea, Sezione X, del 20 luglio 2016 (causa C-341/15), secondo cui:

- come emerge dalla stessa formulazione dell’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, disposizione alla quale tale direttiva non consente di derogare, ogni lavoratore beneficia di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane;

- tale diritto alle ferie annuali retribuite, che, secondo giurisprudenza costante della Corte, deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, è dunque conferito a ogni lavoratore, indipendentemente dal suo stato di salute;
- quando è cessato il rapporto di lavoro e allorché, pertanto, la fruizione effettiva delle ferie annuali retribuite non è più possibile, l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88 prevede che il lavoratore abbia diritto a un'indennità finanziaria per evitare che, a causa di tale impossibilità, il lavoratore non riesca in alcun modo a beneficiare di tale diritto, neppure in forma pecuniaria;
- l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88, come interpretato dalla Corte, non assoggetta il diritto a un'indennità finanziaria ad alcuna condizione diversa da quella relativa, da un lato, alla cessazione del rapporto di lavoro e, dall'altro, al mancato godimento da parte del lavoratore di tutte le ferie annuali a cui aveva diritto alla data in cui tale rapporto è cessato;
- ne consegue, conformemente all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88, che un lavoratore, che non sia stato posto in grado di usufruire di tutte le ferie retribuite prima della cessazione del suo rapporto di lavoro, ha diritto a un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute;
- a tal fine è privo di rilevanza il motivo per cui il rapporto di lavoro è cessato. Pertanto, la circostanza che un lavoratore ponga fine, di sua iniziativa, al proprio rapporto di lavoro, non ha nessuna incidenza sul suo diritto a percepire, se del caso, un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite di cui non ha potuto usufruire prima della cessazione del rapporto di lavoro;

- pertanto l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che priva del diritto a un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute il lavoratore il cui rapporto di lavoro è cessato a seguito della sua domanda di pensionamento e che non è stato in grado di usufruire del suo diritto alle ferie prima della fine di tale rapporto di lavoro.

4. Alla luce dell'evoluzione del quadro interpretativo sopra delineato e, in particolare, dell'orientamento del giudice eurounitario, questa Sezione, con il recente parere n. 86/2018, ha ritenuto che il diritto al congedo ordinario maturato nel periodo di aspettativa per infermità include automaticamente il diritto al compenso sostitutivo, ancorché il dipendente sia cessato dal servizio "a domanda".

Questa interpretazione è stata ribadita con il parere di questa Sezione n. 2424/2018.

Tale è anche l'orientamento dei Tribunali amministrativi regionali (TAR Palermo n. 1850/2018; TAR Lecce n. 431/2018; TAR Reggio-Calabria n. 264/2018; TAR Bologna n. 535/2019; TAR Campobasso CB n. 3/2020).

E questa soluzione vale a fortiori nel caso di specie, là dove il ricorrente è stato collocato in congedo "per raggiunti limiti d'età"; per una ragione, pertanto, non riconducibile alla volontà del dipendente ma oggettivamente connessa al rapporto di servizio.

Il ricorso, pertanto, deve essere accolto.

P.Q.M.

esprime il parere che il ricorso debba essere accolto.

L'ESTENSORE  
Antimo Prospero

IL PRESIDENTE  
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO

Carola Cafarelli