

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 8937 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 1994

ha pronunciato la seguente

**decisione**

sul ricorso in appello n. 8937/94, proposto dal Comune di BREMBATE DI SOPRA, in persona Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio MONZINI e Pier Enzo BARUFFI e presso il primo elettivamente domiciliato in Roma, viale delle Milizie 38,

**CONTRO**

BATTAGLIA Rosalia, BARBACCIA Francesca, BERNINI Clotilde, BERNINI Giulio, BERNINI Luigi, BETTINELLI Josette, BONFANTI Danila, VASSALLI Lorenza, ROTA Francesco, BURINI Virginia, BONFANTI Mina, BREMBILLA Clara, BREMBILLA Ornella, CACCIA Mariella, CANTUNI Mario, CAPELLI Maria Grazia, ARNONE Carmela, CAPELLI Rosalba, CODOGNOLA M. Rosa, COMI Giuseppe, SECCHI Luisa, CONSONNI Silvana, CORTINOVIS Caterina, GAMBA Loredana, TODESCHINI Mauro, CROTTI Loredana, DIANA Maria Teresa, ERBA Laretta, ROTA BARTOLOMEO, fagiani Anna Maria, FUMAGALLI Claudio, LOCATELLI Elisabetta, LUIGINI Davide, LUBRINI Liliana, MACONI Laretta, MANZONI Battista, MAZZOLENI

---

Emanuela, MAZZOLENI Nadia, CORNALI Elena, PANSA Liana, PLATINI Tiziana, PELLEGRINELLI Ausilia, PRANDI Fiorenza, PENDENZA Pierangelo, PREVITALI Sara, RAVASIO Beatrice, ROTA Alessandro, RUSSO Antonio, ESPOSITO Luigi, ROTA Desiderata, SALVI Elena, TAFFANI Loredana, SCAVO Francesca, TIRONI Antonella, TORINO Gianni, TIRONI Rachele, VALSECCHI Daniela, LOCATELLI Pierangela, ZAMBONI Ivana, SANA Monica, VANOGLIO Lucia, MANTECCA Rosella, SANA Stefania e SANA Carla, costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'avv. Goffredo GOBBI presso il quale elettivamente domiciliario in Roma, via Maria Cristina 8;

per l'annullamento

della sentenza del TAR della Lombardia, Sezione di Brescia, 10 luglio 1994, 372;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto il controricorso e ricorso incidentale degli appellati;

vista la memoria prodotta dall'appellante;

vista l'ordinanza n. 873/95 con la quale è stata accolta la richiesta di sospensione della esecuzione della sentenza appellata;

visti gli atti tutti di causa;

relatore, alla pubblica udienza del 18 aprile 2000, il Cons. Paolo BUONVINO; uditi, l'avv. MONZINI per l'appellante e l'avv. GOBBI per gli appellati.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

F A T T O

---

1) - Con la sentenza impugnata il TAR ha accolto il ricorso proposto dagli odierni appellati per l'annullamento della deliberazione della Giunta municipale del Comune di Brembate 12 marzo 1991, n. 171, e per l'accertamento del diritto dei ricorrenti a percepire il compenso sostitutivo delle ferie e riposi settimanali non goduti, nonché la retribuzione delle ore straordinarie effettuate, con conseguente condanna del Comune al pagamento del dovuto, con interessi e rivalutazione monetaria o, in subordine, alla condanna dello stesso per indebito arricchimento.

Il TAR riconosceva, in particolare, il diritto dei ricorrenti a percepire il trattamento differenziale per ferie e riposi settimanali non goduti, nonché per gli straordinari (ancorché non autorizzati) prestati e non retribuiti; sulle somme così spettanti – la cui concreta determinazione era rimessa all'Amministrazione – il TAR riconosceva spettanti anche interessi e rivalutazione monetaria fino al momento del pagamento.

2) - Secondo il Comune appellante la sentenza sarebbe erronea in quanto se gli interessati non hanno fruito di ferie e riposi settimanali, ciò sarebbe ad essi soli direttamente ascrivibile e non a responsabilità dell'Amministrazione; quanto allo straordinario, esso non era mai stato autorizzato e, quindi, non avrebbe potuto essere riconosciuto spettante. L'Amministrazione comunale eccepisce, infine e in subordine la prescrizione parziale dei crediti vantati dagli interessati.

3) - Con proprio controricorso gli appellati contestano quanto dedotto in appello e insistono per la conferma della sentenza impugnata; deducono anche

---

l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione; con lo stesso atto, notificato al Comune, svolgono anche appello incidentale riproponendo, ove ciò possa occorrere, le censure assorbite dal TAR.

4) - Con memoria in data 22 luglio 1999 il Comune fa presente che con la maggior parte degli appellati è intervenuto un accordo transattivo che avrebbe fatto venire meno l'interesse all'appello nei riguardi degli stessi; resterebbe fermo l'interesse all'appello solo con riguardo ai dipendenti Rosalia Battaglia, Danila Bonfanti, Mina Bonfanti, Rosalba Capelli, Loredana Crotti, Laretta Erba, Luigi Esposito, Pierangela Locatelli, Liana Pansa, Sara Previtali e Desiderata Rota.

#### DIRITTO

1) - Con la sentenza impugnata il TAR ha condannato il Comune di Brembate di Sopra al pagamento, a favore degli odierni appellati, dei compensi loro non corrisposti per il periodo 1° gennaio 1984 / 31 dicembre 1987, per ferie e riposi settimanali non goduti e per lavoro straordinario non retribuito.

La sentenza è appellata dal Comune, che ne deduce l'erroneità in quanto nulla ai detti titoli sarebbe dovuto agli originari ricorrenti e, inoltre, sarebbero coperte da prescrizione le pretese degli stessi relative al periodo 1984/1985.

2) - Con memoria in data 22 luglio 1999 lo stesso Comune appellante fa presente che con la maggior parte degli appellati è intervenuto un accordo transattivo che avrebbe fatto venire meno l'interesse all'appello nei riguardi degli stessi; resterebbe fermo l'interesse all'appello solo con riguardo ai dipendenti Rosalia Battaglia, Danila Bonfanti, Mina Bonfanti, Rosalba Capelli, Loredana

---

Crotti, Laretta Erba, Luigi Esposito, Pierangela Locatelli, Liana Pansa, Sara Previtali e Desiderata Rota.

Tenuto conto di tale circostanza, il Collegio deve dare atto della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla definizione del presente appello in quanto proposto nei confronti di tutti gli originari ricorrenti, esclusi i dipendenti Luigi Esposito, Rosalia Battaglia, Danila Bonfanti, Mina Bonfanti, Rosalba Capelli, Loredana Crotti, Laretta Erba, Pierangela Locatelli, Liana Pansa, Sara Previtali e Desiderata Rota, nei confronti dei quali resta fermo l'interesse dell'appellante alla definizione dell'impugnativa in esame.

Questa appare fondata nei soli limiti che si vanno a precisare.

3) – Per quanto riguarda, in particolare, ferie e riposi settimanali non goduti, le richieste differenze retributive competono ai richiedenti, giusta un consolidato orientamento della Sezione secondo cui il diritto al compenso sostitutivo delle ferie non godute dal pubblico dipendente discende, al di là di una norma espressa che preveda la relativa indennità, direttamente dal mancato godimento delle ferie stesse, quando sia certo che tale vicenda non sia stata determinata dalla volontà del lavoratore subordinato pubblico (per esempio, nel caso di suo rifiuto di godere del congedo nel periodo indicato dalla p.a. datrice di lavoro), in quanto il carattere indisponibile del diritto alle ferie non esclude l'obbligo della P.A. medesima di corrispondere al proprio dipendente il predetto compenso per le prestazioni effettivamente rese, non essendo logico far discendere da una violazione

---

imputabile all'Amministrazione il venire meno del diritto dell'equivalente pecuniario della prestazione effettuata, ancorché in teoria non dovuta (cfr. 30 marzo 1998, n. 374; 30 giugno 1998, n. 985; Consiglio Stato, Sez.V, 17 luglio 1991 n. 1033).

L'Amministrazione, del resto, non ha contestato in primo grado, né contesta in appello, che, effettivamente, gli originari ricorrenti non hanno fruito a suo tempo di ferie e riposi settimanali; né ha dimostrato che gli stessi avrebbero rifiutato di godere del congedo o delle festività stesse, in contrasto con la manifesta volontà del Comune, che mai si è attivato per far constare una siffatta circostanza.

4) - È, invece, fondato l'appello nella parte in cui contesta che il Comune sia tenuto a corrispondere agli interessati anche i compensi per il lavoro straordinario prestato e non retribuito.

Non può essere riconosciuto, infatti, alcun compenso per lavoro straordinario quando, come nella specie, manchi una preventiva formale autorizzazione da parte del datore di lavoro, in quanto solo in tal modo è possibile controllare, nel rispetto dell'art. 97 Cost., la reale esistenza delle ragioni di pubblico interesse che rendono opportuno il ricorso a prestazioni lavorative eccezionali del dipendente (cfr. Sez.V, 13 settembre 1991 n. 1154; 15 marzo 1993, n. 363); né gli interessati hanno, in qualche modo dimostrato che le prestazioni straordinarie rese fossero obbligatorie o, comunque, indispensabili per l'Amministrazione.

5) – Né tali prestazioni debbono essere compensate ai sensi dell'art. 2041 c.c., secondo quanto richiesto in primo grado con censura assorbita dal TAR, ma

---

riproposta in questa sede.

Nel caso in esame il Comune ha operato, a posteriori (in un momento successivo alla stessa deliberazione impugnata) un conteggio delle ore di lavoro straordinario che gli interessati avrebbero prestato; ciò ha fatto, però, a seguito di iniziative dei sindacati volte alla corresponsione degli emolumenti di cui si tratta, ma senza che il lavoro straordinario sia mai stato dallo stesso Comune autorizzato in via preventiva o successiva; anzi, la deliberazione impugnata respinge espressamente ogni pretesa in tal senso e non contiene riconoscimenti in merito ad eventuali vantaggi o utilità che l'Amministrazione avrebbe tratto a seguito della asserita prestazione dell'attività in parola.

In questa situazione – da cui emergono pretese relative a prestazioni rese, di fatto, per mera iniziativa dei dipendenti qui appellati e in assenza di ogni documentata richiesta da parte non solo del Consiglio comunale, della Giunta o del Sindaco, ma anche di funzionari di vertice o anche solo intermedi dell'Amministrazione – si versa, in effetti, in una fattispecie caratterizzata da prestazioni lavorative rese in difformità da quanto previsto dall'art. 16, commi 1 e 2, del D.P.R. 13 maggio 1987, n. 268, secondo cui “le prestazioni di lavoro straordinario sono rivolte a fronteggiare situazioni di lavoro eccezionali e pertanto non possono essere utilizzate come fattore ordinario di programmazione del tempo di lavoro e di copertura dell'orario di lavoro” (comma 1) e “la prestazione di lavoro straordinario è disposta sulla base delle esigenze di servizio individuate

---

dall'amministrazione, rimanendo esclusa ogni forma generalizzata di autorizzazione” (comma 2).

La funzione del lavoro straordinario è, invero, quella di sopperire, in base a specifici moduli organizzativi predeterminati, a momentanee carenze di organico mediante l'utilizzazione del personale con prestazioni che vanno al di là dell'ordinario orario di servizio; ciò per assicurare un corretto funzionamento degli uffici e una correlata *utilitas* per gli amministrati. L'individuazione delle modalità atte ad assicurare il corretto funzionamento degli uffici è rimessa, però, esclusivamente agli organi responsabili dell'Amministrazione, cui non possono legittimamente sostituirsi apprezzamenti unilaterali e non coordinate iniziative del personale, che potrebbero anche tradursi in forme di pregiudizio per la stessa P.A. e di responsabilità degli amministratori.

Si aggiunga che, in presenza di prestazioni - neppure puntualmente comprovate in linea di fatto – rese per iniziativa degli stessi dipendenti e al di fuori di ogni documentata richiesta delle stesse da parte degli organi competenti, non è neppure possibile valutare quale effettiva utilità la P.A. e gli amministrati possano avere tratto in relazione ad attività di cui neppure è dato conoscere la reale portata.

Difettando, quindi, ogni utile elemento atto a comprovare che il lavoro straordinario di cui si tratta, reso in difformità dalla norma e in nessun modo autorizzato, abbia prodotto un effettivo arricchimento dell'Amministrazione, deve escludersi l'applicabilità, nella specie, del disposto di cui all'invocato art. 2041 c.c., mancando la prova dell' “ingiustificato arricchimento” di cui avrebbe

---

beneficiario l'Amministrazione stessa in funzione del lavoro straordinario asseritamente reso dagli appellati.

Per questa parte, quindi, l'appello appare fondato.

6) – Deve passarsi, a questo punto, all'esame dell'eccezione di prescrizione sollevata, in questo grado, dal Comune.

L'eccezione appare fondata nei limiti che si vanno a precisare.

Solo con la notificazione del ricorso di primo grado – in data 18 giugno 1991 - risulta interrotta, invero, la prescrizione relativa ai crediti in questa sede vantati con riguardo a ferie e riposi settimanali non goduti .

Da parte degli appellati, in particolare, non sono stati prodotti, pur a fronte di tale specifica eccezione, precedenti atti interruttivi.

Il Comune fa riferimento, nelle sue difese, ad iniziative dei sindacati del 1990; ma tali iniziative, non meglio precisate, portate avanti da soggetti terzi e non direttamente dagli interessati, non possono comportare l'interruzione del termine stesso; né la pubblica Amministrazione è legittimata a rinunciare alla prescrizione (cfr. A.P. 1994 7 agosto 1996, n. 17); con la conseguenza che le pretese relative all'ambito temporale che precede il quinquennio antecedente alla proposizione del ricorso di primo grado (notificato, questo, il 18 giugno 1991) devono ritenersi estinte per prescrizione.

Né si può condividere quanto ritenuto dalle parti appellate, secondo cui la prescrizione quinquennale non sarebbe applicabile in luogo di quella decennale nel

---

caso in cui la pretesa economica del pubblico dipendente sia stata contestata dall'Amministrazione e allorché questa debba riconoscere e determinare quantitativamente la sussistenza del diritto vantato, previo accertamento delle condizioni necessarie per la sua liquidazione.

Tale orientamento della giurisprudenza, anche di questo Consiglio, è ormai superato dopo che, a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 2 del r.d.l. 19 gennaio 1939, n. 295, l'art. 2 della legge 7 agosto 1985, n. 428, ha elevato da due a cinque anni il termine prescrizione delle rate di stipendio e degli assegni equivalenti, come, peraltro, ben può evincersi dall'art. 2948, n. 4, c.c., il quale non prevede distinzioni nell'ambito di siffatti crediti di lavoro, anche tenuto conto della ingiustificata disparità di trattamento che si determinerebbe rispetto alle analoghe pretese dei dipendenti privati, soggette senza dubbio al predetto termine quinquennale (cfr. Sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1099; 12 dicembre 1997, n. 1535; sez. IV, 3 febbraio 1998, n. 168).

Le differenze retributive per ferie e riposi settimanali non goduti competono, quindi, solo per il periodo 19 giugno 1986/31 dicembre 1987.

7) – Per tali motivi l'appello in epigrafe:

a) – va dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, nella parte in cui è proposto nei confronti degli originari ricorrenti diversi dalle sigg.re Rosalia Battaglia, Danila Bonfanti, Mina Bonfanti, Rosalba Capelli, Loredana Crotti, Laretta Erba, Luigi Esposito, Pierangela Locatelli, Liana Pansa, Sara Previtali e Desiderata Rota;

b) – appare fondato e va accolto nella parte in cui contesta la declaratoria del diritto degli appellati ora elencati al trattamento retributivo per il lavoro straordinario; con la conseguente riforma, sul punto, della sentenza impugnata;

c) – appare fondato e va accolto nella parte in cui invoca l'operatività della prescrizione quinquennale con riguardo al diritto degli stessi appellati ora detti a vedersi corrispondere il trattamento retributivo per a ferie e riposi settimanali non goduti, relativamente al periodo antecedente al 19 giugno 1986; con la conseguente riforma della sentenza impugnata nella parte in cui riconosce detti emolumenti anche con riguardo a detto periodo, coperto dalla prescrizione;

d) appare infondato nella parte in cui contesta il capo della sentenza impugnata che riconosce il diritto dei dipendenti al trattamento retributivo per ferie e riposi settimanali non goduti, salvo quanto precisato in merito alla operatività della prescrizione quinquennale.

Va respinta, infine, l'originaria, subordinata richiesta di applicazione dell'art. 2041 c.c. in relazione alla asserita prestazione di lavoro straordinario.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P. Q. M.

il Consiglio di Stato, Sezione V, in parte dichiara l'appello in epigrafe improcedibile; in parte lo accoglie nei termini e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta parzialmente il ricorso di primo grado;

---

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 18 aprile 2000 e, in prosieguo, il 2000, dal Collegio  
costituito dai Sigg.ri:

SALVATORE ROSA	-	Presidente
STEFANO BACCARINI	-	Consigliere
MARCELLO BORIONI	-	Consigliere
PAOLO BUONVINO	-	Consigliere est.
MARCO PINTO	-	Consigliere

In originale firmato

Salvatore Rosa

Paolo Buonvino

Francesco Cutrupi