

O.d.G. del **05/06/2012**

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE PER IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE N° 7

Deliberazione n° del

Oggetto: Festività soppresse del personale riferite agli anni precedenti. Presa atto del parere legale reso dal Prof. Avv. Domenico Garofalo. Determinazioni.

ALLEGATI/NOTE:

- 1) Nota AMAT del 15/03/2012, prot. az. n° 4869/UP;
- 2) Nota a firma del Prof. Avv. Domenico Garofalo del 21/04/2012.
- 3) Comunicato al Personale n° 13 del 03/02/2012;

Il Direttore Generale, di concerto con il Direttore Amministrativo e con il Responsabile dell'Area Personale, riferisce e propone quanto segue:

Con deliberazioni del Consiglio di Amministrazione nn. 89 del 29/07/2011, 6 del 27/01/2012 e 12 del 14/02/2012 è stata trattata la questione della monetizzazione dei permessi per le festività soppresse maturati e non goduti alla data del 31 dicembre di ciascuno degli ultimi cinque anni, nonché quella del recupero, limitatamente agli ultimi dieci anni, del permesso per festività soppresse attribuito erroneamente per ogni anno in eccesso al personale che, per effetto delle modalità di distribuzione del proprio orario di lavoro, nel corso dell'anno solare, supera le 74 giornate di riposo e/o non prestazione;

Con successiva deliberazione n° 13, adottata in data 23/02/2012, il Consiglio d'Amministrazione ha assunto le seguenti ulteriori determinazioni:

- 1) ha preso atto del verbale riferito all'incontro sindacale del 06/02/2012;
- 2) ha confermato quanto già precedentemente deliberato riguardo alla monetizzazione dei permessi per festività soppresse maturati alla data del 31/12/2011 e non usufruiti entro la medesima data da tutto il personale;
- 3) ha confermato i recuperi, nell'ambito della prescrizione decennale, delle giornate attribuite a titolo di permessi per festività soppresse in eccesso rispetto alle previsioni contrattuali contenute nell'Accordo Interconfederale del 14/11/1978 nei confronti dei lavoratori che hanno fruito di oltre 74 giornate all'anno di riposo o di non prestazione, pur sospendendone l'esecuzione, nelle more degli esiti del parere legale da richiedere al Prof. Garofalo, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università di Bari - Facoltà di Taranto, in merito alla ripetibilità nei confronti dei dipendenti interessati delle somme indebitamente percepite, a tale titolo, in eccedenza rispetto alle previsioni contrattuali.

Come reso noto a tutto il personale con comunicato n° 23 del 5 marzo 2012, con le competenze di febbraio 2012 si è proceduto alla liquidazione dei permessi per le festività soppresse non fruiti negli anni pregressi (2006/2001) secondo le indicazioni contenute nella deliberazione n° 13 sopra citata, fatta eccezione per quei lavoratori che hanno espressamente manifestato la volontà di non voler beneficiare della predetta liquidazione.

Con nota del 15/03/2012, prot. az. n° 4869/UP **[Allegato 1]**, è stato chiesto al Prof. Avv. Garofalo un parere per individuare le soluzioni più adeguate per la definizione questione sulle seguenti circostanze:

1) se è corretta l'interpretazione fornita dall'ASSTRA, e successivamente recepita dal Consiglio d'Amministrazione con la deliberazione n° 89/2011, in merito all'applicazione dell'Accordo Interconfederale del 14/11/1978 per la determinazione del numero di giornate complessivamente spettanti a titolo di festività sopresse al personale che fruisce più di 74 giorni di riposo e/o non prestazione e/o, eventualmente, di prestazioni a zero ore, per effetto dell'osservanza dell'orario di lavoro su settimana corta;

2) se, nel caso di risposta affermativa al quesito di cui al punto precedente, sia possibile, alla luce della giurisprudenza e della dottrina formatasi in materia di ripetizione dell'indebito e di essenzialità e riconoscibilità dell'errore, recuperare le maggiori assegnazioni di giornate di permessi per festività sopresse riconosciute in passato nei confronti del personale impiegatizio, seppur nel limite del termine prescrizione decennale.

Con nota del 21/04/2012 **[Allegato 2]**, il Prof. Avv. Garofalo ha reso il parere richiesto, evidenziando quanto segue per ciascun quesito esaminato:

PRIMO QUESITO

Relativamente al primo quesito, il Prof. Garofalo ha sottolineato che il contenuto della clausola contrattuale è chiaro e, quindi, può usufruire dell'ulteriore giornata retribuita, a titolo di festività soppressa, il dipendente che nell'arco di un anno non supera il numero di 74 giornate in cui riposa, ovvero in cui non rende alcuna prestazione lavorativa. Pertanto, è evidente che il personale impiegatizio a cui si applica la settimana corta *"non lavorando né il sabato né la domenica, escludendo il mese di ferie, annualmente ha goduto almeno di 96 giornate (48 settimane moltiplicato 2 giorni a settimana) di riposo e/o assenza della prestazione lavorativa e, quindi, avendo superato la soglia delle 74 giornate, non ha diritto alla giornata di permesso retribuito compensativa della 7ª festività soppressa"*.

SECONDO QUESITO:

Relativamente al secondo quesito, il Prof. Garofalo ha evidenziato che, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, *"nell'ambito di un rapporto di lavoro, la ripetibilità dell'indebito dipenda dal fatto che la prestazione eseguita non trovi riscontro nell'inesistenza di una causa solvendi, considerando superflua qualsiasi indagine sull'animus del solvens, a fronte della natura non negoziale del pagamento"*. Analogo orientamento è stato affermato in materia di pubblico impiego.

Tuttavia, *"secondo un opposto e non scarso orientamento giurisprudenziale, grava sul datore di lavoro di provare l'invalidità della volontà contrattuale, manifestata dal datore di lavoro ed accettata tacitamente dal lavoratore, di corrispondere una prestazione retributiva superiore a quella prevista dal contratto collettivo. Tale prova deve vertere sulla riconoscibilità dell'errore da parte del lavoratore"*.

Sottolinea il legale nel suo parere che *"è ovviamente impossibile prevedere, in un eventuale contenzioso, a quale dei due indirizzi giurisprudenziali aderirà la magistratura del lavoro adita, la cui opzione interpretativa avrebbe effetti dirompenti in relazione ai rispettivi oneri probatori"*.

Conclude il legale che, tenuto conto dei due doversi orientamenti contrastanti, *"al profilo di ammissibilità e fondatezza dell'azione da esperire nei confronti di ciascun lavoratore destinatario dell'indebito si affiancherebbe anche quello di opportunità ed economicità dell'azione stessa"*.

Tanto premesso, alla luce di quanto sopra, relativamente alla messa a regime di n. 4 giornate all'anno, anziché n. 5, per il titolo di cui trattasi, si fa presente che tale messa a regime è stata già operata con le competenze di gennaio 2012 ed è stata resa nota al personale interessato con l'allegato comunicato n° 13 del 03/02/2012 **[Allegato 3]**. Invece, per quanto riguarda le determinazioni di cui al secondo quesito, al fine di evitare l'alea di giudizi e l'inutile aggravio di oneri a titolo di spese legali, si propone di non procedere ai recuperi delle giornate riconosciute in eccedenza, revocando, all'uopo, il punto 3 b) della deliberazione n° 13 adottata nella seduta del 23/02/2012.

IL RESPONSABILE AREA PERSONALE (Dott.ssa Maria Fabiola Merenti)

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO (Dott. Pietro Carallo)

IL DIRETTORE GENERALE (Ing. Giovanni Matichecchia)

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

- vista la proposta formulata e gli atti allegati;
- visti lo Statuto Sociale dell'AMAT s.p.a. ed il Codice civile,
- a voti.....

DELIBERA

- 1) di prendere atto del parere legale reso in data 21/04/2012 dal Prof. Avv. Garofalo Domenico, richiesto al fine di individuare le soluzioni più adeguate per la definizione sia della questione attinente al riconoscimento del permesso spettante a titolo di festività soppressa (in applicazione dell'A.I. del 14/11/1978) al personale che distribuisce il proprio orario di lavoro su settimana corta, sia del recupero, nell'ambito della prescrizione decennale, dei riposi eventualmente fruiti in eccedenza rispetto alle previsioni contrattuali;
- 2) di confermare la messa a regime, dal corrente anno, di n. 4 (quattro) anziché n. 5 (cinque) giornate di permessi a titolo di festività sopprese nei confronti dei dipendenti a cui non può riconoscersi il beneficio contrattuale di cui all'Accordo Interconfederale sopra citato, essendo il proprio orario di lavoro ~~X~~ distribuito su settimana corta;
- 3) di revocare il punto 3 b della deliberazione n° 13 del 23/02/2012, già precedentemente sospeso, *disponendo accu-*
~~rizzando~~ gli Uffici competenti a non effettuare alcun recupero, per il titolo in questione, relativamente al permesso retribuito compensativo della 7ª festività soppressa riconosciuto in eccedenza rispetto alle previsioni contrattuali.

Prot. n° 6869 /Pr

ALL 1

Taranto, 15 MAR. 2012

Egr. Prof. Avv.
Domenico Garofalo
Via Dante Alighieri, 396
70123 - B A R I

OGGETTO: 7ª festività soppressa ex A.I. del 14/11/1978. Richiesta parere.

Nei primi mesi dell'anno 2011 numerosi dipendenti presentarono al protocollo aziendale ricorsi tesi ad ottenere il pagamento delle festività sopprese maturate e non godute alla data del 31/12/2010. A tal riguardo il Segretario della FILT-CGIL rappresentò che, in assenza di pagamento spontaneo da parte dell'Azienda, l'Organizzazione sindacale avrebbe stimolato la proposizione di ricorsi giudiziari finalizzati ad ottenerne la monetizzazione (vedi nota del 23 maggio 2011 (All. A)).

Allo scopo di scongiurare il rischio di inutile proliferazione di contenzioso in una materia non controversa, con inutile aggravio di costi, fu formalizzata a tutte le OO.SS. la volontà aziendale di procedere alla liquidazione dell'indennità sostitutiva delle festività sopprese non godute riferite agli anni precedenti (vedi nota del 17/06/2011, prot. az. n° 11'508 (All. B)).

In fase di elaborazione dei calcoli necessari al pagamento delle suddette spettanze emerse, tuttavia, che in concomitanza con la stipulazione dell'Accordo Aziendale relativo all'introduzione della settimana corta per il personale impiegatizio, avvenuta in data 15/06/1995 (All. C), gli uffici aziendali non procedettero, per effetto della diversa distribuzione delle prestazioni nell'arco della settimana, alla rideterminazione del numero di giornate complessivamente spettanti a titolo di festività sopprese, attraverso la riduzione di una giornata a tutti coloro che, in virtù del nuovo Accordo aziendale, avrebbero da lì in avanti fruito di più di 74 giornate di riposo e/o non prestazione (a norma dell'Accordo Interconfederale 14/11/1978 (All. D)).

Si precisa al riguardo che, con circolare n° 334/SSI/La.Ni. del 19/11/2009 (All. E), esaminando una questione probabilmente assimilabile a quella dei permessi per festività sopprese, l'Associazione di categoria delle aziende di trasporto pubblico locale ASSTRA fornì alle proprie associate indicazioni circa la qualificazione, ai fini del trattamento economico, della giornata del sabato non lavorato in aggiunta al riposo domenicale, citando ed allegando alla stessa circolare *8150 una specifica pronunzia giurisprudenziale.

Con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n° 89, adottata nella seduta del 29/07/2011 (All. F), fu, tra l'altro, disposta la corresponsione agli aventi diritto, nell'ambito della prescrizione quinquennale, della quota di retribuzione giornaliera spettante per le giornate riconosciute a titolo di permessi per festività sopprese, con indicazione agli uffici competenti di porre a regime per il personale che osserva più di 74 giornate di riposo e/o non prestazione, il numero contrattualmente previsto (ossia complessivamente 4 giornate, di cui due di fe-

rie e due di permesso), oltre che di procedere, nei confronti del predetto personale, al ricalcolo dei permessi residui al 31/12/2010 a titolo di festività sopresse, considerando la maturazione, relativamente agli ultimi dieci anni, di n. 2 (due) anziché n. 3 (tre) giornate di permessi per festività sopresse. Con il medesimo provvedimento si decise, nei confronti dei dipendenti per i quali si era determinata la maggiore assegnazione di permessi a titolo di festività sopresse, la corrispondente riduzione delle giornate non ancora fruite o, nel caso di insufficienza di tali giornate, la relativa trattenuta in denaro sulle retribuzioni mensili in rate di importo non superiori a € 100,00 o, su richiesta degli interessati, il recupero con i permessi che matureranno, a titolo di festività sopresse, per gli anni futuri.

Secondo le direttive fornite dal Consiglio d'Amministrazione con la deliberazione succitata, in data 23/09/2011 si tenne un primo incontro sindacale e, come si rileva dal verbale allegato (All. G), in occasione dello stesso furono illustrate alle OO.SS. le predette determinazioni e si espresse l'auspicio di pervenire ad un accordo sindacale congiunto per la regolamentazione dei tempi di fruizione delle ferie, ivi comprese quelle eccedenti le 4 (quattro) settimane previste dal D. Leg.vo n° 66/2003.

Nel corso del predetto incontro, tuttavia, le OO.SS. contestarono l'interpretazione aziendale sulla settimana festività non spettante al personale che nel corso dell'anno supera le 74 giornate di riposo e/o non prestazione, richiamando all'uopo, seppur molto genericamente, interpretazioni emanate dal Ministero del Lavoro e pronunzie giurisprudenziali intervenute in materia.

Alla luce delle osservazioni sindacali, nel corso dell'incontro i rappresentanti aziendali manifestarono la disponibilità aziendale a ridiscutere nel merito della questione della settimana festività soltanto nel caso in cui fossero emersi fatti e/o elementi nuovi in grado di far modificare le disposizioni aziendali precedentemente assunte e, quindi, l'incontro del 23/09/2011 fu aggiornato all'esito di un successivo approfondimento.

Pertanto, con nota del 28/09/2011, prot. az. n° 18'113/UP (All. H), si richiese uno specifico parere all'Associazione di categoria ASSTRA che, con propria nota dell'11 ottobre 2011, registrata al protocollo aziendale in data 26/10/2011 al n° 20'133/UP (All. I), fornì i chiarimenti richiesti, così sintetizzabili:

- è corretta l'interpretazione aziendale circa la non spettanza della settimana festività nei confronti di quel personale che nel corso dell'anno supera le 74 giornate di riposo e/o non prestazione, in quanto la stessa è rispettosa del tenore letterale delle disposizioni contrattuali vigenti (A.I. del 14/11/1978);
- non sono note le presunte disposizioni ministeriali richiamate in merito dalle OO.SS.;
- la norma contrattuale in questione trova puntuale applicazione nel settore e ne è riprova la breve indagine condotta nei confronti delle maggiori Aziende aderenti all'ASSTRA.

All'uopo, in data 04/11/2011 si tenne il secondo incontro con le OO.SS. (vedi verbale allegato, All. L), in cui le stesse furono portate a conoscenza dei contenuti del parere succitato e furono, di conseguenza, confermati gli indirizzi aziendali precedentemente assunti. In particolare, l'Azienda ribadì alle OO.SS. la volontà di recuperare gli indebiti, nell'ambito della prescrizione decennale, precisando, anche alla luce del parere ASSTRA, che la giornata attribuita in più a titolo di festività sopresse, fin dalla applicazione dell'Accordo Aziendale in materia di settimana corta (ossia dal 1996), non aveva costituito una deroga *in melius* nei confronti dei lavoratori interessati, peraltro in una materia preclusa alla contrattazione decentrata, ma era

stata la mera conseguenza di un errore. Nel corso dell'incontro, ad ogni buon conto, l'Azienda manifestò ampia apertura per quanto attiene alle modalità di recupero.

Le OO.SS. tuttavia, con dichiarazione allegata al verbale, contestarono la legittimità delle determinazioni aziendali, "ribadendo la necessità del riconoscimento ai lavoratori delle indennità rivenienti dagli accordi nazionali relativi alle giornate di permesso per festività sopresse e non godute al 31/12/2010".

In data 27 gennaio 2012, con deliberazione n° 6 (All. M), il Consiglio di Amministrazione, nel prendere atto dei verbali degli incontri sindacali del 23/09/2011 e del 04/11/2011, oltre che dei pareri legali precedentemente richiesti, ha confermato quanto già deliberato con provvedimento n° 89/2011, dando mandato al Presidente del C.d.A. di avviare un ulteriore incontro con le OO.SS. teso esclusivamente a definire le modalità di recupero.

Il successivo incontro con le OO.SS. del 06/02/2012 (All. N) non ha sortito alcun effetto ed ha visto manifestarsi una netta chiusura da parte dei sindacati a trattare l'argomento dei recuperi.

In data 08/02/2012 è pervenuta una lettera, sottoscritta da un consistente numero di dipendenti dell'azienda (All. O), con la quale gli stessi hanno contestato le decisioni assunte dall'Azienda in merito alla questione delle festività sopprese.

In seno al Consiglio di Amministrazione sono emerse posizioni differenti in ordine alla predetta questione e, pertanto, con successiva deliberazione del C.d.A. è stato sospeso il recupero delle giornate usufruite in eccesso, in attesa di compiere definitivi approfondimenti sulla materia.

Si chiede, pertanto, allo scopo di individuare le soluzioni più adeguate per la definizione della questione, un Suo autorevole parere sulle seguenti circostanze:

- 1) è corretta l'interpretazione fornita dall'ASSTRA, e poi ripresa dal Consiglio di Amministrazione con la deliberazione n° 89 del 29/07/2011, in merito all'applicazione dell'Accordo Interconfederale 14/11/1978 per la determinazione del numero di giornate complessivamente spettanti, a titolo di festività sopprese, al personale che fruisce di più di 74 giornate di riposo e/o non prestazione e/o, eventualmente, di prestazione a zero ore, per effetto dell'osservanza dell'orario di lavoro distribuito su "settimana corta"?
- 2) nel caso in cui si fornisse risposta affermativa al quesito di cui al punto 1), è possibile, alla luce della giurisprudenza e della dottrina in materia di ripetizione di indebito e di essenzialità e riconoscibilità dell'errore, recuperare le maggiori assegnazioni di giornate di permessi per festività sopprese riconosciute in passato nei confronti del personale impiegatizio, seppur nel limite dei termini prescrizionali decennali?

Nel ringraziare anticipatamente, si porgono distinti saluti.

IL PRESIDENTE
(Dott. Francesco Walter Poggi)

Oggetto: l: Parere festività sopresse - alla c.a. della dott.ssa Tursi
Mittente: Domenico Garofalo <garofalo@studiolegalegarofalo.it>
Data: 03/05/2012 9.31
A: amat <amat@amat.ta.it>

Al. 2

In allegato Le inviamo quanto in oggetto.

Cordiali saluti.

La segreteria

—Allegati:—

doc07644820120503094141.pdf

287 KB

9803
Prot. N. 04 GIU. 2012
Del
P. PRESIDENTE ☐
DG DIRETTORE GENERALE ☐
DA DIRETTORE AMMINISTRATIVO ☒
DT DIRETTORE TECNICO ☐
UE ESERCIZIO MOVIMENTO ☐
UAG AFFARI GEN./P.R./SINISTRI ☐
UA ACQUISTI/CONTRATTI ☐
UC CONTABILITA'/BILANCIO ☐
UI INFORMATICA ☐
UP PERSONALE/RETRIBUZIONI ☐
UT TECNICO ☐
UPT PRODOTTI TRAFFICO ☐
ULRG RAGIONERIA/ECONOMATO ☐
STQ STAFF QUALITA' ☐
☐

Prof. Avv. Domenico Garofalo

Avv. Patrizia Scappatura

Patrocinatori in Cassazione

Avv. Antonio Tatullo

Avv. Lorita Sportelli

Avv. Giovanni Martino

Avv. Alessandro Panunzio

Avv. Antonio Pulice

Avv. Raffaele Garofalo

Avv. Madia Rita Favia

Avv. Alessandro Del Vecchio

Avv. Carmela Garofalo

Avv. Giovanna Ficarella

Avv. Vittorio Pascazio

Dott. Ottavio Galtieri

Dott. Giuseppe Continisio

Parere AMAT

I FATTI

L'Amat, il 14/6/1995 sottoscrive con le OO.SS un accordo aziendale che prevede l'introduzione della settimana corta per il personale impiegatizio ovvero la collocazione della prestazione lavorativa su 5 giorni della settimana rispetto ai 6 precedenti.

Nei primi mesi dell'anno 2011 le OO.SS hanno invitato l'azienda a corrispondere gli emolumenti maturati e non goduti al 31/12/2010 a titolo di festività sopresse.

La società ha ritenuto di aderire a tale richiesta.

L'accordo interconfederale del 14/11/1978 prevede che la 7^a festività soppressa sia compensata con un giorno di permesso retribuito per coloro che non superino annualmente più di 74 giornate «di riposo e/o di non prestazione».

Il predetto emolumento è stato riconosciuto al personale impiegatizio senza verificare se gli interessati avessero superato o meno la soglia delle 74 giornate prima richiamata.

L'Amat chiede di verificare la correttezza della interpretazione secondo cui al personale che abbia superato le 74 gg. di riposo e/o di non prestazione sia negata la giornata di permesso retribuito riconosciuto per la 7^a festività soppressa e se è possibile un'azione di ripetizione di indebito per quanto già corrisposto.

SUL PRIMO QUESITO

Al primo quesito si può rispondere esaminando il contenuto dell'accordo interconfederale del 14/11/1978 che testualmente sancisce che «visto l'accordo interconfederale del 27 luglio 1978 con il quale si è provveduto a regolamentare nel settore delle imprese pubbliche degli enti locali il regime sostitutivo delle festività soppreseconsiderata la controversia insorta con le OO.SS circa la sorte della 7^a festività non altrimenti recuperata o compensata...tenuto conto dell'impegno a definire la questione contenuta nel citato accordo interconfederale con riguardo ai gruppi di persone ed alle condizioni in base alle quali sia da riconoscere un'ulteriore giornata di permesso retribuito..valutate le specifiche condizioni di lavoro delle diverse categorie interessate e le modalità di articolazione e distribuzione dell'orario di lavoro, si è convenuto quanto segue...**al personale che, per effetto delle modalità di distribuzione dell'orario di lavoro, fruisce di non più di 74 giornate di riposo e/o di non prestazione, è attribuita una ulteriore giornata di permesso retribuito da usufruire secondo i criteri dello stesso accordo interconfederale**».

Il contenuto della clausola contrattuale è chiaro; può infatti usufruire dell'ulteriore giornata di permesso retribuito il dipendente che nell'arco di un anno non superi il numero di 74 giornate in cui l'interessato si riposa ovvero non rende alcuna prestazione lavorativa.

E' allora evidente che il personale impiegatizio cui si applica la cd «settimana corta», non lavorando né il sabato né la domenica, escludendo il mese di ferie, annualmente ha goduto almeno di 96 giornate (48 settimane moltiplicate 2 giorni a settimana) di riposo e/o assenza della prestazione lavorativa e, quindi, avendo superato la soglia delle 74 giornate non ha diritto alla giornata di permesso retribuito compensativa della 7^a festività soppressa.

SUL SECONDO QUESITO

Passando all'esame del secondo quesito si osserva quanto segue.

Nel diritto civile il soggetto che esegue un pagamento in assenza di una causa giustificativa dello stesso (la c.d. *condicio indebiti sine causa*, cfr. Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, FI, 1984, I, 2530; ovvero per effetto di eventi successivi, la c.d. *condicio ob causam praeteritam*, cfr. Cass. 2 aprile 1982, n. 2029, MFI, 1982) ha diritto di ripetere quanto ha indebitamente versato, oltre ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento o della domanda se l'*accipiens* era, al momento dell'accettazione, in mala fede (cfr. artt. 1173, 2033 c.c.. Vedi Cass. 17 giugno 1986, n. 4048, AC, 1986, 834). La ratio dell'istituto dell'indebito oggettivo è quella di ristabilire l'ordine giuridico turbato da uno spostamento patrimoniale privo di causa (vedi M. Bianca, Diritto civile, La responsabilità, vol. V, Milano, 1994, 803; F. Galgano, Diritto civile e commerciale, vol. II, t. II, Padova, 1990, 360; U. Breccia, voce Indebito (ripetizione), EGT, 1989, vol. XVI; Pacchioni, Dei quasi contratti, Padova, 1938, 88; nonché Cass. 19 aprile 1993, n. 4583, MGC, 1993, 695); **pertanto è considerata irrilevante qualunque indagine in merito all' animus del solvens** (così Cass. 9 luglio 1984, n. 4006, MGL, 1984, 171, n. 449; Cass. 25 giugno 1987, n. 5596, RFI, 1987, voce Impiegato dello Stato e pubblico, 1351, n. 492; Cass. 4 maggio 1991, n. 4893, MGL, 1991, 384; P. Cagliari 30 marzo 1992 e T. Cagliari 4 dicembre 1992, RGSarda, 1993, 743-744 con nota di E. Tuveri).

Secondo i generali principi dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), colui che agisce in ripetizione è tenuto a dimostrare non solo l'avvenuto pagamento, ma anche l'inesistenza di un rapporto giuridico capace di giustificarlo nonché l'inesistenza del collegamento eziologico tra detti elementi (cfr. Cass. 25 ottobre 1984, n. 5427, MGC, 1984, fasc. 10). Inoltre, poiché *negativa non sunt probanda* la giurisprudenza ritiene che la prova dell'assenza di una valida *causa solvendi* possa essere fornita tramite presunzioni (cfr. Cass. 13 febbraio 1998, n. 1157, GI, 1998, 2261), ovvero tramite un c.d. fatto costitutivo negativo (un fatto da cui sia argomentabile l'obiettiva inesistenza della causa solvendi del pagamento: cfr. Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, NGCC, 1998, I, 702 con nota di S. Catalbiano, A proposito della cosiddetta prova negativa nella condicio indebiti). Solo dopo che l'attore abbia dimostrato i fatti posti a fondamento della domanda (Cass. 5 marzo 1993, n. 2680, RFI, 1993, voce Prova civile in genere, 9), sorge in capo al convenuto l'onere di eccepire l'esistenza di una diversa *causa solvendi* del pagamento (così Cass. 10 febbraio 1970, n. 312, MGC, 1970; Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, cit., 2530; Cass. 11 marzo 1987, n. 2525, GC, 1987, I, 1967; P. Taranto 13 dicembre 1993, AC, 1994, 1182 con nota di A. Fasano, Ripetizione di indebito ed onere della prova; Cass. 18 dicembre 1995, n. 12897, MGC, 1995, fasc. 12; Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, cit., 702; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1557, GI, 1998, 2261).

Nell'ambito di un rapporto di lavoro, la giurisprudenza ha ritenuto sino ad oggi che la ripetibilità dell'indebito dipenda dal fatto che la prestazione eseguita non trovi riscontro nell'esistenza di una legittima *causa solvendi*, considerando superflua qualunque indagine sull' *animus del solvens* **a fronte della natura non negoziale del pagamento** (così in particolare P. Monza 7 gennaio 1995, OGL, 1994, 124; con riferimento all'operatività della ripetizione dell'indebito Cass. 6 febbraio 1984, n. 927, MGC, 1984, fasc. 2; Cass. 6 novembre 1984, n. 5620, ibidem, 1984, fasc. 11; P. Cagliari 30 marzo 1992 e T. Cagliari 4 dicembre 1992, cit., 744; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2209, NGL, 1998, 446).

«Nel caso in cui il datore di lavoro assuma di avere erogato per errore al proprio dipendente somme non dovute, la ripetizione dell'indebito oggettivo deriva non dall'annullamento della solutio per errore ma dal fatto che la prestazione eseguita non trova riscontro nella oggettiva esistenza di una corrispondente obbligazione, ed è pertanto superflua ogni indagine sulla natura e sulla scusabilità dell'errore dell'avvenuto pagamento, essendo unicamente rilevante l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) di una legittima causa solvendi» [Cassazione Civile Sezione Lavoro 27 febbraio 1998 n. 2209; Cassazione Civile Sezione Lavoro 4 maggio 1991 n. 4893].

In materia di pubblico impiego privatizzato è stato analogamente affermato che «nel caso di domanda di ripetizione dell' indebito proposta da una Amministrazione (nella specie, da una Ausl) nei confronti di un proprio dipendente in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione , qualora risulti accertato che l'erogazione è avvenuta sine titulo, la ripetibilità delle somme non può essere esclusa ex art. 2033 c.c. per la buona fede dell'accipiens, in quanto questa norma riguarda, sotto il profilo soggettivo, soltanto la restituzione dei frutti e degli interessi» [Cassazione Civile Sezione Lavoro 8 aprile 2010 n. 8338; cassazione Civile Sezione Lavoro 22 dicembre 2008 n. 29926].

Tuttavia secondo un opposto e non scarso orientamento giurisprudenziale grava sul datore di lavoro **l'onere di provare l'invalidità della volontà contrattuale**, manifestata per *facta concludentia* dal datore di lavoro ed accettata tacitamente dal lavoratore, di corrispondere una prestazione retributiva superiore a quella prevista dal contratto collettivo; tale prova, secondo la S.C., deve vertere sulla **riconoscibilità dell'errore da parte del lavoratore** ai sensi del generale principio ex art. 1431 c.c. [Cassazione Civile Sezione Lavoro 17 aprile 2000 n.

4942; Cassazione Civile Sezione Lavoro 5 aprile 2005 n. 7020; Cassazione Civile Sezione Lavoro 16 gennaio 2007 n. 818; Cassazione Civile Sezione Lavoro 11 luglio 2011 n. 15160].

In particolare è stato affermato che «il pagamento legittimo al lavoratore di una retribuzione superiore ai minimi previsti dal contratto collettivo indica la volontà di derogare in meglio (ai sensi dell'art. 2077, comma 2, c.c.), tacitamente manifestata dal datore ed accettata dal lavoratore, il trattamento economico di quest'ultimo e, al riguardo, spetta al primo dedurre e provare l'invalidità di questa volontà contrattuale e non al secondo provare il titolo giustificativo della maggiorazione, il quale è insito nella causa stessa del contratto individuale di lavoro subordinato, autonomamente convenuto purché nel rispetto dei limiti dell'art. 1418 c.c. Pertanto, quando venga affermata dal datore di lavoro l'invalidità della clausola contrattuale avente ad oggetto la prestazione di detta maggiorazione retributiva per errore a lui imputabile, a tale declaratoria potrà pervenirsi solo qualora egli provi, in virtù dell'art. 1431 c.c., che l'errore era riconoscibile dal lavoratore» [Cassazione Civile Sezione Lavoro 2007 n. 818].

E' ovviamente pressoché impossibile prevedere, in un eventuale contenzioso, a quale dei due indirizzi giurisprudenziali aderirà la magistratura del lavoro adita la cui opzione interpretativa avrebbe effetti dirompenti in relazione ai rispettivi oneri probatori.

Infatti, secondo l'indirizzo meno rigoroso, il datore di lavoro, ai fini dell'azione di ripetizione di indebito, deve limitarsi a provare l'insussistenza della cd *causa solvendi*, senza la necessità di alcuna indagine sulla riconoscibilità dell'errore da parte del lavoratore.

Viceversa, secondo l'altro orientamento giurisprudenziale, la parte datoriale deve anche provare la «riconoscibilità dell'errore» da parte del lavoratore, prova questa non facile da rendere atteso che il permesso retribuito previsto a compensazione della 7^a festività soppressa è stato riconosciuto per circa 17 anni consecutivi; ove poi nelle buste paga il predetto permesso non fosse individuato con una voce ad hoc ma inglobato genericamente con i permessi riconosciuti a compensazione delle ex festività sopprese, ciò renderebbe ancor più difficoltosa la prova della riconoscibilità dell'errore da parte del dipendente.

SUL REGIME PRESCRIZIONALE DELL'AZIONE DI INDEBITO

A tali considerazioni va aggiunta quella relativa al regime prescrizione dell'azione di indebito ex art. 2041 CC, assoggettata al termine di dieci anni, che «decorre dal giorno in cui si matura il relativo diritto, che coincide con quello in cui si verifica l'arricchimento del beneficiario e la relativa diminuzione patrimoniale dell'altra parte e non viene interrotto da un'azione giudiziaria per adempimento contrattuale» Tribunale Trapani, 4 novembre 2008, nonché Cass. Sez. civ. 15 maggio 2009 n. 11330 in Guida al Diritto (2009), 30, 95 ss.

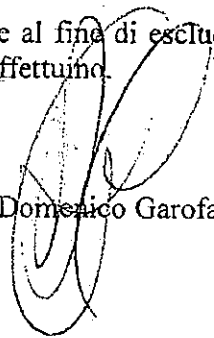
Sulla base del regime innanzi individuato consegue che l'azione di ripetizione, ove ammissibile, potrebbe riguardare gli ultimi dieci anni (2001-2011), e quindi n. 10 permessi retribuiti indebitamente accordati, con un valore economico pari ad € 600,00, ipotizzando una media di € 60,00 per ogni permesso. Quindi al profilo di ammissibilità e fondatezza della azione da esperire nei confronti di ciascun impiegato destinatario dell'indebito si affiancherebbe quello di opportunità ed economicità dell'azione medesima (si pensi al costo del contributo unificato per l'iscrizione a ruolo della causa, alle spese borsuali nonché al compenso dell'avvocato, che dovrebbe patrocinare l'azione per conto dell'Amat ove il lavoratore non provvedesse spontaneamente alla restituzione dell'indebito).

La scelta di soprassedere all'azione di recupero sarebbe ben motivata, anche al fine di escludere qualsivoglia ipotesi di responsabilità contabile in capo agli amministratori che tale scelta effettuino.

Questo è il mio parere in ordine ai quesiti postimi dall'Amat di Taranto.

Bari, 21 aprile 2012

Prof. Avv. Domenico Garofalo



- BARI - UDINE

SEDI SECONDARIE: ALTAMURA (BA) - PUTIGNANO (BA)

Via Dante Alighieri n. 396 - 70123 Bari

Tel. 0805749336 - 0804030372 - fax 0805746737

www.studiolegalegarofalo.it

bari@studiolegalegarofalo.it

C.F.: GRF-DNC-51M21A662A / P.IVA: 01097830721

COMUNICATO n. 13 del 03/02/2012

A TUTTO IL PERSONALE

Oggetto: FESTIVITA' SOPPRESSE: INFORMATIVA

Si rende noto a tutto il personale che la questione afferente alla monetizzazione dei permessi per festività sopresse non fruite negli anni pregressi, e le problematiche ad essa connesse, è stata oggetto di discussione con le OO.SS. nel corso degli incontri tenutisi il 23 settembre 2011 ed il successivo 4 novembre 2011.

Con deliberazione n° 6, adottata nella seduta del 27 gennaio 2012, il Consiglio d'Amministrazione ha preso atto dei contenuti dei precitati incontri e delle posizioni manifestate in merito dalle OO.SS., autorizzando l'Ufficio competente a porre a regime dal corrente anno, con esposizione già sul cedolino paga di gennaio u.s., n° 4 (quattro) anzicchè 5 (cinque) giornate a titolo di festività sopresse nei confronti dei dipendenti a cui non può riconoscersi il beneficio contrattuale di cui all'Accordo Interconfederale del 14/11/1978 (che prevede l'attribuzione a titolo di festività sopresse, in aggiunta ai permessi di cui all'A.I. del 27/07/1978, di un ulteriore permesso a favore del personale che per effetto delle modalità di distribuzione del proprio orario di lavoro nell'anno solare non supera le 74 giornate di riposo e/o di non prestazione).

Il Consiglio d'Amministrazione ha confermato altresì le determinazioni già assunte con la deliberazione n° 89/2011 in ordine al recupero delle giornate accreditate in eccedenza, per il titolo in oggetto, rispetto alle previsioni contrattuali.

Tali recuperi saranno effettuati con modalità il meno onerose possibile nei confronti dei dipendenti interessati ed, all'uopo, il Consiglio d'Amministrazione ha dato mandato al Presidente di avviare un ulteriore incontro sindacale per individuare nel dettaglio tali modalità.

Il predetto incontro con le OO.SS. è stato già convocato per il giorno 6 febbraio 2012, alle ore 11:00, presso la sede aziendale.

Si rende noto, infine, che con le competenze di febbraio 2012 l'Azienda procederà alla monetizzazione dei permessi per le festività sopresse non fruiti negli anni pregressi.


IL DIRETTORE GENERALE
(Ing. Giovanni Matichecchia)