

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE CIVILE DI UDINE

In funzione di giudice del lavoro, in persona del giudice Dott. Giuliano Berardi, ha pronunciato la presente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado iscritta al n. 975/2008 R.G.A.C., vertente

TRA

A: , rappresentata e difesa dall'Avv. Z

RICORRENTE

E

Azienda per i Servizi Sanitari n. 5 Bassa Friulana, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Y

RESISTENTE

* * *

CONCLUSIONI DELLE PARTI

PER LA RICORRENTE: “1) nel merito, riconoscere come indebitamente applicata l’indennità mancato preavviso ex art. 39 comma 4 CCNL comparto sanità dd. 5.12.1996, con conseguente illecita compensazione effettuata ex art. 1241 cod. civ. dall'ASS. “Bassa Friulana” con il credito alla retribuzione della ricorrente; 2) condannare l’ASS. “Bassa Friulana” a corrispondere alla ricorrente il pagamento integrale degli arretrati e competenze stipendiali a dicembre 2005 e tredicesima mensilità, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria; 3) accertare il diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente per n. 562 giorni di ferie non godute all’atto della cessazione del rapporto di lavoro; 4)

condannare l'ASS. "Bassa Friulana" al risarcimento del danno di euro 72.275 ovvero alla somma maggiore o minore che dovesse risultare dovuta in esito all'espletanda istruttoria, oltre agli interessi legali e di mora dal dovuto al saldo, con rivalutazione monetaria determinata con riferimento agli indici ISTAT; 5) in subordine, accertare che l'ASS. "Bassa Friulana" ha conseguito un arricchimento senza causa per aver fruito dell'attività lavorativa della ricorrente anche nei periodi in cui la stessa aveva diritto di godere delle ferie retribuite e condannarla al pagamento della somma specificata al numero precedente con interessi e rivalutazione monetaria; 6) in ogni caso con rifusione di spese ed onorari relativi al presente giudizio."

PER LA RESISTENTE: "nel merito, rigettare il ricorso proposto dalla dr.ssa A. in quanto infondato in fatto e in diritto; in via subordinata, per quanto attiene la richiesta di pagamento per ferie non godute, riconoscere l'intervenuta prescrizione quinquennale, limitando il quantum all'ammontare da determinarsi solo a partire dall'anno 2000; spese rifuse."

FATTO E DIRITTO

Con ricorso ai sensi degli artt. 414 e segg. c.p.c. depositato in data 15.12.2008 A., dirigente medico a tempo indeterminato dell'Azienda per i Servizi Sanitari n. 5 Bassa Friulana dal 9 luglio 1990 al 1 dicembre 2005, esponeva che con lettera del 18 ottobre 2005 aveva comunicato la propria volontà di transitare alle dipendenze dell'ASS n. 2, nonché richiesto il pagamento di 562 giorni di ferie accumulate negli anni di servizio; che l'ASS n. 5 aveva individuato per il passaggio la data del 1 dicembre 2005, e disposto il recupero dell'indennità di mancato preavviso - quantificata in euro 14.746,35 - mediante ritenuta alla fonte; che nelle date del 17 gennaio 2006 e del 28 dicembre 2006 aveva contestato tale ritenuta, richiedendo

nuovamente il pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute; che essendo tali richieste state disattese, il 18 dicembre 2007 aveva richiesto la convocazione innanzi alla Direzione Provinciale del Lavoro di Udine, ma il tentativo di conciliazione non aveva avuto esito positivo.

Ciò premesso, deduceva che, diversamente da quanto in precedenza comunicato, l'ASS n. 5 in data 14 novembre 2005 le aveva proposto di sottoscrivere una proposta transattiva concordata di sostanziale rinuncia ad ogni pretesa economica collegata alle ferie maturate e non godute dal 1990 al 30 novembre 2005, con cessazione del rapporto di lavoro al 1 dicembre 2005, precisando che ciò sarebbe avvenuto "a fronte della disponibilità dell'azienda a sopprassedere al rispetto dei termini di preavviso"; che con lettera del 15 novembre 2005 aveva formulato una controproposta, chiedendo di sopprassedere al rispetto del preavviso e di accettare la decorrenza del 1 dicembre 2005; che, decidendo di non proseguire oltre per una soluzione condivisa, con ordinanza n. 1075 del 28 novembre 2005 l'ASS n. 5 aveva "accettato" la decorrenza del 1 dicembre 2005, prendendo atto dell'inosservanza del rispetto del preavviso.

Ciò posto, nella fattispecie era, a suo dire, configurabile un comportamento concludente dell'ASS n. 5 nel senso che, avendo "accettato di porre la decorrenza del 1 dicembre", la stessa avrebbe in tal modo dimostrato di non avere un "apprezzabile interesse" al rispetto dell'intero periodo di preavviso di tre mesi; appariva pertanto "assolutamente ingiustificata" la pretesa di richiedere il pagamento dell'indennità di mancato preavviso, avendo la parte datoriale rinunciato "ad esercitare il proprio diritto potestativo di trattenere al lavoro la ricorrente per l'intero periodo dei tre mesi di preavviso".

La ricorrente esponeva inoltre che con nota del 15 novembre 2007 prot. n. 1297 l'ASS n. 5 aveva altresì respinto la richiesta di monetizzazione delle ferie non godute, adducendo che la mancata fruizione sarebbe stata determinata dalla sua volontà di non fruirne nel corso di ciascun anno solare e che non risultava alcun diniego ad eventuali richieste in tal senso presentate.

A suo dire, invece, nel 2001 il Direttore medico di Presidio aveva invitato il direttore della struttura di ortopedia e traumatologia presso cui prestava servizio a pianificare l'attività lavorativa tenendo conto che aveva già all'epoca maturato circa 2.300 ore di lavoro straordinario, manifestando altresì preoccupazione per gli oltre 400 giorni di ferie non fruiti, e che ciò nonostante tale intervento era stato disatteso, non essendo mai stata effettuata alcuna pianificazione atta a consentire il recupero.

La parte datoriale era pertanto tenuta alla corresponsione dell'indennità sostitutiva ai sensi dell'art. 5 comma 1 del CCNL Sanità 19.4.2004 e dell'art. 21 del CCNL Sanità 1994-1997, che al comma 13 prescriveva che "all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, qualora le ferie spettanti a tale data non siano state fruiti per esigenze di servizio o per cause indipendenti dalla volontà del dirigente, l'azienda o ente di appartenenza procede al pagamento sostitutivo delle stesse".

Chiedeva pertanto la corresponsione di euro 72.275,00 oltre interessi legali e di mora e rivalutazione monetaria a saldo dei 562 giorni di ferie non goduti all'atto della cessazione del rapporto di lavoro e, in via subordinata, avanzava allo stesso fine domanda di arricchimento senza causa.

Si costituiva l'Azienda per i Servizi Sanitari n. 5 Bassa Friulana, deducendo che, ai sensi dell'art. 20 comma 2 del CCNL 1998-2001, la volontà di

ottenere il preavviso dalla ricorrente era implicita nella mancata risposta all'istanza di nulla osta per la mobilità del 18.10.2005, che la stessa volontà era stata altresì esplicitata con la nota prot. 35859 dell'8.11.2005 e che aveva più volte richiamato la ricorrente al rispetto delle norme contrattuali, ma che a causa della volontà dell'interessata di anticipare la data del trasferimento presso la A.S.S. n. 2 aveva dovuto effettuare le trattenute previste.

Quanto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute, deduceva che ai sensi dell'art. 5 del CCNL invocato dalla ricorrente le stesse dovevano essere fruite presso la nuova amministrazione di appartenenza e ribadiva che la monetizzazione era ammessa solo nel caso in cui la mancata fruizione non era dovuta alla volontà della dipendente nel mentre, in caso contrario, doveva essere dimostrata l'esistenza di eccezionali ed obiettive esigenze aziendali ostative a quel godimento.

Deduceva inoltre che la ricorrente, pur di ottenere in tempi brevi il nulla osta al trasferimento per mobilità, aveva rinunciato a fruire le ferie maturate prima di trasferirsi, a dimostrazione del fatto che non era mai stato ostacolato il diritto al riposo e che anzi con nota n. 35859 dell'8.11.2005 la stessa era stata invitata in modo netto a fruire del congedo feriale, nel mentre nessuna pianificazione era stata possibile a causa della mancata collaborazione dell'interessata.

Da ultimo deduceva che l'indennità sostitutiva delle ferie non godute, essendo ricollegata direttamente al rapporto di impiego, aveva natura retributiva ed era quindi soggetta, ai sensi dell'art. 2948 cod. civ., a prescrizione quinquennale e che l'azione di arricchimento, stante il relativo carattere sussidiario, nella fattispecie era inammissibile.

Nel corso del giudizio veniva assunta la prova testimoniale; successivamente la causa, nelle more assegnata allo scrivente istruttore, perveniva in decisione all'udienza del 12 dicembre 2012 e veniva pertanto emessa la presente sentenza, della quale veniva resa pubblica e contestuale lettura.

* * *

In merito all'indennità di mancato preavviso, va richiamato il contenuto della disciplina collettiva applicabile alla fattispecie, ed in particolare quella dettata dal CCNL 1998-2001, che all'20 prevede che *“1. la mobilità volontaria dei dirigenti tra le aziende e tutti gli enti del comparto... avviene a domanda del dirigente che abbia superato il periodo di prova, con l'assenso dell'azienda di destinazione e nel rispetto dell'area e disciplina di appartenenza del dirigente stesso; 2. il nulla osta dell'azienda o ente di appartenenza, qualora non venga concesso entro dieci giorni dalla richiesta, è sostituito dal preavviso di tre mesi; 3. la mobilità non comporta novazione del rapporto di lavoro”*; analoga previsione è dettata in materia di preavviso dall'art. 39 comma 10 del CCNL 1994 – 97.

Ciò posto, considerato che, nel caso di specie, nel termine di dieci giorni sopra indicato l'azienda non aveva concesso il nulla osta, la ricorrente avrebbe dovuto osservare, prima del trasferimento, un termine preavviso di tre mesi; avendo tuttavia comunicato in data 18.10.2005 di voler transitare alle dipendenze della nuova azienda dal 14.11.2005, e dunque prima del decorso del termine di tre mesi, si era posta nelle condizioni di dover corrispondere la relativa indennità sostitutiva.

La norma nella fattispecie richiamata dall'art. 20 comma 2 del CCNL 1998-2001 è quella dettata dall'art. 39 comma 4 del CCNL 1994 – 97

espressamente prevedeva – per il diverso caso della *“parte che risolve il rapporto senza l’osservanza dei termini di cui al comma 1”* l’obbligo di *corrispondere all’altra parte un’indennità pari all’importo della retribuzione spettante per il periodo di mancato preavviso*; ai sensi di tale norma, *“l’azienda... ha diritto di trattenere su quanto dalla stessa eventualmente dovuto al dipendente un importo corrispondente alla retribuzione per il periodo di preavviso da questi non dato”*.

Il disposto della normativa citata è sufficientemente chiaro e determinato, per cui si impone, in ragione del principio *“in claris non fit interpretatio”*, un recepimento del puro dato letterale, ai sensi dell’art. 1362 cod. civ.

Non pare del resto condivisibile l’assunto secondo cui nella fattispecie sarebbe intervenuta una rinuncia dell’azienda a trattenere la ricorrente con l’effetto di estinguere l’obbligo del preavviso.

In realtà, come emerge dalla stessa narrativa del ricorso introduttivo, è assolutamente pacifico che le parti non erano pervenute ad una soluzione condivisa in ordine alla data di cessazione del rapporto di lavoro, essendo sul punto stata formulata una prima proposta, cui ne era seguita una seconda di contenuto integralmente diverso; ed è altresì noto che, ai sensi dell’art. 1326 ult. comma cod. civ., un’accettazione non conforme *“equivale a nuova proposta”*.

Deve essere inoltre evidenziato che non esiste alcun diritto potestativo della parte datoriale di prolungare il rapporto lavorativo per tutta la decorrenza del periodo di preavviso contro la volontà, che nella fattispecie era stata chiaramente espressa, del prestatore di lavoro, e che era stato viceversa quest’ultimo ad aver esercitato il diritto potestativo, conferitogli dalla disciplina collettiva sopra richiamata, alla mobilità volontaria.

Ne discende pertanto che l'ordinanza n. 1075 del 28 novembre 2005 dell'ASS n. 5 ha sul punto il valore di una mera presa d'atto della volontà, come sopra manifestata dalla ricorrente, di trasferirsi prima del decorso del periodo di preavviso, e non già di una rinuncia a trattenere la stessa presso di sé, né tanto meno a pretendere la corresponsione dell'indennità sostitutiva del mancato preavviso, che aveva viceversa formato oggetto, anche in tale sede, di espressa richiesta.

Deve pertanto ritenersi che la ricorrente, non avendo osservato l'obbligo del preavviso, fosse tenuta al pagamento della relativa indennità sostitutiva e che, ai sensi della disciplina sopra richiamata, legittimamente l'azienda resistente si era avvalsa della facoltà di recupero prevista dall'art. 39 comma 4 CCNL 1994 – 97 cit.

Per quanto ulteriormente attiene all'indennità sostitutiva delle ferie non godute, va in primo luogo rilevato come all'esito della prova testimoniale, assunta a mezzo dei testi R. , direttore di reparto, G. e A., colleghi di lavoro, sia univocamente emerso che mai richieste di ferie della ricorrente erano state disattese e che la stessa era, all'opposto, stata in diverse occasioni sollecitata a presentare tali richieste, ma “aveva nicchiato” (teste G.).

I testi hanno inoltre univocamente evidenziato che la ricorrente non aveva specializzazioni diverse dagli altri colleghi del reparto di ortopedia presso il quale lavorava, per cui in caso di assenza avrebbe potuto essere sostituita da ciascuno di essi, e che nel corso del tempo non si erano mai verificate esigenze di servizio ostative al godimento delle ferie.

A margine di tali considerazioni non possono pertanto ravvisarsi nella fattispecie i presupposti cui la normativa collettiva (art. 21 del CCNL 1994 – 97) subordinava la possibilità del pagamento dell'indennità sostitutiva,

non ricorrendo né il caso della mancata fruizione per esigenze di servizio o per cause indipendenti dalla volontà del dipendente, né il caso della cessazione del rapporto per recesso dell'azienda.

Oltre a ciò, deve essere rilevato che alla data del 18 ottobre 2005 in cui la ricorrente aveva comunicato la propria volontà di transitare alle dipendenze dell'ASS n. 2, era già da tempo in vigore la normativa dettata dall'art. 10 del D. Lgs. 66/2003, per effetto della quale è fatto espresso divieto di monetizzazione delle ferie non godute, con il solo limite della risoluzione del rapporto di lavoro.

Detta ipotesi tuttavia non ricorreva nel caso di specie, essendo, come si è visto, ai sensi dell'art. 20 del CCNL 1998-2001 espressamente previsto che *“3. la mobilità non comporta novazione del rapporto di lavoro”*.

In altri termini, il medesimo rapporto lavorativo, per effetto della mobilità, non veniva a risolversi, ma proseguiva alle dipendenze della nuova azienda, con l'effetto, previsto dall'art. 5 del CCNL integrativo dell'8.6.2000, che *“2. nei casi di mobilità volontaria, il diritto alla fruizione delle ferie maturate è mantenuto anche con il passaggio alla nuova azienda, salvo diverso accordo tra l'azienda di provenienza ed il dirigente per l'applicazione del comma 1”*.

A margine di tali principi deve pertanto escludersi la possibilità di agire in giudizio per invocare il pagamento dell'indennità sostitutiva, atteso che la legge non ne prevede più la corresponsione nel corso del rapporto lavorativo.

Né a diverso risultato potrebbe pervenirsi attraverso l'azione generale di arricchimento prevista dall'art. 2014 cod. civ., potendo la stessa essere esercitata solo quando manchi un titolo specifico a fondamento del preteso

diritto di credito, e non anche nel caso in cui detto diritto non sussista o la relativa pretesa si traduca in una violazione di legge.

Malgrado il rigetto del ricorso, che necessariamente discende dalle anzidette considerazioni, la complessità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale di Udine in funzione di Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa e reietta, così provvede:

- 1) Rigetta il ricorso;
- 2) Compensa integralmente tra le parti delle spese del giudizio.

Così deciso in Udine, lì 12 dicembre 2012

IL GIUDICE

Dott. Giuliano Berardi