

Richiesta di parere sulla durata del suo periodo di ferie.

(Risposta a quesito del 9 settembre 2015)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 9 settembre 2015, ha adottato la delibera di cui il seguente estratto del verbale:

"

OMISSIS

- vista la nota pervenuta in data 26 gennaio 2015, prot. CSM 3961/2015 con la quale il dott. ..., giudice del Tribunale di ..., pone un quesito in ordine alla durata del periodo di ferie ovvero se l'aspettativa e il collocamento fuori ruolo incidano sulla durata del congedo ordinario;

- atteso che la Quarta Commissione ha richiesto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura di formulare un parere in merito al quesito sopra indicato;

- preso atto del parere n. 75/2015 dell'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura;

- rilevato che ai fini di una corretta impostazione del tema d'indagine, bisogna muovere dalla constatazione che, nell'ordinamento vigente, non esiste una norma espressa che regoli l'evenienza specifica oggetto di richiesta. Quindi, la risposta al quesito richiede necessariamente un ragionamento ricostruttivo, di tipo logico-sistematico, funzionale a verificare i nessi di coordinamento tra la fattispecie dell'aspettativa e l'istituto delle ferie.

Muovendo dalla aspettativa, essa concretizza una fattispecie sospensiva dell'ordinaria prestazione lavorativa, con persistenza nel tempo del rapporto d'impiego e di servizio.

Questa figura realizza una modificazione temporanea del rapporto d'impiego, consistente essenzialmente nella sospensione dell'obbligo dell'impiegato di prestare il lavoro e di esercitare la funzione connessa all'ufficio.

Durante il periodo di aspettativa le prestazioni sono temporaneamente quiescenti, ma, dato che la relazione negoziale persiste, il lasso temporale di durata è di per sé normalmente computato ai fini dell'anzianità di servizio.

L'istituto di che trattasi, rispetto al personale di magistratura, trova nell'ordinamento giudiziario una disciplina peculiare, ma solo per alcuni aspetti (es. art. 203 O.g.), di modo che il quadro normativo di riferimento rimane quello dettato in generale dagli artt. 61 - 71 del D.P.R. n. 3/1957 per gli impiegati civili dello Stato non contrattualizzati.

Ai fini che interessano è importante tener conto che l'aspettativa ha giuridicamente carattere poliedrico, posto che la mancata prestazione da parte del dipendente dell'ordinaria prestazione lavorativa può derivare da diverse causali, che motivano un certo polimorfismo dell'istituto.

In particolare, valutando più da vicino, la posizione del personale di magistratura, e procedendosi ad un'estrema semplificazione, si nota che la collocazione in aspettativa può accompagnarsi allo svolgimento di una diversa attività professionale senza funzioni giudiziarie (es. aspettativa art. 23-bis T.U. n. 165/2001), ovvero la stessa può dipendere da un'impossibilità oggettiva di svolgimento della normale prestazione per causa non imputabile (es. aspettativa per infermità) o, infine, può scaturire da una posizione ordinamentale peculiare assunta dal magistrato, dipendente da una sua propria scelta (es. aspettativa per motivi elettorali).

Quanto all'aspettativa per malattia, all'interno della disciplina di diritto comune del pubblico impiego (non contrattualizzato), è bene tener conto che, a mente dell'art. 68 del D.P.R. n. 3 cit., "il tempo trascorso in aspettativa per infermità è computato per intero ai fini della progressione in carriera, dell'attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e previdenza"; nulla invece si prevede ai fini delle ferie.

Quanto poi alla terza fattispecie indicata, direttamente rilevante nel caso di specie, è bene precisare che, nel pubblico impiego, l'aspettativa per mandato elettivo presso il Parlamento nazionale, è disciplinata dal D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361¹, testo unico delle leggi recanti norme per

¹Per l'accesso al Parlamento nazionale, l'art. 8 del D.P.R. n. 361/1957, prevede che "i magistrati ... non sono eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa".

la elezione della Camera dei deputati, come modificato dalla legge n. 1261/1965, *corpus* valevole anche per il Parlamento europeo, ai sensi dell'art. 51 L. n. 18/1979 (*"Elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia"*), secondo cui *"...per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e successive modificazioni"*.

Ai fini che interessano, mette conto segnalare che l'art. 88 stabilisce che i dipendenti pubblici che siano eletti deputati o senatori, sono collocati d'ufficio in aspettativa per tutta la durata del mandato parlamentare.

La norma prevede poi che il periodo trascorso in aspettativa per mandato parlamentare è considerato a tutti gli effetti periodo di attività di servizio ed è computato per intero ai fini della progressione in carriera, dell'attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e di previdenza.

I magistrati in aspettativa ai sensi dell'art. 88, ultimo comma, conservano inoltre il trattamento di cui godevano prima².

Tanto premesso, visto che la questione interpretativa da scandagliare è se durante il menzionato periodo di aspettativa maturi, in capo al magistrato, il diritto alle ferie, si rende ancora necessaria qualche breve considerazione anche su tale ultimo istituto e ciò ribadito appunto che le norme applicabili ai magistrati in tema di aspettativa non si pronunciano espressamente sulla utilità di tale periodo ai fini del computo delle ferie.

In via di prima approssimazione, nella traiettoria ricostruttiva sistematica che si sta seguendo, va preso atto che, nell'ordinamento vigente, il diritto alle ferie³ matura in dipendenza della durata del servizio. Tale asserzione è valevole per tutti i lavoratori dipendenti, ai sensi dell'art. 36 Cost.⁴ ed ha ricevuto precisa affermazione normativa, relativamente al pubblico impiego, già nell'art. 36 del DPR n. 3/1957⁵.

Ora, interrogandosi se per "servizio" debba intendersi il mero rapporto d'impiego formalmente persistente o il lavoro effettivo prestato, la precipua questione che la Commissione sottopone a questo Ufficio si inserisce nella più ampia e controversa tematica del fondamento giustificativo del diritto soggettivo alle ferie annuali retribuite.

In forma estremamente sintetica, bisogna invero segnalare che, alla tesi che vede nelle ferie soltanto un tempo da destinare al riposo, inteso come ricostruzione delle energie consumate attraverso la effettiva prestazione lavorativa, e che perciò la pone in relazione di stretta corrispettività col lavoro reale svolto (ogni periodo di ferie compensa un precedente e proporzionale periodo di attività concreta) si contrappone la diversa opzione che assegna alla medesima la funzione più ampia di assicurare al lavoratore un tempo libero, necessario alla tutela della salute

² Poiché l'art. 88 D.P.R. n. 361/1957, che sancisce il diritto alla conservazione del trattamento economico in favore dei magistrati in aspettativa nel periodo di campagna elettorale per le elezioni alla Camera dei deputati, non è stato ritenuto applicabile alla diversa ipotesi in cui il magistrato sia collocato in aspettativa per partecipare alla campagna elettorale per le elezioni amministrative, in carenza di specifica normativa sul punto, si deve escludere che al magistrato collocato in aspettativa per partecipare alla campagna elettorale amministrativa sia da corrispondere, per il relativo periodo, la retribuzione prevista dal suddetto art. 88 ultimo comma D.P.R. 361/1957 (concernente, appunto, il solo mandato parlamentare di deputato o senatore) Sez. IV, sent. n. 466 del 03-02-2006

³ Le ferie s'identificano col congedo ordinario per gli impiegati civili dello Stato: art. 36 DPR n. 3/1957.

⁴ Il D.Lgs 66/2003, all'articolo 10, ha parametrato la durata delle ferie al periodo di servizio prestato.

⁵ 36. Congedo ordinario.

L'impiegato ha diritto, in ogni anno di servizio, ad un congedo ordinario retribuito di un mese da usufruire in un solo periodo continuativo, compatibilmente con le esigenze di servizio. Egli può chiedere di distribuire il congedo in periodi di minore durata che non eccedano nel complesso la durata di un mese.

Il diritto al congedo matura dopo un anno di effettivo servizio.

L'impiegato non può rinunciare al congedo.

Il godimento del congedo entro l'anno può essere rinviato o interrotto per eccezionali esigenze di servizio; in tal caso l'impiegato ha diritto al cumulo dei congedi entro il primo semestre dell'anno successivo

(art. 32 Cost.) ed all'esercizio dei diritti fondamentali di svolgimento della personalità (art. 2 Cost.), e perciò le inserisce solo in parte nella sinallagma del lavoro subordinato.

Venendo *in medias res*, è fondamentale tener conto che le Sezioni Unite Civili della Cassazione (sent. n.14020/2001) hanno affrontato specificamente il tema in esame, sia pure interessandosi precipuamente della questione della maturazione del diritto alla ferie durante i periodi di malattia, tuttavia l'arresto è di significato euristico più generale ed assoluto, poiché analizza in maniera sistematica ed organica l'istituto delle ferie, evidenziandone ogni ricaduta applicativa, con dirette ripercussioni anche rispetto all'oggetto del presente quesito.

Bene, le Sezioni Unite, avvalendosi degli approdi interpretativi raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale⁶, hanno ritenuto appartenere il diritto alle ferie a quel contenuto minimo di tutela che, secondo l'art. 36 della Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato in quanto tale, concludendone che "nella determinazione della durata delle ferie ex art. 2109, capoverso, cod. civ., l'autonomia privata trova un limite nella necessità, imposta dall'art. 36 Cost., di parificare ai periodi di servizio quelli di assenza del lavoratore per malattia".

Tuttavia, è fondamentale rilevare che, in forza del principio di sinallagmaticità attenuata sposato dalle Sezioni Unite, al di fuori del caso di assenza per malattia, è stata esclusa la possibilità di comprendere nel periodo di servizio di cui all'art. 2109, 2° comma, cod. civ. i giorni di assenza dal lavoro per altro titolo, non assimilabili all'assenza per malattia "quanto alla possibilità di utilizzazione del tempo resosi libero dall'impiego lavorativo".

Dunque, nel ragionamento del giudice di legittimità, il dato saliente e scriminante, ai fini del quesito qui posto, si risolve nella consistenza delle ragioni dell'assenza dal lavoro, secondo un apprezzamento commisurato alla possibilità alternativa e residua di fruire del tempo di vita.

Oltre alla giurisprudenza di legittimità, anche con riferimento al più vasto ambito del rapporto di pubblico impiego, la giurisprudenza amministrativa da tempo ormai valuta, quale elemento scriminante, la circostanza che sia o meno imputabile al dipendente il mancato godimento delle ferie (C.d.S. n. 1765/08) risultando, per conseguenza, concorde nel riconoscimento del diritto alla computabilità dei giorni in cui il dipendente non abbia prestato servizio, in quanto collocato in aspettativa per infermità, trattandosi per l'appunto di un fatto a lui non addossabile (cfr., tra le altre, C.d.S., n. 3636/2008).

Conclusivamente sul punto, il diritto vivente sembra esprimere piuttosto chiaramente l'assunto per cui le ferie sono commisurate generalmente al servizio effettivo, salvo che questo sia stato impedito da cause oggettive. Tale discriminazione sembra, *mutatis mutandis*, recepito anche dal legislatore, che, per esempio, in tema di maternità, ha distinto, ai fini del computo delle ferie, i periodi di assenza obbligatoria dal lavoro da quelli di assenza facoltativa, prevedendo, solo per il caso d'interdizione doverosa dal lavoro che "i periodi di congedo di maternità devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia e alle ferie", mentre dettando opposto precetto con attinenza al congedo parentale facoltativo (artt. 22 e 43 T.U. n. 151/2001).

Facendo applicazione alla *quaestio facti* dello strumentario esegetico indicato, se ne ricava che la maturazione del diritto alle ferie durante l'aspettativa pare dipendere dal titolo giuridico-causale di quest'ultima.

Se, invero, la mancata prestazione dipende da malattia, cioè da un evento impeditivo oggettivo non imputabile, il diritto alle ferie matura pienamente, come fosse un servizio effettivo ininterrotto ex art. 202, comma 1, O.g. (che infatti è parzialmente retribuito).

Esattamente in questa direzione, il Consiglio superiore della magistratura, con delibera del 28 maggio 2009, ha ritenuto "che il periodo di aspettativa per infermità usufruito dal magistrato non fa venire meno il diritto al godimento del congedo ordinario maturato".

Se invece l'aspettativa dipende da una scelta personale del lavoratore, per ragioni che non presentano profili d'interesse per l'Amministrazione, così come avviene per i motivi elettorali, il

⁶ sentenze 30 dicembre 1987 n. 616 e 22 maggio 2001 n. 158.

sinallagma si attenua massimamente, dando luogo non solo a ricadute di tipo stipendiale, ma anche giuridico.

In questa evenienza, d'altra parte, non vi è dubbio che la partecipazione del lavoratore a competizioni elettorali oggettivamente non dia luogo ad un'attività lavorativa in qualche modo apprezzabile dall'Amministrazione di appartenenza e dunque l'esigenza strutturale di recupero delle energie e dell'usura del lavoro non si presenta in nulla valutabile *tamquam* effettiva.

In linea con la conclusione testè rassegnata, mette conto segnalare che anche il Dipartimento della funzione pubblica, con nota del 17 gennaio 2005, n. 1842 ha escluso che durante i periodi di aspettativa non retribuita per mandato elettorale, il dipendente pubblico maturi il diritto alle ferie, essendo quest'ultimo strettamente connesso al materiale svolgimento del rapporto di servizio. Tale diritto - si afferma - è parte della prestazione dovuta al lavoratore dal datore di lavoro che, nei periodi di aspettativa non retribuita per le finalità suddette, risulta sospesa.

Peraltro, la soluzione rassegnata non appare contraddetta dall'art. 202, comma 1, O.g., a mente del quale "il periodo trascorso dai magistrati in aspettativa per servizio militare o per motivi di salute non importa interruzione di servizio né pregiudizio all'anzianità, salvo le disposizioni vigenti in ordine al tempo utile per la pensione", infatti, oltre alla assenza di cenni al profilo feriale, la norma richiama solo due ipotesi, in cui è patente la non imputabilità dell'assenza (malattia e leva obbligatoria). Sulla base del ragionamento svolto, la disposizione non è dunque stringente ai fini che interessano.

Per completezza, è infine da accennare alla circostanza che, nel caso dell'aspettativa ex art. 23-bis T.U.P.I., così come nell'ipotesi del collocamento fuori ruolo del magistrato, se strutturalmente sussiste l'interesse dell'Amministrazione autorizzante all'assegnazione della risorsa umana ad altro incarico, al rapporto di servizio fondamentale si giustappone uno status diverso, proprio del ruolo di temporanea appartenenza, entro cui è regolato e gestito anche il diritto alle ferie. Quindi, per questi periodi, la specificità dello *status* comprende ed involge anche la maturazione del diritto al congedo ordinario, tanto è vero che, sul piano normativo, la regolazione delle ferie dei magistrati con funzioni giudiziarie e fuori dal ruolo organico è formalmente differenziata.

Dunque, alla luce delle riflessioni sopra svolte, deve ritenersi che durante il periodo di aspettativa per motivi elettorali non sembra maturare il diritto alle ferie in capo al magistrato, pur se ciò evidentemente potrebbe comportare una qualche compressione del pieno godimento del diritto di cui all'art. 51 cost., anche se vale la pena ricordare che tale ultima disposizione a rigore limita la garanzia protettiva esclusivamente alla conservazione del posto di lavoro.

Tanto premesso,

delibera

che alla stregua delle considerazioni che precedono, in base al quadro regolativo vigente, pare doversi escludere che durante il periodo di aspettativa per motivi elettorali maturi il diritto alle ferie in capo al magistrato.

OMISSIS