

Civile Ord. Sez. L Num. 15952 Anno 2021

Presidente: BERRINO UMBERTO

Relatore: BOGHETICH ELENA

Data pubblicazione: 08/06/2021

ORDINANZA

sul ricorso 9267-2017 proposto da:

GIAMMARIOLI MICHELE, elettivamente domiciliato in
ROMA, PIAZZA COLA DI RIENZO 69, presso lo studio
dell'avvocato BRUNO DEL VECCHIO, che lo rappresenta e
difende;

- ricorrente -

contro

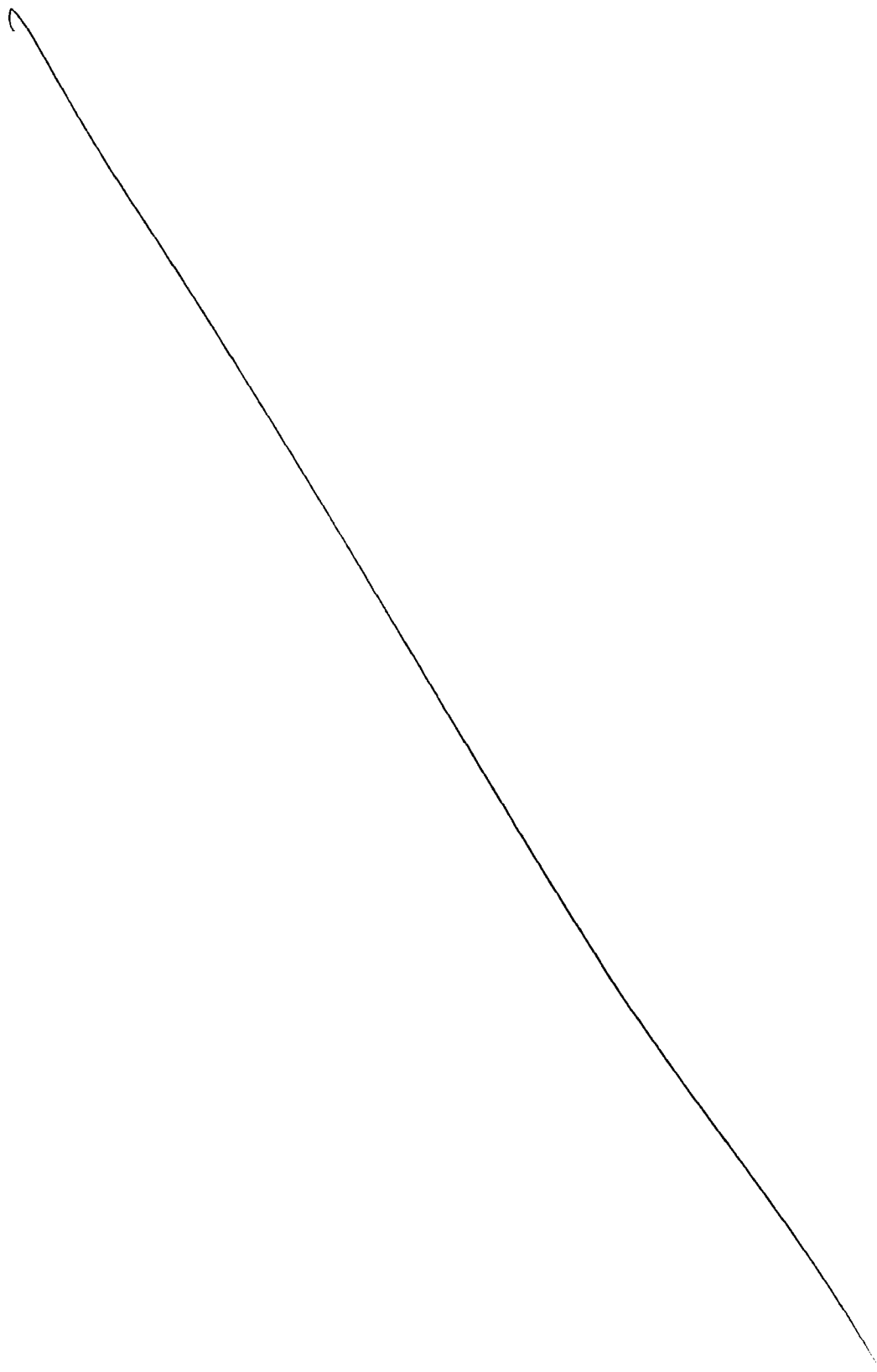
RAI - RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A., in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA ANTONIO BERTOLONI 44/46,
presso lo studio dell'avvocato MATTIA PERSIANI, che la
rappresenta e difende;

- controricorrente -

2020

2588

avverso la sentenza n. 4376/2016 della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 18/10/2016 R.G.N. 6859/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 19/11/2020 dal Consigliere Dott. ELENA
BOGHETICH.



RILEVATO CHE

1. con sentenza n. 4376 depositata in data 18.10.2016 la Corte di appello di Roma confermando la pronuncia del Tribunale della medesima sede, ha respinto la domanda di Michele Giammarioli proposta nei confronti della RAI-Radiotelevisione Italiana s.p.a. per il pagamento di euro 519.561,57 a titolo di indennità sostitutiva di ferie non godute e di indennità per mancati riposi e permessi;

2. la Corte territoriale ha rilevato che correttamente il giudice di primo grado aveva ritenuto specificamente contestata, da parte della società, la richiesta di monetizzazione dei giorni non goduti di riposo settimanale infrasettimanale, mancando la prova dello svolgimento di attività lavorativa nel giorno di domenica nonché nella giornata del sabato ed essendo emerso che gli ulteriori giorni di ferie e permessi non erano stati usufruiti per volontà del lavoratore che non aveva dato riscontro agli inviti avanzati in tal senso dalla Rai; ha, inoltre aggiunto che lo stesso appellante aveva allegato di aver ricoperto una elevata posizione nell'ambito della struttura organizzativa della Rai, assimilabile a quella del dirigente, e di aver avuto la possibilità di scegliere quando andare in ferie, in relazione alle esigenze di servizio, ma non aveva provato la ricorrenza di necessità aziendali assolutamente eccezionali ed ostative al godimento di ferie, riposi non goduti e permessi, ivi inclusi quelli straordinari (come richiesto, per i dirigenti o posizioni assimilabili, da consolidata giurisprudenza);

3. avverso questa pronuncia ricorre per cassazione l'originario ricorrente prospettando cinque motivi di ricorso; la società resiste con controricorso; entrambi le parti hanno depositato memoria.

CONSIDERATO CHE

4. con il primo motivo il ricorrente deduce violazione o falsa applicazione degli artt. 36 Cost., 2109 cod.civ., 10 d.lgs. n. 66 del 2003, ~~7~~ direttiva 88/2003/Ce, 115 cod.proc.civ., 7 e 23 c.c.n.l. giornalisti, 3 e 13 c.i.a. giornalisti Rai, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod.proc.civ., avendo, la Corte distrettuale, trascurato che la società non aveva contestato quanto espressamente dedotto al capitolo 14 del ricorso introduttivo del giudizio (ossia i giorni di ferie effettivamente goduti dal 1987 al 2009), ove non è mai stata affermata la libertà del Giammarioli di programmare le ferie, diritto irrinunciabile in relazione al quale gravano sul datore di lavoro precisi obblighi

sanciti dagli artt. 23 c.c.n.l. giornalisti e 13 c.i.a., al pari del riposo settimanale e infrasettimanale;

5. con il secondo motivo si deduce violazione degli artt. 36 Cost., 2109 cod.civ., 10 d.lgs. n. 66 del 2003, 7 direttiva 88/2003/Ce, 115 cod.proc.civ., 7 e 23 c.c.n.l. giornalisti, 3 e 13 c.i.a. giornalisti Rai, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod.proc.civ., avendo, la Corte distrettuale, trascurato che l'orientamento giurisprudenziale elaborato in materia di ferie con riguardo al dirigente o posizione assimilata esclude che sussista una presunzione, per tutti i dirigenti, di piena autonomia decisionale nella scelta del sé e del quando godere delle ferie, dovendo pur sempre dimostrare, il datore di lavoro, che il dirigente è autorizzato a tale autodeterminazione, circostanza che non è stata né allegata né provata;

6. con il terzo motivo si deduce violazione degli artt. 99, 112, 113, 115, 416 cod.proc.civ., 2697 cod.civ., 23 c.c.n.l. giornalisti, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod.proc.civ., avendo, la Corte distrettuale, trascurato che la società non aveva contestato la domanda concernente i permessi straordinari (spettanti in misura di cinque giorni lavorativi complessivi all'anno ex art. 23 c.c.n.l. giornalisti);

7. con il quarto motivo si deduce violazione degli artt. 99, 112, 113, 115 cod.proc.civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod.proc.civ., avendo, la Corte distrettuale, ritenuto assorbito il profilo della prescrizione del diritto vantato ma trascurando che l'eccezione di prescrizione era stata sollevata dalla Rai solo con riguardo alle ferie e che il lavoratore aveva indicato, quale *dies a quo* della decorrenza della prescrizione, la data di cessazione del rapporto per pensionamento (1.8.2009);

8. con il quinto motivo si denuncia violazione degli artt. 2935, 2938 cod.civ., 10 d.lgs. n. 66 del 2003, 7 direttiva 88/2003/Ce, 23 c.c.n.l. giornalisti, 3 e 13 c.i.a. giornalisti Rai, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod.proc.civ., dovendo ribadirsi che la prescrizione, decennale, del diritto all'indennità sostitutiva delle ferie comincia a decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro;

9. i primi tre motivi di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente in quanto connessi, non sono meritevoli di accoglimento;

10. preliminarmente, va rilevato, che in tema di ricorso per cessazione, il vizio di violazione di legge consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie astratta recata da una norma di legge e

quindi implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; viceversa, l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma di legge e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, sotto l'aspetto del vizio di motivazione; il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi - violazione di legge in senso proprio a causa dell'erronea ricognizione dell'astratta fattispecie normativa, ovvero erronea applicazione della legge in ragione della carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta - è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (*ex aliis*: Cass. 16 luglio 2010 n. 16698; Cass. 26 marzo 2010 n. 7394).

11. nella specie è evidente che il ricorrente lamenta la erronea applicazione della legge in ragione della carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta da parte dei giudici di merito di primo e secondo grado in punto di valutazione delle allegazioni delle circostanze di fatto, delle contestazioni di controparte e delle prove acquisite, di fonte documentale e testimoniale, e dunque, in realtà, non denuncia un'erronea ricognizione della fattispecie astratta recata dalla norma di legge (ossia un problema interpretativo, vizio riconducibile all'art. 360, primo comma, n. 3, cod.proc.civ.) bensì un vizio-motivo, da valutare alla stregua del novellato art. 360, primo comma n. 5 cod.proc.civ., che - nella presente ipotesi - sarebbe comunque inammissibile ricorrendo l'ipotesi di "doppia conforme", prevista dall'art. 348-ter, quinto comma, come novellato dal d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012;

12. con riguardo ai profili residuali concernenti il diritto irrinunciabile alla fruizione di ferie, riposi e permessi, il giudice di appello ha richiamato a fondamento della decisione l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui il dirigente che, pur avendo il potere di attribuirsi il periodo di ferie senza alcuna ingerenza da parte del datore di lavoro, non lo eserciti e non fruisca del periodo di riposo annuale, non ha diritto alla indennità sostitutiva a meno che non provi di non avere potuto fruire del riposo a causa di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive (Cass. n. 11786 del 2005; Cass. n. 13953 del 2009; Cass. n. 4920 del 2016; Cass. n. 23697 del 2017; e in motivazione con riferimento alla dirigenza pubblica Cass. Sez. U. n. 9146 del 2009 e Cass. n. 2000 del 2017).

13. l'orientamento deve essere qui ribadito, perchè resiste ai rilievi critici formulati dal ricorrente che, per contestare la validità delle conclusioni alle quali questa Corte è pervenuta, ha fatto leva sul principio della irrinunciabilità del riposo annuale sancito dalla Carta Costituzionale, dal d.lgs. n. 66 del 2003 nonchè dall'art. 7 della direttiva 2003/88/CE;

14. occorre premettere che la direttiva 93/104/CE, poi confluita nella direttiva 2003/88/CE, all'art. 7, comma 2 prevede che "Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro";

15. il divieto di monetizzazione, ripreso dal D.Lgs. n. 66 del 2003, art. 10, comma 2 che alla direttiva ha dato attuazione, è evidentemente finalizzato a garantire il godimento effettivo delle ferie, che sarebbe vanificato qualora se ne consentisse la sostituzione con un'indennità, la cui erogazione non può essere ritenuta equivalente rispetto alla necessaria tutela della sicurezza e della salute, in quanto non permette al lavoratore di reintegrare le energie psico-fisiche (si rimanda alla motivazione della recente sentenza n. 95 del 2016 Corte Cost. e alla giurisprudenza ivi richiamata);

16. da ciò discende che l'eccezione al principio, prevista nella seconda parte delle disposizioni sopra richiamate, opera nei soli limiti delle ferie non godute relative al periodo ancora pendente al momento della risoluzione del rapporto, e non consente la monetizzazione di quelle riferibili agli anni antecedenti, perchè rispetto a queste il datore di lavoro doveva assicurare l'effettiva fruizione; una diversa interpretazione finirebbe per rendere di fatto inoperante la regola generale, risolvendosi nella previsione di una indiscriminata convertibilità pecuniaria del diritto, anche se differita al momento della cessazione del rapporto.

17. ciò, peraltro, non significa che il lavoratore, al quale il godimento delle ferie non sia stato in effetti garantito, resti privo di tutela, perchè sia in corso di rapporto che al momento della sua risoluzione, potrà invocare la tutela civilistica e far valere l'inadempimento del datore di lavoro che abbia violato le norme inderogabili sopra richiamate e non gli abbia consentito di recuperare le energie psico-fisiche;

18. e' noto, però, che l'inadempimento deve essere addebitabile al soggetto nei cui confronti l'azione di danno viene esperita e pertanto è necessario che il mancato godimento delle ferie sia derivato da causa imputabile allo stesso datore di lavoro; questa condizione non si verifica nel caso in cui il lavoratore, per la posizione apicale

ricoperta nell'azienda, pur avendo il potere di attribuirsi le ferie in piena autonomia, senza condizionamento alcuno da parte del titolare dell'impresa, non lo eserciti; in detta ipotesi, infatti, salva la ricorrenza di imprevedibili ed indifferibili esigenze aziendali, la mancata fruizione finisce per essere la conseguenza di un'autonoma scelta del dirigente, che esclude la configurabilità di un inadempimento colpevole del datore;

19. la sentenza impugnata, che ha respinto la domanda di monetizzazione alle ferie (permessi straordinari e riposi non goduti) maturate in anni precedenti l'annualità del pensionamento, è, quindi, conforme ai principi di diritto sopra richiamati;

20. Quanto poi alle condizioni che devono ricorrere affinché possa trovare applicazione l'orientamento giurisprudenziale al quale si è qui ritenuto di dare continuità, questa Corte ha anche affermato che "ex art. 2697 cpv. c.c. il potere - in capo al dirigente - di scegliere da se stesso tempi e modi di godimento delle ferie costituisce eccezione da sollevarsi e provarsi a cura del datore di lavoro, mentre l'esistenza di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive, ostative alla fruizione di tali ferie, integra controeccezione da proporsi e dimostrarsi a cura del dirigente." (Cass. 14.3.2016 n. 4920).

21. nel caso di specie, peraltro, detta regola di riparto dell'onere probatorio è priva di rilevanza, perchè la Corte territoriale ha respinto la domanda avendo ritenuto accertato il potere di autodeterminazione sulla base delle stesse ammissioni formulate dallo stesso lavoratore, che ha dedotto di ricoprire una elevata posizione nell'ambito della Rai, assimilabile a quella del dirigente, e di scegliere quando andare in ferie, in relazione alle esigenze di servizio (pag. 6 della sentenza impugnata);

22. si tratta, quindi, di un accertamento di merito non censurabile in sede di legittimità, se non nei ristretti limiti concessi dalla nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 (non evocato dal ricorrente) che, come si è già detto, oltre ad essere precluso in questa sede in considerazione della c.d. "doppia conforme", consente di denunciare solo l'omesso esame del "fatto decisivo", da non confondersi con la mancata o l'errata valutazione del mezzo istruttorio destinato a provarlo;

23. il quarto ed il quinto motivo sono assorbiti a fronte del mancato riconoscimento del diritto preteso;

24. il ricorso va, dunque, rigettato, e le spese di lite sono regolate secondo il criterio della soccombenza dettato dall'art. 91 cod.proc.civ.;

25. sussistono i presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato previsto dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (legge di stabilità 2013) pari a quello - ove dovuto - per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità che liquida in euro 200,00 per esborsi e in euro 12.000,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso nella Adunanza camerale del 19 novembre 2020

Il Presidente
Dott. Umberto Berrino

Funzionario Giudiziario
Dott. Giovanni RUELLO
Giovanni Ruello



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
IV Sezione *LAVORO*

Umberto Berrino