



Numero 2 / 2020

(estratto)

Federico Avanzi

**L'istituto delle ferie nel sinallagma
subordinato**

L'istituto delle ferie nel sinallagma subordinato

Analisi e possibili interpretazioni fra “diritto effettivo” e ampiezza delle prerogative datoriali.

Federico Avanzi
Consulente del lavoro

Che l'emergenza epidemiologica da Covid-19, tutt'ora in corso, oltre le nefaste conseguenze sanitarie e i già percepibili effetti sul tessuto economico e sociale, abbia altresì costituito un importante *stress-test* per l'ordinamento giuridico nazionale, è ormai fatto assodato.

In particolare, essendo che, al momento, l'unica misura di comprovata efficacia nel contrastare la diffusione del virus ossia le svariate declinazioni del c.d. “distanziamento sociale”, ha gioco forza rallentato gravemente nonché, in molti casi, inibito l'attività d'impresa, una delle branche maggiormente sollecitate è stata, senza dubbio, quella inerente il diritto del lavoro.

Invero, la copiosa attività legislativa che lo ha riguardato sta proprio a testimoniare la sostanziale inadeguatezza del medesimo, in situazioni inedite e di simile portata, a garantire le sue funzioni principali, quella “genetica” di proteggere la persona del lavoratore dall'autorità del suo datore, ma anche e in special modo una più evoluta e desiderabile, quella “collaborativa”¹, che tiene conte delle esigenze dell'altro soggetto della relazione ossia, per l'appunto, l'impresa.

In questo senso, soprattutto nelle prime fasi della pandemia, la progressiva impossibilità di impiegare le energie del personale dipendente all'interno dell'organizzazione aziendale, ha imposto al datore una impreveduta necessità di

¹ Su questa auspicata e nuova direzione si veda la riflessione di A. Garilli WP CSDLE M. D'Antona n. 412-2020 “Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona”

riflessione nonché tempestività d'azione in quell'alveo giuridico riconducibile alle ipotesi di sospensione legale del rapporto.

Fra queste, è riemersa con vigore, con tanto di - mediatiche - controversie risolte provvisoriamente d'urgenza², l'annosa questione, che in questa sede si intende indagare, delle c.d. "ferie forzate" ovvero della legittimità o meglio dell'esistenza stessa di un potere costringitivo, in capo al contraente forte del rapporto, circa determinazione e soprattutto imposizione materiale del periodo di riposo.

Dimensione transnazionale e teleologia del diritto

L'analisi complessiva dell'articolato panorama normativo che lo riguarda³ conduce, in primo luogo, a considerare l'istituto delle "ferie" come un "diritto", rappresentando dunque una *quaestio* assolutamente di primo piano nella vicenda subordinata.

Andando con ordine e muovendo dai vincoli internazionali più incisivi, già la Carta Sociale Europea, pur nei limiti della sua interposta applicabilità⁴, inserisce fra gli impegni degli stati contraenti, necessari ad assicurare l'effettivo esercizio del diritto a eque condizioni di lavoro, proprio quello di "*garantire il godimento di ferie annuali retribuite di un minimo di quattro settimane*" (art. 2 p.3) oltre a prevederne di supplementari in favore di soggetti adibiti a lavori pericolosi o insalubri (art. 2 p. 4).

Dunque, una misura relativa alla salute e alla sicurezza del prestatore altresì prevista all'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE, assorbente ed espansiva delle previgenti 93/104 e 2000/34/CE, che si prefigge la duplice finalità, da una parte, di consentire ai lavoratori di riposarsi dai compiti loro attribuiti in forza del contratto e, dall'altra, di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione⁵.

Si verte dunque di un "diritto" conferito direttamente dall'ordinamento europeo a ogni lavoratore e che riveste una evidente dimensione personalistica ed esistenziale,

² Tribunale di Grosseto Sez. Lavoro, Ordinanza del 22/04/2020

³ Per una ricognizione delle fonti, si veda il contributo di Morra G. Lavoro, Lavoro Diritti Europa n. 1/2020 "Ferie Coatte in caso di trascinarsi dagli anni precedenti: nota Trib. Milano n. 2719/2019"

⁴ Corte Costituzionale n. 120/2018

⁵ Corte Giustizia UE, 11/11/2015 Causa C-219/14

in quanto rivolto, non solo al recupero psico-fisico, ma anche a consentire alla persona di poter coltivare interessi morali, materiali personali e sociali di natura extra-lavorativa⁶, peraltro in modo perfettamente contiguo a quanto previsto all'articolo 24 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

Nondimeno, occorre rilevarne la definitiva sublimazione all'interno della "costituzione europea", comparando, in modo esplicito, nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione (art. 31 p. 2) attraverso una terminologia normativa che costituisce, *de facto*, un'espressione specifica di rispetto della dignità umana, tutelata in modo più ampio nel Titolo I della Carta⁷.

In ultimo, anche considerata l'effettività (TUE art. 19 p. 1; Carta di Nizza art. 47) che guida l'ordinamento comunitario, ribadito che questa particolare tipologia di ristoro assurge al rango di "diritto" e non a semplice "principio", con costanza la corte di giustizia europea ne ha fornito una interpretazione applicativa particolarmente rigorosa ovvero intesa come obbligo del datore di lavoro a fornire strumenti adeguati al lavoratore per l'effettivo esercizio⁸, senza che questi debba intervenire a tal proposito⁹.

Il Diritto interno

Preso atto che, allo stato dell'arte, il diritto dell'unione altro non è che il "diritto di ciascuno degli stati membri, assunto e valutato all'esito del necessario processo di integrazione fra le fonti interne e quelle di derivazione comunitaria"¹⁰, al fine di dipanare la matassa, diviene essenziale l'analisi delle precedenti e susseguenti disposizioni nazionali in materia.

6 Cassazione Sez. Lavoro n. 1756/2016

7 Corte Giustizia UE, Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-214/16 p. 36

8 Corte Giustizia UE, 19/04/2016 Causa C-441/14 p. 30

9 Corte Giustizia UE, 12/06/2014 Causa C-118/13 p. 27 e 28

10 La citazione è contenuta nell'interessante contributo di Armone G., in Lavoro Diritti Europa n. 2/2019 "Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro"

Se l'articolo 36 della Costituzione sta a conferma della natura di tutela particolarmente intensa del diritto al riposo feriale, che matura giorno per giorno in relazione all'accumulo della fatica lavorativa e al conseguente bisogno di recupero¹¹, è in primo luogo negli articoli 2109 c.c. e 10 del D.L.gs. 66 del 2003 che occorre indagare prerogative e limiti che disciplinano, reciprocamente, le azioni dei soggetti contraenti. Per quanto concerne la disposizione codicistica, oltre ha riaffermarne i gradi di "diritto", introduce altresì rilevanti affermazioni di senso pratico prevedendo, testualmente, *“un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro [e che] L'imprenditore deve preventivamente comunicare al prestatore di lavoro il periodo stabilito per il godimento”*.

In sostanza, al netto di quelle che paiono (considerare gli interessi del lavoratore e informarlo anzitempo) una traduzione all'uopo del generale e costituzionalizzato¹² principio di correttezza e buona fede che deve, in ogni sua fase, necessariamente presiedere il rapporto, la norma sembra attribuire al datore di lavoro, in modo inequivoco, la primazia sulla collocazione temporale del riposo.

Tuttavia, essendo i soggetti del predicato “stabilire”, il “diritto” e un “periodo annuale di ferie”, non sembrano emergere manifeste indicazioni di senso confermativo a un potere datoriale costrittivo e comunque tale da imporre, fisicamente, la sospensione delle ordinarie obbligazioni scaturenti dal contratto.

Sul punto e riguardo l'incertezza dottrinale o la mancata convergenza della giurisprudenza¹³, sembrano persistere i dubbi anche riflettendo sul contenuto dell'art. 10 del D.L.gs. 66 del 2003, il quale, oltre a fare proprie espressamente le disposizioni civilistiche testé, si premura di riportare a fonte nazionale i precetti comunitari, replicando il periodo minimo spettante di quattro settimane e disponendone l'infungibilità, salvo cessazione del rapporto, rispetto l'indennizzo economico.

11 In questi termini si esprime, efficacemente, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 543/1990

12 Sul nesso fra art. 2 Cost e artt. 1175 e 1375 c.c. si veda Cassazione Sez. Lavoro n. 20458/2018

13 Sull'impossibilità di atti costrittivi da parte datoriale si veda, da ultimo, TAR Aosta sentenza n. 1/2020; in senso contrario e al fine di prevenire la monetizzazione delle ferie residue, si veda invece Cassazione Sez. Lavoro n. 27206/2017

Per ciò che attiene all'utilizzo del "margine" legislativo, la norma interna si completa definendo termini temporali entro cui godere del riposo ossia *"per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione"*.

A ciò giunti, sebbene sia ormai evidente che la precettistica in esame sia edificata con l'obiettivo di garantire l'effettività delle ferie e meno si preoccupi delle conseguenze di una mancata convergenza delle parti circa la collocazione temporale di esse, una certa e consolidata esegesi pretoria, può comunque tornare utile nel tentare di risolvere la *vexata quaestio*.

A tal proposito, taluna giurisprudenza afferma che ***"il divieto di monetizzazione 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.***

Da ciò discende che l'eccezione al principio [la cessazione del rapporto] opera nei soli limiti delle ferie non godute relative al periodo ancora pendente al momento della risoluzione e non consente la monetizzazione di quelle riferibili agli anni antecedenti, perché 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.

***Ciò, peraltro, non significa che il lavoratore, al quale il godimento delle ferie non sia stato in effetti garantito, resti privo di tutela, perché 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"*¹⁴.**

¹⁴ Cassazione Sez. Lavoro n. 23697/2017

In sostanza, la reale funzione dell'articolo 10 sarebbe quella di coartare le scelte datoriali affinché assicurino l'effettiva astensione finalizzata al ristoro psico-fisico, senza che il medesimo abbia in nessun tempo, salvo l'eccezione come *supra* intesa, alcuna possibilità pecuniaria alternativa.

Per quanto seguirà, è utile rimarcare che una siffatta quanto drastica lettura mette in discussione, sul piano teorico e *ab origine*, la liceità stessa, anche in assenza di controversie, della liquidazione dell'indennità sostitutiva se compensativa di periodi già maturati, ma "scaduti" secondo i termini di legge.

Il "diritto" nei contratti a prestazioni corrispettive

Fatta l'ampia ma tutt'altro che dirimente premessa lavoristica, sembra dunque ineluttabile esplorare la questione da un punto d'osservazione ulteriore ossia quello civilistico "puro" delle obbligazioni e dei contratti in generale, che comunque influenzano a monte il contratto di lavoro dipendente.

A tal fine, occorre chiarire che, anche limitandosi ai contenuti degli articoli 14, 41 e 42 della Costituzione o alle tratte notazione della giurisprudenza circa la diversa coercibilità delle prestazioni infungibili, a cui evidentemente appartiene la prestazione di lavoro, dovendo l'adempimento del "fare" essere preceduto da atti preparatori la cui esecuzione richiede la collaborazione del creditore¹⁵, non residuano certo perplessità sul fatto che il datore abbia facoltà di inibire fisicamente al lavoratore l'accesso ai locali aziendali.

Tuttavia, assai diversa resta la questione se a tale comportamento possa, o meno, conseguire la legittima imputazione dell'assenza così imposta, al periodo di ferie già maturato.

E per stabilire ciò, occorre preliminarmente spiegare la speciale declinazione del "principio di corrispettività" della prestazione, nel mentre del sinallagma subordinato.

¹⁵ Cassazione Sez. Lavoro n. 17785/2019

Invero, mentre dalle universali disposizioni civilistiche¹⁶ non si evince una diretta e autonoma disciplina della sospensione del rapporto a prestazioni corrispettive, la relazione etero-diretta introduce una vera e propria deroga al nesso di stretta interdipendenza tra le obbligazioni, attraverso tutte quelle ipotesi tipizzate dal legislatore, come l'istituto delle ferie, in cui al lavoratore compete il diritto a un trattamento economico sebbene non sia tenuto ad eseguire la prestazione dedotta in obbligazione¹⁷.

Ciò sta a significare essenzialmente due cose, la prima, che la “soluzione” giuridica va preferibilmente ricercata nella specifica disciplina lavoristica, e la seconda, che percorrendo le regole comuni, o le ragioni che muovono il comportamento unilaterale e impeditivo del datore sono sussumibili nel concetto di “motivo legittimo” oppure il medesimo finirebbe per trovarsi in una condizione di *mora credendi* (art. 1206 c.c. e ss.).

Possibili soluzioni

Giunti a questo punto, sembrano profilarsi all'orizzonte due sole vie tecnicamente percorribili ma in una certa misura connesse fra loro.

Una prima, ricavata direttamente dalla norma speciale e che *prende il largo* dall'interpretazione della stessa.

In particolare, sulla scorta della giurisprudenza citata, **si potrebbe asserire che l'obiettivo prefisso dal legislatore è sì quello dell'effettiva fruizione del riposo, ma ancor prima e necessariamente, quello di contrastare condotte oppositive e costringere il datore a mettere in condizione il lavoratore di esercitare concretamente e liberamente il “diritto”,** fermo restando il legalmente previsto contemperamento con le esigenze aziendali.

¹⁶ Nello specifico si intende riferirsi al Libro Quarto - Delle obbligazioni, Titolo I - Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1320) e Titolo II - Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)

¹⁷ Sul principio di corrispettività nel rapporto subordinato, si consenta di rimandare a un recente e personale contributo, WP ADAPT University Press n. 4-2020 “*La retribuzione nel contratto di lavoro subordinato, oggi - Fra principi ed evoluzione giurisprudenziale il suo ruolo nel diritto del lavoro contemporaneo*”

In tale guisa, l'ordinamento si limiterebbe a pretendere e consentire al datore, con onere probatorio a suo carico, di aver concretamente offerto al prestatore subordinato un adeguato tempo per il godimento delle ferie, senza necessità di prevaricarne l'azione, cosa che peraltro risulterebbe soffocante nonché in palese contrasto con la natura stessa di "diritto soggettivo".

A indiretto sostegno della tesi restrittiva delle prerogative del datore oltretutto, in un certo senso, proprio a tutela di quest'ultimo, potrebbero poi richiamarsi gli approdi giurisprudenziali secondo cui *"in relazione alla funzione di recupero delle energie fisiche e psichiche da parte del lavoratore, le ferie annuali devono essere godute entro [i termini di legge, decorsi i quali] il datore di lavoro non può imporre al lavoratore di godere effettivamente delle ferie né può stabilire il periodo nel quale deve goderle"*¹⁸, in questo caso competerà infatti l'indennità sostitutiva, salvo che il titolare del rapporto *"dimostrì di aver offerto un adeguato tempo per il godimento delle ferie, di cui il lavoratore non abbia usufruito, venendo ad incorrere, così, nella mora del creditore"*¹⁹.

Pertanto, sembra plausibile una interpretazione secondo la quale i rigidi termini "decadenziali" previsti dalla legislazione interna, considerati oltretutto non di per sé stessi ostativi alla direttiva comunitaria²⁰, potrebbero fungere sia da garanzia di effettiva fruizione del riposo, sia da limite/tutela per il datore, qualora il lavoratore si renda indisponibile verso qualsiasi soluzione compatibile con l'organizzazione aziendale.

Scendendo sul piano civilistico, ma rimanendo pur sempre in subordine alla interpretazione che precede, potrebbe altresì ipotizzarsi che esclusivamente qualora ricorra un "motivo legittimo", come parrebbe senz'altro la chiusura aziendale disposta dalle autorità, un c.d. *factum principis*, il datore di lavoro, non versando dunque in una situazione di mora del creditore e forzando, *ex art. 2109 c.c.*, verso una visione di "diritto condiviso", potrebbe anche considerarsi legittimato a procedere con una fruizione "coatta".

18 Cassazione Sez. Lavoro n. 1756/2016

19 Cassazione Sez. Lavoro n. 2496/2018

20 A conferma, la Corte Giustizia UE, 29/01/2018 Causa C-214/16 definisce ostative simili previsioni qualora il datore non permetta o comunque ostacoli l'effettiva fruizione del "diritto"

Conclusioni

Precisato che i limiti alle prerogative datoriali in tema collocazione del periodo feriale, causa la già citata interessenza fra riposo e prestazione, possono al più riguardare quella parte di istituto già maturato e non certo futuri accantonamenti, dalla disamina in questa sede affrontata, non sembra potersi scorgere, in linea di principio generale, una cornice giuridica che legittimi una forzosa sospensione della prestazione con coeva imputazione dell'assenza a titolo di ferie.

Orduque, rilevato che il “diritto” in parola, nemmeno può tradursi in un potere di imposizione di senso contrario, essendo che né la subordinazione né l'imperio organizzativo del datore (2086 c.c.) consentono al lavoratore di autodeterminare la propria disponibilità nel mentre del contratto, la configurazione legislativa non può che condurre allo scenario che, sinteticamente, segue.

Trattandosi pur sempre di uno dei diritti più importanti riconosciuti al prestatore²¹, il datore di lavoro, secondo correttezza, buona fede e salvo la riserva disposta in favore della contrattazione collettiva (c.1 art. 10 D.L.gs. 66 del 2003) che buon incidere sulla disciplina organizzativa dell'istituto, non può che prodigarsi nel proporre soluzioni che bilancino le contrapposte esigenze, preservando comunque la “libertà” di astensione dal servizio del lavoratore, anche perché potenzialmente priva di conseguenze patrimoniali retributive e/o risarcitorie.

²¹ Si consenta di rinviare nuovamente a Corte Giustizia UE, Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-214/16 p. 36