



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le ferie:
il dialogo tra le Corti si fa intenso**

ANNA FENOGLIO
Università di Torino

vol. 7, no. 2, 2021

ISSN: 2421-2695



Le ferie: il dialogo fra le Corti si fa intenso

ANNA FENOGLIO

Università di Torino

Associata di Diritto del Lavoro

anna.fenoglio@unito.it

ABSTRACT

The right to paid annual leave has gained in recent years increasing importance, not only in the domestic and in international sphere but above all in the uni-European one, thanks to the progressive elevation of the *status* of this right and to the growing attention shown by jurisprudence. In an attempt to put the matter in order, the essay discusses the rich jurisprudence elaborated by the Court of Justice and the internal judges, focusing on the main issues still debated today that continue to animate the dialogue between the Courts.

Keywords: paid annual leave; Court of Justice; untaken paid annual leave; leave periods; carry-over period.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14087>

Le ferie: il dialogo fra le Corti si fa intenso

SOMMARIO: 1. Il progressivo rafforzamento di un diritto fondamentale. 2. La collocazione del periodo di ferie. 2.1 L'utilizzo delle ferie durante l'emergenza Covid. 3. I profili retributivi del diritto alle ferie. 3.1 Il diritto al pagamento dell'indennità per ferie non godute. 3.2. Dubbi sulla legittimità uni-europea della norma in tema di *spending review* operante nella pubblica amministrazione. 4. Un filone giurisprudenziale in continuo sviluppo: la sovrapposizione fra ferie e congedo di malattia. 4.1 Ancora su ferie e malattia: l'interruzione del periodo di comporto. 4.2. La sovrapposizione fra le ferie e altri periodi di non lavoro. 5. Il riporto: qualche riflessione sulla dubbia legittimità uni-europea della normativa italiana.

1. Il progressivo rafforzamento di un diritto fondamentale

Gli anni recenti hanno segnato una stagione di intensa fioritura del diritto alla ferie grazie alla crescente attenzione mostrata dalla giurisprudenza e alla progressiva elevazione dello *status* di tale diritto, non solo in ambito interno⁽¹⁾ e internazionale⁽²⁾ ma soprattutto in quello uni-europeo. Il diritto dell'Unione ha infatti contribuito a irrobustire significativamente la tutela riconosciuta al riposo annuale: la strada compiuta è davvero lunga, se si considera che nella versione originaria del Trattato l'unica norma relativa al periodo di riposo annuale poteva essere ravvisata nell'art. 120 che impegnava gli Stati membri «a mantenere l'equivalenza esistente nei regimi di congedi retribuiti», oggi riprodotta «come una sorta di reperto fossile»⁽³⁾ nell'art. 158 TFUE (già 142 TCE). A piccoli passi si è infatti giunti dapprima a riconoscere, con l'art. 8 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata nel 1989, il diritto di «ogni lavoratore della Comunità europea [...] a ferie annuali retribuite i cui periodi devono essere via via ravvicinati, in modo da ottenere un progresso, conformemente alle prassi nazionali» e, successivamente, il diritto ad un periodo minimo di quattro settimane di ferie retribuite, ad opera dell'art. 7 della direttiva

⁽¹⁾ Nel sancirne il carattere irrinunciabile, l'art. 36 Cost. detta una regolamentazione parziale del diritto alle ferie mediante l'indicazione di clausole che il contratto di lavoro deve necessariamente contenere. Il diritto soggettivo al godimento delle ferie, dunque, non è soltanto perfetto ed indisponibile ma è anche immediatamente efficace nei confronti del datore di lavoro.

⁽²⁾ Si pensi all'art. 2 della Carta sociale europea, all'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU sottoscritta nel 1948, all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, alle Convenzioni OIL n. 52/1936 e n. 132/1970.

⁽³⁾ M. Roccella - T. Treu - M. Aimo - D. Izzi, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2019, 331.

2003/88 (frutto dell'opera di *restyling* delle precedenti direttive adottate in materia di orario di lavoro). Un significativo passo in avanti è stato compiuto con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel 2000, che nel sancire il diritto alle ferie nell'art. 31, comma 2, ha elevato lo *status* del diritto in questione dandone la «più qualificata e definitiva conferma del fatto che il diritto alle ferie ha natura di diritto fondamentale»⁽⁴⁾ ed «assoluto [...], non [...] soggetto ad alcuna eccezione né deroga»⁽⁵⁾.

Ancora prima che la Carta di Nizza acquistasse piena efficacia vincolante, la Corte di Giustizia aveva peraltro già provveduto ad attribuire all'art. 7 della direttiva 2003/88 – che riconosce il diritto a 4 settimane di ferie – il carattere di principio «particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare»⁽⁶⁾, chiarendo che gli Stati membri possono «definire, nella loro normativa interna, le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, precisando le circostanze concrete in cui i lavoratori possono avvalersi di tale diritto, [...] ma non possono affatto condizionare la costituzione stessa del diritto, che scaturisce direttamente dalla direttiva»⁽⁷⁾. Quest'indicazione è stata poi significativamente rafforzata con la sentenza *Dominguez* con cui la Corte ha precisato che «sebbene l'art. 7 della direttiva 2003/88 lasci agli Stati membri un certo margine di discrezionalità [...], tale circostanza tuttavia non incide sul carattere preciso e incondizionato dell'obbligo previsto da tale articolo»⁽⁸⁾: ragion per cui a tale norma deve essere riconosciuta efficacia diretta “verticale”, potendo essere direttamente applicata nei rapporti tra i privati e lo Stato.

Il passo è poi stato allungato nel momento in cui la Carta di Nizza ha acquisito la medesima efficacia giuridica dei Trattati (ad opera dell'art. 6 TFUE), favorendo così una lettura combinata dell'art. 7 della direttiva con l'art. 31 della Carta di Nizza, alla luce della quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto al diritto alle ferie anche una efficacia diretta “orizzontale”, precisando cioè che il diritto in questione può essere direttamente invocato anche nei rapporti interprivati. Tale risultato è stato raggiunto da un tritico di sentenze emesso nella stessa

(4) Conclusioni dell'avvocato generale Antonio Tizzano presentate l'8 febbraio 2001 in merito alla causa C-173/99, *BECTU* (punto 28).

(5) Conclusioni dell'avv. gen. Jean Mischo, presentate il 3 aprile 2003 in merito alla causa C-342/01, *Merino Gómez*, punti 32 e 33. Nello stesso senso, v. le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak presentate il 24 gennaio 2008 in merito alla causa C-350/06, *Schultz-Hoff* e le conclusioni dell'avv. gen. Christine Stix-Hackl, presentate il 27 ottobre 2005 in merito alle cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*.

(6) Corte giust. 26 giugno 2001, C-173/99, *Bectu*, punto 43 della motivazione.

(7) Corte giust. 26 giugno 2001, *Bectu*, cit., punto 53 della motivazione.

(8) Corte giust. 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*, punto 35 della motivazione.

udienza del 6 novembre 2018 dalla *Grande Chambre* della Corte di Lussemburgo⁽⁹⁾; la più rilevante delle tre è quella relativa al caso *Max-Planck*, la cui importanza trascende il solo diritto alle ferie retribuite, facendo luce sul rapporto giuridico tra i diritti contenuti nella Carta e le direttive che ne definiscono il contenuto normativo e ne costituiscono espressione concreta, qualora siano invocati nelle controversie fra privati. Con tale pronuncia la Corte ha chiarito che, qualora il giudice del rinvio non possa interpretare la normativa nazionale in modo da garantirne la conformità all'art. 31.2 della Carta, quest'ultimo sarà tenuto «ad assicurare, nell'ambito delle proprie competenze, la tutela giuridica derivante dalla suddetta disposizione e a garantire la piena efficacia della medesima, disapplicando all'occorrenza tale normativa nazionale», indipendentemente dal fatto che la controversia sorga con un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica o la qualità di privato⁽¹⁰⁾. Secondo la Corte, il diritto a un periodo di ferie annuali retribuite costituisce infatti un «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione» che riveste, «quanto alla sua stessa esistenza, carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato»: l'articolo 31.2 non contiene infatti alcun rinvio ai «casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali»⁽¹¹⁾, diversamente dall'art. 27 della Carta relativo al diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, su cui la Corte è intervenuta con la sentenza *Association de médiation sociale*⁽¹²⁾ escludendo in quel caso l'ipotesi di applicabilità diretta della norma.

È evidente il «fortissimo timbro garantistico»⁽¹³⁾ della pronuncia in questione, volto a garantire l'effettività del diritto alle ferie così da scongiurare le ipotesi di indiretto indebolimento attraverso l'imposizione di oneri a carico della «parte debole» del rapporto di lavoro. Con le sentenze gemelle del 2018 la

⁽⁹⁾ Corte giust. 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal v. Bauer e Willmeroth v. BroBonn*; Corte giust. 6 novembre 2018, C-619/16, *Kreuziger v. Land Berlin*; Corte giust. 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck v. Shimizu*. Per un'attenta analisi di tali pronunce v. G. Bronzini, *Il "Tritico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, *Federalismi.it*, n. 10/2019.

⁽¹⁰⁾ Con la sentenza Corte Giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., è stato chiarito che un lavoratore non può perdere automaticamente i diritti alle ferie annuali retribuite maturati perché non ha chiesto ferie. Se, invece, il datore di lavoro dimostra che il lavoratore, deliberatamente e con piena consapevolezza, si è astenuto dal fruire delle proprie ferie annuali retribuite dopo essere stato posto in condizione di esercitare in modo effettivo il suo diritto alle medesime, il diritto dell'Unione non osta alla perdita di tale diritto né, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, alla correlata mancanza di un'indennità finanziaria.

⁽¹¹⁾ Corte giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., punti 73 e 74 della motivazione.

⁽¹²⁾ Corte giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*.

⁽¹³⁾ G. Bronzini, *op. cit.*, 9.

Corte ha dunque chiarito il ruolo delle fonti di diritto secondario dell'Unione e delle fonti nazionali, che sono «solo chiamate a precisare la durata esatta delle ferie annuali e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»⁽¹⁴⁾, senza alcuna incidenza sull'esistenza del diritto stesso, formulando un chiaro invito ai giudizi nazionali a disapplicare la normativa interna della quale non sia possibile procedere ad un'interpretazione conforme alla luce del diritto uni-europeo.

Benché agli Stati membri sia lasciato un certo margine di discrezionalità relativamente alle condizioni di ottenimento e di concessione del diritto alle ferie annuali retribuite, il diritto dell'Unione europea predispone una tutela piuttosto robusta. L'art. 7 della direttiva 2003/88 è infatti formulato in termini incondizionati, non equivoci e precisi: pur collocato in una direttiva definita non a torto «schizoide»⁽¹⁵⁾ per via delle numerose deroghe che consentono di determinare una vera e propria disapplicazione di disposizioni che ne rappresentano il cuore pulsante, tale norma non conosce possibilità di eccezione, rendendo così possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere apprestata dagli Stati membri.

Su questo nucleo di “tutela minima” in materia di ferie garantita dal diritto dell'Unione si è via via formato un ricco *corpus* giurisprudenziale, riguardante molteplici profili e sui quali vale la pena fare ordine: senza dilungarsi sulle questioni che possono essere ormai considerate risolte grazie alla consolidata giurisprudenza interna e uni-europea, come ad es. il principio di introannualità delle ferie⁽¹⁶⁾, ci si soffermerà sulle principali questioni ancora oggi dibattute e che continuano ad animare il dialogo fra le Corti.

2. La collocazione del periodo di ferie

Nel partire lungo questo *excursus*, è opportuno anzitutto soffermarsi sugli aspetti che non sono regolati dal diritto dell'Unione: benché, per ammissione della Corte di Giustizia, il diritto alle ferie costituisca un principio «particolarmente importante del diritto sociale comunitario»⁽¹⁷⁾, la direttiva n.

⁽¹⁴⁾ Corte giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., punto 74 della motivazione.

⁽¹⁵⁾ A. Supiot, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, LD, 1997, 16.

⁽¹⁶⁾ C. cost. 10 maggio 1963, n. 66. Tale principio è poi stato riconosciuto anche a livello europeo: Corte giust. 26 giugno 2001, *Bectu*, cit.; Corte giust. 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union Syndicale Solidaires Isère*.

⁽¹⁷⁾ Fra le tante pronunce che ribadiscono questa affermazione, v. Corte giust. 26 giugno 2001, *Bectu*, cit., punto 43 della motivazione.

2003/88 si limita a fissare in quattro settimane la durata minima di ferie annuali retribuite e a vietare la sostituzione di queste ultime con erogazioni patrimoniali, salvo in caso di cessazione del rapporto di lavoro. La direttiva rinuncia però in partenza ad intervenire su altre questioni di cruciale rilievo, come la collocazione temporale del periodo di riposo: la definizione delle «condizioni di ottenimento e di concessione» delle ferie (art. 7, comma 1, direttiva n. 2003/88) è infatti delegata *in toto* alla legislazione o alle prassi nazionali.

Si tratta di un limite non da poco, che consente agli ordinamenti interni di prevedere regolamentazioni “al ribasso”. È quanto fatto dal legislatore italiano che – diversamente da altri legislatori europei⁽¹⁸⁾ – nel dettare le regole per la fruizione del periodo di congedo annuale non ha riconosciuto ai lavoratori la possibilità di scegliere la collocazione del periodo di riposo, ma ha al contrario attribuito un ampio potere in tal senso al datore di lavoro.

Solo in pochissime eccezioni individuate in sede giurisprudenziale i lavoratori possono infatti autonomamente mettersi in ferie: è quel che accade, ad es., qualora l'anno di maturazione si stia esaurendo e l'effettività del diritto sia messa in pericolo dall'inerzia o dal rifiuto del datore di lavoro di concedere il periodo di congedo annuale⁽¹⁹⁾; oppure qualora la fruizione del congedo annuale sia richiesta dal lavoratore al fine di interrompere il decorso del periodo di comporta ed evitare così il licenziamento⁽²⁰⁾ (su cui v. *infra*, § 4.1); un potere

⁽¹⁸⁾ V. ad es l'art. 38 dell'*Etatuto de los trabajadores*, secondo cui il periodo di ferie deve essere scelto «di comune accordo» dalle parti e le eventuali controversie sorte in materia devono essere affidate all'autorità giudiziaria che decide con una procedura d'urgenza. Per una riflessione non solo sulla normativa spagnola ma anche su quella francese sia consentito rinviare a A. Fenoglio, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 182 ss.

⁽¹⁹⁾ P. Milano 28 dicembre 1995, *LG*, 1996, 317; P. Busto Arsizio 7 settembre 1998, *RCDL*, 1999, 199; T. Milano 17 gennaio 2002, *LG*, 2002, 904; A. Firenze 3 aprile 2007, *RIDL*, 2008, II, 106; nello stesso senso v. anche A. Firenze 12 marzo 2010, *RCDL*, 2010, 488.

⁽²⁰⁾ Cass. 14 settembre 2020, n. 19062, *D&G*, 15 dicembre 2020; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27392, *GCM*, 2018; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834, *GCM*, 2017; Cass. 14 aprile 2016, n. 7433; Cass. 17 dicembre 2001, n. 15954, *GCM*, 2001, 2173. Sulla questione cfr. anche Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, *MGL*, 2000, 61; Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, *GCM*, 1998, 2390; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, *RIDL*, 1997, II, 545. La possibilità di usufruire del periodo di ferie per interrompere il decorso del periodo di comporta è stata ora riconosciuta anche dalla giurisprudenza dell'Unione europea: Corte giust. 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff*; Corte giust. 10 settembre 2009, C-277/08, *Vicente Pereda*. Da segnalare Trib. Milano 18 aprile 2013, *RCDL*, 2013, 1-2, 178, secondo cui deve ritenersi illegittimo il licenziamento intimato al lavoratore che si sia collocato autonomamente in ferie senza aver ricevuto l'autorizzazione del datore di lavoro, qualora dalle circostanze della vicenda (e in particolare dall'inerzia del datore di lavoro a fronte della richiesta) possa ritenersi la buona fede del dipendente. Nel caso specifico, il giudice ha tenuto conto dei precedenti casi di approvazione delle assenze a posteriori, del silenzio del responsabile in merito alla pur

di autodeterminazione del periodo di ferie è inoltre generalmente riconosciuto ai dirigenti apicali⁽²¹⁾.

In tutte le altre situazioni l'effettivo godimento delle ferie è subordinato all'atto determinativo del datore di lavoro, cui spetta il compito di sceglierne la collocazione temporale: pertanto, l'assenza del lavoratore nel periodo oggetto della richiesta di ferie che siano state negate dal datore di lavoro deve ritenersi assenza ingiustificata legittimante il licenziamento senza preavviso, ove previsto dal CCNL⁽²²⁾.

Nel chiarire che le ferie sono fruite «nel tempo che l'imprenditore stabilisce», l'art. 2109, comma 2, c.c., precisa che occorre però tener conto non solo delle esigenze dell'impresa ma anche «degli interessi del prestatore di lavoro». La portata di tale specificazione è stata chiarita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione che, al fine di limitare la contraddizione fra la configurazione del diritto alle ferie come diritto irrinunciabile della persona garantito a tutti i lavoratori e la scelta del legislatore di demandarne le modalità di esercizio al potere del datore di lavoro, hanno posto via via alcuni importanti "paletti": è stato così precisato che il datore di lavoro deve organizzare il periodo delle ferie «in modo utile per le esigenze dell'impresa, ma non ingiustificatamente vessatorio nei confronti del lavoratore e dimentico delle legittime esigenze di questi»⁽²³⁾, temperando le esigenze aziendali con quelle del lavoratore secondo un livello di correttezza e buona fede e comunicando al lavoratore con adeguato anticipo la collocazione del periodo di riposo⁽²⁴⁾. La Consulta ha inoltre precisato che il potere di scegliere la

tempestiva richiesta inoltratagli del lavoratore, dell'assenza di precedenti casi di silenzio-rifiuto delle ferie.

⁽²¹⁾ Va però segnalato che il potere del dirigente di autodeterminare il periodo di godimento delle ferie può essere limitato da una previsione contrattuale contraria che subordini la scelta dei tempi di fruizione ad un accordo con il datore di lavoro: Cass. 21 dicembre 2016, n. 26464, *GCM*, 2017.

⁽²²⁾ Così Cass. 6 luglio 2018 n. 17885, *DJ*; Cass. 26 novembre 2014, n. 25159, *FI*, 2015, 1, I, 92; Cass. 11 dicembre 1996, n. 11028, *MGL*, 1997, 67.

⁽²³⁾ Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, *RIDL*, 2001, II, 504; nello stesso senso v. Cass. 21 febbraio 2001, n. 2569, *MGL*, 2001, 730.

⁽²⁴⁾ Cass. 19 luglio 2002, n. 10622, *GI*, 2003, 670; Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, *RIDL*, 2001, II, 504; T. Monza 9 febbraio 2012, *RCDL*, 2012, 181; A. Bologna 14 maggio 2010; T. Parma 10 marzo 2006; P. Milano 20 gennaio 1999; P. Milano 16 novembre 1996; T. Milano 24 febbraio 1996. Sul punto v. anche T. Roma 20 gennaio 2009, *LG*, 2009, 418, secondo cui qualora il datore di lavoro disponga di propria iniziativa le ferie del lavoratore senza che le stesse rispondano a un'esigenza di quest'ultimo, il dipendente avrà la facoltà di far presente al datore di lavoro le proprie esigenze: qualora la disposizione del datore di lavoro sia arbitraria e illegittima, il lavoratore potrà opporsi rifiutandosi di usufruire delle ferie, chiedendo di godere delle stesse in un periodo differente o programmandole con un congruo anticipo. Al

collocazione temporale delle ferie non può essere esercitato «in modo da vanificare le finalità cui è preordinato l'istituto», cosa che certamente avverrebbe non soltanto nel caso di «frantumazione del riposo feriale in brevi o brevissimi periodi», ma anche qualora non si consenta «al lavoratore di usufruire integralmente nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete»⁽²⁵⁾. Peccato che il legislatore italiano abbia lasciato al datore di lavoro non soltanto la facoltà di fissare il periodo di ferie, ma anche la possibilità di posticipare il godimento di parte del periodo minimo annuale di quattro settimane di riposo ai diciotto mesi successivi al termine dell'anno di maturazione (art. 10, d.lgs. 66/2003, così come modificato dal d.lgs. n.213/2004): disposizione che dunque pone qualche dubbio in ordine alla sua legittimità costituzionale (ma, come si dirà *infra*, § 5, anche in ordine alla legittimità uni-europea).

L'unica facoltà prevista in capo ai lavoratori è dunque quella di fruire di due settimane di ferie in modo consecutivo, formulando un'espressa richiesta al datore di lavoro: in assenza dell'individuazione di un vero e proprio diritto alla continuità del periodo di riposo – diritto che è invece riconosciuto dal legislatore d'oltralpe⁽²⁶⁾ – pare superfluo soffermarsi sulle pressioni di segno contrario cui tale norma rischia di sottoporre i dipendenti.

2.1 L'utilizzo delle ferie durante l'emergenza Covid

Benché il datore di lavoro nel definire il periodo di ferie debba tener conto delle esigenze dei dipendenti, vi sono tuttavia situazioni che legittimano l'utilizzo delle c.d. ferie forzate, generalmente previo accordo con le parti sociali: è quel che accade ad esempio a fronte di una crisi aziendale in cui può essere concordato con le rappresentanze sindacali il ricorso alle ferie in luogo dell'attivazione di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, al fine di riconoscere una condizione di miglior favore per i dipendenti.

contrario, non pare meritevole di tutela la condotta del lavoratore che, in presenza di una imposizione datoriale al godimento delle ferie in un determinato periodo, non abbia presentato alcuna rimostranza o sollevato rilievi o esplicitato la non rispondenza dei periodi alle proprie esigenze, ma abbia usufruito integralmente delle ferie, prestando acquiescenza al godimento delle stesse, salvo chiedere il risarcimento del danno in ragione della tardiva comunicazione delle stesse.

⁽²⁵⁾ Tutte le citazioni sono tratte da C. cost. 19 dicembre 1990, n. 543, *RIDL*, 1991, II, 393.

⁽²⁶⁾ L'art. L. 3141-18 del *Code du travail* stabilisce infatti che il periodo di ferie deve essere continuativo qualora non superi i dodici giorni. Al di sopra di tale soglia il frazionamento del congedo è ammesso, a condizione che vi sia un accordo fra lavoratore e datore di lavoro.

Tale possibilità è stata utilizzata in maniera piuttosto rilevante durante l'emergenza sanitaria da Covid-19, quando è stato fatto ricorso alle c.d. ferie forzate per fronteggiare periodi di chiusura aziendale disposti dall'autorità al fine di limitare il diffondersi del virus: l'applicazione di tale strumento è stata incentivata dallo stesso Governo (così l'art. 1, lett. *bb*, d.p.c.m. 26 aprile 2020 e l'art. 1, lett. *b*, dpcm 2 marzo 2021) e appoggiata dalle parti sociali⁽²⁷⁾.

A tal riguardo va però segnalata una interessante pronuncia di merito⁽²⁸⁾ secondo la quale, nel quadro normativo delineatosi durante l'emergenza sanitaria da Covid-19, qualora il datore di lavoro privato possa concretamente avvalersi del lavoro agile, il ricorso alle ferie deve considerarsi una misura subordinata o quantomeno equiparata ad esso. Pertanto, l'impiego delle ferie non può essere indiscriminato, ingiustificato o penalizzante, specialmente qualora sussista in capo al lavoratore un titolo di priorità nell'adibizione al lavoro agile per motivi di salute. Precisazione senza dubbio importante che pone un limite all'uso delle ferie forzate anche in periodo emergenziale.

Va peraltro segnalato che, in alcuni contesti, la collocazione forzata in ferie è stata disposta dai datori di lavoro nei confronti di dipendenti che abbiano rifiutato la vaccinazione contro il Covid-19. Tale provvedimento è stato considerato legittimo dalla prima giurisprudenza di merito, intervenuta in proposito ben prima che il legislatore introducesse l'obbligo vaccinale per alcune categorie professionali. Secondo la pronuncia in questione, infatti, la vaccinazione degli operatori sanitari che prestano la propria attività in residenze per anziani costituisce una misura di prevenzione resa necessaria dall'obbligo per il datore di lavoro di garantire a tutti un ambiente sicuro, così come disposto dall'art. 2087 c.c.; pertanto, l'esigenza del datore di lavoro di osservare l'obbligo di tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti prevale sull'eventuale interesse del prestatore di lavoro di usufruire di un diverso periodo di ferie⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Si veda il *Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro* del 24 aprile 2020, così come aggiornato il 6 aprile 2021. Sul tema v. A. Maresca, *Contraffazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal covid-19: esperienze e prospettive*, RIDL, 2020, II, 287.

⁽²⁸⁾ T. Grosseto, 23 aprile 2020, n. 502, RIDL, 2020, II, 680.

⁽²⁹⁾ T. Belluno, 19 marzo 2021 (ord.), RIDL, 2021, II, 591, nt. Lovo, *Rifiuto del vaccino anti-Covid 19: quali conseguenze sul rapporto di lavoro?* Per un'analisi di tale sentenza: C. Pisani, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, GL, 2021, n. 16, 30 ss.; R. Rivero, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, QG, 29 marzo 2021; P. Pascucci, C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, DSL, 2021, n. 1, I, 164; M. Biasi, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, DRI, 2021, 812.

3. I profili retributivi del diritto alle ferie

Se sotto il profilo della collocazione del periodo feriale la normativa dell'Unione europea non fornisce indicazioni lasciando un ampio margine di discrezionalità ai legislatori nazionali, il diritto dell'Unione così come interpretato dalla Corte di giustizia si occupa però di molteplici altre questioni contribuendo a rafforzare notevolmente la tutela riconosciuta al diritto alle ferie.

Anzitutto, la Corte di giustizia ha elaborato la nozione di retribuzione spettante per i periodi feriali, chiarendo che la direttiva «tratta il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tale titolo come due aspetti di un unico diritto», con la conseguenza che «il momento in cui vengono pagate le ferie annuali deve essere stabilito in modo che [...] il lavoratore, per quanto riguarda la paga, sia messo in situazione paragonabile a quella dei periodi di lavoro»⁽³⁰⁾. Durante il periodo di ferie annuali il dipendente ha diritto «non solo al mantenimento del suo stipendio di base, bensì anche, da un lato, a tutti gli elementi intrinsecamente connessi all'espletamento delle mansioni che gli incombono in forza del suo contratto di lavoro e che sono compensati tramite un importo pecuniario incluso nel calcolo della sua retribuzione complessiva e, dall'altro, a tutti gli elementi collegati allo *status* personale e professionale»⁽³¹⁾. Conseguentemente, la Corte ha precisato che anche la «provvigione deve essere tenuta in considerazione all'atto del calcolo della retribuzione globale cui un lavoratore [...] ha diritto a titolo di ferie annuali»⁽³²⁾; e che deve essere considerata contraria al diritto dell'Unione la non inclusione, nella retribuzione versata ai lavoratori a titolo di ferie annuali, degli importi supplementari corrisposti ai piloti in ragione delle ore di volo e/o del tempo trascorso fuori della Base⁽³³⁾ ovvero del compenso variabile rappresentato da provvigioni sul fatturato realizzato⁽³⁴⁾. La Corte ha ad ogni modo precisato che contrastano con il diritto dell'Unione la previsione, per contratto collettivo, di una riduzione della indennità per ferie retribuite derivante da una situazione di disoccupazione parziale nel periodo temporale di riferimento⁽³⁵⁾ nonché la riduzione derivante

⁽³⁰⁾ Corte giust. 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, punti 58 e 59 della motivazione.

⁽³¹⁾ Corte giust. 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams* e a., punto 31 della motivazione.

⁽³²⁾ Corte giust. 22 maggio 2014, C 539/12, *Z.J.R. Lock*, punto 33 della motivazione.

⁽³³⁾ Corte giust. 15 settembre 2011, *Williams*, cit.

⁽³⁴⁾ Corte giust. 22 maggio 2014, *Z.J.R. Lock*, cit.

⁽³⁵⁾ Corte giust. 13 dicembre 2018, C-385/17, *To.He*.

dalla fruizione nel medesimo periodo di un congedo parziale per malattia⁽³⁶⁾: disposizioni di tal genere equivarrebbero infatti «a subordinare il diritto alle ferie annuali retribuite conferito dalla direttiva 2003/88 all'obbligo di aver lavorato a tempo pieno» durante il periodo di riferimento e finirebbero per far «dipendere il valore di tale diritto dalla data in cui quest'ultimo viene esercitato»⁽³⁷⁾.

La nozione di retribuzione del periodo di ferie elaborata dalla Corte di Giustizia è stata naturalmente accolta dalla Cassazione, intervenuta sul tema anche di recente ribadendo la necessità di includere nella paga versata durante il periodo di riposo anche le indennità che vengono corrisposte con continuità ai dipendenti durante i periodi lavorativi⁽³⁸⁾.

3.1. Il diritto al pagamento dell'indennità per ferie non godute

Nell'affrontare i profili economici connessi al diritto al riposo annuo, occorre soffermarsi anche sul diritto a percepire l'indennità per ferie non godute: com'è noto, l'art. 7 della direttiva 2003/88 stabilisce che il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Il medesimo divieto è stato recepito dall'art. 19, d.lgs. n. 66/2003 con riguardo alle quattro settimane garantite per legge, operante salvo il caso della risoluzione del rapporto di lavoro nel corso dell'anno: il datore di lavoro è dunque tenuto ad adottare tutti i provvedimenti idonei a consentire l'esaurimento delle ferie pregresse, non essendo ammissibile la monetizzabilità del diritto, a meno che la concessione non risulti eccessivamente onerosa. Devono perciò considerarsi invalide le clausole contenute in alcuni contratti collettivi che prevedono, decorso un certo periodo di tempo dal superamento dell'anno di maturazione, la "conversione" del diritto nella corrispondente indennità economica⁽³⁹⁾: anche

⁽³⁶⁾ Corte giust. 9 dicembre 2021, C-217/20, *Staatssecretaris van Financiën*, secondo cui «i diritti alle ferie annuali retribuite devono essere determinati, in linea di principio, in funzione dei periodi di lavoro effettivo svolti in forza del contratto di lavoro, senza tener conto del fatto che l'importo di tale retribuzione ha subito una riduzione dovuta a una situazione di inabilità al lavoro a causa di malattia» (punto 39 della motivazione).

⁽³⁷⁾ Corte giust. 9 dicembre 2021, *Staatssecretaris van Financiën*, cit., punti 36 e 37 della motivazione.

⁽³⁸⁾ Cass 17 maggio 2019, n. 13425, *GCM*, 2019; Cass. 15 ottobre 2020, n. 22401 (ord.), *DJ*, riguardante l'indennità di navigazione nello stretto di Messina che viene corrisposta con continuità ai dipendenti di una società di navigazione durante i periodi lavorativi.

⁽³⁹⁾ Sul punto v. V. Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, *WP CSDLE*, It. n. 40/2006, 72 s.; R. Del Punta, *La nuova disciplina delle ferie*, in *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a

quando il termine entro cui le ferie dovrebbero essere godute è ormai trascorso, il lavoratore conserva infatti il diritto all'esecuzione in forma specifica a condizione che non vi siano concrete esigenze aziendali ostative al recupero del riposo annuale⁽⁴⁰⁾.

L'indennità per ferie non godute va ad ogni modo retribuita qualora, al momento della risoluzione del rapporto, il lavoratore non abbia goduto di tutte le ferie maturate⁽⁴¹⁾. La natura di tale emolumento è stata a lungo dibattuta dalla giurisprudenza, che oggi propende per riconoscerle valenza non solo risarcitoria ma anche retributiva: oltre ad essere diretta a compensare il danno determinato dalla perdita del periodo di riposo, l'indennità costituisce infatti un ulteriore corrispettivo per l'attività lavorativa non dovuta e comunque svolta⁽⁴²⁾.

cura di V. Leccese, Ipsoa, 2004, 395; G. Lella, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, DPL, 2005, n. 21, inserto, XXII.

⁽⁴⁰⁾ Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, RIDL, 2001, II, 504, nt. Calafà, *Ferie forzate e crisi d'azienda*; Cass. 21 marzo 2001, n. 2569, ADL, 2001, 695 ss., nt. Vallebona, *Ferie non godute: indennità sostitutiva o godimento differito?* Il lavoratore potrebbe però rifiutare l'adempimento tardivo quando esso non soddisfi più il suo interesse al godimento del periodo di riposo al di fuori dell'anno di riferimento e potrebbe quindi denunciare l'inadempimento chiedendo il risarcimento del danno: Cass. 6 giugno 1997, n. 5086, FI, 1997, I, 2446; Cass. 9 luglio 1997, n. 6224, GC, 1998, I, 825; Cass. 8 maggio 1996, n. 4260, GCM, 1996, 688; Cass. 28 ottobre 1995, n. 11279, GI, 1997, I, 1, 396. Cfr. anche Cass. 9 marzo 2017, n. 6115, RIDL, 2017, 4, II, 695, secondo cui il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore il godimento cumulativo delle ferie in prossimità del pensionamento qualora abbia colpevolmente creato i presupposti di tale situazione, poiché l'istituto delle ferie è preordinato al recupero delle energie psicofisiche nel corso del rapporto di lavoro e non alla fine dello stesso. In dottrina v. V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in WP CSDLE It. n. 23/2004, 61.

⁽⁴¹⁾ Per il solo fatto che in concreto le ferie non siano effettivamente fruito, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore la relativa indennità sostitutiva, la cui funzione è quella di compensare il danno costituito dalla perdita del bene al cui soddisfacimento è destinato l'istituto delle ferie: così Cass. 4 luglio 2013 n. 16735, RIDL, 2014, 2, II, 238; Cass. 9 luglio 2012, n. 11462, RCDL, 2012, 810.

⁽⁴²⁾ A lungo è prevalsa la tesi della natura risarcitoria dell'indennità, secondo la quale nel mancato riposo del lavoratore è ravvisabile un danno *in re ipsa* che prescinde da una specifica allegazione. Secondo tale orientamento, il diritto all'indennità sostitutiva scaturisce dall'art. 1218 c.c. e dall'inadempimento del datore di lavoro all'obbligazione di consentire al lavoratore il godimento del riposo feriale; essa ha la funzione di riparare il danno costituito dal mancato recupero delle energie psicofisiche del prestatore di lavoro e dalla perdita della possibilità di coltivare interessi morali e materiali, personali e sociali di natura extra-lavorativa, cui quest'ultimo avrebbe avuto diritto ai sensi degli artt. 2109 c.c. e 36 Cost. Il diritto all'indennità risulterebbe soggetto alla prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c. (così Cass. 4 luglio 2013, n. 16735, cit.; Cass. 9 luglio 2012, n. 11462, cit.; Cass. 11 maggio 2011, n. 10341, RCDL, 2011, 673). Il secondo orientamento, sviluppatosi successivamente, riconosce all'indennità sostitutiva delle ferie non godute natura retributiva che le deriva dal rapporto di sinallagmaticità della prestazione lavorativa. Secondo questa tesi, l'indennità rappresenterebbe un'attribuzione patrimoniale riconosciuta al lavoratore ai sensi dell'art. 2126, comma 2, c.c. per una prestazione non dovuta ed eseguita in violazione di norme di legge, fermo restando che il

Tale somma non deve invece essere corrisposta qualora la mancata fruizione del riposo discenda da un comportamento del lavoratore⁽⁴³⁾.

Peculiare è tuttavia la normativa operante nel pubblico impiego a seguito dell'intervento normativo realizzato dal governo Monti nell'ambito della c.d. *spending review*, che ha dato luogo a un vivace dibattito sul quale è senz'altro utile aprire una parentesi.

3.2. Dubbi sulla legittimità uni-europea della norma in tema di *spending review* operante nella pubblica amministrazione

La possibilità di beneficiare dell'indennità per ferie non godute è stata regolata in termini restrittivi nei confronti del personale delle pubbliche amministrazioni ad opera dell'art. 5, comma 8, d.l. n. 95/2012, conv., con

prestatore può sempre agire per ottenere un eventuale e distinto risarcimento del danno. Ne deriva l'applicazione del regime prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948 c.c. e l'imponibilità fiscale e contributiva delle somme così erogate (così Cass. 28 agosto 2006, n. 18598, *GD*, 2006, n. 39, 66; Cass. 5 settembre 2005, n. 17761, *GCM*, 2005, 6; Cass. 21 agosto 2003, n. 12311, *GCM*, 2003, 7-8; Cass. 9 novembre 2002, n. 15776, *FI*, 2003, I, 491). Più recentemente, infine, è andato affermandosi un terzo orientamento che attribuisce duplice natura all'indennità sostitutiva delle ferie non fruite: secondo la Cassazione, l'indennità avrebbe natura non soltanto risarcitoria, in quanto finalizzata a compensare un danno costituito dalla perdita del bene del riposo; ma anche retributiva, qualificandosi come ulteriore corrispettivo per attività lavorativa non dovuta e comunque svolta. Al profilo risarcitorio dell'indennità consegue l'applicazione del regime prescrizione decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c., mentre dal profilo retributivo deriva il rilievo della somma per il calcolo degli istituti retributivi indiretti; rimane ferma l'ormai acquisita imponibilità dell'emolumento. Abbracciano quest'ultimo orientamento: Cass. 10 febbraio 2020, n. 3021, *FI*, 2020, I, n. 4, 1225; Cass. 9 marzo 2017, n. 6115, cit.; Cass. 29 gennaio 2016, n. 1757, *GCM*, 2016; Cass. 29 gennaio 2016, n. 1756, *GD*, 2016, n. 9, 48; Cass. 12 gennaio 2016, n. 276; Cass. 19 dicembre 2013, n. 28428, *RIDL*, 2014, II, 851.

(43) V. Cass. 7 giugno 2005 n. 11786, *GCM*, 2005, 6, secondo cui il dirigente che, pur avendo il potere di attribuirsi il periodo di ferie senza alcuna ingerenza del datore di lavoro, non eserciti il potere medesimo e non usufruisca quindi del periodo di riposo annuale, non ha il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute, a meno che non provi la ricorrenza di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive ostative alla fruizione del riposo. La giurisprudenza ha inoltre precisato che è comunque onere dell'impresa dimostrare di aver messo agevolmente in grado il dirigente di fruire delle ferie e, all'occorrenza, di averlo invitato a goderne tempestivamente, avvisandolo che, in contrario, avrebbe perso il diritto vantato: così Cass. 2 luglio 2020 n. 13613, *GI*, 2020, 2187, nt. Lunardon, *Irrinunciabilità del diritto alle ferie, indennità sostitutiva e responsabilità del datore di lavoro*. È stato inoltre precisato che è nulla la clausola contrattuale con la quale il lavoratore preventivamente rinunci all'erogazione della indennità sostitutiva per le ferie maturate e non godute, sia pure a fronte della corresponsione di un superminimo il quale, oltre a compensare con una retribuzione maggiorata l'ordinario lavoro, abbia nel contempo anche la funzione di remunerare in funzione forfettaria eventuali giornate di ferie non godute: così Cass. 19 dicembre 2013 n. 28428, cit. Sul regime prescrizione dell'indennità sostitutiva v. A.M. Battisti, *Indennità per ferie non godute*, *MGL*, 2021, 11.

modificazioni, in l. n. 135/2012, con il quale, al fine di contenere la spesa pubblica, è stato stabilito che le ferie, i riposi ed i permessi «sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi». Tale disposizione è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che, con una sentenza interpretativa di rigetto⁽⁴⁴⁾, ha precisato che il divieto di corrispondere trattamenti sostitutivi è limitato a fronte di fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro sia riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni o risoluzione consensuale) o ad altri eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età) che consentano di pianificare per tempo la fruizione delle ferie e di attuare il necessario contemperamento delle scelte organizzative del datore di lavoro con le preferenze manifestate dal lavoratore in merito al periodo di godimento. Richiamando l'esegesi della norma in questione già compiuta da diverse amministrazioni⁽⁴⁵⁾, dalla magistratura contabile in sede di controllo⁽⁴⁶⁾ e da una propria precedente decisione⁽⁴⁷⁾, la Consulta ha dunque ritenuto che la compensazione economica deve ritenersi ammessa quando il rapporto di lavoro venga a cessare e il godimento delle ferie sia «compromesso dalla malattia o da altra causa non imputabile al lavoratore». Così interpretato, il divieto previsto dal legislatore sarebbe, secondo la Corte, «coerente con le finalità della disciplina restrittiva» diretta a «reprimere il ricorso incontrollato alla “monetizzazione” delle ferie non godute» e compatibile con i parametri costituzionali. In altre parole, la Consulta ha ritenuto che, unitamente ad altre misure di contenimento della spesa, la disciplina in questione miri «a riaffermare la preminenza del godimento effettivo delle ferie, per incentivare una razionale programmazione

⁽⁴⁴⁾ Corte Cost. 6 maggio 2016, n. 95, *RIDL*, 2016, II, 881, nt. Di Noia, *La Consulta salva il divieto di monetizzazione delle ferie non godute e mitiga il «furore iconoclasta» del d.l. n. 95/2012*. Su tale pronuncia v. anche M. Corti, *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale*, *DRI*, 2016, 1129.

⁽⁴⁵⁾ INPS, messaggio n. 2364 del 6 febbraio 2013; Ragioneria generale dello Stato, nota n. 94806 del 9 novembre 2012; Dipartimento della funzione pubblica, nota n. 40033 dell'8 ottobre 2012.

⁽⁴⁶⁾ Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Campania, delibera dell'11 dicembre 2014, n. 249; Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Veneto, delibera del 12 novembre 2013, n. 342; Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta, delibera del 12 novembre 2013, n. 20; Corte dei conti, sezione di controllo per Regione Sicilia, delibera del 5 giugno 2014, n. 77.

⁽⁴⁷⁾ Corte Cost. 4 dicembre 2013, n. 286, *FI*, 2014, 10, I, 2690, con la quale la Corte aveva già avuto modo di analizzare incidentalmente la disciplina impugnata, specificando che essa non sopprime affatto la «tutela risarcitoria civilistica del danno da mancato godimento incolpevole».

del periodo feriale e favorire comportamenti virtuosi delle parti nel rapporto di lavoro» e che, in questo contesto, debba essere inquadrato il divieto di “monetizzazione”, che è «volto a contrastare gli abusi, senza arrecare pregiudizio al lavoratore incolpevole»⁽⁴⁸⁾.

La conclusione a cui è giunta la Consulta consente dunque di armonizzare la disciplina diretta alla revisione della spesa pubblica ai principi dell’ordinamento in materia di ferie, individuando un difficile punto di equilibrio con le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, a cui ha dato nuovo vigore l’introduzione in Costituzione del principio del cd. pareggio di bilancio (art. 81). A tale orientamento si è poi naturalmente confermata la giurisprudenza di legittimità e di merito successiva, precisando che nel rapporto di impiego alle dipendenze della Pubblica Amministrazione le ferie non godute possono essere monetizzate solo nel caso in cui la mancata fruizione sia dipesa da cause di servizio eccezionali o da motivazioni comunque non imputabili alla volontà del lavoratore⁽⁴⁹⁾.

Tale orientamento pone però non trascurabili oneri probatori a carico del dipendente: c’è dunque da chiedersi se la disposizione in questione, la cui legittimità costituzionale è stata salvata da una sentenza interpretativa, possa dirsi compatibile anche con la normativa europea. La previsione di oneri probatori rilevanti in capo al lavoratore appare infatti poco coerente con i principi della sentenza della Corte di giustizia *Max-Planck* che, come si è visto, reputa contrastanti con l’art. 31 della Carta di Nizza l’imposizione di oneri a carico della “parte debole” del rapporto che finiscano per ledere l’effettività del diritto alle ferie⁽⁵⁰⁾.

Non si può peraltro trascurare che, ad avviso della Corte di giustizia, la direttiva 2003/88 «non assoggetta il diritto a un’indennità finanziaria ad alcuna condizione diversa da quella relativa, da un lato, alla cessazione del rapporto di lavoro e, dall’altro, al mancato godimento da parte del lavoratore di tutte le ferie annuali a cui aveva diritto alla data in cui tale rapporto è cessato»⁽⁵¹⁾, precisando che ai fini del diritto all’indennità sostitutiva «è privo di rilevanza il motivo per cui il rapporto di lavoro è cessato»: secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, «la circostanza che un lavoratore ponga fine, di sua iniziativa, al proprio rapporto di lavoro non ha nessuna incidenza sul suo diritto a percepire, se del caso,

⁽⁴⁸⁾ Tutte le citazioni sono tratte da C. cost. 6 maggio 2016, n. 95, cit.

⁽⁴⁹⁾ Cass. 30 luglio 2018, n. 20091, *GCM*, 2018.

⁽⁵⁰⁾ G. Bronzini, *op. cit.*, 12.

⁽⁵¹⁾ Corte giust. 20 luglio 2016, C-341/15, *Maschek*, punto 27; spunti in questo senso erano già presenti anche in Corte giust. 12 giugno 2014, C-118/13, *Bollacke*.

un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite di cui non ha potuto usufruire prima della cessazione del rapporto di lavoro»⁽⁵²⁾.

Se l'esegesi dell'art. 5, comma 8, d.l. n. 95/2012 offerta dalla sentenza della Corte costituzionale può porre al riparo la norma della *spending review* dai dubbi di legittimità costituzionale, altrettanto non può dunque dirsi con riguardo ai dubbi di compatibilità uni-europea, che non paiono affatto superabili: con la conseguenza che la norma in questione dovrebbe essere disapplicata dal giudice interno così da dare diretta applicazione al diritto alle ferie (e alla relativa indennità) tutelato dal diritto dell'Unione, come previsto dal tritico di sentenze della Corte di giustizia prima richiamato⁽⁵³⁾.

4. Un filone giurisprudenziale in continuo sviluppo: la sovrapposizione fra ferie e congedo di malattia

Uno dei temi che ha certamente più impegnato la Corte di giustizia negli ultimi anni è la sovrapposizione fra ferie e altri congedi, a partire dalla nota sentenza *Merino Gómez*⁽⁵⁴⁾ con cui è stato riconosciuto il diritto delle lavoratrici a godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello coincidente con il congedo per maternità, principio che era già da tempo applicato nel nostro ordinamento⁽⁵⁵⁾. A tale pronuncia è poi seguito un nutrito numero di sentenze che, seguendo le orme del “caso apripista” *Schultz-Hoff*, si sono occupate del rapporto esistente fra ferie e congedo per malattia⁽⁵⁶⁾, chiarendo che il godimento del riposo annuale «non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato durante il periodo di riferimento»⁽⁵⁷⁾: la direttiva 2003/88 riconosce infatti il diritto alle ferie ad ogni

⁽⁵²⁾ Corte giust. 20 giugno 2016, *Maschek*, cit., punti 28-29.

⁽⁵³⁾ Per tutte, Corte giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., su cui v. *supra*, § 1. Su tale questione v. M. Corti, *op. cit.*, 1129 ss.

⁽⁵⁴⁾ Corte giust. 18 marzo 2004, C-342/01, *Merino Gómez*.

⁽⁵⁵⁾ L'art. 22, d.lgs. n. 151/2001 stabilisce infatti che «le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità».

⁽⁵⁶⁾ Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit.; Corte giust. 10 settembre 2009, *Vicente Pereda*, cit.; Corte giust. 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*; Corte giust. 3 maggio 2012, C-337/10, *Neidel*; Corte giust. 21 giugno 2012, C-78/11, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*; Corte giust. 20 luglio 2016, *Maschek*, cit.; Corte giust. 19 novembre 2019, cause riunite C-609/17 e C-610/17, *TSN*.

⁽⁵⁷⁾ Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 41 della motivazione. Il principio secondo cui il lavoratore matura il diritto alle ferie anche durante il congedo per malattia è ormai pacifico nella giurisprudenza italiana: vedi per tutte Cass. S.U. 12 novembre 2001, n. 14020, *RIDL*, 2002, II, 557.

lavoratore, senza porre alcuna distinzione fra coloro che – nel corso del periodo di maturazione – abbiano effettivamente lavorato e quanti invece siano stati in congedo per malattia.

La Corte ha inoltre dichiarato che «un lavoratore, in congedo per malattia durante un periodo di ferie annuali precedentemente fissato, ha diritto, su sua richiesta e affinché possa godere in concreto delle ferie annuali, di beneficiarne in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo per malattia»⁽⁵⁸⁾. Tale principio non parrebbe aggiungere nulla di nuovo a quanto già ribadito dalla giurisprudenza italiana, che – successivamente alla parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2109, comma 2, c.c. – è intervenuta più volte su tale questione. A ben vedere, tuttavia, fra le righe della giurisprudenza europea potrebbe essere nascosta la soluzione ad un quesito che per lungo tempo ha tormentato i giudici italiani, per poi essere risolto in maniera non del tutto soddisfacente dalle Sezioni Unite: *quando* l'insorgere di una malattia può determinare la sospensione delle ferie?

Nel dichiarare, nel lontano 1987, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevedeva la sospensione delle ferie in caso di insorgenza di una malattia⁽⁵⁹⁾, la Consulta aveva invocato l'emanazione di una disciplina di dettaglio con la quale dare completa attuazione al principio della non sovrapponibilità fra i due congedi, normativa di cui si è però tuttora in attesa. Proprio l'inerzia del legislatore ha causato – nel corso degli ultimi trent'anni – l'altalenarsi di posizioni interpretative diverse, con le quali la giurisprudenza ha cercato di chiarire la portata del principio di non sovrapponibilità: mentre secondo alcune pronunce l'effetto sospensivo – nel silenzio della legge – si verificherebbe in presenza di qualunque malattia⁽⁶⁰⁾, secondo altre affinché il decorso delle ferie possa essere sospeso occorrerebbe invece procedere ad un'analisi circa la natura della patologia e la sua compatibilità con la fruizione del periodo di riposo⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Corte giust. 10 settembre 2009, *Vincente Pereda*, cit., punto 22 della motivazione.

⁽⁵⁹⁾ C. cost. 30 dicembre 1987, n. 616, in *FI*, 1988, I, 1062.

⁽⁶⁰⁾ P. Reggio Emilia 2 luglio 1991, *RIDL*, 1992, II, 706; P. Milano 19 marzo 1992, *OGL*, 1992, 625. Nella giurisprudenza di legittimità vedi Cass. 27 luglio 1996, n. 6808, *RIDL*, 1997, II, 532; Cass. 28 novembre 1994, n. 10110, *MGL*, 1995, 59, che ha definito «del tutto evanescente, e quindi impraticabile, la tesi secondo la quale spetta al lavoratore la prova analitica della “sua incapacità a godere delle ferie”».

⁽⁶¹⁾ Nel valutare la compatibilità della malattia con le ferie occorrerebbe tenere conto della natura della malattia, della sua prevista durata e del tipo di prescrizioni terapeutiche rivolte al lavoratore. In giurisprudenza v. Cass. 24 marzo 1994, n. 2833, *LPO*, 1994, 1752; Cass. 27 luglio 1994, n. 6982, *MGL*, 1994, 535; Cass. 22 marzo 1996, n. 2515; Cass. S.U. 23 febbraio 1998, n. 1947, *RIDL*, 1998, II, 743; Cass. 3 agosto 1999, n. 8408, *MGC*, 1999, 1773; Cass. 14

Proprio quest'ultimo orientamento è stato recepito dalle Sezioni Unite, secondo cui la regola della sospensione dovrebbe operare soltanto qualora la funzione di reintegrazione delle energie fisiche e psichiche tipica delle ferie sia pregiudicata «in concreto»⁽⁶²⁾ dall'insorgere dello stato morboso: l'effetto sospensivo si verificherebbe così soltanto in presenza di malattie o infortuni gravi debitamente documentati, di patologie comportanti la necessità per il lavoratore di sottoporsi ad accertamenti clinici o a terapie particolarmente complesse, in caso di ricovero ospedaliero o qualora l'infermità superi una soglia di durata minima fissata dai contratti collettivi; in presenza di affezioni guaribili con trattamenti esclusivamente farmacologici, di malattie di tipo nervoso curabili mediante lo svago e il riposo o di lievi indisposizioni, le ferie continuerebbero invece a decorrere regolarmente⁽⁶³⁾. Secondo la giurisprudenza prevalente, dunque, la conversione dell'assenza per ferie in assenza per malattia opererebbe soltanto a seguito della comunicazione dello stato di malattia al datore di lavoro, salvo che quest'ultimo non provi l'infondatezza di tale presupposto, allegando la compatibilità della malattia con il godimento delle ferie⁽⁶⁴⁾.

Il concetto di malattia accolto è dunque decisamente più ristretto rispetto a quello rilevante ai fini della sospensione del rapporto di lavoro *ex art.* 2110 c.c.⁽⁶⁵⁾: non basta l'incapacità al lavoro ma occorre l'incapacità al riposo, intesa come incapacità di godere del tempo libero⁽⁶⁶⁾.

dicembre 2000, n. 15768, *MGC*, 2000, 2595; Cass. 6 aprile 2006, n. 8016, *LG*, 2006, 980. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali cfr. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali, Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005, 378.

⁽⁶²⁾ Cass. S.U., 23 febbraio 1998, n. 1947, cit.

⁽⁶³⁾ T. Monza 6 marzo 1992, *IPrev.*, 1992, 719; T. Milano 13 gennaio 1993, *RIDL*, 1994, II, 186.

⁽⁶⁴⁾ Cass. 6 giugno 2006 n. 8016, cit.

⁽⁶⁵⁾ Secondo l'orientamento consolidato, ai fini dell'applicazione dell'art. 2110 c.c. per "malattia" si deve intendere «una concreta ed attuale incapacità al lavoro»: M. Mariani, *Art. 2109 cod. civ.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, diretto da M. Grandi - G. Pera Cedam, 2009, 531.

⁽⁶⁶⁾ Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, affinché le ferie possano essere sospese lo stato morboso «deve essere tale da rendere il lavoratore incapace non solo di effettuare la prestazione lavorativa ("incapacità al lavoro") ma anche di godere del proprio tempo libero ("incapacità al riposo")»: M. Pagni, *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*, *RIDL*, 1995, II, 871. Un'interpretazione restrittiva del concetto di malattia come quella fino ad ora prevalsa nelle aule di giustizia italiane pare priva di fondamento giuridico: in assenza dell'invocata normativa di dettaglio, il concetto di malattia non può infatti che essere inteso come inabilità al lavoro, in conformità a quanto stabilito dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 663/1979 e dalla Convenzione Oil n. 132 del 1970, secondo la quale «i periodi di inabilità al lavoro derivanti da malattie o incidenti non possono essere calcolati nel congedo pagato minimo annuale». Nello stesso senso depongono anche le pronunce della

Benché avallata dalle Sezioni Unite, tale interpretazione non manca però di sollevare perplessità: pare evidente, infatti, il contrasto esistente fra una simile posizione e la pronuncia con cui la Consulta ha enunciato il principio di non sovrapponibilità fra le ferie e *la* malattia in genere, rinviando esclusivamente al legislatore il compito di dettare ulteriori regolamentazioni e precisando che «non valgono in senso contrario [...] la necessità di considerare l'entità della malattia e di effettuare i relativi controlli»⁽⁶⁷⁾.

L'interpretazione restrittiva della nozione di malattia pare oltretutto discostarsi non soltanto da quanto stabilito dalla Corte costituzionale, ma anche da quanto precisato dalla Corte di giustizia, che ha riconosciuto in capo al lavoratore il diritto di beneficiare delle ferie in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo per malattia. Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, il divieto di sovrapposizione non dipende dalla gravità della patologia del lavoratore, ma è piuttosto conseguenza delle diverse finalità perseguite dai due congedi: mentre le ferie mirano a garantire al lavoratore «un periodo di distensione e di ricreazione», scopo del congedo di malattia è invece quello di permettere a quest'ultimo di ristabilirsi⁽⁶⁸⁾.

4.1 Ancora su ferie e malattia: l'interruzione del periodo di comportamento

L'unanimente riconosciuto principio della sospensione delle ferie in caso di insorgenza di una malattia non impedisce però che si verifichi la situazione diametralmente opposta: il lavoratore può infatti fruire del riposo annuale retribuito anche durante il congedo per malattia, chiedendo al datore di lavoro la conversione del titolo dell'assenza. In tal caso, tuttavia, il godimento delle ferie è finalizzato non tanto a permettere il ristoro delle energie psicofisiche impiegate nello svolgimento dell'attività lavorativa, quanto piuttosto a interrompere il decorso del periodo di comportamento, evitando così il

Corte di giustizia, che più volte si riferiscono alla malattia utilizzando l'espressione «inabilità al lavoro»: la distinzione fra «incapacità al lavoro» e «incapacità al riposo» – richiamata da coloro che sostengono la relatività del principio di non sovrapponibilità – pare dunque priva di base legale; non si vede infatti per quale ragione la patologia debba essere più grave per sospendere le ferie che per sospendere il rapporto di lavoro.

⁽⁶⁷⁾ Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 616, cit.

⁽⁶⁸⁾ Corte giust. 10 settembre 2009, *Vincente Pereda*, cit., punti 21 e 22 della motivazione; Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 25 della motivazione; nello stesso senso cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak, presentate il 24 gennaio 2008, C-520/06, *Stringer*, punto 71. Sul punto sia consentito rinviare a A. Fenoglio, *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, ADL, 2010, 450.

licenziamento⁽⁶⁹⁾. Un simile utilizzo del periodo feriale è ormai ammesso dalla giurisprudenza italiana⁽⁷⁰⁾, secondo la quale un'interpretazione diversa – che impedisca la fruizione delle ferie durante la malattia – si porrebbe in contrasto con il preminente interesse del lavoratore alla conservazione del posto. Tale impostazione può dirsi avallata anche dalla Corte di giustizia, secondo cui «la direttiva 2003/88 non osta [...] a disposizioni o a prassi nazionali le quali consentano a un lavoratore in congedo per malattia di fruire, durante tale periodo, di ferie annuali retribuite»⁽⁷¹⁾: il fondamentale principio dell'effettività delle ferie non impone dunque al lavoratore di dover attendere la guarigione per poter fruire del riposo annuale.

Va sottolineato che qualora il periodo di comporta stia per scadere, il datore di lavoro è «obbligato» a concedere le ferie nel periodo richiesto⁽⁷²⁾, a meno che dimostri l'esistenza di un apprezzabile motivo di rifiuto. Pur con qualche esitazione, la giurisprudenza italiana riconosce dunque al lavoratore la

⁽⁶⁹⁾ Affinché il decorso del periodo di comporta possa essere interrotto dalla fruizione delle ferie, è però indispensabile un'espressa richiesta del lavoratore: secondo la giurisprudenza maggioritaria, infatti, il datore di lavoro non è tenuto a procedere ad una conversione d'ufficio del titolo dell'assenza, né a comunicare al dipendente l'avvicinarsi della scadenza del periodo di comporta. A tal proposito vedi Cass. 4 aprile 2018, n. 8372, *DJ*, 2018; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834, cit.; Cass. 27 ottobre 2014, n. 22753, *GCM*, 2014; Cass. 17 febbraio 2000, n. 1774, *GCM*, 2000, 366; Cass. 22 aprile 2008, n. 10352, *MGL*, 2008, 787. In senso contrario vedi invece Cass. 6 giugno 1991, n. 6431, *MGL*, 1991, 545, secondo cui – anche in mancanza di una domanda dell'interessato – «la scadenza del comporta viene automaticamente spostata all'esaurimento degli eventuali giorni di ferie spettanti al lavoratore».

⁽⁷⁰⁾ Da ultimo vedi Cass. 14 settembre 2020, n. 19062, cit.; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27392, cit.; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834, cit.; Cass. 14 aprile 2016, n. 7433, cit.; Cass. 3 marzo 2009, n. 5078, *GCM*, 2009, 371. Nel medesimo senso: Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, cit.; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, cit.

⁽⁷¹⁾ Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff*, cit., punto 31 della motivazione. Secondo la Corte, in assenza di una normativa comunitaria relativa al congedo per malattia, possono ammettersi sia disposizioni che autorizzino il lavoratore malato al godimento delle ferie, sia regole che – al contrario – vietino tale utilizzo, a condizione però che, in tal caso, il dipendente abbia la possibilità di esercitare il proprio diritto in un periodo diverso.

⁽⁷²⁾ Cass. 14 settembre 2020, n. 19062, cit.; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27392, cit.; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834; Cass. 14 aprile 2016, n. 7433, cit.; Cass. 17 dicembre 2001, n. 15954, *GCM*, 2001, 2173 secondo cui «una volta che il lavoratore ammalato abbia richiesto la fruizione di un periodo di ferie prima del superamento del periodo di comporta, il datore di lavoro [è] *obbligato* a concederlo, a meno che, tenuto conto del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro, non dimostri un apprezzabile interesse a negarlo per il periodo temporale richiesto» (c.m.). V. anche Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, cit., secondo cui il datore di lavoro – nel valutare la richiesta di ferie – non può limitarsi a rivendicare il suo diritto a scegliere la collocazione temporale, ma deve tener conto dell'interesse del lavoratore ad evitare la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza del periodo di comporta; nello stesso senso v., fra le altre, Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, cit.; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, cit.

facoltà di scegliere – almeno in questo caso – il periodo di fruizione delle ferie, stabilendo che, nel valutare la richiesta, il datore di lavoro debba tenere in debito conto il «rilevante e fondamentale interesse» del dipendente alla conservazione del posto. D'altra parte, se anche in questo caso il tempo in cui collocare il periodo di riposo fosse rimesso ad una scelta discrezionale del datore di lavoro, quest'ultimo disporrebbe di un potere eccessivamente ampio: dopo aver rifiutato la concessione delle ferie nel periodo richiesto, potrebbe infatti facilmente licenziare il dipendente per superamento del periodo di comporto. Proprio per evitare un simile “effetto domino” si deve dunque ritenere che – in tali circostanze – l'ampio margine di discrezionalità normalmente riconosciuto in capo al datore di lavoro nell'individuare la collocazione del periodo di ferie venga meno.

4.2. La sovrapposizione fra le ferie e altri periodi di non lavoro

Oltre ad aver sviscerato il tema della sovrapposizione fra ferie e periodi di congedo quali maternità e malattia, negli ultimi anni la Corte di giustizia si è occupata dell'interconnessione fra le ferie e altri periodi di non lavoro: congedi parentali, congedi “speciali” (quali quelli riconosciuti in occasione di matrimonio, della nascita di un figlio, del ricovero ospedaliero o di altre situazioni peculiari), periodo di prepensionamento, periodo intercorrente fra il licenziamento illegittimo e il momento di successiva reintegrazione nel posto di lavoro.

Con riguardo ai periodi di congedo speciale eventualmente previsti dalle normative interne in occasione di matrimonio, della nascita di un figlio, del ricovero ospedaliero o di altre situazioni peculiari, la Corte di giustizia ha chiarito che, diversamente dal congedo per malattia, tali periodi «mirano unicamente a consentire ai lavoratori di assentarsi dal lavoro al fine di rispondere a determinate esigenze o obblighi che richiedono la loro personale presenza»⁽⁷³⁾: con la conseguenza che nel caso in cui i fatti che giustificano la concessione di tali congedi speciali retribuiti si verificano nel corso di un periodo feriale, i lavoratori non hanno diritto a poterne beneficiare durante un periodo di lavoro successivo⁽⁷⁴⁾. In questo caso, dunque, la sovrapposizione con le ferie non rileva.

⁽⁷³⁾ Corte giust. 4 giugno 2020, C-588/18, *Fetico*, punto 36 della motivazione.

⁽⁷⁴⁾ Secondo la Corte «gli articoli 5 e 7 della direttiva 2003/88 devono essere interpretati nel senso che essi non si applicano ad una normativa nazionale che non consente ai lavoratori di avvalersi dei congedi speciali previsti da tale normativa in giornate in cui detti

I giudici di Lussemburgo hanno altresì considerato compatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che escluda la maturazione del diritto alle ferie durante il periodo di congedo parentale⁽⁷⁵⁾: ribadendo che la finalità del riposo annuale è quella di consentire al lavoratore, da un lato, di recuperare le energie psico-fisiche spese nell'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altro, di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione nel quale poter perseguire i propri interessi, la Corte ha rimarcato che il diritto alle ferie deve, in linea di principio, essere determinato in funzione dei periodi di lavoro effettivo maturati in forza del contratto di lavoro⁽⁷⁶⁾. Pur ribadendo che tale vincolo risulta ammorbidente in caso di assenze «per motivi indipendenti dalla volontà dell'interessato», la Corte ha tuttavia sottolineato che «il lavoratore in congedo parentale non è soggetto alle limitazioni fisiche e psichiche derivanti da una malattia»⁽⁷⁷⁾, non essendo dunque possibile equiparare le due diverse situazioni: benché «un congedo garantito dal diritto dell'Unione non può pregiudicare il diritto di fruire di un altro congedo garantito da tale diritto e avente una finalità distinta dal primo»⁽⁷⁸⁾, la Corte ritiene dunque che da tale giurisprudenza non si possa dedurre che il godimento del congedo parentale corrisponda, al fine della maturazione delle ferie, a un periodo di lavoro effettivo.

Analogamente, in un'altra controversia la Corte di giustizia ha ritenuto che l'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non spetti al lavoratore per il periodo precedente al pensionamento nel quale, sulla base di un accordo concluso con il datore di lavoro, il dipendente era tenuto a non presentarsi sul posto di lavoro pur continuando a percepire il proprio stipendio⁽⁷⁹⁾. Anche in questo caso la controversia è stata risolta dalla Corte alla luce della duplice finalità del diritto alle ferie: vale a dire rilevando che durante un periodo di non-lavoro il dipendente non matura il diritto al riposo, non essendovi l'esigenza di garantire a quest'ultimo un ulteriore momento di svago e *relax*.

Di grande interesse è infine la sentenza con cui la Corte di giustizia, rispondendo a una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla nostra

lavoratori devono lavorare, allorché le esigenze e gli obblighi cui rispondono tali congedi speciali si verificano durante periodi di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite di cui ai suddetti articoli»: Corte giust. 4 giugno 2020, *Fetico*, cit., punto 42 della motivazione.

⁽⁷⁵⁾ Corte giust. 4 ottobre 2018, C-12/17, *Dicu*.

⁽⁷⁶⁾ Corte giust. 11 novembre 2015, C-219/14, *Greenfield*, punto 29 della motivazione.

⁽⁷⁷⁾ Corte giust. 4 ottobre 2018, *Dicu*, cit., punti 32 e 33 della motivazione.

⁽⁷⁸⁾ *Ivi*, punto 37 della motivazione.

⁽⁷⁹⁾ Corte giust. 20 luglio 2016, *Maschek*, cit.

Cassazione⁽⁸⁰⁾, è intervenuta sulla maturazione del diritto alle ferie – e dunque all’indennità sostitutiva – nei periodi intercorrenti fra il licenziamento illegittimo e il successivo ripristino del rapporto. I giudici di legittimità avevano chiesto alla Corte di Lussemburgo di valutare la conformità alla luce del diritto dell’Unione dell’orientamento interpretativo consolidato nelle aule di giustizia italiane, secondo cui a fronte di un licenziamento illegittimo ricadente nell’ambito del campo di applicazione della tutela reale prevista dalla versione originaria dell’art. 18 St. lav., il rapporto di lavoro deve intendersi ricostituito ad ogni fine giuridico ed economico, comportando il pagamento al lavoratore delle retribuzioni percepite dalla data di intimazione del licenziamento fino all’effettivo ripristino del rapporto (o fino all’esercizio del diritto di opzione per l’indennità sostitutiva della reintegrazione), senza che in tale somma sia compresa l’indennità sostitutiva delle ferie non godute e dei permessi per riduzione mensile dell’orario⁽⁸¹⁾: poiché nel periodo in questione il lavoratore si trova in una situazione di riposo, l’indennità – avente natura sia risarcitoria che retributiva – non andrebbe infatti corrisposta.

A tale domanda i giudici di Lussemburgo hanno risposto precisando che il periodo compreso tra il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del lavoratore nel suo posto di lavoro deve essere assimilato a un periodo di lavoro effettivo ai fini della determinazione dei diritti alle ferie annuali retribuite⁽⁸²⁾: pertanto un lavoratore illegittimamente licenziato e successivamente reintegrato nel suo posto di lavoro ha diritto al periodo di riposo (o alla relativa indennità) maturato durante tale periodo. La Corte di giustizia ha così spazzato via l’orientamento prevalente seguito dalla nostra giurisprudenza interna, abbracciando il principio secondo cui se un lavoratore non è in grado di adempiere alle proprie funzioni per un motivo imprevedibile e indipendente dalla sua volontà (come una malattia, ma anche un comportamento illegittimo del datore di lavoro), il diritto alle ferie annuali retribuite non può essere subordinato all’obbligo di avere effettivamente lavorato: principio che, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, è ora accolto dalla nostra giurisprudenza interna⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 10 gennaio 2019, n. 451 (ord.), *GI*, 2019, n. 4, 905, nt. Fenoglio, *È compatibile con il diritto UE il mancato riconoscimento delle ferie tra il recesso illegittimo e la reintegrazione?*

⁽⁸¹⁾ Fra le numerose pronunce in merito si v. Cass. 29 novembre 2016, n. 24270; Cass. 8 luglio 2008, n. 18707, *GCM*, 2008, 1111; Cass. 5 aprile 2001, n. 5092, *GCM*, 2001, 721; Cass. 5 maggio 2000, n. 5624, *GCM*, 2000, 933.

⁽⁸²⁾ Corte giust. 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19, *QH* e *CV*.

⁽⁸³⁾ Cass. 8 marzo 2021, n. 6319, *GCM*, 2021.

5. Il riporto: qualche riflessione sulla dubbia legittimità uni-europea della normativa italiana

Nel percorso di progressivo rafforzamento del diritto al riposo annuale, la Corte di giustizia ha più volte ribadito che «l'art. 7.1 della direttiva [...] deve intendersi nel senso che le modalità di applicazione nazionali devono comunque rispettare il diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane»⁽⁸⁴⁾, precisando che la norma in questione è in linea di principio inderogabile, con l'eccezione legata all'ipotesi che «alla fine di un anno si cumulino i periodi di più congedi» (quali, ad esempio, quelli di maternità e di malattia): in questo caso la Corte ha ammesso che «può essere inevitabile riportare le ferie annuali o una parte delle stesse all'anno successivo»⁽⁸⁵⁾, fermo restando che, anche in ipotesi del genere, le ferie vanno godute come tali, senza possibilità di sostituirvi un'attribuzione patrimoniale, ammessa dalla direttiva solo in caso di cessazione del rapporto di lavoro. In caso di sovrapposizione fra ferie e altro congedo, il riporto del periodo di riposo ad un periodo successivo quello di maturazione al fine di consentirne il godimento effettivo potrebbe essere legittimamente escluso dai legislatori nazionali con riguardo ai soli periodi di ferie eccedenti la soglia minima di quattro settimane prevista dalla direttiva⁽⁸⁶⁾.

Proprio il ricco filone giurisprudenziale in materia di sovrapposizione fra ferie e altri periodi di congedo ha rafforzato i dubbi di compatibilità in chiave europea della normativa italiana in materia di ferie⁽⁸⁷⁾: com'è noto, l'art. 10, d.lgs. n. 66/2003 (così come modificato dal d.lgs. n. 213/2004) stabilisce che, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, il periodo minimo di quattro settimane di ferie annuali «va goduto per almeno due settimane [...] nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi».

Lungi dal legittimare *tout court* il differimento della fruizione delle ferie ad un anno successivo a quello di maturazione, la Corte di giustizia nelle pronunce richiamate ha fino ad ora autorizzato il riporto delle ferie ad un periodo

⁽⁸⁴⁾ Corte giust. 18 marzo 2004, *Merino Gómez*, cit., punto 31 della motivazione.

⁽⁸⁵⁾ Entrambe le citazioni da Corte giust. 6 aprile 2006, C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, punto 24 della motivazione.

⁽⁸⁶⁾ Corte giust. 19 novembre 2019, *TSN*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Una «divergenza insanabile fra regole nazionali e comunitarie» è stata rilevata da V. Leccese, *op. cit.*, 320. In senso analogo v.: P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, *LD*, 2005, 379; M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, *DLM*, 2006, 120; A. Fenoglio, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, cit., 188 ss.; A. Fenoglio, *Le ferie*, cit., 461 ss. Da ultimo v. anche A.M. Battisti, *Indennità per ferie non godute*, cit., 11. *Contra* G. Ricci, *op. cit.*, 386.

successivo l'anno di maturazione soltanto qualora questo sia indispensabile per permettere l'effettivo godimento del periodo minimo di riposo annuale. Scopo del periodo di riporto non è infatti quello di permettere di rimandare discrezionalmente la fruizione di una parte delle ferie, come sembrerebbe invece ammettere la normativa italiana, ma quello di garantire un'effettiva «tutela del lavoratore, [tenendo] conto delle circostanze specifiche in cui si trova il lavoratore inabile al lavoro durante diversi periodi di riferimento consecutivi»⁽⁸⁸⁾ e consentendo a quest'ultimo di «poter disporre, se necessario, di periodi di riposo che possano essere scaglionati, pianificati e disponibili a più lungo termine»⁽⁸⁹⁾.

La Corte ha infatti precisato che «una disposizione nazionale che prevede un periodo di riporto per ferie annuali non godute alla fine del periodo di riferimento persegue [...] il fine di concedere al lavoratore che è stato impossibilitato a godere le proprie ferie annuali un'ulteriore possibilità di fruirne»⁽⁹⁰⁾: la Corte di giustizia non legittima, dunque, *tout court* il differimento della fruizione delle ferie ad un anno successivo a quello di maturazione, ma autorizza il riporto soltanto qualora questo sia indispensabile per permettere l'effettivo godimento del periodo minimo di riposo annuale.

Oltre ad apparire contrastante con la direttiva, la disciplina italiana pare discostarsi anche da quanto previsto dalla Carta costituzionale⁽⁹¹⁾. Come già si è rilevato, trent'anni or sono la Consulta aveva infatti dichiarato che, qualora al lavoratore non sia consentito «usufruire *integralmente* nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete», le finalità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche tipiche del congedo feriale risulterebbero vanificate: ove, infatti, «non venisse rispettata tale scadenza per effetto di rinvii o posticipazioni totali o parziali a periodi ricompresi in anni successivi, verrebbe a frustrarsi il diritto al congedo, che matura giorno per giorno in relazione

⁽⁸⁸⁾ Corte giust. 22 novembre 2011, *KHS AG*, cit., punto 38 della motivazione.

⁽⁸⁹⁾ Corte giust. 3 maggio 2012, *Neidel*, cit., punto 41 della motivazione.

⁽⁹⁰⁾ Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 42 della motivazione.

⁽⁹¹⁾ Sul punto v. P. Pelissero, *op. cit.*, 379; A. Fenoglio, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, cit., 192 ss.; A. Fenoglio, *Le ferie*, cit., 464 ss. In modo parzialmente diverso si esprime invece V. Leccese, *op. cit.*, 319: secondo l'a., infatti, il problema di costituzionalità si porrebbe soltanto nel caso in cui la contrattazione collettiva autorizzasse (in assenza di eccezionali e motivate esigenze di servizio) il riporto di una frazione del periodo minimo di due settimane di ferie che, secondo l'art. 10, d.lgs. n. 66 del 2003, deve essere goduto nell'anno di maturazione. Tale interpretazione tuttavia non convince: il periodo di ferie che annualmente compete al lavoratore non può infatti essere limitato alle prime due settimane, ma deve ricomprendere l'intero periodo fissato dall'art. 7, primo comma, della direttiva 2003/88 e dall'art. 10, primo comma, primo periodo, del d.lgs. n. 66, pari a quattro settimane.

all'accumulo della fatica lavorativa e al conseguente bisogno di riposo»⁽⁹²⁾. Lo scaglionamento su base ultra-annuale del periodo minimo di quattro settimane di ferie potrebbe dunque essere ammesso soltanto in presenza di «situazioni eccezionali non previste né prevedibili»⁽⁹³⁾, la cui sussistenza non è stata tuttavia richiesta dal legislatore del 2004.

Con la pronuncia in questione la Consulta aveva dichiarato l'incostituzionalità di una norma di legge speciale (vale a dire l'art. 8, penultimo comma, r.d.l. n. 148/1931) applicabile al rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri che consentiva al datore di lavoro di «procrastinare discrezionalmente, anche senza motivazione, il godimento del congedo ordinario oltre il decorso dell'anno per esigenze di servizio anche non eccezionali»: considerato che anche l'art. 10, d.lgs. n. 66/2003 consente il riporto di una parte del periodo minimo di ferie annuali in situazioni ordinarie e non eccezionali, è verosimile ritenere che se la norma in questione fosse sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale i giudici deciderebbero in maniera analoga.

A distanza di parecchi anni dall'entrata in vigore della versione modificata dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, tali profili di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione e con l'art. 36 Cost. non sono però mai stati oggetto di verifica da parte delle aule giudiziarie. Tale silenzio non è tuttavia addebitabile allo scarso rilievo della questione, quanto piuttosto alle difficoltà materiali che scoraggiano i lavoratori a presentare un ricorso in materia: è chiaro infatti che affinché Corte di giustizia e Consulta possano intervenire è necessario che un lavoratore, pur di beneficiare dell'intero periodo di quattro settimane di ferie durante l'anno di maturazione, a fronte del diniego del datore sia disposto ad intentare una causa, con i relativi oneri che questo comporta, chiedendo la disapplicazione della normativa interna incompatibile con il diritto UE (come previsto dalla sentenza *Max-Planck*) e l'accertamento del contrasto con l'art. 36 Cost. Situazione che evidentemente non è di facile realizzazione pratica e che consente dunque ad una norma di assai dubbia legittimità di continuare ad essere applicata.

⁽⁹²⁾ C. cost. 19 dicembre 1990, n. 543, cit.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*.

Bibliografia

- Battisti A.M., *Indennità per ferie non godute*, in *MGL*, 2021, 11.
- Biasi M., *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, in *DRI*, 2021, 812.
- Bronzini G., *Il "Trittico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019.
- Calafà L., *Ferie forzate e crisi d'azienda*, in *RIDL*, 2001, II, 504.
- Corti M., *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale*, in *DRI*, 2016, 1129.
- Del Punta R., *La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004, 379.
- Di Noia F., *La Consulta salva il divieto di monetizzazione delle ferie non godute e mitiga il «furore iconoclasta» del d.l. n. 95/2012*, in *RIDL*, 2016, II, 881.
- Fenoglio A., *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, in *ADL*, 2010, 450.
- Fenoglio A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- Fenoglio A., *È compatibile con il diritto UE il mancato riconoscimento delle ferie tra il recesso illegittimo e la reintegrazione?*, in *GI*, 2019, n. 4, 905.
- Leccese V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, *WP CSDLE*, It. n. 40/2006.
- Lella G., *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, in *DPL*, 2005, n. 21, inserto.
- Lovo M., *Rifiuto del vaccino anti-Covid 19: quali conseguenze sul rapporto di lavoro?*, in *RIDL*, 2021, II, 591.
- Lunardon F., *Irrinunciabilità del diritto alle ferie, indennità sostitutiva e responsabilità del datore di lavoro*, in *GI*, 2020, 2187.
- Maresca A., *Contrazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal covid-19: esperienze e prospettive*, in *RIDL*, 2020, II, 287.
- Mariani M., *Art. 2109 cod. civ.*, in M. Grandi - G. Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*⁴, Cedam, 2009, 531.
- Pagni M., *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*, in *RIDL*, 1995, II, 870.
- Pascucci P. - Lazzari C., *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, 2021, 1, I, 152.
- Pelissero P., *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *LD*, 2005, 363.
- Pisani C., *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *GL*, 2021, n. 16, 30.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali, Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005.
- Riverso R., *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, in *QG*, 29 marzo 2021.

- Roccella M., *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, 2006, 109.
- Roccella M. - Treu T. - Aimo M. - Izzi D., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2019.
- Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE*, It. n. 23/2004.
- Supiot A., *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, in *LD*, 1997, 13.
- Vallebona A., *Ferie non godute: indennità sostitutiva o godimento differito?*, in *ADL*, 2001, 633.