

L'indennità sostitutiva delle Ferie.

CENTRO STUDI

Circolare n. 05 del 2018



Carissimi amici e amiche,

La mission del Centro Studi è quella di portare dei contributi nel campo del diritto del Lavoro e della Giurisprudenza, passando per amministrazione, payroll, previdenza, fisco e sicurezza del lavoro.

Siamo la voce di tutti coloro che si occupano di queste cose e che aderiscono ad AIDP, perché la nostra mission è fare network e condividere tutto quello che abbiamo: COMPETENZE, ESPERIENZE, PENSIERI.

In quest'ottica offriamo il contributo di un nostro collega su un tema crediamo interessante per tutti. Il Contributo può entrare a far parte della cassetta degli attrezzi di ognuno di noi.

Per altro quanto detto dall'Avvocato Generale è stato confermato dalla Corte con sentenza del 6/11/2018.

Buona lettura a tutti.

*David Trotti e Maurizio Manicastrì
Coordinatori Nazionali del Centro Studi AIDP*

Diritto all'indennità sostitutiva delle ferie maturate e non godute in caso di cessazione del rapporto di lavoro

Ivan BORGHINI D'ALESSIO, Funzionario del Servizio Relazioni Industriali dell'A.N.I.A.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA – Causa C-619/16

L'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che:

- dà diritto al riconoscimento di un'indennità pecuniaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute all'atto dell'interruzione del rapporto di lavoro nel caso in cui un lavoratore non abbia potuto usufruire di tutte le ferie annuali retribuite al medesimo spettanti nel corso di tale rapporto;
- osta a disposizioni o prassi nazionali per effetto delle quali il diritto di un lavoratore al riconoscimento di un'indennità pecuniaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute all'atto dell'interruzione del rapporto di lavoro viene meno qualora tale lavoratore, da un lato, non abbia presentato, in pendenza del rapporto di lavoro, alcuna domanda di concessione delle ferie e, dall'altro, non dimostri di non aver potuto usufruire di tali ferie per ragioni indipendenti dalla propria volontà, senza una verifica preliminare relativa alla questione se il lavoratore medesimo sia stato effettivamente posto, dal proprio datore di lavoro, nelle condizioni di far valere il proprio diritto alle ferie annuali retribuite.

IL CASO – Si trattava di una controversia insorta nella Repubblica federale della Germania, fra un lavoratore e il suo ex datore di lavoro, a seguito del diniego di quest'ultimo di corrispondergli un'indennità pecuniaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute prima dell'interruzione del rapporto di lavoro. In particolare, nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2010 e la data d'interruzione del rapporto di lavoro, il dipendente tedesco decideva di non usufruire delle ferie annuali retribuite. A dicembre dello stesso anno chiedeva quindi il riconoscimento di un'indennità pecuniaria sostitutiva delle suddette ferie retribuite non godute. La richiesta veniva respinta dal Tribunale superiore del Land, poi dalla Commissione d'esame giuridico comune dei Lander di Berlino e di Brandeburgo e successivamente dal Tribunale amministrativo di Berlino. I giudici tedeschi, rilevavano, da un lato, che il diritto nazionale non prevede alcun diritto all'indennità sostitutiva delle ferie maturate e non godute e, dall'altro, che la stessa disciplina nazionale obbliga il lavoratore ad usufruire delle proprie ferie ed a farne richiesta. Orbene, tale diritto non spetta, ad avviso dei Giudici, poiché il lavoratore aveva volontariamente omissso di presentare la richiesta di fruizione delle ferie, pur sapendo che il suo rapporto di lavoro si sarebbe concluso nel maggio del 2010. I Giudici hanno inoltre ritenuto che tale diritto non può ricavarsi neppure dall'art. 7, paragrafo 2, della direttiva europea 2003/88; infatti, dalla giurisprudenza della Corte europea emergerebbe che il diritto alle ferie retribuite garantito dall'art. 7, paragrafo 1, della medesima direttiva può venir meno, in forza del diritto nazionale, laddove il lavoratore abbia avuto la possibilità di fruire delle proprie ferie ma non l'abbia fatto. In tale ipotesi non potrebbe sussistere neanche il diritto derivato alla relativa indennità sostitutiva.

LE QUESTIONI GIURIDICHE E LA SOLUZIONE – L'Avvocato generale della Corte di Giustizia Europea è stato chiamato a fornire un'interpretazione "autentica comunitaria" dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003¹, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Avuto particolare riguardo al diritto all'indennità pecuniaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute al momento dell'interruzione del rapporto di lavoro ², il Giudice - dopo

¹ L'art. 7 della menzionata direttiva dispone, al primo paragrafo, che "gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali"; al secondo paragrafo che "il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro". L'art. 17 della direttiva medesima prevede, poi, che gli Stati membri non possono in alcun modo derogare all'art. 7.

² La Corte giustizia UE, sez. X, 20/07/2016, n. 341, con riferimento all'articolo 7, paragrafo 2, della menzionata direttiva, ha ritenuto che detto disposto deve essere interpretato nel senso che: esso osta a una normativa nazionale che priva del diritto all'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute il lavoratore il cui rapporto di lavoro sia cessato a seguito della sua domanda di pensionamento e che non sia stato in grado di usufruire di tutte le ferie prima della fine di tale rapporto di lavoro; un lavoratore ha diritto, al momento del pensionamento, all'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute per il fatto di non aver esercitato le sue funzioni per malattia; un lavoratore il cui rapporto di lavoro sia cessato e che, in forza di un accordo concluso con il suo datore di lavoro, pur continuando a percepire il proprio stipendio, fosse tenuto a non presentarsi sul posto di lavoro per un periodo determinato antecedente il suo pensionamento non ha diritto all'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute durante tale periodo, salvo che egli non abbia potuto usufruire di tali ferie a causa di una malattia; spetta, da un lato, agli Stati membri decidere se concedere ai lavoratori ferie retribuite supplementari che si sommano alle ferie annuali retribuite minime di quattro settimane previste dall'articolo 7 della direttiva 2003/88. In tale ipotesi, gli Stati membri possono prevedere di concedere a un lavoratore che, a causa di una malattia, non abbia potuto usufruire di tutte le ferie annuali retribuite supplementari prima della fine del suo rapporto di lavoro, un diritto all'indennità finanziaria corrispondente a tale periodo supplementare. Spetta, dall'altro lato, agli Stati membri stabilire le condizioni di tale concessione (la Corte si è così pronunciata nell'ambito di una controversia promossa da un cittadino austriaco nei confronti del suo

aver analizzato attentamente la normativa in vigore - ha concluso che la disciplina europea “contestata” dev’essere interpretata come sopra già riportato nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale:

L’Avvocato generale, nel motivare la propria interpretazione, ricorda che la Corte di giustizia ha avuto modo di intervenire più volte su problematiche inerenti al mancato esercizio, da parte del lavoratore, del diritto alle ferie annuali retribuite - prima dell’interruzione del rapporto di lavoro - per motivi indipendenti dalla volontà del dipendente medesimo, sia a causa di malattia, sia a causa del rifiuto, da parte del datore di lavoro, di retribuire le ferie³. In tale ambito, i Giudici europei hanno enucleato il principio generale secondo cui “la direttiva 2003/88 non permette agli Stati membri né di precludere la nascita del diritto alle ferie annuali retribuite, né di prevedere che tale diritto di un lavoratore, al quale è stato impedito di esercitarlo, si estingua allo scadere del periodo di riferimento e/o del periodo di riporto fissato dal diritto nazionale”. Vieppiù, un lavoratore che non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali non godute prima della cessazione del rapporto di lavoro per ragioni indipendenti dalla sua volontà ha diritto a un’indennità finanziaria.

In altri termini, la regola comunitaria è che un “diritto alle ferie annuali retribuite non può venir meno alla fine del periodo di riferimento e/o del periodo di riporto stabilito dal diritto interno, quando il lavoratore non ha potuto beneficiare delle sue ferie”. Ne consegue che se è vero che gli Stati nazionali possono disciplinare modalità di esercizio del diritto alle ferie che comprendano anche la decadenza di detto diritto allo scadere di un periodo prefissato, occorre tuttavia che il lavoratore abbia comunque avuto la possibilità di esercitare il diritto attribuitogli dall’ordinamento comunitario.

OSSERVAZIONI

Ad avviso dell’Avvocato generale, la sola circostanza che un lavoratore non abbia chiesto di fruire delle proprie ferie retribuite non può implicare automaticamente il venir meno del diritto all’indennità pecuniaria sostitutiva delle ferie retribuite non godute all’atto di interruzione del rapporto di lavoro; occorre, infatti, una verifica preliminare ed approfondita afferente alla questione se il lavoratore sia stato effettivamente posto nelle condizioni di far valere il proprio diritto alle ferie *de quibus*. Pertanto, il datore di lavoro ha un vero e proprio obbligo giuridico che si concretizza nel consentire (mediante misure organizzative adeguate) ai lavoratori di far valere effettivamente il loro diritto alle ferie annuali retribuite, nonché nell’informare in modo puntuale che, qualora i lavoratori non usufruiscano delle ferie medesime pur avendone avuto la possibilità effettiva, essi non potranno rivendicare il diritto ad un’indennità pecuniaria “sostitutiva” all’atto di interruzione del loro rapporto di lavoro. Spetterà al giudice nazionale verificare se il datore di lavoro dimostri di aver adottato i provvedimenti idonei a consentire a tale lavoratore di far effettivamente valere, nel corso di tale rapporto, il proprio diritto alle ferie annuali retribuite; qualora l’imprenditore dimostri di

datore di lavoro, in merito all’indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute dall’interessato prima della fine del suo rapporto di lavoro).

³ Vedi, su tale ultima tematica, la sentenza del 29.11.2017, King, C-214/16.

aver agito con la necessaria diligenza e che, nonostante i provvedimenti adottati, il lavoratore abbia deliberatamente consapevolmente rinunciato a far valere il proprio diritto alle ferie annuali retribuite, lo stesso non potrà esigere la corresponsione della relativa indennità sostitutiva.

Solo interpretando in questo modo l'art. 7, paragrafo 2, della più volte menzionata direttiva 2003/88, per l'Avvocato comunitario non si va contro il tenore della stessa e contro la finalità sottesa all'istituto delle ferie annuali retribuite (ovvero il loro godimento come regola, e la corresponsione di un'indennità sostitutiva come eccezione). Va, pertanto, evitata un'interpretazione del suddetto art. 7 quale incentivo a rinunciare alle ferie come periodo di riposo al fine di ottenere una monetizzazione delle stesse.

Le sopra illustrate conclusioni cui perviene l'Avvocato generale della Corte comunitaria rivestono, a ben vedere, estrema importanza in quanto potrebbero riflettersi su quelli che potrebbero essere i nuovi orientamenti dei nostri Giudici di merito e di legittimità. Ricordiamo, infatti, che in base ad un consolidato principio europeo, se è vero che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al diritto comunitario trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, è altrettanto vero che, in tale contesto, l'esigenza di una c.d. interpretazione conforme include l'obbligo, sempre per il giudice nazionale, di modificare, eventualmente, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su di un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva.

Orbene, il nostro ordinamento in materia di ferie fa leva sul principio della irrinunciabilità del riposo annuale sancito dalla Carta Costituzionale, dal d.lgs. n. 66 del 2003 nonché, come ampiamente esposto in precedenza, dall'art. 7 della direttiva 2003/88/CE.

Il divieto di monetizzazione delle ferie, espressamente stabilito dall'art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 66 del 2003, è evidentemente finalizzato a garantire il godimento effettivo delle ferie, cosa che sarebbe vanificata 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.

Ne consegue che l'eccezione al suddetto principio, prevista nella seconda parte del medesimo art. 10 del decreto legislativo n. 66/2003, dovrebbe operare nei soli limiti delle ferie non godute relative al periodo ancora pendente al momento della risoluzione del rapporto.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴ è arrivata nel tempo a stabilire il principio - seppur riferito al solo personale con la qualifica dirigenziale - secondo cui il dirigente non ha diritto all'indennità sostitutiva delle ferie maturate e non godute negli anni precedenti la risoluzione del rapporto di lavoro, a meno che non provi di non aver potuto fruire del riposo a causa di eccezionali ed obiettive necessità aziendali.

⁴ Confronta, da ultimo, Cass. n. 23697/2017.

In particolare, il dirigente che, pur avendo il potere di attribuirsi il periodo di ferie senza alcuna ingerenza da parte del datore di lavoro, non lo eserciti e non fruisca del periodo di riposo annuale, non ha diritto alla indennità sostitutiva a meno che non provi di non avere potuto fruire del riposo a causa di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive⁵.

In altri termini, è necessario che il mancato godimento delle ferie sia derivato da causa imputabile al datore di lavoro; questa condizione non si verifica nel caso in cui il dirigente, per la posizione apicale ricoperta nell'azienda, pur avendo il potere di attribuirsi le ferie in piena autonomia, senza condizionamento alcuno da parte del titolare dell'impresa, non lo eserciti. In detta ipotesi, infatti, salva la ricorrenza di imprevedibili ed indifferibili esigenze aziendali, la mancata fruizione finisce per essere la conseguenza di un'autonoma scelta del dirigente, che esclude la configurabilità di un inadempimento colpevole del datore⁶.

Peraltro, di recente, e stavolta con esclusivo riferimento al personale del pubblico impiego, la Corte Costituzionale è apparsa sposare l'orientamento del Giudice comunitario oggetto del presente commento laddove, con la sentenza n. 95/2016 - nel ritenere non fondata questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 8, della legge n. 135/2012 (che prevede, tra l'altro: "*Le ferie, i riposi ed i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione ..., sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi*") - ha posto in evidenza come il legislatore correli il divieto di corrispondere trattamenti sostitutivi a fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro è riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni, risoluzione) o ad eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età), che comunque 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 delle ferie⁷.

⁵ Vedi Cass. 14.3.2016 n. 4920; Cass. 13.6.2009 n. 13953; Cass. 7.6.2005 n. 11786.

⁶ Con riferimento ai dirigenti medici di primo livello, la Corte appello Milano, sez. lav., n. 947/2017, ha affermato che i medesimi, trovandosi in posizione subordinata a quella dei dirigenti di secondo livello e alla direzione sanitaria responsabile della conduzione della struttura ospedaliera, non hanno il potere di programmare le ferie e di autoattribuirsi il godimento. Ne consegue che hanno diritto a ottenere la monetizzazione delle ferie non godute in costanza di rapporto di lavoro, cui compete, per principio generale, soltanto l'onere di provare l'avvenuta prestazione di attività lavorativa nei giorni ad esse destinati.

⁷ La Corte Costituzionale ha chiarito che tale interpretazione, che si pone nel solco della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, non pregiudica il diritto alle ferie, come garantito dalla Carta fondamentale (art. 36, comma terzo), dalle fonti internazionali (Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro h. 132 del 1970, concernente i congedi annuali pagati, ratificata e resa esecutiva con legge 10 aprile 1981, n. 157) e da quelle europee (art. 31, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007; direttiva 23 novembre 1993, n. 93/104/CE del Consiglio, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, poi confluita nella direttiva n. 2003/88/CE, che interviene a codificare la materia). Al riguardo, è utile segnalare la sentenza n. 14/2017, con cui il T.A.R. dell'Emilia-Romagna ha affermato che l'art. 5, comma 8, del decreto legge 6 luglio 2012 n. 95 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 7 agosto 2012 n. 135) vada interpretato come norma diretta a reprimere il ricorso incontrollato alla monetizzazione delle ferie non godute, contrastandone gli abusi, e a riaffermare la preminenza del godimento effettivo delle ferie, per incentivare una razionale

Sempre la Corte Costituzionale, ha poi precisato che la disciplina statale in questione, come interpretata dalla prassi amministrativa e dalla magistratura contabile, è nel senso di escludere dall'ambito applicativo del divieto le vicende estintive del rapporto di lavoro che non chiamino in causa la volontà del lavoratore e la capacità organizzativa del datore di lavoro⁸.

I principi esposti dal Giudice comunitario e ripresi, seppur limitatamente a talune categorie di prestatori di lavoro, dalla giurisprudenza “nostrana”, ad avviso di chi scrive potrebbero progressivamente consolidarsi anche nell'ambito del personale dipendente non dirigente del settore privato⁹.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI - Sulla tematica, nella recente giurisprudenza, Corte giustizia UE, sez. X, n. 341/2016; Cassazione n. 23697/2017; Cassazione n.4920/2016; Cassazione n.13953/2009; Cass. 7.6.2005 n. 11786; Corte appello Milano, sez. lav., n. 947/2017; Corte Cost. n. 95/2016; T.A.R. Emilia-Romagna n. 14/2017; Cassazione n.13860/2000; Cassazione n. 276/2016; Cassazione n. 16735/2013; Cassazione n. 7951/2001.

programmazione del periodo feriale e favorire comportamenti virtuosi delle parti nel rapporto di lavoro, senza arrecare pregiudizio al lavoratore incolpevole.

⁸ La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 13860 del 2000, aveva già affermato che “*dal mancato godimento delle ferie deriva – una volta divenuto impossibile per l'imprenditore, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligazione di consentire la loro fruizione – il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva, che ha natura retributiva, in quanto rappresenta la corresponsione, a norma degli artt. 1463 e 2037 cod. civ., del valore di prestazioni non dovute e non restituibili in forma specifica; l'assenza di un'espressa previsione contrattuale non esclude l'esistenza del diritto a detta indennità sostitutiva, che peraltro non sussiste se il datore di lavoro dimostra di avere offerto un adeguato tempo per il godimento delle ferie, di cui il lavoratore non abbia usufruito (venendo ad incorrere così nella “mora del creditore”). Lo stesso diritto, costituendo un riflesso contrattuale del diritto alle ferie, non può essere condizionato, nella sua esistenza, alle esigenze aziendali”*. In senso conforme si è recentemente pronunciata la medesima Corte con sentenza n. 2496/2018.

⁹ Al riguardo, è opportuno ricordare che la Suprema Corte, con sentenza n. 276/2016, ha stabilito che devono ritenersi illegittime, per contrasto con norme imperative, le disposizioni dei contratti collettivi che escludono il diritto del lavoratore all'equivalente economico di periodi di ferie non goduti al momento della risoluzione del rapporto, salva l'ipotesi del lavoratore che abbia disattesa la specifica offerta della fruizione del periodo di ferie da parte del datore di lavoro. In precedenza ed in senso sostanzialmente conforme la sentenza n. 16735/2013, con la quale Corte di Cassazione, dall'irrinunciabilità del diritto alle ferie, fa conseguire che, in caso di mancato godimento, al lavoratore spetta l'indennità sostitutiva per compensare la perdita del bene giuridico tutelato. In ogni caso, stante quanto previsto all'art. 2109 c.c., commi 1 e 2 (il datore di lavoro ha il diritto di collocare il periodo annuale di riposo ed il prestatore di lavoro ha diritto di essere informato della decisione aziendale. Pertanto, la possibilità di richiedere il godimento delle ferie, che il contratto collettivo eventualmente attribuisce al prestatore di lavoro, deve essere qualificata come una mera facoltà il cui esercizio costituisce un limite al diritto del datore di lavoro, obbligato a tenere conto delle indicazioni del prestatore di lavoro nella collocazione del periodo annuale di riposo. Da ciò discende che - dalla mancata richiesta di godimento delle ferie - non può desumersi alcuna rinuncia che, in ogni caso, sarebbe nulla per contrasto con norme imperative di legge (vedi anche Cass. n. 7951/2001). Conseguentemente, l'assenza di domanda di assegnazione, al pari dell'imputabilità al datore di lavoro della mancata fruizione del periodo di riposo, risulta irrilevante ai fini del sorgere della relativa obbligazione.