

Le ferie annuali

di

Mario Meucci

1. Funzione, modalità di fruizione e maturazione delle ferie (anche in malattia)

Il diritto alle ferie annuali, sancito dall'art. 36, 3° comma, della Costituzione, è ispirato da ragioni di ordine pubblico che poggiano sostanzialmente sull'esigenza di tutela dell'integrità fisica e dello stato di salute (latamente inteso e comprensivo anche di quello afferente alla sfera psicologica) del cittadino prestatore di lavoro subordinato (art. 32 Cost.).

Alle ferie si riconosce, infatti, sia da dottrina che da giurisprudenza la funzione di garantire - attraverso il riposo e le più varie attività ricreative esplicabili nel tempo libero, soddisfacendo così esigenze di ordine igienico, ricreativo, familiare e sociale in senso lato - sia un efficiente recupero delle energie psicofisiche usurate dopo un periodo annuale di effettiva prestazione lavorativa sia un periodo di "tempo libero" a titolo evasivo e psicologicamente ristoratore, gravante "quale diritto fondamentale" del lavoratore sulla controparte datoriale in ragione dell'anzianità di servizio e, quindi maturante in relazione alla continuità del rapporto di lavoro, a garantire la quale è utile anche il tempo di non prestazione per malattia o infortunio, intuitivamente impeditivi della ricreazione da "tempo libero fruibile in stato di salute" non potendo ritenersi minimamente accettabile la "faziosa" tesi secondo cui tale tempo di riposo (al posto delle ferie) verrebbe assolto dal normale periodo di cd. "convalescenza" che si accompagna e si inserisce nella durata della malattia.

La regolamentazione ordinaria della materia è stata inizialmente attuata dalla legge sull'impiego privato del 1926 e poi dall'art. 2109 del codice civile. La limitazione introdotta dal 2° comma di tale disposizione, circa la spettanza delle ferie «*dopo un anno d'ininterrotto servizio*», fu soppressa dalla Corte costituzionale con decisione del 7-10 maggio 1963 n. 66, per contrasto con l'art. 36 della Costituzione, consentendosi in tal modo la maturazione e la fruizione delle ferie in relazione ai singoli mesi di servizio prestato (*rectius*, di anzianità di servizio). La portata della decisione occasionò l'estensione delle modalità di maturazione e di fruizione del diritto al contratto a termine (se di durata inferiore all'anno) di cui alla L. n. 230 del 18 aprile 1962.

Sulla scia della decisione n. 66 del 1963, la Corte costituzionale - con sentenza n. 189 del 22 dicembre 1980 - ha rimosso l'esclusione dal diritto alle ferie (relativamente ai ratei maturati o all'equivalente indennità sostitutiva) per il lavoratore il cui rapporto si risolve in periodo di prova, sul presupposto che l'art. 36 Cost. garantisce il diritto alle ferie annuali, in proporzione al servizio prestato (*rectius*, all'anzianità di servizio maturata, secondo le recenti precisazioni di Cass. sez. un. n. 14020/2001), a tutti i lavoratori senza distinzione di sorta.

Circa la correlazione al "servizio prestato" ovvero "all'anzianità di servizio" (includente *ex art.* 2110 c.c. anche i periodi di assenza per malattia, infortunio, gravidanza ecc.), sulla diatriba dottrinale e giurisprudenziale è intervenuta, in senso chiarificatore, la Cassazione a sezioni unite con la sentenza n. 14020 del 12 novembre 2001, stabilendo che ai fini della maturazione del monte ferie individuale concorrono anche i periodi di assenza per malattia, con la conseguenza che sono nulle le pattuizioni collettive che contemplino la decurtazione (o non maturazione) delle ferie durante le malattie, più o meno lunghe che siano. Tali conclusioni conseguono pacificamente per effetto della seguente massima di Cass. sez. un. n. 14020/2001, secondo cui: «*Nella determinazione della durata delle ferie ex art. 2109, capoverso, cod. civ., l'autonomia privata trova un limite nella necessità, imposta dall'art. 36 Cost., di parificare ai periodi di servizio quelli di assenza del lavoratore per malattia. Il diritto alle ferie, infatti, non ha solo la funzione di corrispettivo della prestazione lavorativa, ma soddisfa anche esigenze psicologiche fondamentali del lavoratore, consentendo allo stesso di partecipare più incisivamente alla vita familiare e sociale e tutelando il suo diritto alla salute, nell'interesse dello stesso datore. In tale ottica le ferie sono da intendersi eminentemente come periodo di "tempo libero" prefigurato dalla Costituzione per la realizzazione da parte del lavoratore delle esigenze innanzi indicate, piuttosto che per esclusivo ristoro di energie usurate nella prestazione di lavoro, da fruirsi necessariamente in stato di salute (cfr. Corte cost. n. 616/1987) o almeno in*

condizioni fisiche compatibili con la funzione di riposo e ricreazione, propria dell'istituto delle ferie (Cass. sez. un. 23 febbraio 1998, n. 1947)».

L'art. 2109 c.c. dispone che il diritto alle ferie si concretizzi attraverso una fruizione *possibilmente continuativa*, in omaggio alla finalità specifica del recupero energetico e della salutare distensione e ricreazione psicologica. Lo scopo ristoratore (affinché non esca vanificato) esige infatti che l'eventuale frazionamento sia moderato e che il beneficio feriale si realizzi, qualora non continuativo, attraverso frazioni di ferie di sufficiente ampiezza.

E' stato affermato, al riguardo, che *«assenze brevissime, di qualche giorno, non possono integrare il concetto di godimento del periodo feriale, che invece presuppone un periodo di riposo continuativo tale da permettere al lavoratore di reintegrare e ritemperare le proprie energie fisiche e di tutelare la sua personalità morale».*

In questa linea, giurisprudenza e dottrina - pertinentemente - ritengono *«seriamente discutibile»* la diffusa prassi di imputare singole giornate "in conto ferie", considerandole come frazioni del riposo annuale, particolarmente qualora ciò avvenga in maniera unilaterale e non concordata con il lavoratore. Ebbe a stabilire, al riguardo, la Cassazione fin dagli anni '40 che *«le singole assenze, irregolarmente saltuarie o periodiche, per quanto numerose e arbitrarie, se possono costituire eventualmente in responsabilità il lavoratore per inadempimento o inesatta adempimento delle sue prestazioni, non possono rappresentare un compenso sostitutivo delle ferie annuali».*

L'occasionalità e la frammentarietà dei permessi (concessi per esigenze personali e/o familiari) limitati a singole giornate, si scontra, in effetti, con il carattere ricostitutivo e tonificatore delle ferie, talché è posizione giurisprudenziale sufficientemente consolidata quella di negare validità al defalcamento unilaterale del monte ferie da parte dei suddetti permessi.

A meno che il lavoratore non abbia espressamente chiesto (ed ottenuto) i permessi giornalieri nella forma di frazione feriale, si ritiene in giurisprudenza che, qualora l'azienda di propria iniziativa abbia proceduto allo scomputo degli stessi dalle ferie annuali, il lavoratore possa legittimamente pretendere di fruire, alla data di maturazione infrannuale, del periodo di ferie integralmente spettantegli per contratto di lavoro, previa disponibilità a riversare al datore di lavoro la retribuzione percepita per le giornate di permesso che fossero state "unilateralmente" imputate dall'azienda "in conto ferie".

Per contro può verificarsi che l'interesse del lavoratore a che vengano considerati dall'azienda, come ferie, singoli giorni di assenza per motivi personali, non incontri - per ragioni riconducibili ad esigenze di programmazione dei turni di ferie o al principio della consecutività e della concentrazione delle medesime - il consenso dell'azienda.

Come nel precedente caso era da considerare, in carenza di accordo, viziata l'unilaterale iniziativa datoriale di scomputo, in quest'altra ipotesi risulta illegittima la pretesa del lavoratore di vedersi attribuite, senza il consenso datoriale, singole giornate di permesso o di assenza "in conto ferie".

Spetta al datore di lavoro - *ex art. 2109 c.c.* - stabilire l'epoca di fruizione delle ferie *«tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi dei lavoratori»*; formula che richiede un equo contemperamento del potere di determinazione datoriale con le esigenze e le necessità personali o familiari o di ordine economico del prestatore di lavoro.

Al potere datoriale di prestabilire il periodo di godimento delle ferie, con i limiti discendenti dal rispetto delle necessità della controparte - sulle quali comunque prevalgono, secondo dottrina e giurisprudenza, le esigenze dell'impresa - si accompagna necessariamente l'onere di *preventivamente* comunicare al lavoratore il periodo o epoca dell'anno definita per il godimento del riposo annuale.

L'onere della comunicazione preventiva è finalizzato a consentire al lavoratore di organizzarsi, in tempo utile, per trascorrere il periodo feriale eventualmente fuori della località sede di lavoro o di residenza, per ricongiungersi al nucleo familiare d'origine o per concordare con taluni di detto nucleo (parenti o affini) le modalità di utilizzo della vacanza in comune. Pertanto la formulazione del 3° comma dell'art. 2109 c.c. postula una comunicazione con un periodo di ragionevole e congruo preavviso (per rispetto del prestatore e di una non trascurabile esigenza dello stesso) la cui determinazione è, molto spesso, affidata alle pattuizioni contrattuali.

La giurisprudenza ha sempre ammesso (con ciò favorendo l'inserzione della facoltà nei contratti di lavoro) che il datore di lavoro possa differire, sempre per reali e comprovate esigenze aziendali, il

periodo di ferie già determinato o anche interromperlo in corso di fruizione, subentrando - in tal caso - negli oneri economici conseguenti ai rapporti patrimoniali intercorsi tra il lavoratore e terzi organismi ricreativi (alberghi, ecc.). L'eventuale insistenza del lavoratore nel voler fruire le ferie nel periodo già fissato ed anche il rifiuto di rientrare in servizio (in caso di richiamo), possono farlo incorrere in sanzioni disciplinari proporzionalmente adeguate alla natura ed alla consistenza delle sopraggiunte e disconosciute esigenze aziendali.

2. Il significato dell'irrinunciabilità del diritto

Diversi equivoci ha ingenerato, nell'opinione comune, il principio costituzionale di irrinunciabilità alle ferie annuali. Va sottolineato come esso equivalga a divieto, a pena di nullità, di pattuire tra lavoratore e datore di lavoro una rinuncia alla fruizione delle ferie, sia gratuita sia dietro compenso; tuttavia qualora il diritto al godimento non abbia trovato nell'anno di maturazione una concreta attuazione - che non sia riconducibile a diniego del datore di lavoro nel qual caso permane il diritto del lavoratore ad una fruizione posticipata - allo stesso si sostituisce un emolumento risarcitorio (cd. indennità sostitutiva).

Ciò sta anche a significare che è preclusa, per il datore di lavoro ed il prestatore, la scelta aprioristica tra la concessione (o la fruizione) delle ferie e la corresponsione (o la percezione) del compenso sostitutivo (cd. monetizzazione).

Con riferimento al precitato principio di irrinunciabilità, si è posto il problema se il lavoratore possa legittimamente avanzare la pretesa di fruire, in epoca futura, le ferie non godute nell'anno per sua scelta o per non provati impedimenti aziendali, particolarmente in fattispecie caratterizzata da una carente precisazione, nel contratto di lavoro, del periodo di riferimento per la maturazione e la fruizione delle ferie (es. arco 1 gennaio/31 dicembre e simili).

La risposta, nella fattispecie in questione, è stata, pertinentemente, negativa in virtù del carattere indilazionabile del riposo annuale. La giurisprudenza ha esplicitato la sua posizione, più o meno nei seguenti termini da noi trasposti a guisa di massima, desunta dai principi espressi in varie decisioni: *«poiché il diritto alle ferie è irrinunciabile e, salvo un'espressa deroga normativa, indilazionabile, in caso di mancato godimento delle stesse (per fatto non dipendente da diniego del datore di lavoro, n.d.r.), il lavoratore ha diritto alla corresponsione di un equivalente economico, al quale non si può sostituire il godimento differito delle ferie di cui non si è fruito negli anni precedenti. Tale indennità matura in ciascun anno nello stesso tempo in cui prende il posto del riposo non goduto».*

Il principio dell'infrannualità delle ferie - preclusivo di una imposizione datoriale di godimento in anni successivi delle ferie non fruito nell'anno di competenza ovvero di una prassi o pretesa del lavoratore di godere in periodi ed anni posticipati l'accumulo (sovente consistente) delle ferie pregresse maturate e non fruito per scelta individuale o per generiche esigenze ostative aziendali - è stato recentemente ed autorevolmente affermato da Corte cost. n. 543 del 19 dicembre 1990, la quale, relativamente alla sancita facoltà aziendale nel settore degli autoferrotranviari, di spostare il godimento delle ferie ad anni successivi *«per esigenze di servizio»*, ha statuito l'illegittimità costituzionale della previsione in questione sostituendola con la ricorrenza di *«eccezionali, motivate esigenze di servizio»*. Il tutto, in quanto tale facoltà dilatoria è stata ritenuta contrastante con i principi costituzionali, che vengono vanificati *«ove non si consenta al lavoratore di usufruire integralmente nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete. Ove infatti - dice la Corte - 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 all'accumulo della fatica lavorativa ed al conseguente bisogno di riposo: che perciò verrebbe colpito se non si consentisse che nel corso dell'anno il lavoratore possa usufruire di quel periodo feriale ritenuto adeguato da norme di legge o disposizioni contrattuali».*

Ne escono così smentite e qualificabili come viziate da indebita permissività e da giuridica incoerenza quelle posizioni secondo le quali *«il principio della introannualità, rigidamente operante per quanto riguarda la nascita del diritto alle ferie, costituisce solo una indicazione di massima in ordine al concreto godimento delle stesse entro l'anno»* ovvero *« quel principio opera più che altro a livello di*

tendenza, in relazione al fatto che le ferie, essendo commisurabili in ragione d'anno, con tale cadenza vengono di norma fruiti dal lavoratore...».

Invero il principio dell'infrannualità delle ferie è un principio riconducibile alla lettera ed allo spirito costituzionale e non è derogabile a discrezione dell'azienda o per sopperire a carenze gestionali della stessa o a generiche esigenze di servizio, fronteggiabili con la dovuta capacità di programmazione ed organizzazione.

Il principio dell'infrannualità della fruizione delle ferie è stato confermato dalla Cassazione – adesiva ai principi di Corte cost. n. 543 del 19 dicembre 1990 - con la sentenza n. 13980 del 24 ottobre 2000, con la quale ha asserito che il potere discrezionale del datore di lavoro di fissare l'epoca delle ferie «non è del tutto arbitrario e privo di vincoli, ma deve tenere conto anche degli interessi del prestatore di lavoro...senza essere ingiustificatamente vessatorio nei confronti del lavoratore e dimentico delle legittime esigenze di questi», al fine di privilegiare l'esclusiva utilità degli interessi dell'impresa. Ha altresì proseguito statuendo che: «Il potere del datore di lavoro è, inoltre limitato da norme inderogabili come, ad esempio, quella per la quale l'imprenditore deve preventivamente comunicare al prestatore di lavoro il periodo stabilito per il godimento delle ferie (terzo comma dell'art. 2109 c.c.) e quella per la quale le ferie devono essere godute entro l'anno di lavoro e non successivamente (ex art. 2109, 2° co., c.c.). La ragione di quest'ultima norma dipende dalla funzione propria delle ferie annuali che è quella di assicurare il recupero delle energie fisiche e psichiche da parte del lavoratore; funzione che sarebbe compromessa se non avvenisse con periodicità almeno annuale e che è stata affermata espressamente dalla Corte costituzionale quando ha dichiarato illegittimo il penultimo comma dell'art. 22, all.a), del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148, nella parte in cui prevedeva che l'autoferrotranviere potesse non fruito delle ferie nel corso dell'anno lavorativo (Corte cost. 19 dicembre 1990, n. 543). Deve concludersi che, una volta decorso l'anno di competenza, il datore di lavoro non possa più imporre al lavoratore di godere effettivamente delle ferie e tantomeno possa stabilire il periodo (successivo, n.d.r.) nel quale deve goderle, ma è tenuto al risarcimento del danno», mediante corresponsione della relativa indennità sostitutiva.

Una volta stabilito – in ragione del principio di infrannualità delle ferie – che sussiste un divieto (di origine costituzionale) all'eventuale pretesa datoriale di imporre al lavoratore lo smaltimento in anni successivi delle ferie arretrate (a fronte delle quali, in mancanza di consenso del lavoratore, questi ha diritto alla percezione dell'indennità sostitutiva), è stato esaminato da Cass. n. 2569 del 21 febbraio 2001 l'addizionale problema costituito dal rifiuto del lavoratore di percepire l'indennità sostitutiva di periodi di ferie non concessi (e quindi non fruiti dal lavoratore) per fatto imputabile al datore di lavoro (diniego o oggettiva preclusione per ricorrenza di imprescindibili esigenze organizzative aziendali). La Cassazione ha sancito, a soluzione del caso specifico, il principio di carattere generale secondo cui: «Il lavoratore che, per fatto imputabile al datore di lavoro, non abbia goduto delle ferie nell'anno di riferimento e non intenda accettare l'indennità sostitutiva, ha diritto alla fruizione delle stesse anche in anni successivi – in applicazione del principio generale di diritto al risarcimento in forma specifica, ex art. 2058, comma 1°, c.c. - cosicché vanno considerate nulle le clausole, anche collettive, che a fronte di tale evento prevedano, in via esclusiva, l'erogazione dell'indennità sostitutiva, decorso l'anno di riferimento.

Il diritto alla fruizione effettiva delle ferie arretrate per fatto imputabile al datore di lavoro può comunque tramutarsi in diritto al risarcimento per equivalente se risulti che il risarcimento in forma specifica ex art. 2058, comma 1° - che si attualizza in fattispecie mediante l'effettiva fruizione delle ferie – risulta eccessivamente oneroso per il datore di lavoro, così come disposto dall'art. 2058, comma 2°, per effetto della sussistenza di comprovate ragioni aziendali ostative alla fruizione reale delle ferie, sussistendo le quali compete al lavoratore l'indennità sostitutiva.

Spetta al datore di lavoro, cui incombe l'obbligo di un'organizzazione aziendale che consenta la tempestiva fruizione del periodo feriale, provare, in quanto a conoscenza delle concrete esigenze aziendali ostative, l'esistenza delle stesse».

Nel caso in cui si provveda alla corresponsione per le ferie arretrate della indennità sostitutiva - che a stretto diritto spetta sulla base della retribuzione dei singoli mesi di annuale e consuetudinaria fruizione delle ferie, appartenenti ai distinti anni di maturazione delle stesse – di regola si usa

aziendalmente (eminentemente per ragioni semplificative) il parametro della retribuzione dell'ultimo anno (o dell'epoca di cessazione del rapporto) anche perché, altrimenti, la retribuzione dei distinti anni di maturazione delle ferie dovrebbe essere incrementata, di norma in via bonaria e conciliativa ed a stretto diritto solo in caso di ricorso ex art. 429 c.p.c. e condanna giudiziale, di rivalutazione monetaria ed interessi ai sensi della disposizione medesima.

3. La vigente disciplina delle ferie secondo il d.lgs. n. 66/2003

In questo quadro normativo si è inserito il decreto legislativo 66 del 2003 che ha disposto, all'art. 10 - come modificato dal d. lgs. n. 213 del 2004 - che *«fermo restando quanto previsto dall'articolo 2109 del Codice Civile, il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'articolo 2, comma 2, va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione»*.

Quindi, nel caso di fruizione di un periodo feriale consecutivo di quattro settimane, tale periodo equivale a 28 giorni di calendario.

Con il decreto legislativo n. 66 del 2003 è stata introdotto per la prima volta in Italia, in modo espresso, il divieto di monetizzare il periodo di ferie corrispondente alle quattro settimane previste dalla legge, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro nel corso dell'anno. Per quanto riguarda i contratti a tempo determinato, di durata inferiore all'anno, è quindi sempre ammissibile la monetizzazione delle ferie.

L'impossibilità di sostituire il godimento delle ferie con la corresponsione dell'indennità sostitutiva è operante per la quota di ferie maturata a partire dal giorno dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 66 del 2003, ossia dal **29 aprile 2003**.

Nei casi di sospensione del rapporto di lavoro che rendano impossibile fruire delle ferie secondo il principio della infra-annualità, le stesse dovranno essere godute nel rispetto del principio dettato dall'art. 2109 cod. civ., espressamente richiamato nell'art. 10 del decreto legislativo n. 66 del 2003, ossia *«nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro»*.

Il legislatore delegato ha, ora, dettato una specifica disciplina sul punto, in forza della quale si possono distinguere 3 periodi di ferie:

a) **un primo periodo, di almeno due settimane**, da fruirsi in modo ininterrotto nel corso dell'anno di maturazione, su richiesta del lavoratore. La richiesta del lavoratore dovrà essere inquadrata nel rispetto dei principi dell'art. 2109 c. c. Pertanto, anche in assenza di norme contrattuali, dovrà essere formulata tempestivamente, in modo che l'imprenditore possa operare il corretto temperamento tra le esigenze dell'impresa e gli interessi del prestatore di lavoro.

La contrattazione collettiva e la specifica disciplina per le categorie di cui all'articolo 2 comma 2 possono disporre diversamente. Allo scadere di tale termine, se il lavoratore non ha goduto del periodo feriale di due settimane, il datore sarà passibile di sanzione.

Il periodo cui si riferisce la violazione è quello di due settimane. Sarà sufficiente che il lavoratore non abbia goduto anche solo di una parte di detto periodo perché il datore di lavoro sia considerato soggetto alla sanzione indicata, anche nelle ipotesi in cui il godimento di detto congedo annuale sia in corso di godimento in quanto il periodo deve essere fruito nel corso dell'anno di maturazione e non oltre il termine di esso;

b) **un secondo periodo, di due settimane**, da fruirsi anche in modo frazionato ma entro 18 mesi dal termine dell'anno di maturazione, salvi i più ampi periodi di differimento stabiliti dalla contrattazione collettiva. Nell'ipotesi in cui la contrattazione stabilisca termini meno ampi per la fruizione di tale periodo (ad esempio nel settore del pubblico impiego ove il termine è di 6 mesi) il superamento di questi ultimi, quando sia comunque rispettoso del termine dei 18 mesi, determinerà una violazione esclusivamente contrattuale;

c) **un terzo periodo, superiore al minimo di 4 settimane** stabilito dal decreto, potrà essere fruito anche in modo frazionato ma entro il termine stabilito dall'autonomia privata dal momento della

maturazione. Questo ultimo periodo può essere monetizzato tenendo conto delle previsioni dettate al riguardo.

3. Cenni sul regime fisco-previdenziale dell'indennità sostitutiva

In detto panorama, caratterizzato da orientamenti dottrinali e giurisprudenziali contrastanti, la Suprema Corte (cfr. da ultimo, Cass., sez. lav., 11 maggio 2011, n. 10341) ha mantenuto un atteggiamento contraddittorio accettando, in alcuni casi, la tesi della natura risarcitoria dell' indennità e negandola in altre situazioni.

A creare qualche ulteriore contrasto è stata la riforma operata con il d. l.gs. 2 settembre 1997 n. 314 che, ad avviso di alcuni autori e delle interpretazioni ministeriali, ha apportato un ulteriore ampliamento dell' imponibile ed una notevole estensione del principio di onnicomprensività dei redditi di lavoro dipendente.

Dal 1 gennaio 1998 esiste una nozione di retribuzione unitaria valida sia ai fini previdenziali che fiscali. La riunione delle basi retributive fiscali e contributiva operata dal d. lgs. n. 314 del 1997 ad avviso di alcuni orientamenti lasciava comunque aperta la strada della non tassabilità, considerato che l' art. 12, comma 4, lett. c), l. n. 153 del 1969 esclude dalla base imponibile contributiva «*i proventi e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento danni*».

Di opinione decisamente diversa è stata l' Amministrazione finanziaria che con circolare 23 dicembre 1997, n. 326/E, di commento al d. lgs. n. 314 del 1997 al paragrafo 2.1 ha affermato: «È opportuno osservare, preliminarmente, che nel comma 1 dell'art. 48 è **stata conservata ed, anzi, rafforzata, la precedente impostazione** in base alla quale si afferma la onnicomprensività del concetto di reddito di lavoro dipendente e, quindi, **della totale imponibilità di tutto ciò che il dipendente riceve**. Nei successivi commi dello stesso art. 48 vengono stabilite specifiche deroghe al principio della totale tassabilità, prevedendo alcuni componenti che non concorrono a formare il reddito(...) Entrando nel dettaglio del nuovo art. 48, si precisa che il comma 1 conferma espressamente che costituiscono reddito di lavoro dipendente tutte le somme e i valori (intendendo con tale espressione la quantificazione dei beni e dei servizi) che il dipendente percepisce nel periodo d'imposta, a qualunque titolo, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro, e, quindi, tutti quelli che siano in qualunque modo riconducibili al rapporto di lavoro, anche se non provenienti direttamente dal datore di lavoro (...). Tenuto conto di quanto già precisato a commento dell'art. 46 e del tenore del comma 1 dell'art. 48, **a titolo meramente esemplificativo, è possibile la seguente elencazione di somme e valori che sono soggetti ad imposizione, in quanto riconducibili al rapporto di lavoro:** «(...) *le indennità comunque denominate, ivi comprese quelle di trasferta (sia pure con il limite previsto nel successivo comma 5), per ferie non godute*». Detta impostazione è stata successivamente confermata anche dall' INPS con circolare del 7 ottobre 1999 n. 186, con la quale è stato assoggettato a contribuzione il compenso per ferie non godute. Infine, più recentemente, è stato ribadito l'assoggettamento a contribuzione previdenziale dell'indennità sostitutiva delle ferie - sulla base della tassatività delle esclusioni da contribuzione contenute nell'art. 12, l. n. 153/1969 (che non contempla l'indennità sostitutiva delle ferie) - da Cass. sez. lav. 3 aprile 2004, n. 6607 e da Cass. sez. lav. 9 agosto 2005, n. 16761, con la conseguenza di ritenere quantomeno prevalente l'orientamento al riguardo, pur nella perdurante varietà di opinioni in sede dottrinale e giurisprudenziale che militano ad una improcrastinabile soluzione in sede di Sezioni unite.

4. Questioni ed orientamenti vari

Alla liquidazione dell'indennità sostitutiva si addivene altresì in ipotesi di cessazione del rapporto, anticipata rispetto all'epoca di fruizione delle ferie, per cui la giurisprudenza ha pacificamente statuito che «*non si dà luogo a prolungamento del rapporto per il periodo corrispondente alla durata delle ferie non fruita*».

E' stato altresì, correttamente, asserito il divieto - per contrasto con il principio dell'infrannualità delle ferie - per l'azienda di imputare unilateralmente, in conto anticipo ferie dell'anno successivo, giornate di ferie collettive (eccedenti lo scaglione annuale maturato dai singoli lavoratori) accordate loro nell'anno precedente.

In caso di contestazione circa la spettanza dell'indennità sostitutiva, è posizione giurisprudenzialmente consolidata quella per cui spetta «*al lavoratore l'onere della prova del fatto costitutivo (e cioè del mancato godimento) trattandosi di azione non contrattuale ma di natura risarcitoria*», non gravando, pertanto sul datore di lavoro il compito di dimostrare di averle concesse.

Qualora risulti pacifico che le ferie non sono state godute ed il datore di lavoro non intenda corrispondere l'indennità sostitutiva, spetta allo stesso dimostrare che il mancato godimento non dipese da esigenze aziendali, ma da scelta personale del dipendente, per motivi di opportunità e convenienza a cui non si accompagnò, per il datore di lavoro, utilità di sorta.

In questo ambito si ritiene riconducibile anche la scelta del dirigente sindacale di rinunciare al programmato periodo di ferie (o a giorni del medesimo) per i più validi e non sindacabili motivi correlati all'incarico rivestito. Va al riguardo premesso che, per costante affermazione giurisprudenziale, la fruizione dei permessi sindacali forma oggetto di un diritto potestativo del dirigente sindacale, rispetto al quale il datore di lavoro si trova in posizione di *soggezione*, dunque non legittimato ad esercitare sul punto alcun sindacato né a contrapporvi eventuali esigenze organizzative e di servizio (*ex plurimis* Cass. 14 gennaio 2003 n. 454, Cass. n. 11759/03, Cass. n. 11573/97, Cass. n. 5521/89). Eloquente al riguardo la precisazione di Cass. 24.3.2001 n. 4302, secondo cui: «*il termine "permesso" è impropriamente adoperato dalla legge secondo un uso lessicale tradizionale, in quanto non è una manifestazione di consenso del datore di lavoro a produrre l'effetto giuridico di esonero della prestazione lavorativa conservando il diritto alla retribuzione, ma è esclusivamente la richiesta dell'interessato nella sussistenza delle condizioni legali e contrattuali previste per la fruizione del permesso*». Se la natura dell'incarico sindacale giustifica l'inosservanza del programma feriale del dirigente sindacale, la scelta oggettivamente indipendente dalle esigenze aziendali ma, invero, esclusivamente riposante su valutazioni personali del sindacalista, impone che le ferie non fruito vengano posticipate nel godimento in accordo con l'azienda titolare del diritto alla fissazione del periodo; ne consegue che non matura automaticamente per il dirigente sindacale che non le abbia fruito il diritto alla loro monetizzazione in carenza di consenso aziendale, talché la scelta individuale – quantunque giustificata – implica per lui l'onere dello smaltimento in tempi successivi. Il diritto alla monetizzazione sorge solo qualora l'accumulo di ferie dipenda da mancata fruizione per impedimento aziendale.

5. Non retribuibilità delle ferie non godute dai dirigenti apicali

Esaminando la questione per coloro che - salvo prova contraria - hanno la possibilità di autoattribuirsi il periodo feriale (dirigenti di vertice o apicali, esclusi invece i dirigenti minori normalmente privi di tale potere) e per quei lavoratori che, nell'interesse personale, vi hanno rinunciato (fattispecie di camerieri per non perdere il beneficio delle mance), la giurisprudenza ha negato loro il diritto all'indennità sostitutiva per la mancata fruizione delle ferie.

La stessa Suprema corte, nel primo caso, ha statuito che: «*al 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 del periodo di riposo annuale, va negato il diritto all'indennità sostitutiva, salvo che dimostri la ricorrenza di eccezionali ed obiettive necessità aziendali, ostative a quel godimento*».

L'affermazione, come si può notare non assoluta, è temperata infatti da due condizioni: quella dell'assenza di ingerenza del datore di lavoro nelle modalità di autoconferimento delle ferie e quella della non ricorrenza di eccezionali esigenze aziendali ostative al loro effettivo godimento. Ciò, in pratica, svuota di gran lunga l'effettività del principio. Raramente, infatti, sono emerse quelle due concomitanti condizioni di "assenza" di obiettivi impedimenti, tali da legittimare la negazione del diritto all'indennità sostitutiva delle ferie, cosicché l'affermazione va intesa più che altro come un deterrente, con effetti sollecitatori alla fruizione di un diritto costituzionale posto nell'interesse superindividuale alla conservazione dell'integrità psicofisica.

Roma, marzo 2012