

Malattia e periodo di comportamento: la questione del godimento delle ferie

- a cura di *Filippo Capurro* - Agosto 2020 -

(1) Premessa

Sviluppo qualche pensiero in continuità con le riflessioni contenute nel mio ultimo pezzo *“L’indennità per ferie non godute dal dirigente: una questione tutt’altro che scontata”*.



In particolare riprendo il tema della **fruizione delle ferie**, questa volta con riguardo alla malattia e al periodo di comportamento.

Una breve premessa: l’art. 2110 cod. civ. dispone che, in caso di malattia – oltre che di infortunio, gravidanza o puerperio – il rapporto di lavoro viene **sospeso** e che il datore di lavoro **non può licenziare** il lavoratore malato se non sia scaduto il termine di conservazione del posto (cosiddetto “**periodo di comportamento**”) previsto dai contratti collettivi o, in mancanza, dagli usi o secondo equità.

In altre parole, il lavoratore non può essere licenziato per il semplice fatto di essere malato salvo che la malattia si protragga oltre detto termine.

(2) La richiesta delle ferie in prossimità della scadenza del periodo di comporto: principi di giurisprudenza

Quando si avvicina lo scadere del periodo di comporto e il lavoratore non è ancora guarito, egli può in effetti avere interesse a prolungare l'assenza con un titolo legittimo, dato che, decorso il comporto, potrà infatti essere licenziato.

Di conseguenza potrebbe ad esempio pensare di richiedere la fruizione di un **periodo di ferie**, interrompendo così la malattia e con essa il decorso del comporto, auspicando nel frattempo di rimettersi un salute.

Si pone però la questione se il datore di lavoro sia o meno tenuto a concedere le ferie. In ordine logico espongo i principi di giurisprudenza sulla materia.

2.1. L'astratta facoltà di sostituire le ferie alla malattia

Anzitutto, secondo la giurisprudenza, il lavoratore ha la astratta facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, dovendosi escludere una incompatibilità assoluta tra ferie e malattia.

In tali casi, infatti, non sarebbe costituzionalmente corretto **precludere il diritto alle ferie** in ragione delle condizioni psico-fisiche inidonee al loro pieno godimento - non potendo operare, a causa della **probabile perdita del posto di lavoro** conseguente al superamento del comporto, il criterio della sospensione delle stesse e del loro spostamento al termine della malattia - perché si renderebbe così impossibile la effettiva fruizione delle ferie (Cass. 03/03/2009 n. 5078).

2.2. I poteri del datore di lavoro

In giurisprudenza è consolidato tuttavia anche il principio per cui il lavoratore assente per malattia **non ha incondizionata facoltà** di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, quale titolo della sua assenza, allo scopo di interrompere il decorso del periodo di comporto. Infatti **competete al datore di lavoro** esercitare il potere conferitogli dalla legge (art. 2109, comma 2, cod. civ.), di stabilire la collocazione temporale delle ferie nell'ambito annuale, **armonizzando le esigenze dell'impresa con gli interessi del lavoratore** [Cass. 17/04/2019 n. 10725, Cass. 10/11/2004 n. 21385, ripresa da Cass. 27/03/2020 n. 7566 sia pure quale appoggio per la soluzione di un diverso problema].

2.3. Il contemperamento di tali poteri

Nell'esercizio di tale potere, tuttavia, spetta al datore di lavoro **dimostrare** di aver tenuto conto, nell'assumere la relativa decisione, del **rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare la possibile perdita del posto** di lavoro per scadenza del periodo di comporto (Cass. 03/03/2009 n. 5078).

Segnalo a questo proposito anche Cass. 29/10/2018 n. 27392 secondo la quale tale valutazione datoriale deve essere effettuata non solo in un'ottica di **bilanciamento degli interessi** contrapposti ma altresì in ossequio alle clausole generali di **correttezza** e **buona fede**. In caso di rifiuto di concessione delle ferie, in questo frangente, è dunque necessario che le dedotte ragioni datoriali siano **concrete** ed **effettive**.

2.4. I rimedi alternativi di legge e di contratto

Infine viene affermato che tale obbligo datoriale di contemperamento degli interessi contrapposti non è ragionevolmente configurabile allorquando il lavoratore abbia la possibilità di fruire e beneficiare di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di **evitare la risoluzione del rapporto** per superamento del periodo di comporto e in particolare quando le parti sociali abbiano convenuto e previsto, a tal fine, il collocamento in aspettativa, pur non retribuita (Cass 27/03/2020 n. 7566).

(3) Conclusioni

Ancora una volta la giurisprudenza sottolinea l'importanza dell'interpretazione e dell'esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede.

Le clausole generali e i **rimedi anti abusivi**: correttezza e buona fede, divieto di frode alla legge, divieto di ritorsione etc. hanno trovato, nel tempo, sempre più spazio nella vita del nostro ordinamento giuridico.

Emblematico il famosissimo caso Renault (deciso con la sentenza Cass. 18/09/2009, n. 20106) relativo a un atto di autonomia privata (nel caso un recesso "*ad nutum*" da un contratto di concessione). Nella pronuncia è stato precisato che il giudice, nel **controllare** e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretarlo anche in funzione del **contemperamento degli opposti interessi** delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di **ragionevolezza** in ambito contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso "*ad nutum*" previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con **modalità (buona fede)** e per **perseguire fini diversi e ulteriori** rispetto a quelli consentiti (**abuso del diritto**). L'indicato giudizio deve essere più ampio e **rigoroso** là dove vi sia una provata **disparità di forze** fra i contraenti.

In particolare, un terreno particolarmente fertile per lo sviluppo delle clausole generali si è rivelato essere il diritto del lavoro, poiché regola rapporti nei quali la posizione delle parti oscilla in un equilibrio delicato e complesso, anche per l'esistenza di poteri (non solo conformativi) in capo al datore di lavoro.

Si tratta di strumenti interpretativi che, in un ordinamento come il nostro di matrice bismarckiana e quindi fortemente normato, vengono sovente vissuti con disagio, mentre in sistemi più agili, come quelli anglosassoni, sono percepiti e quindi accettati come **primari strumenti regolatori**.

Sempre più mi convinco che, senza operazioni interpretative di questo tipo, alcuni fenomeni siano giuridicamente ingovernabili o, nella migliore delle ipotesi, gestibili a caro prezzo, come pure che la crescente complessità dei fenomeni da normare non possa camminare di pari passo con l'esponentiale accrescimento della complessità della normativa.

Del resto, almeno l'istinto di sopravvivenza del giurista, dovrebbe favorire un tale processo, essendo fortemente improbabile la creazione dell'algoritmo della buona fede che, a pensarci bene, costituirebbe un vero ossimoro.

Sul nostro sito sempre in materia di periodo di comporto

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
BECCARIA e CAPURRO
MEANO

