

uffici tecnici dell'Enel, è mancata.

Non si comprende su quali risultanze istruttorie il tribunale abbia fondato la convinzione che l'Enel non sarebbe stato in grado di fornire le informazioni del caso, ove ne fosse stato richiesto, ovvero che le avrebbe fornite errate nella ipotesi, non verificata, che gli fossero state richieste.

Resta da concludere pertanto, anche alla stregua delle univoche risultanze istruttorie, che l'Enel è esente sia da colpa extracontrattuale, non avendo violato alcuna norma di legge né di comune prudenza e diligenza, sia da colpa contrattuale essendo dimostrato che la inadempienza, consistita nell'interruzione della erogazione della corrente elettrica, fu determinata dal comportamento istantaneo, imprevisto ed imprevedibile di un terzo.

La Ditta Candolfi e Bellucci che direttamente ordinò e sorvegliò lo scavo di terreno materialmente operato dal Silvestri, come mero esecutore di ordini impartitigli dalla ditta appaltatrice Candolfi e Bellucci, deve rispondere verso il danneggiato dei danni conseguenti dal comportamento omissivo posto in essere in violazione delle norme di co-

mune prudenza e diligenza (l'attuazione di uno scavo con un robusto e devastante mezzo meccanico in prossimità di un fabbricato abitativo senza i preventivi, approfonditi e sicuri accertamenti sulla inesistenza di cavi e manufatti che quasi certamente si dovevano trovare nelle zone circostanti e per la ubicazione dei quali non erano sufficienti le approssimative indicazioni date dal Lucarelli od affidate al ricordo di precedenti informazioni di qualche mese prima). La domanda è stata ritualmente e tempestivamente rivolta, in via alternativa, al terzo responsabile, sia dall'attore che dal chiamato in causa, sebbene non fosse neppure necessario.

Esente da responsabilità, come si è detto, è la ditta Tavoloni che si è limitata a fornire alla ditta appaltatrice il proprio mezzo meccanico ed il suo dipendente, posto agli ordini e sotto la sorveglianza della predetta ditta appaltatrice, alla quale pertanto fanno carico le relative responsabilità (si vedano in proposito le testimonianze Barchiesi e Ciofri entrambi ex dipendenti della ditta Candolfi e Bellucci e del teste Sandolini). (*Omissis*)

TRIBUNALE DI SAVONA — 8 novembre 1982 — Pres. Gatti — Est. Fiumanò Rossotti (avv. Morixe) c. Soc. Fiat (avv. Rettura).

[1652/292] Lavoro (rapporto di) - Ferie - Malattia sopravvenuta in corso di ferie - Effetto sospensivo - Sussiste.
(Cost. art. 36; cod. civ., art. 2109; l. 10 aprile 1981 n. 157).

— A seguito dell'entrata in vigore della legge di ratifica della convenzione OIL 24 giugno 1974 n. 132, sussiste il divieto di far coincidere il corso delle ferie con un periodo di incapacità fisica del lavoratore; pertanto la malattia insorta durante il periodo di ferie ne sospende il decorso (1).

(*Omissis*). — Con una recente decisione (26 marzo 1982 n. 1892) le sezioni unite della Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi su una questione che ha visto per anni divisa la giurisprudenza di merito, ha enunciato il principio secondo cui « la malattia

[1652/292] (1) Battaglia ancora aperta sul tema della malattia sopravvenuta in corso di ferie.

1. L'annosa disputa giurisprudenziale circa gli effetti della malattia insorta durante il corso delle ferie è stata risolta dalle Sezioni unite della Cassazione con decisione dello scorso anno (1), con la quale si è sancita la non incidenza sulle ferie della malattia sopravvenuta.

Com'era facile prevedere, peraltro, la particolarità dell'istituto delle ferie, tuttora privo di una disciplina legislativa generale, e la forzata motivazione a contrario adottata dalla Cassazione, hanno reso non definitiva la soluzione proposta dalle Sezioni unite.

(1) Cass., Sez. un., 26 marzo 1982 n. 1892, *Foro it.* 1982, I, 2254 annotata da R. Fuzro.

insorta durante il periodo feriale non soppesce il corso del periodo stesso ».

Tra i due interessi sostanziali in conflitto: quello del lavoratore a godere effettivamente nel periodo di riposo annuale e quello del datore di lavoro a non subire il rischio della malattia che intervenga in periodo feriale, la Corte ha ritenuto giuridicamente protetto il secondo ed a ciò è pervenuta in base alla considerazione che « nella disciplina della malattia non esiste una espressa disposizione che imponga la sospensione. Né la si può ricavare da considerazioni di ordine logico e sistematico ». Non dall'art. 36 cost., che, senza dare una definizione delle ferie e ren-

dendo, quindi, « estremamente difficile equiparare le ferie con l'effettivo riposo », impone soltanto al datore di lavoro di « permettere al dipendente di assentarsi dal lavoro e di pagargli, ciononostante, la retribuzione; non dalla convenzione OIL 24 giugno 1936 n. 52, resa esecutiva con l. 2 agosto 1952 n. 1305, che non contempla la sospensione delle ferie per malattia, ma si limita a prescrivere — riferendosi a situazioni già verificatesi — che le interruzioni per infermità non possono assorbirsi nel periodo feriale; non dal principio che il rischio di malattia è posto — qualora essa intervenga in periodo non feriale — a carico del datore

Appare qui inutile indulgiare sulle numerose argomentazioni che hanno diviso fino ad ora dottrina e giurisprudenza e che, sostanzialmente, possono ridursi a quelle esaminate dalla indicata sentenza della Cassazione, vale a dire: a) natura ed oggetto del diritto alle ferie; b) adossabilità del rischio della malattia al datore di lavoro anche durante il decorso delle ferie; c) applicabilità dell'art. 3 della convenzione OIL 24 giugno 1936 n. 52 (2).

Come già da noi segnalato (3) la soluzione adottata dalle Sezioni unite merita di essere rimeditata alla stregua di un sopraggiunto dato normativo, introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. 10 aprile 1981 n. 157 che ha ratificato e resa esecutiva in Italia, a partire dal 29 luglio 1982 (4), la convenzione dell'OIL n. 132 del 24 giugno 1970, sui congedi annuali pagati.

La sentenza che si annota fa appunto applicazione di tale convenzione e, in particolare, il Tribunale di Savona, in base all'art. 6 n. 1-2 della convenzione, afferma l'esistenza del divieto assoluto di far coincidere il corso delle ferie, con un periodo di incapacità fisica del lavoratore anche in caso di malattia sopravvenuta (5).

L'affermazione del Tribunale di Savona ci trova perfettamente consenzienti in conseguenza dei notevoli principi innovatori introdotti dalla legge di ratifica della convenzione OIL n. 132 (6).

(2) Per un ampio esame dei precedenti giurisprudenziali e delle posizioni dottrinarie cfr. VIDARI, *Considerazioni in tema di malattia insorta durante le ferie*, in questa *Rivista* 1981, I, 1233, l'ampia nota redazionale a Trib. Pisa 19 dicembre 1981, *Foro it.* 1982, I, 836; PAPALEONI, *Incidenza della malattia sulle ferie*, *Giust. civ.* 1982, I, 1795; ZOLI, *Ferie e malattia sopravvenuta*, *Riv. dir. lav.* 1983, II, 383.

(3) Cfr. Fuzro, note a Cass., Sez. un., 26 marzo 1982, n. 1892, *Foro it.*, cit.

(4) L'effettiva esecuzione della convenzione in Italia si è avuta il 29 luglio 1982 e cioè dodici mesi dopo la registrazione dello strumento di ratifica (art. 18 § 3 Conv.), cfr. comunicazione Ministero affari esteri in *G.U.* 8 giugno 1982 n. 155. Contrariamente a quanto indicato dalla sentenza che si annota, perciò, la Cassazione non avrebbe potuto comunque applicare l'indicata convenzione perché non ancora esecutiva.

(5) Per completezza va segnalato che, dopo l'entrata in vigore della convenzione OIL n. 132 del 1970, altre decisioni della Cassazione, Cass. 20 luglio 1982 n. 4275, *Giust. civ.* 1982, I, 3013 e Cass. 6 settembre 1982 n. 4838, *Giust. civ. Mass.* 1982, 1748 e di giudici di merito, Trib. Reggio Emilia 5 ottobre 1982, *Riv. dir. lav.* 1983, II, 383, hanno confermato, acriticamente, la non sospensione del corso delle ferie a causa della malattia sopravvenuta. E da notare, inoltre, che Cass. 23 aprile 1982 n. 2222, *Foro it.* 1982, I, 2487; con riferimento alla disciplina dell'occupazione dell'azienda ad opera di dipendenti ed estranei, ha affermato che « il rapporto di lavoro, già sospeso per malattia del lavoratore, può essere influenzato e subire la vicenda interruttiva determinatasi nella sfera del datore di lavoro, per fatto a lui non imputabile, e che lo libera dall'obbligo di pagare la retribuzione », venendo, pertanto, a riconoscere che una sopravvenuta causa di sospensione del rapporto di lavoro possa incidere su un rapporto già sospeso per altra causa.

(6) Non vi può essere alcun dubbio sulla validità ed efficacia delle convenzioni dell'OIL dopo la loro ratifica in Italia, con legge ordinaria. Su tale aspetto e, in particolare, sul grado di effettività di questi atti internazionali OREFEDU, *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*, Padova 1973; ID., in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1979, Rapporti economici, sub art. 35, 53; MOSCA, *Sull'adattamento del diritto italiano alle convenzioni dell'OIL*, *Riv. dir. lav.* 1969, I, 608 e, in giurisprudenza, da ultimo, Pret. Salò 1 aprile 1981, *Arch. civ.* 1981, 1013.

di lavoro » posto che quel principio serve per escludere che il danno dell'interruzione dell'attività lavorativa « cada su colui che deve rendere tale attività, non certo per arrecare un pregiudizio al datore di lavoro senza alcuna necessità », tanto più che « tutte le previdenze, globalmente previste dall'art. 38, comma 2, cost. e dall'art. 2110 c.c. sono di fatto applicate durante il periodo feriale in favore del lavoratore infermo ».

Da analoga motivazione è sorretta la decisione impugnata del pretore di Savona.

Non intende questo Tribunale riproporre le diverse considerazioni — alcune, peraltro, condivisibili — fatte proprie da quell'orien-

tamento giurisprudenziale che ha fin qui ritenuto la rilevanza della malattia intervenuta in periodo feriale ai fini della sospensione del corso del periodo stesso, né abbandonarsi « ad ipotesi ideologiche che non trovano riscontro nei dati normativi », unico mezzo, secondo l'appellata, per giungere all'affermazione del principio opposto a quello pronunciato dal pretore, prima, e dalle sezioni unite della Cassazione, poi, ma affrontare la questione alla luce di un dato normativo nuovo, sorprendentemente dimenticato dalle sezioni unite, che vale, per il momento, a confortare, e tra brevissimo tempo ad imporre, la tesi dell'efficacia sospensiva della

2. La portata riformatrice della convenzione OIL n. 132, a nostro modo di vedere, è molto profonda giacché il complesso dei principi in essa sanciti costituiscono, forse, la vera prima organica disciplina legale delle ferie, a tutt'oggi rimessa alla contrattazione collettiva nell'ambito della generica enunciazione del diritto alle ferie contenuta nell'art. 36 cost. e nell'art. 2109 c.c.

La convenzione n. 132 non si limita ad una semplice revisione della precedente convenzione n. 52 ma fornisce elementi di determinazione della natura delle ferie, della loro durata, della frazionabilità, della periodicità, dell'epoca di godimento, ecc.

Le disposizioni dell'art. 6 della convenzione n. 132, perciò, vanno inquadrate nel complesso della disciplina sancita dall'indicata convenzione, avendo cura di ricordare che le disposizioni in essa contenute cadono in un sostanziale vuoto legislativo in materia. Orbene, l'art. 6 prevede espressamente il tema della coincidenza tra ferie e festività e ferie e malattie sancendo al n. 1 che « i giorni festivi ufficiali e consuetudinari che si situino o meno nel periodo di congedo annuale non saranno computati nel congedo pagato annuale minimo prescritto » e al n. 2 che « a condizioni da stabilirsi da parte dell'autorità competente o dell'organismo appropriato in ciascun paese, i periodi di inabilità al lavoro derivanti da malattie o incidenti, non possono essere calcolati nel congedo pagato minimo annuale prescritto al paragrafo 3 dell'art. 3 della convenzione ».

Ad una prima lettura, appare subito chiaro che la nuova convenzione ha apportato due modifiche rispetto alla precedente: la prima, riguarda la impossibilità di conteggiare, nel congedo annuale, le festività, ufficiali o consuetudinarie, siano o meno comprese nel periodo di ferie assegnato, la seconda, sancisce il divieto di far coincidere i periodi di incapacità al lavoro, derivanti da malattia o infortunio, con il congedo annuale secondo le condizioni stabilite da ciascun Paese.

La convenzione n. 132 si riferisce anche alla incidenza delle festività e delle malattie nel corso delle ferie. Ciò si rileva dal n. 1 dell'art. 6, in via espressa « si situino o meno » e dal n. 2 dell'art. 6, con la sostituzione dell'espressione « interruzione del lavoro dovuta a malattia » con quella di « periodo di incapacità al lavoro ». Il mutamento di espressione è significativo giacché la interruzione del lavoro, in quanto tale, non poteva che riferirsi alla assenza della prestazione lavorativa intervenuta nel corso di un rapporto di lavoro in atto e non sospeso dalle ferie; viceversa, il periodo di incapacità al lavoro individua le condizioni fisiche del lavoratore e fa ad esse riferimento per sancire il divieto di far coincidere le ferie con il periodo in cui il lavoratore è inabilitato al lavoro. La conclusione è che la seconda convenzione si riferisce genericamente all'impossibilità di far coincidere le ferie con l'inabilità al lavoro, in qualunque momento del rapporto di lavoro essa si verifichi (7).

(7) In senso contrario, PATALONI, *op. cit.*, 1990, secondo cui « il riferimento "attuale" ai periodi di inattività al lavoro non è imputabile al congedo ferie, ma chiama in causa semplicemente una situazione "incidente" in un rapporto di lavoro in atto e non sospeso, a monte, in conseguenza della fruizione del congedo ». Ribadiamo il nostro dissenso da questa interpretazione giacché è vero proprio il contrario; nella convenzione n. 92 si sancisce il divieto di calcolare l'assenza della prestazione lavorativa dovuta a malattia, e cioè una situazione già verificatasi, nel periodo di ferie; all'opposto, nella convenzione n. 132 ciò che non può essere calcolato nel periodo di ferie è non già l'assenza dal lavoro ma il periodo in cui il lavoratore è inabilitato alla prestazione lavorativa. In altre parole, oggi l'inabilità al lavoro rileva, ai nostri fini, tanto se si verifica nel corso di un rapporto di lavoro in atto che se si evidenzia in un rapporto di lavoro sospeso per ferie.

malattia sul corso delle ferie.

Con l. 10 aprile 1981 n. 157, il legislatore italiano ha ratificato la convenzione OIL 24 giugno 1974 n. 132, il cui art. 6 recita « ... Dans des conditions à déterminer par l'autorité compétente ou par l'organisme approprié dans chaque pays, les périodes d'incapacité de travail résultant de maladies ou d'accidents ne peuvent pas être comptés dans le congé payé annuel minimum prescrit au § 3 de l'art. 3 de la présente convention ».

Per sgomberare il campo da possibili equivoci deve, preliminarmente, rilevarsi che non può correttamente sostenersi che la nor-

ma costituisca mera — e peraltro inutile — ripetizione della convenzione OIL n. 52.

Come ha rilevato la stessa Corte, con interpretazione che questo Tribunale condivide, quella convenzione prende in considerazione situazioni già verificatesi, escludendo che i giorni festivi e di malattia possano essere computati nel periodo feriale. La convenzione n. 132, invece, disciplina esplicitamente l'incidenza di questi fatti sul corso del periodo feriale, come si evince chiaramente sia dal n. 1 dell'art. 6, che sancisce il principio secondo cui non possono essere computati come ferie non soltanto i giorni festivi che cadono in periodo lavorato ma anche

3. L'esattezza della nostra tesi è confermata anche da un'altra considerazione. L'art. 6 della convenzione in oggetto afferma il principio del divieto di far coincidere le ferie con l'incapacità al lavoro prevedendo altresì la possibilità che le autorità competenti o gli organismi appropriati di ciascun Paese stabiliscano particolari condizioni di applicabilità del decreto.

Se fosse vero, allora, che la previsione del divieto si riferisce esclusivamente alla malattia intervenuta prima delle ferie si arriverebbe all'assurdo che la convenzione, anziché migliorare la posizione del lavoratore, consentirebbe invece la possibilità che, in alcuni casi da determinare sia possibile calcolare in conto ferie anche giornate pregresse di malattia.

La conseguenza appare davvero aberrante giacché la convenzione avrebbe segnato un passo indietro nella tutela del lavoratore, rimettendo in discussione, tra l'altro, il problema del cumulo di ferie e malattie il cui divieto, invece, costituiva, all'epoca, un dato acquisito tanto nella legislazione che nella prassi di tutti i Paesi.

Ma la conferma più pregnante della bontà della soluzione prospettata dalla sentenza che si annota, la si ricava dall'esame di altre disposizioni della convenzione n. 132 che, ci pare, influiscano direttamente sulla natura e sull'oggetto del diritto alle ferie.

4. La Cassazione ha ribadito che la mancanza di una precisa definizione delle ferie rende difficile equipararle all'effettivo riposo, derivando da ciò la conseguenza che « il *proprium* delle ferie si riassume in un congedo retribuito e cioè nell'assenza dal lavoro senza ulteriori pretese verso l'altra parte che non sia quella della retribuzione ».

L'affermazione è conforme alla prevalente tendenza dottrina che, in relazione al diritto alle ferie, ha evidenziato la posizione negativa del datore di lavoro (non diritto alla prestazione lavorativa) piuttosto che la posizione attiva del lavoratore così da giungere, successivamente, alla valorizzazione accentuata del carattere retributivo dell'istituto feriale (8).

La tesi, peraltro, ci pare che debba e possa essere sottoposta a revisione critica per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché, ponendosi in rilievo l'obbligo del datore di lavoro di consentire al proprio dipendente l'assenza dal lavoro, si penalizza eccessivamente la posizione attiva del lavoratore e ci si lascia fuorviare al punto da sacrificare completamente, senza accorgersene, il diritto alle ferie.

Il contenuto del diritto alle ferie è la pretesa, garantita, di non lavorare per un certo periodo di tempo ed è ovvio che tale pretesa presuppone, per il suo esercizio, che vi sia l'obbligo della prestazione lavorativa. Ciò vuol dire che il lavoratore deve poter esercitare il proprio diritto alle ferie quando si trova nelle condizioni di « dovere » lavorare: tali condizioni, invece, non sussistono allorché egli sia già in grado di poter, legittimamente, non lavorare a causa della malattia (9).

Se ciò è vero, ne discende che lo stesso principio va applicato non solo nel momento di inizio delle ferie ma anche durante il loro corso, così come la stessa regola vale a vietare la possibilità che, a posteriori, si voglia imputare in conto ferie un periodo di malattia.

(8) GHERA, *La giurisprudenza sulle ferie dei lavoratori e la funzione extra-legislativa della giurisprudenza costituzionale*, Riv. dir. lav. 1974, I, 349 e in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano 1974, III, 2437.

(9) In tal caso, cioè, il datore di lavoro non adempie l'obbligo di permettere al lavoratore di assentarsi dal lavoro previsto dall'art. 2109 c.c. bensì presta adempimento all'obbligo disciplinato dall'art. 2110 c.c.

quelli che *se situent* nel corso del periodo feriale, sia dal n. 2 che disciplina l'incidenza della malattia sul corso delle ferie, alle condizioni che le autorità competenti dei vari paesi stabiliranno. L'espressione usata dal legislatore « periodo di incapacità » — e non « interruzione », come nella precedente convenzione — che dà rilevanza non esclusivamente alla mancanza della prestazione lavorativa, ma anche, e soprattutto, alle condizioni fisiche del lavoratore, che a causa della malattia è inabilitato al lavoro, ed il rinvio ai legislatori dei singoli paesi per stabilire a quali condizioni la malattia possa essere dedotta come causa di sospensione, evidenzia-

no il divieto di far coincidere il corso delle ferie con un periodo di incapacità fisica del lavoratore, onde garantire allo stesso l'effettivo godimento del riposo annuale.

Questa disposizione, che per i complessi meccanismi di esecuzione delle convenzioni internazionali, entrerà in vigore il 29 luglio 1982, e la cui operatività non sarà certamente subordinata alla specificazione delle condizioni legittimanti l'efficacia sospensiva della malattia, potendo il legislatore — per ipotesi non auspicabile in un paese che conosce la piaga dell'assenteismo e del certificato medico facile — non porre alcuna limitazione, rappresenta l'adeguamento, sul piano le-

Il principio del divieto di cumulare ferie e malattia è, perciò, insito nel contenuto stesso del diritto alle ferie e doveva trovare applicazione anche prima che la convenzione n. 132 OIL introducesse, nell'ordinamento giuridico italiano, la norma (art. 6) che prevede la fattispecie della insorgenza della malattia nel periodo feriale (10).

5. La tesi della Cassazione trova, inoltre, un'altro elemento di revisione nella indicata convenzione OIL n. 132. In essa, a nostro parere, si è inciso, in maniera rilevante, anche sulla natura del diritto alle ferie, riconoscendosi, per la prima volta, che lo svago e il riposo non costituiscono solo il fine estrinseco del diritto alle ferie bensì contribuiscono a caratterizzare il contenuto del congedo annuale.

L'art. 10 della convenzione, infatti, afferma che « l'epoca in cui sarà preso il congedo sarà stabilita dal datore di lavoro » e sarà determinata « tenendo conto delle esigenze del lavoro e delle possibilità di riposo e di svago che sono offerte alla persona interessata ».

Gli interessi del lavoratore, di cui l'imprenditore dovrà tenere conto in base all'art. 2109 c.c. nello stabilire il tempo delle ferie, andranno perciò identificati con il recupero delle energie psico-fisiche della « persona interessata ».

L'innovazione ha grande rilevanza giacché dà maggior vigore alla tesi dottrinarla (11), ribadita nella sentenza che si annota, che individua il diritto alle ferie oltre che nell'assenza al lavoro anche nella reintegrazione fisica e morale dei lavoratori e che, attraverso la irrinunciabilità del diritto costituzionale alle ferie (art. 36 cost.), attribuisce allo stesso diritto natura pubblicistica oltre che privatistica.

(10) D'Avossa in nota a Cass., Sez. un., 26 marzo 1982. *Lavoro* 80, 1982, 680 osserva che l'asserita mancanza di una normativa che regolamenti gli effetti del contratto di lavoro in caso di insorgenza della malattia in periodo feriale non dimostra che l'ordinamento escluda l'effetto interruttivo, con la conseguenza che, in relazione a tale fattispecie, « il contratto di lavoro andrà integrato secondo equità in base a criteri di logica giuridica ». Lo stesso autore rileva inoltre, che ulteriori spunti di riflessione sul tema possono trarsi dall'approfondimento dell'aspetto economico connesso all'ipotesi di coincidenza tra malattia e ferie. In merito cfr. Pret. Brescia 19 maggio 1978. *Foro it. Rep.* 1978 voce *Lavoro (rapporto di)* n. 744 che evidenzia come « non riconoscendosi la sospensione delle ferie per effetto della malattia dovrà necessariamente ammettersi o la locupletazione del datore di lavoro, che trattiene l'indennità di malattia o la retribuzione per le ferie, o la doppia monetizzazione delle ferie da parte del lavoratore, che percepirà l'una e l'altra senza, peraltro, usufruire del beneficio del riposo costituzionalmente garantito ».

(11) Cfr. TREV, *Commentario della costituzione* a cura di G. Branca, Rapporti economici, Bologna-Roma 1979, sub art. 36, 118, che, sulla premessa della volontà del legislatore costituzionale di riconoscere ai lavoratori subordinati una serie di diritti sociali minimi ed irrinunciabili, sottolinea l'originaria destinazione delle ferie al recupero delle energie fisiche e psichiche del lavoratore e ricorda che già la Corte Costituzionale nella decisione 10 maggio 1963 n. 66 (sul tema intrinseco delle ferie) aveva ribadito che l'oggetto primario della tutela delle ferie è il riposo del lavoratore. Il SANZUCCHI, *Ferie del lavoratore*, *Enc. dir.*, Giuffrè 1968, 179 riconosce che la disciplina delle ferie è ispirata ad un principio di ordine pubblico di tutela della persona del lavoratore, con l'immediata conseguenza di limitare l'autonomia privata così da permettere al lavoratore di ritrovare l'equilibrio indispensabile all'esercizio della sua quotidiana attività.

gislativo, ad una tendenza già da tempo in diffusione non soltanto nella regolamentazione del lavoro privato ma anche pubblico.

È del 1980 il d.P.R. n. 810 che nel disciplinare il rapporto di lavoro del personale degli enti locali ha esplicitamente previsto, all'art. 6 « che l'utilizzo del periodo di congedo ordinario è interrotto nel caso di ricovero ospedaliero o gravi malattie adeguatamente motivate » ed è noto come numerosi siano i contratti collettivi (es.: dipendenti imprese assicurazioni — art. 42 —; impiegati aziende di credito — art. 73 —; industria saccarifera — art. 14 —; industria metalmeccanica — art. 14 —) che ammettono la so-

sensione delle ferie in presenza di specifiche, predeterminate situazioni.

Da questa tendenza della contrattazione collettiva la Corte desume che essa, invece di smentire, corrobora il principio della irrilevanza della malattia ai fini della sospensione del corso delle ferie, in quanto « la presenza di clausole convenzionali che ammettono la sospensione delle ferie non indiscriminatamente, bensì solo in presenza di specifiche, predeterminate situazioni (...) e sotto condizione che il lavoratore adempia tempestivamente all'onere di informazione e di documentazione, attesta la necessità di un'apposita disciplina, idonea a tutelare,

Il collegare il riposo e lo svago alla persona in generale, e non già al lavoratore, rende evidente la natura pubblicistica del diritto alle ferie, in coerenza con i principi informatori del nostro ordinamento che tutela la persona umana prima ed indipendentemente dalla sua qualità di lavoratore.

L'interesse soddisfatto dal diritto alle ferie è, quindi, un interesse di tipo pubblico, sociale, connesso alla tutela dell'individuo prima ancora del lavoratore.

In tale ottica il diritto alle ferie assume un contenuto non solo in negativo (assenza dal lavoro) ma anche in positivo avendo il dipendente diritto ad essere messo nelle condizioni di potere realmente usufruire di un periodo di riposo e di svago per ristemprare la sua persona.

Non si tratta di garantire, in concreto, il reale ed effettivo godimento del riposo con impensabili ed impossibili forme di ingerenza sulla libertà personale del lavoratore, quanto piuttosto di fare in modo che l'epoca delle ferie non coincida con periodi di malattia.

Ciò spiega, altresì, la elevazione della durata minima del congedo annuale, che l'art. 3 della convenzione ha fissato in un periodo di tempo non inferiore alle tre settimane di lavoro (12) con una notevole diversità rispetto al precedente limite di sei giorni. L'aumento della durata del congedo assume valore proprio in funzione del diverso contenuto del congedo che trova la sua essenza nella reintegrazione delle energie dell'individuo mediante il riposo dal lavoro.

Ma un'ulteriore considerazione ci pare che confermi la esattezza della nostra opinione.

L'art. 13 della convenzione n. 132 consente a ciascun Paese di « adottare regole particolari che prevedano il caso in cui una persona impiegata eserciti durante il suo congedo una attività remunerata incompatibile con l'oggetto di questo congedo ». La disposizione enuncia due importanti concetti affermando la generica incompatibilità dell'attività lavorativa con l'oggetto delle ferie e la possibilità di una particolare disciplina dell'attività lavorativa esercitata durante le ferie.

Il primo principio ribadisce che il contenuto delle ferie è il riposo, mentre il secondo costituisce una indubbia e notevole innovazione del sistema normativo italiano consentendo la introduzione di una attività di controllo sul modo di godimento delle ferie e sull'eventuale attività lavorativa prestata a favore di terzi durante il periodo di ferie.

L'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano di una tale possibilità pur non sancendo, allo stato attuale della legislazione, la illegittimità od illiceità della prestazione lavorativa resa durante le ferie (13), essendo necessario a tale scopo la previsione di una disciplina particolare, deve senz'altro

(12) Merita di essere sottolineato che allorché si parla di durata delle ferie si fa sempre riferimento a giorni o settimane di lavoro con ciò ribadendosi che i giorni da calcolare nelle ferie sono sempre quelli in cui il dipendente si trova nelle condizioni di dover lavorare e nei quali, peraltro, la sua assenza trova giustificazione nella disciplina delle ferie.

(13) La illiceità della prestazione lavorativa resa dal dipendente nel corso delle ferie è connessa alla irrinunciabilità del diritto alle ferie e quindi deriverebbe dalla contrarietà con norme di ordine pubblico poste a tutela del lavoratore, in tal senso si esprime P. SANDOZZI, *Ferie dei lavoratori*, cit., 132.

È da segnalare che, finora, la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno sempre considerato lecita la prestazione resa a terzi dal lavoratore durante le sue ferie ricollegando tale conclusione ad argomentazioni logiche oltre che giuridiche. Ci permettiamo di osservare, al riguardo, che invece un controllo sulla attività svolta nel corso delle ferie non doveva scandalizzare se si pensa che, in Francia e in Germania, esiste da tempo il divieto di prestare attività lavorativa contrastante con le ferie.

Oggi, con l'introduzione dell'art. 13 della Convenzione OIL n. 132, anche in Italia un divieto di

contemperandoli, gli interessi di entrambe le parti ».

La desunzione non appare, però, affatto convincente; ed infatti, l'inserzione di quelle clausole nei contratti collettivi non attribuisce al lavoratore contraente un diritto nuovo, ma disciplina, contemperandolo con l'interesse del datore di lavoro a non subire il rischio di malattie fittizie o che non menomino l'effettivo godimento delle ferie, il suo diritto a non veder frustrato dall'evento malattia l'effettivo godimento del riposo annuale.

Diritto che deriva, direttamente, dall'art. 36, comma 3, cost.

È innegabile, infatti, che la *ratio* del ripo-

so annuale deve individuarsi non già — o almeno non esclusivamente — nel consentire al lavoratore un recupero delle sue energie psicofisiche in vista della ripresa dell'attività lavorativa ma, essenzialmente, nel consentirgli di godere di un periodo di completa disponibilità del proprio tempo da dedicare agli interessi familiari, sociali, culturali, ecc. E questo aspetto dell'art. 36, comma 3, cost. è completamente trascurato dalla Corte anche laddove, nel negare rilevanza, ai fini della soluzione della questione, al principio che il rischio di malattia è normalmente posto a carico del datore di lavoro, assume che, godendo il lavoratore infermo di tutte

svolgere i suoi effetti sulla natura e il contenuto del diritto alle ferie. La possibilità che, in linea teorica, lo Stato italiano o i sindacati, rispettivamente con legge o con contratti collettivi, possano vietare o limitare l'attività lavorativa svolta nel corso delle ferie non può non porsi in relazione con la natura e il contenuto delle ferie che veangono ad assumere una valenza positiva nel senso di un periodo di effettivo riposo.

L'affermazione di tale principio è ovvio che rileva, pesantemente, sulla questione che è affrontata nella sentenza in esame, giacché vale a contrastare una delle maggiori argomentazioni addotte dai sostenitori della tesi della irrilevanza della malattia insorta durante le ferie. Se le ferie devono essere infatti dedicate al riposo, tanto da risultare incompatibile con un altro lavoro, è evidente che la malattia che colpisce il dipendente durante le ferie, impedendo il suo riposo, deve interrompere il decorso delle ferie stesse.

6. Da ultimo va esaminato se il principio posto nell'art. 6 della convenzione, vale a dire il divieto di far coincidere ferie e malattia, sia già operativo o necessiti della specificazione delle condizioni alle quali si determina l'effetto sospensivo delle ferie.

Noi riteniamo, conformemente a quanto espresso nella decisione annotata, che il principio introdotto dalla indicata convenzione sia già efficace in linea generale e che le condizioni che dovranno essere determinate verranno solo a disciplinarlo. In altre parole, non è il principio ad essere condizionato; la convenzione OIL ha già sancito la validità del divieto di far coincidere ferie e malattia rinviando, invece, alla legislazione nazionale o alla contrattazione collettiva (14), solo la determinazione di una particolare disciplina degli effetti della malattia sulle ferie.

Ad ogni modo, anche se si dovesse accogliere la tesi contraria, va ribadito che la disposizione è valsa ad introdurre nel nostro ordinamento il generale divieto di cumulare ferie e malattia così sancendo, a livello normativo, il riconoscimento della regolamentazione contenuta in tantissimi contratti collettivi.

Da oggi, quindi, la disciplina collettiva in materia non è più una deroga al principio generale contrario all'effetto sospensivo della malattia (15), ma, anzi, è diretta applicazione dell'art. 6 della convenzione e costituisce espressione del principio dell'efficacia interruptiva della malattia sul corso delle ferie.

In prospettiva futura è perciò auspicabile che vi sia un intervento del legislatore ed una maggiore attenzione delle organizzazioni sindacali così da attuare una disciplina della materia il più articolata possibile ed idonea ad assicurare il bilanciamento degli interessi, pubblici e privati, connessi al problema della malattia, delle ferie e del loro effettivo godimento (16).

tal genere è ipotizzabile e parrebbe anzi auspicabile nell'ottica di una maggior tutela della fascia della disoccupazione.

(14) A noi pare che le « Autorità competenti e gli organismi appropriati di ciascun Paese » richiamati nell'art. 6 della convenzione vadano, appunto, identificati con gli organi istituzionali statuali (potere legislativo) o con le organizzazioni sindacali a cui, oggi, è consentito in Italia di disciplinare i rapporti di lavoro con i contratti collettivi.

(15) Le Sezioni unite della Cassazione hanno espressamente individuato nella contrattazione collettiva l'unica possibilità di derogare al principio della non incidenza della malattia sulle ferie.

(16) Purtroppo, finora, questa tendenza non è affiorata tant'è che nell'ultimo contratto dei metalmeccanici (1 settembre 1983) il problema è stato completamente obliato mentre l'Amministrazione statale pare che voglia, uniformarsi alla decisione delle Sezioni unite.

le provvidenze previste dagli art. 38, comma 2, cost. e 2110 c.c. l'attribuzione del rischio della malattia che intervenga in periodo feriale a carico del datore di lavoro si concreterebbe in un pregiudizio, per questi, « senza necessità alcuna ». Considerazione che, evidentemente, attribuisce rilevanza ai soli interessi del lavoratore in quanto tale e che non può essere condivisa alla luce dei principi informativi del nostro ordinamento che tutela la persona umana prima ed indipendentemente dalla sua qualità di lavoratore.

D'altro canto, anche in quell'ottica, l'assunto che il rischio malattia, in periodo fe-

riale, non cade sul datore di lavoro, non regge qualora si osservi che le ferie sono gestite dal datore di lavoro che unitariamente le stabilisce e che ha la facoltà, in caso di bisogno, di richiamare il lavoratore in servizio; e se questi è malato è evidente che non potrà adempiere la sua prestazione. È noto, infatti, che il riposo annuale concreta una sospensione della prestazione di lavoro — e non già un'interruzione del rapporto — durante la quale, come ha rilevato la Corte, rimane oltre che l'obbligo della retribuzione, quello della conservazione del posto, ecc.; non si vede, quindi, su quale norma, o corretta interpretazione di norme vigenti, possa

La necessità, comunque, di una sollecita normativa a livello di legge (17) appare di tutta evidenza in considerazione del differente trattamento riservato ai lavoratori dalla contrattazione collettiva di settore (18) e dalla impossibilità di rimettere la soluzione del problema alla giurisprudenza, la quale, faticosamente, è andata enucleando una serie di criteri a cui rifarsi per la determinazione delle ipotesi legittimanti l'efficacia sospensiva della malattia (19).

Infine, riteniamo di dovere segnalare un'ultima osservazione sui criteri ed i limiti che la legislazione e la contrattazione collettiva dovranno avere presenti nello stabilire la disciplina della non computabilità della malattia nel periodo di ferie.

Ci pare che la convenzione n. 132 dell'OIL abbia posto un principio di intangibilità delle ferie con riferimento diretto ed esclusivo al periodo minimo di tre settimane fissato nell'art. 3.

La conseguenza è che il diritto all'effettivo godimento delle ferie è garantito entro questo preciso limite mentre, in linea generale ed in mancanza di espressa previsioni contrarie, oltre le tre settimane di effettivo riposo le giornate di malattia, sia pregresse che sopravvenute, potranno essere conteggiate nel periodo di ferie (20).

La conclusione da una parte esprime un giusto riconoscimento degli interessi del lavoratore attuando una più penetrante tutela della loro persona, dall'altra offre una maggiore garanzia, degli interessi produttivi del datore di lavoro contro il deprecabile fenomeno dell'assenteismo.

RICCARDO FUZIO
Pretore in Salò

(17) In molti Stati europei questa disciplina già esiste e, in maggioranza, prevede l'effetto interruttivo della malattia sopravvenuta. Per riferimenti cfr. RUNGGAUDIER, *Malattia e ferie del lavoratore*, Riv. dir. lav. 1978, I, 274; ZOLI, *Ferie*, op. cit., 390. In Italia vi fu una proposta di legge 4 dicembre 1969 n. 2091, d'iniziativa del partito comunista, favorevole all'effetto interruttivo ma che non ha avuto alcun seguito.

(18) Oltre il d.P.R. n. 810 del 1980 sul rapporto di lavoro del personale degli enti locali, citato in sentenza, numerosi contratti collettivi prevedono ipotesi di interruzione delle ferie per causa di malattia. Per una rassegna cfr. *La malattia insorta nel periodo feriale: i suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Notiziario giur. lav. 1978, 193.

(19) Molti giudici di merito hanno individuato un diverso concetto di malattie in relazione alle ferie, identificandola con un « evento morboso protrattosi nel tempo, accompagnato da procedimenti diagnostici dolorosi o comunque tali da impedire il recupero fisico-psichico delle energie lavorative o di sottrarre il lavoratore alla vita familiare o di relazione per un congruo lasso di tempo » così, da Pret. Loc. S. Giovanni 1962, *Lavoro* 80, 1982, 418. Al riguardo D'Avossa, in note Cass. Sez. un., *Lavoro* 80, 1982, 680 sottolinea, giustamente, che una giurisprudenza così riduttiva di un diritto fondamentale dei lavoratori si spiega col timore non dell'uso del diritto ma del suo abuso o uso illecito, concludendo che « una tale preoccupazione può portare ad un estremo rigore nell'esame in fatto delle singole controversie ma non certo ad un indiscriminato abbassamento dei livelli di tutela e di garanzia ».

(20) Ci pare che l'affermazione rivesta notevole importanza e meriti di essere sottolineata giacché la generica enunciazione, contenuta nell'art. 6 della convenzione, fa sì che, limitandosi la tutela dell'effettivo godimento delle ferie al periodo di tre settimane, sia possibile prevedere, in ipotesi, il conteggio nelle ferie anche delle giornate di malattia pregresse, con conseguente funzione deterrente dell'assenteismo.