

## ***CORTE DI CASSAZIONE - Sentenza 27 novembre 2012, n. 21028***

Indennità sostitutiva delle ferie - Mancata fruizione per causa non imputabile al lavoratore - Lunga malattia - Conservazione del contratto - Necessità - Fondamento

### **Svolgimento del processo**

1.- La sentenza attualmente impugnata rigetta l'appello di A. P. avverso la sentenza del Tribunale di Roma del 6 febbraio 2004, la quale a sua volta ha respinto le domande del P. volte ad ottenere 1) la monetizzazione di diciotto giorni di ferie relative all'anno 1998, non godute asseritamente a causa di un infortunio sul lavoro che aveva determinato l'interruzione della prestazione lavorativa dal 19 settembre 1999 al 6 gennaio 2000, con conseguente condanna della convenuta datrice di lavoro Trenitalia s.p.a. al pagamento della corrispondente indennità; 2) la declaratoria di illegittimità della procedura seguita dalla convenuta per la promozione a Capo Personale Viaggiante Sovrintendente (CPVS), svoltasi senza l'emanazione di uno specifico bando (come richiesto dal CCNL) e quindi illegittimamente sulla base di un bando del 1° febbraio 2001 volto a selezionare dipendenti già in possesso del profilo di Capo Treno e con almeno tre anni di anzianità da utilizzare nelle mansioni di Capo Personale Viaggiante (CPV).

La Corte d'appello di Roma, per quel che qui interessa, precisa che:

- a) non risulta che il P. abbia avanzato una richiesta di ferie per l'anno 1998 e che questa sia stata respinta dalla società, sì da doversi ricorrere alla posticipazione della fruizione delle ferie nell'anno successivo, in applicazione dell'art. 51 CCNL del settore;
- b) inoltre il lavoratore ha avuto a disposizione un lungo periodo per chiedere eventualmente la suddetta posticipazione, sicché è da ascrivere a sua colpevole inerzia l'incompleto mancato godimento delle ferie per l'anno 1998 e, quindi, in base al contratto collettivo, non è da riconoscere alcuna indennità sostitutiva, ivi prevista solo per l'ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro;
- c) quanto al secondo capo della domanda, dal complesso degli atti di causa risulta che la selezione bandita il 1° febbraio 2001 aveva ad oggetto la mera "utilizzazione in mansioni superiori di Capo Personale Viaggiante" e non la copertura di posti vacanti nella posizione di CPVS, pertanto essa esula dall'ambito di applicabilità dell'accordo del 1° marzo 1999, richiamato dal lavoratore;
- d) la suddetta procedura selettiva non poteva non riguardare il profilo di CPVS, infatti dal bando risulta che essa si riferiva all'utilizzazione temporanea di personale inquadrato nel VII livello in mansioni superiori, proprie del profilo di CPVS, di VIII livello;
- e) diversamente si sarebbe trattato di un "cambio" di profilo nella medesima Area;
- f) solo tardivamente, in appello, il P. ha dedotto l'illegittimità della procedura, anche per l'ipotesi di legittimità del bando di concorso;
- g) tale questione è pertanto nuova e inammissibile in appello, oltre ad essere comunque formulata in modo del tutto generico.

2.- Il ricorso di A. P., illustrato da memoria, domanda la cassazione della sentenza per tre motivi; resiste, con controricorso, Trenitalia s.p.a.

## **Motivi della decisione**

### ***I - Sintesi dei motivi di ricorso***

1.- Con il primo motivo si denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36, ultimo comma, Cost. nonché degli artt. 2109, 1207, primo comma, 1217 cod. civ. e dell'art. 51 del CCNL dei ferrovieri nel periodo 1998-2000.

Si sostiene che - in applicazione sia del principio costituzionale di irrinunciabilità del diritto alle ferie sia del principio secondo cui al contratto di lavoro o collettivo nullo o invalido si applica il canone della conservazione - poiché, nella specie, il superamento del biennio previsto dall'art. 51 menzionato è dipeso dall'insorgere di una malattia, il ricorrente anche in assenza di una propria richiesta, avrebbe avuto diritto alla monetizzazione delle ferie non godute visto che la azienda non aveva provveduto a fissare il periodo feriale di spettanza del dipendente fino all'insorgere della malattia indicata e il lavoratore non aveva, pertanto, espresso alcun rifiuto al riguardo.

2.- Con il secondo motivo si denunciano: 1) omessa o comunque insufficiente motivazione su un fatto controverso e decisivo; 2) violazione dell'art. 24 Cost., degli artt. 1218, 1175, 1375 cod. civ. nonché dell'art. 39 CCNL ferrovieri del 1998 e degli artt. 29 e 103 del CCNL ferrovieri del 1990.

Il ricorrente contesta l'omesso rilievo, da parte della Corte territoriale, della diversità tra la procedura selettiva originariamente bandita (volta all'utilizzazione temporanea di lavoratori appartenenti alla medesima Area in sostituzione provvisoria dei titolari) e quella effettivamente svolta, tesa a coprire definitivamente i vuoti organico di personale appartenente ad Area contrattuale superiore.

Tale omissione ha determinato una omessa motivazione sul punto e il conseguente mancato accoglimento della domanda del P. relativa all'accertamento della lesione extraquiliana subita per perdita di chance e al ristoro dei conseguenti danni, a causa della avvenuta presentazione della domanda per la partecipazione ad una selezione per utilizzazione temporanea nella IV Area e ad essere stato, invece, chiamato a sostenere un colloquio per una diversa selezione molto più impegnativa rispetto a quella alla quale aveva chiesto di partecipare.

3.- Con il terzo motivo si denuncia violazione dell'art. 1226 cod. civ. e dell'art. 414, n. 3 e n. 4, cod. proc. civ., con riguardo al rigetto della domanda di risarcimento in via equitativa e alla dichiarazione di inammissibilità della domanda stessa, per genericità, ancorché tale domanda, sia pure tacitamente era stata formulata indicandosene le cause (le violazioni procedurali suindicate) e gli effetti (perdita di chance di progressione in carriera).

### ***II - Esame delle censure***

4.- Il primo motivo deve essere accolto per le ragioni di seguito precisate.

4.1.- Va, in primo luogo, chiarito che la presente vicenda si è svolta in epoca antecedente sia all'entrata in vigore del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (di attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/14/CE) - il cui art. 10, modificato dal d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 prevede una disciplina delle

ferie annuali, complementare rispetto a quella di cui all'art. 2109 cod. civ. - sia all'emanazione della direttiva 4 novembre 2003, n. 2003/88/CE, il cui art. 7, si occupa ugualmente del diritto del lavoratore alle ferie annuali.

Fatta questa premessa, va precisato che, in base a consolidati e condivisi orientamenti di questa Corte:

a) il diritto alle ferie nel nostro ordinamento gode di una tutela rigorosa, di rilievo costituzionale, visto che l'art. 36 Cost., terzo comma, Cost. prevede testualmente che "il lavoratore ha diritto al riposto settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi";

b) in base all'art. 2109, secondo comma, cod. civ. l'esatta determinazione del periodo feriale, presupponendo una valutazione comparativa di diverse esigenze, spetta unicamente all'imprenditore quale estrinsecazione del generale potere organizzativo e direttivo dell'impresa; al lavoratore compete soltanto la mera facoltà di indicare il periodo entro il quale intende fruire del riposo annuale, anche nell'ipotesi in cui un accordo sindacale o una prassi aziendale stabilisca - al solo fine di una corretta distribuzione dei periodi feriali - i tempi e le modalità di godimento delle ferie tra il personale di una determinata azienda. Peraltro, allorché il lavoratore non goda delle ferie nel periodo stabilito dal turno aziendale e non chieda di goderne in altro periodo dell'anno non può desumersi alcuna rinuncia - che, comunque, sarebbe nulla per contrasto con norme imperative (art. 36 Cost. e art. 2109 cod. civ.) - e quindi il datore di lavoro è tenuto a corrispondergli la relativa indennità sostitutiva delle ferie non godute (Cass. 12 giugno 2001, n. 7951; Cass. 18 giugno 1988, n. 4198; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9797);

c) in merito alla natura di tale indennità, pur con qualche incertezza (vedi da ultimo: Cass. 11 maggio 2011, n. 10341 e precedenti ivi richiamati), l'indirizzo prevalente cui si intende dare continuità è nel senso che essa, oltre a poter avere carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita del bene (il riposo con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili) al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato, per un altro verso costituisce un'erogazione di natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in un periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse (vedi, per tutte: Cass. 9 luglio 2012, n. 11462; Cass. 25 settembre 2004, n. 19303, Cass. 19 maggio 2003, n. 7836; Cass. 2 agosto 2000 n. 10173; Cass. 5 maggio 2000 n. 5624; Cass. 13 marzo 1997 n. 2231);

d) infatti, il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie deriva dal mancato godimento delle ferie, una volta che sia divenuto impossibile per il datore di lavoro, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligo di consentire la fruizione delle ferie stesse (fra le tante: Cass. 19 ottobre 2000 n. 13860, Cass. 13 maggio 1998 n. 4839; Cass. 18 maggio 1995 n. 5486, 20 gennaio 1993 n. 677);

e) in particolare, da citato art. 2109, secondo comma, cod. civ. si desume che il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie presuppone soltanto la prova del mancato godimento di tale riposo nell'arco annuale, indipendentemente da ogni manifestazione di volontà dell'imprenditore (Cass. 19 novembre 1997, n. 2187);

f) pertanto, in più occasioni, clausole di contratti collettivi per dipendenti ferroviari prevedenti esclusivamente il godimento delle ferie e non anche l'indennità sostitutiva sono state interpretate - con riferimento a fattispecie analoghe a quella attualmente subjudice e in applicazione del principio di conservazione del contratto - nel senso che la mancata fruizione delle ferie per causa non imputabile al lavoratore, non può escludere il diritto di quest'ultimo all'indennità sostitutiva delle ferie, in considerazione della irrinunciabilità del diritto stesso (Cass. 9 novembre 2002, n. 15776; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2360; Cass. 9 aprile 2003, n. 5515; Cass. 16 maggio 2003, n. 7714; Cass. 17 maggio 2004, n. 8471; Cass. 10 gennaio 2007, n. 237).

4.2.- L'impugnata sentenza ha deciso sul punto riguardante il mancato godimento dei residui diciotto giorni di ferie nell'anno 1998 - pacificamente non goduti dal P., il quale, a causa dell'insorgenza di una malattia del pari incontestata, ha dovuto interrompere la prestazione lavorativa dal 19 settembre 1999 al 6 gennaio 2000 e non ha espresso alcuna volontà in merito fruizione del suddetto periodo feriale, in assenza di determinazioni dell'azienda al riguardo fino all'insorgere della suindicata malattia - in difformità dai ricordati principi in tal modo violando l'art. 36 Cost. e le altre norme richiamate, anche in ordine all'interpretazione delle clausole contrattuali indicate.

Per tali ragioni il primo motivo deve essere accolto.

5.- Il secondo motivo è inammissibile.

Va premesso che, nonostante il formale richiamo alla violazione di norme di legge e di contratti collettivi contenuto nella seconda parte della intestazione del motivo, tutte le censure si risolvono nella denuncia di un vizio di motivazione della sentenza impugnata per errata valutazione del materiale probatorio acquisito, ai fini della ricostruzione dei fatti e, in particolare del contenuto del bando della procedura selettiva in data 1° febbraio 2001 e degli atti ad esso conseguenti.

Fatto questo chiarimento, il motivo non risulta conforme al consolidato e condiviso indirizzo di questa Corte secondo cui, in base al principio di specificità dei motivi del ricorso per cassazione - da intendere alla luce del canone generale "della strumentalità delle forme processuali" - il ricorrente che denunci il difetto di motivazione su un'istanza di ammissione di un mezzo istruttorio o sulla valutazione di un documento o di risultanze probatorie o processuali, ha l'onere di indicare nel ricorso specificamente le circostanze oggetto della prova o il contenuto del documento trascurato od erroneamente interpretato dal giudice di merito (trascrivendone il contenuto essenziale), fornendo al contempo alla Corte elementi sicuri per consentirne l'individuazione e il reperimento negli atti processuali, potendosi così ritenere assolto il duplice onere, rispettivamente previsto dall'art. 366, primo comma, n. 6, cod. proc. civ. (a pena di inammissibilità) e dall'art. 369, secondo comma, a 4 cod. proc. civ. (a pena di improcedibilità del ricorso), nel rispetto del relativo scopo, che è quello di porre il Giudice di legittimità in condizione di verificare la sussistenza del vizio denunciato senza compiere generali verifiche degli atti e soprattutto sulla base di un ricorso che sia chiaro e sintetico (vedi, per tutte: Cass. SU II aprile 2012, n. 5698; Cass. SU 3 novembre 2011, n. 22726; Cass. 14 settembre 2012, n. 15477; Cass. 17 luglio 2007, n. 15952).

Nella specie nessuno delle suddette prescrizioni risulta essere stata rispettata e tanto basta per il rigetto del secondo motivo,

6.- Il terzo motivo, a prescindere dalla genericità della relativa esposizione, resta assorbito dal rigetto del precedente.

### ***III - Conclusioni***

7.- In sintesi, il primo motivo deve essere accolto, il secondo motivo va respinto e il terzo va dichiarato assorbito.

La sentenza impugnata deve essere, quindi, cassata, in relazione al motivo accolto, e la causa va quindi rinviata ad altro giudice equiparato, designato nella Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, che - provvedendo anche sulle spese del presente giudizio di cassazione legittimità (ex art. 385, terzo comma, cod. proc. civ.) - deciderà uniformandosi ai principi di diritto sopra enunciati e, in particolare, al seguente principio:

"In base all'art. 2109, secondo comma, cod. civ. l'esatta determinazione del periodo feriale di pertinenza del singolo lavoratore spetta unicamente all'imprenditore quale estrinsecazione del generale potere organizzativo e direttivo dell'impresa, mentre il lavoratore ha soltanto la mera facoltà di indicare il periodo entro il quale intende fruire del riposo annuale, anche nell'ipotesi in cui un accordo sindacale o una prassi aziendale stabilisca - al solo fine di una corretta distribuzione dei periodi feriali - i tempi e le modalità di godimento delle ferie tra il personale di una determinata azienda. Ne consegue che, allorché il lavoratore, assentatosi dal lavoro a causa di una lunga malattia, non abbia goduto - in tutto o in parte - delle ferie annuali di propria spettanza entro il periodo stabilito dalla contrattazione collettiva in assenza di alcuna determinazione al riguardo da parte del datore di lavoro, non può desumersi dal silenzio serbato dall'interessato alcuna rinuncia - che, comunque, sarebbe nulla per contrasto con norme imperative (art. 36 Cost. e art. 2109 cod. civ.) - e quindi il datore di lavoro è tenuto a corrispondergli la relativa indennità sostitutiva delle ferie non godute. Pertanto le clausole di contratti collettivi (nella specie: art. 51 del CCNL dei dipendenti ferroviari) che prevedono, nel corso del rapporto, esclusivamente il diritto al godimento delle ferie e non anche all'indennità sostitutiva, in applicazione del principio di conservazione del contratto, devono essere interpretate nel senso che in ogni caso la mancata fruizione delle ferie per causa non imputabile al lavoratore, non può escludere il diritto di quest'ultimo all'indennità sostitutiva delle ferie, in considerazione della irrinunciabilità del diritto stesso, costituzionalmente garantito".

### **P.Q.M.**

Accoglie il primo motivo, rigetta il secondo motivo e dichiara assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia, anche per le spese del presente giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.