

<https://luigioliveri.blogspot.com/>

lunedì 25 ottobre 2021

Non ammissibili le ferie successive all'accertamento dell'assenza di green pass valido

Su NT plus del 25 ottobre 2021, l'articolo di Consuelo Ziggiotto dal titolo "*Green pass, il paradosso delle ferie «elusive»*" si sofferma su uno dei punti più delicati della disciplina del green pass, purtroppo totalmente carente di alcuna regolamentazione nei decreti. **La questione che si pone è se un dipendente, colto privo di valido green pass, possa il giorno o i giorni successivi chiedere ferie.**

Il Dpcm 12.10.2021 dispone che "*Non è consentito, in alcun modo, che il lavoratore permanga nella struttura, anche a fini diversi, o che il medesimo sia adibito a lavoro agile in sostituzione della prestazione non eseguibile in presenza, ferma rimanendo la possibilità, per le giornate diverse da quella interessata, di fruire degli istituti contrattuali di assenza che prevedono comunque la corresponsione della retribuzione (malattia, visita medica, legge 104, congedo parentale...)*".

Come si nota, non si è parlato delle ferie. L'ambiguità suscita, quindi, il dubbio se il lavoratore che non si sia presentato in ufficio o che sia stato rinvenuto privo di green pass valido possa chiedere ferie per i giorni successivi.

Non è possibile decidere sulla base di una presunzione di carenza di green pass. Infatti, non è certo possibile escludere che sia privo di green pass oggi, lo sia anche l'indomani.

Dunque, come prima impressione potrebbe considerarsi in astratto possibile per il dipendente risultato senza green pass chiedere ferie per i giorni successivi.

C'è, tuttavia, un punto che fa scattare come al solito il cortocircuito: il dipendente che direttamente non si sia presentato al lavoro, magari, anche a seguito di comunicazione volontaria ai sensi del comma 6 dell'articolo 9-quinquies del d.l. 52/2021, convertito in legge 87/2021, o che sia stato verificato privo di green pass valido è per legge assente ingiustificato. Non solo: rimane in tale condizione "*fino alla presentazione della predetta certificazione*", come spiega il comma 6 citato prima.

Ma, se il dipendente è assente ingiustificato fino alla presentazione della certificazione verde, come è possibile, allora, che per le giornate diverse da quella interessata - per utilizzare il medesimo lessico in burocratese delle linee guida - possa ottenere un titolo che ne giustifichi l'assenza, come appunto le ferie (a tacere degli altri istituti indicati dal Dpcm 12.10.2021)?

La risposta, sul piano logico, è una sola: poichè il dipendente può uscire dalla condizione di assente ingiustificato solo con la presentazione del green pass valido, non è possibile concedergli ferie, perchè altrimenti il datore costruirebbe per il dipendente una condizione di giustificazione non ammessa.

Ricordiamo, anche, il non trascurabile elemento della possibile responsabilità erariale: il dipendente assente ingiustificato viene privato di ogni retribuzione, mentre il dipendente in ferie no. **Ferie concesse ad un assente ingiustificato appaiono piuttosto evidentemente come fonte di una possibile spesa non legittima.**

Ma, anche sul piano giuridico non appare per nulla semplice sostenere che sia possibile e lecito concedere ferie ad un assente ingiustificato. Infatti, tale assenza interrompe il rapporto di lavoro: occorrerebbe, allora, chiedersi come è possibile per un dipendente che abbia dato causa ad una temporanea totale interruzione del rapporto obbligatorio col datore attivare con esso istituti specificamente connessi proprio alla conduzione del rapporto di lavoro.

Non basta: il datore di lavoro, concedendo le ferie, costituisce il titolo legittimante l'assenza, che, quindi, inevitabilmente da ingiustificata passa a giustificata; **ma, così operando, il datore viola platealmente la norma, cioè l'articolo 9-quinques, comma 6, del d.l. 52/2021, ai sensi del quale il dipendente può rimediare all'assenza ingiustificata solo esibendo un green pass valido.**

Le linee guida hanno introdotto il passaggio citato sopra relativo alla possibile fruizione di istituti contrattuali che diano diritto alla retribuzione in giornate diverse da quelle nelle quali il dipendente è stato colto privo di green pass dopo il passaggio in Conferenza Unificata, modificando il testo che ivi era stato approvato.

Una leggerezza di metodo e anche di merito, poichè si è introdotta una previsione che collide con la legge ed espone a possibili contenziosi, oltre che ai dubbi operativi evidenziati. Dubbi che, tuttavia, appaiono risolvibili in modo corretto solo non concedendo le ferie al dipendente assente ingiustificato, finchè perduri tale situazione soggettiva.