L’ASPETTATIVA PER MALATTIA: DIRITTO ASSOLUTO DEL LAVORATORE O MERA FACOLTÀ DEL DATORE DI LAVORO?

written by goal | 27 Maggio 2022

di Andrea Sella*

Come noto, generalmente la contrattazione collettiva dei vari settori, privati e pubblici, riconosce al lavoratore il diritto di avvalersi di un periodo di aspettativa non retribuita al termine del periodo di conservazione del posto di lavoro a seguito di assenze prolungate per malattia, c.d. “termine di comporto”, concedendo un’ulteriore sospensione del rapporto lavorativo con relativa sospensione della facoltà di recesso del datore di lavoro. Questione non nuova, ma che genera spesso difficoltà applicative e interpretative.

I vari contratti collettivi disciplinano, a dir la verità in modo non sempre chiaro e specifico, anche modalità e termini per la richiesta e per la concessione dell’aspettativa per “motivi personali” o in modo espresso per malattia del lavoratore, esplicitamente esclusa dalle ipotesi di congedo straordinario previste dagli artt. 2 e 3 del DM 21 luglio 2000.

Generalmente, salvo che il singolo Ccnl preveda diversamente, l’aspettativa va richiesta prima dell’esaurirsi del periodo di comporto (v. Cass., Sez. lav., 10 dicembre 2012, n. 22392 in Il Lavoro nella Giurisprudenza, 2013, 196, e Cass., Sez. lav., 16 marzo 2012, n. 4261) in quanto la domanda di

aspettativa pervenuta al datore di lavoro prima della scadenza del comporto ne interrompe il decorso ed il superamento del periodo di comporto rappresenta un elemento unitario rispetto al superamento anche del successivo periodo di aspettativa che sia stata richiesta. È quindi

pacifico che il licenziamento per superamento del periodo di comporto non possa avvenire durante il periodo di aspettativa non retribuita (cfr. ex multis Cass. Civ., Sez. Lav, Sentenza 12 febbraio 2015, n. 2794 sulla scorta di Cass., Sez. lav., 20 maggio 2013, n. 12233), che diventa un periodo "neutro" nel conteggio dei giorni di assenza.

Il problema interpretativo nasce proprio dal testo dei vari contratti collettivi che prevedono questo tipo di aspettativa.

Paradigmatici, per intendere la portata di tale questione, sono il Ccnl per il Settore Pulizie e Servizi Integrati/Multiservizi e il Ccnl Cooperative Sociali.

Il primo all'art. 51 c. 9 prevede: "Superati i limiti di conservazione del posto, l'azienda su richiesta del lavoratore concederà un periodo di aspettativa non superiore a 4 mesi durante il quale il rapporto di lavoro rimane sospeso a tutti gli effetti senza decorrenza della retribuzione e di alcun istituto contrattuale".

Il secondo alla voce "Aspettativa non retribuita (art. 67)" prevede: "Alla lavoratrice e al lavoratore, con anzianità di servizio non inferiore a 1 anno, che ne faccia richiesta può essere concessa, per gravi o comprovate necessità personali e per cause di malattia di familiari, fermo restando la salvaguardia delle esigenze di servizio, un'aspettativa senza retribuzione e senza decorrenza dell'anzianità ad alcun effetto, per un periodo massimo di 6 mesi nell'arco della vigenza contrattuale e nella misura massima del 3% del totale degli addetti a tempo pieno dell'impresa".

Di per sé l'articolo è già formulato con una forma semantica

discutibile (ad esempio: la locuzione “per gravi o comprovate necessità” porta ad un dubbio: le necessità possono essere non “gravi” ma solo “comprovate”?).

Il tenore letterale del primo articolo appare chiaro nell’imporre un obbligo in capo al datore di lavoro (analogamente a quanto è previsto ad esempio nel Ccnl Terziario all’art. 192 in cui l’obbligo è ancora più esplicito). Così è stato interpretato generalmente dalla giurisprudenza (ad es. Cass. 18 novembre 2004, n. 21826, in Mass. Giur. Lav., 2005, 4, 239; Cass. 9 aprile 2004, n. 6978, in Dir. Prat. Lav., 2007, 37 All. PL, 1601; Tribunale, Venezia, ordinanza 01/04/2016 in www.altalex.com/documents/news/2016/05/31/lavoratore-dipendente- aspettativa-settore-privato con commento di Aurora Buccafusca, “Aspettativa del dipendente nel settore privato: diritto o graziosa concessione?”).

Con riferimento alle previsioni dei Ccnl, che sono la maggior parte e che prevedono, analogamente a quello sopra citato, l’uso del verbo “potere”, si aprono ulteriori scenari interpretativi.

Astrattamente si può interpretare come un potere meramente discrezionale del datore di lavoro, rimesso alla sua scelta potestativa.

In tal senso si è pronunciato il Tribunale di Vercelli (Ordinanza del 23 aprile 2019 e Sentenza n. 126 del 20 ottobre 2021, inedite) che espressamente ha riconosciuto una “mera facoltà”, pura ed incondizionata, in capo al datore di lavoro di concedere l’aspettativa, pur nella sussistenza dei presupposti per concederla. All’estremo opposto, con un’interpretazione più teleologica che letterale e probabilmente un po’ forzata, si potrebbe affermare che sussista sempre un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere l’aspettativa di cui si discute (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 09/04/2004, n. 6978 cit.), facendo prevalere il

diritto alla conservazione del posto di lavoro sulle esigenze organizzative aziendali.

Vi è poi una via mediana: la Sentenza della Corte di Cassazione Sez. lavoro, 21/12/2010, n. 25863, (in "Il Lavoro nella Giurisprudenza 3/2011, pag. 318, nota di Carlo Alberto Giovanardi) si esprime in termini di "interesse qualificato", mutuandolo dal lessico del diritto amministrativo e declinandolo nel senso che tale possibilità interpretativa "*risulta plausibile e giustificata, nell'economia della pattuizione negoziale, solo se in tal modo interpretata, dal momento che risulterebbe, invece, del tutto superflua e pleonastica ove si ritenesse funzionale al "riconoscimento" di un potere "unilaterale" del datore di lavoro (che, per definizione, in quanto unilaterale, risulta svincolato da riconoscimento alcuno), e che solo in tal modo, peraltro, si perviene ad un equo contemperamento delle contrapposte esigenze delle parti, risultando il diritto all'aspettativa del dipendente bilanciato dall'impossibilità per lo stesso di riprendere l'attività lavorativa*".

In modo ancor più esplicito la Sentenza della Cassazione 25/06/1986 n. 4229 (in Mass. Giust. Civile 1986) aveva già statuito: "*Se dovesse ritenersi che la concessione dell'aspettativa è rimessa alla indiscriminata facoltà del datore di lavoro si dovrebbe concludere per l'esistenza di una condizione meramente potestativa concretabile dal datore di lavoro il quale, si voluerit, potrà arbitrariamente decidere se evadere o meno la richiesta. Il che appare scarsamente credibile in un contesto sociale nel quale si avverte l'attuarsi in maniera sempre più accentuata del sistema di contemperare le opposte esigenze con lo strumento del contratto piuttosto che con la delega ad*

una sola delle parti di decidere circa l'attuabilità di un punto oggetto della contrattazione (nel caso di specie: l'aspettativa). Ed appare ancor meno credibile che in un campo in cui emergono diritti assoluti e primari, com'é quello alla

salute, la suddetta potestà sia stata delegata ad altri (il datore di lavoro) lasciando a favore del prestatore di lavoro soltanto una spes iuris senza tutela (o meglio una spes facti)".

In tale solco assumono quindi un ruolo prevalente i principi di correttezza e buona fede (cfr. Cassazione Sez. Lav. Con Sentenza 12/03/2013 n. 6130 in "*Il Lavoro nella Giurisprudenza*", n. 5/2013 pag. 515 nota di Carlo Alberto Giovanardi) che devono improntare l'esecuzione del contratto di lavoro e che impongono al datore di lavoro, di fronte ad una richiesta effettuata per un motivo serio ed apprezzabile, di fornire specifiche e gravi ragioni del diniego opposto (cfr. Tribunale Milano, 30/04/1996 in *Lavoro nella Giur.*, 1996, 765 *Dir. e Pratica Lav.,* 2007, 45 All. PL, 1901).

Da ultimo in tale filone si è inserita la recente Sentenza della Corte d'Appello di Torino Sez. Lav. n. 27 del 18.1.22 che, chiamata a pronunciarsi su una fattispecie a cui era applicabile l'art. 67 del Ccnl Cooperative Sociali sopra richiamato, ha confermato la necessità di contemperare il diritto all'aspettativa del lavoratore con le necessità organizzative del datore di lavoro dettandone, in motivazione, i canoni da rispettare: " *I requisiti che il lavoratore deve possedere per formulare la richiesta consistono quindi dal punto di vista soggettivo nell'anzianità di servizio e dal punto di vista oggettivo nelle gravi e comprovate necessità personali e nella malattia di familiari. Il datore di lavoro in presenza di detti requisiti è tenuto ad esaminare la domanda potendo respingerla se la stessa è incompatibile con le necessità organizzative e produttive dovendo in ogni caso salvaguardare le esigenze di servizio. L'ambito di valutazione della richiesta di aspettativa è quindi testualmente circoscritto alla compatibilità dell'assenza del lavoratore con le esigenze di servizio ed il corretto esercizio della valutazione discrezionale presuppone la comunicazione al dipendente delle eventuali ragioni ostative. In un'ottica di*

bilanciamento degli interessi contrapposti, nonché in ossequio alle clausole generali di correttezza e buona fede, è necessario che le ragioni datoriali siano comunicate al lavoratore. Le clausole generali di buona fede e correttezza costituiscono infatti il filtro necessario per impedire che l'esercizio della discrezionalità di ciascuna delle parti del rapporto possa sfociare in una discriminazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno della controparte".

Ovviamente tale conclusione non può essere assunta a paradigma generale, perché va valutata in funzione del testo del singolo contratto collettivo, tuttavia, ribadisce un principio che andrà tenuto presente dal datore di lavoro in caso di aspettativa a concessione "facoltativa".

**Avvocato in Biella*