

Sull'obbligazione risarcitoria per la revoca di un contratto a termine effettuata durante la pandemia da Covid-19: tra tutela reale, mera tutela obbligatoria e bona fides in executivis

di G. M. Marsico - 29 Novembre 2023

Il Tribunale di Napoli, nella sentenza che qui si commenta (20 novembre 2023, n. 6841) ha il pregio di enucleare il principio per cui la discriminazione sofferta dal ricorrente, derivante dalla revoca di un contratto a termine in periodo emergenziale da Covid-19, legittima il mero risarcimento del cd. danno comunitario da liquidarsi secondo i parametri fissati dall'art. 32 L. 183/2010 e non la distinta tutela reale.

La misura di tale risarcimento forfetario, precipuamente, va fissato nella misura minima prevista dalla legge, di 2,5 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 L. n. 604/1966. Ciò in considerazione sia della durata del contratto risolto anticipatamente che del periodo in cui, durante la pandemia, il ricorrente non è stato ingaggiato dalla Fondazione Teatrale datrice di lavoro con altri contratti ed è rimasto escluso dalle forme di sostegno apprestate, invece, agli altri lavoratori della Fondazione stessa.

In particolare, con ricorso depositato in data 30/11/2021 il lavoratore ha convenuto in giudizio la Fondazione Teatro San Carlo chiedendo di accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e/o inefficacia e/o fraudolenza e/o violazione del divieto di discriminazione indiretta dell'atto risolutivo e di recesso anticipato del contratto a termine indicato in premessa e per l'effetto condannare al versamento in favore del ricorrente di tutta la retribuzione e dei correlativi elementi accessori (anche sotto il profilo previdenziale ed assistenziale) che avrebbe dovuto percepire dalla risoluzione sino alla scadenza del contratto a termine; il ricorrente agiva, altresì, al fine di ottenere la condanna della parte resistente al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali, per lucro cessante e danno emergente, ai sensi dei commi da 5 a 7 dell'art. 28 D. Lgs. 150/2011, applicando anche le sanzioni dissuasive e stigmatizzanti derivanti dalla condotta discriminatoria Fondazione del Teatro di San Carlo.

Il ricorrente ha lamentato l'illegittimità della revoca anticipata del contratto a termine, per violazione dell'art. 2119 c.c. per insussistenza di giusta causa di recesso dal rapporto di lavoro; l'inefficacia dello strumento risolutorio azionato dalla Fondazione Teatro San Carlo per mancata estinzione dell'obbligazione di ricezione della prestazione lavorativa; ha propugnato l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 46 d.l. 18/2020 o, in alternativa, rilievo di profili di illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 3, commi 1 e 2, 77 e 117, comma 1, cost. e contestualmente, nel riparto delle competenze nomofilattiche, istanza

di rimessione alla consulta ex art. 23 l. 87/1953 e di rinvio pregiudiziale alle CGUE ex art.267 TFUE; il medesimo ha, altresì, dedotto la violazione dell'obbligo di *bona fides in executivis* ex artt. 1175 e 1375 c.c. e conseguente responsabilità contrattuale della fondazione ex art. 1218 c.c.; infine ha censurato l'operato della Fondazione per la mancata attivazione degli strumenti di lavoro agile o di c.d. smart working in violazione delle prescrizioni ministeriali e la mancata attivazione, in *extrema ratio*, degli ammortizzatori sociali.

Ha pertanto rassegnato le conclusioni innanzi riportate per il risarcimento dei danni connessi alle descritte vicende ivi incluso il risarcimento del danno da discriminazione per la violazione della clausola 4 della direttiva 70/1999/ce per pratica di discriminazione indiretta posta in essere in danno dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato.

Parte convenuta si è difesa eccependo, in via preliminare, la inammissibilità e/o nullità della domanda proposta dal ricorrente e nel merito la sua infondatezza per la sussistenza di una giusta causa di risoluzione del rapporto e per l'inesistenza di alcuna discriminazione nei confronti del lavoratore (Cfr. *ex plurimis* Trib. Genova 25 marzo 2011, in *RIDL*, 2012, 2, 418, nota di Premoli, *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la PA*: la breccia è aperta, ma il muro non crolla; Cfr. C. Giust., 26 novembre 2014, C-22/14, Mascolo, pt. 91, in *LG*, 2015, 2, 135, nota Nunin, « Tanto tuonò che piovve »: la sentenza «Mascolo» sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego – Il commento; nota Calvano, *L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione Europea*, in *GCost.*, 2014, 6, 4780; nota De Luca, *Un grand arret della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul nostro precariato scolastico statale*.

Secondo l'A., il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, 3, 499. Con riguardo alla compatibilità con la direttiva europea 99/70 delle norme italiane per il lavoro temporaneo nel settore scolastico, tale decisione ha evidenziato che, seppur in astratto, il sistema di reclutamento dei lavoratori soddisfi i parametri della clausola 5, pt. 1, lett. a — visto che il rinnovo dei contratti a termine è ammesso nell'ambito della sostituzione temporanea di altri dipendenti, per soddisfare quindi esigenze provvisorie — esso è comunque incompatibile con i principi della direttiva perché, di fatto, non permette lo sviluppo di una programmazione attendibile per il conseguimento da parte dei lavoratori di un posto di lavoro stabile).

Il Tribunale ha precisato che appariva legittima la risoluzione anticipata del contratto, sia per la validità della comunicazione inviata dal responsabile organizzativo dell'orchestra sia per la ricorrenza di una giusta causa di recesso.

Si precisava, inoltre, la pacifica ricorrenza di circostanze eccezionali e assolutamente imprevedibili legate alla pandemia da Covid-19 fosse il corollario della ricorrenza di una giusta causa di risoluzione del contratto. Ed infatti proprio la legislazione del periodo oggetto della controversia che a più riprese, nel corso del 2019 e 2020, dapprima, in concomitanza con un generale lockdown del paese e, poi, con l'adozione di mirate misure restrittive destinate ai luoghi di aggregazione, ha reso – in concreto -impossibile l'esecuzione della prestazione lavorativa richiesta al ricorrente negli ultimi 11 giorni del suo contratto (in scadenza il 15.3.2020).

La determinazione di risolvere il contratto de quo, in data 6/3/2020, era stata – secondo il Tribunale, certamente dettata dalla emergenza sanitaria connessa alla pandemia da Covid-19 per cui la Fondazione è stata obbligata a chiudere al pubblico e ad annullare tutti gli spettacoli in programmazione, con conseguente disdetta di tutti i contratti a termine in essere relativi. Ricorreva, secondo tale interpretazione, dunque, un’ipotesi di risoluzione dei contratti per impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 c.c. (Cimino, *Il precariato nella pubblica amministrazione dopo le sentenze Vassallo e Marrosu e Sardino: tutto come prima?*, in *GDA*, 2007, 363; cfr. De Michele, *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *LG*, 2014, 3, 248. Con riferimento alla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia, si vedano, tra gli altri, Nannipieri, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs. n. 368/2011, e 36, d.lgs. n.165/2001*, in *RIDL*, 2006, 742; Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *FI*, 2007, 4, 75; De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *FI*, 2007, 4, 344).

Secondo il Tribunale di Napoli, nel momento in cui il contratto era stato risolto, peraltro, nemmeno era prevedibile una ripresa effettiva delle attività e, dunque, una sospensione del contratto, nel caso in cui fosse ipotizzabile. Bisogna, infatti, considerare che la prestazione lavorativa del ricorrente era causalmente collegata alle esigenze connesse agli specifici spettacoli indicati nel suo contratto, da tenersi nell’arco temporale indicato per cui, annullati gli spettacoli in ossequio alle misure restrittive imposte dal governo, è venuta meno la causa del contratto stesso. L’impossibilità sopravvenuta della prestazione, che derivi da causa non imputabile al debitore ai sensi dell’art. 1218 c.c., opera, paralizzandola; essa determina *ex lege* l’estinzione dell’obbligazione e la risoluzione del contratto. Né era ipotizzabile all’epoca dei fatti che la causa di impossibilità fosse solo temporanea. Peraltro, per la peculiarità del contratto a termine, nemmeno poteva ipotizzarsi, secondo il Tribunale, una sospensione della prestazione con recupero della parte mancante, di soli undici giorni, in epoca successiva. Solo *ex post*, trascorsi mesi e mesi, infatti, sono state riviste le misure restrittive e si è reso possibile un ritorno graduale alla programmazione di spettacoli musicali e opere teatrali.

I giudici nella sentenza in analisi prendono le mosse da un recente orientamento della Suprema Corte di Cassazione, pronunciata sul punto con sentenza 22 gennaio 2015, n. 1170. Essa, sostenendo che, ove viene effettivamente meno la ragione che ha giustificato l’instaurazione di un contratto a termine, aveva sancito che il recesso anticipato fosse legittimo, in quanto si sarebbe delineata, in concreto, una situazione di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.

Invero, è un principio ormai consolidato che il rapporto a termine, al di fuori del recesso per giusta causa, può risolversi anticipatamente solo in presenza di una delle ipotesi di risoluzione previste dalla disciplina generale dei contratti dettata dagli artt. 1453 ss. c.c., sicché le mutate esigenze organizzative del datore di lavoro rilevano solo se ed in quanto le stesse determinino una sopravvenuta impossibilità di ricevere la prestazione lavorativa, da valutarsi obiettivamente avendo riguardo alle caratteristiche.

Nel caso in esame, la Fondazione non era a conoscenza, nel momento in cui ha sottoscritto il contratto a termine, che di lì a breve sarebbe intervenuto un provvedimento governativo a bloccare tutti gli spettacoli pubblici né poteva prevedere i tempi di ripresa dell'ordinaria attività. Deve, dunque, rigettarsi la domanda di risarcimento dei diversi danni paventati e ricollegati alla anticipata risoluzione del contratto a termine (vedasi anche, in tema di stabilizzazione e nullità dei contratti a termine, Fiorillo, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro: una soluzione che non convince*, in *RIDL*, 2011, 2, 578; Cfr. *ex plurimis* La Notte Chirone, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, in *RGL*, 2012, 1, 751. In dottrina, è stata critica rispetto all'applicazione dei criteri risarcitori che escludono la prova del danno – definiti «punitivi»; Ciucciovino, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n.165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *RIDL*, 2012, 2, 144).

Il Tribunale, inoltre, ha valutato la discontinuità della legislazione emergenziale: I giudici hanno dato atto che, nella prima fase della pandemia ,per l'urgenza e per la molteplicità dei provvedimenti , si era riscontrato un vuoto legislativo, in quanto è stato solo con l'art. 19 bis della L. n. 27/2020 di conversione del DL n. 18/2020 (che nulla prevedeva per i contratti di lavoro a termine) che si è cominciato a contemplare misure per i contratti a termine (prevedendo la possibilità di prorogare e rinnovare contratti a tempo determinato nel periodo in cui l'azienda aveva in atto una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni).

Successivamente, con il DL n. 34/2020 si è ulteriormente agevolata la contrattazione a termine con la previsione, all'art. 93, della possibilità di prorogare e rinnovare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato senza l'obbligo della causale, secondo una dettagliata casistica (Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *RIDL*, 2014, 1, 86; Cfr. Gottardi, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano cit.*, 724; vedasi ancora Fiorillo, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro: una soluzione che non convince cit.*, 570. Sul differente regime sanzionatorio tra pubblico e privato, si è mostrato critico, Ferraro, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in *RDSS*, 2015, 1, 16.).

Sulla base di ciò, il datore di lavoro avrebbe posto in essere una condotta in violazione del divieto di discriminazione, ai sensi della clausola 4 della direttiva 70/1999/CE (c.d. discriminazione indiretta) come acclarato anche dal collocamento in cassa in deroga (sia dei lavoratori stabili che di quelli con contratti a termine di lunga durata) disposta con provvedimento datoriale datato 02/04/2020. affermarsi che si sia posta in essere una condotta in violazione del divieto di discriminazione, ai sensi della clausola 4 della direttiva 70/1999/CE (discriminazione indiretta) come acclarato anche dal collocamento in cassa in deroga (sia dei lavoratori stabili che di quelli con contratti a termine di lunga durata) disposta con provvedimento datoriale.

In altri termini, la mancata estensione delle tutele alla categoria dei contratti a breve termine ha , di fatto, concretizzato una discriminazione tra gli stessi lavoratori a termine della Fondazione San Carlo, perché alcuni di essi , tra cui il ricorrente, non hanno potuto accedere a tutti gli strumenti di lavoro agile – smart working o ai vari accordi aziendali od ammortizzatori

sociali predisposti dal legislatore in costanza della situazione emergenziale, indicati dalle stesse determinazioni della Sovrintendenza.

La discriminazione sofferta dal ricorrente legittima, sulla base del *decisum* in analisi, il mero risarcimento del cd. danno comunitario da liquidarsi secondo i parametri fissati dall'art. 32 L. 183/2010, quale tutela obbligatoria e non la tutela reale del lavoratore (Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, 186; Da evidenziare che la definizione della nozione di «società a controllo pubblico» ha oggi ancora dei confini incerti. Si veda sul punto Corte dei conti, sez. riunite in sede giurisdizionale, 22 maggio 2019, n. 19; Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo 20 giugno 2019, n. 11; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578)

Giuseppe Maria Marsico, dottorando di ricerca il diritto privato e dell'economia e funzionario giuridico-economico-finanziario

Visualizza il documento: [Trib. Napoli, 20 novembre 2023, n. 6841](#)