

# IPSOA il Lavoro nella giurisprudenza

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ISSN 1591-4178 - ANNO XXX - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

1/2022

▶ [edicolaprofessionale.com/lavgiur](http://edicolaprofessionale.com/lavgiur)

## Covid-19 e rapporto di lavoro: questioni aperte

L'esclusione dal periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità

### *Itinerari della giurisprudenza*

La giurisprudenza sulla legislazione Covid-19

#### DIREZIONE SCIENTIFICA

Franco Carinci  
Michele Miscione  
Marina Brollo  
Valeria Fili

#### COMITATO DI REDAZIONE

Stefano Maria Corso  
Carmela Garofalo  
Pierluigi Rausei  
Anna Zilli

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DDB MILANO



Lavoro a termine

# Lavoro a termine pandemico: questioni interpretative aperte

di Federico Maria Putaturo Donati, Professore associato di diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II (\*)

Il saggio esamina la disciplina emergenziale del lavoro a termine, evidenziando i profili di incertezza che la sua applicazione pone, specie con riguardo al contratto di durata minima garantita previsto dalla L. n. 106/2021, oltre ad interrogarsi sulla possibilità o meno di risolvere anticipatamente il rapporto per impossibilità sopravvenuta causa pandemia.

*The essay examines the emergency discipline of fixed-term work, highlighting the profiles of uncertainty that its application poses, especially with regard to the minimum guaranteed duration contract provided for by l. 106 of 2021, as well as questioning whether or not to terminate the relationship in advance due to the impossibility of occurring due to a pandemic.*

## Premessa

Pendente l'emergenza da Covid-19, la chiamata in causa del contratto di lavoro a termine (CTD) evoca dei profili di criticità non solo perché alcuni degli interventi che si sono susseguiti da marzo 2020 si prestano a interpretazioni contraddittorie sul piano applicativo, ma anche perché è, e permane, dubbio il ricorso, sovente addotto, alla risoluzione *ante tempus* per impossibilità sopravvenuta.

## Lavoro a termine e durata massima complessiva

Primo considerando. L'art. 93, comma 1, D.L. n. 34/2020, come modificato dal D.L. n. 104/2020, consente, in deroga all'art. 21, D.Lgs. n. 81/2015, di prorogare o rinnovare contratti a tempo determinato per un periodo massimo di dodici mesi e per una sola volta, ferma restando la durata massima complessiva di ventiquattro mesi.

La disposizione, se è chiara nel bypassare la disciplina ordinaria laddove richiede la ricorrenza di causali o il rispetto di un numero massimo di proroghe o l'osservanza di "periodi cuscinetto" tra un rinnovo e l'altro, al contempo pone alcune riserve nella parte in cui prevede la necessità di assicurare la tenuta di un limite complessivo di ventiquattro mesi.

È cioè dubbio se l'inciso "ferma restando la durata massima complessiva di ventiquattro mesi" si riferisca a una soglia temporale assoluta o relativa, da tenere cioè ferma "sempre e in ogni caso" oppure "solo" qualora non ricorra un diverso - maggiore - termine previsto dalla contrattazione collettiva, e sempre che l'attività non rientri tra quelle stagionali. Si tratta di opzioni ricostruttive entrambe percorribili, per quanto conducano a sviluppi diametralmente opposti sul piano sanzionatorio, delle quali l'una è tesa a enfatizzare il dato semantico e il tratto di specialità della norma, mentre l'altra fa leva su una esegesi sistematica e teleologica della stessa.

Delle due, la seconda è da preferire per le ragioni di seguito esposte.

In particolare, l'art. 93, comma 1, deroga all'art. 21, D.Lgs. n. 81/2015, e, per suo tramite, all'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 ma non anche al comma 2: previsione questa ultima che, nello stabilire che la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi con lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore non possa superare i ventiquattro mesi, fa salvo il diverso termine stabilito dalla contrattazione collettiva, oltre sottrarre al suo cono d'ombra le attività stagionali.

Questo "stato delle cose" rende ragione del perché l'art. 93, comma 1, sia da leggere in combinato con

(\*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

l'art. 19, comma 2; e tanto anche per la parte in cui prescrive che, ai fini del computo della durata massima complessiva dei rapporti di lavoro a tempo determinato, si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi a oggetto mansioni di pari livello e categoria legale (1). Così da tacitare un profilo che altrimenti rimarrebbe privo di riscontro in seno alla disciplina introdotta dal decreto agosto.

L'ermeneutica suggerita consente, peraltro, di dare congruenza al differimento nel tempo della efficacia della misura promozionale, il cui termine finale inizialmente fissato al 31 dicembre 2020 è stato postergato - prima al 31 marzo 2021 dall'art. 1, comma 279, L. n. 178/2020 e poi - al 31 dicembre 2021 dal Decreto Sostegni.

Il che è a dire, a ritenere assoluta e non relativa la soglia massima complessiva richiamata dall'art. 93, comma 1, la stessa ben potrebbe pregiudicare la finalità perseguita dal legislatore, quale quella di assicurare la continuità occupazionale, dal momento che la norma è suscettibile di trovare applicazione ben oltre il limite massimo di ventiquattro mesi a far tempo dalla sua entrata in vigore.

La conclusione si giustifica per due diversi ordini di motivi: da un lato, perché il termine finale di efficacia *medio tempore* vigente è da intendere riferito alla formalizzazione della proroga o del rinnovo, come ora licenziato dall'Ispettorato nazionale del lavoro con nota n. 713/2020, con la conseguenza che la durata del rapporto è - o meglio potrebbe essere - tale da protrarsi anche nel corso del 2021 e/o del 2022; dall'altro lato, perché è dato non tenere conto di proroghe o rinnovi che fossero intervenuti dal 14 agosto in poi. Il rinvio è a quanto codificato ora dall'art. 17, comma 2, D.L. n. 41/2021.

Solo così pare spiegarsi l'ulteriore - e apodittico - passaggio esplicativo svolto dall'Ispettorato del lavoro sempre nella nota n. 713/2020, laddove, dopo avere chiarito che la proroga automatica fruita nel periodo di vigenza del comma 1-bis, art. 93, D.L. n. 34/2020 (18 luglio-14 agosto), come abolito dall'art. 8, D.L. n. 104/2020, sia da considerare

“neutrale” in relazione al computo della durata massima di 24 mesi anche ai fini di quanto disposto dal nuovo comma 1 dell'art. 93, precisa che il rinnovo del contratto a termine in deroga assistita oltre il termine di legge di ventiquattro mesi ovvero del diverso termine previsto dalla contrattazione collettiva resta subordinato al rispetto delle condizioni di cui agli artt. 19, comma 1, e 21, D.Lgs. n. 81/2015, lasciando in tal modo presumere che la diversa soglia massima complessiva di rapporti a termine, se individuata dal contratto collettivo, debba essere tenuta necessariamente ferma.

### **Lavoro a termine, causali negoziali e durata massima garantita**

Secondo rilievo che involge le interpolazioni, in tutto due, recate all'art. 19, D.Lgs. n. 81/2015 dall'art. 41-bis, D.L. n. 73/2021 (introdotto, in sede di conversione, dalla L. n. 106/2021, con effetto a decorrere dal 25 luglio 2021), che superano “l'impostazione degli interventi difensivi e contingenti in materia di CTD varati durante il periodo acuto dell'emergenza” (2), e che è ragionevole convenire che siano valide anche per la somministrazione a termine (3). In particolare, la lett. a) dell'art. 41-bis, D.L. n. 73/2020, aggiunge al comma 1 “in fine, la seguente lettera: ‘b-bis) specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'art. 51”.

La innovazione rende evidente il - provvidenziale - “cambio di passo” impresso in punto di disciplina dell'apposizione del termine e della sua durata massima, laddove affida, in via strutturale, all'autonomia collettiva l'opportunità di individuare ulteriori ipotesi di ricorso a contratti a termine di durata superiore ai dodici mesi, ma anche e soprattutto di proroga o di rinnovo, superando le difficoltà poste dalle causali legali (ad eccezione di quelle sostitutive) introdotte dal “decreto dignità”. Con la duplice conseguenza, da un lato, di prescindere dalla contrattazione di prossimità per flessibilizzare la gestione del rapporto (4), e, dall'altro lato, di occasionare altri e diversi rinvii alla contrattazione

(1) Per la computabilità del limite complessivo dei 24 mesi per i contratti a termine e di somministrazione tenendo conto di tutti i rapporti di lavoro anche precedenti al D.Lgs. n. 87 del 2018, cfr. App. Milano 22 marzo 2021 (est. Di Paolo), in *Wikilabour.it*, che, se ritiene applicabile il limite di durata massima complessiva introdotto da Decreto dignità a un rapporto di lavoro iniziato prima della sua entrata in vigore e protrattosi con una serie di contratti di somministrazione successivamente all'agosto 2018, nondimeno, rileva come possa non tenersi presente di tutti i periodi complessivamente maturati alle dipendenze del medesimo utilizzatore, solo allegando e provando che al “diverso livello di inquadramento” non corrispondano le stesse mansioni svolte in precedenza, potendo altrimenti il preteso diverso inquadramento

perseguire più “l'intento di non incorrere nei rigori della nuova disciplina, che sotto quello della effettiva diversa collocazione del lavoratore nella compagine aziendale”.

(2) A. Maresca, *Il contratto a termine nella fase post pandemica: archiviato o arricchito il Decreto Dignità? (prime osservazioni sull'art. 41-bis, l. n. 106/2021)*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2021, 4, 378.

(3) In questi termini, E. Massi, *Lavoro a termine: quando e come ricorrere alle causali della contrattazione collettiva*, in *Quotidiano giuridico*, Milano, 22 settembre 2021, 1.

(4) Su cui, da ultimo, M. Vincieri, *La gestione negoziale della flessibilità: uno sguardo critico alla recente contrattazione di prossimità ed alle deroghe alla disciplina del contratto a tempo*

collettiva presenti nel D.Lgs. n. 81/2015, *ivi* incluso quello di cui all'art. 19, comma 2, nella parte in cui è rimessa alle parti sociali la possibilità di derogare al limite massimo complessivo di durata di 24 mesi in caso di più contratti a termine "intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore".

Di contro, la lett. b), art. 41-bis, D.L. n. 73/2020 inserisce il comma 1.1, giusta il quale: "Il termine di durata superiore a dodici mesi, ma comunque non eccedente ventiquattro mesi, di cui al comma 1 del presente articolo, può essere apposto ai contratti di lavoro subordinato qualora si verificano specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di lavoro di cui all'articolo 51, ai sensi della lettera b-bis) del medesimo comma 1, fino al 30 settembre 2022".

La norma introduce un regime speciale che è contraddistinto da una parziale provvisorietà, dal momento che consente, entro un termine di efficacia temporale, l'assunzione, nei casi autorizzati dalla contrattazione collettiva, con un contratto di durata superiore a 12 mesi, purché non oltre i 24.

La disposizione si presta, tuttavia, a letture antitetiche, atteso che il comma 1.1 può essere interpretato nel senso di legittimare fino al 30 settembre 2022 il ricorso alla lett. b-bis), comma 1, art. 19, D.Lgs. n. 81/2015 in relazione al primo - e unico - contratto a termine delle parti, come prospettato dall'Ispettorato nazionale del lavoro con nota n. 1363/2021 (5); oppure, può essere ricostruito in "contraddittorio" con il comma 1 dell'art. 19, a ritenere che il riferimento alla lett. b-bis) del comma 1 stia a significare

che, entro lo stesso termine, il contratto "a durata minima garantita" possa essere concluso anche in rinnovo di un precedente contratto a tempo determinato intercorso tra le stesse parti, come possa essere prorogato, purché nel rispetto delle sole causali collettive (6).

Dei due svolgimenti, il secondo convince maggiormente, risultando altrimenti pregiudicata la finalità che la misura intende perseguire, quale quella di garantire un periodo temporaneo, ma stabile di occupazione pendente e *post* la pandemia.

Prerogativa questa ultima che spiega anche perché la fattispecie andrebbe sottratta ai limiti quantitativi e di durata massima validi per la generalità dei contratti a tempo determinato, mentre non potrebbe reiterarsi tra le stesse parti, dal momento in cui costituisce un'opportunità messa a disposizione del datore di lavoro e del prestatore per "un'unica e esaustiva utilizzazione" (7).

Resta fermo che l'art. 41-bis, sia lett. a) che quella b), demanda la previsione di specifiche esigenze ai contratti collettivi di cui all'art. 51, D.Lgs. n. 81/2015, ovvero a tutti "i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria".

Ciò che, nel configurare una vera e propria delega in bianco ai sindacati sulla falsariga di quanto già licenziato dall'art. 23, comma 1, L. n. 56/1987 (8), se

determinato, in *Variazione su temi di diritto del lavoro*, 2020, 1119 ss. Mentre per una disamina dei requisiti di validità dei contratti di prossimità e dei criteri di risoluzione del concorso/conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, F. Di Nola, *Art. 8, d.l. n. 138/2011 e rapporti tra contratti di diverso livello, ovvero sul coraggio di chiamare le cose col proprio nome*, in questa *Rivista*, 2021, 640.

(5) In particolare, per l'Ispettorato, se il termine finale va riferito alla formalizzazione del contratto, il quale ben potrà prevedere una durata del rapporto che superi tale data, fermo restando il limite complessivo dei 24 mesi, nondimeno, dopo il 30 settembre 2022 sarà possibile stipulare un primo contratto a termine di durata superiore ai 12 mesi solo per le esigenze definite alle lett. a) e b) del comma 1 dell'art. 19, D.Lgs. n. 81/2015 mentre sarà consentito prorogare o rinnovare i contratti a termine in ragione delle causali previste dalla contrattazione collettiva.

(6) In tal senso, A. Maresca, *Il contratto a termine nella fase post pandemica: archiviato o arricchito il Decreto Dignità? (prime osservazioni sull'art. 41-bis, l. n. 106/2021)*, cit., 380, e ancor più 385, secondo il quale "il criptico riferimento alla lett. b-bis), cioè alle sole causali collettive ma non anche a quelle legali, sembra formulato proprio con riferimento alla possibilità che il CTD-DMG si configuri come un rinnovo rispetto ad un CTD intercorso tra le stesse parti che, in questo caso, vengono vincolate al rispetto delle causali collettive, ma solo se siano state previste e quando lo saranno (ciò vale, come si dirà dopo, anche per l'eventuale proroga del CTD-DMG dal 12° fino al 24° mese). Rinnovo che, quindi, si palesa ammissibile nonostante le precedenti assunzioni a termine tra le stesse parti".

(7) A. Maresca, *op. cit.*, 386-387, che ritiene l'ipotesi del rinnovo di un precedente contratto "a durata minima garantita" più astratta che reale, per quanto "sarebbe possibile se il lavoratore fosse assunto con un CTD-DMG per dodici mesi ed un giorno il 1° agosto 2021 e, quindi, fino al 1° settembre 2022. In questo caso, anche applicando (ove lo fosse) l'intervallo di 20 giorni di cui all'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, l'assunzione con il secondo CTD-DMG potrebbe avvenire tra il 22 ed il 30 settembre 2022 ed avere una durata di 24 mesi".

(8) Per la tenuta sul piano ordinamentale interno della norma, cfr., Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 2006, n. 4588, per cui "l'art. 23, n. 56 del 1987, che demanda alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare - oltre le fattispecie tassativamente previste dall'art. 1, l. n. 230 del 1962 e successive modifiche, nonché dall'art. 8-bis, d.l. n. 17 del 1983, n. 17, convertito con modificazioni dalla l. n. 79 del 1983 - nuove ipotesi di apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro, configura una vera e propria 'delega in bianco' a favore dei sindacati, i quali, pertanto, senza essere vincolati alla individuazione di figure di contratto a termine comunque omologhe a quelle previste per legge, possono legittimare il ricorso al contratto di lavoro a termine per causali di carattere 'oggettivo' ed anche - alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale - per ragioni di tipo meramente 'soggettivo', consentendo (vuoi in funzione di promozione dell'occupazione o anche di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori, costituendo anche in questo caso l'esame congiunto delle parti sociali sulle necessità del mercato del lavoro idonea garanzia per i suddetti lavoratori e

denota la necessità che le causali sia formulate in modo preciso, mediante tipizzazione di ipotesi concrete, non potendo le parti del contratto individuale declinare clausole che facciano riferimento a generiche esigenze di carattere tecnico, produttivo, ed organizzativo, al contempo, legittima il contratto collettivo a vari livelli e per lo specifico ambito di ingerenza (9), rendendo necessaria, in ipotesi di contenuti concorrenti e differenziati tra il contratto nazionale e quello aziendale, nella consapevolezza di essere fuori dal perimetro di ingerenza dell'art. 8, D.L. n. 138/2011, una indagine che consenta di selezionare la disciplina destinata a prevalere (10); se del caso mutuando le regole che presiedono gli accordi interconfederali sulla rappresentanza sindacale, a cominciare da quello del 10 gennaio 2014 per il settore industriale come riproposto nel "Patto della fabbrica" del 9 marzo 2018, oppure ricercando la "effettiva volontà delle parti sociali, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutti pari dignità e forza vincolante" (11), o ancora facendo leva sul "principio di autonomia (e, reciprocamente, di competenza), alla stregua del collegamento funzionale che le associazioni sindacali, nell'esercizio della loro autonomia, pongono, mediante statuti o altri idonei atti di limitazione, fra i vari gradi o livelli della struttura organizzativa e della corrispondente attività" (12).

Si tratta a ogni modo di un rinvio "proprio" all'autonomia collettiva, stante la delega a integrare il disposto dell'art. 19, D.Lgs. n. 81/2015 (13), che giustifica il ricorso al criterio di selezione della maggiore rappresentatività comparata e ancor più la sua osservanza, pena l'inefficacia dell'intervento di negoziazione con

correlata disapplicazione del regime derogatorio e conseguente trasformazione del rapporto in uno a tempo indeterminato, in linea di continuità con quanto chiarito dall'Ispettorato nazionale del lavoro con nota n. 3/2018.

### Lavoro a termine e green pass

Altro "nodo gordiano" è intrecciato dall'art. 9-septies, D.L. n. 52/2021, come inserito dall'art. 3, D.L. n. 127/2021, che, a decorrere dal 15 ottobre 2021, riconosce alle imprese con meno di quindici dipendenti, la possibilità di sospendere il lavoratore, dopo il quinto giorno di assenza ingiustificata per mancanza di green pass, per la durata corrispondente a quella del contratto di lavoro stipulato per la sostituzione, comunque per un periodo non superiore a 10 giorni lavorativi, rinnovabili fino al 31 dicembre 2021, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

La riserva si pone dal momento che, a tenere fermo quanto chiarito dal Governo il 12 ottobre 2021, e cioè che i contratti di lavoro stipulati per sostituire i lavoratori sprovvisti di green pass sono sottoposti alla disciplina generale del contratto a tempo determinato, ben potrebbe conseguire un evidente cortocircuito in punto di implementazione della misura.

Il riscontro dell'esecutivo, infatti, mal si concilia con le modifiche recate in sede di conversione dalla L. n. 165/2021, per effetto delle quali la norma sembra prevedere l'eventualità del rinnovo, ma non anche della proroga, del contratto temporaneo.

Ciò in quanto, ad applicare il regime di cui agli artt. 19 ss., D.Lgs. n. 81/2015, occorrerebbe assicurare l'osservanza di un arco temporale minimo di 10 giorni tra un rinnovo e l'altro, con ineludibile pregiudizio

per una efficace salvaguardia dei loro diritti". Cui, *adde*, Cass. Civ. 22 giugno 2012, n. 10468; Cass. Civ. 19 marzo 2013, n. 6787.

(9) Sulla portata dell'art. 51, D.Lgs. n. 81/2015, da ultimo, G. Proia, *Ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 7, per il quale la norma "esprime, ad oggi, un principio di tendenziale equiordinazione e fungibilità tra contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, favorendo una relazione concorrenziale tra i diversi ambiti di esercizio dell'autonomia collettiva". Ma già R. De Luca Tamajo, *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2016, 5/6, 321; T. Treu, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. Magnani-A. Pandolfo-P.A. Varesi (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, 2016, 248; e ancor prima, A. Pizzoferrato, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 439.

(10) *Contra*, A. Maresca, *op. cit.*, 381, per il quale, in ipotesi di contrasto, "la disciplina applicabile al datore di lavoro per le assunzioni a termine sarà quella dettata dal contratto aziendale, senza che emerga il tema dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello che si pone quando l'esercizio dell'autonomia collettiva si esplica in assenza di un rinvio legale, rinvio che di contro è espressamente previsto dall'art. 41-bis del d.l. 106 del 2021".

(11) Cfr., *ex multis*, Cass. Civ. 2 marzo 2021, n. 5651; Cass. Civ. 16 dicembre 2019, n. 33145; Cass. Civ. 26 giugno 2018, n. 16839, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(12) In questi termini, escludendo che il contrasto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale (nazionale, regionale, provinciale, aziendale) possa essere risolto in base al criterio della gerarchia (che comporterebbe la prevalenza della disciplina di livello superiore), né in base al criterio temporale (che provocherebbe la prevalenza del contratto più recente e che, invece, è determinante solo nell'ipotesi di successione di contratti collettivi con identità di soggetti stipulanti, ossia del medesimo livello), *ex multis*, cfr. Cass. Civ. 16 dicembre 2019, n. 33145; Cass. Civ. 4 luglio 2018, n. 17421; Cass. Civ. 6 aprile 2017, n. 8892, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(13) Sul distinguo tra rinvii "propri" e "impropri", con cui la legge demanda al contratto collettivo il compito di derogare, sostituire o integrare il precetto legale oppure di regolare direttamente la materia, senza nulla togliere e nulla aggiungere alla sfera di autonomia propria dei sindacati, per tutti, M.G. Garofalo, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 532.

delle prerogative organizzative aziendali che giustificano la differenziazione di disciplina in punto di impiego delle certificazioni verdi Covid-19 nel settore privato.

In alternativa, e coerentemente con la finalità perseguita dal legislatore emergenziale, ben potrebbe argomentarsi che l'ipotesi di apposizione del termine prefigurata sia avvolta da un alone di specialità, tale da sottrarla alle regole che presiedono in via ordinaria il ricorso all'istituto e, per l'effetto, tale da consentire la sostituzione del personale interessato con il medesimo sostituto, senza soluzione di continuità, fino al 31 dicembre 2021.

### Lavoro a termine e risoluzione anticipata

Del pari controvertibile è la possibilità o meno di risolvere il rapporto di lavoro a tempo determinato anticipatamente per impossibilità sopravvenuta della prestazione pendente la pandemia, per cause che riguardino il lavoratore (in ipotesi la sua inidoneità assoluta) o che ineriscano l'impresa (come un lungo arresto produttivo, alla stregua di quanto accaduto per alcuni settori, quali cinema, teatri, palestre). L'interrogativo è di non poco conto, e sottende una problematica di vivo interesse, la cui risoluzione può fondare la tutela risarcitoria con diritto a tutta la retribuzione (e contribuzione) spettante dall'atto risolutivo anticipato del contratto sino alla scadenza naturale del termine.

Allo stesso è plausibile dare una risposta negativa, a supporre che la inammissibilità della risoluzione *ex art. 1453 c.c.* si giustifichi in ragione di una identità di *ratio* con il divieto di recesso per giustificato motivo oggettivo (14), ovvero a ricostruire la il regime sul blocco dei licenziamenti estensivamente,

in maniera conforme non solo al dovere di solidarietà e al principio di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost., ma anche al divieto di discriminazione di cui alla clausola 4 della Dir. 70/99/UE, come attuato dall'art. 25, D.Lgs. n. 81/2015, che riconosce al lavoratore a tempo determinato il diritto al trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili.

In quest'ultima prospettiva il riferimento contenuto all'art. 3 della L. n. 604/1966 ben potrebbe interpretarsi come esplicativo delle fattispecie di giustificato motivo oggettivo che possono sorreggere la più generale risoluzione contrattuale, e non solo il licenziamento. Con la precisazione che, se l'impossibilità sopravvenuta trova spazio all'interno del giustificato motivo oggettivo, non tutti i casi di giustificato motivo oggettivo sono ascrivibili alla impossibilità sopravvenuta (15), fuoriuscendone, a esempio, la riorganizzazione dell'assetto produttivo (16).

Questo svolgimento risulterebbe avvalorato da una singolare formulazione dell'art. 46, come reiterata nel tempo, ove la locuzione "non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo" pare individuare il divieto generale di motivazione del recesso datoriale, mentre l'inciso "ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604" sembra evocare il novero delle ragioni obiettive suscettibili di essere poste alla base dello scioglimento del contratto di lavoro.

Ciò in linea alla tendenza giurisprudenziale che nell'interpretazione della disciplina sul blocco dei licenziamenti ha inteso minimizzare il dato letterale, in punto di declaratoria di illegittimità del recesso, rispettivamente, di un dirigente (17) e di alcuni

(14) In questi termini, F. Scarpelli, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proroga del blocco nel d.l. n. 104/2020*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2020, n. 1, 232; Id., *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 323; cui, adde, M.T. Carinci, *Covid-19 e 'blocco' dei licenziamenti: ratio, limiti e opportunità di una misura in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost.*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2020, 585.

(15) Così P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro a tempo determinato e il divieto di licenziamento nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Dir. mer. lav.*, 2021, 133, per quanto argomenti nel senso della non applicabilità in via analogica del divieto di licenziamento nei confronti del recesso dal contratto a termine, dovendo rinviare alla "disciplina comune ante Covid-19, secondo gli indirizzi consolidati in giurisprudenza, in cui vi è spazio per sostenere con un'interpretazione rigorosa l'ipotesi del recesso solo per impossibilità sopravvenuta della prestazione in caso di contratto a termine, che resta ipotesi distinta dal recesso per giustificato motivo oggettivo in questo caso non possibile. Si tratta di ipotesi che trova spazio all'interno del giustificato motivo, ma è connotata da sue peculiari condizioni".

(16) Cfr. Trib. Cremona 27 maggio 2020, est. Di Marco, in *Leggi d'Italia*, secondo cui "il rapporto di lavoro a tempo determinato, al di fuori del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. può essere risolto anticipatamente non già per un giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966, ma soltanto in presenza delle ipotesi di risoluzione del contratto previste dagli art. 1453 ss. c.c. Ne consegue che, qualora il datore di lavoro proceda a una riorganizzazione del proprio assetto produttivo, non può avvalersi di tale fatto per risolvere in anticipo un contratto di lavoro a tempo determinato".

(17) Cfr. Trib. Roma 26 febbraio 2021 (est. Conte), in questa *Rivista*, 2021, 8-9, 882, per il quale, preso atto che i dirigenti risultano protetti per legge dal blocco dei licenziamenti collettivi, generando in tal modo un problema di ragionevolezza della loro esclusione in rapporto dell'art. 3 Cost., è da ritenere che la normativa emergenziale sia da applicare anche ai licenziamenti economici individuali nei confronti del personale direttivo, atteso che la stessa "mira ad identificare la natura della ragione posta a fondamento del recesso, e non a delimitare l'ambito di applicazione soggettivo del divieto". *Contra*, v. Trib. Roma 19 aprile 2021 (est. Pagliarini), che fa leva su un motivo di natura formale relativo

lavoratori in prova, per questi ultimi addirittura con una motivazione che fa leva sulla nullità dei recessi perché disposti in frode alla misura di sostegno che sarebbe stata introdotta dal D.L. n. 18/2020, per quanto questa ultima non fosse vigente al momento della loro intimazione (18).

Non solo, la chiave di lettura proposta pare coerente con quanto enunciato dalla Corte costituzionale, allorquando, per stabilire la natura del rinvio - formale o sostanziale - di una norma a un'altra, è rimarcata la necessità di far emergere il contesto storico giuridico in cui è stato emanato il precetto e le peculiari finalità perseguite dal legislatore (19).

Il che a dire, a seguire la Consulta, il riferimento all'art. 3, L. n. 604/1966 andrebbe inteso come "rinvio sostanziale", come tale delimitante l'ambito dell'istituto del giustificato motivo oggettivo quale istituto inoperante per ogni ipotesi di recesso contrattuale; e tanto anche e soprattutto per assicurare che il divieto di licenziamento trovi applicazione all'intera platea di lavoratori subordinati inclusi quelli a tempo determinato, assolvendo, sotto questo profilo, la funzione socio-economica che le è propria, e che è evincibile dal panorama emergenziale e fattuale nel cui alveo è stata concepita.

Resta fermo che la risoluzione *ante tempus* da un contratto a termine durante l'emergenza da Covid-19 potrebbe essere preclusa anche in ragione dell'art. 1463 c.c.

Norma che è da ricostruire nel senso che la impossibilità sopravvenuta è causa di risoluzione se rivesta i caratteri della assolutezza e dell'oggettività e non sia prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione (20), ovvero qualora la stessa, anche se prevedibile, sia dipendente da negligenza del datore di lavoro (21).

Si tratta, tuttavia, di ipotesi difficilmente configurabili dal 31 gennaio 2020 in poi, ovvero a far tempo dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, specie a fronte dell'introduzione di più alternative dirette a preservare l'utilità della prestazione di lavoro.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al ricorso semplificato allo *smart-working*, come anche alla destinazione di parte dell'orario di lavoro ad attività formative con oneri a carico del Fondo Nuove Competenze.

Ma ancor più si pensi all'accesso, sia pure quale *extrema ratio*, a misure speciali di integrazione salariale a prescindere da qualsivoglia requisito di anzianità di servizio, e senza, peraltro, alcun pregiudizio

alla lettera dell'art. 46, D.L. n. 18/2020, laddove dispone "che il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non possa recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge 604/66, disposizione quest'ultima che pacificamente non si applica ai dirigenti sia per espressa previsione normativa (cfr. il successivo art. 10) sia per consolidato principio giurisprudenziale (per tutte, Cass. 2 ottobre 2018, n. 23894 e Cass. 26 ottobre 2018, n. 27199)".

(18) Cfr. Trib. Milano 5 febbraio 2021 (est. Colosimo), in *Leggi d'Italia*, secondo cui "individualmente considerati, i recessi intimati agli odierni ricorrenti costituiscono null'altro se non l'esercizio della facoltà di recesso *ad nutum* che l'ordinamento attribuisce a entrambe le parti del rapporto in virtù della previsione di cui all'art. 2096 c.c. Tuttavia, collocati nel contesto storico-sociale cui appartengono, valutati nel loro complesso anche - e soprattutto - in ragione della peculiarità delle tempistiche, delle modalità e delle forme dell'agire datoriale, i licenziamenti di cui si discute risultano oggettivamente viziati dallo sviamento causale lamentato in ricorso: nell'apparente esercizio di una legittima facoltà di legge, Z s.r.l. ha massivamente impiegato la risoluzione per mancato superamento della prova per recedere, con effetto immediato, da una molteplicità di rapporti di lavoro appena formalizzati per prestazioni di cui, con ogni evidenza, non avrebbe potuto beneficiare, e che erano potenzialmente destinati a patire l'incerta regolazione del periodo emergenziale. Così operando, peraltro, Z s.r.l. ha escluso i lavoratori subordinati da qualsiasi possibile misura di sostegno che il legislatore dell'emergenza avrebbe introdotto per posizioni analoghe".

(19) Cfr. Corte cost. 9 aprile 2013, n. 85; ma già Corte cost. 4 luglio 2007, n. 267.

(20) In questi termini, Cass. Civ. 2 ottobre 2008, n. 24534, secondo cui "non può considerarsi impossibile una prestazione che, per la mancanza di previsione di un termine, può ancora essere eseguita. D'altra parte, può invocarsi la sopravvenuta impossibilità della prestazione solo qualora la circostanza sopravvenuta rivesta i caratteri della assolutezza e della oggettività e non sia prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione".

(21) Così, *ex multis*, Cass. Civ. 28 giugno 2013, n. 16414, per cui "posto che anche in materia di rapporto a tempo determinato nel lavoro pubblico privatizzato (nella specie, di personale Ata) non sono applicabili direttamente i principi propri del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in specie, in tema di *repechage*, è legittima la risoluzione del rapporto di lavoro a termine, determinata dall'oggettiva impossibilità di impiegare il dipendente nelle mansioni del profilo lavorativo dell'assunzione a tempo determinato". Cui, *adde*, Cass. Civ. 6 giugno 2019, n. 15381, per cui "la supplenza temporanea conferita dal dirigente scolastico per la sostituzione di personale ATA assente dal servizio e con espressa indicazione del termine finale non può, ai sensi degli artt. 4 della l. n. 124 del 1999, 6 del d.m. n. 430 del 2000 e 44 del c.c.n.l. 29 novembre 2007 per il comparto della scuola, essere risolta anticipatamente a causa del decesso del dipendente sostituito verificatosi dopo il 31 dicembre dell'anno scolastico di riferimento, perché, da un lato, opera il principio generale secondo cui nel rapporto a termine, salva l'ipotesi di giusta causa, solo l'impossibilità sopravvenuta di ricevere la prestazione legittima lo scioglimento anticipato dal vincolo contrattuale, e perché, dall'altro lato, la vacanza verificatasi dopo la data sopra indicata non induce conseguenze quanto alle modalità di conferimento dell'incarico e di individuazione del contraente, restando l'incarico riconducibile alla 'species' della supplenza temporanea".