

D'altro canto non si intende qui sconfessare il fine ultimo della normativa europea e nazionale, ossia la protezione della vittima²⁹ – come confermato da tutti gli arresti della Consulta della Suprema Corte e della Corte di Giustizia in tema – né si vogliono innalzare gli standard di condotta richiesti alle vittime – operazione non consentita nel nostro sistema nel quale “non è consentito pervenire a configurare a carico del danneggiato medesimo un obbligo di collaborazione eccessivo rispetto alle sue ‘risorse’, che finisca con il trasformarlo in un investigatore privato”³⁰.

Nel caso sottoposto all’attenzione degli Ermellini a livello logico sarebbe stata ben configurabile la negligenza della vittima, ed sarebbe stato possibile configurarla attraverso il giudizio di prevedibilità o criterio della prognosi postuma³¹.

Danno contrattuale

Cassazione civile, Sez. VI, Sottosez. L, 12 gennaio 2015, n. 262 – Pres. Curzio – Rel. Marotta – M.Y. (avv. Pau, Meloni) c. Meridiana S.p.A. e Meridiana Fly S.p.A. (avv. Boursier Niutta, De Luca Tamajo). *Cassa con rinvio App. Cagliari.*

Contratto in genere – Conversione del contratto a tempo determinato – Danno risarcibile – Indennità forfettaria ex art. 32, 5° comma, L. n. 183/2010 – Anzianità lavorativa – Danno contrattuale – Attuazione del diritto - Distinzione

In tema di danno in caso di conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato di più contratti a termine nel settore privato, l’indennità forfettaria prevista dall’art. 32, 5° comma, L. n. 183/2010 è esaustiva del diritto al risarcimento del danno per il periodo non

La prova rigorosa di aver tenuto un comportamento diligente ossia la prova positiva di aver fatto tutto quanto in proprio potere per identificare il conducente, alla stregua del canone che individua nella diligenza del “buon padre di famiglia” il comportamento corretto esigibile da ogni soggetto facente parte della collettività dei consociati³² (ed in quanto tale soggetto responsabilizzato nei confronti dei medesimi e di sé stesso), sarà da esigersi da parte della vittima, al fine di impedire che la tutela “speciale” apprestata nelle ipotesi di operatività del Fondo non divenga un mezzo di eludere le regole generali di allocazione di un danno, con l’effetto di comportare alla società costi di gran lunga superiori ai benefici apprestati.

lavorato; per i periodi lavorati, spetta invece al lavoratore anche l’anzianità di servizio, in quanto non assorbita dall’indennità omnicomprendensiva. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Svolgimento del processo: Il Tribunale di Tempio, in parziale accoglimento della domanda proposta da M.Y. nei confronti di Meridiana S.p.A. e di Meridiana Fly S.p.A. (cui medio tempore era stato ceduto il ramo di azienda comprendente tutte le attività connesse al volo), accertava la nullità del termine apposto ai contratti stipulati dalla ricorrente con Meridiana dal 2000 al 2008 e dichiarava la sussistenza tra le parti di un rapporto a tempo indeterminato sin dal primo contratto condannando dette società al pagamento di sette mensilità globali di fatto. Escludeva la sussistenza del diritto alle retribuzioni per i periodi non lavorati e non si pronunciava sulla domanda

punitivo nel nostro ordinamento v. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 340) – il giudizio di accertamento di responsabilità sarà il medesimo come i medesimi saranno gli oneri probatori e i criteri di valutazione delle prove da parte del Giudicante.

²⁹ In buona sostanza le riflessioni critiche nascono dall’esigenza di evitare il pericolo del c.d. sconfinamento nel merito del giudizio di cassazione, sconfinamento “che intralcia la funzione nomofilattica” per usare le parole della dottrina in merito Mazzamuto, *Certeza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Politica del Diritto*, 2003, 157-158.

³⁰ Cass., 18 giugno 2012, n. 9939.

³¹ Lo stesso giudizio di prevedibilità è invocato nell’arresto in commento, sul punto v. Mariani, *Nesso di causalità e responsabilità*, cit., 39 e segg. ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema. La presunzione di diligenza evocata in più punti della motivazione oltre a imporre indirettamente alla impresa designata una *probatio* diabolica presta il fianco un pericoloso *vulnus* alla selezione delle ipotesi in cui sorge l’obbligo in capo alla medesima. La prova di essersi attivato per l’identificazione o di non essersi riuscito per causa non imputabile ha lo scopo sia di responsabilizzare la vittima sia di ridurre il costo sociale del sinistro, posto a monte in capo alla collettività degli assicurati (concretizzantesi

nella parte di premio da loro pagata e destinata al Fondo) ed infine sia ad evitare una se non due azioni tese alla (ri)allocazione del danno (dall’impresa al responsabile e dall’impresa al Fondo). Se letta alla luce dell’analisi economica del diritto – ove l’indagine sulla responsabilità civile è volta ad identificare “regole di responsabilità capaci di promuovere una efficiente allocazione di risorse” e pertanto la funzione della stessa responsabilità civile è quella di promuovere incentivi (di tipo primario nel danneggiante e di tipo secondario nella vittima) all’acquisizione “di adeguate misure di precauzione” (così Frezza - Parisi, *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006, 2 e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici) al fine di minimizzare il costo economico degli incidenti – la possibilità da parte dell’interprete di ragionare in termini di presunzione di diligenza ovvero di riduzione dello standard di diligenza richiesto (in considerazione dello *status* emotivo) o ancor di più il suo azzeramento in concreto, divengono strumenti di deresponsabilizzazione totale della vittima, la quale non sarà minimamente incentivata alla diligenza/precauzione intesa come comportamento minimo richiesto (identificazione).

³² Canone che è poi alla base dell’obbligo cooperazione delle parti nel rapporto obbligatorio sia esso di fonte contrattuale o extracontrattuale, ossia della regola generale di correttezza e buona fede quale specificazione all’interno del singolo rapporto obbligatorio del dovere inderogabile di solidarietà posto dall’art. 2 Cost. a carico di tutti i consociati.

diretta ad ottenere la ricostruzione della carriera ed il pagamento delle conseguenti differenze retributive connesse all'anzianità man mano maturata durante i vari rapporti a termine, dunque in costanza di questi. Avverso tale decisione proponeva appello la M.; la Corte di appello di Cagliari – sez. distaccata di Sassari – respingeva il gravame della lavoratrice. Riteneva la Corte territoriale che non potessero essere riconosciute le maggiorazioni retributive e contributive derivanti dall'anzianità lavorativa per tutti i periodi dei contratti a termine effettivamente lavorati al pari di quelli non lavorati in ragione della onnicomprensività dell'indennità della L. n. 183 del 2010, ex art. 32 che esclude qualunque altra possibilità di risarcimento o di danni risarcibili con riferimento al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del giudice che abbia ordinato la ricostituzione del rapporto.

Per la cassazione di tale decisione propone ricorso M.Y. affidato a due motivi poi ulteriormente illustrati con memoria ex art. 380 c.p.c.

Meridiana Fly S.p.A. e Meridiana S.p.A. resistono con controricorso egualmente illustrato da memoria.

Le società controricorrenti hanno depositato note di udienza.

Motivi della decisione: Omissis. – 2. Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione della L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, della L. n. 92 del 2012, art. 1, comma 13, nonché violazione della L. n. 230 del 1962, art. 5 e D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 6 della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinate del 18/3/1999 contenuto in allegato alla direttiva del Consiglio delle Comunità Europee 1999/70/CE relative all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP e violazione degli artt. 3 e 117 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3. Rileva la ricorrente che la decisione della Corte territoriale è in palese contrasto con il principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato. Evidenzia che l'onnicomprendività dell'indennità di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32 come pure interpretata dalla L. n. 92 del 2012, art. 1, comma 13, non può che riferirsi ai soli periodi non lavorati che vanno dalla scadenza del termine alla sentenza che ricostituisce il rapporto e non anche a quelli lavorati.

Omissis

4. Il primo motivo è fondato.

La L. n. 183 del 2010, art. 32 ha modificato il regime della tutela del lavoratore assunto con un contratto a termine illegittimo.

Il precedente assetto era così organizzato: nel caso in cui si accertasse l'illegittimità del termine, il giudice doveva ordinare la riammissione in servizio del lavoratore, con conseguente diritto a percepire le retribuzioni anche qualora il datore di lavoro non consentisse la ripresa del lavoro. Questa prima fondamentale conseguenza è rimasta immutata. Anche dopo la L. n. 183 del 2010 e la legge di interpretazione autentica, la sentenza che accerta l'illegittimità del termine converte il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato e dispone la riammissione del lavoratore in servizio. Da quel momento il lavoratore avrà diritto a percepire le retribuzioni tanto se il datore di lavoro adempie, quanto se non adempie (in questo secondo caso a titolo di risarcimento del danno commisurato al pregiudizio economico derivante dal rifiuto di assunzione: cfr. Cass. 11 aprile 2013, n. 8851; ma v. anche Corte cost. 30 luglio 2014, n. 226).

Con riferimento, invece, al periodo che precede la sentenza, il quadro è parzialmente cambiato.

Nel regime previgente mancava una norma che regolasse specificamente questo profilo e la regolamentazione venne delineata in base ai principi generali del diritto civile e del lavoro. Fondamentale fu la sentenza delle Sezioni unite 5 marzo 1991, n. 2334, che risolse il contrasto tra due orientamenti: quello che riteneva che al lavoratore spettassero tutte le retribuzioni pregresse e quello che invece riteneva che il lavoratore avesse diritto alle retribuzioni pregresse solo se e a decorrere dal momento in cui avesse messo a disposizione del datore di lavoro le sue energie lavorative.

È bene ricordare che la diversità dei due orientamenti concerneva il diritto alla retribuzione per gli intervalli non lavorati tra un contratto a termine e l'altro, in caso di sequenza di contratti a termine, mentre nessuna delle sentenze in conflitto negava che spettasse la retribuzione per i periodi di lavoro effettuati nella sequenza di contratti a termine.

Le Sezioni unite ritennero che il problema concernente i periodi "non lavorati", non trovasse soluzione in una norma specifica, come invece avveniva nella materia affine ma non identica dei licenziamenti illegittimi con l'art. 18 St. lav., e dovesse quindi essere risolto in base ai principi generali dell'ordinamento. Affermarono che il principio regolatore della materia, data la natura sinallagmatica del rapporto di lavoro, fosse quello della corresponsività tra lavoro e retribuzione e che non potesse esservi retribuzione in assenza della prestazione lavorativa. Per questa ragione ritennero non fondato l'orientamento che riconosceva tutte le retribuzioni pregresse per i periodi non lavorati, ed invece fondato quello che le riconosceva, ma solo a condizione ed a far tempo da un eventuale atto di messa a disposizione delle energie lavorative da parte del lavoratore. Queste conclusioni hanno guidato la giurisprudenza dei decenni successivi.

Le Sezioni unite si espressero anche sui "periodi lavorati" e precisarono che l'unificazione del rapporto di lavoro "comporta, a prescindere dalle eventuali spettanze, nei limiti anzidetti, per gli intervalli non lavorati, un ricalcolo delle spettanze per i periodi lavorati una volta considerati inseriti nell'unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con conseguente applicazione degli istituti propri di questo quali, ad esempio, gli aumenti di anzianità, la misura del periodo di comporto, la misura del periodo di preavviso, e determina comunque sicuri vantaggi per il lavoratore ... quali l'acquisizione della corrispondente anzianità, quanto meno per sommatoria dei periodi lavorati".

Il quadro regolativo è cambiato con la L. n. 183 del 2010, ma come si vedrà, il cambiamento riguarda solo i periodi non lavorati.

L'art. 32, comma 5, così si esprime: "nei casi di conversione del contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore, stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8".

L'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012, ha sancito che detta norma "si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e

la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostruzione del rapporto di lavoro”.

Dalla norma si desume che l'indennità è volta al “risarcimento” del lavoratore. Quindi concerne un danno subito dal lavoratore e cioè il danno derivante dalla perdita del lavoro dovuta ad un contratto a termine illegittimo, un danno da mancato lavoro.

La norma di interpretazione autentica afferma che l'indennità “ristora un pregiudizio” ribadendo, ancor più esplicitamente, che è correlata ad un danno, un pregiudizio, derivante dalla perdita del lavoro e che essa onnicomprensiva perché rista per intero le “conseguenze” retributive e contributive di quel danno da mancato lavoro. Quindi tutti i danni sul piano retributivo e contributivo che sono conseguenza, cioè sono legati da un nesso di causalità con la perdita del lavoro.

Se l'indennità serve a risarcire le conseguenze retributive e contributive del danno da mancato lavoro è evidente che il legislatore considera solo i periodi di non lavoro ai fini di tale risarcimento. Ed infatti esclude dal computo il periodo sino alla scadenza del termine, che è periodo di lavoro, in cui il lavoratore è stato retribuito e quindi non ha subito, né può subire conseguenze negative sul piano retributivo o contributivo. In tale periodo la retribuzione è dovuta e detto periodo si computa ai fini degli effetti riflessi e dell'anzianità di servizio. L'anzianità di servizio maturata in questo periodo lavorato, vale a tutti gli effetti. Rileva persino per la quantificazione della indennità volta a risarcire il danno derivante dalla perdita del lavoro, perché è uno dei criteri indicati dalla L. n. 604 del 1966, art. 8 richiamati dalla L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5.

Il problema oggetto della presente controversia deriva dal fatto che il datore di lavoro ha stipulato con il lavoratore non un unico contratto a termine, ma una serie di contratti a termine. Il legislatore non ha espressamente considerato questo caso, ma l'interpretazione logico-sistematica della norma impone di ritenere che, se è estraneo al risarcimento il periodo del primo contratto a termine, lo saranno anche i periodi lavorati in successivi contratti a tempo determinato.

Sarebbe assurdo affermare che per questi periodi la retribuzione non spetti e sia assorbita nella indennità, ma è parimenti contrario alla logica della norma ritenere che questi periodi di lavoro è come se non fossero stati effettuati e non rilevino ai fini dell'anzianità di servizio e delle sue implicazioni economiche. Questi periodi non possono non avere lo stesso trattamento giuridico del periodo di lavoro per il primo contratto a termine in quanto, al pari del primo, sono estranei al danno determinato dal non lavoro, quindi estranei alla indennità prevista dal legislatore per risarcire le conseguenze retributive e contributive di quel pregiudizio. Il risarcimento riguarderà solo i periodi di “non lavoro”. Solo per questi periodi vi è un danno da risarcire e un pregiudizio da ristorare.

Pertanto l'indennità prevista dall'art. 32, risarcisce il danno subito per il mancato lavoro e lo risarcisce in tutte le sue conseguenze retributive e contributive, in tal senso è onnicomprensiva. Mentre non riguarda il periodo (in caso di un unico contratto a termine) o i periodi di lavoro (in caso di più contratti a termine). I diritti relativi a questi periodi non possono essere intaccati e inglobati nell'indennizzo forfezzato del danno causato dal non lavoro. Per questi periodi non vi è niente da risarcire ed il risarcimento mediante indennizzo non può, in una sorta di eterogenesi dei

fini, risolversi nella contrazione di diritti legati da un rapporto di corresponsività con la prestazione lavorativa effettuata.

Questa ricostruzione è in continuità con quanto affermato nelle prime sentenze sull'art. 32, come interpretato dalla L. n. 92 del 2012.

In particolare, Cass. n. 15265 del 12 settembre 2012, nell'enunciare il principio di diritto parla di “indennità forfezzata ed onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo considerato intermedio”. Forfezzazione dei danni determinatisi “nel” periodo intermedio, significa che l'indennizzo non incide sui diritti maturati in quel periodo nella parte del rapporto che non ha determinato danni: non tocca le retribuzioni per i periodi lavorati e gli effetti riflessi di tali retribuzioni, né tocca l'anzianità lavorativa maturata in tale o in tali periodi.

La medesima pronuncia afferma: “legittimamente la sentenza impugnata ha considerato nell'anzianità lavorativa e retributiva tutti i periodi effettivamente lavorati, da sommarsi a quelli successivi alla formale assunzione a tempo indeterminato, in ragione del principio ripetutamente affermato da questa Corte (Cass., sez. un., 5 marzo 1991, n. 2334 e succ.)”. L'affermazione è netta ed è esplicito il richiamo alla sentenza delle Sezioni unite che, come si è visto, affermò che nel caso di trasformazione, in unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, di più contratti a termine succedutisi fra le stesse parti, per effetto dell'illegittimità dell'apposizione del termine, gli “intervalli non lavorati” fra l'uno e l'altro rapporto, in difetto di un obbligo del lavoratore di continuare ad effettuare la propria prestazione o di tenersi disponibile ad effettuarla, non imputano il diritto alla retribuzione ... e nemmeno sono computabili come periodi di servizio”, mentre i “periodi lavorati” danno diritto alla retribuzione e sono rilevanti ai fini della maturazione degli scatti di anzianità. Quest'ultimo profilo dell'assetto dato dalle Sezioni unite del 91 alla materia – sottolinea la sentenza del 2012 – va oggi pienamente riaffermato non essendo stato scalfito minimamente dallo ius superveniens costituito dalla L. n. 183 del 2010.

Le più recenti Cass. 16 giugno 2014, n. 13630 e Cass. 17 giugno 2014, n. 13732 hanno fissato il seguente principio di diritto: “La L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, commisura l'indennità, dovuta nei casi di conversione, all'ultima retribuzione globale di fatto, così riferendosi al danno subito dal lavoratore, ossia alla perdita della retribuzione (ed accessori) per essere stato allontanato dal proprio posto di lavoro nel periodo compreso tra l'allontanamento e la sentenza di merito. L'espressione onnicomprensiva, adoperata dal legislatore con riferimento all'indennità, si riferisce soltanto al danno ora detto, e non a quanto spetta al lavoratore per eventuale ricostruzione della carriera, una volta unificati i diversi rapporti a tempo determinato in un unico rapporto a tempo indeterminato”.

In questo principio di diritto è detto chiaramente che l'indennizzo onnicomprensivo copre soltanto il danno derivante dall'allontanamento dal lavoro e quindi il danno subito per il “non lavoro” nel periodo o nei periodi “non lavorati”. Il che ancora una volta conferma che i diritti per i periodi in cui si è prestato lavoro non vanno ricompresi nell'indennità risarcitoria perché non sono stati danneggiati, sono fuori dal perimetro del danno e quindi del risarcimento.

Quanto alle conseguenze giuridiche di tale assetto sull'anzianità, la Corte in queste ultime sentenze aggiunge, e

non potrebbe essere più chiara, che: “L’espressione onnicomprensiva, adoperata dal legislatore con riferimento all’indennità, si riferisce soltanto al danno ora detto, e non a quanto spetta al lavoratore per eventuale ricostruzione della carriera, una volta unificati i diversi rapporti a tempo determinato in un unico rapporto a tempo determinato”.

In conclusione, nonostante i problemi lessicali derivanti dal fatto che probabilmente il legislatore ha configurato l’indennità avendo presente il caso, statisticamente più frequente, della stipulazione di un unico contratto a termine, deve affermarsi che l’indennità prevista dalla L. n. 183 del 2010, art. 32 ristora in generale il danno subito dal lavoratore per l’allontanamento dal lavoro, tanto se questo sia stato unico, quanto se sia stato ripetuto. Per tali periodi di non lavoro, mentre prima il lavoratore aveva diritto ad essere comunque retribuito a decorrere dalla messa a disposizione delle energie lavorative pur non avendo lavorato, oggi è prevista solo l’indennità da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità.

Al contrario, per il periodo di lavoro (o i periodi di lavoro, in caso di sequenza di contratti) il lavoratore ha diritto ad essere retribuito ed ha diritto a che tale periodo o tali periodi siano computati ai fini della anzianità di servizio e, quindi, della maturazione degli scatti di anzianità.

Questa interpretazione della L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5 è la più coerente sul piano logico sistematico. Si coordina con i tratti del sistema delineato dalle Sezioni unite che, come si è visto e come hanno sottolineato le decisioni del 2012, sotto questo profilo rimangono fermi, ed è in continuità con i primi interventi di questa Corte successivi alla modifica legislativa. È coerente con i principi espressi dalla L. n. 230 del 1962, art. 5 e dal D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 6 nonché con i principi costituzionali e del diritto dell’Unione Europea: in particolare con il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, anche e specificamente

in ordine all’anzianità di servizio, affermato con la Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

La Corte territoriale non si è attenuta agli indicati principi.

Omissis

4. In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso e rigettato il secondo; la sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto con rinvio, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Cagliari che deciderà la causa attenendosi al seguente principio di diritto: “Nel caso di trasformazione, in unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, di più contratti a termine succedutisi fra le stesse parti, per effetto dell’illegittimità dell’apposizione del termine, l’indennità risarcitoria, dovuta ai sensi della L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprendendo tutti i danni – retributivi e contributivi – causati dalla perdita del lavoro a causa dell’illegittima apposizione del termine, con riferimento agli “intervalli non lavorati” fra l’uno e l’altro rapporto a termine; al contrario, i “periodi lavorati”, non solo nel primo, ma anche nei successivi contratti del periodo intermedio, una volta inseriti nell’unico rapporto a tempo indeterminato, fanno parte della anzianità lavorativa e retributiva e devono essere considerati ai fini della quantificazione degli aumenti periodici di anzianità”.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso e rigetta il secondo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Cagliari.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 19 novembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 12 gennaio 2015

Ciò che danno non è

Armando Plaia*

Prendendo spunto da una decisione della sezione lavoro della Cassazione, in tema di danno in caso di conversione di più contratti a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l’Autore condivide l’idea che il risarcimento del danno contrattuale debba essere depurato da ciò che è attuazione satisfattiva (della prestazione e dunque) del diritto. Secondo la Cassazione, infatti, l’indennità ex art. 32, L. n. 183/2010, in quanto “onnicomprensiva”, assorbe ogni forma di danno, ma non anche ciò che (risarcimento del) “danno” non è, ovvero quanto comunque spetta al lavoratore (in più) per i periodi lavorati. Alla luce della soluzione cui perviene la sentenza e della *ratio decidendi*, l’Autore rileva come lo svelamento della duplice anima, risarcitoria e satisfattiva, del danno contrattuale non sarebbe scevra di conseguenze anche operative.

Nella decisione in commento la Suprema Corte afferma che, convertito il contratto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato, il lavoratore subisce un danno per gli intervalli tra singoli contratti (quantificato ora dal legislatore in via forfettaria), mentre invece occorre una riconsiderazione delle remunerazioni percepite (durante i singoli contratti a termine) che impone di aggiungere (come se il contratto fosse stato

sin dall’inizio a tempo indeterminato) gli scatti retributivi maturati. Questi ultimi non possono essere considerati una posta del danno contrattuale risarcibile, perché la loro corresponsione attua un diritto, restituisce cioè quanto spetta al creditore sin dall’origine del rapporto. Sicché, non potendosi ritenere il surplus remunerativo non corrisposto come parte del danno, lo stesso non può ritenersi assorbito nella penale le-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

gale (l'indennità forfettaria), ma può invece aggiungersi ad essa.

L'art. 32, 5° comma, L. n. 183/2010, in effetti, così recita: “Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604”.

Ora, secondo la Cassazione, l'anzianità lavorativa non corrisposta costituisce mancata attuazione di un diritto e non danno, è cioè valore della prestazione, la cui assenza è appunto “causa” del danno, non potendo dunque costituire una posta del danno emergente¹.

La decisione sembra confermare come non sia possibile ascrivere al medesimo ordine di fenomeni, quello della responsabilità contrattuale e del risarcimento del danno, rimedi la cui operatività obbedisce a presupposti del tutto diversi². E cioè, per un verso, gli obblighi di protezione puri o autonomi (ovvero la c.d. obbligazione senza prestazione) e quelli “connessi” ad un rapporto obbligatorio classico, i quali “innestano all'interno di una struttura “relazionale” di latitudine variabile un dispositivo tipicamente aquiliano”³ con un esito a quel punto in termini di responsabilità contrattuale⁴; per altro verso, il “risarcimento” ex art. 1218 c.c., che esprime la medesima pretesa ma con contenuto diverso (equivalente monetario della prestazione originaria), sicché qui, messo da parte il *no-*

men iuris (risarcimento), il titolare del diritto ottiene in natura o per equivalente l'utilità attribuitagli *ex ante* dall'ordinamento⁵.

L'inadempimento avrebbe in sostanza una duplice anima. Essendo, al contempo, “sottrazione dell'utilità assegnata dall'ordinamento” al creditore, il quale attiva un rimedio “reale”, in natura (azione di adempimento) o per equivalente, teso al recupero della stessa; ma anche “interferenza illecita” che produce un danno “in senso stretto”, cioè una perdita patrimoniale (danno emergente e lucro cessante); in questo secondo caso, l'inadempimento opera esattamente come l'illecito aquiliano, ancorché si muova su una preesistente struttura relazionale⁶.

Ora, secondo la Cassazione in commento, questo è il punto, l'indennità in quanto “onnicomprensiva” assorbe ogni forma di danno, ma non anche “ciò che” (risarcimento del) “danno non è”, ovvero quanto comunque spetta al lavoratore (in più) per i periodi lavorati. Ciò deve dirsi sia rispetto all'ipotesi del singolo contratto a termine illegittimo, sia in relazione alla diversa ipotesi di più contratti che, in quanto illegittimi, conducono comunque alla conversione in unico contratto di lavoro a tempo indeterminato.

In sostanza, la conversione “atecnica” di uno o più contratti a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato è un rimedio *ex lege*, ma soprattutto *ex tunc*⁷. La stessa conversione *ex tunc* impone di guardare al danno dalla prospettiva del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato. Il “danno”, allora, potrebbe ritenersi sia la mancata remunerazione per i periodi non lavorati⁸, sia l'indennità di anzianità per

¹ Cfr. Trib. Roma, 16 gennaio 2006, in *Giur. It.*, 2007, 877: “Il danno emergente non può essere configurato con il semplice raffronto fra quello che sarebbe stato il patrimonio netto del creditore se il debitore avesse adempiuto, e quello che appare nel caso di inadempimento, in quanto in tal modo verrebbe inclusa nel concetto di danno anche la prestazione che, invece, costituisce un *prius* logico rispetto al danno ed è da esso distinta, come la causa è distinta dall'effetto”.

² È la tesi di L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, p. 62 nota 31 e p. 102. Per l'impostazione tradizionale cfr. invece Villa, in *Tratt. del Contratto* a cura di Roppo, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, 889 e segg. e bibliografia ivi richiamata.

³ Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 55; *contra* Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, IV, III, Milano, 2009, 234 e M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 65.

⁴ Ed è noto, si dice, che il torto aquiliano non ha affatto di mira l'attuazione o il ripristino di un diritto, ovvero la (ri)attribuzione al titolare dell'utilità già assicurategli dalla norma primaria, ma la compensazione di una perdita patrimoniale rispetto alla quale l'essere titolari di un diritto svolge una funzione “puramente ancillare”: Nivarra, *op. loc. cit.* Questa doppia anima, questo è l'altra idea pilastro su cui insiste l'A., spiega anche quella sorte di “ponte” – art. 2056 c.c. – che unisce il danno aquiliano ex art. 2043 c.c. a quello contrattuale (almeno a quello che danno può dirsi “in senso tecnico”): se cioè (1) il “danno” contrattuale innesca un

congegno rimediabile che è al contempo “reale”, e cioè attuativo del diritto, e “risarcitorio” e cioè compensativo del danno “in senso stretto”, (2) quest'ultimo, a sua volta, dialoga con il danno aquiliano, con cui condivide la funzione autenticamente “risarcitoria”.

⁵ Quest'ultima affermazione non convince Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, spec. 743 e 746 e Di Majo, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2015, 3, il quale osserva che il *quid* cui ha riguardo il diritto di credito non è affatto ancora “allocato” nella sfera del creditore, ma in quella dell'obbligato.

⁶ In fondo, con sfumatura linguistica diversa, la prima anima, quella cioè satisfattiva del risarcimento del danno contrattuale, sembra già svelata in Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 162, ove si dice che il risarcimento del danno sostitutivo costituisce una forma di attuazione dell'interesse del creditore, ancorché il risarcimento possa andare oltre l'insoddisfazione dell'interesse abbracciando conseguenze ulteriori dell'inadempimento non coincidenti con la (perdita del valore della) prestazione non attuata (ma v. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 651).

⁷ Plaia, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, 1192; Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 179.

⁸ Per cui, si badi, essendo mancata la prestazione lavorativa, la corresponsione di una “remunerazione” non può considerarsi attuazione di un diritto spettante, ma risarcimento equitativo del

i periodi invece lavorati e remunerati (ma con remunerazione non parametrata all'anzianità di servizio). In questo senso, tutto potrebbe ricondursi al danno da inadempimento del contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Per la quantificazione di tale danno la giurisprudenza soleva ricorrere a criteri equitativi molto diversi tra loro⁹. Ora invece c'è un'indicazione legislativa, una sorta di penale legale. Questo, si badi, è indicativo anche del fatto che nella finzione della conversione *ex tunc* si ritiene che l'azione che si esercita (per i periodi non lavorati) non sia un'azione di adempimento, ma di risarcimento del danno, altrimenti non avrebbe senso una penale, né potrebbe replicarsi che l'indennità onnicomprensiva non è una clausola penale (e cioè che "restituisce", e non compensa un danno), perché la stessa copre la "remunerazioni" di intervalli non lavorativi, dunque per definizione è rimedio compensativo (e dunque risarcitorio), non controprestazione mancata (perché è mancata la remunerazione ma anche la prestazione lavorativa).

Posta dunque la sicura qualificazione in termini di clausola penale dell'indennità forfettaria onnicomprensiva, la Cassazione afferma che l'anzianità di servizio non costituisce invece risarcimento del danno, ma attuazione di un diritto, di un interesse rimasto insoddisfatto. Dunque, non è assorbita dall'indennità risarcitoria (ancorché "omnicomprensiva") e può aggiungersi alla penale, che copre solo il danno per i periodi di non lavoro.

Non sembra possa dubitarsi che questa lettura della Suprema Corte sia più vicina alla prospettiva dottrinale "dell'attuazione di un diritto" che a quella della "responsabilità": a quella ricostruzione cioè che ritiene "improprio continuare a parlare della corresponsione dell'equivalente pecuniario della prestazione divenuta impossibile come di un risarcimento del danno"¹⁰.

Non può sfuggire che nella prospettiva tradizionale della responsabilità, invece, tutto verrebbe assorbito nell'indennità. Ma la Cassazione, lo ribadiamo ancora

una volta, afferma con chiarezza che nella *fictio* della conversione *ex tunc* del contratto o dei contratti a termine in contratto a tempo indeterminato, oltre ad un risarcimento forfettario, il lavoratore ha diritto ad una remunerazione che tenga conto dell'anzianità: e la differenza tra la remunerazione percepita e quella "spettante", cioè l'anzianità di servizio, non è danno, è attuazione di un diritto, sicché non può essere assorbita nell'indennità onnicomprensiva che ha una diversa funzione (risarcitoria).

La soluzione giurisprudenziale della sezione lavoro della Cassazione, che "attua" la pretesa del lavoratore escludendo che la stessa possa essere "assorbita" in una "penale legale", che testualmente si riferisce al risarcimento del danno, esigerebbe almeno una replica dalla dottrina che, almeno in astratto, riconduce il valore della prestazione alla nozione di risarcimento, escludendo che il recupero del valore della prestazione o di una sua parte – in ipotesi ciò che spetta al lavoratore a titolo di anzianità di servizio – possa avere una connotazione "satisfattiva", estranea al danno e alla responsabilità.

Concludendo sul punto, il caso lavoristico della "penale legale" dimostra che la questione della "spettanza" "attuabile" e non riducibile al danno risarcibile sia tema che meriti quantomeno approfondimento per verificare se le suggestioni sin qui emerse non siano da ascrivere alla specificità del sottosistema considerato, quello del diritto del lavoro.

Peraltro, questa ricostruzione che svela l'anima in parte "satisfattiva" del risarcimento *ex art.* 1218 c.c., come si è visto non scevra di conseguenze anche pratiche, evoca quella riflessione dottrinale¹¹ che aveva intuito la funzione "restitutoria" o "reale" del risarcimento del danno "aquiliano" per violazione della proprietà intellettuale¹². Sicché, la rilettura del 1218 c.c. completa, in modo forse per qualcuno opinabile¹³ una riflessione avviata allora e che ha consentito di restituire al mondo "reale" o restitutorio ciò che aquiliano non è (e che non è neppure danno).

In sostanza, si chiude una rilettura del sistema della

danno. Non vi sono dunque dubbi che l'indennità forfettaria onnicomprensiva svolga una funzione compensativa di un danno e non satisfattiva.

⁹ Cfr. Bellavista - Garilli - Marinelli (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008 n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Torino, 2009; Plaia, *La normativa italiana sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore della scuola è contraria al diritto dell'Unione: la Corte di Giustizia UE apre al risarcimento per i docenti che abbiano svolto supplenze annuali per la copertura di posti vacanti*, in *Dir. civ. cont.* 26 novembre 2014 (consultabile in www.dirittocivilecontemporaneo.com). Nonché, Cass., 8 gennaio 2015, in *Dir. civ. cont.* 17 gennaio 2015.

¹⁰ Nivarra, *op. cit.*, 50, 73, 93 nota 62, 108; Mengoni, voce "Responsabilità contrattuale", in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1073 sull'obbligo di risarcire il danno a seguito dell'estinzione dell'obbligo in caso di impossibilità della prestazione per causa imputabile; Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 23 sul rapporto tra adempimento e risarcimento; F. Piraino, *op. cit.*, *passim*; Della Casa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*,

Torino, 2013.

¹¹ Nivarra, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2000, 325; M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2000, 401 e segg.; Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione dei profitti nell'art. 45 TRIPs*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2002, 1003; Castronovo, *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. Ind.*, 2003, 7.

¹² Anche lì, infatti, il risarcimento esibisce una duplice anima, restitutoria e per altro verso autenticamente aquiliana. Quella intuizione stimolò la riflessione volta a svelare "l'apriorismo insito nell'ascrivere lo sfruttamento illecito di un bene immateriale altrui a problema di responsabilità civile": così l'*incipit* di Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

¹³ E vedi infatti Mazzamuto, *op. cit.*, spec. 743 e 746, che ritiene una forzatura la lettura "satisfattiva", e cioè il recupero del valore della prestazione inteso come "attuazione del diritto" e non come danno.

responsabilità, questa volta però, non sul fronte del danno aquiliano, ma su quello del danno contrattuale. Prima dunque avendo riguardo a quanto veniva diffusamente considerato danno aquiliano e che invece è in buona parte restituzione *ex art. 2041 c.c.* al titolare della privativa (marchio brevetto o diritto d'autore) di un utile realizzato dal contraffattore. Ora, ancora un

arretramento per la tutela risarcitoria, ma questa volta operando sul danno contrattuale, depurato da ciò che è attuazione della prestazione e dunque del diritto, a tutto vantaggio della tutela satisfattiva¹⁴. In estrema sintesi, una riconduzione, in entrambi i casi, di “ciò che danno non è” all'ambito della tutela prima restitutoria, ora della tutela satisfattiva¹⁵.

Condominio negli edifici

Cassazione civile, Sez. II, 20 novembre 2014, n. 24707 – Pres. Bucciante – Rel. Petitti – P.M. Russo (conf.) – Condominio di Via C. n. 2 – Via T. n. 41 (avv.ti Nobili e Mainetti) – B.M.A. e M.M.L. (avv. Zini). *Conferma App. Roma, 19 dicembre 2012, n. 6390.*

Edilizia e urbanistica – Condominio e comunione – Condominio negli edifici – Regolamento condominiale – Clausole negoziali e regolamentari – Vincolo di destinazione d'uso – Variazione

L'utilizzo di appartamenti in proprietà esclusiva per lo svolgimento di attività di bed and breakfast non costituisce variazione della destinazione a civile abitazione degli stessi, costituendo tale vincolo d'uso, invero, un presupposto per il suo esercizio.

Edilizia e urbanistica – Condominio e comunione – Condominio negli edifici – Regolamento condominiale – Clausole negoziali – Limitazioni alla proprietà esclusiva dei condomini – Interpretazione

Non è consentita alcuna limitazione del diritto di proprietà dei singoli condomini se non in forza di espressa previsione ed analitica specificazione dei limiti che si intendono porre, specie nel caso in cui tale lettura si ponga in contrasto con quella costantemente data dai condomini nella sua concreta e costante applicazione.

Omissis. – Le norme contenute nei regolamenti condominiali posti in essere per contratto possono imporre limitazioni al godimento ed alla destinazione di uso degli immobili in proprietà esclusiva dei singoli condomini. Peraltro, le disposizioni contenute nel regolamento condominiale contrattuale che si risolvano nella compressione delle facoltà e dei poteri inerenti al diritto di proprietà dei singoli partecipanti, devono essere espressamente e chiaramente manifestate dal testo o, comunque, devono risultare da una volontà desumibile in modo non equivoco da esso.

Secondo la giurisprudenza consolidata (tra le tante, Cass. n. 11278 del 1995; Cass. n. 9355 del 2000; Cass. n. 1406 del 2007; Cass. n. 17893 del 2009), l'interpretazione del regolamento contrattuale di condominio da parte del giudice del merito è insindacabile in sede di legittimità, quan-

do non riveli violazione dei canoni di ermeneutica, oppure vizi logici.

Omissis. La Corte d'appello ha, infatti, con argomentazioni logiche e coerenti, ritenuto che la disposizione regolamentare, tenuto conto che la destinazione a civile abitazione costituisce il presupposto per la utilizzazione di una unità abitativa ai fini dell'attività di bed and breakfast (affermazione, questa, coerente con il quadro normativo di riferimento: art. 2, lett. a, del regolamento regionale Lazio n. 16 del 2008, in cui si chiarisce che “l'utilizzo degli appartamenti a tale scopo non comporta il cambio di destinazione d'uso ai fini urbanistici”; in proposito, vedi anche Corte cost. sent. n. 369 del 2008), non precludesse la destinazione delle unità di proprietà esclusiva alla detta attività. Argomentazioni, queste, non smentite dalla sentenza di questa Corte richiamata in ricorso (Cass. n. 825/1997, n. d.r.), trattandosi di precedente non pertinente al caso in esame, nel quale l'esercizio dell'attività di affittacamere è condotto in immobili di proprietà delle resistenti e non oggetto, perciò, di rapporti a carattere locatizio, a cui ineriscono problematiche insite nella dinamica contrattuale propria di tale negozio.

Le censure mosse dai ricorrenti sul punto, volte a dimostrare invece la incompatibilità della destinazione alberghiera con quella prescritta dalla norma del regolamento condominiale, non appaiono del resto idonee ad indurre a differenti conclusioni. Esse, invero, presuppongono che l'attività di bed and breakfast comporti necessariamente conseguenze pregiudizievoli per gli altri condomini; tuttavia, una simile allegazione non è stata supportata da alcun riferimento qualitativo e quantitativo al tipo di attività in concreto svolta dalle resistenti. In particolare, non è stata offerta alcuna indicazione in ordine alla capacità ricettiva delle singole unità di proprietà esclusiva nelle quali si svolge la detta attività, né in ordine alla ubicazione nel condominio di tali unità abitative di proprietà esclusiva; non sono state riferite, cioè, circostanze decisive al fine di dimostrare la erroneità della interpretazione complessivamente data dalla Corte d'appello alla clausola del regolamento condominiale.

Omissis. Il giudice di merito, correttamente individuato il significato da attribuire, come già detto, alla locuzione “destinazione a civile abitazione”, ne ha vagliato il possibile ampliamento a fattispecie non ricomprese, *ictu oculi*, nel dettato normativo e, sulla base di solide, inopinabili e le-

¹⁴ Per la tripartizione tra tutela restitutoria, satisfattiva e risarcitoria cfr. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, *passim*.

¹⁵ Per la connotazione “satisfattiva” che caratterizza l'invalidità nel diritto privato e pubblico. Cfr. Plaia, *L'invalidità satisfattiva*

dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 105, nonché, con alcuni ripensamenti, aggiornamenti e sfrondate, Id., *L'invalidità satisfattiva*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1105.