

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Roma
sezione lavoro

riunita in camera di consiglio nelle persone dei sigg.ri magistrati:

dott. Francescopaolo PANARIELLO	Presidente rel.
dott.ssa Maria Loredana VIVA	Consigliere
dott. Fabrizio RIGA	Consigliere

ha pronunciato in grado di appello all'udienza del 5/20/2019 la seguente

SENTENZA

nella causa civile d'appello iscritta al n. 2921/2014 r.g. sez. lavoro vertente

TRA

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elett. dom.to in Via L.G. Faravelli n. 22, Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Maresca, unitamente agli avv.ti Enzo Morrico, Roberto Romei e Franco Raimondo Boccia, in virtù di procura a margine del ricorso in opposizione.

APPELLANTE

E

....., elett. dom.to in Via Cola di Rienzo n. 28, Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Bolognesi in virtù di procura a margine del ricorso monitorio.

APPELLATO

OGGETTO: appello avverso la sentenza del Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, depositata in data 09/01/2014.

CONCLUSIONI

Per l'appellante: "Accogliere l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accogliere l'opposizione e revocare il decreto ingiuntivo, con vittoria di spese, diritti e onorari dei due gradi di giudizio".

Per l'appellato: "Rigettare l'appello, con vittoria di spese, diritti ed onorario".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato e ritualmente notificato, spa proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, su istanza dell'odierno appellato a titolo di retribuzioni maturate e non pagate nel periodo ottobre 2008 – marzo 2009 (pari alla complessiva somma di euro 15.000,05), in virtù di precedente sentenza del Tribunale di Roma, con cui erano stati dichiarati illegittimi i provvedimenti di trasferimento dei lavoratori da spa alla srl e per l'effetto Telecom Italia spa era stata condannata alla loro reintegrazione in servizio nelle medesime mansioni precedentemente svolte o in altre equivalenti, senza che la società vi



avesse ottemperato.

A fondamento dell'opposizione eccepiva:

- la mancanza di prova scritta del credito;
- la mancanza di efficacia esecutiva della sentenza posta a base del ricorso monitorio;
- l'insussistenza del credito, posto che il lavoratore, nello stesso periodo rivendicato, era stato regolarmente retribuito da [redacted] srl, sicché il riconoscimento di un ulteriore credito retributivo avrebbe determinato un'inammissibile duplicazione di retribuzione, senza alcuna giustificazione legata ad una prestazione lavorativa, che era stata resa solo in favore di [redacted] srl, ma non di [redacted] spa.

Pertanto adiva il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, per ottenere la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Costitutosi in giudizio, [redacted] contestava la fondatezza dei motivi di opposizione, di cui chiedeva il rigetto.

Il Tribunale adito, con sentenza depositata in data 09/01/2014, rigettava l'opposizione.

Avverso tale sentenza [redacted] spa proponeva tempestivo appello con ricorso depositato presso questa Corte in data 01/07/2014. L'appellante censurava la decisione di primo grado, lamentando che il Tribunale avesse erroneamente ritenuto sussistente un obbligo retributivo, pur in mancanza di una sentenza esecutiva e pur in mancanza della prestazione lavorativa.

Quindi concludeva come in epigrafe.

Costitutosi in giudizio, [redacted] contestava la fondatezza dei motivi di gravame, di cui chiedeva il rigetto.

Con ordinanza pronunciata all'udienza del 02/10/2017 questa Corte sollevava questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c., come interpretati nel "diritto vivente" della Suprema Corte di Cassazione, per paventato contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost.

Con sentenza del 28/02/2019, n. 29, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate "nei sensi di cui in motivazione" le questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Fissata l'udienza per la prosecuzione del giudizio, depositate note difensive, all'odierna udienza questa Corte ha deciso la causa come da dispositivo, di cui ha dato pubblica e contestuale lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è infondato e pertanto va rigettato.

1. Con il primo motivo [redacted] spa lamenta l'omessa considerazione del fatto che la sentenza posta a base del ricorso monitorio non è titolo esecutivo, perché di mero accertamento dell'illegittimità della cessione di azienda.

Il motivo è infondato.



Pur trattandosi di una sentenza dichiarativa (di nullità, *rectius* di inopponibilità della cessione del contratto al lavoratore nella sua qualità di contraente ceduto), essa comunque costituisce prova scritta del credito di lavoro fatto valere poi in sede monitoria.

Anzi, a ben vedere il ricorso monitorio non potrebbe fondarsi su una sentenza di condanna specifica, perché in tal caso troverebbe applicazione il principio del *ne bis in idem*.

2. Con altro motivo la società appellante si duole dell'omessa considerazione della mancata prestazione lavorativa in suo favore. Conclude nel senso che, in mancanza di prestazione lavorativa, il diritto alla retribuzione non sussiste, mancando il sinallagma funzionale ed essendo tassative le ipotesi in cui, nonostante la carenza della prestazione lavorativa, il legislatore preveda la permanenza dell'obbligo retributivo (malattia, maternità, cassa integrazione, aspettativa sindacale etc.) per la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti del lavoratore.

A suo dire, dal mancato ripristino del rapporto di lavoro da parte di essa società cedente residuerebbe soltanto il diritto del lavoratore ceduto al risarcimento del danno, rispetto al quale, allora, dovrebbe applicarsi il principio della detraibilità dell'*aliunde perceptum* e quindi tenersi conto di tutte le retribuzioni regolarmente percepite dall'appellato presso la cessionaria.

Anche questo motivo è infondato.

3. Ribadite tutte le argomentazioni già articolate nell'ordinanza del 02/10/2017, con cui questa Corte ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale sopra ricordate, va evidenziato che la sentenza della Corte Costituzionale n. 29/2019 è da qualificare come "interpretativa di rigetto", come si desume da vari indici.

In primo luogo rileva la tipica espressione contenuta nel dispositivo, nel quale la Consulta dichiara sì infondate le questioni, ma "*nei sensi di cui in motivazione*", inciso con cui la Corte Costituzionale indica ai destinatari (primo fra tutti il giudice *a quo*) che l'infondatezza delle questioni è legata alla possibilità di una interpretazione conforme a Costituzione, come ha evidenziato la migliore dottrina.

In secondo luogo le questioni nascevano proprio da una determinata interpretazione delle norme civilistiche, divenuta talmente consolidata presso la Suprema Corte di Cassazione da rappresentare il "diritto vivente". La decisione della Consulta è stata determinata da un vero e proprio *revirement* dei giudici di legittimità, che con la nota sentenza a sezioni unite n. 2290/2018 (tenendo espressamente conto dei rilievi sollevati da questa Corte con l'ordinanza del 02/10/2017), hanno ritenuto di dover mutare il "diritto vivente". Con tale pronuncia, in funzione dichiaratamente nomofilattica, il supremo consesso ha affermato espressamente la natura retributiva del diritto del lavoratore a seguito della sentenza (anche di primo grado) che accerti l'illiceità dell'appalto oppure l'irregolarità della somministrazione di manodopera, ed ha proclamato la portata generale di questo principio, come tale applicabile



pure alla fattispecie della cessione d'azienda o di un suo ramo dichiarata giudizialmente illegittima, inefficace o inopponibile al lavoratore ceduto.

Dunque la sentenza n. 29/2019 della Corte Costituzionale è stata interpretativa di rigetto solo in quanto, dopo l'ordinanza di rimessione, il "diritto vivente" era palesemente mutato proprio nel senso più volte auspicato da questa Corte in una pluralità di precedenti sentenze. In tal senso la Consulta ha precisato: "... *l'indirizzo interpretativo, indicato come diritto vivente allorché sono state proposte le questioni di legittimità costituzionale, risulta disatteso dalla suddetta pronuncia delle Sezioni unite, successiva all'ordinanza di rimessione. Tale pronuncia mira a ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto di lavoro e consente di risolvere in via interpretativa i dubbi di costituzionalità prospettati. Invero, sul punto della qualificazione retributiva dell'obbligazione del datore di lavoro moroso, che rappresenta il fulcro delle questioni di legittimità costituzionale, si riscontra una piena convergenza tra le enunciazioni di principio delle Sezioni unite e l'assunto del rimettente ... questa convergenza vale a privare di fondamento, nei termini indicati, le questioni di legittimità costituzionale, insorte sulla base di un'interpretazione di segno antitetico ...*" (v. par. 6.3 del "Considerato in diritto").

Come ha sottolineato autorevole dottrina, "La finalità delle interpretative di rigetto è quella di evitare di dichiarare l'incostituzionalità quando la *reductio ad legitimitatem* possa essere realizzata in via interpretativa dagli stessi giudici comuni, i quali sono sollecitati ad abbandonare le interpretazioni costituzionalmente incompatibili per privilegiare quelle conformi ai valori costituzionali". E nel caso in esame la *reductio ad legitimitatem* era stata realizzata, appunto, da Cass. sez. un. n. 2990/2018 (successiva all'ordinanza del 02/10/2017 di questa Corte).

4. Ciò posto, occorre verificare quale sia la conseguenza, sul presente giudizio, dell'affermata natura retributiva del diritto oggetto di causa.

La Corte Costituzionale ha lasciato – ovviamente – a questo giudice (in quanto giudice *a quo*) il compito di "rivalutare la questione interpretativa dibattuta nel giudizio principale, che investe il diritto del lavoratore ceduto, già retribuito dal cessionario, di rivendicare la retribuzione anche nei confronti del cedente" (v. par. 6.4. del "Considerato in diritto").

5. In primo luogo può subito dirsi che, trattandosi del diritto alla retribuzione e non al risarcimento del danno, l'istituto della *compensatio lucri cum damno* diviene inapplicabile *ratione materiae*.

Ciò consente di respingere quella parte del motivo di appello, con cui la società si duole della mancata applicazione del principio dell'*aliunde perceptum*.

6. Resta, invece, da esaminare l'altra parte del medesimo motivo di appello, con cui la società adduce il carattere asseritamente paradossale del diritto del lavoratore ad una "doppia retribuzione" rispetto all'esecuzione di una sola prestazione lavorativa presso il cessionario.



Nelle note difensive per l'odierna udienza, poi, l'appellante ha invocato gli istituti dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) e dell'indebito soggettivo senza diritto a ripetizione (art. 2036, co. 3^a, c.c.) per sostenere che il pagamento della retribuzione da parte del cessionario sarebbe comunque idoneo ad estinguere l'obbligazione retributiva di essa cedente per tutto il periodo in cui quel pagamento è avvenuto. Invoca al riguardo le argomentazioni articolate sul punto dalla Corte di Cassazione a sezioni unite nella citata sentenza n. 2290/2018, sia pure relativamente alle diverse fattispecie della somministrazione irregolare e dell'appalto illecito.

Questa soluzione, auspicata dall'appellante, si trova già affermata pure in altre pronunzie della Corte di Cassazione (ordd. n. 14019/2018 e 14136/2018) e, tuttavia, non può essere condivisa.

7. Va premesso che nella ricordata sentenza pronunziata a sezioni unite n. 2990/2018, la Suprema Corte di Cassazione ha aggiunto e precisato: *«16. I principi di cui sopra non consentono tuttavia ai ricorrenti ... di ottenere la retribuzione dalla soc Sogei. Risulta, infatti, incontestato che i ricorrenti ... hanno continuato a lavorare per la ... percependo da questa la retribuzione. L'impianto sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 276 del 2003 consente, come prima si è ricordato, al lavoratore sia nelle ipotesi di somministrazione irregolare (stipulata "al di fuori dai limiti e delle condizioni" previste, art. 27), sia nelle ipotesi di appalto fittizio ("stipulato in violazione" di legge, art. 29, comma 3 bis), la proposizione di un ricorso giudiziale notificato, anche soltanto nei confronti del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, con cui richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione o dell'appalto non genuini. In tal caso (recita il comma 3 bis citato) si applica il disposto dell'art. 27 comma 2 del medesimo d. lgs. dettato in tema di somministrazione irregolare secondo cui "tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata".*

La norma consente, in tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'incidenza liberatoria dei pagamenti eventualmente eseguiti da terzi (ai sensi dell'art. 1180, comma 1, c.c.) ovvero dallo stesso datore di lavoro fittizio, pagamenti effettuati a vantaggio del soggetto che ha utilizzato effettivamente la prestazione, con applicazione dell'art. 2036, comma 3, c.c. (caso in cui non è ammessa la ripetizione, colui che ha pagato subentra nei diritti del creditore).

Nella specie, pertanto, essendo pacifico che i ricorrenti ... hanno percepito la retribuzione dalla ..., né essendo stata prospettata la corresponsione di una retribuzione inferiore a quella che avrebbero percepito presso la Sogei, null'altro è dovuto agli stessi ...



17. Sulla base delle considerazioni che precedono deve, pertanto, essere affermato il seguente principio di diritto: in tema di interposizione di manodopera, ove ne venga accertata l'illegittimità e dichiarata l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'omesso ripristino del rapporto di lavoro ad opera del committente determina l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere le retribuzioni, salvo gli effetti dell'art. [rectius co.: n.d.r.] 3 bis [dell'art. 29: n.d.r.] d.lgs n 276/2003, a decorrere dalla messa in mora».

8. Si tratta allora di stabilire se, in mancanza di norme *ad hoc* come quelle relative alla somministrazione irregolare e all'appalto illecito (utilizzate da Cass. sez. un. n. 2990/2018), anche nel caso di cessione di ramo d'azienda dichiarato illegittimo (ovvero nullo, o inefficace o inopponibile ai lavoratori ceduti), per il periodo successivo alla sentenza (anche di primo grado) che abbia dichiarato tale illegittimità (o nullità, o inefficacia, o inopponibilità) e nel persistente rifiuto del cedente di ripristinare anche di fatto i rapporti di lavoro dei dipendenti a suo tempo ceduti, il pagamento della retribuzione da parte del cessionario possa produrre l'effetto liberatorio per il cedente, ai sensi degli artt. 1180, co. 1[^], e 2036, co. 3[^], c.c.

In senso affermativo sono le due citate ordinanze della Suprema Corte di Cassazione (nn. 14019/2018 e 14136/2018), ricordate pure da C. Cost. nella sentenza n. 29/2019.

In particolare, Cass. ord. n. 14019/2018 in motivazione afferma: «... questa Corte ha già chiarito (v. Cass. n. 18955 del 09/09/2014) che nella cessione del ramo d'azienda si ha la sostituzione del cessionario al cedente nel rapporto giuridico, il quale rimane - di regola e salvo eccezione la cui prova dev'essere fornita dalla parte interessata - eguale nei suoi elementi oggettivi. Applicando dunque i principi sopra esposti, ne deriva che, una ed una sola essendo la prestazione lavorativa che il lavoratore svolge nel ramo (illegittimamente) ceduto, il pagamento della relativa retribuzione da parte del cessionario costituisce un pagamento consapevolmente effettuato da un soggetto che non è il vero creditore della prestazione, e dunque un adempimento del terzo, cui consegue la liberazione del vero obbligato, in applicazione del medesimo principio generale previsto dall'art. 1180 c.c., comma 1, c.c.. Con la conseguenza che il lavoratore non potrà ottenere dal cedente la medesima retribuzione già corrispostagli dal cessionario, ma solo le differenze rispetto a quanto avrebbe percepito alle dipendenze del primo ...».

9. Questa tesi non può essere condivisa.

Essa, infatti, si fonda sul presupposto per cui il rapporto giuridico rimanga uno ed unico, con la sola sostituzione di una delle parti (il datore di lavoro), ma identico in tutti gli altri suoi elementi, anche oggettivi.

Ebbene, questo presupposto è sussistente soltanto nel caso di cessione legittima di ramo d'azienda, non pure per quella illegittima.



La stessa Suprema Corte di Cassazione, in molteplici sentenze (n. 13617/2014; n. 13485/2014; n. 10420/2014; n. 19985/2014; n. 17736/2016; n. 28508/2017; n. 2281/2018; n. 5856/2018; n. 5854/2018), ha escluso che in caso di cessione illegittima di ramo d'azienda il rapporto giuridico resti unico ed anzi ha sostenuto e sottolineato che quello presso il cessionario è un diverso e distinto rapporto, da considerare come instaurato di fatto ex art. 2126 c.c., mentre quello presso il cedente rimane esistente, sia pur di fatto quiescente fino a quando non venga dichiarata la nullità della cessione.

Negli stessi termini è anche la più recente giurisprudenza (da ultimo v. Cass. 28/02/2019, n. 5998: *"In caso di accertata nullità della cessione del ramo di azienda, le vicende risolutive del rapporto di lavoro con il cessionario (nella specie, licenziamento dichiarato illegittimo ed esercizio del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegra ex art. 18 della l. n. 300 del 1970), in quanto instaurato in via di mero fatto, non sono idonee ad incidere sul rapporto con il cedente ancora in essere, sebbene quiescente fino alla declaratoria di nullità della cessione"*).

Dunque è proprio sulla duplicità e diversità dei rapporti di lavoro, in tal modo configurabili, che si fonda il principio di diritto, affermato in tutte le pronunzie sopra ricordate, secondo cui tutte le vicende – anche di tipo risolutivo – attinenti al (distinto) rapporto di lavoro di fatto (ex art. 2126 c.c.) presso il cessionario non incidono in alcun modo sul (diverso) rapporto di lavoro con il cedente e sull'interesse ad agire del lavoratore per far valere la nullità (o l'inefficacia o l'inopponibilità) della cessione del ramo d'azienda ed ottenere così il ripristino del (diverso) rapporto di lavoro alle dipendenze del cedente.

Lo stesso "diritto vivente" anteriore a Cass. sez. un. n. 2990/2018, affermando la sola tutela risarcitoria del dipendente ceduto nei confronti del cedente, con possibilità per quest'ultimo di detrarre l'*aliunde perceptum* e segnatamente la retribuzione percepita dal lavoratore presso il cessionario, ammetteva l'esistenza di due rapporti giuridici:

- l'uno fra cedente e lavoratore ceduto, connotato dall'assenza delle prestazioni corrispettive per fatto illecito del cedente, fonte (secondo quel "diritto vivente") soltanto di responsabilità risarcitoria di quest'ultimo;
- l'altro fra cessionario e medesimo lavoratore ceduto, connotato dallo svolgimento delle prestazioni corrispettive (lavorativa e retributiva), reso possibile dallo stato di quiescenza del primo e fonte di un lucro, suscettibile di essere "compensato" con il danno patito dal dipendente a causa del fatto illecito del cedente.

Ma allora, se si tratta di due distinti rapporti giuridici, deve concludersi che il cessionario paga la retribuzione che si riferisce al suo rapporto giuridico di cui è parte (ex art. 2126 c.c. vista la nullità della cessione del contratto di lavoro senza il consenso del lavoratore ceduto), ossia paga un debito proprio. Pertanto il cedente resterà comunque obbligato a pagare la retribuzione che si riferisce al suo (diverso) rapporto di lavoro, una volta ripristinato dal



giudice che abbia dichiarato la nullità (o l'inefficacia o l'inopponibilità) della cessione di ramo d'azienda.

10. In tal senso milita pure l'esatta lettura della sentenza della Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite n. 2990/2018 cit.

Infatti, significativo è il passo della motivazione, in cui i giudici di legittimità argomentano nel senso della "*incidenza liberatoria dei pagamenti eventualmente eseguiti da terzi (ai sensi dell'art. 1180, comma 1, c.c.) ovvero dallo stesso datore di lavoro fittizio, pagamenti effettuati a vantaggio del soggetto che ha utilizzato effettivamente la prestazione,...*".

Dunque, in questa fattispecie, sotto il profilo strutturale:

- il terzo è il datore di lavoro solo fittizio,
- il vero ed unico datore di lavoro, come tale debitore della retribuzione, è il soggetto che ha utilizzato effettivamente la prestazione lavorativa.

Applicando questo schema alla somministrazione irregolare, il terzo è l'impresa di somministrazione e il debitore della retribuzione è il soggetto al quale è stato somministrato il lavoratore e che ne ha utilizzato le prestazioni lavorative.

Applicando questo schema all'appalto illecito, il terzo è l'appaltatore (privo di autonomia imprenditoriale e mero strumento del committente) e il debitore della retribuzione è il committente, che ha utilizzato le prestazioni lavorative.

In entrambi i casi l'unico soggetto che ha utilizzato le prestazioni lavorative è il vero datore di lavoro dell'unico rapporto di lavoro, nell'ambito del quale il datore di lavoro fittizio è, in quanto tale, privo di rilevanza, dal momento che nessun suo interesse giuridicamente ed economicamente rilevante è stato soddisfatto dalle prestazioni lavorative.

Proprio per questa ragione tale soggetto, all'esito dell'accertamento giurisdizionale, si rivela "terzo", ossia sostanzialmente estraneo all'unico rapporto di lavoro, che è intercorso fra il lavoratore, da un lato, e l'impresa utilizzatrice (nella somministrazione irregolare) oppure il committente (nell'appalto illecito), dall'altro. Pertanto ciò che quel terzo ha pagato effettivamente integra gli estremi dell'adempimento del terzo (o dell'indebito soggettivo *ex latere solventis*), con efficacia liberatoria per il debitore.

In entrambi i casi la sentenza finisce per riconoscere che il vero datore di lavoro – unico debitore – è quel soggetto che ha ricevuto le prestazioni lavorative.

Dunque in entrambi i casi effettivamente la norma del d.lgs. n. 276/2003 (art. 27, co. 2, e art. 29, co. 3 bis) risponde esattamente allo schema dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) e dell'indebito *ex latere solventis* senza diritto a ripetizione (art. 2036, co. 3^a, c.c.). Sul punto, allora, la ricostruzione di Cass. sez. un. n. 2990/2018 si presenta rigorosa e assolutamente da condividere.

Diversamente, quello schema strutturale non è applicabile alla cessione illegittima (o



inefficace o inopponibile) di ramo d'azienda.

In quest'ultima, infatti, il cedente non è il soggetto che ha utilizzato effettivamente la prestazione, avendola anzi rifiutata.

Inoltre, la sentenza accerta che l'originario e persistente datore di lavoro non è il soggetto che ha ricevuto la prestazione lavorativa (*id est* il cessionario), ma, al contrario, colui che l'ha rifiutata (*id est* il cedente).

E così, corrispondentemente, il cessionario non è affatto un datore di lavoro "fittizio", in quanto la prestazione lavorativa viene resa nell'ambito della sua organizzazione, per soddisfare il suo interesse giuridico ed economico, oggetto del rapporto di lavoro di fatto ex art. 2126 c.c.

Ne deriva che il cessionario non può dirsi "terzo", con conseguente inapplicabilità degli artt. 1180 e 2036 c.c. al pagamento, da parte sua, della retribuzione.

11. In tal senso milita pure l'esatta interpretazione di queste norme codicistiche.

Infatti, per aversi indebito soggettivo (art. 2036 c.c.) oppure adempimento da parte di un terzo (art. 1180 c.c.) è necessaria l'altruità del debito che il *solvens* adempie, ossia quest'ultimo deve adempiere un debito (che possa dirsi) "altrui" e non un debito proprio.

11.1. Ciò accade senza dubbio nella somministrazione irregolare (alla quale si riferisce Cass. sez. un. n. 2990/2018).

Infatti, nel diritto del lavoro, principio generale è quello per cui il datore di lavoro è quel soggetto che riceva la prestazione lavorativa, ossia per la cui utilità quest'ultima venga eseguita. Dunque il profilo sostanziale assume una rilevanza prevalente: per stabilire quale soggetto sia qualificabile come "datore di lavoro" importa verificare non tanto chi abbia stipulato il contratto di lavoro, ossia abbia proceduto all'assunzione (profilo formale), quanto piuttosto chi abbia ricevuto la prestazione lavorativa ed abbia esercitato i tipici poteri datoriali direttivo, organizzativo e di controllo (profilo sostanziale), salve le fattispecie di distacco, tuttavia qui non rilevanti.

Tale principio si ricava dalla nozione di subordinazione data dall'art. 2094 c.c., che non a caso non definisce il "tipo" di contratto, bensì il "tipo" di rapporto giuridico, dando al profilo dell'esecuzione una valenza ed una capacità qualificatoria non solo del rapporto, ma pure delle parti. Ne deriva che il profilo formale (relativo alla parte in senso formale del contratto, ossia quella che ha stipulato il contratto) resta assorbito dal profilo sostanziale (relativo alla parte in senso sostanziale, ossia quella nella cui sfera giuridica si manifesta in concreto l'esecuzione del rapporto giuridico e dunque si verificano gli effetti del contratto).

A tale principio il legislatore ha posto una deroga per la somministrazione regolare.

In questa si assiste alla dissociazione tra il profilo "formale" e quello "sostanziale", con un'inversione dei rapporti fra i due, rispetto a quanto previsto dall'art. 2094 c.c.

Infatti in tal caso vi è la prevalenza del primo sul secondo: pur essendo l'utilizzatrice il



soggetto che riceve le prestazioni lavorative, il datore di lavoro – in senso giuridico – non è l'utilizzatrice, bensì l'impresa di somministrazione, ossia quel soggetto che, altrimenti, sarebbe il datore di lavoro soltanto "formale".

Se la somministrazione si rivela, però, irregolare, il giudice costituisce il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatrice *ex tunc*, quindi elimina la predetta dissociazione e realizza nuovamente l'ordinaria prevalenza del profilo "sostanziale" su quello "formale".

Al cospetto di tale evenienza, allora, l'impresa di somministrazione irregolare che paga le retribuzioni adempie come terzo, in quanto essa è (accertata come) soggetto estraneo all'unico rapporto di lavoro, del quale – prima dell'accertamento giurisdizionale – era parte solo in senso "formale". Venuta meno *ex tunc* la dissociazione di cui si è detto, anche sul piano formale l'impresa di somministrazione si pone ormai come terza estranea all'unico rapporto, che sul piano sostanziale si è comunque e sempre svolto soltanto presso l'utilizzatrice.

Ed allora può effettivamente dirsi che, per il periodo in cui la somministrazione ha avuto esecuzione in termini apparentemente regolari (poi negati dall'accertamento giurisdizionale), l'impresa di somministrazione ha adempiuto un debito non proprio, bensì altrui, ossia dell'impresa utilizzatrice.

11.2. Identico discorso vale per l'appalto illecito (al quale pure si riferisce Cass. sez. un. n. 2990/2018).

In questo ricorre un fenomeno meramente interpositivo, volto a realizzare per il committente l'utilità finale delle prestazioni lavorative formalmente assunte dall'appaltatore, ma sostanzialmente rivolte a soddisfare l'interesse produttivo ed organizzativo del committente, che ha infatti esercitato i tipici poteri datoriali.

L'accertamento dell'illiceità dell'appalto permette di ricongiungere il profilo "formale" a quello "sostanziale", sicché unico datore di lavoro è dichiarato il committente, in relazione all'unico rapporto di lavoro nel quale l'appaltatore si pone solo come un soggetto estraneo, dunque terzo, meramente interposto fra il datore di lavoro in senso "sostanziale" e il lavoratore subordinato.

12. In entrambi i casi la sentenza che accerti l'irregolarità della somministrazione o l'illiceità dell'appalto è tale per cui il rapporto di lavoro può ritenersi non solo ricostituito *de iure*, ma pure connotato dalla non necessità di un intervento *de facto*, di carattere innovativo, del datore di lavoro in senso "sostanziale" (ex utilizzatore o ex committente), posto che le prestazioni lavorative erano già indirizzate verso di lui – accertato *ex post* come vero e unico datore di lavoro – e tali possono proseguire. In definitiva, il giudice si limita ad adeguare la realtà giuridica ad una realtà di fatto già esistente e che può proseguire immutata, solo diversamente qualificata sul piano giuridico in virtù dell'accertamento giurisdizionale dell'irregolarità della somministrazione o dell'illiceità dell'appalto.



In tale prospettiva, dunque, il rapporto di lavoro effettivamente è unico; il datore di lavoro “sostanziale” sarebbe allora obbligato a pagare la retribuzione in quanto debito proprio, che però viene soddisfatto da un terzo, ossia da quel soggetto che formalmente era l’impresa di somministrazione oppure l’appaltatore e che solo “formalmente” era il datore di lavoro.

13. Del tutto diverso è il caso della cessione illegittima di ramo d’azienda.

In tale ipotesi, infatti, la prestazione lavorativa viene eseguita – e continua ad essere eseguita, qualora il cedente non ripristini il rapporto di lavoro – verso il cessionario, nell’ambito dell’organizzazione e per l’utilità, economica e giuridica, proprie di quest’ultimo.

Ne deriva che i rapporti giuridici configurabili sono due, uno alle dipendenze, sotto i profili formale e sostanziale, del cessionario, l’altro ricostituito *de iure* dal giudice alle dipendenze del cedente.

E proprio per tali ragioni la Suprema Corte di Cassazione – con orientamento tanto consolidato, da integrare “diritto vivente” (v. *supra*) – ritiene che le vicende riguardanti il rapporto di lavoro presso il cessionario (licenziamento, dimissioni, conciliazione etc.) non rilevino in senso ostativo rispetto all’interesse del lavoratore a chiedere l’accertamento dell’illegittimità della cessione del ramo d’azienda ed il ripristino del rapporto di lavoro alle dipendenze del cedente.

Ma allora, se dopo la sentenza (anche di primo grado) il lavoratore continua ad eseguire la prestazione in favore del cessionario, presso la sua organizzazione “genuina” e per la sua esclusiva utilità, ciò che il cessionario paga è la retribuzione da lui dovuta, ossia è un debito proprio, sia pure ai sensi dell’art. 2126 c.c. (vista la nullità della cessione del contratto di lavoro senza il consenso del lavoratore ceduto).

Dunque resta esclusa in radice l’altruità del debito, invece necessaria per configurare l’adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) ovvero l’indebito soggettivo (art. 2036 c.c.).

14. Inoltre, in tal caso la sentenza è tale per cui è comunque necessario un intervento *de facto*, di carattere innovativo, del cedente che ripristini il rapporto di lavoro, ossia che accetti la prestazione lavorativa *ex novo* offerta e indirizzata verso la propria organizzazione imprenditoriale, del tutto diversa e distinta da quella – coesistente e persistente – del cessionario. Se ciò non fa, versa in *mora credendi* e, come tale, rimane obbligato a pagare la retribuzione relativa al distinto rapporto di lavoro di cui è (ed è rimasto) parte e che il giudice ha accertato come mai trasferito al cessionario, essendo mancato il consenso del contraente ceduto.

Alla duplicità dei rapporti di lavoro (quello ricostituito *de iure* da parte del giudice alle dipendenze del cedente e quello *de facto*, ex art. 2126 c.c., alle dipendenze del cessionario) corrisponde duplicità di obbligazioni dei due diversi, autentici e distinti datori di lavoro, sicché il lavoratore ha diritto ad entrambe le retribuzioni, in quanto titolare di due rapporti di



lavoro.

Il fatto che abbia eseguito solo una delle due prestazioni lavorative (che sarebbero state oggetto dei due distinti rapporti giuridici) è imputabile esclusivamente al cedente. Costui ha illegittimamente (ossia senza motivo legittimo) rifiutato la prestazione lavorativa alla quale pur aveva diritto, in qualità di datore di lavoro, e che il dipendente era obbligato ad eseguire e che si era offerto di eseguire mediante la costituzione in mora. Se fosse stata accettata (invece che rifiutata), l'esecuzione di tale prestazione avrebbe determinato l'interruzione del rapporto di lavoro presso il cessionario, secondo un meccanismo di fatto assolutamente conforme all'art. 2126 c.c.

15. In tal senso si realizza anche quella funzione dissuasiva, che consente di interpretare l'azione di accertamento dell'illegittimità della cessione del ramo d'azienda in termini costituzionalmente coerenti con i principi di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e del giusto processo (artt. 111 e 117 Cost.).

Questi principi, peraltro, devono essere intesi come volti non solo a tutelare la parte che sul piano processuale risulti aver ragione, ma anche – con pari valenza – ad assicurare l'effettiva autoritatività (oltre che autorevolezza e dignità) della pubblica funzione giurisdizionale, altrimenti lasciata alla facile e comoda elusione di una parte, con effetto pericolosamente incentivante per tutte le controversie simili.

In particolare va evidenziato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale attiene in prima battuta al risultato che l'esercizio della funzione giurisdizionale può offrire alla parte che risulti vittoriosa.

Ma proprio per questo, inevitabilmente si traduce anche nell'effettività dell'esercizio della giurisdizione, altrimenti inutile, e conseguentemente nell'effettività della funzione giurisdizionale come tale, "diffusa" fra tutti i giudici.

Peraltro, solo questa interpretazione consente di attribuire alle sentenze – anche di primo grado – quella valenza, che permette di assicurare i valori costituzionali di autonomia e indipendenza della magistratura (art. 104 Cost.) da ogni altro potere, ivi compreso quello economico di una delle parti del processo.

Altrimenti, la strategia di una delle parti (*id est* il cedente il ramo d'azienda) potrebbe essere tale (ad esempio imperniata su specifici accordi con il cessionario) da incidere, in senso oggettivo, sull'esercizio della giurisdizione, neutralizzandone *ad libitum* gli effetti. E quindi si avrebbe una conseguenza esattamente contraria ai principi di cui si è detto.

Infatti, in tal caso il potere giurisdizionale e segnatamente gli effetti del suo atto di esercizio (*id est* la sentenza) sarebbero lasciati alla disponibilità di una delle parti del processo e segnatamente a quella soccombente. Questa conseguenza è inammissibile nel nostro ordinamento, nel quale la parte soccombente è posta in una istituzionale ed immancabile posizione di soggezione rispetto all'esercizio di quel medesimo potere.



Tale posizione di soggezione deriva da due fattori:

- a) la natura pubblica del potere giurisdizionale,
- b) la sottoposizione di questo potere "soltanto alla legge" (art. 101 Cost.).

Questa medesima esigenza dissuasiva nei confronti del datore di lavoro soccombente non si pone, invece, nella somministrazione irregolare o nell'appalto illecito.

Infatti, posta l'effettiva unicità – in tali casi – del rapporto di lavoro (v. *supra*), una volta intervenuta la sentenza (anche di primo grado), l'impresa di somministrazione o l'appaltatore non hanno più alcun interesse a mantenere la loro veste di datore di lavoro in senso "formale", in quanto non potranno più pretendere alcun corrispettivo dall'impresa utilizzatrice o dal committente, una volta che l'Autorità Giudiziaria abbia accertato l'irregolarità dell'una o l'illiceità dell'altro.

E quindi il loro interesse sarà quello di liberarsi, quanto prima, del lavoratore, lasciandolo alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice o del committente.

Questo risultato viene realizzato mediante la semplice prosecuzione della medesima attività lavorativa che il dipendente svolgeva prima della sentenza, senza necessità di alcun intervento innovativo, sul piano fattuale, da parte dell'utilizzatrice o del committente.

In tal caso l'effettività della tutela giurisdizionale può dirsi *in re ipsa*, sicché non si profila alcun dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 29, co. 3 bis, e 27, co. 2 (quest'ultimo abrogato dal d.lgs. n. 81/2015) d.lgs. n. 276/2003.

16. La questione relativa alle conseguenze della sentenza di merito, che abbia dichiarato l'illegittimità della cessione del ramo d'azienda, va, infine, esaminata anche sotto un altro profilo.

Sul piano processuale va evidenziato che tale sentenza è in primo luogo di accertamento.

Pertanto, secondo parte della dottrina, fino al suo passaggio in giudicato il rapporto giuridico che ne forma oggetto non verrebbe alterato, restando quiescente.

In tal senso la Suprema Corte di Cassazione ritiene che la sentenza di accertamento, come quella costitutiva, non sia suscettibile di efficacia anticipata ex art. 282 c.p.c. rispetto alla formazione del giudicato (Cass. n. 7369/2009).

Pertanto, nel caso qui in esame, potrebbe ritenersi che, attraverso la proposizione delle impugnazioni, il datore di lavoro, soccombente all'esito del giudizio di primo grado, possa continuare a rifiutare la prestazione lavorativa, offertagli dal lavoratore ceduto, senza essere *in mora credendi*, in quanto potrebbe opporre "motivi legittimi", rappresentati – appunto – dai motivi di impugnazione di quella sentenza. E dunque, fino al passaggio in giudicato di quella sentenza, l'obbligo del datore di lavoro resterebbe di natura risarcitoria per i danni causati dall'illegittimo allontanamento del lavoratore dal suo originario posto di lavoro presso la sua azienda. Solo a partire dal passaggio in giudicato di quella sentenza il rapporto di lavoro potrebbe dirsi ripristinato alle dipendenze del cedente, con conseguente obbligo



retributivo di quest'ultimo.

Non sarebbe risolutivo l'eventuale "ordine di riammissione in servizio", contenuto nella sentenza di merito, che – in mancanza di una norma *ad hoc* come l'art. 18 L. n. 300/1970 – è sì di condanna (precisamente ad un *facere*), ma non possiede immediata efficacia esecutiva ex art. 282 c.p.c., in quanto relativo ad un *facere* infungibile.

17. Questa ricostruzione non è percorribile.

Va premesso che dagli atti risulta che la sentenza "presupposta", relativa all'accertata illegittimità della cessione di ramo d'azienda, è passata in giudicato.

Orbene, in primo luogo se si escludesse la *mora credendi* attraverso "motivi legittimi di impugnazione", allora dovrebbe essere escluso anche l'obbligo risarcitorio, che a quella mora è strettamente connesso (art. 1207 c.c.).

Inoltre, la stessa giurisprudenza (Cass. n. 7369/2009) ammette che la predetta esclusione della c.d. efficacia anticipata, per le sentenze di accertamento, non vale per le "*statuizioni di condanna consequenziali*", per le quali, invece, tale efficacia, postulata dall'art. 282 c.p.c., resta configurabile.

Potrebbe obiettarsi che ciò vale solo per le condanne suscettibili di esecuzione forzata. E tale non sarebbe la condanna al ripristino del rapporto di lavoro ovvero l'ordine di riammissione in servizio, in quanto relativi ad un *facere* infungibile.

Ma a questa obiezione può a sua volta replicarsi che va necessariamente distinta l'efficacia della sentenza dalla sua suscettibilità di essere portata ad esecuzione forzata: la condanna ad un *facere*, sia pure infungibile, come la ricostituzione del rapporto di lavoro, comunque produce i suoi effetti. In tal senso milita espressamente l'art. 32, co. 5[^], L. n. 183/2010, come autenticamente interpretato dall'art. 1, co. 13[^], L. n. 92/2012, secondo cui "*La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, 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 fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro*". Il legislatore dunque ammette che la sentenza, anche di primo grado, con cui sia stata dichiarata la nullità del termine finale del rapporto di lavoro subordinato e sia stato ordinato il suo ripristino, sia in grado di produrre l'effetto giuridico suo proprio sul piano sostanziale, ossia la ricostituzione *de iure* del medesimo rapporto di lavoro. Ed infatti, a decorrere da quella sentenza, l'obbligo del datore di lavoro è retributivo, anche se egli continui a rifiutare la prestazione lavorativa (in termini C. Cost. n. 303/2011).

Inoltre, sul piano processuale va pur sempre evidenziato che, sia pure *ex post* con la formazione del giudicato, i motivi di impugnazione del datore di lavoro si sono rivelati infondati. E pertanto, nella prospettiva *ex tunc* tipica delle sentenze dichiarative, quei motivi



non possono configurarsi come “legittimanti” il rifiuto della prestazione lavorativa.

Va infatti ricordato che dalla natura meramente dichiarativa della sentenza di accertamento della nullità, secondo i principi generali del nostro ordinamento, deriva la produzione di effetti *ex tunc* sul rapporto giuridico controverso. Ne consegue che quei motivi di impugnazione devono ritenersi *ex tunc* infondati sul piano processuale ed illegittimi sul piano sostanziale.

18. Ed allora il regime processuale della sentenza di accertamento va combinato con la disciplina sostanziale della nullità.

A tal fine occorre distinguere il momento in cui si produce l'effetto processuale della sentenza (dichiarativa), che è quello del suo passaggio in giudicato, dal momento di decorrenza dell'effetto sostanziale (di accertamento e ripristinatorio), che è quello del compimento dell'atto nullo.

Quindi se fino al passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della nullità della cessione, quest'ultima deve ritenersi astrattamente e apparentemente ancora efficace, quando la sentenza passa in giudicato l'inefficacia conseguente alla nullità della cessione decorre *ex tunc*, ossia *ab initio*.

Ciò posto, atteso il principio di corrispettività delle prestazioni, il diritto alla retribuzione non decorrerebbe dal momento del compimento dell'atto nullo, bensì – secondo il diritto comune delle obbligazioni – dalla costituzione in mora (così Cass. sez. un. n. 2990/2018).

Questa regola civilistica può dirsi derogata – nel diritto del lavoro – solo nel senso di differire questa decorrenza ad un momento successivo sia al compimento dell'atto nullo, sia alla costituzione in mora e precisamente al momento in cui interviene la prima sentenza (di merito) che dichiara la nullità dell'atto, come si evince proprio dall'art. 32, co. 5[^], L. n. 183/2010, autenticamente interpretato dall'art. 1, co. 13[^], L. n. 92/2012 (v. *supra*).

Ma tale differimento non può certo prolungarsi fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di accertamento, per due ragioni, una processuale, l'altra sostanziale:

- sul piano processuale si finirebbe per attribuire alla sentenza un'efficacia *ex nunc*, in contrasto con la sua natura dichiarativa;
- sul piano sostanziale si finirebbe per riconoscere alla cessione nulla del contratto di lavoro una perdurante ed invincibile efficacia nel periodo che va dal compimento dell'atto nullo fino al passaggio in giudicato della sentenza che accerti la nullità.

Entrambe queste conseguenze sono in palese contrasto con i principi del diritto comune dei contratti e con una precisa linea di politica del diritto del lavoro perseguita dal legislatore, evincibile dall'art. 32 L. n. 183 cit. (v. *supra*).

19. Infine, la ricostruzione rifiutata da questa Corte farebbe sorgere ulteriori dubbi di legittimità costituzionale ex art. 3 Cost. assumendo come *tertium comparationis* proprio la



"facere" infungibile, attesa l'idoneità della relativa decisione a produrre i suoi normali effetti mediante l'eventuale esecuzione volontaria dell'obbligato e a costituire inoltre il presupposto per ulteriori conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto, resta esclusa in capo al lavoratore la titolarità dell'azione esecutiva»).

In particolare, se è vero che in presenza di una condanna a un *facere* infungibile, come tale non suscettibile di esecuzione forzata, resta esclusa la titolarità dell'azione esecutiva (adde Cass. 20/09/1990 n. 9584), ciononostante resta possibile l'esperimento dell'azione di condanna medesima (Cass. ord. n. 7576/2018 cit., in motivazione spiega: «... *relativamente ai rapporti contrattuali che importino, per una delle parti o per entrambe, obblighi di fare insuscettibili per loro intrinseca natura di esecuzione forzata, è configurabile e ammissibile un'azione di condanna del contraente inadempiente alla prestazione promessa, in quanto la relativa decisione è non solo idonea a produrre ugualmente i suoi normali effetti mediante l'eventuale volontaria esecuzione da parte dell'obbligato, ma può, inoltre, costituire il presupposto per ulteriori conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza dell'ordine contenuto nella sentenza che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare a suo favore (Cass. n. 1499/1968)*»).

Ne consegue che, ai fini della condanna del datore di lavoro ad un *facere* infungibile (come il ripristino del rapporto di lavoro), ciò che rileva è l'operatività della pronuncia nell'ambito del possibile giuridico e non già in quello diverso del possibile materiale, estrinsecandosi l'effetto imperativo della decisione nel legittimare il lavoratore ad offrire la propria prestazione lavorativa esclusivamente con quelle modalità che la controparte è condannata ad accettare e **«con la conservazione del diritto alla retribuzione anche nel caso in cui il datore di lavoro non ottemperi alla condanna medesima»** (in termini Cass. n. 1833/1984; Cass. n. 9584/1990; Cass. n. 11364/2004).

23. E dunque, sulla base di questi principi di diritto e degli stessi insegnamenti della giurisprudenza di legittimità, valutati nella loro rilevante portata sistematica, deve concludersi nel senso che, a seguito della sentenza di merito, pure di primo grado, con cui venga dichiarata l'illegittimità della cessione del ramo d'azienda e venga ordinata la riammissione in servizio dei dipendenti ceduti, pur non suscettibile di esecuzione forzata (trattandosi di un *facere* infungibile), sorge pur sempre il diritto di costoro alla retribuzione, rimasto inadempito pur a seguito dei pagamenti compiuti dal cessionario ex art. 2126 c.c.

24. Ne deriva la conferma della sentenza impugnata.

25. Atteso l'esito del gravame, le spese del presente grado di giudizio, e di quello incidentale di costituzionalità, seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia come determinato sulla base del credito oggetto del decreto ingiuntivo.

P. Q. M.



La Corte d'Appello così provvede:

- a) rigetta l'appello;
- b) condanna l'appellante a rimborsare all'appellato le spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 10.880,00, ivi comprese quelle relative al procedimento incidentale di legittimità costituzionale, oltre cpa ed IVA;
- c) dà atto che sussistono i presupposti per il raddoppio del contributo unificato dovuto.

Roma, 20/05/2019.

Il Presidente est.
dott. Francescopaolo Panariello

