LAVORO (COLLOCAMENTO) - LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)
Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 19-12-2017) 07-02-2018, n. 2990

LAVORO (COLLOCAMENTO)
Intermediazione e interposizione

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)
Licenziamento
Trasferimento di azienda

Fatto Diritto P.Q.M.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -

Dott. TIRELLI Francesco - Presidente di Sezione -

Dott. D'ANTONIO Enrica - rel. Consigliere -

Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -

Dott. GRECO Antonio - Consigliere -

Dott. TRIA Lucia - Consigliere -

Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -

Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 19197/2015 proposto da:

R.S., A.A., V.P., M.P., C.C., RO.CL., F.F., G.G., elettivamente domiciliati in ROMA, VIALE G. MAZZINI 123, presso lo studio dell'avvocato BENEDETTO SPINOSA, che li rappresenta e difende;

- ricorrenti -

contro

SOGEI - SOCIETA' GENERALE D'INFORMATICA S.P.A., in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA POMPEO MAGNO, 23/A, presso lo studio dell'avvocato GIAMPIERO PROIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato SIMONE PIETRO EMILIANI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 8979/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 16/01/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/12/2017 dal Consigliere Dott. ENRICA D'ANTONIO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO Riccardo, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

uditi gli avvocati Benedetto Spinosa e Giampiero Proia.

Svolgimento del processo

La Corte d'appello di Roma, con la sentenza qui impugnata, ha confermato la sentenza del Tribunale con la quale il primo giudice aveva accolto le opposizione proposte dalla soc SOGEI avverso i decreti ingiuntivi, emessi su istanza di V.P., A.A., C.C., F.F., G.G., M.P., R.S. e RO.Cl., con i quali era stato ingiunto alla società il pagamento di Euro 12.256,17 a favore di ciascuno dei ricorrenti, a titolo di retribuzioni per il periodo agosto 2009/febbraio 2010.

La Corte territoriale ha esposto che i decreti ingiuntivi erano basati sulla sentenza del Tribunale di Roma che aveva dichiarato l'interposizione fittizia di manodopera nell'appalto di servizi tra la soc SOGEI e la soc COS, con conseguente riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato dei ricorrenti con la prima società; che la SOGEI non aveva ottemperato all'ordine di ripristino del rapporto di lavoro e che, pertanto, i ricorrenti ritenevano di avere diritto alle retribuzioni maturate, e non solo al risarcimento del danno, dalla messa in mora della società.

Secondo la Corte d'appello doveva, invece, essere confermato l'orientamento in base al quale si era affermato che l'obbligazione retributiva poteva sorgere solo a fronte della prestazione lavorativa, costituendo l'erogazione del trattamento economico, in mancanza di lavoro,un'eccezione necessariamente oggetto di un'espressa previsione di

legge o di contratto. La Corte ha rilevato, altresì, che la qualificazione in termini risarcitori,e non retributivi,dell'obbligazione che gravava sul datore di lavoro, nell'ipotesi di accertata continuità giuridica del rapporto e di difetto della prestazione lavorativa, era stata costantemente affermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte in riferimento a molteplici fattispecie assimilabili al caso di esame.

La Corte d'appello ha, quindi, concluso affermando che l'omesso ripristino del rapporto di lavoro, pur a fronte di una tempestiva messa a disposizione dell'energie lavorative, rilevava esclusivamente sul piano risarcitorio,con conseguente eccepibilità dell'aliunde perceptum, e che, nella fattispecie, anche ad interpretare la domanda come risarcitoria, non avrebbe potuto essere accolta, per effetto della detraibilità delle somme di pari importo ricevute dai lavoratori, nel medesimo periodo, a titolo di retribuzione dalla soc COS, presso la quale avevano continuato a lavorare.

Avverso la sentenza hanno proposto ricorso in Cassazione i lavoratori con tre motivi a cui ha resistito la soc. SOGEI. Con istanza depositata l'8/3/2017 gli odierni ricorrenti hanno chiesto la rimessione del presente procedimento alle Sezioni Unite ex *art. 376 c.p.c.*, comma 2, prospettando (anche l'esistenza di un contrasto tra sezioni semplici concernente) la questione di particolare rilevanza circa la natura retributiva o risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore, il quale, dopo la declaratoria giudiziale che ha accertato l'illecita interposizione di manodopera, offerte le proprie energie lavorative, non sia stato riammesso in servizio.

Accolta l'istanza e fissata la causa per la decisione, entrambe le parti hanno depositato memorie ex *art. 378 c.p.c.*.

Motivi della decisione

1.Con il primo motivo i ricorrenti denunciano "la violazione e falsa applicazione *dell'art. 434 c.p.c.*, nonchè degli *artt. 115 e 116 c.p.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, nn. 3 e 4", in quanto la Corte territoriale, dopo aver individuato correttamente la richiesta dei ricorrenti come adempimento e non come risarcimento del danno, avrebbe osservato, erroneamente, che "quand'anche la domanda potesse essere esaminata anche sotto il diverso profilo del diritto al risarcimento del danno (...) non potrebbe trovare accoglimento, per effetto della detraibilità, dal danno sofferto, delle somme (di pari importo a quelle reclamate) ricevute nel periodo a titolo di retribuzione dalla società appaltatrice".

Osservano, infatti, che,quanto meno per la ricorrente V.P., la SOGEI non aveva prodotto le busta paga poichè la stessa era disoccupata e,pertanto, la Corte territoriale avrebbe erroneamente applicato nei suoi confronti un principio di diritto afferente ad altra fattispecie, così risultando viziata di nullità, sia la sentenza,sia il procedimento.

2. Con il secondo motivo denunciano violazione e falsa applicazione degli *artt. 1206, 1207, 1453 e 1460 c.c.*, nonchè *dell'art. 112 c.p.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 3, nonchè vizio di motivazione; violazione e falsa applicazione *dell'art. 434 c.p.c.*, nonchè degli *artt. 115 e 116 c.p.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, nn. 3 e 4. - Lamentano che erroneamente la Corte territoriale aveva fatto riferimento, per affermare che la retribuzione era sempre legata alla prestazione lavorativa, al precedente di questa Corte n. 19470/2008 (rectius 19740/2008). Osservano che nella citata sentenza, in relazione alla cessione di ramo d'azienda, era stato "condivisibilmente affermato" che l'obbligazione retributiva,connessa al rapporto di lavoro,deve essere adempiuta, ma non due volte dallo stesso datore di lavoro, mostrando di dare continuità al precedente della Cassazione (21006/2005), ove si era affermato che l'aliunde perceptum non rilevava e che non si trattava di risarcimento, ma di adempimento.

- Osservano, ancora, che la Corte d'appello era incorsa in errore di fatto, tradottosi in errore di diritto, "poichè dopo la cessazione dell'appalto il rapporto trilatero tra lavoratori, committente e appaltatore è cessato" e, pertanto, a parere dei ricorrenti, permangono due distinti rapporti, da un lato, quello accertato con sentenza che ha "fatto rivivere il sinallagma genetico" e, dall'altro, quello "tra alcuni lavoratori e un altro datore di lavoro".

3. Con il terzo motivo denunciano violazione e falsa applicazione degli *artt. 1206, 1207, 1453 e 1460 c.c.*, nonchè *dell'art. 112 c.p.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 3, insufficiente, carente e omessa pronuncia.

- Si dolgono che, secondo la Corte d'appello, l'obbligazione retributiva non poteva sorgere solo per effetto della nullità dell'appalto di servizio, nonchè dell'affermazione della Corte secondo cui l'art. 18 stat. Lav. aveva unificato i periodi anteriori e posteriori alla reintegra sotto lo stesso comune denominatore dell'obbligo risarcitorio, con la conseguenza che, anche in caso di appalto nullo,sussisteva, secondo la Corte, solo il risarcimento che, nella specie, stante l'aliunde perceptum, era inesistente. Lamentano che avevano chiesto l'adempimento e la Corte non aveva spiegato perchè non spettasse la retribuzione, anche se il rapporto di lavoro era esistente ed il datore di lavoro aveva impedito di lavorare.

- Sostengono che al caso in esame era applicabile la disciplina comune, in mancanza di una disciplina specifica, come quella dettata dalla *L. n. 300 del 1970, art. 18* (vecchio testo), o per il contratto a termine, e rilevano che, secondo la disciplina comune del rapporto di lavoro, ove il datore di lavoro decida di non far lavorare il proprio dipendente, deve comunque corrispondergli la retribuzione ed insistono nel ritenere che il sinallagma genetico tra le obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro, accertato con la sentenza del Tribunale di Roma come persistente, impediva di ritenere interrotta la prosecuzione del rapporto di lavoro dall'inadempimento datoriale alla riammissione in servizio.

- Deducono che non poteva avere rilevanza la retribuzione percepita in forza di altri rapporti di lavoro nel frattempo instaurati, trattandosi di un fatto subito dai lavoratori, e che la violazione dell'obbligo di riammettere in servizio il lavoratore non poteva essere degradato ad un mero potere discrezionale di scelta, tra adempimento e risarcimento del danno, tenuto conto che *l'art. 1453 c.c.*, dispone il risarcimento del danno, come aggiuntivo e non sostitutivo all'adempimento. Osservano che dare rilevanza all'aliunde perceptum significava sostanzialmente privare di tutela specifica il lavoratore, il cui rapporto di lavoro fosse stato illegittimamente interrotto.

4.Con l'istanza di rimessione alle Sezioni Unite gli odierni ricorrenti hanno prospettato (anche l'esistenza di un contrasto tra sezioni semplici concernente) la questione di particolare rilevanza circa la natura retributiva o risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore, il quale, dopo la declaratoria giudiziale che ha accertato l'illecita interposizione di manodopera, offerte le proprie energie lavorative, non sia stato riammesso in servizio.

- Osservano che le Sezioni Unite non si erano ancora pronunciate circa le ipotesi di cessione di ramo d'azienda e di interposizione di mano d'opera, ma nemmeno in generale per le situazioni di fatto successive alla sentenza.

- Sottolineano che il caso di interposizione di manodopera è identico "nella situazione di fatto e nella conformazione del sinallagma funzionale" a quello della cessione di ramo d'azienda in quanto intervenuta la sentenza dichiarativa dell'illecita interposizione tra committente ed appaltatore - può esistere o non esistere ancora un rapporto giuridico. Sicchè al lavoratore fino a quando continui a lavorare sull'appalto dichiarato illecito, non compete due volte la retribuzione, ma la differenza tra la retribuzione percepita a quella di diritto (secondo l'eventuale diverso CCNL o il diverso inquadramento nell'azienda del committente) e, dopo, "il diritto alla retribuzione permane e non può esservi decurtazione". - Richiamano la pronuncia n. 303 del 2011 della Corte costituzionale ed i principi da essa espressi. Ipotizzano, infine, la sussistenza di un contrasto tra le pronunce delle Sezioni semplici in materia; difatti, da un canto, sarebbe stato riaffermato il principio secondo il quale al lavoratore spetta la retribuzione, laddove ingiustificatamente il datore di lavoro non gli consenta la ripresa del servizio, interrompendo il sinallagma funzionale (erroneamente viene richiamata dagli istanti la sentenza "1908 del 2013" tenuto conto che il numero e l'anno indicati si riferiscono ad una pronuncia resa in altra materia); dall'altro, nella sentenza n 25993/2016 (rectius 25933/2016) sarebbe stato esteso l'orientamento espresso dalla sentenza Cass. n. 19470/ 2008 (rectius 19740/2008) anche al caso di interruzione del sinallagma funzionale, facendo ricorso all'analogia, ed osservando che l'unificazione del periodo prima e dopo la sentenza nelle fattispecie di cui alla *L. n. 300 del 1970, art. 18*, esclude che il lavoratore abbia diritto all'adempimento e alla retribuzione, ma solo al risarcimento del danno.

5. La sentenza impugnata deve essere confermata, pur con diversa motivazione ai sensi dell'art 384 cpc, con riferimento a tutti i ricorrenti eccettuata la ricorrente V.,in ordine alla quale sono necessari ulteriori accertamenti in fatto.

I motivi possono essere esaminati congiuntamente,stante la loro connessione,riguardando proprio la questione che le parti hanno inteso rimettere alle Sezioni Unite, quale questione di particolare rilevanza.

I fatti sono incontestati. I ricorrenti hanno adito il Tribunale di Roma per fare accertare che l'appalto intercorso tra la soc Sogei e la soc COS fosse fittizio. Il giudice ha accolto la domanda dichiarando, con sentenza non ancora passata in giudicato, l'interposizione fittizia di mano d'opera e la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la prima società con ripristino del rapporto di lavoro con la stessa: il vincolo giuridico è, dunque, formalmente riconosciuto con l'interponente-committente e vi è stata offerta, da parte dei ricorrenti, della prestazione lavorativa.

Con singoli ricorsi per decreto ingiuntivo,i lavoratori hanno chiesto il pagamento alla soc Sogei, committente riconosciuta quale loro effettivo datore di lavoro, le retribuzioni dalla messa in mora. Essi continuano a lavorare per la soc COS e da questa sono retribuiti, salvo quanto dopo sarà precisato con riferimento alla ricorrente V..

Secondo i ricorrenti, a seguito della sentenza del Tribunale di Roma, che ha dichiarato l'interposizione fittizia dell'appalto tra Sogei e la Cos, il loro rapporto di lavoro era da ritenersi di fatto instauratosi, fin dall'inizio, con Sogei in quanto tale società era l'effettivo datore di lavoro, avendo la sentenza del Tribunale fatto rivivere il rapporto genetico; tale rapporto di lavoro era, inoltre, da intendersi proseguito senza interruzione con detta società, come accertato dal Tribunale, e, pertanto, era la Sogei a dover pagare la retribuzione e non già la COS, soggetto estraneo, ed essendo irrilevante il rapporto di lavoro con quest'ultima società.

Lamentano, ancora,che la Corte era incorsa in errore di fatto tradottosi in errore di diritto "poichè dopo la cessazione dell'appalto il rapporto trilatero tra lavoratori, committente e appaltatore è cessato" e, pertanto, a parere dei ricorrenti, permangono, due distinti rapporti, da un lato, quello accertato con sentenza che ha "fatto rivivere il sinallagma genetico" e, dall'altro, quello "tra alcuni lavoratori e un altro datore di lavoro".

6. Ciò premesso va, preliminarmente, ricordato che la fattispecie in esame dell'interposizione di manodopera è regolata dal *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 29* (come modificato dalla *L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 911*). Il richiamato decreto legislativo, pur nella ridefinizione dei confini del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro - che, originariamente previsto ex *art. 2127 c.c.*, soltanto per i lavori a cottimo, era stato poi esteso ad ogni attività di lavoro subordinato dalla *L. 23 ottobre 1960, n. 1369, art. 1* (poi abrogata dal *D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 85, comma 1, lett. c)*) - ha ribadito la sostanza del divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro, dettando

la disciplina degli strumenti leciti all'interno della vicenda interpositoria (appalti, somministrazione, distacco), nonchè quella sanzionatoria nelle ipotesi di somministrazione irregolare e appalto non genuino.

L'impianto sanzionatorio previsto dal *D.Lgs. n. 276 del 2003*, consente 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.

6. La questione della natura, retributiva o risarcitoria, dei compensi richiesti dai lavoratori, a seguito della pronuncia che ha riconosciuto l'interposizione fittizia nell'appalto tra Sogei e la soc COS, nonchè il rapporto di lavoro dei ricorrenti con la soc. interponente, oggetto dell'istanza di rimessione a queste Sezioni Unite, non può trovare una corretta soluzione in applicazione di principi affermatisi con riferimento ad altre fattispecie, con la conseguenza che in assenza di norme derogatorie rispetto al diritto comune delle obbligazioni, è quest'ultimo il regime giuridico da applicare.

7. In particolare, deve ritenersi fuorviante il richiamo alla materia dei licenziamenti, in ordine alla quale sussiste una disciplina legislativa specifica e derogatoria rispetto al diritto delle obbligazioni, che riconduce i compensi dovuti dal datore di lavoro, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, nell'ambito del risarcimento del danno. A riguardo - tralasciando principi ormai superati da successivi interventi legislativi quale la distinzione, applicata in talune pronunce, tra il periodo anteriore al licenziamento, in ordine ai quale il diritto del lavoratore era al risarcimento, dal periodo successivo alla pronuncia di reintegra,a seguito della quale spettava al lavoratore la retribuzione - non può farsi riferimento, ai fini che qui rilevano, alla disciplina specifica introdotta dalla *L. n. 108 del 1990*, a modifica dell'art 18 Stat. Lav., che ha qualificato, come risarcimento del danno, l'indennità commisurata alla retribuzione per il periodo fra il licenziamento e l'effettiva reintegrazione. Si è posto in evidenza in proposito che, alla luce del nuovo testo dell'art. 18, le somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado che abbia dichiarato illegittimo il licenziamento ed ordinato la reintegrazione del lavoratore, costituiscono (in assenza di ottemperanza alla decisione di primo grado) non più retribuzione, ma risarcimento del danno ingiusto subito dal lavoratore per l'illegittima risoluzione del rapporto (Cass., Sez. L, 13/12/2006 n. 26627). Nello stesso senso della natura risarcitoria dell'indennità dovuta a seguito di licenziamento illegittimo e fino alla reintegra,è l'intervento operato dalla *L. n. 92 del 2012* (legge Fornero) che, modificando l'art. 18 Stat. Lav., qualificata risarcitoria l'indennità da corrispondersi dalla data del licenziamento all'effettiva reintegra, prevede anche la detrazione dell' aliunde perceptum (cfr. art. 18, comma 2, per il

licenziamento discriminatorio: il comma 4, per il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo in ordine al quale, oltre che l'aliunde perceptum, va dedotto quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione). Giova evidenziare, in tema di licenziamento inefficace dopo la novella introdotta dalla *L. 28 giugno 2012, n. 92*, che, da ultimo, in funzione di un riallineamento tra la disciplina di tutela obbligatoria stabilita dalla *L. n. 604 del 1966, art. 2, comma 2*, come modificato dalla *L. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 37*, (per le ipotesi di inosservanza della forma scritta e dell'onere di comunicazione dei motivi nel licenziamento) e quella stabilita dalla *L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18*, anch'essa novellata dalla *L. n. 92 del 2012, art. 1, comma 42, lett. b)*, (ove il licenziamento orale gode di una tutela reintegratoria piena - comma 1 e 2 - mentre quello del licenziamento intimato in violazione del requisito della motivazione riceve la sola tutela risarcitoria - commi 5 e 6-), è stata data una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle conseguenze della prescritta inefficacia al fine di assicurare alle diverse ipotesi una tutela esclusivamente risarcitoria secondo un criterio di ragionevolezza che eviti ingiustificate disparità di trattamento (Cass. Sez. L. 05/07/2016, n. 13669).

8. La tesi secondo cui il datore ha un mero obbligo risarcitorio ha trovato, nelle varie pronunce di questa Corte intervenute in tema di cessione di ramo d'azienda dichiarato nullo, un sostanziale recepimento (significativo a riguardo che,con ordinanza del 2/10/2017, la Corte d'appello di Roma, in fattispecie di cessione di ramo d'azienda, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione del contrasto tra il "diritto vivente" , costituito proprio dall'interpretazione accolta da questa Corte, e gli *artt. 3, 24, 111 e 117 Cost.).*

La questione degli effetti della dichiarazione di nullità del trasferimento di azienda e della cessione di ramo d'azienda è stata, infatti, risolta dalla giurisprudenza di legittimità con l'affermare che l'obbligazione del cedente, il quale non provveda al ripristino del rapporto di lavoro, deve essere qualificata come risarcimento del danno, con la conseguente detraibilità del cosiddetto aliunde perceptum (v. sin da Cass. n 19740/2008; v. pronunce conformi più di recente, n. 18955/2014).

Tale orientamento ha inteso dare continuità al principio,che si è andato consolidando nell'elaborazione della S.C.,secondo il quale il contratto di lavoro è un contratto a prestazioni corrispettive in cui l'erogazione del trattamento economico, in mancanza di lavoro, costituisce un'eccezione, che deve essere oggetto di un'espressa previsione di legge o di contratto. In difetto di un'espressa previsione in tal senso, la mancanza della prestazione lavorativa esclude il diritto alla retribuzione, ma determina a carico del datore di lavoro, che ne è responsabile, l'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni. "Proprio perchè si tratta di un risarcimento del danno - ed in assenza di una disciplina specifica per la determinazione del suo ammontare - soccorrono i normali criteri fissati per i contratti in genere, con la conseguenza che

deve essere detratto quanto il lavoratore possa aver conseguito svolgendo una qualsivoglia attività lucrativa" (così test. Cass. n. 18955/2014).

Si è soggiunto, inoltre, che nella cessione di contratto si ha la sostituzione di un soggetto (cessionario) ad altro (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, con la conseguenza che, essendo la controprestazione retributiva relativa ad un unico rapporto di lavoro, dalla situazione di mora non poteva che scaturire, ai sensi *dell'art. 1207 c.c.*, un'obbligazione risarcitoria, essendo quella retributiva già adempiuta (nella specie, risultava pacificamente che i lavoratori avessero continuato a prestare l'attività lavorativa alle dipendenze della cessionaria, venendone retribuiti; pertanto su di loro incombeva l'onere (che non risultava essere stato assolto) di dedurre e dimostrare i danni sofferti, tra i quali l'inferiorità di quanto ricevuto rispetto alla retribuzione che sarebbe spettata alle dipendenze della società cedente (cfr. ancora: Cass. n. 18955 citata).

Nel caso di cessione di ramo di azienda, quindi, essendo mancato l'allontanamento dal posto di lavoro, non deriverebbe al lavoratore alcun pregiudizio da licenziamento illegittimo (secondo la disciplina speciale prevista dall'art. 18 St. Lav.), nè, per la stessa ragione, sarebbe applicabile la conversione del rapporto di lavoro statuita per il contratti a termini in ragione dell'illegittimità del termine di durata (*L. n. 183 del 2010, art. 32*, per come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303 del 2011), ma soltanto il risarcimento del danno secondo le regole codicistiche sull'illecito contrattuale ex *art. 1218 c.c.* e segg., (così, in numerosissimi precedenti nel caso di cessione di ramo d'azienda da parte della Telecom ritenuta inefficace, ma con pagamento delle retribuzioni da parte del cessionario; tra le tante v.: n. 7281 /2015 e n. 19490/2014).

9. Nella specifica fattispecie dell' interposizione fittizia di manodopera è stato di recente affermato da questa Corte che,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 unicamente conseguenze di natura risarcitoria con detraibilità dell'aliunde perceptum (cfr Cass. n. 25933/2016). E' stato applicato, quindi, il principio affermato in tema di dichiarazione di nullità della cessione di ramo d'azienda quale "fattispecie assimilabile" a quella di interposizione di manodopera in esame (cfr. la già cit. n. 19740/2008).

10. Si deve, a questo punto, esaminare se i suddetti principi necessitano di una loro rivisitazione al fine di valutarne la loro attuale applicabilità, alla luce di una necessaria interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, nell'ipotesi considerata del rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione offerta dal lavoratore, negando la riammissione in servizio e non ottemperando all'ordine giudiziale che, accertata l'interposizione fittizia della manodopera, ha affermato la sussistenza del rapporto di lavoro con l'interponente fin dall'origine.

11. Ai fini della soluzione della presente questione sembra a questa Corte utile muovere dalle affermazioni contenute nella pronuncia della Corte costituzionale n. 303/2011, resa con riguardo alla questione della omnicomprensività della indennità prevista nelle ipotesi di conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato,la quale ha ritenuto non' fondate le questioni di legittimità costituzionale della *L. n. 4* novembre 2010, n. 183, art. 32, commi 4 e 5, sollevate con riferimento agli *artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 Cost.*, e *art. 117 Cost.*, comma 1, (Corte cost. 4/11/2011, n. 303). Deve preliminarmente precisarsi che non è qui invocabile la giurisprudenza sul contratto a termine e sulla non retribuibilità dei c.d. intervalli non lavorati che si riferisce al periodo anteriore alla sentenza di accertamento della nullità e della conseguente conversione in contratto a tempo indeterminato.

La Consulta, con la sentenza citata, ha distinto il periodo anteriore alla pronuncia di conversione del contratto a tempo determinato, da quello successivo riconoscendo con riferimento a quest'ultimo il diritto del lavoratore alla riammissione e all'integrale percezione della retribuzione. In particolare con la sentenza citata è stata adottata un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma denunciata, affermando che l'indennità omnicomprensiva (prevista nella misura da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) copre soltanto il periodo intermedio,quello cioè che corre tra la scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. Viceversa, a partire dalla sentenza con cui viene rilevato il vizio della pattuizione del termine e convertito il contratto che prevedeva una scadenza in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, poichè il datore di lavoro è indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore, è tenuto a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute,anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva.

12. Appare utile riportare il passo della sentenza, significativo ai fini che qui rilevano, da cui è possibile trarre alcuni spunti per una rimeditazione della giurisprudenza tradizionale, accolta da questa Corte,in tema di cessione di contratto ed applicata anche all'ipotesi di interposizione fittizia. Nella sentenza citata si legge: "un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella, però,induce a ritenere che il danno forfetizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. A partire dalla sentenza con cui il giudice, rilevato il vizio della pattuizione del termine, converte il contratto di lavoro che prevedeva una scadenza in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva. Diversamente opinando, la tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente

svuotata. Se, infatti, il datore di lavoro, anche dopo l'accertamento giudiziale del rapporto a tempo indeterminato, potesse limitarsi al versamento di una somma compresa tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione, non subirebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riprendere il prestatore a lavorare con sè. E lo stesso riconoscimento della durata indeterminata del rapporto da parte del giudice sarebbe posto nel nulla".

13. Sulla base degli spunti suggeriti dalla suddetta pronuncia, queste Sezioni Unite ritengono che possa affermarsi che, nel momento successivo alla declaratoria di nullità dell'interposizione di manodopera, a fronte della messa in mora (offerta della prestazione lavorativa) e della impossibilità della prestazione per fatto imputabile al datore di lavoro (il quale rifiuti illegittimamente di ricevere la prestazione), grava sull'effettivo datore di lavoro l'obbligo retributivo.

Dal rapporto di lavoro, riconosciuto dalla pronuncia giudiziale, discendono, infatti, gli ordinari obblighi a carico di entrambe le parti ed, in particolare,con riguardo al datore di lavoro, quello di pagare la retribuzione, e ciò anche nel caso di mora credendi e,quindi, di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla.

14. La soluzione della questione sottoposta all'esame di questa Corte involge il più generale fenomeno dell'incoercibilità del comportamento e della cooperazione datoriale (nemo ad factum praecise cogi potest), il quale è strettamente correlato al principio della necessaria effettività della tutela processuale e, dunque, della piena attuazione dei diritti del lavoratore, principi opposti che impongono l'individuazione di un punto di equilibrio.

Ciò induce a ritenere che nelle ipotesi in cui i lavoratori, dopo aver richiesto l'accertamento giudiziale della invalidità del contratto in violazione di norme imperative in tema di divieto di interposizione di manodopera in un appalto di servizi, abbiano ottenuto l'ordine giudiziale di ripristino del rapporto nei confronti del reale datore di lavoro (nella specie: l'impresa committente), offrano a quest'ultima le loro prestazioni, senza essere stati riammessi in servizio, deve evitarsi, secondo i principi generali in tema di adempimento contrattuale, che subiscano le ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro rispetto all'esecuzione dell'ordine giudiziale.

15. Al fine di superare gli stretti confini della ritenuta corrispondenza tra la continuità della prestazione e la debenza della relativa obbligazione retributiva, può soccorrere una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa che si deve applicare alla fattispecie in esame, normativa costituita, sia dalla specifica disciplina di cui al *D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29*, che nulla prevede circa le conseguenze del mancato ripristino del rapporto con l'interponente, sia dalla normativa generale del codice civile in tema di contratti a prestazioni corrispettive (*art. 1453 c.c.* e segg.).

Una tale interpretazione, rispettosa degli *artt. 3, 36 e 41 Cost.*, induce al superamento della regola sinallagmatica della corrispettività,- intesa come riconoscimento al lavoratore,che chiede l'adempimento, del solo risarcimento del danno in caso di mancata prestazione lavorativa, pur se tale mancata prestazione è conseguenza di un rifiuto illegittimo del datore di lavoro in violazione dei principi di buona fede e correttezza -, tenuto conto che essa appare limitativa, ed inidonea a fornire al lavoratore una tutela effettiva, soprattutto con riferimento ad ipotesi, come quella di cui si discute, nelle quali,al mancato svolgimento della prestazione lavorativa, si faccia corrispondere l'automatica non debenza della corrispondente obbligazione retributiva, comportando la mancata cooperazione del datore di lavoro una impossibilità definitiva della prestazione, sicchè il debitore non avrà diritto alla controprestazione, bensì al mero risarcimento del danno, secondo le regole di diritto comune, subendo,dunque, le ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro rispetto all'esecuzione dell'ordine giudiziale. Il datore di lavoro, il quale nonostante la sentenza che accerta il vincolo giuridico, non ricostituisce i rapporti di lavoro, senza alcun giustificato motivo, dovrà sopportare il peso economico delle retribuzioni, pur senza ricevere la prestazione lavorativa corrispettiva, sebbene offerta dal lavoratore; il rifiuto della prestazione lavorativa, offerta dal lavoratore, impedisce gli effetti giuridici che derivano dalla continuazione del rapporto dichiarato dal giudice, nonchè la stessa effettività della pronuncia giudiziale.

16. I principi di cui sopra non consentono tuttavia ai ricorrenti, salvo quanto si dirà in seguito per la V., di ottenere la retribuzione dalla soc Sogei. Risulta, infatti, incontestato che i ricorrenti R., A., M., C., RO., F. e G. hanno continuato a lavorare per la COS 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 c.c.*, comma 1) ovvero dallo stesso datore di lavoro fittizio, pagamenti effettuati a vantaggio del soggetto che ha utilizzato

effettivamente la prestazione, con applicazione *dell'art. 2036 c.c.*, comma 3, (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 R., A., M., C., RO., F. e G. hanno percepito la retribuzione dalla COS, nè essendo stata prospettata la corresponsione di una retribuzione inferiore a quella che avrebbero percepito presso la Sogei, null'altro è dovuto agli stessi. Per quanto riguarda la ricorrente V. si veda oltre al punto 19.

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 del *D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 3 bis*, a decorrere dalla messa in mora.

18. In conclusioni, rilevata l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso non risultando, allo stato, passata in giudicato la sentenza del Tribunale di Roma di accertamento dell'interposizione fittizia di manodopera, il ricorso deve essere rigettato con riferimento ai ricorrenti R., A., M., C., RO., F. e G. con spese compensate stante la novità della questione trattata. Avuto riguardo all'esito del giudizio ed alla data di proposizione del ricorso sussistono, per detti ricorrenti, i presupposti di cui al *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1* quater.

19. Con riferimento alla ricorrente V. va,invece, precisato che la Corte d'appello non ha esaminato la sua posizione, pur non risultando prodotte le buste paga relative alla stessa. La Corte d'appello ha ritenuto, del resto, l'infondatezza della domanda dei ricorrenti volta ad ottenere la retribuzione e, ad abundantiam, ha ritenuto che nulla spettasse a titolo risarcitorio.

Con riferimento a detta ricorrente la sentenza deve essere,pertanto, cassata affinchè il giudice di rinvio effettui i necessari accertamenti circa la posizione lavorativa della stessa e l'eventuale prosecuzione del rapporto di lavoro con la soc Cos o il verificarsi di altre ipotesi di cessazione del rapporto.

Anche per la V. va pronunciata la compensazione delle spese del presente giudizio di legittimità per le medesime ragioni di cui sopra.

P.Q.M.

1. Accoglie il ricorso della ricorrente V. nei termini di cui in motivazione; cassa la sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto e rinvia alla

Corte d'appello di Roma in diversa composizione, compensando le spese del presente giudizio.

2.Rigetta il ricorso proposto dai ricorrenti R., A., M., C., RO., F. e G.; compensa le spese del presente giudizio. Ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1* quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei suddetti ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 19 dicembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 7 febbraio 2018