



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

CAPITOLO IV

L'ART. 700 C.P.C. IN MATERIA DI LAVORO

di Rosa Francaviglia

SOMMARIO: 1. La tutela d'urgenza in materia di lavoro. - 2. Cautela atipica e reintegrazione del lavoratore. - 3. Cautela atipica e trasferimento illegittimo. - 4. Demansionamento - mansionismo e *mobbing*. - 5. Cautela atipica e contenzioso assicurativo - contributivo da opposizione a cartella esattoriale. - 6. L'attuazione coattiva del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. nel rapporto di pubblico impiego contrattualizzato. - 7. Il nuovo rito della legge n. 92/12 (cosiddetta Riforma Fornero). - 8. Questioni giurisprudenziali.

1. La tutela d'urgenza in materia di lavoro.

In materia di lavoro, sindacale e previdenziale, la prassi giudiziaria registra una notevole diffusione di procedimenti cautelari quali i sequestri (giudiziario e conservativo ex artt. 670 e 671 c.p.c.) e l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore licenziato che sia anche dirigente di rappresentanza sindacale, su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato (art. 18, commi 7 e seg., l. n. 300/70).

Tuttavia, **il ricorso ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. riveste un'importanza fondamentale** stante che la cautela atipica, per la sua connotazione duttile e residuale, si presta ad assicurare tutela tempestiva ad una vasta congerie di situazioni giuridiche soggettive caratterizzate da un grado elevato di deteriorabilità e di irreversibilità.

In particolare, nel contenzioso lavoristico involgente il rapporto di **lavoro pubblico contrattualizzato**, vi è un largo utilizzo della procedura d'urgenza. Si deve, peraltro, tenere in debita considerazione che, per definizione e quanto meno in linea teorica, il rito del lavoro si caratterizza per una certa celerità, conseguendone che, ai fini della concessione del provvedimento ex art. 700 c.p.c., occorre prestare una maggiore attenzione al requisito del *periculum in mora* onde non snaturare la natura cautelare della tutela inibitoria assimilandola a quella propria della procedura ordinaria innanzi al Giudice del lavoro. La giurisprudenza, prima orientata nell'assorbire l'accertamento della sussistenza di detto requisito in quello del *fumus boni iuris* ovvero nel ricondurlo a mere formule di stile, di poi ha modificato il proprio indirizzo allo scopo di verificare se il presupposto del *periculum* fosse o meno in concreto ravvisabile. In fattispecie di azione d'urgenza per l'attribuzione del beneficio di cui

all'art. 33, comma 5, l. n. 104/92 e di diniego della precedenza al trasferimento in sede vicina si è affermato che:

presupposto indefettibile del procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., oltre al requisito del *fumus boni iuris*, è il c.d. *periculum in mora*, ossia la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile nei confronti del ricorrente, cioè di un danno che si verrebbe a creare nelle more della definizione del giudizio di merito e che non potrebbe in alcun modo essere ristorato con la sentenza. Tale pregiudizio non è prospettabile nel caso di vicinanza tra la sede di lavoro ed il comune di domicilio del familiare disabile. Detta situazione, se può comportare qualche disagio non è certamente tale da assurgere a pregiudizio irreparabile, considerato che si risolve nella necessità di percorrere qualche chilometro in più per raggiungere la sede lavorativa, ma non tale da precludere la dovuta e necessaria assistenza (Trib. Agrigento, 3.8.07).

Per i giudizi ex art. 700 c.p.c. innanzi all'A.G. in funzione di Giudice del lavoro si procede secondo la disciplina dettata per il rito cautelare uniforme.

In sede di procedimento cautelare non è proponibile la questione di legittimità costituzionale, ancorché

nella specie il Giudice ha comunque ritenuto che la stessa sarebbe stata infondata, potendosi operare un'interpretazione costituzionalmente conforme della norma contestata (Trib. Roma, 5.1.10, ord., in *D&L* 2009, 1108).

La cautela atipica è invocabile in plurime ipotesi. È attivabile per la violazione del patto di non concorrenza ai sensi degli artt. 2105 e 2125 c.c., in guisa tale che l'attività prestata dal lavoratore in un'impresa concorrente con quella del suo precedente datore di lavoro, in violazione del patto di non concorrenza, legittima il ricorso d'urgenza onde ottenere l'immediata cessazione della condotta lesiva. Altresì, il mancato pagamento delle retribuzioni ovvero i crediti di lavoro rendono esperibile la tutela d'urgenza. La previsione dell'ordinanza di pagamento di somme a titolo di provvisoria (art. 423, comma 2, c.p.c.) non esclude il rimedio di cui all'art. 700 c.p.c. attesa la diversità dei presupposti per cui tale ordinanza prescinde dal *periculum in mora*.

In ipotesi di licenziamento collettivo violativo dell'*iter* prescritto dalla l. n. 223/91 ovvero di trasferimento collettivo, nonché di illegittima messa in cassa integrazione guadagni, di non iscrizione nelle liste di mobilità, di indebita messa in mobilità, per la rimozione di condotte discriminatorie sussiste ed in favore della lavoratrice madre in relazione ai permessi giornalieri (art. 10 l. n. 1204/71), per la risoluzione anticipata di contratto di lavoro autonomo a durata minima garantita (artt. 2222 e seg. c.c.) è parimenti attivabile la procedura d'urgenza. La casistica è alquanto variegata ed include fattispecie di peculiare rilevanza.

Sussiste il *fumus boni iuris*, ravvisabile nella stessa affermazione del Comune, che ha basato la valutazione comparativa, sulla circostanza che il comandante dei vigili

urbani è l'unica persona capace di valutare "lo spessore culturale, la capacità di comando, la prontezza nella predisposizione ai problemi contingenti e, da ultimo, la capacità progettuale dei comandanti nominati". Tale affermazione è la riprova che la scelta da parte del comandante si è basata su di un criterio del tutto soggettivo. Alla sussistenza del *fumus* si accompagna la sussistenza del *periculum in mora*, giacché il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria determinerebbe un irreparabile pregiudizio del diritto medesimo, atteso che è imminente il pensionamento del ricorrente

(Pret. Roma 9.4.00, Sannite, in *Riv. Giur. Lav.* 2001, pag. 107).

In tema di **modifica dell'orario di lavoro**, ad esempio, si è affermato che, in caso di trasferimento di una lavoratrice madre in conseguenza della chiusura di un punto vendita in ambito urbano ad altro esercizio cittadino, ed essendo intervenuto accordo sindacale, sottoscritto poco prima del trasferimento, con cui venivano assicurate alla dipendente le medesime condizioni contrattuali acquisite ed il medesimo orario di lavoro in fascia mattutina, non è consentito al datore di lavoro esigere la modifica dell'orario predetto tenuto conto che trattavasi di lavoratrice che versava in una difficile situazione familiare.

L'incidenza nel predetto contesto di fatto e con riguardo alla previsione letterale degli accordi intercorsi, per i margini di elasticità ivi implicanti e previsti, sotto i profili della buona fede e della correttezza che presiedono l'emerneutica contrattuale (artt. 1366, 1374, 1362, 1363 e 1369 c.c.), dei principi, esplicitati fra l'altro dall'art. 9 della l. n. 53/00 ai fini incentivanti (di misure a sostegno della maternità sotto il profilo della flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro), ma vigenti nell'ordinamento sulla base della clausola generale contenuta nell'art. 37, comma 1, cost. (...) Dai precedenti rilievi discende (...), l'obbligo del datore di lavoro di cooperare in buona fede per l'assegnazione dei dipendenti a turni di lavoro compatibili con le loro qualificate esigenze familiari, specie quando la determinazione di un orario piuttosto che di un altro non comporti, per l'azienda, insuperabili difficoltà organizzative

(Trib. Bologna, 10.4.07).

Di per sé la **privazione della retribuzione**, che è solo parziale in caso di sospensione cautelare dal servizio, non basta ad integrare l'irreparabilità del pregiudizio nelle more della tutela ordinaria,

La privazione della retribuzione (peraltro solo parziale in caso di sospensione cautelare dal servizio) non è sufficiente di per sé a integrare l'irreparabilità del pregiudizio nelle more della tutela ordinaria, eccettuata l'ipotesi del lavoratore che alleggi e provi il venir meno di una parte del trattamento retributivo da cui scaturisca una situazione economica complessiva particolarmente pregiudizievole o così precaria da risultare inadeguata a fronteggiare i bisogni suoi e della sua famiglia per il tempo necessario a ottenere un giudizio di merito

(Trib. Rimini, 12.12.08, ord., in *Lav. nelle P.A.* 2008, 1131).

Demansionamento, dequalificazione, condotte vessatorie ed abusanti integranti mobbing ben possono occasionare la tutela d'urgenza. Si tratterà di ot-

tenere l'immediata reintegra nelle mansioni pregresse e nella adozione delle opportune cautele atte ad evitare l'integrarsi del pregiudizio grave ed irreparabile in costanza del giudizio di merito ove sarà ottenibile anche il risarcimento del danno subito sotto la prospettiva - ad esempio - di condotte mobbizzanti.

Il ricorrente ha infatti prospettato e comprovato la sussistenza di un pericolo imminente ed irreparabile che si ravvisa nell'esigenza di scongiurare un imminente danno da dequalificazione professionale, conseguente all'allontanamento del (...) dalle mansioni in precedenza svolte ininterrottamente da un considerevole periodo di tempo, e nel conseguente pericolo di effettiva dispersione della professionalità nel frattempo acquisita

(Trib. Potenza, 13.4.07).

2. Cautela atipica e reintegrazione del lavoratore.

Stante che il lavoratore può recedere dal rapporto *sua sponte* e senza obbligo di motivare il proprio recesso, ancorché debba osservare il periodo di preavviso in assenza di giusta causa, si osserva che - al contrario - il licenziamento del dipendente da parte del datore di lavoro esige la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, che può consistere in gravi colpe del lavoratore od in una necessità oggettiva dell'impresa. La comunicazione del licenziamento deve essere fatta in forma scritta e deve essere motivata.

Pertanto, qualora il recesso datoriale sia illegittimo è impugnabile giudizialmente ex art. 700 c.p.c. previa verifica della sussistenza del duplice requisito del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

La verosimiglianza del diritto ricorre allorché con la misura d'urgenza viene richiesta la reintegra del dipendente licenziato nei confronti di un datore di lavoro non assoggettato alla disciplina di cui all'art. 18 l. n. 300/70 (c.d. Statuto dei Lavoratori).

Siffatta tutela non è concedibile neanche con la pronuncia di accoglimento, né può essere formulata altra domanda se non quella che costituirà l'oggetto del giudizio di merito.

Il *fumus* non è neanche ravvisabile, quando la condotta del ricorrente appaia integrare una giusta causa di licenziamento.

Il *periculum in mora* assume un rilievo essenziale, perché il ricorso all'inibitoria presuppone un'**urgenza particolarmente qualificata** ed ha portata residuale, trovando applicazione solo laddove l'ordinamento non consenta di avvalersi di una misura cautelare tipica. Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il *periculum* non deve ritenersi sussistente in re ipsa, bensì va accertato caso per caso con riferimento all'effettiva situazione socio-economica del lavoratore. Il ricorrente è, quindi, tenuto ad allegare e provare le circostanze quali quelle relative alla sua situazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico-fisico, da cui emerge che la perdita del posto di lavoro o la mancata as-

sunzione e, quindi, la conseguente perdita (o mancata acquisizione) della retribuzione, possa integrare la fonte di pregiudizio irreparabile, non suscettibile di ristoro neanche in prosieguo.

Pertanto, per l'accertamento di tale requisito **necessita una valutazione socio-economica del lavoratore** sul quale grava l'onere di allegazioni puntuali e concrete in ordine alla propria situazione personale e familiare ossia che l'attore prospetti in sede cautelare situazioni da cui si desuma che l'allontanamento dalla attività lavorativa e/o la perdita della retribuzione nel tempo occorrente per il giudizio ordinario possano integrare causa di pregiudizio irreparabile non essendo sufficiente al riguardo una indicazione generica di disagio economico. Soltanto così la controparte può spiegare un'effettiva difesa ed il giudice del lavoro è posto in condizione di poter operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile.

Il lavoratore licenziato che chieda la reintegra ex art. 700 c.p.c. deve fornire un quadro probatorio a sostegno della quantomeno apparente illegittimità del licenziamento di cui è stato destinatario ed in ossequio ai dettami di cui all'art. 2697 c.c..

L'esistenza del *periculum in mora*, ai fini della concessione del provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c. deve essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socio economica del "lavoratore", talché il ricorrente è tenuto ad allegare e provare circostanze (in ordine alla sua situazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico - fisico) dalle quali emerga che la perdita del posto di lavoro o la mancata assunzione e quindi la conseguente perdita (o mancata acquisizione) della retribuzione possa configurarsi come fonte di pregiudizio irreparabile, così da permettere alla controparte l'esercizio di un'effettiva difesa ed al giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile, non potendo il *periculum in mora* reputarsi esistente *in re ipsa* neppure nel fatto stesso della disoccupazione, poiché, in caso contrario, ogni licenziamento integrerebbe il pregiudizio imminente ed irreparabile, così da rendere il ricorso all'art. 700 c.p.c. il rimedio ordinario per la contestazione della legittimità del recesso datoriale, in contrasto con la disciplina del processo del lavoro che prevede che la forma naturale di impugnativa del licenziamento sia il ricorso ex art. 414 c.p.c.

(Trib. s.l. Santa Maria Capua V., 13.05.10).

Orduque, difetta il *periculum* allorquando il ricorrente trascuri di allegare (ed, a fortiori, di dimostrare) l'esistenza del predetto requisito:

che, peraltro, vertendosi in tema di contratto a termine... non è ragionevole presumere che il venir meno del trattamento retributivo già goduto dal ricorrente sia idoneo a determinare, in danno del medesimo, l'impossibilità o la rilevante difficoltà di provvedere adeguatamente al soddisfacimento di primarie esigenze di vita (posto che, in definitiva, il contestato atto di recesso presenta la mera attitudine a privare il lavoratore di tre mensilità soltanto)

(Trib. s.l. Ragusa, ord. 4.3.13).

Deve, pertanto, ritenersi che la perdita del diritto alla retribuzione non integra ex se “il pregiudizio imminente ed irreparabile di cui all’art. 700 c.p.c.”, in quanto il ricorso alla cautela atipica non può assumere la connotazione impropria di rimedio ordinario nei casi di licenziamento illegittimo. Al contrario, l’esistenza del pregiudizio deve essere provata concretamente in relazione all’effettiva situazione economica complessiva del lavoratore, all’esistenza di spese indilazionabili e alla compromissione dell’equilibrio psico-fisico dello stesso, che nel complesso giustificano l’irreparabilità del danno che subirebbe il ricorrente. In sostanza, il ricorso alla procedura ex art. 700 c.p.c. non può essere ritenuto ammissibile in qualsivoglia ipotesi di violazione di diritti del lavoratore, ma soltanto in quei casi in cui il rimedio risarcitorio non sia adatto a riparare integralmente la lesione subita, oppure in quei casi in cui la lesione implichi un’irreversibilità degli effetti pregiudizievoli causati ovvero una definitività del danno.

Il provvedimento di urgenza con cui si dispone la reintegra non è necessariamente assimilabile contenutisticamente e per effetti ad un ordine di reintegra, ai sensi dell’art. 18 succitato, né alla pronuncia di merito declaratoria dell’inefficacia o della nullità del licenziamento.

L’art. 700 c.p.c. prescrive al Giudice soltanto l’emissione di provvedimenti più idonei ad assicurare in via provvisoria gli effetti della decisione sul merito.

Ne segue che la giurisprudenza ritiene che la facoltà del lavoratore di opzione per l’indennità sostitutiva non vada esclusa a seguito della richiesta di reintegra in sede cautelare; né è consumata per l’effetto della ripresa del lavoro conseguente al provvedimento, né per il procrastinarsi delle prestazioni anche *post* adozione della sentenza di reintegra e per il periodo contemplato ai fini dell’esercizio del diritto di opzione.

In tema di reintegra del dipendente, riforma in appello e ripetizione delle somme, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che tutti gli importi corrisposti dal datore di lavoro in esecuzione della sentenza che ordina la reintegra del lavoratore licenziato, anche per il periodo successivo alla data della pronuncia, integrano risarcimento del danno scaturente dall’illegittimo licenziamento e come tali sono interamente ripetibili a seguito della sentenza di riforma in appello che esclude con effetto immediato l’illecito e l’obbligo risarcitorio.

L’indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato ha natura esclusivamente risarcitoria del danno subito dal lavoratore per l’illegittimo licenziamento, per cui, in caso di riforma della sentenza che aveva dichiarato l’illegittimità del recesso, venendo meno l’illecito civile ascritto al datore di lavoro e non ricorrendo più l’obbligo di risarcimento a suo carico, le somme percepite dal lavoratore perdono il loro titolo legittimante e devono essere conseguentemente restituite sin dal momento della riforma.

Costituisce principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte che nel giudizio di appello la richiesta di restituzione delle somme pagate dalla controparte in esecuzione della sentenza di primo grado non configura domanda nuova, essendo conseguente alla richiesta di modifica della decisione impugnata

(Cass. 21.12.01, n. 16170; Cass. 3.5.00, n. 5549; 16.6.98, n. 6002; 9.4.98, n. 3695), e pertanto può essere proposta in appello senza che a ciò sia di ostacolo, in una controversia soggetta al rito del lavoro, la preclusione fissata dall'art. 437 c.p.c. (...). Riguardo al secondo profilo di censura, in ipotesi di riforma in appello della sentenza di primo grado che abbia ordinato la reintegrazione nel posto di lavoro, alcune sentenze (Cass. 10.12.99, n. 13854; Cass. 14.5.98, n. 4881), hanno ritenuto ripetibili le somme ricevute dal lavoratore a titolo di risarcimento del danno per il periodo di licenziamento all'ordine di reintegra, affermando invece la non ripetibilità di quelle ricevute dalla sentenza di reintegra alla sentenza di riforma; veniva infatti attribuita alle prime natura risarcitoria ed alle seconde natura retributiva, ritenendosi che l'indennità corrisposta per il periodo successivo alla sentenza non avesse titolo nella illegittimità del licenziamento, ma nell'inottemperanza all'ordine di reintegrazione che, non essendo coercibile, implicava la scelta del datore di non utilizzare le prestazioni lavorative nonostante l'intervenuta ricostituzione del rapporto (Cass., s.l., 21.2.04, n. 3509 in *www.altalex.it*).

La più recente giurisprudenza, tuttavia, è decisamente orientata su una diversa lettura dell'art. 18 della l. n. 300/70, nel nuovo testo introdotto dalla l. n. 108/90, più aderente alla formulazione della norma, lettura in base alla quale

tutti gli importi erogati dal datore di lavoro in esecuzione della sentenza che ordina la reintegra del lavoratore licenziato, anche per il periodo successivo alla data di questa decisione, costituiscono risarcimento del danno derivante dall'illegittimo licenziamento e come tali sono interamente ripetibili a seguito della sentenza di riforma in appello che esclude con effetto immediato l'illecito e l'obbligo di risarcimento (...) Sebbene la giurisprudenza sopra richiamata riguardi la situazione che si produce per effetto della sentenza di primo grado che abbia disposto la reintegrazione e che sia stata poi riformata, la questione non è diversa da quella che si produce quando la condanna alla restituzione riguarda somme ottenute originariamente con decreto ingiuntivo basato su ordine di reintegrazione per effetto di provvedimento ex art. 700 c.p.c., successivamente travolto in sede di merito, dove, in appello la domanda del ricorrente viene rigettata; il provvedimento d'urgenza, infatti, ha la sola funzione di assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza di merito della quale non può avere maggiore incisività (Cass., s.l., 21.2.04, n. 3509 in *www.altalex.it*).

In prosieguo, la Cassazione ha preso in esame nuovamente la modifica dell'art. 18 l. n. 300/70 intervenuta ad opera della l. n. 108/90. L'articolo novellato qualifica il risarcimento del danno come quella indennità che deve commisurarsi alla retribuzione del periodo che va tra il licenziamento e la effettiva integrazione. Ciò giustifica l'interpretazione seguita dai giudici d'appello. "Sempre a seguito del nuovo testo dell'art. 18, come modificato dalla l. n. 108/90, le somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado che abbia dichiarato illegittimo il licenziamento ovvero ordinato la reintegrazione del lavoratore, per l'illegittima risoluzione del rapporto, di modo che con la riforma in appello della sentenza che abbia dichiarato l'illegittimità viene a cadere l'illecito civile ascritto al datore di lavoro e non

sussiste più obbligo di risarcimento a suo carico, pertanto le somme percepite dal lavoratore perdono il loro titolo legittimamente e devono essere conseguentemente restituite fin dal momento della riforma” (PACIOTTI).

In tema di conseguenze del licenziamento illegittimo, il nuovo testo dell’art. 18 l. n. 300/70 ha unificato i periodi *pre* e *post* sentenza (di reintegra nel posto di lavoro), unificandoli sotto il comune denominatore dell’obbligo risarcitorio, con la conseguenza che, una volta accertata la legittimità del recesso, anche le somme erogate a titolo risarcitorio per effetto di un provvedimento *ante causam* di reintegra del lavoratore licenziato ex art. 700 c.p.c. sono ripetibili, trovando anche tali somme il proprio titolo nella illegittimità del licenziamento e non nell’inosservanza del datore di lavoro all’obbligo di conformarsi all’ordine del giudice di reintegra del lavoratore (Cass., s.l., 11.12.06, n. 26340, in *Studiolegalelaw.it*).

Inoltre, in tema di licenziamento illegittimo, l’indennità prevista dall’art. 18, comma 5, l. n. 300/70:

può essere chiesta al datore di lavoro anche con il ricorso per ottenere il provvedimento cautelare di reintegrazione nel posto di lavoro ed il corrispondente obbligo del datore di lavoro nasce in tal caso con il provvedimento cautelare, salvo il suo successivo venir meno in caso di esito negativo del giudizio. (Cass., s.l., 25.01.11, n. 1690, in *ItalggiureWeb.it*)

In caso di inottemperanza del datore di lavoro all’ordine di reintegra ex art. 700 c.p.c., è stata rilevata l’insuscettibilità di esecuzione specifica di detto ordine che è configurabile solo per le obbligazioni di *facere fungibile*.

Tale impostazione, come è dato evincere dal tenore letterale e dalla *ratio* ispiratrice dell’art. 18 l. n. 300/70, è supportata dalla giurisprudenza della S.C. (Cass., s.l. 11.8.88, n. 112, in *CED, Corte cass.*; Cass. civ., 4.9.90 n. 9125, in *CED, Corte cass.*; Cass. civ., 11.1.90 n. 46, in *CED, Corte cass.*), secondo cui l’obbligo di reintegra è inclusivo della riammissione del lavoratore all’interno dell’azienda quale condotta di *patis*, nonché quale ineliminabile comportamento attivo datoriale di tipo organizzativo-funzionale e consistente nell’impartire al dipendente le opportune direttive nell’ottica di un rapporto collaborativo reciproco ed infungibile.

Peraltro, essendo evidente che il provvedimento cautelare vada attuato in concreto, la più recente giurisprudenza di merito, ha distinto obblighi infungibili e fungibili di cui alla prestazione dovuta dal datore di lavoro così distinguendo le cosiddette sottoprestazioni fungibili la cui realizzazione coattiva va ammessa (ad esempio: la ricostituzione della posizione assicurativo-contributiva nell’assicurazione generale obbligatoria presso gli enti pubblici previdenziali o la reiscrizione del lavoratore nel libro paga e matricola).

Alle sottoprestazioni fungibili è applicabile lo strumento di cui all’art. 669 - *duodecies* c.p.c..

Di converso,

nell'ipotesi in cui il lavoratore, licenziato e successivamente reintegrato con provvedimento d'urgenza, non riprenda il lavoro nel termine di trenta giorni dal ricevimento dell'invito in tal senso rivoltogli dal datore di lavoro (ovvero nel diverso termine indicato nel suddetto provvedimento), il rapporto deve ritenersi risolto, con preclusione dell'esercizio di opzione per l'indennità sostitutiva. (Cass., s.l., 1.12.10, n. 24350, in *Mass. Giur. It.*, 2010)

3. Cautela atipica e trasferimento illegittimo.

In quanto alla tematica del trasferimento illegittimo, a mente dell'art. 2103 c.c., che prevede che il lavoratore non possa essere trasferito da una unità produttiva ad altra unità se non nei casi di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, si osserva che laddove il datore di lavoro non disponga il trasferimento in conformità, il lavoratore potrà adire il Giudice del lavoro in via di urgenza per l'ottenimento della sospensione in via cautelare dell'efficacia del provvedimento di trasferimento. Anche in tale ipotesi non si può prescindere dalla sussistenza del duplice presupposto del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

La giurisprudenza di merito si è reiteratamente pronunciata sulla tematica.

In caso di trasferimento, sussiste il *periculum in mora*, necessario per l'emanazione di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., quando dal provvedimento derivino al lavoratore comprovati pregiudizi alla vita familiare e di relazione, non risarcibili per equivalente (Trib. Roma, 26.1.00, in *Dir. Lav.* 2000,400).

Acquista quindi rilievo il fattore temporale a fronte del quale il ricorrente non ha altra scelta che avvalersi della tutela d'urgenza.

Nel caso di trasferimento del lavoratore è esperibile il procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.; in tale caso è idonea a configurare il *periculum in mora* previsto da tale norma l'impossibilità per il lavoratore di far valere i suoi diritti in via ordinaria derivante dalla ristrettezza temporale tra la data di adozione del provvedimento e quella dell'attuazione del medesimo (Pret. Campobasso, 14.1.99, in *Dir. Lav.* 1999, 579).

Di conseguenza occorre evitare che, in attesa della definizione del giudizio di merito, possa integrarsi un pregiudizio irreparabile ai danni dei diritti del lavoratore.

Nel caso di trasferimento del lavoratore, è esperibile il procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.; in tal caso, ai fini della configurabilità del *periculum in mora* previsto da tale norma deve attribuirsi rilevanza decisiva alla necessità di evitare che, nelle more del giudizio di merito, possano essere minacciati da un pregiudizio irreparabile i diritti della persona connessi alla posizione sociale e familiare acquisita dal lavoratore nel luogo di lavoro (Pret. Parma, 16.3.99, in *Dir. Lav.* 1999, 581).

Il giudice di legittimità ha, inoltre, statuito che:

Nel rito del lavoro, la domanda può ritenersi proposta nei confronti di un determinato soggetto quando nel ricorso questi sia indicato con le modalità previste dall'art. 414 c.p.c., l'oggetto della domanda ("petitum") sia determinato e gli elementi di fatto e diritto giustificativi ("causa petendi") della pretesa siano specificamente esposti, unitamente alle conclusioni, dovendosi escludere, ove sia stata anteriormente chiesta una tutela in via cautelare atipica, che ad individuare, nei termini anzidetti, la domanda del giudizio di merito sia sufficiente - salva la possibilità di essere autorizzati, nel corso del processo di primo grado, a modificarla ex art. 420 c.p.c. - il richiamo al ricorso d'urgenza, attesa la mera eventualità che il giudizio di merito segua quello cautelare atipico e la non necessaria omogeneità tra l'uno e l'altro. (Nella specie, la S.C., nel rigettare il ricorso, ha ritenuto la correttezza della decisione impugnata, che, nell'interpretare l'originario ricorso introduttivo, aveva rilevato che i ricorrenti, dopo aver chiesto in via cautelare, la reintegra nel posto di lavoro nei confronti di una pluralità di soggetti, nel successivo giudizio di merito avevano formulato le proprie domande espressamente solo nei confronti di colui che, asseritamente, era l'attuale datore di lavoro, limitandosi, con riferimento alle altre posizioni, a richiamare il ricorso d'urgenza e a farne menzione in successive note autorizzate) (Cass., s.l., 2.4.09, n. 8070, in *www.italggiureweb*).

L'inosservanza delle norme sostanziali e procedurali concernenti la comminatoria delle sanzioni disciplinari integra gli estremi del *fumus boni iuris* onde ottenere la sospensione cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. della misura affittiva anche quando si abbia un trasferimento che mascheri una sanzione disciplinare o, comunque, ad essa equivalga.

È ammissibile il ricorso alla procedura d'urgenza per impugnare un provvedimento di trasferimento, potendo individuarsi il pregiudizio imminente ed irreparabile, laddove il trasferimento assuma il valore di sanzione disciplinare, nella lesione della dignità del lavoratore (Trib. Pordenone, 21.10.00, in *Lav. Giur.* 2001, 363).

Ai fini di quanto dispone l'art. 669 *quater* c.p.c., perché possa parlarsi di causa pendente per il merito e, quindi, di competenza del giudice della stessa a pronunciare sulla domanda di provvedimento d'urgenza, occorre che sussista un rapporto di inerenza attuale tra tale domanda e la lite in corso, nel senso che questa deve comprendere l'accertamento del diritto per la cui tutela pende, in via provvisoria, il provvedimento d'urgenza.

Tale rapporto è ravvisabile tra la causa avente per oggetto la legittimità di un precedente trasferimento del lavoratore e la richiesta del lavoratore stesso rivolta a ottenere la sospensione del nuovo trasferimento disposto dal datore di lavoro (Pret. Nocera Inferiore, 20.1.98, est. Viva, in *D&L* 1998, 718).

4. Demansionamento – mansionismo e *mobbing*.

Demansionamento, dequalificazione, condotte vessatorie ed abusanti integranti *mobbing* ben possono occasionare la tutela d'urgenza. Per il demansionamento si tratterà di ottenere l'immediata reintegra nelle mansioni pregresse e nella adozione delle opportune cautele atte ad evitare l'integrarsi del pregiudizio grave ed irreparabile in costanza del giudizio di merito ove sarà ottenibile anche il risarcimento del danno subito sotto la progettazione – ad esempio – di condotte mobbizzanti.

Tuttavia, deve evidenziarsi che, nelle fattispecie peraltro tutt'altro che infrequenti nel lavoro pubblico contrattualizzato, in cui un dipendente abbia proposto una prima causa per l'ottenimento di differenze retributive da mansionismo in cui sia risultato vittorioso e, di poi, una successiva causa per demansionamento (ad esempio, perché l'amministrazione datrice di lavoro abbia restituito il lavoratore alle mansioni proprie della categoria di appartenenza come inderogabilmente era tenuta a fare anche per evitare ulteriori giudizi laburistici per i periodi successivi con ampio grado di soccombenza in ragione della sfavorevole sentenza presupposta), il ricorso alla tutela giudiziale ex art. 700 c.p.c. e/o di merito, si appalesa alquanto temerario.

Chi è beneficiario di differenze retributive da mansioni superiori, non può poi dolersi se la P.A. lo ricolloca alla categoria spettantegli.

In tema di mansionismo, difatti, l'incidenza in sede erariale delle pronunzie di condanna con esito di soccombenza delle amministrazioni convenute è apprezzabile sotto il profilo del **danno patrimoniale indiretto**.

Giova rammentare, al riguardo, che in materia di attribuzione di mansioni superiori, l'art. 56 del d.lgs. n. 29/93, come di poi modificato dal d.lgs. n. 80/98, ha stabilito il limite di sei mesi, eventualmente prorogabili di ulteriori sei mesi, ma a condizione che nel frattempo siano state bandite le procedure selettive per la copertura del posto vacante; parimenti, l'art. 52, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 165/2001 ha stabilito che "per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. In tale caso, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore".

L'attribuzione di mansioni superiori è un provvedimento generale di supplenza di carattere temporaneo e provvisorio, subordinato al presupposto della vacanza di posto in organico ed alla condizione dell'avvio di procedure per la copertura del posto vacante.

Quanto alla sussistenza della colpa grave dei soggetti convenibili in giudizio, ai fini dell'affermazione della responsabilità amministrativa a loro carico per il danno provocato all'Amministrazione, la stessa va ravvisata, quanto meno, nella negligente omissione di qualunque attività di verifica circa la legittimità dell'effettuazione di mansioni superiori da parte del ricorrente e nell'incuria tenuta in ordine alla necessità di ricondurre la situazione di fatto

a quella di diritto, oltre alla violazione del principio di buona amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost., cui costoro erano inderogabilmente tenuti nell'esercizio delle proprie funzioni.

L'attribuzione della qualifica superiore non esige affatto che l'assegnazione delle mansioni superiori avvenga mediante un **provvedimento formale**, essendo sufficiente anche un **comportamento concludente** con cui manifesti il consenso all'espletamento delle mansioni superiori (*ex plurimis*: Cass. n. 7018/2000; Cass. n. 3361/1983).

È vero, infatti, che, a norma dell'art. 56, comma 6, del citato decreto, nel testo sostituito dall'art. 25 d.lgs. 31.3.1998 n. 80, poi modificato dall'art. 15 d.lgs. 29.10.1998 n. 387 e corrispondente ora all'art. 52, comma 5, del d.lgs. 30.3.2001 n. 165, in caso di assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, l'assegnazione è **nulla**, "ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore", e ciò senza sbarramenti temporali, in applicazione del principio di retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. (cfr. Cass. Sez. Un. 11.12.2007, n. 25837; Cass. 14.6.2007, n. 13877 e Cass. 17.4.2007, n. 9130).

L'art. 36 della Costituzione ricollega la retribuzione non solo alla "quantità", ma anche alla "qualità" del lavoro prestato: requisito, quest'ultimo, che non può essere assunto senza alcun nesso con la riconosciuta idoneità allo svolgimento di una certa prestazione lavorativa, nei modi legislativamente previsti.

Rilevano a quest'ultimo riguardo numerose pronunce della Corte dei Conti, secondo cui l'assunzione, da parte di pubblici dipendenti, di mansioni superiori alla qualifica comporta danno erariale, non potendo ritenersi utili, per l'amministrazione, prestazioni lavorative rese in maniera difforme da quella prevista dall'ordinamento (*ex plurimis*: C.d.C. Sez. I Appello n. 23/2001; Sez. III Appello n. 289/2004; Sez. I Appello n. 230/2008; Sez. Giur. Sicilia n. 2913/2008 e Sez. Giur. Campania n. 1513/04; Sez. Giur. Lazio, 28.10.10, n. 2019 e 10.09.2014, n. 665). Perciò, le esplicite norme di divieto di assegnazione stabilizzata di mansioni superiori alla qualifica, dettate in materia di pubblico impiego (art. 2, primo e secondo comma, d.P.R. n. 761 del 1979; art. 14, settimo comma, l. n. 207 del 1985; art. 57, d.lgs. n. 29 del 1993), rivestono il carattere di **norme imperative**, direttamente incidenti sulla liceità della causa del negozio giuridico, con le conseguenze di cui al combinato disposto degli artt. 2126, primo comma e 1343 c.c.

Pertanto, la responsabilità degli intranei si radica nella violazione del **generale divieto di attribuzione di mansioni superiori**, posto per le Pubbliche Amministrazioni dall'art. 56 del d.lgs. n. 29/93 come dapprima sostituito e poi modificato dai d.lgs. n. 80/98 e n. 387/98 e quindi recepito nell'attuale art. 52 del d.lgs. n. 165/2001.

Ai fini dell'azione erariale assume, poi, precipuo rilievo l'esplicito disposto del successivo comma 5 dello stesso articolo, secondo il quale la violazione del divieto *de quo* costituisce causa di responsabilità amministrativa a carico del

dirigente che abbia disposto l'assegnazione nulla. Connota in termini di grave negligenza inescusabile l'operato dei superiori gerarchici sia in termini di mancata osservanza della legge, bensì anche di complessiva "gestione" del rapporto lavorativo con il dipendente adibito a mansioni improprie, specie allorché non sia stato neanche contemplato un limite temporale di svolgimento: con ciò configurandosi, oltre ad una inescusabile *ignorantia legis*, una carente ponderazione delle conseguenze negative per l'ente.

La sentenza civile, intervenuta tra P.A. e dipendente, costituisce elemento valutabile dal giudice contabile, a nulla rilevando che parte convenuta in sede di rivalsa erariale sia rimasta estranea al processo civile, non essendo compromesso il diritto di difesa nel giudizio di responsabilità (C.d.C. Sez. Giur. Toscana, 17.04.07, n. 357).

In quanto all'invocabilità dell'utile versione (*compensatio lucri cum damno*), si osserva che le Sezioni Riunite della Corte dei Conti in sede giurisdizionale con sentenza n. 49/1997 hanno escluso la *compensatio* ed analogamente si sono espresse Sezione III centrale nn. 62 e 123 del 2000, nonché Sezione II n. 126/2006.

Sulla tematica si è pronunciata anche la giurisprudenza amministrativa, consolidatasi nel senso di negare rilevanza, sia ai fini della progressione in carriera che ai fini retributivi, allo svolgimento da parte di pubblici dipendenti di mansioni superiori a quelle proprie della qualifica rivestita.

I Giudici contabili hanno ritenuto fondato tale orientamento essendo lo stesso sostanzialmente basato sui fondamentali assunti dell'inapplicabilità nel rapporto di pubblico impiego dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, della non configurabilità come fonte diretta di integrazione del rapporto stesso dell'art. 36 Cost. e della necessità di riferimento alla qualifica e non alle mansioni, per l'individuazione della retribuzione da corrispondere.

Ciò in quanto gli interessi coinvolti hanno natura indisponibile e l'erogazione dei compensi per le prestazioni rese deve avere nel provvedimento di nomina o di inquadramento il suo presupposto indefettibile, non potendo tali elementi costituire oggetto di libere determinazioni di dipendenti.

Al rigore dei suddetti principi, venuti meno con carattere di generalità solo in virtù del d.lgs. n. 387/1998 ed a decorrere dall'entrata in vigore di esso (cfr. Cons. Stato, V Sezione, 15.01.02, n. 1881), poteva derogarsi nel sistema ordinamentale precedente solo in presenza di espresse normative che lo avessero consentito e nei limiti dalla stessa precisati.

Ciò era non solo del tutto inconfigurabile, ma anche palesemente illegale. Espresse normative, ad esempio, erano quelle di cui all'art. 29 del d.P.R. n. 761/1979 per cui l'amministrazione (azienda sanitaria locale) poteva prendere atto dell'espletamento di funzioni superiori e conferire l'incarico formale per l'effettuazione delle funzioni superiori, limitato temporalmente dando atto - al secondo comma.

Di conseguenza, risulta inapplicabile l'utile versione in sede contabile per danno patrimoniale indiretto a seguito di soccombenza in sede giudiziale laboristica della P.A. per differenze retributive da mansionismo.

Si evidenziano due profili ostativi: da un lato, in presenza di una violazione di legge non è possibile configurare benefici, nella misura in cui il teorico minor costo del lavoratore affidatario delle mansioni superiori, rispetto alla stabile assunzione di uno di corrispondente livello, va piuttosto posto in relazione con la perdita subita per il mancato espletamento delle mansioni sue proprie.

Dall'altro, la sanzione della nullità dell'atto di conferimento integra un danno *in re ipsa*, poiché la corresponsione delle differenze retributive è disposta in funzione di tutela del lavoratore ex art. 36 Cost.

Al riguardo, si evidenziano due profili ostativi: da un lato, **in presenza di una violazione di legge non è possibile configurare benefici**, nella misura in cui il teorico minor costo del lavoratore affidatario delle mansioni superiori, rispetto alla stabile assunzione di uno di corrispondente livello, va piuttosto posto in relazione con la perdita subita per il mancato espletamento delle mansioni sue proprie.

Dall'altro, la sanzione della nullità dell'atto di conferimento integra un danno *in re ipsa*, poiché la corresponsione delle differenze retributive è disposta in funzione di tutela del lavoratore ex art. 36 Cost.

La circostanza, poi, che sia intervenuto un provvedimento formale di assegnazione del dipendente a mansioni superiori, anche risalente nel tempo, ed adottato in difetto dei presupposti richiesti dalla normativa pregressa, comporta che dell'illecito erariale debba essere ritenuto responsabile anche quell'intraneo che tale provvedimento adottò, anche allorquando il periodo coperto da sentenza di condanna in sede civile sia circoscritto ad un arco temporale successivo (come inevitabilmente si ha per declaratoria di difetto di giurisdizione del Giudice ordinario per i periodi *ante* 1998).

Invero, il primo atto di assegnazione integra l'**antecedente logico – causale** da cui è scaturito l'evento lesivo di danno.

È palese che allorquando vi sia mobbing, i risvolti risarcitori sono immancabili con conseguenti implicazioni contabili in sede di rivalsa erariale.

Difatti, se l'Amministrazione Pubblica subisce un danno erariale da esborso economico derivante dal pagamento del *quantum* di cui a sentenza di condanna civile risarcitoria ancorchè provvisoriamente esecutiva e non irrevocabile, sarà convenibile in giudizio quel dirigente od apicale o funzionario che abbia determinato con la propria condotta illecita quegli atti o comportamenti causativi di pregiudizio nei confronti del dipendente dai quali sia poi insorto l'obbligo di refusione del danno.

La giurisprudenza della Corte dei Conti, sebbene si tratti di tematica ancora di recente acquisizione, si è già pronunciata positivamente in diverse occasioni (Corte Conti Sicilia 25.11.05, n. 3660; Corte Conti Lombardia 20.09.05, n. 579; Corte Conti III Centrale Appello 25.10.05, n. 623 in *www.corteconti.it – banca dati sentenze*).

In caso di condotta antisindacale del datore di lavoro (art. 28 l. n. 300/70) ed in ipotesi di giudizio di opposizione a decreto, va ammessa la cautela atipica.

Come evidenziato da autorevole dottrina (DI STASI), “ il sindacato ha sempre interesse a chiedere tutela contro la violazione di diritti sindacali (in quanto tale lesione è sempre idonea a limitare il libero esercizio dell’attività sindacale in genere) a prescindere dal fatto che la lesione si sia verificata in capo al sindacato stesso, od alla rappresentanza unitaria od al singolo lavoratore (...)”

Se non si riconoscesse la legittimazione attiva della RSU ex art. 28 si porrebbe un problema di effettività della capacità sindacale della RSU, con compressione della possibilità di garantire la tutela dei diritti di tale organismo una volta che siano stati lesi dal datore di lavoro, a prescindere della reazione giudiziale del sindacato territoriale.

Una diversa interpretazione potrebbe sollevare una questione di costituzionalità dell’art. 28 nella parte in cui nega ad alcuni soggetti sindacali fruitori dei diritti sindacali la speciale tutela processuale garantita dall’art. 28 l. n. 300/70, a meno di sostenere una totale equipollenza di questo procedimento con quelli cautelari previsti dal c.p.c.”

Invero, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile il ricorso proposto congiuntamente ed alternativamente nelle due forme cautelari di cui all’art. 700 c.p.c. e 28 l. n. 300/70, in quanto anche se l’ordinamento offre al sindacato un procedimento straordinario di cui al citato art. 28, che si connota per la sua rapidità. Peraltro, laddove non sussistono i requisiti per la tutela cautelare proprio in ragione del carattere di sussidiarietà, il ricorso va prima vagliato ex art. 28 e, qualora come tale non sia qualificabile, va esaminato ai sensi dell’art. 700 c.p.c.

5. Cautela atipica e contenzioso assicurativo - contributivo da opposizione a cartella esattoriale.

In materia di contenzioso esattoriale ed, in particolare, di opposizione a cartella esattoriale per omesso o ritardato versamento di contributi dovuti agli enti pubblici previdenziali quali enti impositori, si pone la problematica dell’ammissibilità o meno della tutela cautelare e, segnatamente, di quella d’urgenza.

A seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 46/99, i crediti contributivi sono stati oggetto del c.d. “infasamento” in quanto sono venute meno le azioni recuperatorie demandate alle avvocature interne, laddove presenti, ovvero a legali esterni di detti enti pubblici, in ragione della cartolarizzazione e cessione dei crediti in questione, eccezion fatta per quelle partite creditorie che fossero già state azionate coattivamente.

Pertanto, come solitamente accade, il debitore, in sede di ricorso in opposizione innanzi al Giudice del lavoro, propone anche istanza di sospensione della cartella di pagamento assumendo l’erroneità dell’accertamento sul quale la cartella si basa, ad esempio perché, a suo dire, trattasi di contribuzione prescritta, già corrisposta in tutto od in parte o comunque non dovuta. In detta

istanza parte ricorrente ha l'onere di dedurre il duplice requisito del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Pertanto, salvo che il Giudice non provveda *inaudita altera parte*, fissa con ordinanza l'udienza di discussione dell'istanza di sospensione, qualificata come domanda cautelare con termine per la notificazione del ricorso e del decreto a parte avversa. Il ch  implica l'applicazione del rito cautelare allorch  si desuma inequivocabilmente dalla espressa qualificazione della domanda come tale nonch  dalla fissazione di un termine a comparire diverso da quello prescritto dal codice di rito ai fini del giudizio di merito.

Tuttavia, secondo un certo orientamento della giurisprudenza di merito, non   possibile invocare l'applicazione del rito cautelare all'istanza di sospensione della cartella esattoriale.

Ritiene per  questo giudice che non possa essere applicato il rito cautelare all'istanza di sospensione della cartella di pagamento ai sensi dell'art. 24 legge n. 46/99. Ci  a motivo dell'incompatibilit  della disciplina della sospensione con il rito cautelare. Com'  noto l'art. 669 - *quaterdecies* c.p.c. prevede l'applicazione delle norme del rito cautelare (art. 669 - *bis* e ss. c.p.c.) ai provvedimenti cautelari "in quanto compatibili". Questo giudice ravvisa per  l'incompatibilit  tra il rito cautelare e la disciplina dell'istituto della sospensione della cartella di pagamento ai sensi dell'art. 24 l. n. 46/99. La sospensione   prevista dal comma 6 che cos  dispone: "Nel corso del giudizio di primo grado il giudice del lavoro pu  sospendere l'esecuzione del ruolo per gravi motivi"

(Trib. Reggio Calabria, 18.9.06 inedita).

La predetta incompatibilit  viene desunta da una serie di circostanze.

Questa essendo la normativa, l'incompatibilit    arguibile dalle seguenti circostanze.

a)   esclusa la configurabilit  di una sospensione *ante causam*. Gi  questa occorrenza segnala una mancanza di analogia tra il provvedimento in parola ed i provvedimenti cautelari.   infatti agevole notare come la proponibilit  della domanda cautelare *ante causam* costituisca un tratto essenziale, o comunque qualificante, della disciplina dei procedimenti cautelari.

b) La previsione del comma 6 preclude inoltre la ravvisabilit  di un'altra delle caratteristiche essenziali del rito cautelare, vale a dire l'autonomia del procedimento cautelare rispetto al giudizio di merito.

Infatti il comma 6 dell'art. 24 l. cit. configura la sospensione come provvedimento interno al giudizio di merito e dunque soggetto alle regole di questo.

c) Non vale quindi obiettare che il rito cautelare prevede la possibilit  di proporre la domanda cautelare in corso di causa.

ca) Infatti, in primo luogo   questa una facolt  e non una condizione indefettibile per la proponibilit  della domanda, come invece per l'istanza di sospensione.

cb) In secondo luogo, anche in caso di domanda cautelare in corso di causa, si applica un procedimento diverso da quello del merito, sottoposto a proprie regole. Il che invece deve escludersi riguardo alla sospensione prevista dall'art. 24, comma 6, l. n. 46/99 se, come reputa il giudicante, l'espressione utilizzata dal legislatore ("Nel corso del giudizio di primo grado") va letta non in modo riduttivo, nel senso ci  di

escludere solo la sospensione *ante causam*, ma nel senso più pregnante per cui l'istituto della sospensione si situa entro l'ambito del giudizio di merito con le cui regole opera.

d) L'incompatibilità emerge con ancora maggiore evidenza a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 80/05. In particolare, viene qui in rilievo la modifica concernente l'art. 669 - *octies* c.p.c. che ha eliminato la necessità di iniziare il giudizio di merito in relazione ai provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. Dunque, come si è notato in dottrina, è venuto meno, in relazione ai provvedimenti anticipatori, il nesso strutturale tra provvedimento cautelare e giudizio di merito (Trib. Reggio Calabria, 18.9.06 inedita).

Ora, la sospensione *de qua* - ove le si attribuisca natura *stricto sensu* cautelare - rientra tra i provvedimenti anticipatori o di regolamentazione provvisoria, per i quali vige quindi il nuovo regime della strumentalità attenuata, caratterizzato dall'essere il provvedimento cautelare concepito come potenziamente idoneo a regolare senza limiti di tempo la situazione controversa. Sono quindi idonei, tali provvedimenti, a stare da soli.

Ma ciò è quanto deve essere escluso con riguardo alla sospensione di cui all'art. 24 l. n. 46/99. Il fatto che il comma 6 preveda la concedibilità della sospensione solo nel corso del giudizio di merito impedisce di riconoscere al provvedimento di sospensione l'idoneità potenziale a disciplinare la situazione controversa indefinitamente nel tempo. Imponendo invece di ritenere immancabile la definizione del giudizio di merito, con indefettibile destinazione della sospensione a vedersi assorbita dalla pronuncia che tale giudizio (di merito) definisce.

Dunque, usando una terminologia invalsa dopo le novità normative sul rito cautelare, il comma 6 prevede una strumentalità non attenuata. Prevede pertanto una disciplina che è incompatibile con il regime (di strumentalità attenuata) introdotto per i provvedimenti anticipatori o di regolamentazione provvisoria fra i quali va inclusa, ove le si riconosca natura propriamente cautelare, la sospensione.

Per questi motivi va esclusa l'applicabilità del rito cautelare con le conseguenze del caso. Il che comporta nel caso di specie che non può dirsi regolarmente instaurato il contraddittorio, per non essere stato applicato il rito di merito. Non si tratta solo della mancata concessione alla parte resistente del termine a comparire previsto dalla legge per il giudizio di merito. Così fosse, si dovrebbe rilevare che parte resistente non ha eccepito la violazione del termine a comparire. È piuttosto la diversità di rito che viene ora in rilievo. Il diverso termine è solo un inequivocabile segno del rito che il giudice ha ritenuto di applicare.

Pertanto, la concessione della sospensiva è configurabile soltanto laddove sussistano ragioni di urgenza qualificata.

Giova precisare che ad avviso di questo giudice è possibile la concessione della sospensione ex art. 24 comma 6 anche prima dell'instaurazione del contraddittorio. Ma ciò (...) è possibile solo in presenza di ragioni di urgenza qualificata, in presenza delle

quali anche nel tempo necessario per l'attivazione del contraddittorio può prodursi un giudizio irreparabile. In mancanza di esse, la sospensione è concedibile solo nel contraddittorio delle parti. Tali ragioni di urgenza qualificata, come condivisibilmente osservato nella predetta ordinanza, non sono state dimostrate nel caso in esame. Ration per cui da un lato non è possibile concedere la sospensione *inaudita altera parte* o, come nel caso di specie, a contraddittorio irregolarmente costituito, per mancanza di urgenza qualificata. Dall'altro lato, non è possibile concedere la sospensione per non essere stato ritualmente instaurato il contraddittorio. L'istanza diretta alla sospensione immediata della cartella di pagamento va pertanto rigettata (Trib. Reggio Calabria, 18.9.06 inedita)

6. L'attuazione coattiva del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. nel rapporto di pubblico impiego contrattualizzato.

Mancando specifiche previsioni normative inerenti alla attuazione dei provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi infungibili, si rileva l'insuscettibilità degli stessi ad essere coattivamente eseguiti.

Tuttavia, ciò non può peraltro tradursi in un vuoto di tutela essendo palese che, specie con riguardo alla tutela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., deve comunque garantirsi l'attuazione della misura cautelare.

Non essendo sufficiente invocare il disposto di cui all'art. 388 c.p., la recente giurisprudenza di merito è intervenuta nella tematica individuando altre possibili soluzioni operative.

Dalla devoluzione al Giudice ordinario della giurisdizione sul **rapporto di pubblico impiego contrattualizzato o privatizzato**, è scaturita anche l'attribuzione all'A.G. in funzione di Giudice del Lavoro del potere di emissione di provvedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione e nell'ambito del rapporto di lavoro con i suoi dipendenti. Il ch  ha reiterato le difficolt  gi  incontrate dal Giudice dell'ottemperanza in sede amministrativa correlate all'esecuzione del precetto giudiziale che richiede alla P.A. un *facere* in termini di concreta attivit  esecutiva. Mentre avanti al G.A.,   espressamente regolamentato il giudizio di ottemperanza, ad analoghe conclusioni non pu  pervenirsi per la giurisdizione del G.O. sul pubblico impiego ove non risultano disciplinati n  gli aspetti dell'esecuzione del giudicato, n  delle pronunzie cautelari, bench  esse siano, per natura e funzione, inderogabilmente esecutive.

Fra le possibili opzioni ermeneutiche deve escludersi quella negatoria di qualsivoglia possibilit  di esecuzione coattiva che avrebbe l'effetto di privare l'intervento giurisdizionale di qualsivoglia effetto cos  pregiudicando l'effettivit  della tutela giurisdizionale.

Orunque, non pu  condividersi l'assunto sulla asserita infungibilit  di comportamenti del datore di lavoro, atteso che, pur se il rapporto di lavoro   contrattualizzato, occorre sempre tenere in debita considerazione che il predetto datore di lavoro   un soggetto pubblico e tale rimane, conseguendone che la sua condotta deve ispirarsi ai canoni di cui all'art. 97 Cost. ed alle rego-

le di buona amministrazione in ossequio al principio delle tre “e” (efficienza – efficacia ed economicità) ed a quello di legalità dell’agire pubblicistico.

L’infungibilità, quindi, concerne le sole mere condotte materiali, ma non è invocabile per quegli atti e provvedimenti formali che spesso in materia di pubblico impiego privatizzato fondano il presupposto necessario a base della condotta materiale che si esige per dare effettiva attuazione alle cautele accordate dall’art. 700 c.p.c..

L’esistenza di una variegata tipologia di condotte **elusive** che le amministrazioni pubbliche pongono in essere onde aggirare il comando giudiziale cautelare, è alquanto palese conseguendone che si debba poter individuare i meccanismi atti alla realizzazione concreta operativa dell’ordine cautelare legalmente dato.

Pertanto, nel novero dei predetti meccanismi si possono includere il ricorso alle modalità tipiche di cui all’art. 612 c.p.c., nonché il ricorso relativo alla nomina di un ausiliario diverso dall’ufficiale giudiziario che – ai sensi dell’art. 68 c.p.c. – è consentita ogni qualvolta ne sorge la necessità.

Ed allorquando, anche a fronte di atti, adottati anche coattivamente a mezzo dell’ausiliario, che siano idonei a specificare in concreto il comando giudiziale ed a renderlo operativo, accada che gli apicali responsabili rimangano ulteriormente inottemperanti, si potranno ravvisare a loro carico conseguenze di altra natura e, perciò, penali, contabili e disciplinari.

La giurisprudenza di legittimità, in ogni caso, ha evidenziato che la mancata esecuzione dei provvedimenti cautelari che richiedano per la natura personale delle prestazioni imposte ovvero laddove la natura interdittiva del provvedimento esiga per l’attuazione il contributo dell’obbligato, il rifiuto di ottemperare a detti provvedimenti costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante ai sensi dell’art. 388, 2° comma, c.p.

L’interesse tutelato dalla predetta norma non è l’autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l’esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione (Cass. pen., s.u., 5.10.07 n. 36692, in *D&L* 2008, 767).

Secondo una prospettazione **amministrativo-patrimoniale**, difatti, la Procura contabile potrà convenire in giudizio i dirigenti (od apicali in senso lato) **in sede di rivalsa erariale** qualora la P.A. abbia subito un esborso finanziario o comunque un danno pubblico determinato dalle condotte illecite loro ascrivibili e violative degli obblighi di servizio inerenti, nella specie, a dare esecuzione al *dictum* del G.O. in sede cautelare.

L’informativa erariale potrà essere inoltrata dall’A.G. civile, fermo restando l’obbligo normativizzato di denuncia in capo all’Amministrazione danneggiata.

È chiaro che se si ottemperasse regolarmente all’obbligo di informativa ovvero di denuncia erariale, le descritte fenomenologie comportamentali elusive dei pubblici apicali si ridurrebbero in modo consistente in ragione della note-

vole efficacia deterrente e sanzionatoria propria della responsabilità in sede contabile.

Al riguardo alquanto interessanti quelle ordinanze sulle istanze proposte dai dipendenti pubblici ai sensi dell'art. 669 - *duodecies* c.p.c. per l'attuazione di provvedimenti cautelari emessi ex art. 700 c.p.c.

Deve escludersi che l'A.G.O. possa trovare ostacoli nell'imporre l'esecuzione dell'ordinanza cautelare già emessa, perché:

Non può rivendicare l'amministrazione, nel rapporto gestionale con i propri dipendenti, alcun potere pubblicistico di autotutela, per l'ormai sancita privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, e l'attribuzione al giudice del lavoro del potere di emettere provvedimenti esecutivi e di condanna;

Neppure teoricamente accettabile appare la deduzione dell'infungibilità del comportamento richiesto all'intimato, sul parallelismo della condizione del privato datore di lavoro; (...)

(Trib. Reggio Calabria, 1.12.06 inedita).

Inoltre, assorbenti sono le seguenti considerazioni:

la natura privatistica della gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'ente pubblico non assimila *in toto* la Pubblica Amministrazione al privato datore di lavoro, restando sostanzialmente divergenti e differenziate le posizioni di autonomia del primo, tutelato nella libertà di iniziativa economica dall'art. 41 cost. (e che comunque sopporta direttamente le conseguenze negative, non solo risarcitorie, causate dalla propria condotta); laddove la pubblica amministrazione deve funzionalizzare la propria azione al perseguimento dell'interesse pubblico ex art. 97 cost., interesse che coincide con quello del rispetto della legalità nel caso in cui sia stata affermata la regola di condotta del caso singolo dall'ordine del giudice (come nella specie); che l'inapplicabilità nella specie dell'art. 41 cost. fa venir meno quel margine di libertà che costituisce il fondamento della dedotta infungibilità, e quindi elide in radice ogni incertezza relativa all'*an* dell'eseguibilità del comando giudiziale, che va comunque affermata, restando semmai da definire i limiti del *quomodo*, e cioè fino a qual punto possa spingersi l'intervento esecutivo esterno; che al riguardo appare l'infungibilità è concetto che definisce mere condotte materiali, e non si attaglia certamente all'adozione di quegli atti e provvedimenti formali che anche in materia di pubblico impiego privatizzato (a differenza che nel rapporto di lavoro privatistico vero e proprio) sono necessario presupposto della condotta materiale (ad es. inserimento del dipendente nella pianta organica, atto attributivo di diversa qualifica, ovvero formale inserimento del dipendente in un elenco di aspiranti cui necessariamente attingere, come nella specie, ecc.)

(Trib. Reggio Calabria, 1.12.06 inedita).

In ordine alla rilevanza dell'intervento del Giudice amministrativo in sede di attuazione della misura cautelare in materia lavoristico, la pronuncia *de qua* la esclude.

Nessuno spazio ha in sede di attuazione del presente cautelare l'intervento del G.A., sia perché questo opera sui diversi presupposti in materia di giudizio di ottemperanza, sia per il tenore dell'art. 669 - *duodecies* c.p.c. nella specie invocato; che invece

l'esperienza del G.A. appare recuperabile in fatto, essendo il giudice civile autorizzato dalla legge in via generale ad avvalersi di persona idonea, "quando ne sorga la necessità" ex art. 68 c.p.c., che solo per comodità può denominarsi *commissario ad acta*, dei provvedimenti idonei ad eseguire il comando giudiziale;

rilevato altresì che su tali premesse l'asserita ineseguibilità del comando, pur sostenuta da parte della giurisprudenza di merito, appare frutto di erronea prospettiva...ed inaccettabilmente compressiva delle posizioni giuridiche che, proprio, per l'attuale rischio di immediata ed irreparabile lesione, giudizialmente riconosciuto, hanno trovato tutela cautelare; che ancor meno si spiega tale diniego di effettiva tutela nell'ambito della cd. "privatizzazione del pubblico impiego", fondato su un rapporto non più autoritativo ma paritario nel rapporto di lavoro con la P.A., che finirebbe per ridurre le tutele del lavoratore al di sotto della soglia riconosciuta sia al dipendente privato che al pubblico dipendente in regime "pubblicistico".
(Trib. Reggio Calabria, 1.12.06 inedita).

7. Il nuovo rito della legge n. 92/12 (cosiddetta Riforma Fornero).

Il nuovo rito speciale, introdotto dalla riforma Fornero (l. n. 92/12), è applicabile unicamente alle controversie laburistiche relative a rapporti di lavoro assistiti da tutela reale e, perciò, soltanto a quelli rientranti nel disposto di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/70), nella formulazione sia pregressa che successiva a quella relativa all'entrata in vigore della nuova legge. Finalità della Riforma è quella di velocizzare, nel pubblico interesse, la definizione delle controversie in materia di licenziamenti (LEONE). La l. n. 92/12 si pone in netta controtendenza con la il d.lgs. n. 150/11 sulla semplificazione dei riti, in quanto, in ogni caso introduce un nuovo ed ulteriore rito, nonostante uno degli obiettivi del decreto era quello di individuare nel processo del lavoro, di cui agli artt. 414 e segg. c.p.c., uno dei tre processi al quale ricondurre una serie di diversi riti previsti nella legislazione speciale (SANTACROCE). Il rito di cui all'art. 1, commi 48 e segg. della l. n. 92/12 si applica alle controversie instaurate successivamente all'entrata in vigore della legge stessa e che il rito speciale è stato creato per le controversie alle quali oggettivamente si applica l'art. 18, escludendo che possa essere accolta la soluzione della facoltatività del rito. Parimenti, deve escludersi che sia possibile saltare la fase sommaria su impulso del solo attore: il tenore letterale della normativa non consente di ritenere la facoltatività unilaterale del rito Fornero, né la possibilità per l'attore di saltare la fase sommaria. Nel caso in cui l'attore scelga il rito ordinario il convenuto può eccepire l'erroneità del rito e chiedere che il giudice decida con ordinanza. Il rito è, invece, disponibile dalle parti, con riferimento alla sola fase sommaria; il giudizio si svolgerà nella fase di merito secondo le norme del rito speciale. La domanda di accertamento del datore di lavoro non vale a scongiurare l'impugnativa del licenziamento e, quindi, vi è interesse del datore di lavoro a dissipare l'incertezza in ordine alla sorte del licenziamento (nelle more del termine per l'impugnativa di licenziamento). In tale ipotesi, al fine di giungere ad una pronuncia di reintegrazione, deve ritenersi necessaria la domanda riconvenzionale del lavoratore (Ruffini). La rein-

tegrazione nel posto di lavoro può essere domandata solo laddove il licenziamento sia nullo ovvero risulti inesistente il fatto addebitato e posto a fondamento della sanzione espulsiva per giusta causa o giustificato motivo soggettivo ovvero, ancora, manifestamente insussistente il giustificato motivo addotto. La reintegra è possibile anche nell'ipotesi in cui, in relazione all'addebito formulato, il C.C.N.L. applicabile in azienda preveda espressamente solo la sanzione conservativa. Chi agisce giudizialmente per ottenere la declaratoria della illegittimità del licenziamento comminato dal datore di lavoro è tenuto a seguire un iter bifasico articolato in una **prima fase necessaria** volta ad apprestare una tutela urgente del lavoratore e che viene definita con una rapida decisione del giudice di accoglimento o di rigetto della domanda ed in una **seconda successiva di carattere meramente eventuale** di impugnazione della precedente decisione dell'A.G. e che si instaura ex art. 414 c.p.c., non novellato. Atto introduttivo del giudizio secondo il nuovo rito è il ricorso. L'udienza di comparizione viene fissata dal Giudice entro il termine di **40 giorni dal deposito del ricorso con assegnazione** al ricorrente di un termine per la notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione udienza alla parte resistente. Tale termine non è inferiore a 25 giorni rispetto alla data fissata per l'udienza, sicchè controparte ha l'onere di costituirsi entro il termine di cinque giorni prima dell'udienza stessa. All'udienza di comparizione il Giudice, "sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio", procede secondo le modalità ritenute più opportune agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, in conformità dell'art. 421 c.p.c., e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento od al rigetto della domanda. Ciò premesso, il nuovo rito non è stato coordinato con il procedimento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., astrattamente invocabile in ipotesi siffatte. Tuttavia, sulla tematica, la giurisprudenza di merito ha evidenziato che:

a) il rito ex l.92/2012 è facoltativo, ed è compito della parte scegliere se - per il proprio caso - sia più utile tale rito oppure il classico ex art. 414 c.p.c.; b) il datore di lavoro ha facoltà di utilizzare il nuovo rito per ottenere in tempi ridotti l'accertamento della legittimità del licenziamento intimato; c) l'esistenza del nuovo rito non elimina la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che continua a sopravvivere; d) sono inammissibili tutti i ricorsi rientranti nella tutela obbligatoria od aventi ad oggetto la richiesta di costituzione del rapporto per nullità della clausola oppositiva del termine; e) nel nuovo rito il regime delle preclusioni e delle decadenze è alleggerito in quanto non si decade dalla prova ma le parti devono offrire una completa prospettazione dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi.
(Trib. Firenze, s.l. 17.10.12).

Si è osservato che non è necessario istituire un parallelismo con la tutela di cui all'art. 700 c.p.c. in tema di *fumus* e ciò in quanto la scelta, per quanto concerne il rito Fornero, appare essere stata fatta a monte; l'art. 700 c.p.c. potrebbe essere ammissibile in fase di opposizione, laddove la fase sommaria si sia chiusa con un provvedimento di rigetto a sfavore del lavoratore (Leone).

Di recente, la Cassazione ha affermato che

In materia di licenziamento illegittimo, le somme erogate in favore del lavoratore ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, (nel testo "*ratione temporis*" applicabile, anteriore alle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92), sono giustificate dall'obbligo risarcitorio, derivante dall'illegittimità del licenziamento, e non dall'inosservanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di reintegra, senza che assuma rilievo l'offerta da parte del lavoratore della propria prestazione. Ne consegue che esse sono ripetibili, qualora siano state corrisposte in esecuzione di un provvedimento d'urgenza *ante causam*, emanato ai sensi dell'art. 700 c.p.c., successivamente revocato dalla sentenza di merito che accerti la legittimità del recesso. (Cass., s.l., ord. 3.7.14, n. 15251 in *www.italggiureweb*).

8. Questioni giurisprudenziali.

1. In caso di cessazione dell'attività del datore di lavoro, appaltatore dei lavori, per risoluzione del contratto d'appalto, la ditta subentrante è tenuta a garantire il mantenimento dei livelli di occupazione?

Cass. civ., s. l., 18.2.09, n. 8070

Motivi della decisione

Col primo motivo le ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 1321 e 1362 c.c., in relazione al c.c.n.l. per le imprese di pulizia, omessa pronuncia su un fatto decisivo e vizi di motivazione. Esse richiamano in realtà un atto del 28 maggio 1997, con cui il legale rappresentante della s.r.l. S., nuova appaltatrice dei lavori di pulizia già eseguiti dalle stesse ricorrenti alle dipendenze della precedente appaltatrice s.r.l. P., si sarebbe impegnata a garantire il mantenimento dei livelli di occupazione. La censura non è ammissibile.

La sentenza impugnata nega il diritto delle attuali ricorrenti ad essere assunte dalla S. in base ad un contratto integrativo regionale del 1991, da loro invocato, per non appartenenza della società ad alcuna delle associazioni stipulanti. L'atto del 28 maggio 1997, dalle medesime ricorrenti invocato, non è riportato ora nel suo contenuto in osservanza dell'art. 366 c.p.c., n. 3, con la conseguente inammissibilità della doglianza di omesso esame e comunque impossibilità di verificarne sussistenza e portata degli asseriti effetti obbligatori. Che poi la nuova appaltatrice fosse economicamente in grado di assumere le attuali ricorrenti è circostanza di fatto irrilevante, in mancanza di un obbligo di assumere.

La giurisprudenza di legittimità richiamata nel ricorso si riferisce all'onere gravante sul (datore di lavoro, di provare di non poter mantenere in servizio il lavoratore da lui stesso licenziato per motivo oggettivo, ed è perciò estranea alla fattispecie, qui in esame, di cessazione dell'attività del datore di lavoro, appaltatore di lavori, per risoluzione del contratto d'appalto.

Col secondo motivo le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 2112 c.c. e vizi di motivazione della sentenza impugnata. Esse sostengono che la società nuova appaltatrice dei lavori di pulizia adoperò gli stessi strumenti già usati dalla precedente appaltatrice, ciò che dimostrerebbe essere avvenuta una cessione di azienda, con il conseguente diritto, spettante ai dipendenti, di conservare il posto di lavoro.

La censura è infondata per avere la Corte d'appello escluso, con incensurabile apprezzamento di fatto, la prova dell'utilizzazione dei detti strumenti.

Col terzo motivo le ricorrenti lamentano la violazione dei suddetti c.c.n.l. e contratto integrativo aziendale, in realtà prospettando ancora l'omessa considerazione dell'atto del 1997, della cui attuale irrilevanza qui s'è detto a proposito del primo motivo.

Col quarto motivo le ricorrenti sostengono la violazione dell'art. 2070 c.c. e la violazione di un uso normativo oppure negoziale.

Da queste fonti deriverebbe il loro diritto ad essere assunte dalla nuova appaltatrice dei lavori di pulizia. Il motivo è privo di fondamento sia per difetto di prova dei detti usi, constatato incensurabilmente dal collegio d'appello, sia perché l'art. 2070 cit. c.c., concerne le categorie professionali a cui si applica il contratto collettivo ma non estende l'efficacia di questo ad imprenditori non iscritti alle associazioni stipulanti, ossia non lo rende efficace *erga omnes*. Ininfluyente è poi l'affermazione delle ricorrenti, secondo cui incomberebbe sul datore di lavoro l'onere di provare la sua non iscrizione ad alcuna delle dette associazioni: questa concreta circostanza non risulta essere stata oggetto di contestazione nell'attuale processo.

Col quinto motivo le ricorrenti lamentano violazione dell'art. 99 c.p.c. e vizi di motivazione, per avere la Corte d'appello negato la proposizione di domande contro le società P. e Sc., la prima già datrice di lavoro perché appaltatrice dei lavori di pulizia dei locali appartenenti alla E. h. Le ricorrenti sostengono di aver proposto domanda di reintegra nel posto di lavoro prima con un ricorso per provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., richiamato nell'atto introduttivo (art. 414 c.p.c.) del processo attuale, e poi, nel corso del processo, con le note autorizzate.

Il motivo non è fondato. Ai sensi dell'art. 414 cit., una domanda può considerarsi proposta contro il soggetto convenuto quando questi sia indicato nel ricorso con le indicazioni ivi previste, l'oggetto (*petitum*) sia determinato e gli elementi di fatto e di diritto giustificativi (*causa petendi*) siano specificamente esposti, insieme alle conclusioni. Nel corso del processo di primo grado, poi, le parti possono modificare domanda e conclusioni, ma solo se ricorrono gravi motivi, positivamente valutati dal giudice (l'art. 420 c.p.c., comma 1).

Stante la mera eventualità che il giudizio di merito segua il giudizio cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c., nonché la non necessaria omogeneità fra l'uno e l'altro giudizio, non è censurabile l'interpretazione del ricorso ex art. 414 cit., data dal giudice di appello, il quale escluda che una pretesa contro una certa persona, avanzata ex art. 700 cit., sia stata nuovamente espressa col successivo ricorso ex art. 414 c.p.c. e rilevi altresì non essere stata autorizzata ex art. 420 c.p.c., la modifica della domanda.

Inammissibile è il sesto motivo, con cui le ricorrenti, denunciando la violazione della l.n. 1369 del 1960 e vizi di motivazione, tentano inutilmente di ottenere da questa Corte di legittimità una nuova valutazione delle asserite prove del mero appalto di manodopera da parte della società appaltante i lavori di pulizia.

Rigettato il ricorso, la vicenda, che ha visto alcune persone perdere il posto di lavoro a seguito della ormai consueta risoluzione di un contratto d'appalto, seguita da conclusione di altro appalto con impresa diversa, induce alla compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte: Rigetta il ricorso e compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2009.

Depositato in Cancelleria il 2 aprile 2009

1. L'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti vige, ai sensi della l.23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 202, anche in mancanza d'impresa, essendo sufficiente che le attività elencate nell'art. 49, lett. d) della l.9 marzo 1989, n. 88, vengano svolte in forma autonoma?

2. Preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto con sentenza passata in giudicato?

Cass. civ., s.l., 18.2.10, n. 8650

Motivi della decisione

(Omissis)

Con il primo motivo è dedotta violazione dell'art. 2909 c.c. e vizio di motivazione in quanto il giudice di appello non avrebbe fatto corretta applicazione del giudicato esterno creatosi circa la posizione del C., in quanto non ha tenuto conto che con detta sentenza n. 4829 del 2005 è stato definitivamente accertato l'obbligo del medesimo di iscrizione alla gestione commercianti fin dal 1.1.97 e che proprio a partire da questa data l'INPS ha richiesto il pagamento dei contributi con la cartella esattoriale oggetto di opposizione.

Con il secondo motivo è dedotta violazione della l.9 marzo 1989, n. 88, art. 49, comma 1, e della l.n. 662 del 1996, art. 1, comma 202, contestandosi anche nel merito la pronuncia di appello. Detto comma 202, infatti, a decorrere dal 1.1.97 estende l'assicurazione obbligatoria IVS "ai soggetti che esercitano in qualità di lavoratori autonomi le attività di cui alla l.9 marzo 1989, n. 88, art. 49, comma 1, lett. d), con esclusione dei professionisti ed artisti", e cioè alle attività "commerciali, ivi comprese quelle turistiche, di produzione, intermediazione e prestazione di servizi anche finanziari ... nonché le relative attività ausiliarie". Nel caso di specie sussisterebbe tanto il carattere autonomo dell'attività di "lottista" (presupposto soggettivo) che la fornitura di un servizio (presupposto oggettivo).

Inoltre, la l.n. 662 del 1996, stesso art. 1, comma 203 nel modificare la l.n. 160 del 1975, art. 29 indica i requisiti che debbono sussistere in capo alle attività commerciali ai fini dell'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti dell'INPS, mentre gli stessi requisiti non sono indicati e richiesti per le attività indicate nel precedente comma 202, in cui rientra il caso di specie, i cui titolari esercitano l'attività in forma autonoma ma senza l'ausilio di un complesso di beni organizzato in forma di impresa.

Il ricorso è fondato. Sul piano normativo, deve rilevarsi che la l.9 marzo 1989, n. 88, avente ad oggetto la ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, all'art. 49, recante la classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali ed assistenziali, indica i criteri sulla base dei quali l'INPS deve effettuare tale classificazione e, in particolare, prevede che nel settore terziario siano inseriti i datori esercenti attività "commerciali, ivi comprese quelle turistiche; di produzione, intermediazione e prestazione dei servizi anche finanziari; per le attività professionali ed artistiche; nonché per le relative attività ausiliarie" (art. 49, comma 1, lett. d).

Successivamente la l.23 dicembre 1996, n. 662, all'art. 1 ha previsto che "a decorrere dal 1 gennaio 1997 l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti di cui alla l.22 luglio 1966, n. 613, e successive modificazioni ed integrazioni, è estesa ai soggetti che esercitano in qualità di lavoratori autonomi le attività di cui alla l.9 marzo 1989, n. 88, art. 49, comma 1, lett. d), con esclusione dei professionisti ed artisti" (comma 202).

Con la sentenza 7.3.05 n. 4829 la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso proposto da C. G. contro la sentenza 24.7.02 della Corte d'appello di Bologna la quale, riformando la statuizione emessa dal Tribunale di Ravenna il 16.2.00, rigettava la domanda con cui il medesimo, contestando l'inquadramento della sua attività di gestore di ricevitoria del totocalcio nel settore terziario, chiedeva venisse accertato nei confronti dell'Inps che egli non doveva essere iscritto nella relativa gestione speciale delle attività commerciali dal 1.1.97, come invece preteso dall'Istituto (copia della sentenza è depositata sub allegato n. 4 al ricorso). In particolare, la sentenza n. 4829 ha affermato che l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti vige, ai sensi della l.23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 202, anche in mancanza d'impresa, essendo sufficiente che le attività elencate nell'art. 49, lett. d) della l.9 marzo 1989, n. 88, vengano svolte in forma autonoma. È stato così confermato l'assunto del giudice di merito che in quell'occasione aveva riconosciuto che l'attività del C., pur essendo disciplinata da una precisa normativa e pur essendo oggetto di specifica concessione, veniva comunque svolta con le modalità del lavoro autonomo, di modo che ricorreva l'esercizio di attività di prestazione di servizi sussumibile nelle attività indicate dalla l.n. 88 del 1989, art. 49, comma 1, lett. d).

Il principio di diritto appena riferito risulta successivamente confermato da Cass. 17.4.07 n. 9121.

Procedendo all'esame del primo motivo di ricorso, con il quale è denunciata la violazione dell'art. 2909 c.c. perché il giudice di merito non avrebbe tenuto conto che con la sentenza di legittimità n. 4829 si era creato il giudicato circa la posizione assicurativa del C. ed il suo obbligo di iscrizione alla gestione commercianti dal 1.1.97, deve rilevarsi che non risulta (nè è dedotto dall'odierno ricorrente) se il giudice di merito fosse stato formalmente edotto dell'esistenza della sentenza in questione. Dalla pronunzia impugnata risulta solamente che egli era a conoscenza dell'esistenza di almeno un ricorso in sede di legittimità avverso alcune sue precedenti pronunzie di tenore analogo a quello della sentenza oggi censurata.

Il giudicato sulla posizione assicurativa del C., comunque, costituisce statuizione sicuramente rilevante ai fini del presente giudizio (circa la rilevanza, anche di ufficio, nel giudizio di cassazione del giudicato esterno v. S.u. 6.6.06 n. 13916). La giurisprudenza di questa Corte rileva, infatti, che qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto (Cass. 20.7.07 n. 16150). Circa la generalizzazione di tale principio, con riferimento specifico al caso dell'inquadramento del datore di lavoro a fini contributivi, erano sorte alcune incertezze per il caso che i due giudizi si riferissero a periodi contributivi diversi, osservandosi che il secondo giudizio in tal caso avrebbe avuto finalità diverse da quelle che avevano costituito lo scopo ed il *petitum* del primo (v. Cass. 16.2.07 n. 3628). Tali incertezze (peraltro superate dalla successiva Cass. 8.5.09 n. 10623) nel caso di specie non hanno, tuttavia, ragione di esistere, atteso che il primo giudizio concluso da Cass. 4829 del 2005 non solo si svolse tra le stesse parti ed aveva lo stesso oggetto del presente giudizio (accertare l'esistenza dell'obbligo contributivo del C.), ma era riferito anche allo stesso periodo contributivo ora in esame (quello successivo al 1.1.97). Di conseguenza, il giudicato creatosi si collega in modo inscindibile al credito azionato dall'Istituto con la cartella esattoriale oggetto di opposizione, con la quale veniva ri-

chiesto il pagamento dei contributi dovuti alla gestione commercianti per il periodo successivo al 1.1.97).

In conclusione è fondato il primo motivo di ricorso e, conformemente a quanto già ritenuto da questa Corte, l'inquadramento contributivo del C. deve essere fissato sulla base di quanto già deciso da questa Corte.

Assorbito il secondo motivo, il ricorso deve essere accolto e deve essere cassata l'impugnata sentenza.

Risultando dalla sentenza impugnata che avverso la cartella esattoriale l'opponente aveva mosso ulteriori censure "per vizi formali e sostanziali" che nel giudizio di merito non risultano esaminate, la causa deve essere rimessa al giudice indicato in dispositivo, il quale procederà a nuovo esame della controversia facendo applicazione del seguente principio di diritto: qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto.

Il giudice del rinvio provvederà anche alla regolazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia alla Corte d'appello di Firenze, anche per le spese.

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2010.

Depositato in Cancelleria il 12 aprile 2010



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)