

---

| **Corte di Cassazione | Sezione L | Civile | Sentenza | 23 dicembre 2025 | n. 33777**

Data udienza 19 novembre 2025

Integrale

**APPALTO PRIVATO - APPALTO**

---

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO CIVILE

composta dagli ill.mi sigg.ri Magistrati:

Dott. MANNA Antonio - Presidente

Dott. LEONE Margherita - Consigliera

Dott. RIVERSO Roberto - Consigliere

Dott. PANARIELLO Francescopaolo - Consigliere rel.

Dott. BOGHETICH Elena - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 27414/2022 r.g., proposto

da

Pe. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, elett. dom.to in P.zza G.Ma., Roma, rappresentato e difeso dagli avv.ti Sa.Tr., To.Ta. e Pa.Zu..

ricorrente

contro

To.An., elett. dom.to presso la Cancelleria di questa Corte, rappresentato e difeso dall'avv. Pa.Ba..

controricorrente - ricorrente incidentale

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Catania n. 565/2022 pubblicata in data 27/05/2022, n. r.g. 614/2020.

Udita la relazione svolta all'udienza e nella camera di consiglio del giorno 19/11/2025 dal Consigliere dott. Francescopaolo Panariello;

Udite le conclusioni orali rassegnate in udienza dal P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale dott.ssa Olga Pirone.

Udita la discussione del difensore della società ricorrente.

1.- To.An. sin dal 1993 aveva lavorato come cuoco presso la mensa aziendale sita nello stabilimento industriale della 3S. Srl, alle dipendenze di varie appaltatrici del servizio mensa e, da ultimo, della Ge.El. Spa, inquadrato al 4 livello CCNL turismo.

Lamentava che Pe. Spa, subentrata nell'appalto del medesimo servizio mensa a giugno 2015, non l'avesse assunto, nonostante egli ne avesse diritto. Precisava che in sede di riunione sindacale Pe. Spa aveva dichiarato di voler avvalersi della facoltà, prevista dall'art. 335 CCNL, di escludere il personale che svolgeva mansioni di direzione esecutiva, coordinamento e controllo dell'impianto, nonché i lavoratori di concetto e/o specializzati provetti con responsabilità di coordinamento funzionale di altri lavoratori. Aggiungeva che nello stesso verbale sindacale Ge.El. Spa aveva espressamente dato atto che il To.An. era in possesso di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi per essere assunto e di non rientrare nelle categorie dei lavoratori esclusi dall'assunzione.

Adiva, pertanto, il Tribunale di Catania per ottenere la condanna della Pe. Spa ad assumerlo con le medesime mansioni di cuoco e medesimo inquadramento contrattuale, nonché a pagargli tutte le retribuzioni perdute da giugno 2015 in poi.

2.- Costituitosi il contraddittorio, il Tribunale rigettava la domanda.

3.- Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte d'Appello, in accoglimento del gravame interposto dal To.An., ne dichiarava il diritto all'assunzione alle dipendenze di Pe. Spa con mansioni di cuoco e inquadramento nel 4° livello CCNL turismo pubblici esercizi, per 40 ore settimanali a decorrere dall'01/07/2015; condannava la società a pagare all'appellante le retribuzioni da giugno 2015 alla data della sentenza d'appello, detratte sia le retribuzioni percepite dal To.An. presso terzi, sia la pensione di anzianità in godimento da gennaio 2019, quali voci di aliunde perceptum.

Per quanto ancora rileva in questa sede, a sostegno della propria decisione la Corte territoriale affermava:

a) ai fini dell'esclusione dei lavoratori da assumere a cura dell'impresa subentrante (art. 335 CCNL) vale l'inquadramento formale del lavoratore, dal momento che la predetta impresa non può rifiutare

l'assunzione assumendo lo svolgimento di mansioni diverse rispetto a quelle proprie e corrispondenti al formale inquadramento;

b) una diversa interpretazione si presterebbe ad elusioni da parte dell'impresa subentrante;

c) nella specie è pacifico che il To.An. fosse inquadrato nel 4° livello, cui appartengono "i lavoratori che, in condizioni di autonomia esecutiva, anche preposti a gruppi operativi, svolgono mansioni specifiche di natura amministrativa, tecnico-pratica o di vendita e relative operazioni complementari, che richiedono il possesso di conoscenze specialistiche comunque acquisite" e fra questi sia il "cuoco capo partita" che il "cuoco di cucina non organizzata in partite";

d) nella specie il To.An. era "cuoco di cucina non organizzata in partite" e quindi aveva certamente diritto ad essere assunto;

e) inoltre, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, dalla prova non era affatto emerso che il To.An. svolgesse mansioni di 3° livello; egli era in possesso della sola licenza media e quindi non risultava che fosse un "lavoratore specializzato provetto"; inoltre dalla prova non era emersa alcuna effettiva sua sovraordinazione gerarchica e neppure direttiva e/o di controllo rispetto all'altro cuoco (Leotta) addetto alla cucina; neppure era emerso che il To.An. avesse una "responsabilità di coordinamento";

f) sussisteva, pertanto, il diritto del To.An. ad essere assunto, con mansioni di cuoco, inquadramento nel 4° livello CCNL, per 40 ore settimanali e con sede di lavoro presso la mensa 3S. Spa, quali elementi tutti predeterminati dalle clausole collettive.

4.- Avverso tale sentenza Pe. Spa ha proposto ricorso per cassazione, affidato a due motivi.

5.- To.An. ha resistito con controricorso e a sua volta ha proposto ricorso incidentale, affidato ad un motivo.

6.- Entrambe le parti hanno depositato memoria per l'adunanza camerale originariamente fissata.

7.- Il ricorso è stato poi rinviato a nuovo ruolo per la fissazione in pubblica udienza.

8.- Entrambe le parti hanno depositato nuova memoria per la pubblica udienza.

9.- In sede di discussione il P.G. ha chiesto il rigetto del ricorso principale e l'accoglimento di quello incidentale.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

### RICORSO PRINCIPALE

1.- Con il primo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c. la società ricorrente lamenta "violazione e falsa applicazione" degli artt. 48, 334 e 335 CCNL turismo pubblici esercizi del 20/02/2010 per avere la Corte territoriale ritenuto che ai fini dell'esclusione del diritto all'assunzione valga soltanto l'inquadramento formale del lavoratore.

Il motivo è inammissibile.

Esso, infatti, non attinge quella diversa ed autonoma ratio decidendi, con cui la Corte territoriale ha affermato che, in ogni caso, dalle risultanze istruttorie non era emerso che il To.An. svolgesse mansioni superiori di 3 livello, né che fosse un "lavoratore specializzato provetto" (essendo anzi in possesso della sola licenza media), né che avesse un'effettiva sovrapposizione gerarchica e neppure direttiva e/o di controllo rispetto all'altro cuoco (Leotta) addetto alla cucina, né che fosse titolare di una "responsabilità di coordinamento". Ha infine evidenziato che dalla deposizione del teste Leotta emergeva che il To.An. osservava un maggiore orario di lavoro e proprio in relazione a tale circostanza, mancando la prova del pagamento dello straordinario, doveva dirsi giustificata la maggiore retribuzione da lui percepita in busta paga sia pure a diverso titolo forfettario, come il superminimo.

Va allora ribadito che quando la sentenza impugnata con ricorso per cassazione sia fondata su diverse rationes decidendi, ciascuna idonea a giustificare autonomamente la statuizione, la circostanza che tale impugnazione sia rivolta solo contro l'una e non pure contro l'altra determina l'inammissibilità del gravame per l'esistenza del giudicato sulla ratio decidendi non censurata (Cass. n. 13880/2020), o comunque per carenza di interesse. Infatti, anche laddove fosse accolto il motivo di ricorso, comunque la sentenza impugnata non potrebbe essere cassata, in quanto autonomamente e sufficientemente sostenuta dall'altra ratio decidendi non censurata.

2.- Con il secondo motivo, proposto in via subordinata ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c. la ricorrente lamenta "violazione e falsa applicazione" degli artt. 335 CCNL e 2932 c.c. per avere la Corte territoriale ritenuto sussistente la determinazione concreta di tutti gli elementi del contratto di lavoro subordinato, mentre nell'accordo sindacale del 27/05/2015 tali elementi non erano in alcun modo rinvenibili. Aggiunge che, quanto alla sede di lavoro, l'appalto relativo alla mensa 3S. non era stato rinnovato e ciò impediva l'assunzione presso l'originaria sede.

Il motivo è inammissibile.

Di tutti i profili invocati non vi è traccia nella sentenza d'appello. Pertanto, ai fini dell'autosufficienza del ricorso, era onere della ricorrente precisare e specificare l'atto processuale e la fase giudiziale nella quale essa aveva sollevato queste deduzioni, relative a circostanze di fatto impeditive - a suo dire - del diritto all'assunzione del To.An.

Tale onere non è stato adempiuto.

### RICORSO INCIDENTALE

3.- Con l'unico motivo, proposto ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c. il ricorrente incidentale lamenta la violazione dell'art. 1223 c.c. per avere la Corte territoriale considerato aliunde perceptum da detrarre dal risarcimento del danno il trattamento pensionistico di anzianità da lui goduto da gennaio 2019 in poi.

Il motivo è fondato.

3.1.- Tuttavia, in via preliminare è necessario precisare la portata temporale degli effetti della sentenza ex art. 2932 c.c., se irretroattivi o retroattivi. Infatti, se gli effetti sono irretroattivi, per tutto il periodo "intermedio", ossia dalla costituzione in mora (in virtù dell'inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto definitivo di lavoro subordinato) fino alla sentenza che "tenga luogo" del contratto definitivo non concluso, a carico del datore di lavoro che si fosse rifiutato di assumere il dipendente dell'impresa uscente sarebbe configurabile solo una responsabilità risarcitoria per il danno cagionato, da qualificare in termini di lucro cessante e, come tale, certamente sottoposto al criterio liquidatorio della compensatio lucri cum damno. In tal caso resterebbe poi da risolvere l'ulteriore questione relativa all'esatta individuazione degli "arricchimenti" medio tempore acquisiti dal lavoratore suscettibili di essere "compensati" con il danno (lucro cessante) risarcibile. Se invece gli effetti sono retroattivi, occorrerebbe stabilire se la costituzione del rapporto di lavoro con decorrenza coincidente con il termine che le parti avevano previsto come essenziale per

l'assunzione, da parte dell'impresa subentrante, del dipendente dell'impresa uscente determini per ciò solo ab origine un'obbligazione retributiva a carico del datore di lavoro, pur in mancanza di effettiva prestazione lavorativa (almeno dalla costituzione in mora), oppure soltanto un'obbligazione risarcitoria.

Il problema si pone in via generale, in quanto la sentenza ex art. 2932 c.c. viene annoverata tra le pronunzie costitutive (sia pure "non necessarie", in quanto lo stesso risultato sarebbe ottenibile mediante il regolare adempimento dell'obbligo di concludere il contratto, ossia mediante la stipula del contratto definitivo, entro il termine previsto dalle parti), per le quali la tesi tradizionale è nel senso della irretroattività, dovuta alla loro efficacia che si produce soltanto al momento del passaggio in giudicato.

3.2.- Questa Corte (Cass. sez. un. 22/02/2010, n. 4059), in tema di preliminare di vendita immobiliare ha affermato: "con riferimento alla peculiarità dell'azione personale prevista dall'articolo 2932 c.c. e della sua correlata sentenza questa Corte ha ripetutamente affermato che la detta sentenza ha natura costitutiva e spiega la sua efficacia solo con decorrenza "ex nunc" al momento del suo passaggio in giudicato, con conseguente necessità della sussistenza delle condizioni dell'azione al momento dell'intervento della pronuncia ... Pertanto, secondo il riportato orientamento giurisprudenziale, le sentenze emesse ex articolo 2932 c.c. non possono conoscere un'efficacia esecutiva anticipata rispetto alla formazione del giudicato perché l'effetto traslativo della compravendita è condizionato dall'irretrattabilità della pronuncia con la qual viene determinato l'effetto sostitutivo del contratto definitivo non stipulato ... Un mutamento di indirizzo si è però avuto con la sentenza 3/9/2007 n. 18512 con la quale è stato affermato il principio secondo cui nel caso di pronuncia della sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., le statuizioni di condanna consequenziali, dispositivo dell'adempimento delle prestazioni a carico delle parti tra le quali la sentenza determina la conclusione del contratto, sono da ritenere immediatamente esecutive ai sensi dell'art. 282 c.p.c., di modo che, qualora l'azione ai sensi dell'art. 2932 c.c. sia stata proposta dal promittente venditore, la statuizione di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo è da considerare immediatamente esecutiva ... va evidenziato che i principi affermati nella detta sentenza non hanno trovato successiva conferma nella giurisprudenza di legittimità, la quale è rimasta nel complesso ferma nel propendere per la soluzione negativa in ordine all'ammissibilità della provvisoria esecutività delle sentenze costitutive ex articolo 2932 c.c.-

Queste Sezioni Unite ritengono di dover dare continuità al prevalente orientamento ravvisabile nella giurisprudenza di legittimità.

La sentenza di primo grado di accoglimento della domanda ex articolo 2932 c.c. non può pertanto produrre, prima del passaggio in giudicato, proprio quegli effetti del contratto definitivo che è destinato a surrogare.

L'effetto traslativo della proprietà del bene si produce solo con l'irretrattabilità della sentenza per cui è da escludere che prima del passaggio in giudicato della sentenza sia configurabile un'efficacia anticipata dell'obbligo di pagare il prezzo: si verificherebbe un'alterazione del sinallagma".

Tuttavia in quella stessa pronunzia le Sezioni Unite ebbero cura di precisare che "La soluzione adottata non è riferita al tipo di sentenza costitutiva, ma alla sentenza pronunciata su contratto preliminare di compravendita" (Cass. sez. un. n. 4059 cit., p. 20, 2° cpv.), volendo con ciò avvertire che quella soluzione non era riferita a tutte le sentenze costitutive, né a tutte quelle pronunziabili ex art. 2932 c.c., ma soltanto a quella ex art. 2932 c.c. di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di vendita.

La giurisprudenza successiva è conforme al principio dell'efficacia ex nunc - dal passaggio in giudicato - da riconoscere alla sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. riferita ad un contratto preliminare di vendita (Cass. n. 17688/2010; Cass. n. 8693/2016; Cass. n. 36224/2023; Cass. ord. n. 12680/2024; Cass. ord. n. 25890/2024).

3.3.- Invece, questa stessa Corte, in un precedente ormai lontano, affermò che la sentenza, che, ai sensi dell'art. 2932 c.c., dia specifica esecuzione al contratto preliminare avente ad oggetto la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato, pur avendo natura costitutiva, implica l'accertamento che il definitivo effetto negoziale, quale identificato nella sede preliminare, sia tuttora possibile e non escluso dal titolo e dà attuazione al medesimo effetto, con le stesse caratteristiche temporali predeterminate dai contraenti nel preliminare. Ne consegue che, ove questi, nel regolamento di interessi statuito col preliminare, abbiano stabilito - attribuendovi rilievo essenziale - anche un termine iniziale di efficacia del contratto di durata da stipulare in via definitiva, gli effetti della sentenza suddetta retroagiscono, conformemente alla sua natura ed alla sua funzione, e si producono fin dal momento di quel termine, non già dal momento del suo passaggio in giudicato (Cass. 25/10/1993, n. 10563).

Nella motivazione di quella sentenza questa Corte spiegava: "... Rileva la Corte che, una volta intervenuto ... il passaggio in giudicato della pronunzia c.d. costitutiva dei rapporti di lavoro, assume fondamentale rilievo, ai fini di causa, la questione sull'efficacia ex tunc, ovvero ex nunc (vale a dire solo a partire dal momento del passaggio in giudicato) della sentenza pronunciata ex art. 2932 c.c.

Dovendosi pure dare atto, che, secondo un'affermazione di carattere generale della giurisprudenza ... le pronunce giudiziali di accertamento si distinguono in sentenze dichiarative (o di mero accertamento) e sentenze costitutive: le prime, per la loro stessa natura, retroagiscono, nei loro effetti, al momento rispetto al quale è richiesto dalle parti l'accertamento della concreta volontà di legge; le seconde in quanto "servono esse stesse come titolo e causa per il sorgere di nuove situazioni giuridiche, che da loro prendono vita" operando ex nunc. Preliminare, dunque, all'attribuzione, nel senso sopra specificato, alla pronunzia giudiziale del carattere costitutivo, è la distinzione tra fattispecie in cui l'intervento giurisdizionale sarà di contenuto uguale alla situazione sostanziale preesistente al processo, e già prefigurata dalla norma sostanziale, e ipotesi in cui la sentenza è creativa di uno status giuridico dapprima inesistente e che è solo in suo potere produrre.

In tal caso è la sentenza, ed essa soltanto, il titolo delle nuove situazioni giuridiche e l'efficacia di essa non può che essere ex nunc, salvo che eccezionalmente la legge disponga in modo diverso (v. artt. 204 e 404 Cod. civ.). Nella prima ipotesi è alla disciplina sostanziale della fattispecie che occorre fare, per intero, riferimento, per verificare come, in molte ipotesi di sentenza "lato sensu" costitutive, sia lo stesso legislatore (v. art. 1458 per gli effetti della risoluzione del contratto) a stabilire come gli effetti della pronuncia debbano retroagire fra le parti, ed a disciplinare variamente gli effetti della stessa sia rispetto ai terzi, che fra le stesse parti (ad esempio la risoluzione del negozio non ha effetto retroattivo fra le parti, quando si tratti di contratti di durata, con riferimento alle prestazioni già eseguite).

Ora, il contratto preliminare, ad effetti obbligatori, costituisce la fonte di un'obbligazione civile che ha per contenuto "la conclusione del contratto definitivo", vale a dire la redazione dell'atto produttivo dell'effetto negoziale proprio del "tipo" di contratto già interamente configurato dalle parti con il preliminare. La sentenza prevista dall'art. 2932 (quale esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di concludere il contratto) non fa che produrre - verificati i presupposti di legge - gli effetti propri, sia per la forma che per la sostanza, del preliminare e perciò da esso interamente individuati nel loro contenuto, che è interamente negoziale e genera rapporti interamente sottoposti alla disciplina del contratto definitivo prescelto dalle parti e non a quella del giudicato sostanziale (tanto che i rapporti relativi sono esposti ai rimedi risolutori, propri dei rapporti negoziali). Ciò significa ... che il contratto definitivo (atto dovuto, adempimento che rende esecutivo un regolamento d'interessi già fissato interamente con il preliminare) così come la sentenza prevista dall'art. 2932, danno effetto negoziale ad un regolamento di interessi già statuito dal contratto preliminare, e che, fin dal momento previsto da quest'ultimo, l'ordinamento considera giuridicamente rilevante e meritevole della tutela connessa al "tipo" del "contratto definitivo" ... Nella specie, in cui il contratto preliminare aveva ad oggetto un contratto di lavoro la sentenza costituente esecuzione specifica dell'obbligo da concludere il contratto è, per sua natura, diretta (verificata la sussistenza dei requisiti di forma e di sostanza, l'inadempimento di una delle parti, l'accertamento che il definitivo effetto negoziale sia tuttora "possibile" e "non escluso dal titolo") a dar vita al contratto di lavoro, negli stessi termini in cui esso era previsto nell'impegno unilaterale dell'Alfa del 1974.

E trattandosi di un contratto di durata (ad esecuzione continua) e a tempo indeterminato, faceva parte del regolamento d'interessi statuito con il preliminare, anche il termine iniziale, che, nella previsione originaria, svolgeva un ruolo essenziale. Se la disciplina apprestata dall'ordinamento a tutela del promissario insoddisfatto fosse tale da procrastinare il termine iniziale di efficacia del contratto di durata (come avverrebbe attribuendo efficacia ex nunc alla sentenza emessa ex art. 2932), l'ordinamento processuale non avrebbe più una funzione strumentale all'attuazione del diritto sostanziale, ma produrrebbe esso stesso una modificazione degli effetti contrattuali di una fattispecie negoziale, in danno della parte non inadempiente ... E ciò in conformità del disposto dello stesso art. 2932 per cui la sentenza "produce gli effetti del contratto non concluso" e non determina, nel contenuto, un rapporto, i cui termini sono contenuti interamente nel preceppo negoziale del preliminare ...".

Quella pronunzia è stata ripresa in senso adesivo da altra decisione di questa Corte (Cass. n. 15913/2004), nella quale pure si è affermato: "... Se dunque la caratteristica del rapporto di lavoro del centralinista non vedente non dà luogo a problemi d'ammissibilità della tutela per sentenza, di diverso spessore si manifesta la questione della decorrenza degli effetti delle sentenze costitutive di rapporti di lavoro, che presuppone la soluzione dell'incidenza di questa tipologia di provvedimenti su una realtà rimasta contrattualmente (e pervicacemente, in questo caso,) ineseguita. Secondo una giurisprudenza tralatizia, infatti, le sentenze ex art. 2932 (ovvero d'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto), esprimendo il titolo e la causa della nuova situazione giuridica, produrrebbero effetti ex nunc e non ex tunc, come si verificherebbe nel caso d'una sentenza d'accertamento. Questo orientamento, è stato notato, dipende però dalla circostanza che, statisticamente, le pronunce costitutive rese a fronte d'un preliminare inadempito,

realizzano un trasferimento, una modifica o la costituzione di diritti reali, dove la trascrizione (art. 2653, cod. civ.) esprime un elemento della fattispecie. Peraltro, è stato subito osservato che nella materia del lavoro (v., ad es., Cass., 25 ottobre 1993, n. 10563, in motivazione) occorre operare una "distinzione tra fattispecie in cui l'intervento giurisdizionale sarà di contenuto uguale alla situazione sostanziale preesistente al processo, e già prefigurata dalla norma sostanziale, e ipotesi in cui la sentenza è creativa di uno status giuridico dapprima inesistente e che è solo in suo potere produrre ... Nella prima ipotesi è alla disciplina sostanziale della fattispecie che occorre fare, per intero, riferimento ...", tenendo conto che, essendo il regolamento dei reciproci interessi (datore di lavoro/lavoratore) già predeterminato legalmente, esso è meritevole della sua integrale realizzazione, ovvero di un componimento che realizzi totalmente e originariamente, respinta ogni prevaricante eccezione, la previsione legale a suo tempo rifiutata senza giustificazione plausibile da chi ne era obbligato ...".

Questo Collegio intende prestare adesione ai citati precedenti, ma sviluppandoli ed ulteriormente articolando ed integrando la motivazione, al fine di trovare una coerenza sul piano sistematico con l'intera categoria delle sentenze costitutive.

3.4.- I problemi ermeneutici sono in realtà due. Il primo, prettamente processuale, è quello dell'individuazione del momento in cui la sentenza acquista la propria efficacia "costitutiva" per l'ordinamento, dovendo stabilirsi se tale efficacia si produca immediatamente ex art. 282 c.p.c. già con la sentenza di primo o di secondo grado (che abbia accolto la domanda), oppure solo con il suo passaggio in giudicato. Diverso problema, prettamente sostanziale, è quello della retroattività o irretroattività di questo effetto "costitutivo" (ossia costitutivo, modificativo o estintivo di rapporti giuridici: art. 2908 c.c.), una volta che questo si sia prodotto.

Lo stesso legislatore mostra di distinguere i due profili: ad esempio la sentenza di annullamento del contratto, a prescindere dal momento processuale in cui acquista efficacia per l'ordinamento, sul piano sostanziale produce l'effetto estintivo del rapporto e del contratto retroattivamente, salvi i temperamenti ispirati all'esigenza di tutelare il contraente incapace (art. 1443 c.c.) oppure i terzi a venti causa dall'apparente titolare del diritto a suo tempo costituito con il contratto o il negozio giuridico annullabile (art. 1445 c.c.). Analoghe considerazioni valgono per la sentenza di risoluzione del contratto e del rapporto che ne deriva (art. 1458 c.c.).

In relazione al primo problema, il principio espresso da Cass. sez. un. n. 4059/2010 cit., va certamente condiviso: le sentenze costitutive per loro natura non soggiacciono alla provvisoria esecutività ex art. 282 c.p.c., sicché l'efficacia loro propria si produrrà soltanto con il passaggio in giudicato. La risposta, invece, è necessariamente più articolata in relazione al secondo problema, posto che le stesse Sezioni Unite, come sopra riportato, hanno avuto cura di precisare che "... La soluzione adottata ... (ossia l'efficacia ex nunc, irretroattiva) non è riferita al tipo di sentenza costitutiva, ma alla sentenza pronunciata su contratto preliminare di compravendita ...".

3.5.- È noto che, sul piano della funzione, l'attività giurisdizionale è volta alla tutela dei diritti e degli interessi (artt. 24 Cost. e 2907 c.c.) e inoltre, "nei casi previsti dalla legge", può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici (art. 2908 c.c., che in tal modo pone il principio di tipicità dell'azione - e quindi della sentenza - costitutiva).

Ciò posto, come insega autorevole dottrina, la funzione giurisdizionale si connota per due caratteri: strumentalità e sostitutività. La strumentalità attiene alla funzione della giurisdizione come mezzo necessario per dare attuazione al diritto (sostanziale) in caso di sua violazione; la sostitutività attiene al ruolo che l'attività giurisdizionale svolge nell'intervenire in via "secondaria" qualora il diritto, protetto dalle norme sostanziali in via primaria, venga leso.

3.6.- Secondo la tesi tradizionale, mentre un diritto (sostanziale) sussiste nelle azioni di accertamento e in quelle di condanna, non ugualmente sarebbe configurabile nelle azioni costitutive, nelle quali il diritto o comunque la situazione giuridica sorge solo con la sentenza. Inevitabile corollario di questa tesi, pertanto, sarebbe l'efficacia irretroattiva (ex nunc) delle sentenze costitutive.

Il progressivo affinamento di questa tesi consente di distinguere le azioni costitutive in "necessarie" e "non necessarie", le prime connotate dalla peculiarità per cui l'effetto previsto dalla legge è conseguibile soltanto con la sentenza, mentre nelle seconde l'effetto può essere ottenuto anche mediante la comune attività contrattuale.

Effettivamente nelle prime (ad esempio separazione, divorzio, disconoscimento di paternità, annullamento del matrimonio) manca la violazione di un preesistente diritto, sicché l'attività giurisdizionale è in primo luogo di accertamento delle circostanze alle quali la legge subordina la produzione dell'effetto costitutivo (ossia costitutivo, modificativo o estintivo di situazioni giuridiche soggettive, oppure di status, oppure di rapporti giuridici) e, in secondo luogo e conseguentemente, costitutiva di tale effetto. Ciò giustifica appieno l'irretroattività dell'efficacia di queste sentenze, il cui effetto costitutivo dunque si produce ex nunc. Resta pur sempre salva, però, la possibile diversa

previsione di legge (come ad esempio per la sentenza di annullamento del matrimonio, che produce effetti ex tunc fra i coniugi, ma ex nunc nei confronti dei figli nati medio tempore in costanza di matrimonio prima della sentenza, dei quali rimane fermo lo status di figli legittimi ai sensi dell'art. 128 c.c.; per la sentenza di annullamento del contratto la cui retroattività è variamente limitata in favore del contraente incapace ex art. 1443 e dei terzi ex art. 1445 c.c.).

Con riguardo invece alle azioni costitutive non necessarie - il cui effetto potrebbe essere realizzato anche mediante un atto negoziale delle parti coinvolte (ad esempio l'obbligo di contrarre assunto con un contratto preliminare può essere adempiuto mediante la stipula del contratto definitivo; le servitù coattive possono costituirsi anche mediante contratto, stipulato in volontario adempimento dell'obbligo legale, ai sensi dell'art. 1032 c.c.) - tornano ad avere rilevanza i due caratteri dell'attività giurisdizionale, ossia strumentalità e sostitutività, poiché si tratta pur sempre di apprestare la tutela ad un preesistente diritto. Quindi, in via di principio, queste sentenze costitutive non necessarie dovrebbero produrre effetto ex tunc, ossia fin dal momento di insorgenza del diritto oggetto di necessario accertamento e di cui sia stata accertata la violazione in sede giudiziale.

Peraltro, questa conclusione consente alla tutela giurisdizionale di svolgere appieno le proprie funzioni di strumentalità e di sostitutività. Con riguardo alla tutela prevista dall'art. 2932 c.c., la predetta conclusione assicura quei connotati di "esecuzione specifica" suggeriti dalla stessa rubrica e desumibili, in via ermeneutica, dalla portata precettiva della norma, secondo cui la parte non inadempiente può ottenere una "sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso". Per essere una tutela "in forma specifica" questi effetti devono poter prodursi allo stesso modo - e quindi con la stessa decorrenza temporale - in cui si sarebbero prodotti se l'altra parte fosse stata adempiente e quindi se il contratto definitivo fosse stato regolarmente concluso entro il termine previsto come essenziale dalle parti.

3.7.- L'art. 2932 c.c., al co. 1, prevede che la sentenza produca gli effetti del contratto (definitivo) non concluso. Con tale norma il legislatore pone dunque il principio di "equivalenza" fra la sentenza ed il contratto definitivo non concluso. Da questa "equivalenza" deriva una necessaria conseguenza: la sentenza (sostitutiva del contratto) ha la sua naturale efficacia retroattiva (ex tunc) sin dal giorno in cui la parte obbligata, entro il termine previsto dal contratto preliminare, avrebbe dovuto prestare il suo consenso e concludere così il contratto definitivo.

Sul piano processuale, non trovando applicazione l'art. 282 c.p.c., è certamente da attendere il passaggio in giudicato della sentenza. Ma una volta intervenuto il giudicato e quindi una volta che la sentenza abbia prodotto la sua efficacia "costitutiva", il relativo effetto retroagisce e, quindi, da intendersi come prodotto fin dal momento in cui la parte obbligata avrebbe dovuto prestare il suo consenso.

3.8.- Tuttavia, questa conclusione va pur sempre verificata alla luce del principio di corrispettività.

Proprio in relazione all'art. 2932 c.c. occorre distinguere a seconda che l'obbligo (legale o convenzionale) a contrarre si riferisca ad un contratto definitivo ad effetti reali oppure ad effetti obbligatori.

Nel primo caso il contratto definitivo è quello con cui si trasferisce la proprietà o si trasferiscono altri diritti reali oppure "altri diritti" oppure, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si costituiscono diritti reali cc.dd. minori. Per la produzione di tale effetto non è necessaria la consegna del bene, né il pagamento del corrispettivo, essendo necessario e sufficiente il solo consenso dei contraenti (art. 1376 c.c.). Dunque si tratta di contratti il cui effetto "reale" è retto dal c.d. principio consensualistico, secondo cui il consenso dei contraenti è sufficiente a determinare lo spostamento patrimoniale da un contraente (dante causa) all'altro (avente causa), nei contratti traslativi, oppure l'attribuzione patrimoniale dal dante causa all'avente causa nei contratti che costituiscono diritti reali minori su cosa altrui.

Nei contratti ad effetti obbligatori, invece, l'effetto è solo quello di costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico obbligatorio, senza che il consenso dei contraenti sia in grado di realizzare, di per sé, alcuno spostamento né alcuna attribuzione patrimoniale, che si verificheranno soltanto nella successiva fase dell'adempimento e/o dell'esecuzione del rapporto giuridico che ne derivi. In tal caso, se il contratto - come quello di lavoro subordinato - è destinato a dar vita ad un rapporto giuridico obbligatorio, di durata, dalla sua conclusione derivano soltanto reciproci e corrispettivi diritti ed obblighi dei contraenti. Pertanto, in virtù del principio di "equivalenza" sopra visto, altrettanto è a dirsi per la sentenza sostitutiva di quel contratto (ad esempio di lavoro) non concluso.

Ciò posto, questa distinzione è rilevante proprio ai fini del principio di corrispettività e del suo diverso meccanismo di operatività.

Dal co. 2 dell'art. 2932 c.c. ("Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia

ancora esigibile") si evince che, in caso di violazione di un obbligo a contrarre riferito ad un contatto definitivo ad effetti reali non concluso, la sentenza costitutiva, per rispettare il principio di corrispettività e quindi il necessario equilibrio fra le reciproche prestazioni previsto sin dal contratto preliminare (se l'obbligo a contrarre è di fonte negoziale), deve essere pronunziata sotto condizione del pagamento del corrispettivo. In tal senso sono illuminanti le argomentazioni sul sinallagma articolate da questa Corte nella su richiamata sentenza a Sezioni Unite del 2010 (Cass. sez. un. n. 4059 cit.): "... L'effetto traslativo della proprietà del bene si produce solo con l'irretrattabilità della sentenza per cui è da escludere che prima del passaggio in giudicato della sentenza sia configurabile un'efficacia anticipata dell'obbligo di pagare il prezzo: si verificherebbe un'alterazione del sinallagma ...". Ed infatti, se l'effetto traslativo (o attributivo) retroagisse fin dal momento in cui si sarebbe dovuto stipulare il contratto definitivo, il patrimonio dell'avente causa risulterebbe "arricchito" di un diritto prima inesistente, senza che a tale spostamento o attribuzione patrimoniale corrisponda una sua prestazione per tutto il periodo che va da quel momento fino alla successiva sentenza, sulla base della quale il dante causa potrebbe finalmente pretendere il pagamento del prezzo (o del corrispettivo).

Proprio in omaggio a quelle argomentazioni, in successive pronunzie questa Corte ha indicato che il giudice subordini l'effetto traslativo della proprietà al pagamento del prezzo (ex multis Cass. ord. n. 12680/2024). In tal caso, dunque, il pagamento del prezzo ancora dovuto (dal promissario acquirente), pur conservando la sua originaria natura di prestazione essenziale del compratore, assume anche il valore e la funzione di una condizione sospensiva dell'effetto traslativo, destinata ad avverarsi, nel caso di adempimento, o a divenire irrealizzabile, precludendo l'effetto condizionato, nell'ipotesi di omesso pagamento nel termine fissato dalla sentenza o, in mancanza, nel congruo lasso di tempo necessario perché la mora del promissario compratore assuma i caratteri dell'inadempimento di non scarsa importanza per il creditore, rendendo non più possibile l'adempimento tardivo contro la volontà di quest'ultimo (Cass. n. 20226/2018).

Quindi nei contratti ad effetti reali l'effetto (traslativo della proprietà o di altro diritto, oppure costitutivo di un diritto reale minore su cosa altrui) si produrrà necessariamente ex nunc, quindi non prima della sentenza (recte del suo passaggio in giudicato) e comunque non prima che l'evento posto in condizione sospensiva si sia verificata. Anche a voler ritenere che l'evento condizionante (pagamento del prezzo o del corrispettivo) produca a sua volta effetto retroattivo (art. 1360 c.c.), questo dovrà ritenersi temporalmente collocabile non prima della sentenza costitutiva, quale titolo che ha prodotto l'effetto reale (ossia lo spostamento o l'attribuzione patrimoniale) ex nunc.

In definitiva, l'effetto reale è riconducibile immediatamente alla sentenza per la sua tipica funzione "sostitutiva" del contratto non concluso, sentenza che quindi è idonea a realizzare immediatamente lo spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro. E allora, proprio per non pregiudicare la corrispettività fra le prestazioni, il giudice sarà chiamato a subordinare l'effetto reale della sua sentenza al pagamento del prezzo. In tal caso, quindi, l'irretroattività - desumibile dal secondo comma dell'art. 2932 c.c. - è il mezzo adoperato dal legislatore per garantire il sinallagma.

Ma anche se il giudice pronunzi una sentenza non condizionata (che sostituisca un contratto definitivo ad esempio di vendita), ugualmente realizzerà un immediato spostamento patrimoniale (dal promittente venditore al promissario acquirente). Proprio per tale ragione l'effetto non può retroagire, pena una grave ed inammissibile situazione di incertezza giuridica nella circolazione del bene oggetto del preliminare, perché esporrebbe gli eventuali terzi, aventi causa dal titolare del diritto (promittente alienante), a rivendicazioni da parte del promissario acquirente. In tal caso l'irretroattività è il mezzo adoperato dal legislatore per garantire la certezza dei traffici giuridici. In omaggio a tale ratio questa Corte, proprio in tema di preliminare di vendita, ha affermato che se durante il giudizio instaurato dal promissario acquirente di un bene per l'adempimento in forma specifica, il promittente venditore lo alieni ad un terzo, l'accoglimento della domanda diviene giuridicamente impossibile (art. 2932 c.c.), salvo che, trattandosi di un preliminare relativo ad un bene immobile, l'attore provi di aver anteriormente trascritto la sua domanda ai sensi dell'art. 2652, n. 2 c.c. (Cass. n. 42/1998; Cass. n. 13282/1992; Cass. n. 915/1983). In tal caso, infatti, la sentenza di accoglimento è "possibile", ossia pronunziabile, perché suscettibile di essere opposta al terzo in virtù del c.d. effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale (Cass. ord. n. 4842/2019; Cass. n. 148/1993). In tal ultimo caso l'effetto "costitutivo" della sentenza ex art. 2932 c.c. retroagisce sì, ma alla domanda giudiziale (e non oltre indietro nel tempo), proprio per saldare la trascrizione della sentenza a quella della domanda, quest'ultima atteggiantesi a "mera prenotazione degli effetti della trascrizione della sentenza di accoglimento" (Cass. n. 148/1993 cit.).

3.9.- Tutte queste ragioni sono insussistenti qualora l'obbligo a contrarre si riferisca ad un contratto definitivo ad effetti obbligatori.

In tal caso, infatti, con la sentenza costitutiva (così come con il contratto definitivo che avrebbe dovuto essere concluso) si produce soltanto un effetto appunto obbligatorio e, quindi, nessuno spostamento e nessuna attribuzione patrimoniale da un soggetto all'altro. Ne consegue che il principio di corrispettività - sul piano genetico - non viene pregiudicato dal

riconoscimento della retroattività dell'effetto costitutivo della sentenza sin dal momento della scadenza del termine che le parti avevano considerato essenziale per la stipula del contratto definitivo. Sotto questo profilo - della corrispettività nel momento genetico - si realizza appieno la funzione "sostitutiva" dell'attività giurisdizionale, ossia della sentenza rispetto al contratto, di cui rappresenta (e deve rappresentare) un "equivalente".

### 3.10.- Diversa è la conclusione sul piano funzionale del rapporto.

Ammettere la retroattività della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. di un contratto di lavoro subordinato (come ha deciso in modo conforme a diritto la Corte territoriale nella sentenza impugnata) significa certamente riconoscere ad esempio l'anzianità di servizio come decorrente da quella data, ma non implica il necessario riconoscimento del diritto del lavoratore alle retribuzioni medio tempore maturete. Tale conseguenza ulteriore è impedita proprio dal principio di corrispettività sul piano funzionale, che informa anche il contratto e il rapporto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.). In tal caso, infatti, essendo mancata la prestazione lavorativa, non può esserci la retribuzione, che altrimenti non avrebbe la sua giustificazione causale corrispettiva.

Di obbligo retributivo potrà parlarsi soltanto a seguito del passaggio in giudicato della sentenza costitutiva: sulla base del dictum giudiziale le prestazioni corrispettive devono essere adempiute.

Invece, per il periodo precedente il lavoratore - in ipotesi parte non inadempiente - non resta privo di tutela: potrà addebitare al datore di lavoro, che si era rifiutato di assumerlo, l'inadempimento dell'obbligo a contrarre, ossia la condotta generatrice del danno da lui patito sotto forma di lucro cessante. E dunque il suo diritto sarà di natura risarcitoria, non retributiva. Il datore di lavoro, con il suo comportamento (rifiuto di assunzione integrante inadempimento dell'obbligo di assunzione), ha impedito al lavoratore di conseguire un reddito (la retribuzione) altrimenti conseguibile e quindi gli ha causato un danno in termini di lucro cessante.

Questa conseguenza è conforme a principi generali nella disciplina del lavoro subordinato: se manca il lavoro non può esserci retribuzione, in omaggio al principio di corrispettività (sul piano funzionale), almeno per tutto il periodo che va fino alla sentenza che riconosca il diritto e quindi attribuisca la relativa tutela; per il periodo successivo il principio altrettanto rilevante e generale di effettività della tutela giurisdizionale impone di riconoscere che dal rapporto di lavoro, accertato o costituito dalla pronuncia giudiziale, "discendono ... 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" (Cass. sez. un. n. 2990/2018, p. 16).

Tale principio trova applicazione:

- a) in tema di nullità del termine finale, in cui è esclusa la retribuibilità degli intervalli non lavorati, dalla scadenza del termine nullo fino alla sentenza che accerti tale nullità, configurandosi a carico del datore di lavoro soltanto una responsabilità risarcitoria (art. 32 L. n. 183/2010, che al riguardo ha previsto una forfettizzazione del danno), mentre per il periodo successivo alla sentenza sussiste il diritto del lavoratore alle retribuzioni, soluzione avallata in questi esatti termini da C. Cost. n. 303/2011;
- b) in tema di somministrazione irregolare, per la quale le Sezioni Unite di questa Corte (Cass. sez. un. n. 2990/2018) hanno fondato la loro nuova interpretazione proprio sui principi espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303/2011 nel distinguere il periodo anteriore da quello successivo alla sentenza;
- c) in tema di cessione di azienda (o di ramo d'azienda) in violazione dell'art. 2112 c.c. (Cass. n. 5788/2023; Cass. n. 21160/2019), tanto da indurre la Corte Costituzionale a dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale proprio in virtù dell'intervenuto mutamento medio tempore del "diritto vivente" di questa Corte di legittimità (C. Cost. n. 29/2019), revirement inaugurato da Cass. sez. un. n. 2990/2018.

Dunque per il periodo che va dalla scadenza del termine entro il quale il contratto definitivo doveva essere concluso (e non lo è stato) e la pronuncia della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. (rectius il suo passaggio in giudicato), a carico della parte inadempiente rispetto all'obbligo a contrarre sussiste soltanto una responsabilità risarcitoria. Il danno risarcibile è quello cagionato alla parte non inadempiente e consiste in tutte le utilità (anche reddituali) che quest'ultima avrebbe conseguito qualora il contratto definitivo fosse stato concluso e che invece non ha conseguito proprio a causa ed in conseguenza del rifiuto dell'altra parte di adempiere l'obbligo a contrarre.

3.11.- La c.d. clausola sociale, prevista da vari contratti collettivi nazionali di lavoro, può integrare un vero e proprio obbligo a contrarre, stabilito dalle parti sociali a carico dell'impresa che subentra nell'appalto. Dunque viene certamente in rilievo la disciplina contenuta nell'art. 2932 c.c., purché risultino compiutamente indicati tutti gli elementi del

contratto e, quindi, non occorra l'ulteriore intervento della volontà delle parti ai fini della concreta specificazione del suo contenuto in ordine ad elementi essenziali (Cass. n. 8568/2004; Cass. n. 12516/2003). Tale principio è stato ribadito con specifico riferimento a fattispecie di subentro nell'appalto, precisandosi che, ove le parti abbiano concordato, in sede di accordo sindacale, l'obbligo per il datore di lavoro di assumere personale in forza presso un'altra impresa, prevedendo il contratto collettivo applicabile ai nuovi dipendenti, la relativa categoria di inquadramento, nonché il riconoscimento dell'anzianità pregressa, l'oggetto del contratto di lavoro deve ritenersi sufficientemente determinato. Ne consegue che il lavoratore, in caso di inadempimento, può richiedere, ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, senza che rilevi la mancata predeterminazione della concreta assegnazione della sede lavorativa e delle mansioni, che attiene alla fase di esecuzione del contratto (Cass. n. 27841/2009; Cass. n. 28415/2020 in motivazione).

Inoltre, quella clausola potrebbe essere strutturata in modo tale che il termine previsto per l'assunzione, da parte dell'impresa subentrante, dei dipendenti di quella uscente sia essenziale, proprio allo scopo di assicurare a quegli stessi dipendenti, per quanto possibile, la continuità reddituale, che tendenzialmente le parti sociali vogliono che sia non interrotta.

3.12.- La sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c., proposta per l'adempimento della c.d. clausola sociale, dunque, acquista la sua efficacia processuale soltanto con il suo passaggio in giudicato. Ma quando ciò si verifica, l'effetto costitutivo del contratto definitivo non concluso deve ritenersi prodotto in modo retroattivo, ossia retroagente fin dal momento in cui scadeva il termine - previsto dalle parti sociali come essenziale - entro il quale doveva essere concluso il contratto definitivo di lavoro subordinato.

Ciononostante, in omaggio al principio di corrispettività (sul piano funzionale), per il periodo che va dalla scadenza di quel termine essenziale (che rappresenta il termine iniziale di efficacia del rapporto di lavoro subordinato costituito dalla sentenza pronunziata ex art. 2932 c.c.) fino alla sentenza (rectius al suo passaggio in giudicato), l'obbligazione del datore di lavoro ha natura risarcitoria.

Pertanto, per la liquidazione del danno risarcibile occorrerà tenere conto anche di eventuali "arricchimenti" che il danneggiato si è procurato proprio a causa ed in virtù di quell'inadempimento della controparte (compensatio lucri cum damno), in omaggio al principio dell'integrale risarcimento del danno senza alcuna iniusta locupletatio del danneggiato (tutto il danno, né più né meno), sicché occorre tenere conto dell'aliunde perceptum.

3.13.- A tal riguardo questa Corte ha più volte precisato che, nell'ambito dell'illecito anche contrattuale, riguardato sotto il profilo strutturale, la compensatio lucri cum damno opera sul piano della causalità giuridica, come strumento di selezione delle conseguenze dannose dell'illecito, determinando la compensazione dei vantaggi e dei danni derivanti dal medesimo fatto illecito, stante la funzione eminentemente compensativa della responsabilità civile, basata sulla c.d. teoria differenziale, in virtù della quale il danno risarcibile deve essere quantificato in ragione della differenza tra l'entità del patrimonio attuale del danneggiato e la consistenza che esso avrebbe avuto in mancanza dell'illecito (Cass. ord. n. 23123/2023).

Va però precisato che l'applicazione di tale principio richiede che il vantaggio conseguito dal danneggiato rientri nella serie causale dell'illecito (art. 1223 c.c.), da ricostruirsi secondo un criterio di causalità adeguata, dovendo quindi escludersene l'applicazione allorché il vantaggio si presenti come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato, o come l'effetto di un evento che si sarebbe in ogni caso prodotto, indipendentemente dal momento in cui si è verificato l'illecito, o comunque nell'ipotesi in cui il beneficio trovi altrove la sua fonte (Cass. ord. n. 16702/2020; Cass. sez. un. n. 12564/2018).

3.14.- Alla luce di tali considerazioni, nel caso in esame la Corte territoriale non poteva detrarre dal danno risarcibile i ratei di pensione di anzianità conseguiti medio tempore dal lavoratore. Ai fini dell'aliunde perceptum, infatti, questa Corte ha già affermato da lungo tempo che rilevano solo i redditi conseguiti attraverso l'impiego della medesima capacità e attività lavorativa (Cass. ord., n. 14301/2024; Cass. ord. n. 16136/2018; Cass. n. 16143/2014; Cass. n. 6906/2009; Cass. n. 9988/2008; Cass. n. 2529/2003). Comunque, lo stato di disoccupazione, in virtù del quale l'interessato abbia potuto accedere al trattamento pensionistico, trova solo occasione e non causa nel fatto illecito del datore di lavoro, poiché il diritto alla pensione discende dal verificarsi di requisiti di età e contribuzione stabiliti dalla legge e quindi prescinde del tutto dalla disponibilità di energie lavorative da parte dell'assicurato che abbia anteriormente perduto il posto di lavoro e non si pone, di per sé, come causa di risoluzione del rapporto di lavoro (Cass. n. 16143/2014).

A conforto di questa conclusione sta un'ulteriore considerazione.

Il conseguimento della pensione di anzianità non integra una causa di impossibilità del rapporto di lavoro subordinato, atteso che la disciplina legale dell'incompatibilità (totale o parziale) fra trattamento pensionistico e percezione di un reddito da lavoro dipendente si colloca sul diverso piano del rapporto previdenziale (determinando la sospensione o la riduzione dell'erogazione della prestazione pensionistica), ma non comporta l'invalidità del rapporto di lavoro. (Cass. n. 6906/2009; Cass. n. 9988/2008; Cass. n. 13871/2007). Il lavoratore, dunque, resta esposto ad un'azione di ripetizione da parte dell'ente previdenziale (Cass. sez. un. n. 12194/2002). E, anzi, proprio questa eventualità esclude che quei ratei di pensione riscossi possano essere considerati un'utilità compensabile con il danno, poiché non integrano un effettivo e definitivo incremento patrimoniale del lavoratore (Cass. sez. un. n. 12194 cit.), essendo restituibili all'ente previdenziale.

4.- La sentenza d'appello va pertanto sul punto cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito da questa Corte (art. 384, co. 2, c.p.c.), nei sensi di cui al dispositivo.

5.- Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo. L'attribuzione al difensore del controricorrente è disposta solo per quelle di appello e del presente giudizio di legittimità, in quanto - come risulta anche dalla sentenza d'appello - solo per queste il predetto difensore ha reso la dichiarazione prescritta dall'art. 93 c.p.c.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile quello principale; cassa la sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto e, decidendo nel merito, dichiara che dalle retribuzioni spettanti al To.An. non vanno detratti gli importi da lui percepiti a titolo di pensione d'anzianità.

Condanna la ricorrente principale alle spese dei gradi di merito e di quelle del presente giudizio di legittimità, liquidate in Euro 6.900,00 per il primo grado, in Euro 4800,00 per l'appello e in Euro 5500,00 per il presente giudizio di legittimità, oltre Euro 200,00 per esborsi, in ogni caso oltre rimborso forfettario delle spese generali e accessori di legge, con distrazione al difensore del To.An. per le spese di appello e del presente giudizio di legittimità.

Dà atto che sussistono i presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, co. 1-quater, D.P.R. n. 115/2002 pari a quello per il ricorso principale a norma dell'art. 13, co. 1-bis, D.P.R. cit., se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione lavoro, in data 19 novembre 2025.

Depositato in Cancelleria il 23 dicembre 2025.