

il Giurista del Lavoro

9 | 2007

Mensile di approfondimento giuridico, fiscale, previdenziale e assicurativo in materia di lavoro

Sommario

Pagamento indebito della retribuzione e limiti alla ripetizione da parte del datore di lavoro
di Pietro Scudeller 2

La presunzione nel contratto di lavoro a progetto alla luce degli ultimi interventi della giurisprudenza di merito
di Luigi Pelliccia 9

Testimonianze rilasciate da terzi alla Guardia di Finanza
Limiti all'efficacia probatoria nel processo tributario
di Francesco Schiavon 16

Osservatorio Giurisprudenziale
Approfondimenti su sentenze di particolare interesse
a cura di Romina Dalzini 20

Ultime dalla Cassazione
Rapida panoramica delle ultime pronunce della Suprema Corte
a cura di Romina Dalzini 24

Supplemento Monografico

Ad integrazione della monografia pubblicata sul fascicolo precedente

Contrasto al lavoro irregolare
Contenuti della L. n. 123 del 3 agosto 2007 e relativi chiarimenti ministeriali
di Luigi Pelliccia

Pagamento indebito della retribuzione e limiti alla ripetizione da parte del datore di lavoro

PIETRO SCUDELLER

Il datore di lavoro che pretenda di ripetere una somma erogata al lavoratore in misura superiore rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo deve dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dal dipendente stesso ex art. 1431 c.c. (Cass., Sez. Lav., 16 gennaio 2007 n. 818).

Nella fattispecie risolta dalla Suprema Corte due dipendenti avevano chiesto al loro datore di lavoro un maggior importo, rispetto a quanto già corrisposto, a titolo di trattamento di fine rapporto; il datore di lavoro opponeva di aver incaricato il proprio impiegato di corrispondere ai lavoratori in questione la retribuzione come da minimi di contratto collettivo e, poiché questi aveva, per errore di calcolo, corrisposto importi superiori ai minimi, chiedeva in restituzione la differenza.

Pretore e Tribunale avevano accolto la domanda del datore di lavoro; la Corte di Cassazione, invece, ha affermato due principi di diritto: nel primo sostenendo che il pagamento al lavoratore di una retribuzione superiore ai minimi del

contratto collettivo indica la volontà del datore di derogare *in melius* le disposizioni contrattualcollettive, quindi spetta a lui provare l'eventuale invalidità di tale volontà contrattuale tacitamente manifestata; nel secondo affermando che l'invalidità, imputabile ad errore, della clausola contrattuale formata con l'accettazione da parte dei lavoratori dei pagamenti (maggiorati) può essere dichiarata solo qualora il datore di lavoro provi l'errore riconoscibile dalla controparte ai sensi dell'art. 1431 c.c.

La Corte, affermando questo secondo principio di diritto, richiama il precedente conforme di Cass. 17 aprile 2000, n. 4942¹.

Invero vi sono altri due precedenti, uno intermedio ed uno più risalente, nello stesso senso: trattasi, nell'ordine, di Cass. Sez. Lav., 5 aprile 2005 n. 7020², e di Cass. Sez. Lav., 13 maggio 1987 n. 4409³.

Peraltro va subito detto che i due precedenti più recenti sono stati entrambi annotati criticamente, come vedremo meglio in seguito.

Ben più numerosa, d'altro canto, la giurisprudenza che ritiene invece che in questi casi il datore di lavoro possa sempre ripetere quanto corrispo-

(1) In *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1164 e in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 45, con nota di OGRISEG.

(2) In *Riv. Crit. Dir. Lav.* 2005, 509, con nota di MORO.

(3) In *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 5.

sto in eccesso⁴: si configurerebbe infatti un indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., che richiede soltanto la prova dell'indebito pagamento, e quindi dell'inesistenza di una legittima *causa solvendi*, rimanendo indifferente alla presenza o meno di errore scusabile nel *solvens*, come invece richiesto nell'indebito soggettivo ex art. 2036 c.c.

È evidente quali siano i contrapposti interessi in gioco, che hanno fatto pendere la giurisprudenza ora in un senso ora nell'altro: da un lato c'è l'interesse del datore di lavoro al recupero di quanto pagato per mero errore, senza che all'esborso corrisponda un giusto titolo qualsivoglia; dall'altro lato vi è la difficoltà per il lavoratore di dover restituire somme che riteneva in buona fede essere legittimamente entrate nel suo patrimonio.

Occorre invero segnalare un terzo filone giurisprudenziale, che sembra porsi a metà strada tra i due precedenti, in quanto volto alla ricerca ed affermazione di un criterio che consenta di scegliere tra i due contrapposti interessi suddetti quello maggiormente meritevole caso per caso: così Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2001 n. 2071⁵, afferma che: *"il principio ex art. 2033 c.c., secondo cui la p.a. datrice di lavoro deve provvedere al tempestivo recupero delle somme indebitamente erogate ai propri dipendenti, va temperato con la valutazione specifica del possibile consolidamento, in capo ai percettori, di una legittima posizione soggettiva, in relazione sia al lungo decorso del tempo sia al complessivo esame della vicenda entro cui si colloca il comportamento della p.a. stessa e dei percettori, comparando, da*

*un lato, l'interesse pubblico alla ripetizione dell'indebito e, dall'altro, l'eventuale buona fede del percettore stesso, non disgiunta dall'esame della di lui effettiva situazione di vita"*⁶.

Occorre dunque esaminare meglio le ragioni delle contrapposte tesi giurisprudenziali, per comprenderne i richiami legislativi ed i relativi ragionamenti, prima di poter trarre qualsiasi conclusione.

Il filone giurisprudenziale favorevole ai datori di lavoro si fonda, come accennato, sulla ritenuta applicabilità dell'art. 2033 c.c.

Tale disposizione afferma, categoricamente, che chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato⁷; essa distingue poi tra buona fede e mala fede dell'*accipiens* solo ai fini della debenza dei frutti ed interessi dal giorno della domanda o, rispettivamente, da quello del pagamento.

In sede processuale, poi, in ottemperanza ai principi generali sulla ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), colui che agisce ex art. 2033 c.c., al fine di vincere il tacito riconoscimento di debito implicito nel pagamento, sarà tenuto a provare solamente l'avvenuto pagamento e l'inesistenza di un rapporto giuridico capace di giustificarlo (per quest'ultimo aspetto, trattandosi di provare un fatto negativo - *facta negativa non sunt probanda* -, la prova potrà essere data anche per presunzioni). Al convenuto rimarrà la possibilità, invece, di dare la prova dell'esistenza di una diversa *causa solvendi* del pagamento ricevuto.

(4) In tal senso, favorevolmente quindi al recupero di indebiti vari da parte del datore di lavoro, si sono pronunciati, espressamente o implicitamente: Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2006, n. 685 in *Foro amm.* CDS 2006, 2477; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 12 agosto 2003 n. 1272, in *Foro amm.* TAR 2003, 2469; Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2003 n. 2560 in *Foro amm.* CDS 2003, 1620; T.A.R. Sardegna Cagliari, 19 settembre 2001 n. 957 in *Foro amm.* 2001; Cass. Sez. Lav., 10 novembre 1999, n. 12495 in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2221 (che precisa non ostare alla ripetizione né l'art. 2126 in tema di rapporto di lavoro nullo, né l'art. 2034 c.c. in tema di obbligazioni naturali); Cass. Sez. Lav., 24 luglio 1998, n. 7281, in *Il lav. nella giur.* 1998, 615 (conforme Trib. Roma 10 febbraio 1998, *ibidem*); Cass. Sez. Lav., 27 febbraio 1998 n. 2209, in *Notiziario giur. lav.* 1998, 446; Cass. Sez. Lav., 2 settembre 1995 n. 9287, in *Giur. it.* 1996, I, 1396; Pretura Latina 15 dicembre 1995 in *Notiziario giur. lav.*, 1996, 272; Pretura Monza, 7 gennaio 1995, in *Orient. giur. lav.* 1995, I, 124; Pretura Torino, 15 gennaio 1994, in *Dir. prat. lav.* 1994, 1920; Pretura Cagliari, 30 marzo 1992 e Trib. Cagliari, 4 dicembre 1992, entrambe in *Riv. giur. Sarda* 1993, 743-744, nota TUVIERI; Cass. Sez. Lav., 4 maggio 1991 n. 4893 in *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 5; Cass. Sez. Lav., 6 novembre 1984 n. 5620 in *Giust. civ. Mass.* 1984, fasc. 11; Cass. Sez. Lav., 6 febbraio 1984 in *Giust. civ. Mass.* 1984, fasc. 2; Cass. Sez. Lav., 6 febbraio 1984 in *Giust. civ. Mass.* 1984; Cass. Sez. Lav., 6 febbraio 1984, in *Giust. civ. Mass.* 1984, fasc. 2; Cass. Sez. Lav., 8 giugno 1983 n. 3927, in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 6; Tribunale Bologna 20 dicembre 1978, in *Giur. it.* 1979, 415, I, 2.

(5) In *Foro amm.* 2001, 868.

(6) Sostanzialmente conformi anche Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2000 n. 1515 in *Foro amm.* 2000, 900 e Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999 n. 127 in *Foro amm.* 1999, 346.

(7) Curiosa l'osservazione di LORIS BONARETTI, in *"Lequa retribuzione nella costituzione e nella giurisprudenza"*, Giuffrè, 1994, p. 322, secondo il quale *"Era forse più piacevole la stesura dell'art. 1145 del codice civile del 1865 che stabiliva: «Chi per errore o scientemente riceva ciò che non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo a colui il quale lo ha indebitamente pagato»"*.

Accertato così che la prestazione eseguita non trova riscontro in alcuna obbligazione correlativa, la giurisprudenza (del secondo filone citato) ritiene superflua qualsiasi indagine sull'*animus* del *solvens* e quindi sull'esistenza o meno di un errore determinativo⁸.

Come è stato giustamente osservato⁹, "*presupposto di tale interpretazione è, con tutta evidenza, il rifiuto della teoria negoziale dell'adempimento: nel pagamento del debitore non avrebbe rilevanza la volontà di perseguire l'effetto solutorio, avendo l'adempimento natura meramente esecutiva di un'obbligazione già esistente*".

Al contrario il filone contrapposto, minoritario ma più recente (quello al quale appartiene la sentenza che qui si annota), che richiede il presupposto dell'esistenza di un errore scusabile, fonda tale requisito sulla natura negoziale del pagamento: "*il pagamento al lavoratore di una retribuzione superiore ai minimi del contratto collettivo indica la volontà di derogare in meglio (art. 2077, 2° comma c.c.) tacitamente manifestata dal da-*

tore ed accettata dal lavoratore, mentre spetta al primo di dedurre e di provare l'invalidità di questa volontà contrattuale..."¹⁰.

Tale interpretazione, tuttavia, è stata efficacemente criticata, come si accennava, sia da OGRISEG che da MORO nelle opere sopra citate (alle ns. note 1 e 2), con argomenti simili: s'è osservato infatti che il pagamento non ha natura negoziale, per cui ad esso mal si attaglierebbero norme, come gli articoli 1429 e 1431 c.c., destinate a regolare l'invalidità dei contratti; ciò sarebbe confermato dall'art. 1191 c.c., che esclude ogni rilevanza della capacità del *solvens* ai fini della validità dell'adempimento. "*L'inattuabile applicazione dei vizi della volontà al pagamento (...) renderebbe, pertanto, superflua ogni indagine sulla rilevanza dell'errore, con conseguente inapplicabilità della teoria (...) dell'affidamento, inteso quale protezione della buona fede contrattuale*"¹¹.

D'altronde s'è visto pure che l'art. 2033 c.c. prende espressamente in considerazione la buona fede dell'*accipiens*, ma per tutelarla solo nel limite della decorrenza dei frutti ed interessi da restituire.

(8) Invero anche in sede civilistica viene sottolineato come tale tesi sia quella prevalente, ma non l'unica. Ad esempio: "Chi ha eseguito un pagamento non dovuto (*solvens*) ha diritto di ripetere ciò che ha pagato (e il relativo credito, in caso di somma di denaro, è di valuta), a prescindere dal fatto di essere caduto in errore [C. 94/9624; C. 87/2725, GC 87, I, 1967. *Contra* BRECCIA, *Indebito*, EG, XVI, 1].": così leggesi in GAZZONI, *Man. di dir. priv.*, Napoli, 2004, p. 684. "Secondo la prevalente dottrina (RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, Nov. D., 1227s; MOSCATI, *Indebito, [pagamento dell']*, Enc. D., 85s., e ID., *Fonti legali e "fonti private" delle obbl.*, 10s; in tal senso cfr. pure, in giurisprudenza, C. 95/2814, C. 87/25252, C. 84/5550, C. 84/1690, C. 70/2784, C. 64/2401; v. inoltre, *infra*), nella fattispecie in esame, a differenza di quanto vale per l'indebito soggettivo (art. 2036), sarebbe irrilevante il fatto che vi sia stato o non l'errore del *solvens*, essendo sufficiente, per la ripetibilità, l'accertamento dell'assenza di giustificazione dello spostamento patrimoniale eseguito (v. però anche BRECCIA, *Indebito [ripetizione dell']*, Enc. giur. Treccani, 2, secondo il quale l'ipotesi di errore del *solvens* dovrebbe essere tenuta distinta da quella in cui il pagamento non dovuto sia stato compiuto per assoluta leggerezza; per la necessità dell'errore, ai fini della ripetibilità, v., invece, D'ONOFRIO, *Del pagam. dell'indebito*, Comm. SB, 266 [il quale ha peraltro anche sostenuto non essere necessaria la scusabilità dell'errore medesimo] e App. Caltanissetta 31-7-1944, Rep. Foro it., 46, *Indebito*, 2).": così leggesi in CIAN TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c., Cedam*, VI ed., sub 2033, 4. Ancora: "Si discute poi se tale *animus* implichi l'errore del *solvens*: in dottrina, accanto a chi ritiene sostenibile la tesi della necessità dell'errore (P. D'ONOFRIO, *Del pagamento dell'indebito*, p. 265) in quanto la *causa donandi* sarebbe implicita nel difetto di ogni altra causa, vi è chi contesta la necessità di tale elemento (R. SACCO, *La buona fede*, p. 261; App. Milano, 18 aprile 1947, in FR, 1947, II, c. 46, nel senso della necessità dell'errore; *contra* Trib. Monza, 18 febbraio 1955, in RFI, 1956, voce *Indebito*, c. 1342, n. 13 e in GC, 1956, I, p. 1455). Altro problema è quello del requisito della scusabilità dell'errore solitamente escluso dalla giurisprudenza (Cass., 3 gennaio 1950, n. 8, in RFI, 1950, voce *Indebito*, c. 1049, n. 10; Cass., 20 maggio 1963, n. 1302, ivi, 1963, voce cit., c. 1362, n. 2; Cass., 30 ottobre 1984, n. 5550, voce cit., c. 1364, n. 2) ed anche dalla dottrina che pure ha sostenuto la necessità dell'errore (P. D'ONOFRIO, o.c., p. 266).": così leggesi in *Codice civile annotato con la dottr. e la giur.*, a cura di PIETRO PERLINGIERI, II ed., Zanichelli, 1991, sub 2033, pp. 1723/24. Infine: "Rilevanza dell'errore. Secondo la prevalente dottrina l'errore del *solvens* sull'esistenza dell'obbligazione non è una condizione generale di ripetibilità del pagamento non dovuto, essendo, invece, sufficiente a tal fine la semplice inesistenza originaria o sopravvenuta di una legittima *causa solvendi* (RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, NNDI, 1968, 1228). Non mancano tuttavia, specie nella dottrina meno recente, opinioni contrarie sul punto (D'ONOFRIO, *Del pagamento dell'indebito*, Comm. SB., 265). Per altri la consapevolezza di aver eseguito un pagamento non dovuto o la semplice negligenza nell'eseguirlo possono rendere inesigibile la pretesa restitutoria da questi avanzata (BRECCIA, *Pagamento di indebito*, Tr. RES., 1984, 767). La giurisprudenza è attestata sulle posizioni della dottrina prevalente (CC 30 ott. 1984/5550; C. 12 marzo 1984/1690, GI, 1985, I, 638). Diversamente orientata, però, la giurisprudenza amministrativa con riferimento all'ipotesi di somme corrisposte, in eccedenza a quanto dovuto, dalla p.a. ai pubblici dipendenti e da questi percepite in buona fede (CS, 26 luglio 1978/762, RCS, 1978, I, 1076; CS, a.p. 3 mar. 1976/1, RCS, 1978, I, 1076; CS, a. p. 3 mar. 1976/1, RCS, 1976, I, 273; nel senso della sufficienza della buona fede dell'*accipiens*, TAR Sardegna 23 giu. 1989/506, TAR, 1989, I, 327.": Così leggesi in *Codice civile* a cura di PIETRO RESCIGNO, Giuffrè, 1992, sub 2033, 4.

(9) Da MORO, nella nota a Cass. 7020/2005 citata sopra (alla nota 2).

(10) Così la sentenza qui commentata: Cass. 818/2007.

(11) Così MORO nell'op cit.

Lo stesso MORO aggiunge poi che il requisito dell'errore (scusabile) è richiesto come condizione della ripetibilità esclusivamente nell'indebito soggettivo *ex persona debitoris*, nell'art. 2036 c.c., ma non anche nell'art. 2033 c.c.¹². Infine lo stesso Autore osserva che nel caso della sentenza da lui commentata (Cass. 2005/7020) il fatto che importi maggiori ai minimi fossero stati corrisposti per ben tre anni consecutivi comportava l'opportuna considerazione dell'affidamento del lavoratore, tenuto conto della "specialità caratterizzante l'istituto giuslavoristico della retribuzione"¹³, concludendo che, sebbene il filone giurisprudenziale maggioritario sia più rispettoso della lettera della legge, tuttavia quello minoritario parrebbe tutelare più incisivamente, richiedendo il requisito aggiuntivo dell'errore scusabile, i tratti specifici dell'istituto retributivo "nonché le esigenze di mantenimento a esso sottese"¹⁴.

Chi scrive ritiene invece necessario un approfondimento ulteriore: non può infatti bastare il richiamo generico alla specialità dell'istituto retributivo o alle esigenze di mantenimento di cui all'art. 36 della Cost., per introdurre requisiti di ripetibilità non previsti dalla legge. Va da sé, peraltro, che in questi casi si discute di importi non dovuti né per legge né per contratto, quindi non vi deve essere né vi può essere rischio di compromissione del diritto alla retribuzione minima derivante dal principio di cui all'art. 36 della Costituzione.

Lo snodo del problema potrebbe stare piuttosto nella seguente considerazione: se è vero che, in generale, il pagamento, in quanto mera esecuzione di un'obbligazione contrattuale, non è un contratto e pertanto ad esso non si possono applicare i principi relativi ai vizi della volontà delle parti contrattuali, è anche altrettanto vero che quando si tratta di pagamenti non dovuti non è più possibile ricondurre tali pagamenti a meri atti

esecutivi di obbligazioni, proprio perché, per la parte di prestazione non dovuta e quindi ripetibile, il pagamento non ha un'obbligazione sulla quale si fonda, ma è, per l'appunto, privo di essa, cioè privo di *solutionis causa*.

Occorre allora indagare se a tale pagamento, privo di *solutionis causa*, sia connettibile una qualche volontà in chi lo ha eseguito, espressa o tacita, oppure no.

Esso potrebbe, infatti, in tale prospettiva, ben assurgere a comportamento che rivela una volontà tacita, alla quale pertanto tornerebbero ad essere applicabili, in quanto atto non più meramente esecutivo, bensì negoziale o contrattuale, le norme sui vizi della volontà e, segnatamente, l'art. 1431 c.c.

È noto, infatti, che la volontà può essere manifestata anche tacitamente, con comportamenti concludenti. Se, ad esempio, il datore di lavoro corrisponde una maggiorazione fissa per lungo tempo, non può escludersi che egli lo abbia fatto con l'intento di premiare il lavoratore e di considerare la maggiorazione un superminimo dovuto, che, in quanto tale, non sarà mai ripetibile.

La volontà del datore di lavoro va dunque indagata caso per caso.

Non è quindi condivisibile l'affermazione del principio, contenuta nella sentenza qui annotata, per cui sempre il pagamento di superminimo indicherebbe la volontà di derogare *in melius* le disposizioni del contratto collettivo.

Può tale volontà darsi per implicita nel pagamento? A chi spetterà poi l'onere della prova: al datore di lavoro o al lavoratore?

In fondo quando la giurisprudenza richiede la presenza di un errore (scusabile o meno) nel datore di lavoro, non fa altro che interrogarsi sulla volontà del medesimo, in ordine ai pagamenti

(12) In tal senso, espressamente, anche le citate sentenze di Cass. n. 1984/5620 e n. 1984/927.

(13) Al riguardo si legga quanto scrive BENIAMINO FARGNOLI in *La retribuzione*, Giuffrè, 2002, p. 482: "La retribuzione è un'obbligazione che, per molti versi, si distingue dagli altri crediti. Essa è inderogabile sia pure in senso relativo, come si è visto nel paragrafo precedente. Inoltre, essa è solo parzialmente pignorabile, sequestrabile e compensabile. Infine non è, in linea di massima, riducibile. Tutte queste caratteristiche sono connesse alla finalità tipica della retribuzione, che è volta a soddisfare le esigenze esistenziali del creditore, elemento questo estraneo agli altri crediti. Tenendo presente tali caratteristiche della retribuzione, si è posto il problema se essa sia ripetibile". Lo stesso Autore precisa, tra l'altro, che "la repetitio è sottoposta alla prescrizione quinquennale, che, naturalmente, deve essere eccepita dall'interessato". Sulla prescrizione vedi *infra* la nota 24.

(14) Così MORO nell'op cit.

contestati: essi avvenivano per volontà di riconoscere come dovute tali somme, o sono state pagate, appunto per errore, cioè senza alcuna volontà di attribuirle (definitivamente) alla controparte (ovvero determinate da una volontà viziata da errore, da erronei convincimenti sulla spettanza delle stesse)?

In altre parole, se nell'art. 2033 c.c. la rilevanza dell'errore è esclusa in radice dalla norma, in quanto la stessa si riferisce soltanto al "pagamento non dovuto", dando quindi per presupposto l'accertamento sulla non debenza del pagamento, anche nei pagamenti da datore di lavoro a lavoratore, specie se ripetuti nel tempo, occorre preliminarmente indagare se il pagamento è dovuto o meno, considerando che la debenza dello stesso può derivare anche soltanto da libera scelta (*animus donandi*?¹⁵) del datore di lavoro, espressa solo tacitamente con la stessa effettuazione dei pagamenti. Se così stanno le cose, non pare errato che in sede processuale si chieda al datore di lavoro, che agisce per la ripetizione, di dimostrare (anche per presunzioni) che il pagamento, pur effettuato liberamente, è dipeso non da volontà di attribuzione patrimoniale (definitiva), ma da altre ragioni (errore di fatto o di diritto), tali da rendere non dovuto il medesimo; con conseguente applicabilità dell'art. 2033 c.c. e pertanto ripetibilità dello stesso.

In tale prospettiva, sembrerebbe quindi sbagliato il riferimento all'art. 1431 c.c., come pure la richiesta di un ulteriore requisito, quello della riconoscibilità dell'errore, mentre dovrebbe essere sufficiente la dimostrazione della non debenza del pagamento, con la particolarità però che quest'ultima dovrà essere data non solo dimostrando l'assenza di fonte legislativa o contrattuale espressa per l'attribuzione, ma anche che essa non possa ravvisarsi in una volontà tacita del datore di lavoro, manifestata per comportamento concludente.

Mentre dunque la giurisprudenza più datata e maggioritaria (secondo filone) esclude la necessità di questa indagine, bastando l'assenza di fonte di legge o negoziale a rendere ripetibile il pagamento, la giurisprudenza più recente (primo filone) introduce (sia pure con richiami impropri) questa ulteriore necessità di indagine.

Va aggiunto peraltro che se una volontà di attribuzione patrimoniale vi è stata, anche se derivante da un comportamento tacito del lavoratore, una volta dunque accertato ciò, ritorneranno ad essere correttamente applicabili a tale volontà le norme sui vizi della medesima e quindi anche l'art. 1431 c.c.

Quand'è allora che una volontà può dirsi espressa da un comportamento concludente o, meglio, quand'è che il comportamento datorile tacito può integrare una manifestazione di volontà che diventa vincolante (anche se unilaterale)?

Vi è chi, distinguendo tra dichiarazione e manifestazione di volontà¹⁶, ha individuato la seconda come quella *"consistente in un comportamento che, secondo il comune modo di pensare e di agire, risulti incompatibile con la volontà contraria"*¹⁷.

Un altro Autore¹⁸, dopo aver trattato dell'art. 1327 c.c. (*"Esecuzione prima della risposta dell'accettante"*), a proposito di rapporti contrattuali di fatto, scrive: *"Talvolta si assiste ad una prestazione eseguita da un soggetto in favore di un altro senza che vi sia stata una preventiva proposta. In tal senso si tratta di una situazione analoga ma nello stesso tempo diversa da quella prevista dall'art. 1327. Analoga perché è pur sempre un comportamento esecutivo che surroga una dichiarazione, ma diversa perché la misura della esecuzione non è fissata da una preventiva proposta, cosicché è davvero difficile ravvisare egualmente, pur a prescindere da qualsiasi dichiarazione, un contratto"*. Dopo aver inoltre ricordato alcu-

(15) La cit. C. 2000/4942 esclude la possibilità della liberalità: *"...senza che sia impedito al datore di lavoro di erogare ai propri dipendenti paghe superiori (ai minimi contrattuali), siano esse determinate a seguito di contrattazione tra le parti, o semplicemente da lui offerte al lavoratore e senza che, in tali ipotesi, si possa parlare di spirito di liberalità, atteso che la retribuzione, quale che ne sia la misura, costituisce sempre la controprestazione del lavoro svolto dal dipendente..."*.

(16) Cfr. sull'argomento, FALZEA, *Manifestazione, teoria generale*, in *Enc. dir.* XXV, 442 e ss.

(17) CASTIGLIA, voce *Manifestazione*, *dir. civ.*, *Enc. giur. Treccani*.

(18) GAZZONI, in op. cit. alla precedente nota 7, p. 837 e ss.

ne fattispecie più frequenti di tal genere di rapporti - rapporti derivanti da un contatto sociale (es. mediazione), rapporti derivanti dall'inserzione in una organizzazione comunitaria (es. società di fatto, impresa familiare) e rapporti derivanti da obblighi non giuridici ma sociali di prestazione alla generalità (es. trasporto ferroviario o autostrada) -, si chiede se e fino a qual punto sia possibile utilizzare in tali casi lo schema contrattuale, osservando infine che *"anche chi segue la teoria contrattualistica avverte che, rispetto alla disciplina generale, sono presenti eccezioni, tanto ciò vero che la dottrina risalente parlava, con riguardo alla vendita «di fatto», di contratto reale [Cicu, Scritti minori, II, 1965 (rist.), 315]. Ma si pensi, al requisito della capacità d'agire, che si ritiene non indispensabile, e a quello della volontarietà che è sostituito dall'effettiva e consapevole esecuzione [Di Majo, 197. Contra Betti, 358]. E tale esecuzione appare difficilmente compatibile, quanto meno, con la rilevanza dell'errore, essendo il requisito della riconoscibilità [Ll. 2] non ipotizzabile in una vicenda del tutto spersonalizzata, mentre un'eventuale protestatio [Angelici, 8], che non potrebbe essere successiva, configurandosi altrimenti come ius poenitendi [Irra Stella-Richter, 203], sarebbe comunque irrilevante, atteso il significato socialmente tipico del comportamento, con conseguente nascita del vincolo.*

In altra prospettiva si ravvisano in tali comportamenti esecutivi fatti giuridici rilevanti ai fini della nascita ex art. 1173 di determinate obbligazioni, soggette, peraltro, alla disciplina contrattuale [C. 99/589 e 1925, citt.; Messineo, 114]."

Senza poterci addentrare ulteriormente, in questa sede, sulle teoriche dottrinali in argomento, è interessante, dopo questi cenni orientativi, esaminare invece la giurisprudenza.

Una sentenza che si è pronunciata esplicitamente sul punto è Cass. Sez. Lav., 19 novembre 2001, n. 14487¹⁹: il datore di lavoro, nella fattispecie, venuta meno una certa indennità prima prevista e poi soppressa dalla contrattazione collettiva,

aveva smesso di erogarla, non senza averla corrisposta ancora per un paio di mesi dopo la soppressione contrattuale; i lavoratori pretendevano di scorgere, in tale corresponsione bimestrale non più supportata da alcun obbligo, un comportamento datorile che autorizzava a ritenere riconosciuta come spettante l'indennità. La Cassazione ha respinto la domanda dei lavoratori, osservando che il comportamento datorile, seppur *"suscettibile in teoria di essere valutato come «concludente» e come tale significativo di una pretesa del lavoratore, ... può invece non assumere lo stesso valore in un contesto aziendale"* diverso. In particolare, mentre un contesto di piccole dimensioni, ove il datore di lavoro poteva accorgersi subito dello scarto, poteva giustificare il riconoscimento, in un contesto di grandi dimensioni, come quello esaminato (le Ferrovie Statali), poteva ritenersi fisiologico, secondo la Cassazione, lo scarto di due mesi tra soppressione contrattuale e adattamento delle buste paghe, per la complessità delle ripartizioni interne delle competenze e dei poteri gestionali.

Interessante è pure il richiamo operato dall'estensore della nota a tale sentenza (citata sopra), che ricorda come la Suprema Corte, quando è stata chiamata ad entrare nel merito della *"concludenza"* di un comportamento, anche di recente *"ha preferito ancorarla al più affidabile criterio"* (rispetto a quello delle dimensioni e complessità aziendali) *"rappresentato da ciò, che un comportamento concludente è «desumibile da una costante e prolungata applicazione» delle clausole degli accordi stessi (Cass. 14 aprile 2001, n. 5596, mass.)"*²⁰.

Tutto ciò finisce per far apprezzare il cd. terzo filone giurisprudenziale richiamato, che tende a distinguere caso per caso.

In conclusione, parrebbe di poter riassumere quanto passato in rassegna, osservando che il datore di lavoro che agisce in ripetizione dovrà cercare prudentemente di dimostrare non solo che quanto pagato non era dovuto, ma anche che il pagamento effettuato non è riconducibile ad una

(19) In RIDL, 2002, II, 789, con nota di M. CUNDARI, *"Pagamento di somme non dovute e comportamento concludente del datore di lavoro"*.

(20) CUNDARI, op. cit.

tacita volontà di attribuzione patrimoniale: se, per esempio, perché dovuto ad un errore di terzo, con la testimonianza di questi o di altri che precisino le modalità dell'errore (di calcolo o di interpretazione) verificatosi, rendendo plausibile l'inconsapevolezza datorile.

Il giudice²¹, nella valutazione del caso concreto, anche laddove mancassero prove specifiche sul come e perché si è verificato il pagamento non dovuto, potrà considerare comportamento concludente, e quindi vincolante, quello datorile che, secondo la definizione sopra riportata, sia stato tale da renderlo, ragionevolmente, incompatibile con una volontà diversa²²; tenendo conto sia

del tempo per il quale si è protratto tale comportamento, sia delle dimensioni e complessità aziendali, come pure di ogni altra circostanza e condizione delle parti che consenta di ricostruire la vera volontà del datore di lavoro (art. 1362, 2° comma, c.c.). Con conseguente applicazione dell'art. 2033 c.c. Soltanto laddove ricorra l'eventuale "concludenza" del comportamento datorile²³, con il conseguente affidamento ingenerato nella controparte, si avrà un atto negoziale al quale si renderanno applicabili le norme sull'annullabilità dei contratti; diverrà allora legittimo e coerente far ricorso al requisito ulteriore della riconoscibilità dell'errore ex art. 1431 c.c.²⁴.

(21) Nessun dubbio sul fatto che si tratterà del Giudice del lavoro: "Fra le controversie di lavoro rientrano non solo quelle relative alle obbligazioni caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato ma tutte le controversie in cui la pretesa fatta valere si colleghi direttamente a tale rapporto, nel senso che questo (pur non costituendo la causa petendi di tale pretesa) si presenti come antecedente e presupposto necessario - non meramente occasionale - della situazione di fatto in ordine alla quale viene invocata la tutela giurisdizionale. Pertanto, tra le controversie anzidette rientra anche quella promossa dal datore di lavoro per ottenere dal dipendente il rimborso di somme indebitamente versategli in relazione al pregresso rapporto di lavoro". Cass. Sez. Lav., 6 maggio 1994 n. 4419, in *Giust. civ. Mass.* 1994, 620. Conforme Cass. 13 marzo 1978 n. 1229, in *Giust. civ. Mass.* 1978, 505.

(22) Per Cass. 5 gennaio 1984 n. 50 (in *Giust. civ. Mass.* 1984, fasc. 1) il comportamento per *facta concludentia* del datore di lavoro può consistere anche "in un comportamento del datore di lavoro dal quale risulti con certezza la volontà di ritenere i versamenti indebiti corrisposti benevolentiae causa".

(23) Va ricordato che tali valutazioni, peraltro, sono di esclusiva competenza del giudice di merito, restando, in sede di legittimità, sottoposte solo alla verifica del rispetto dei canoni di ermeneutica contrattuale e al controllo di una motivazione coerente e logica.

(24) Chiarita la possibilità, nei termini di cui sopra, della ricorrenza di due azioni ben distinte, l'azione di annullamento del pagamento come atto negoziale, quando accompagnato da una volontà, anche tacita, di attribuzione patrimoniale, e azione di ripetizione dell'indebito, va ricordato, per completezza conclusiva, che la prima azione si prescrive in cinque anni ex art. 1442 c.c., mentre il diritto a ripetere un indebito è soggetto all'ordinaria prescrizione decennale ex art. 2946 (C 86/6626). In pratica sarà tuttavia difficile che un pagamento che si protrae per più di cinque anni possa dirsi privo di una volontà tacita e quindi, di fatto, sarà ben difficile poter agire solo ex art. 2033 c.c. e poter recuperare somme pagate prima di cinque anni addietro.