

GIULIO LAVAGGI

La nullità del contratto nel diritto del lavoro

INTRODUZIONE

Indice

CAPITOLO I

LA NULLITA' TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO SPECIALE

1. La nullità nel diritto civile: presupposti, disciplina ed effetti.
2. La nullità tra diritto civile e diritto speciale del lavoro.
3. I caratteri della nullità lavoristica e la sua riconducibilità alla nullità di protezione.
4. La legislazione sui contratti atipici ed il ruolo della nullità parziale.

CAPITOLO II

**LA NULLITA' PARZIALE E CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO
DETERMINATO**

1. La disciplina del lavoro a tempo determinato.
2. Il dibattito sulle causali nella previgente disciplina di cui al d.lgs. 368/2001; perdurante attualità della questione alla luce del decreto dignità.
3. La categoria della nullità parziale e la sua applicazione nella giurisprudenza.

CAPITOLO III

LA NULLITÀ DEL CONTRATTO DI LAVORO E ART. 2126 C.C.

1. L'invalidità del contratto di lavoro: profili di specialità.
2. Disciplina dell'invalidità e rifiuto delle teorie acontrattualistiche.
3. Gli effetti dell'art. 2126 c.c.: casistica giurisprudenziale.
4. Particolari rapporti di lavoro e applicabilità dell'art. 2126, comma 1°, c.c.
- 4.1. Art. 2126 cc. e pubblico impiego.
5. L'illiceità dell'oggetto e della causa.
6. Il secondo comma dell'art. 2126 c.c.
7. Una possibile assimilazione tra nullità lavoristica e nullità di protezione.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

Introduzione

L'obbiettivo di questo scritto è quello di analizzare e cercare di approfondire, specificatamente nell'ambito del diritto del lavoro, il tema delle Nullità.

Pochi concetti generali vantano nella scienza del diritto l'importanza che la categoria delle nullità ha assunto, sia per la sua funzione pratica sia per i suoi risvolti teorici. La dottrina ha ricostruito il concetto di nullità muovendo dal concetto di inefficacia e distinguendo all'interno di questa categoria due ipotesi : una inefficacia in senso lato, come mera assenza di effetti giuridici ed una inefficacia in senso stretto, come assenza di effetti di una fattispecie giuridica meramente rilevante. In ogni caso, all'apparente rigore logico della distinzione non ha mai fatto riscontro una altrettanto netta differenziazione sostanziale; quello che, comunque, si può affermare è che le nullità sono una fattispecie giuridica molto ricorrente in tutte le branche del diritto e rivestono una notevole importanza in quanto un atto investito dalla declaratoria di nullità perde di efficacia e di validità giuridica.

Non in tutte le materie la nullità viene vista ed interpretata nello stesso modo. Infatti, la nullità può assumere sfaccettature e conseguenze differenti, laddove si passi da una branca ad un'altra del diritto.

Uno dei motivi principali che mi ha spinto a trattare questo argomento è stato appunto la particolarità di questa previsione normativa, che, come ben sappiamo, è stata nei vari anni ricostruita ed interpretata sia dalla dottrina che

dalla giurisprudenza ed entrambe, al fine di distinguerla e differenziarla, hanno esaminato e descritto le sue cause o i suoi effetti.

Entrando più nello specifico, nel primo capitolo parlerò della nullità generale, delle sue caratteristiche e delle sue funzioni, facendo un confronto con la nullità di un diritto secondo, qual è il diritto del lavoro. Quindi, analizzerò sia le caratteristiche della disciplina lavoristica e il ruolo svolto dalla legislazione in materia di contratti atipici che la nullità parziale.

All'interno del secondo capitolo, analizzerò la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, affrontando il tema della "*causale*" alla luce sia della disciplina tempo per tempo vigente che della elaborazione giurisprudenziale fino alla normativa relativa inserita nel "*Decreto Dignità*" del 2018. Infine, tratterò della applicazione, da parte della giurisprudenza, della nullità parziale, esaminando i vari aspetti di questa categoria.

Nel terzo capitolo, viene esaminato il testo dell'articolo 2.126 del Codice Civile e le varie problematiche dallo stesso derivanti. Verranno analizzati i suoi aspetti cardini, la particolarità di questa disposizione, analizzando, nello specifico, sia il primo che il secondo comma.

Da ultimo, viene affrontata la problematica connessa alla possibilità di ricondurre la nullità lavoristica alla normativa della nullità di protezione.

CAPITOLO I

LA NULLITA' TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO SPECIALE

SOMMARIO. 1. La nullità nel diritto civile: presupposti, disciplina ed effetti. – 2. La nullità tra diritto civile e diritto speciale del lavoro. – 3. I caratteri della nullità lavoristica e la sua riconducibilità alla nullità di protezione. – 4. La legislazione sui contratti atipici ed il ruolo della nullità parziale.

1. La nullità nel diritto civile: presupposti, disciplina ed effetti.

Agli art. 1418, ss, c.c. viene ricondotta interamente la disciplina della nullità nell'ordinamento civilistico, che nel regolamentare la patologia del contratto, costituisce lo statuto generale della nullità stessa. Tale concezione può essere individuata nella centralità che il contratto ha acquisito all'interno della struttura economica dell'ordinamento. Infatti, nel diritto civile si è passati da una concezione che attribuiva alla proprietà il ruolo di elemento fondamentale dell'economia, in virtù della quale il contratto veniva assunto come strumento utile e necessario al fine del trasferimento da un soggetto ad un altro del diritto di proprietà o di altro diritto reale, ad un'altra concezione di tipo dinamico che assegna una posizione di sovranità al negozio giuridico, nel senso che

questo rappresenta il principale strumento di creazione della ricchezza, visto che è inserito nell'orbita delle imprese: se ne deduce che è ormai il contratto, quindi non più la proprietà, la principale risorsa di gestione del sistema economico¹.

La nullità è dunque lo strumento più forte che l'ordinamento giuridico offre per sanzionare l'invalidità di un atto giuridico, con il quale la legge nega fondamento a quelle manifestazioni di volontà che si pongono in contrasto con lo schema legale e con gli interessi generali dell'ordinamento: essa, quindi, rappresenta un indice del giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito con l'atto di autonomia privata rispetto ai principi ispiratori dell'ordinamento.

Per quanto riguarda la teoria generale del diritto, quella della nullità, è una categoria che “*stenta a trovare un posto suo proprio*”, visto che l'inefficacia che si collega alla nullità è causa di sovrapposizione tra la categoria dell'inesistenza e la nullità stessa².

Sul piano del diritto positivo manca una definizione di nullità, questo perché essa è vista come uno strumento “ concettuale “ rimesso alle interpretazioni dei giuristi.

Dall'esame dell'art. 1418 c.c. non si evince un solo e unico modello di nullità.

Infatti, possiamo vedere come a volte questa venga indicata come una sanzione, altre come una conseguenza e altre ancora come una fattispecie.

Al profilo, della sanzione, concerne la nullità comminata per contrarietà alle norme imperative dell'art. 1418, primo comma, c.c. : infatti, al fianco delle sanzioni civili delle restituzioni e del risarcimento la nullità sanzionerebbe il contratto posto in contrasto con queste norme. Inoltre, la terminologia utilizzata farebbe sì che la nullità venga vista come forma di invalidità

¹ Cfr. in tal senso **ROPPO**, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 60

² **R. SACCO**, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, (a cura di) R. SACCO – G. DE NOVA, Utet, pag. 485

generale, viste le previsioni tassative di annullabilità : “ *tutto ciò che non è causa di annullabilità è causa di nullità*”.

Per quanto riguarda il profilo della nullità come fattispecie, si può fare riferimento al secondo comma dell’art. 1418 c.c., in base al quale “ *sono causa di nullità la mancanza di uno dei requisiti indicati dall’art. 1325 l’illiceità dei motivi nel caso indicato dall’art. 1345 e la mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346* “. Pertanto, il verificarsi di suddette circostanze risulta idoneo ad integrare quella fattispecie che è la nullità.

Per l’ultimo profilo si fa, invece riferimento al comma 3 dell’articolo 1418 c.c. Infatti, non appena si prevede che il contratto sia nullo in tutti i casi stabiliti dalla legge, “ *da una parte supera l’inquadramento della nullità come fattispecie e, dall’altra, essa si pone come conseguenza dell’inosservanza di un precetto*”³.

Passando alla elencazione nello specifico delle cause della nullità, possiamo notare come la legge (art. 1325 c.c e art. 1418, comma 2) stabilisce che causa di nullità è la mancanza o l’impossibilità originaria o definitiva di un elemento costitutivo del contratto (accordo, causa, oggetto e forma se richiesta ***ad substantiam***). L’assenza di uno di questi requisiti determina la configurazione del cosiddetto contratto ***illegale***. Si ha tale forma di contratto laddove questo, pur non ledendo interessi altrui, sia inidoneo a produrre effetti giuridici, essendo sfornito dei requisiti prescritti dalla legge. Pertanto, nel contratto illegale vi è una violazione del precetto posto nell’interesse del contraente stesso o nell’interesse di una collettività identificata. In questo si differenzia dal contratto ***illecito***, che è altresì nullo, ma genera una violazione di precetti posti nell’interesse di soggetti differenti da quelli che pongono in essere la volontà negoziale e in particolare nella prospettiva di tutelare il pubblico interesse⁴.

³ **A. DI MAJO**, *La nullità*, pag. 41

⁴ La distinzione tra illegalità e illiceità si coglie sul piano della disciplina conseguentemente applicabile al contratto nullo. In caso di illiceità, infatti, non possono trovare applicazione gli articoli 2126, 799, 1367, 1424 c.c.; inoltre, mentre l’illiceità è sempre motivo di nullità,

Quindi, illegalità e illiceità, nonostante costituiscano violazioni di diversa intensità, provocano il medesimo effetto, ovvero la nullità del contratto, con le stesse conseguenze in termini di ripetizione di quanto indebitamente prestato in base al contratto (art. 2033 c.c.).

Il contratto è nullo anche nel caso in cui sia in contrasto con norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.), con questo si intendono le norme non derogabili dalla volontà privata. La disposizione in esame è una norma di chiusura, in quanto fa sì che la comminatoria della nullità sia la regola generale in tema di invalidità degli atti negoziali.

Tuttavia, la comminatoria della sanzione di nullità non è sempre presente nei precetti imperativi. Difatti, può succedere che una norma detti una regola di qualsiasi natura, senza fissare espressamente la sanzione che ne potrebbe derivare dalla mancata sua applicazione. In questo caso, si parla di *nullità virtuale*⁵. Questo istituto trova fondamento nel carattere residuale della sanzione della nullità in materia contrattuale e negoziale in genere⁶.

L'illiceità del contratto si ha altresì quando la sua causa, ossia la sua funzione economico – sociale⁷, sia in contrasto con norme imperative, ordine

l'illegalità può determinare la nullità ovvero altra sanzione, così come disposto dall'art. 1418, comma 1, c.c., ove è fatta salva la diversa previsione legislativa.

⁵ Tale opinione risulta peraltro ancora oggi radicata in giurisprudenza, come dimostra la sentenza pronunciata, con riguardo alla norma che punisce il reato di circonvensione di incapace, da Cass. 27-1-2004 n. 1427.

⁶ La dottrina distingue spesso illegalità ed illiceità in base ad un diverso criterio. Secondo **GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 988, l'illiceità andrebbe connessa esclusivamente alla violazione dell'art. 1343 c.c., mentre il caso dell'illegalità sarebbe connesso al generico contrasto del contratto con le norme imperative, ossia al classico caso della nullità virtuale.

⁷ Con riferimento alla causa negoziale, è particolarmente interessante una recente pronuncia della Suprema Corte, che ha passato in rassegna le varie teorie elaborate nel tempo sull'argomento (cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, 2006, p. 1718 ss.). La causa, intesa nel comune significato di "funzione economico sociale" del contratto secondo un approccio ermeneutico che la Corte definisce di tipo "astratto", presuppone che un negozio giuridico non possa legittimamente dirsi "privo di causa", laddove corrisponda ad uno schema legale tipico. La tradizionale nozione, così delineata non corrisponde a quella che si evince esaminando il profilo oggettivo e strutturale della pattuizione. Tutte le possibili definizioni di causa succedutesi nel tempo hanno visto la dottrina italiana in permanente disaccordo (mentre negli altri paesi il dibattito è da tempo sopito), discorrendosi, di volta in volta, di scopo della parte o motivo ultimo (la c.d. teoria soggettiva); di teoria della controprestazione o teoria oggettiva classica (che identifica la causa con la fonte dell'obbligazione); di funzione

pubblico o buon costume (art. 1343-44 e art. 1418, comma 2). Per quanto attiene alle violazioni di ordine pubblico e buon costume si può subito evidenziare come queste, diversamente dalle norme imperative, hanno un carattere tendenzialmente elastico e non rigido⁸.

Le norme caratterizzanti l'ordine pubblico non sono necessariamente oggetto di codificazione, in quanto queste possono desumersi dal sistema e dai suoi principi generali.

Difatti, di norma, attraverso il ricorso alle norme costituzionali o contenute in testi legislativi posti al vertice della gerarchia delle fonti si può indentificare l'ordine pubblico.

In dottrina si è elaborato un concetto di ordine pubblico *economico* o *sociale*, questo fondandosi sulla politica economica dello Stato, impone molteplici e rilevanti limiti all'autonomia dei privati nella prospettiva del perseguimento del bene comune⁹.

Per quanto riguarda il buon costume, questo è composto da norme di carattere non giuridico, norme utilizzate come strumenti di sensibilizzazione morale e di adattamento ai principi etici della realtà sociale ed economica¹⁰.

giuridica ovvero di funzione tipica (rispettivamente intese come sintesi degli effetti giuridici essenziali del contratto, ovvero di identificazione del tipo negoziale); di funzione economico-sociale. La definizione del codice è, quindi, quella di funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata.

⁸ In tal senso **DIENER**, *Il contratto in generale*, cit., p. 756.

⁹ Secondo **SANTORO PASSARELLI**, *Dottrine*, cit., p. 187 e ss., l'ordine pubblico è costituito da norme di carattere giuridico, ma la sua peculiarità consiste nel fatto che l'illiceità del contratto si configura anche se non v'è contrarietà ad una specifica norma codificata, bensì anche soltanto ad un principio generale che si desume da un sistema di norme imperative. Costituiscono indubbiamente norme di ordine pubblico quelle contenute nella Costituzione, con particolar modo quelle che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Esempi di contrarietà all'ordine pubblico si colgono nel patto con cui un soggetto si impegna a svolgere un'attività che pregiudica la sua salute, ovvero con un sì limiti la libertà d'azione di una persona, con cui si ceda il proprio posto di lavoro, o con cui ci si impegni a votare in un determinato modo durante una consultazione elettorale.

¹⁰ In una nota pronuncia, la Suprema Corte ha affermato che il concetto di buon costume non può non essere retorico, poiché la contrarietà del negozio a questo parametro non può essere limitata all'area della contrarietà al pudore sessuale e della decenza, ma deve intendersi legata anche alla violazione di principi etici della coscienza morale collettiva, al cd. morale sociale, quella morale cui la generalità delle persone oneste, di buona fede e di sani principi, in un determinato momento ed in un determinato ambiente, conforma il proprio operato (cfr. Cass. 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418). Si fa, infatti, l'esempio del negozio

Questo sistema giuridico risulta essere molto particolare, soprattutto per la reazione che l'ordinamento riferisce alla sua violazione, ovvero, ai sensi dell'art. 2035 c.c., l'irripetibilità di quanto prestato.

Altra causa di illiceità del negozio può riguardare l'oggetto del contratto (art. 1346 c.c. e art. 1418, comma 2), oppure dei motivi (art. 1345 c.c. e art. 1418, comma 2).

Analizzando l'oggetto del contratto, bisogna distinguere tra l'illiceità dell'oggetto indiretto, quindi del bene che costituisce oggetto della prestazione¹¹, e tra l'illiceità dell'oggetto diretto, quindi della prestazione dedotta in contratto, perciò, tendenzialmente, in questo caso si parlerà di illiceità della causa¹².

Invece, per quanto attiene ai motivi, bisogna tener presente che il legislatore, richiede, al fine di dichiarare la nullità del contratto, che l'illiceità coinvolga entrambe le parti stipulanti e che tale illecito motivo non sia solamente determinante per il consenso, ma esclusiva e unica ragione della loro volontà positiva¹³.

Per concludere, rappresenta illecito anche il cosiddetto contratto "in frode alla legge" (art. 1344 c.c. e art. 1418, comma 2), reputandosene illecita la causa¹⁴.

con cui una parte promette una prestazione patrimoniale in cambio di una raccomandazione presso un pubblico ufficio: il contratto sarà nullo e chi ha subito una diminuzione patrimoniale non potrà ripetere quanto pagato ai sensi dell'art. 2035 c.c. .

¹¹ Si fa l'esempio della vendita di futura eredità (art. 458 c.c.) o della donazione di cosa futura (art. 771 c.c.), ove illecita non è la causa o la prestazione, ma soltanto l'oggetto della prestazione stessa. L'oggetto mediato non è in ogni caso illecito: la cosa futura (art. 1348) è illecita se donata, non se è venduta (art. 1472 c.c.) . Si è poi precisato, in relazione al caso della vendita di un immobile privo del necessario provvedimento autorizzativo dell'edificazione, che il contratto in questione deve intendersi illecito per violazione della normativa urbanistica, la quale richiede il rilascio di licenza, concessione o permesso di costruire quale condizione di legittimità dell'opera (Cfr. Cass. 8 settembre 1999, n. 9508, in Contratti, 1999, p. 1131).

¹² Si faccia l'esempio del contratto con cui ci si impegna ad uccidere qualcuno dietro compenso: la prestazione da eseguirsi è illecita, e la causa stessa del negozio è da reputarsi in diretto contrasto con valori fondamentali dell'ordinamento.

¹³ In relazione all'illiceità dei motivi possono essere richiamati, oltre all'art. 1345 c.c., anche gli artt. 626 (in materia di disposizioni testamentarie), 788 (in materia di donazione), 647 e 794 (con riferimento all'onere impossibile o illecito che ha costituito il solo motivo determinante rispettivamente della disposizione testamentaria o della donazione).

¹⁴ In dottrina v. **GIACOBBE**, *Frode alla legge*, Milano, 1980, p. 73.

Si tratta di un negozio indiretto, al quale la dottrina riconduce il fenomeno del “collegamento negoziale”¹⁵.

In questi casi si pone in essere un contratto “mezzo”, il quale viene impiegato dai contraenti per perseguire un fine diverso, cioè la conclusione di un differente contratto, che risulterà essere illecito.

Ovviamente la nullità di tale negozio si estenderà anche al negozio “mezzo”, in quanto i due sono collegati in maniera bilaterale¹⁶.

Parlando della disciplina, possiamo dire che questa comporta una ulteriore classificazione, basata sulla legittimazione all’esercizio della relativa azione.

Infatti, dato che gli interessi tutelati hanno carattere individuale, la legge dispone che la legittimazione all’esercizio spetti a chiunque ne abbia interesse (art. 100 c.p.c. e art. 1421 c.c.) o anche rilevata d’ufficio dal giudice e sancisce un principio generale di legittimazione assoluta all’azione.

La *ratio* è il fulcro dello schema normativo, la quale, come già detto, può essere invocata da qualunque soggetto giuridico, con il solo limite della sussistenza di un concreto interesse ad agire, basato sì sull’art. 100 c.p.c., ma anche sulla sussistenza di una posizione giuridica connessa al rapporto dedotto in giudizio¹⁷.

¹⁵ Cfr. **CARIOTA FERRARA**, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1999, p. 619. Si veda altresì Cass. 28 settembre 1994, n. 7890, 1995.

¹⁶ Ipotesi classiche di contratto in frode alla legge sono quelle connesse all’area del diritto del lavoro: si pensi al licenziamento seguito da immediata riassunzione per realizzare lo spezzettamento dell’indennità di fine rapporto in frode all’art. 2120 c.c., ovvero alle pratiche elusive del licenziamento per giusta causa poste in essere mediante cessione del contratto di lavoro, in frode all’art. 2119 c.c.

¹⁷ In tal senso v. **GIROLAMI**, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*. Per una teoria della moderna nullità relativa, Padova, 2008, p. 235 ss., secondo cui l’art. 1421 c.c. “non avrebbe propriamente a che vedere con l’istituto dell’interesse processuale ad agire, ma individuerrebbe piuttosto quell’interesse sostanziale che è in grado di fondare la legittimazione ad agire in giudizio. [...] Dunque, da un lato l’art. 1421 c.c. sancisce la legittimazione assoluta all’azione di nullità e dall’altro si preoccupa, poi, di delimitarla, richiedendo all’uopo uno specifico interesse di natura sostanziale: al quale poi, secondo quanto si è detto, si dovrà aggiungere un preciso interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., che sarà per forza di cose strettamente collegato alla situazione sostanziale che fonda la legittimazione, ma che concettualmente sarà affatto distinto”.

Va precisato, inoltre, che viene considerato un rimedio atipico, in quanto i presupposti per usufruire di tale fattispecie giuridica sono piuttosto vasti. Un esempio può riguardare la violazione di nome interpretative che può essere modellata su numerosissime situazioni di fatto, anche del tutto differenti tra di loro, stessa cosa per quanto riguarda un contratto illecito per contrarietà di ordine pubblico o buon costume.

Può, tuttavia, capitare che la legge sancisca la legittimazione di uno o più soggetti positivamente individuati, non ammettendone l'azione di qualunque interessato, in questo caso si parla di *nullità relativa*¹⁸.

Comunque, anche se l'azione può essere esperita da soltanto alcuni soggetti, una volta dichiarata la nullità questa avrà sempre efficacia *erga omnes*.

In ogni caso, il contratto nullo può comunque produrre gli effetti di un altro diverso contratto, sempre che ne sussistano i requisiti di forma e sostanza e i contraenti abbiano interesse al mantenimento del vincolo : questo è il caso della *conversione* del contratto nullo.

2. La nullità tra diritto civile e diritto speciale del lavoro.

Argomento di notevole rilievo è ciò che distingue la bipartizione classica di invalidità (nullità e annullabilità) del diritto civile dalla specialità della materia lavoristica.

È possibile, infatti porre in essere una analisi dello stato dei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, imponendo anzitutto una analisi di tipo diacronico.

¹⁸ Secondo autorevole dottrina (CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 329), la nozione di nullità relativa non potrebbe essere accolta nel nostro ordinamento poiché sarebbe inconcepibile una nullità che operi erga omnes ma che possa essere fatta valere solo da alcuni soggetti. Se questi non dovessero agire per far valere la nullità, il contratto continuerebbe a produrre effetti pur essendo nullo.

Sotto una prima prospettiva, si evince una prima differenziazione tra le due branche di diritto individuabile, all'interno del sistema codicistico originario, nell'eccezionalità del ricorso alla nullità come sanzione.

Eccezionalità che presuppone che il blocco normativo degli art. 2094 e ss. del libro V del codice civile non sia posto a tutela di interessi generali, ma degli interessi del lavoratore.

All'interno del sistema codicistico-corporativo il modello generale di sanzione è quello della annullabilità, tranne per le norme che esterne al codice presidiano il rapporto tra legge e contratto.

Un esempio può essere lo stesso art. 2098 c.c. che prevede solamente la annullabilità per il contratto di lavoro “ stipulato senza l'osservanza delle disposizioni concernenti la disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro “.

Quindi se si vuole parlare in questo sistema di specialità, questa si colloca essenzialmente nelle deroghe al sistema generale previste dagli art. 2113 c.c. e art 2126 c.c.

La prima deroga riguarda la previsione di annullabilità degli atti di disposizione dei diritti derivanti da norme inderogabili, inoltre l'annullabilità dell'atto unilaterale di rinuncia, nel codice originario, si poneva in contrasto con l'ammissibilità delle modifiche consensuali delle mansioni, che potevano essere fatte anche “ in pejus “, ai sensi dell'art. 2013 c.c., che risultavano essere ammissibili senza condizioni, in quanto la materia era data alla piena disponibilità dell'autonomia privata¹⁹.

La seconda, invece, dell'indicazione degli effetti della nullità attuata come tramite della paralisi della sua efficacia storicamente retroattiva.

¹⁹ Al punto che la giurisprudenza tendeva a riconoscere la possibilità di una modifica consensuale tacita in pejus, in ossequio all'autonomia privata e ignorando la disparità fra le parti del rapporto di lavoro.

Seconda particolarità è conosciuta, nel nostro sistema giuridico, grazie ad una copiosa evoluzione normativa garantistica (come lo Statuto dei Lavoratori, introdotto con legge n. 300 del 20 maggio 1970) che ha modificato radicalmente il modo di interpretare il diritto del lavoro sia sul piano dei precetti sia sul piano delle invalidità.

Quindi, è da questo momento storico che si può apprezzare la specialità del diritto del lavoro, definita come branca del diritto autonoma di sviluppo legittimante deroghe ai principi generali del diritto civile, non solo a livello di disciplina²⁰, ma anche a quello di ratio.

Inoltre, è da qui che si può parlare della nullità come causa di reciproco della inderogabilità della normativa giuslavoristica.

L'ingresso dello Statuto dei Lavoratori e della legislazione del c.d. garantismo individuale, nell'ambito della disciplina lavoristica, ha fatto sì che la posizione del lavoratore venisse notevolmente rafforzata nei confronti del datore di lavoro, grazie anche al ricorso della nullità come sanzione.

Basti pensare agli artt. 13-15-16 e 18, ma anche agli artt. 4-5-6-7 e 8, che costituiscono dei blocchi di nullità testuali, virtuali e di divieti.

Possiamo quindi sottolineare la paradossalità dell'interscambio, sul piano delle nullità, tra il diritto speciale del lavoro e diritto civile nel momento del garantismo individuale, periodo nel quale come detto in precedenza risulta più forte la nozione della specialità.

Si potrebbe, tuttavia, dichiarare che questa sia una conseguenza coerente con i principi base del sistema generale. Infatti, dal momento in cui la norma giuslavoristica diventa inderogabile per la sottrazione di aree che sono rimesse interamente alla disponibilità della autonomia privata, appare

²⁰ Si fa riferimento alla specialità "verticale" del diritto del lavoro rispetto al diritto privato e non a quelle tra diritto del lavoro e diritto commerciale (o diritto del consumatore, ecc.). Non quindi le specialità di tipo orizzontale che pure ci direbbero molto sullo sviluppo di questo settore dell'ordinamento nonché sul grado di tenuta del diritto primo rispetto ai diritti secondi.

inevitabile il ricorso alla nullità come sanzione. Quindi, seguendo questa logica, si affermerebbe che la nullità entra nel diritto del lavoro nel momento funzionale del rapporto, grazie alla legislazione del garantismo individuale e non nel momento genetico²¹.

Il paradosso, dunque, è che la maggiore vicinanza tra le due discipline del diritto si ha nel momento della maggiore lontananza, ovvero nel momento in cui si afferma la specialità del diritto del lavoro stesso.

Va, inoltre, aggiunto che nel passaggio dal momento genetico del rapporto, che coincide nella stipula del contratto individuale, a quello funzionale, la sanzione della nullità subisce una “ dislocazione “, dato che riguarda sia il contratto sia l’atto stesso (intendendosi l’atto di esercizio del potere direttivo e l’atto di gestione del rapporto).

Possiamo prendere come riferimento l’art.13 dello Statuto dei Lavoratori, all’interno del quale per molto tempo si è intesa la previsione della nullità dei patti contrari come vera e propria nullità civilistica, connessa quindi alla stregua difesa degli interessi generali. Solo negli anni ’80 la giurisprudenza ha cambiato prospettiva, intendo tale nullità con termini più flessibili, riconducendola anche ad ipotesi di nullità relativa o di protezione.

Terza particolarità la si riscontra all’interno del c.d. garantismo collettivo. Infatti, al suo interno la sanzione civilistica della nullità convive con tutte le sue contraddizioni, rimanendo strettamente legata alla sua ratio e quindi costretta a sfumature e a funambolismi di vario genere.

Un esempio può trovarsi nello stesso art.13 dello Statuto dei Lavoratori, sia per i raccordi con le norme che sezionano l’area della sua indisponibilità,

²¹ Quanto al momento genetico, bisogna ritenere che essa vi sia sempre stata. Ed è a questo momento che fa riferimento l’art. 2126 Cod. Civ., non riguardando il profilo funzionale del rapporto.

garantendogli delle parti dichiarate parzialmente disponibili dai contratti collettivi, sia per l'elaborazione interna fatta dalla giurisprudenza²².

Assai particolare è il ruolo del contratto collettivo, in quanto viene autorizzato dal legislatore a derogare a precetti che di norma sarebbero inderogabili, creando per questi, quindi, una disciplina diversa per contenuto e per la stessa ratio, dato che questa è tesa alla realizzazione di interessi non rientranti nell'ambito della norma originaria e che rappresentano una deviazione dal punto di vista causale.

La specialità del contratto collettivo la si può comunque ricondurre all'ultima parte dell'art. 1418 c.c., la quale asserisce che “ il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo *che la legge disponga diversamente* “. Cosa che appunto avviene nel caso sopracitato, dato che la legge conserva la normativa nulla, accordando però efficacia legittimante al consenso collettivo.

Possiamo, infine, affermare che il sistema delle invalidità, presente nel diritto civile e nel diritto speciale del lavoro, ponendo le materie quasi sullo stesso piano, fa sì che queste possano utilizzare reciprocamente gli sviluppi elaborativi dell'altra. Pertanto, è come se sotto il profilo delle invalidità non ci sia una lontananza tra le materie speciali e il diritto generale, ma un perfezionarsi continuo vicendevolmente²³.

La conseguenza di tutto questo meccanismo è che le elaborazioni nell'ambito delle nullità speciali (es. nullità relativa e nullità di protezione) servono oggi ai giuslavoristi al fine di ricostruire in maniera chiara e precisa l'apparato normativo e alla traduzione di questo nel diritto vivente.

²² V. ad esempio Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033 che ha avallato le scelte dell'autonomia collettiva (nella specie il contratto collettivo delle poste) con cui sono stati introdotti specifici meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale.

²³ F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007.

3. I caratteri della nullità lavoristica e la sua riconducibilità alla nullità di protezione.

Analizzando nello specifico i caratteri del sistema dell'invalidità nel diritto del lavoro, possiamo notare come, tale sistema, sia sottoposto a varie tensioni disgregative per una serie di ragioni e fattori differenti.

Pertanto, questi fattori comportano un riesame dello squilibrio tra le parti contraenti sia nel momento della stipulazione del contratto, sia durante gli atti di esercizio del potere direttivo e di gestione, che comporta la necessità di una interpretazione della nullità come avviene per l'art. 2103 c.c., quindi in forma dinamica e non statica. Dopo di ciò bisogna traslare questo riesame degli squilibri dal piano del rapporto a quello del mercato, focalizzandosi sui contratti atipici. Inoltre, fra questi fattori vi è anche l'attenuazione della differenza di applicazione delle nullità testuali rispetto alle nullità virtuali e quindi questo comporta che la prospettiva formalistica della nullità venga abbandonata, cosa che per parte della dottrina comporterebbe un dubbio sulla stessa nozione di nullità. Infine, questi fattori comportano la determinazione degli effetti della nullità, in modo tale da poterli ricalibrare sull'assetto degli interessi che si sono sostituiti alla causa, che possono ricadere nella mancanza o grave anomalia degli effetti costitutivi o nella lesione degli interessi generali, così come previsto dall'art. 1418 c.c.

Negli ultimi anni, inoltre, è stata elaborata una nuova figura di invalidità di un atto, la c.d. *nullità di protezione*. Categoria questa che va ad ampliare il

concetto di nullità, in quanto la nullità ai giorni d'oggi, non va più inquadrata come una singola fattispecie giuridica, ma va considerata come nullità in una accezione pluralistica. Questa è un'ipotesi di nullità particolare, in quanto è posta a tutela della parte debole del rapporto e quindi presenta dei tratti comuni anche alla disciplina dell'annullabilità.

È una categoria che trova riferimento soprattutto sul piano dei diritti speciali o secondi, è composta da una serie di disposizioni che tutelano i privati in ambito di contratti bancari, rapporti tra professionista e consumatore e in materia di intermediazione finanziaria.

Come detto in precedenza, queste disposizioni hanno un tratto in comune con il diritto del lavoro che coincide nella ratio protettiva messa a disposizione della parte debole di uno dei contraenti.

In questi casi possiamo, tuttavia, notare come la nullità integrale invece non giova al contraente che il legislatore intende tutelare o proteggere.

Infatti, possiamo notare come la Corte Costituzionale in una serie di sentenze del 2005²⁴ si sia pronunciata in materia di lavoro *part-time*, relativamente ad un caso di mancanza di forma scritta del contratto. Qui la Corte non ha negato l'applicabilità dell'art. 1419, primo comma, c.c., ma si è rimessa alla dimostrazione della essenzialità della clausola di riduzione dell'orario anche in parte del lavoratore.

Sempre in materia di part-time, la Corte ha escluso l'applicabilità del medesimo articolo (1419, primo comma, c.c.) al contratto di lavoro, quando la “ nullità della clausola derivi dalla contrarietà a norme imperative poste a tutela del lavoratore”, precisando che “ la disciplina degli effetti della contrarietà a norme imperative trova in questo campo, significativi adattamenti, volti appunto ad evitare la conseguenza della nullità del contratto”²⁵.

²⁴ Sentenza n. 283 del 2005 della Corte Costituzionale e identica argomentazione in Cass. 21 maggio 2008, n. 12985

²⁵ Corte cost. n. 210 del 1992.

Si evince dunque, come in questa giurisprudenza vi sia l'esigenza di selezionare gli effetti più idonei per le invalidità o come sostenuto da una parte della recente dottrina : *“la crescente previsione di nullità che non investono l'intero contratto, ma che incidono quasi chirurgicamente su una parte di esso”*²⁶.

Questa esigenza è sotto un duplice profilo risolta dalla nullità di protezione :

da una parte la nullità di protezione, rientrando nell'ambito delle nullità cosiddette “relative”, laddove implicherebbe la relatività e non l'assolutezza della legittimazione ad agire, presenterebbe dei tratti di specificità sul piano della disciplina. Quindi, come nel caso precedente, ovvero quello del part-time, spetterebbe solo al lavoratore la possibilità di far valere la nullità, quindi determinando o meno la conservazione del contratto, e non il datore di lavoro;

d'altra parte, la nullità di protezione assumerebbe il compito di riequilibrio dei rapporti caratterizzati da una disparità di potere contrattuale, e mostrandosi riconducibile all'art. 1419, primo comma, c.c., presupporrebbe una violazione, sotto il profilo causale, di una norma imperativa. In ogni caso è logico che la nullità di protezione sia riferibile ad un contratto e non ad un atto, in quanto sfocerebbe altrimenti in una nullità integrale.

Inoltre, all'interno della branca del diritto del lavoro, le nullità previste dalle disposizioni poste a tutela del prestatore di lavoro sono spesso inserite in un contesto sanzionatorio, in maniera tale che all'interprete possa risultare più semplice il compito di individuare l'effetto specifico della violazione.

In ogni caso, parte della dottrina, ritiene che nonostante vi sia stato l'ingresso di questo nuovo tipo di nullità, lo scopo di realizzare il riequilibrio delle posizioni delle parti non sia andato a buon fine, causa l'inadeguatezza della sanzione della nullità stessa.

Stessa tesi è condivisa da parte della dottrina civilistica, come si può evincere da questo estratto di G. Passagnoli, tratto da “ Nullità Speciali, Milano 1995,

²⁶ A. ALBANESE, *disciplina generale e discipline speciali della nullità*, 2006.

recitante : *“quand'anche si attribuisca al contraente debole la legittimazione esclusiva a far valere la nullità, questi si troverebbe nell'alternativa tra sottostare ad un accordo ingiustamente svantaggioso (ad es. il part-time senza determinazione della distribuzione dell'orario di lavoro) o rinunciare alla soddisfazione dell'interesse che lo aveva indotto a contrarre “.*

Infatti, il principale scopo del giuslavorista è quello di riuscire a modulare gli effetti che le nullità possono provocare, al fine di poter creare una disciplina alternativa, così da tener conto dell'interesse di uno dei contraenti, sostituendola alla situazione che precedentemente è stata violata.

Per concludersi si può affermare che le nullità di protezione sembrano incidere in maniera negativa sull'automaticità di tale strumento giuridico, ponendo il dubbio se sia possibile operare ex officio e quindi rilevare tale nullità anche in assenza di istanza presentata dal lavoratore. Di conseguenza ritengo che la nullità di protezione possa peccare di difetto e che il legislatore dovrà intervenire per poter dare una nuova luce a tale fattispecie giuridica, in modo tale da poterla annoverare a tutti gli effetti all'interno di una disciplina speciale alternativa.

4. La legislazione sui contratti atipici ed il ruolo della nullità parziale.

Per quanto riguarda la nullità parziale, si può interpretare la sua valenza e utilità già dall'esame del testo dell'art. 1419 c.c. il quale prevede che : *“ la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”.*

La ratio di tale fattispecie di invalidità costituisce una espressione del principio di conservazione del contratto, ma, come viene esplicitato nel dispositivo in esame, tale conservazione può operare sulla base della volontà delle parti, come esplicitato al comma 1 o dell'operare della legge, al comma 2.

Inoltre, vi è da aggiungere che se la nullità parziale è oggettivamente o inscindibilmente collegata con le altre parti non colpite dalla nullità, è logico che la nullità parziale colpirà l'intero contratto, provocandone la nullità totale.

L'ambito di applicazione è spesso quello dei contratti a termine o dei contratti di lavoro parziale, intermittente o contratti di inserimento.

A volte viene anche utilizzato in maniera eccessiva, in quanto ben si potrebbe approfittare di tale invalidità, facendo ricadere la nullità di una singola clausola sull'intero contratto a prescindere da qualsiasi altra ricostruzione della struttura generale.

Parte della dottrina nega che la nullità parziale possa trovare applicazione il primo comma dell'art. 1419 c.c. anche in materia di lavoro a termine, in quanto non esisterebbe un problema di ricostruzione della ipotetica volontà dei contraenti ma solo di riqualificazione del contratto.

Secondo altra parte della dottrina questa teoria non è condivisibile, infatti secondo A. Vallebona “ *la scelta del sottotipo flessibile è fatta dal datore di lavoro proprio per evitare la rigidità del tipo, quindi per definizione, salvo casi eccezionali, non voluto nell'ipotesi di nullità del sottotipo, specie quando questa derivi da violazioni formali o procedurali che consentono la rinnovazione del contratto nullo con eliminazione del precedente vizio*”. Quindi se ne deduce che il risultato conservativo prevale sempre, visto che la volontà delle parti può essere ricostruita a priori.

Però, anche in questo caso possiamo vedere come la fattispecie non sia di chiara applicazione, in quanto il ricorso a questa norma potrebbe non rendere univoco l'esito, dando la possibilità al lavoratore di condividere con il datore di lavoro l'interesse ad una stipulazione a termine. Cosa che farebbe

trasmettere la nullità della clausola all'intero contratto e quindi lederebbe l'intero rapporto.

Invece, sembra più idoneo l'utilizzo di tale schema di invalidità in caso di violazione delle norme sul contingentamento, quindi attraverso clausole di contratti collettivi, o nel caso di violazione dei divieti di stipulazione a termine. Infatti, in questi casi, il d. lgs. N 368 del 2001 non prevede le conseguenze della violazione, prevedendo una nullità virtuale e non parziale che *“peraltro sarebbe generata dal contrasto con norme poste non nell'interesse del solo lavoratore, ma perseguenti interessi di carattere generale”* (come asserito da M.C.Cataudella, in *“ contratto di lavoro e nullità parziale “*).

Dunque, possiamo ritenere che la ricostruzione della volontà delle parti possa essere necessaria, correndo il rischio di incappare nel conflitto tra la volontà del lavoratore di mantenere l'assunzione a tempo indeterminato e quella contraria del datore di assumere a termine.

In ambito civilistico si è provato a risolvere il problema dell'utilizzo eccessivo dell'art. 1419 c.c., provando a correggerlo ogni qual volta si ravvisi uno squilibrio contrattuale, attraverso l'applicazione dello schema delle nullità di protezione, che porterebbe a creare una nullità che non si trasmette al contratto, conservando dunque il rapporto di lavoro senza la clausola invalida o la parte del contratto travolta dal contrasto con la norma imperativa. Operazione che secondo parte della dottrina non è molto condivisa, visto che rischierebbe di condurre ad una arbitraria circolazione delle nullità sia nel sistema generale che in quello speciale.

CAPITOLO SECONDO

LA NULLITA' PARZIALE E CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO

SOMMARIO. 1. La disciplina del lavoro a tempo determinato - 2. Il dibattito sulle causali nella previgente disciplina di cui al d.lgs. 368/2001; perdurante attualità della questione alla luce del decreto dignità - 3. La categoria della nullità parziale e la sua applicazione nella giurisprudenza

1. La disciplina del contratto a tempo determinato

Il contratto a tempo determinato è un contratto di lavoro subordinato nel quale è prevista una durata predeterminata attraverso l'indicazione di un termine²⁷.

Il termine finale, che costituisce un elemento accidentale del contratto, assolve alla funzione di stabilire in via preventiva, e con effetto vincolante per entrambe le parti, la durata del contratto, e può risultare direttamente dalla fissazione di una data di scadenza o indirettamente dal riferimento all'opera od al servizio che la prestazione lavorativa è destinata a realizzare secondo l'intenzione delle parti.

La previsione di una durata determinata non altera, comunque, il tipo del contratto di lavoro, tant'è che il regime giuridico del contratto a tempo

²⁷Legge 18 aprile 1962, N. 230. "Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato".

determinato non si è collocato nella evoluzione storica come riflesso di una differenza tipologica rispetto al contratto a tempo indeterminato, ma è stato influenzato esclusivamente dalla valutazione dell'interesse alla stabilità del posto di lavoro.

Dalla predeterminazione obbligatoria della durata, originariamente assunta dall'art. 1628 del c.c. del 1865 a presidio della libertà del lavoratore dai vincoli di asservimento tendenzialmente perpetuo, propri degli ordinamenti settecenteschi, si è così passati, gradualmente, ad una posizione di netta preferenza per il contratto a tempo indeterminato, considerato più conforme alle esigenze di continuità del lavoro nell'impresa, e d'altro canto divenuto oggetto pressoché esclusivo della normativa di protezione del lavoratore con particolare riguardo alle norme limitative del licenziamento, le quali garantiscono una stabilità ben più durevole di quella assicurata dal termine finale.

Il corrispondente sfavore nei confronti del contratto a tempo determinato, spesso usato come strumento di elusione della normativa di protezione del lavoratore, si è manifestato con una serie di presunzioni, in parte già previste dall'abrogato art. 2097 c.c. ed in parte introdotte, dapprima con la L. 230 del 1962 e, successivamente dalle altre leggi modificatrici della relativa disciplina. Tali presunzioni presuppongono corrispondenti valutazioni legali della inesistenza di ragioni obiettive di giustificazione del termine o della esistenza dell'intento elusivo.

Tale rigido sistema di presunzioni poggia, inoltre, sul cardine processuale dell'inversione dell'onere della prova, che è posto a carico del datore di lavoro per quanto attiene alla sussistenza delle ragioni giustificatrici della apposizione del termine o della proroga.

Al fine di eliminare in radice le principali ragioni dell'abuso del contratto a termine, si è disposta la equiparazione del regime giuridico rispetto al contratto a tempo indeterminato.

Infatti, con disposizione inserita nel D. Lgs. 368/2001, il rapporto di lavoro a tempo determinato deve svolgersi nel rispetto del principio di parità di trattamento tra lavoratori assunti a tempo determinato e quelli assunti a tempo indeterminato: .

il lavoratore ha diritto allo stesso trattamento economico e normativo, oltre che alle ferie, alla tredicesima mensilità, al t.f.r. e ad ogni altro trattamento di cui gode il lavoratore assunto a tempo indeterminato²⁸.

Ovviamente tutti i trattamenti si devono riferire al periodo lavorativo del soggetto, in forza del termine apposto al proprio contratto.

Il rapporto di lavoro a tempo determinato è stato regolamentato nel nostro ordinamento attraverso la L. 230 del 1962 che prevedeva la possibilità di stipulare un contratto di lavoro a termine solo in determinate ipotesi tassative quali ad esempio:

- lo svolgimento di attività stagionali;
- la sostituzione di lavoratori con diritto alla conservazione del posto;
- l'esecuzione di lavori predeterminati aventi durata predefinita nel tempo²⁹.

La norma prevedeva la obbligatorietà della forma scritta, l'indicazione della durata del termine e le ragioni che ne giustificavano l'utilizzo e poteva essere prorogato solo una volta.

La violazione di tali previsioni comportava la trasformazione a tempo indeterminato del contratto.

²⁸ Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in materia di "Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES"

²⁹ Legge 16 maggio 2014 n. 78, in materia di "Conversione in legge con modificazioni, del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese"

Tale legge (L. 230/1962) è stata abrogata dal D. Lgs. 368/2001, emanato in attuazione della direttiva 1999/70/CE.

Tale nuova normativa prevedeva, per una valida instaurazione di un rapporto a termine, i medesimi requisiti di forma e di sostanza già richiesti dalla previgente disciplina, modificando, tuttavia, i requisiti di tipo quantitativo e negativo.

In particolare, oltre la forma scritta ad substantiam, con l'apposizione del termine e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificavano l'utilizzo di tale forma di contratto, venivano previsti sia dei limiti quantitativi, (la cui individuazione veniva rimessa ai CCNL di categoria), che la impossibilità di fare ricorso a contratti di lavoro a termine nei seguenti casi :

- Sostituzione di scioperanti;
- Trattamento di integrazione salariale in corso, per personale con le stesse mansioni;
- Imprese inadempienti all'obbligo di valutazione dei rischi ex D.Lgs. 626/1994;
- Unità produttive interessate, nel semestre precedente, da licenziamenti collettivi di lavoratori impegnati nelle stesse mansioni, salva diversa disposizione derivante da accordi sindacali.

La violazione dei requisiti di forma, di sostanza o dei divieti imposti determinava la qualificazione del rapporto di lavoro come a tempo indeterminato fin dall'origine.

La legge prevedeva, altresì, la possibilità di proroga del termine del contratto, con il consenso del lavoratore, per una sola volta solo in presenza di ragioni

oggettive ed a condizione che la durata complessiva del rapporto non superasse i tre anni³⁰.

La prosecuzione del contratto oltre il termine previsto determinava la nascita di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a partire dal ventesimo o trentesimo giorno di continuazione a seconda che la durata fosse inferiore o superiore a sei mesi .

Il rapporto di lavoro a tempo determinato è stato, sostanzialmente, liberalizzato con il decreto Poletti (D.L. 34/2014 convertito in legge 16/5/2014 n. 78).

Oltre a stabilire la durata massima del contratto in 36 mesi, la nuova legge ha posto, quale concreto ed unico limite delle assunzioni a termine, l'obbligo di contingentamento delle stesse.

In particolare, nelle imprese fino a 5 dipendenti era sempre possibile assumere lavoratori a termine mentre, nelle imprese con organico superiore a 5 dipendenti, il numero complessivo di contratti a termine stipulati dal datore di lavoro non poteva superare il 20% del numero dei dipendenti.

La violazione di tale percentuale determinava la emanazione di pesanti sanzioni amministrative di natura pecuniaria a carico del datore di lavoro.

Anche qui la forma scritta era prescritta ad substantiam in uno alla indicazione del termine di scadenza del rapporto.

³⁰ Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni a norma dell'art. 1 comma 7 della Legge 10 dicembre 2014 n. 183".

La violazione dell'obbligo della forma scritta comportava la trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato.

Ulteriori modifiche al contratto di lavoro a tempo determinato sono state introdotte dal D.lgs. 15 giugno 2015, n.81.

Oggi il contratto a tempo determinato è regolato dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 che ha convertito il Decreto Legge 12 luglio 2018 n. 87 – c.d. Decreto Dignità.

Tale norma ha parzialmente modificato la disciplina del contratto a termine fissata agli artt. 19 – 29 del D.lgs. 15 giugno 2015, n.81³¹.

Le modifiche, in estrema sintesi, ferma restando l'obbligatorietà della forma scritta ad substantiam, hanno riguardato la reintroduzione della causale, la durata massima del contratto ed il numero di proroghe, oltre ad alcune correzioni riguardanti il termine per l'impugnazione della validità del contratto.

³¹ Legge 9 agosto 2018, n. 96, di conversione del Decreto Legge 12 luglio 2018, n. 87

2. Il dibattito sulle causali nella previgente disciplina di cui al d.lgs. 368/2001; perdurante attualità della questione alla luce del decreto dignità

Il contratto di lavoro a tempo indeterminato rappresenta la regola generale mentre il termine apposto al contratto costituisce una eccezione vincolata dal rispetto di prescrizioni alle quali il datore di lavoro deve attenersi.

In particolare, il legislatore ha previsto la obbligatorietà della forma scritta ai fini della validità sia della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro che delle ragioni che ne giustificano la apposizione.

Quali le conseguenze connesse alla violazione del previsto requisito della forma scritta?

L'art. 1418 c.c. prevede la nullità del contratto, tra l'altro, in mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 cc. che al n. 4 elenca, come requisito essenziale per la validità del contratto, la forma quando la stessa è prevista dalla legge.

Pertanto, in base alla normativa prevista dai richiamati art. 1418 e 1325 del c.c., la mancanza della prevista forma scritta determina la nullità del contratto.

Si tratta di valutare se la mancanza della prevista forma, nell'ipotesi di contratto di lavoro a tempo determinato, determini la nullità dell'intero contratto o possa rientrare nell'alveo delle nullità parziali di cui all'art. 1419 c.c.

Certamente, la nullità integrale del contratto, pur quando si facciano salve le prestazioni già eseguite ai sensi dell'art. 2126 c.c., negherebbe al lavoratore qualsiasi pretesa giuridicamente rilevante alla conservazione del posto di lavoro e finirebbe per contraddire le finalità di protezione della norma che limitano l'accesso a tale tipo di contratto.

Per contro, l'art. 1419 c.c. regola l'incidenza sul contratto della nullità che colpisce solo una clausola o solo una parte del contratto:

“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

La nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

A riguardo la Relazione al Libro delle Obligazioni (Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale – Libro delle Obligazioni 1941) esplicita che :

“Là dove risulta che i contraenti non avrebbero voluto il contratto senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità, la nullità parziale trascina nei suoi effetti tutto il contratto, diversamente il contratto resta valido. Si contempla, però, un'eccezione; quella in cui è previsto che norme imperative sostituiscono di diritto singole clausole contrattuali. Tale ipotesi si ha in modo particolare nei contratti individuali di lavoro, e nei casi in cui si è trascurato di determinare per iscritto la misura ultralegale dell'interesse civile: allora la volontà stessa della norma esclude che si possa considerare essenziale la clausola nulla, tenuto conto che le parti non potevano ignorare la norma proibitiva e che, se si proclamasse in tali casi la nullità del contratto nel suo complesso, si renderebbe impossibile la stessa inserzione automatica nel rapporto delle disposizioni imperative”³².

Pertanto, secondo quanto disposto dall'art. 1419 c.c. la nullità di una singola clausola non determina in automatico la nullità dell'intero contratto, salvo che i contraenti non abbiano disposto in tal senso, attraverso una chiara manifestazione di volontà.

³² “Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale – Libro delle Obligazioni” 1941

Si prevede, però, un'eccezione costituita dalla sostituzione della clausola contrattuale nulla tramite la applicazione di norme imperative.

Sul punto la giurisprudenza e la dottrina si sono confrontate sulla interpretazione della locuzione “*sostituzione di diritto*” presente nel secondo comma dell'art. 1419 c.c.

In altri termini, si è chiesto se la sostituzione di diritto prevista dal secondo comma dell'art. 1419 c.c. (che impedisce la nullità dell'intero contratto) si verifica solo quando il legislatore prevede espressamente la sostituzione oppure anche quando la sostituzione non è espressamente prevista, ma, occorre procedere alla sostituzione quando questa è necessaria per conformare il contratto alle norme imperative.

L'interpretazione prevalente, confortata dai recenti arresti della Suprema Corte (cfr. da ultimo sentenza Cass. Civ. n.ro 20974 del 23 agosto 2018)³³, interpreta la richiamata locuzione (sono sostituite di diritto) non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello della automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina.

La superiore interpretazione delle disposizioni in materia di nullità parziale, dal momento che la legge offre la possibilità di apporre un termine al contratto, ma richiede, per la sua validità la forma scritta, consente di affermare che in mancanza di questa ultima, il termine si abbia come non apposto e nel caso di un contratto di lavoro, questo si trasformi in contratto a tempo indeterminato.

La stessa cosa si verifica quando a non essere indicate sono le causali, che legittimano l'apposizione del termine, essendo violato il relativo obbligo di specificazione sancito da norme imperative.

³³ Corte di Cassazione sez. III sentenza n.ro 20974 del 23 agosto 2018

La problematica sulle previsioni che impongono la specificazione delle causali è stata ampia e soggetta al mutare delle previsioni normative sul punto.

In origine, nel D.lgs. 368/2001, era previsto l'obbligo di causale per il contratto a termine a prescindere dalla durata, ovvero l'apposizione del termine doveva essere motivata da ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive³⁴;

eliminata per i contratti di durata inferiore ai 12 mesi, la causa è del tutto sparita con il D.lgs. 81/2015 che ha sostanzialmente liberato tale forma contrattuale di un vincolo sicuramente importante³⁵.

Oggi, la legge 9 agosto 2018, n. 96 di conversione del Decreto Legge 12 luglio 2018 n. 87 – c.d. Decreto Dignità – ha modificato la disciplina del contratto a termine fissata agli artt. 19 – 29 del D.lgs. 15 giugno 2015, n.81, reintroducendo l'obbligatorietà della causale³⁶.

La reintroduzione della causale avrà sicuramente effetti sia sull'effettivo utilizzo di tale forma di contratto da parte degli imprenditori che sul possibile contenzioso in merito.

L'eliminazione della causale dal contratto a termine, infatti, aveva reso il contratto di lavoro a tempo determinato più appetibile consentendo all'imprenditore di poter utilizzare i lavoratori in ragione delle necessità contingenti e temporanee, oppure di procedere ad un progressivo inserimento in azienda del dipendente poi da consolidare con l'assunzione a tempo indeterminato.

³⁴ Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in materia di *“Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES”*

³⁵ Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. *“Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni a norma dell'art. 1 comma 7 della Legge 10 dicembre 2014 n. 183”*.

³⁶ Legge 9 agosto 2018, n. 96, di conversione del Decreto Legge 12 luglio 2018, n. 87.

Tale semplificazione aveva portato con sé un ulteriore beneficio:

la riduzione drastica del contenzioso sull'apposizione del termine, al cui ricorso si era spesso abusato.

Infatti, la previsione contenuta nell'art. 1 del D.Lgs. 368/2001 che consentiva l'assunzione a termine a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo organizzativo o sostitutivo che dovevano essere specificate, a pena di inefficacia, nel medesimo contratto, è stata fonte di dibattiti accesi, di un contenzioso ricorrente e di interventi della Corte Costituzionale.

L'attenzione si è rivolta, in particolare, al significato da attribuire al termine "specificate" usato nell'art. 1 del D.Lgs. 368/2001 sia con riferimento alle ragioni oggettive fondanti il ricorso a detta forma di contratto (ragioni di carattere tecnico, produttivo e/o organizzativo) che a quelle di carattere sostitutivo.

Per quanto attiene le ragioni oggettive, la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre concordemente ritenuto che, al fine di evitare un possibile abuso ed un uso indiscriminato del ricorso a tale forma di contratto, l'onere imposto dal legislatore della specificazione di tale ragioni doveva realizzarsi attraverso una indicazione sufficientemente dettagliata della causale nelle sue componenti identificative essenziali sia quanto ai contenuti che con riguardo alla sua portata spazio-temporale in maniera da rendere possibile la conoscenza dell'effettiva portata delle stesse e il controllo della loro effettività.

“Il datore di lavoro ha l'onere di indicare in modo circostanziato e puntuale le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle sue esigenze, nell'ambito di un determinato contesto aziendale, la prestazione a tempo determinato, sì da rendere evidente la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze che

la stessa sia chiamata a realizzare”. (Cass. n.2279/2010; Cass. n.208/2015; Cass. n.343/2015; Cass. n.22363/2015)³⁷.

In altri termini, il concetto di specificazione, ai sensi del D.Lgs. 368/2001, art. 1, deve essere inteso nel senso che il datore di lavoro deve indicare nel contratto di assunzione a termine elementi tali da non lasciare spazi interpretativi e da non consentire adattamenti successivi della causale scritta a molteplici fattispecie concrete, in modo da consentire al giudice la verifica successiva delle esigenze effettive concretamente dedotte in contratto.

Tuttavia, il concetto di specificazione, allorquando la causale è stata indicata dal datore di lavoro in ragioni di carattere sostitutivo, ha determinato valutazioni differenti ed in contrasto fra di loro tanto da determinare, essendo stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3 e 77, primo comma, della Costituzione, un approfondito esame degli articoli 1 ed 11 del D.Lgs. 368/2001 da parte della Corte Costituzionale.

In particolare, con la sentenza n. 107 del 2013 la Corte Costituzionale ha affermato:

“Il legislatore, prescrivendo l’onere di specificazione delle ragioni sostitutive per poter assumere lavoratori a tempo determinato, ha imposto una regola di trasparenza.

Ha precisato, cioè, che occorre dare giustificazione della sostituzione del personale assente con diritto alla conservazione del posto con una chiara indicazione della causa.

³⁷ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 2279 dell’1.2.2010 ; Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 208 del 12.1.2015; Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 343 del 13.1.2015; Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 22363 del 2.11.2015.

In tale prospettiva, il criterio della identificazione nominativa del personale sostituito è da ritenere certamente il più semplice e idoneo a soddisfare l'esigenza di una nitida individuazione della ragione sostitutiva, ma non l'unico.

Non si può escludere, infatti, la legittimità di criteri alternativi di specificazione, sempreché essi siano rigorosamente adeguati allo stesso fine e saldamente ancorati a dati di fatto oggettivi.

E così, anche quando ci si trovi – come ha rilevato la Corte di Cassazione – di fronte ad ipotesi di supplenza più complesse, nelle quali l'indicazione preventiva del lavoratore sostituito non sia praticabile per la notevole dimensione dell'azienda o per l'elevato numero degli avvicendamenti, la trasparenza della scelta deve essere, non di meno, scrupolosamente garantita.

In altre parole, si deve assicurare in ogni modo che la causa della sostituzione di personale sia effettiva, immutabile nel corso del rapporto e verificabile, ove revocata in dubbio.

La giurisprudenza di legittimità, muovendo da tale assunto, ha preso solo atto della "illimitata casistica che offre la realtà concreta delle fattispecie aziendali" e ne ha desunto la necessità di tenere conto delle peculiarità dei molteplici contesti organizzativi ai fini dell'assolvimento dell'onere del datore di lavoro di specificare le esigenze sostitutive nel contratto di lavoro a tempo determinato. In conseguenza, l'apposizione del termine per "ragioni sostitutive" è stata ritenuta legittima anche quando, avuto riguardo alla complessità di certe situazioni aziendali l'enunciazione dell'esigenza di sopperire all'assenza momentanea di lavoratori a tempo indeterminato sia accompagnata dall'indicazione, in luogo del nominativo, di elementi differenti, quali l'ambito territoriale dell'assunzione, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni e il diritto alla conservazione del posto dei dipendenti da sostituire, che permettano ugualmente di verificare l'effettiva sussistenza e di determinare il numero di questi ultimi (ex plurimis,

Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenze n. 1576 e n. 1577 del 2010, cit.)³⁸.

In tal senso, le sentenze della Corte di Cassazione hanno dato una lettura coerente con le decisioni di questa Corte.

Con esse si è voluto soltanto garantire pienamente la trasparenza e la veridicità della causale e la sua successiva verificabilità in caso di contestazione”.

Attraverso tale lettura, il concetto di specificità viene collegato a situazioni aziendali non più standardizzate ma obiettive, con riferimento alle realtà specifiche in cui il contratto viene ad essere calato e risente di un certo grado di elasticità che, in sede di controllo giudiziale, deve essere valutato dal giudice secondo criteri di congruità e ragionevolezza.

Concludendo sul punto, non si può non rilevare che nonostante gli sforzi della giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte Costituzionale, l'interpretazione della specificità della causale ha determinato, soprattutto nella giurisprudenza di merito, una certa incertezza interpretativa.

Tuttavia, con l'entrata in vigore del D.Lgs 81/2015 (Jobs act) tale problematica è scomparsa in quanto tale normativa ha previsto l'eliminazione della causale per la stipula del contratto a termine. Infatti, con l'entrata in vigore del Jobs Act il contratto a tempo determinato può essere stipulato anche in assenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, liberando il contratto a termine, in ogni ipotesi dal vincolo della causale.

³⁸ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 1576 del 26.1.2010; Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 1577 del 26.1.2010; Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 22931 del 10.11.2015; Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 14708 del 14.7.2015; Corte costituzionale sentenza n.ro 107 del 29.5.2013; Corte Costituzionale sentenza n. 214 del 14.7.2009;

La problematica sulle causali è, tuttavia, ritornata, per così dire, alla ribalta, con la approvazione della L. 96 del 9 agosto 2018, di conversione del D.L. 87/2018, c.d. Decreto Dignità.

Uno degli aspetti caratterizzanti di questa nuova disciplina, è rappresentato dalla modifica dell'art. 19 comma 1 del D.Lgs. 81/2015 con la previsione che la stipula di un contratto di lavoro a tempo determinato "a-causale", possa avvenire solo ed esclusivamente per un periodo di durata non superiore ai 12 mesi.

Il contratto può avere una durata superiore ai 12 mesi solo in presenza delle seguenti causali :

- esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività;
- ragioni sostitutive
- esigenze connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria.

In altri termini, con il Decreto Dignità, sotto il profilo delle causali, si è fatto un balzo indietro producendo, di fatto, una reviviscenza di normative superate vale a dire il D.Lgs 368/01 e la L. 230/1962 e della connessa giurisprudenza formatasi alla luce della precedente normativa.

In modo particolare, l'ultima causale, nella sua formulazione letterale, appare foriera di potenziali contenziosi nonché di dubbi ermeneutici ed applicativi.

In particolare, gli incrementi temporanei, significativi e non programmabili devono sussistere tutti insieme o sarà sufficiente l'esistenza di una sola delle condizioni per consentire la legittima stipula di un contratto a tempo determinato oltre i 12 mesi .

La genericità delle espressioni adoperate lascia ampi spazi di discrezionalità ermeneutica al giudice del lavoro ampliando così il potenziale ricorso al contenzioso.

Né i chiarimenti intervenuti con la pubblicazione della circolare ministeriale n. 17 del 31.10.2018 hanno fugato le superiori perplessità, anzi, ove possibile, le hanno acuite.

Infatti, tale circolare si è limitata a specificare che:

- quando la durata del contratto supera il periodo di 12 mesi , la causale obbligatoria va inserita anche quando il superamento avviene a seguito di proroga di un contratto originariamente inferiore ai 12 mesi;
- la causale è obbligatoria anche nelle ipotesi in cui non è richiesta dal decreto legge 87 se il datore di lavoro intende usufruire dei benefici previsti da altre disposizioni di legge;
- nel conteggio dei mesi si deve tenere conto della durata complessiva dei rapporti di lavoro a termine intercorsi fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, considerando sia la durata di quelli già conclusi, sia la durata di quello che si intende prorogare.

I superiori chiarimenti nulla dicono in merito agli “incrementi temporanei, significativi e non programmabili” e, pertanto, l’interpretazione della specificità della causale determinerà, molto probabilmente, così come avvenuto in passato anche con riferimento al Decreto Dignità, una certa incertezza interpretativa.

3. La categoria della nullità parziale e la sua applicazione nella giurisprudenza

Come abbiamo esposto in precedenza, oltre che la nullità totale del contratto, può aversi una nullità parziale del medesimo allorquando la nullità investe solo una parte del contratto o solo una delle relative clausole.

La nullità parziale si verifica per tutte le stesse cause che danno luogo alla nullità totale.

Una parte minoritaria della dottrina (Criscuoli, *La nullità parziale*, Bologna, Considerazioni sulla nullità parziale), ha ritenuto dovere escludere la possibilità di ricorrere alla nullità parziale nei casi di mancanza di accordo e di illiceità; in tali ipotesi non vi sarebbe spazio se non per la nullità totale.

Tali tesi sono assolutamente minoritarie e limitazioni di tale tipo sono state ritenute, dalla dottrina prevalente, assolutamente arbitrarie;

non è dato comprendere in base a quale principio si fondi il criterio di estendere la nullità all'intero atto quando il vizio (mancanza di accordo o illiceità) inficia esclusivamente una singola clausola.

Se la parte nulla o la clausola nulla è oggettivamente e inscindibilmente collegata con le altre parti o clausole non colpite dalla nullità, allora la nullità parziale involge senz'altro la nullità totale del contratto.

Se, invece, questo collegamento oggettivo manca, allora si deve indagare se sussista o meno un collegamento soggettivo.

Il modo con cui deve essere condotta questa indagine è stabilito nell'art.1419 cod. civ. che prevede due ipotesi distinte:

- l'ipotesi di nullità parziale, contenuta nel primo comma ;
- l'ipotesi di nullità di singole clausole, contenuta nel secondo comma

Si tratta di due norme strutturalmente e funzionalmente diverse:

- quella di cui al comma 1 è diretta ad individuare la volontà delle parti riguardo al destino del contratto parzialmente nullo;
- quella di cui al comma 2 prescinde dalla volontà delle parti, comunque intesa, ed è diretta ad inserire nel contratto un contenuto autoritativamente predeterminato.

La distinzione non è evidente, dato che non è dubbio, e del resto risulta anche dalla lettera dell'articolo, che anche la nullità di singole clausole è una nullità parziale; in pratica, poi, non è facile distinguere tra quella che il codice chiama nullità parziale e la nullità di singole clausole.

Comunque, la c.d. nullità parziale deve essere riferita alla nullità di una parte della disposizione (es. un contratto di locazione ultratrentennale) e la nullità delle singole clausole alla nullità di una o più disposizioni qualora il contratto consti di più disposizioni.

Pertanto, l'art. 1419 primo comma, accogliendo e precisando il principio di diritto comune secondo cui "*utile per inutile non vitiatur*", stabilisce la regola che la nullità parziale non involge la nullità dell'intero contratto, a meno che risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

Non si tratta qui di un'interpretazione dell'effettiva volontà delle parti, ma, del riconoscimento di una volontà ipotetica, cioè di quella volontà che le parti avrebbero avuto se avessero saputo che una parte del contratto che intendevano concludere era priva di efficacia.

Per questo lato la nullità parziale si avvicina alla conversione.

Le due figure restano, però, sempre concettualmente distinte, giacché mentre nella conversione l'efficacia riconosciuta dalla legge alla dichiarazione negoziale è un aliud rispetto a quella voluta dalle parti, nell'inefficacia parziale è un minus.

Tuttavia, nonostante sussistano modalità e presupposti diversi, la norma dell'articolo 1419 cod. civ. e quella dell'articolo 1424 cod. civ. mirano al soddisfacimento della stessa esigenza:

la conservazione del contratto

Il secondo comma dell'art.1419 contiene un'eccezione al principio stabilito nel primo comma.

Infatti, anche se risulta che il contratto non sarebbe stato concluso senza la clausola colpita da nullità, non si ha nullità totale del contratto se la clausola nulla è sostituita di diritto da norme imperative, così come ad esempio previsto dall'art. 1679, 4° comma cod. civ.

Tecnicamente la sostituzione di una clausola nulla con la clausola stabilita dalla norma cogente costituisce una conversione (legale) parziale del contratto.

Il nostro diritto conosce un'altra forma di nullità parziale, nella quale la conservazione dell'efficacia residua avviene indipendentemente da ogni considerazione della volontà ipotetica delle parti.

Il codice fa frequenti applicazioni di questa figura, che, con una terminologia non molto precisa, ma largamente usata dalla dottrina nei confronti di vari istituti, si può chiamare nullità parziale legale, in contrapposto alla nullità parziale volontaria, nella quale, come si è visto, la conservazione degli effetti non esclusi dalla norma è subordinata alla sussistenza di una volontà ipotetica delle parti.

Ad esempio, il caso della donazione che comprende anche beni futuri del donante e che viene ridotta nel limite dei beni presenti (art.771 cod.civ.), della fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose, che viene ridotta nei limiti dell'obbligazione principale (articoli 842, 844 cod.civ.); della pattuizione del mutuo di interessi superiori alla misura legale e non stipulati per iscritto o di interessi usurari, la quale viene ridotta agli

interessi legali (articolo 1284, ultimo cpv. e 1815 cpv. cod. civ. ed in genere il caso dei negozi stipulati per un periodo di tempo superiore a quello consentito dalla legge, che vengono ridotti al termine legale (es.: articoli 1501 e 1573 cod. civ.).

La nullità parziale legale non è che una delle varie forme in cui si attua, in deroga alla regola generale della corrispondenza dell'efficacia del negozio all'intento empirico delle parti, l'intervento autoritario della norma nei confronti dell'efficacia negoziale.

Infatti, come la legge può, prescindendo da ogni considerazione della volontà, anche meramente ipotetica, delle parti, attribuire al negozio un'efficacia minore di quella voluta (nullità parziale legale), così può ricollegarvi una efficacia maggiore, come avviene nel caso ad esempio, delle conclusioni di un negozio annullabile, il quale produce tutti gli effetti voluti dalle parti ed in più l'effetto, che non può dirsi voluto, di costituire la facoltà di agire per l'annullamento, oppure può anche ricollegarvi una efficacia diversa, come avviene nel caso di conversione legale.

In altri termini, si può precisare che la nullità parziale realizza i principi di economicità e conservazione; il meccanismo composito nullità parziale-sostituzione di clausola realizza, prevalentemente, fini essenziali della comunità condizionando le attività di interscambio di beni e servizi a valori inderogabili secondo precise scelte di programmazione ed intervento.

In giurisprudenza le previsioni dell'art. 1419 cod. civ., sia primo che secondo comma, hanno avuto ampia applicazione in tutti i vari tipi di contratto, tuttavia, nel campo del diritto del lavoro la norma che è stata applicata maggiormente, se non quasi in via esclusiva, è quella contenuta nel secondo comma.

In particolare :

- è stata ritenuta affetta da nullità parziale per contrasto con norme imperative (artt. 377 e 379 del DPR 547/95, fino all'entrata in vigore

del d. lg. n. 626/1994 ed a norma degli artt. 40 comma 1 e 43 comma 3 e 4)³⁹ la clausola del contratto collettivo che esclude il diritto dei lavoratori al rimborso delle spese sostenute per la pulizia degli indumenti di protezione forniti dal datore di lavoro, la quale è stata sostituita di diritto dalle norme inderogabili suddette (Cass. 14712/2006)⁴⁰;

- è stata ritenuta nulla per contrarietà a norma imperativa la pattuizione in ordine all'entità della retribuzione, ove la misura del compenso sia determinata in violazione del precetto di cui all'art. 36 della Cost., che la sostituisce ope legis (Cass. 6823/1987)⁴¹. Tale disposizione riconosce, infatti, al lavoratore il diritto ad ottenere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto ed, in ogni caso, sufficiente ad assicurare a sé ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Ne deriva che, ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a tale soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione espresso nell'art. 1419 comma 2, il giudice deve adeguare la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36 Cost. con valutazione discrezionale. Ove, però, la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il giudice è tenuto ad usare tale discrezionalità con massima prudenza e, comunque, con adeguata motivazione giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto di interessi concordato con le parti sociali (Cass. n. 2245/2006)⁴²;
- Atteso il concetto di onnicomprensività della retribuzione assunto sia dall'art. 2108, in relazione all'art. 5 r.d.l. n. 692/1923, ai fini del calcolo del compenso per lavoro straordinario, sia dall'art. 5 L. n.

³⁹ Decreto Legislativo 19 settembre 1994 n.ro 626

⁴⁰ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 14712 del 26.6.2006

⁴¹ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 6823 dell'8.8.1987

⁴² Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 2245 dell'1.2.2006

260/1949 (nel testo sostituito dall'art. 1 L n. 90/1954) ai fini del computo del trattamento economico per festività infrasettimanali, la retribuzione da assumere a base del calcolo di entrambi tali compensi deve includere le quote delle mensilità aggiuntive ed ogni altro elemento retributivo (normale e ordinario) continuativo, obbligatorio e predeterminato o predeterminabile, eccettuati i compensi straordinari per loro natura o patto espresso, anche se di fatto continuativamente corrisposti. Le clausole della contrattazione collettiva che adottino una più ristretta base di calcolo sono nulle, per contrarietà alle norme imperative contenute negli articoli citati, e sostituite di diritto, ex art. 1419 comma secondo, salva l'ipotesi che il diverso sistema di computo adottato dalla contrattazione collettiva assicuri al lavoratore un trattamento economico pari o superiore a quello derivatogli dall'applicazione del criterio legale. (Cass. n. 5024/1989)⁴³;

- L'art. 2109, nel testo risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 616/1987 (sentenza n.ro 616 del 30.12.1987), esprime ora anche la regola secondo la quale la malattia del lavoratore insorta durante le ferie le interrompe, attribuendo così al lavoratore il diritto a fruire di un periodo feriale ulteriore rispetto a quello già goduto e corrispondente alla durata della malattia.

Ne deriva che, in mancanza di un esplicito rinvio da parte del legislatore, eventuali disposizioni limitatrici di tale regola introdotte dalla disciplina collettiva (quale quella che riconosce l'effetto interruttivo delle ferie alla sola malattia che importi degenza ospedaliera) sono affette da nullità e sostituite di diritto, ex art. 1419, dalla norma imperativa attualmente desumibile dal citato art. 2109 (Cass. n. 9762/1996)⁴⁴;

⁴³ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 5024 del 23.11.1989

⁴⁴ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 9762 dell'8.11.1996

- In materia di contratti di lavoro a tempo determinato, l'art. 3 del D. lgs. 368/2001 che sancisce il divieto di stipulare contratti di lavoro subordinato a termine per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, costituisce norma imperativa, la cui ratio è diretta alla più intensa protezione dei lavoratori rispetto ai quali la flessibilità di impiego riduce la familiarità con l'ambiente e gli strumenti di lavoro. Ne consegue che, ove il datore di lavoro non provi di avere provveduto alla valutazione dei rischi prima della stipulazione, la clausola di apposizione del termine è nulla e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi degli artt. 1339 e 1419 comma secondo (Cass. n. 5241/2012)⁴⁵;

- Ricorre l'ipotesi di sostituzione di diritto di clausole nulle con norme imperative di legge, ove la disciplina collettiva del rapporto di impiego, fissando per la liquidazione dell'indennità di anzianità criteri diversi da quelli posti dall'art. 2120 e dalla L. n. 1561/1990, comporti per il lavoratore un trattamento meno favorevole di quello previsto dalla disciplina legale (Cass. n. 1523/1991)⁴⁶;

- Il principio affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 124/1975 (sentenza n. 124 del 28.5.1975), secondo cui la retribuzione da prendere a base del calcolo dell'indennità di buonuscita del personale autoferrotranviario senza diritto a pensione deve intendersi in senso onnicomprensivo, secondo i criteri fissati per l'indennità di anzianità dagli artt. 2120 e 2121, trova applicazione anche riguardo all'indennità di buonuscita prevista dalla contrattazione collettiva in favore del personale

⁴⁵ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 5241 del 2.4.2012

⁴⁶ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 1523 del 14.2.1991

autoferrotranviario con diritto a pensione, la quale ha anch'essa la medesima natura e funzione dell'indennità, con la conseguente nullità ex art. n. 1419 secondo comma, di clausole contrattuali esclusive dell'imputabilità di emolumenti di natura retributiva (Cass. n. 2391/1995)⁴⁷;

- La nullità della clausola sul tempo parziale per difetto della forma scritta, non implica, ai sensi dell'art. 1419 comma primo, l'invalidità dell'intero contratto - a meno che non risulti che i contraenti non l'avrebbero concluso senza la parte colpita dalla nullità - e comporta, per il principio generale di conservazione del negozio giuridico, che il rapporto di lavoro deve considerarsi a tempo pieno (Cass. n. 5330/2006)⁴⁸.

- Agli effetti della disposizione dettata dall'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale, applicabile anche al contratto collettivo di lavoro, l'accertamento se la parte del contratto inficiata da nullità costituisca una clausola va condotto in termini sostanziali, e non formali, identificandosi la clausola in un unitario elemento precettivo del contratto, che può articolarsi anche in più disposizioni, ed è riservato al sindacato del giudice del merito, non censurabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici. Peraltro, quando la nullità investe singole clausole per il principio di conservazione del contratto (utile per inutile non vitiatur), che costituisce la regola nel sistema del codice civile, l'estensione all'intero contratto degli effetti della nullità deve essere provata rigorosamente dalla parte interessata, che all'uopo, è tenuta a dimostrare che la clausola colpita da invalidità non ha

⁴⁷ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 2391 dell'1.3.1995

⁴⁸ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 5330 del 10.3.2006

una esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto nel senso che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto affetta da nullità (Cass. n. 5675/1987)⁴⁹.

- Ai fini dell'operatività della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., il quale contempla la sostituzione delle clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne impongano e dispongano, altresì, espressamente la sostituzione. Infatti, la locuzione codicistica (*sono sostituite di diritto*) va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina. (Cass. n. 6364/2011)⁵⁰.

⁴⁹ Corte di Cassazione sezione lavoro sentenza n.ro 5675 del 26.6.1987

⁵⁰ Corte di Cassazione sezione III sentenza n.ro 6364 del 21.3.2011

CAPITOLO III

La nullità del contratto di lavoro e art. 2126 c.c.

***SOMMARIO.** 1. L'invalidità del contratto di lavoro: profili di specialità– 2. Disciplina dell'invalidità e rifiuto delle teorie acontrattualistiche – 3. Gli effetti dell'art. 2126 c.c.: casistica giurisprudenziale – 4. Particolari rapporti di lavoro e applicabilità dell'art. 2126, comma 1°, c.c. - 4.1. Art. 2126 cc. e pubblico impiego – 5. L'illiceità dell'oggetto e della causa. – 6. Il secondo comma dell'art. 2126 c.c. – 7. Una possibile assimilazione tra nullità lavoristica e nullità di protezione*

1. L'invalidità del contratto di lavoro: profili di specialità

L'art. 2126 c.c. è inserito nel Libro V del Codice Civile e si tratta di una norma di chiusura della disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Con tale fattispecie il legislatore ha sancito un ulteriore e ultimo principio di protezione del rapporto di lavoro che ha efficacia anche in presenza di un contratto di lavoro invalido.

Bisogna distinguere tra momento genetico del rapporto di lavoro invalido e momento esecutivo dello stesso che, in virtù della disposizione in oggetto, non partecipa della medesima invalidità dell'atto di origine, una volta eseguita la prestazione del lavoratore.

Abbiamo più volte ribadito che l'ipotesi dell'invalidità contrattuale comporterebbe l'assoggettamento agli effetti delle cause di invalidità, come per ogni contratto secondo i principi generali dello jus comune, della fattispecie. Entrando nello specifico, possiamo notare che, mentre il negozio

nullo (art. 1418 c.c.) è del tutto inefficace, quello annullabile (artt. 1425 e 1427 c.c.) produce effetti rimuovibili con una sentenza costitutiva del giudice, avente *inter partes* efficacia *ex tunc*. A queste ultime disposizioni l'art. 2126 c.c. compie una deroga in maniera parziale, in virtù della specialità del rapporto di lavoro, riscontrabile nella sua prima parte, dove sancisce che “ la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione”.

Siamo qui di fronte ad una peculiarità del tutto originale, che da alcuni è stata definita come il principio della “inefficacia dell'invalidità”, che si applica per il periodo in cui il rapporto di lavoro ha avuto esecuzione.

A tal proposito possiamo menzionare Santoro-Passarelli, il quale ha sostenuto che “ si applica al rapporto, per il tempo in cui ha avuto esecuzione, la disciplina per lo stesso stabilita, anche quella specificatamente convenuta, malgrado la nullità o l'annullamento del contratto, quindi si verifica una ipotesi particolare di sostituzione legale dell'autonomia privata”⁵¹.

Si evince, quindi, facilmente quale sia la ratio della norma, che infatti consiste nella necessità di salvaguardare il lavoratore che ha già svolto le proprie mansioni, adempiendo alla propria obbligazione, quando il rapporto contrattuale sia colpito da una causa di invalidità⁵².

⁵¹ Si è anche detto che “la legge ha in definitiva attribuito alla mera prestazione di lavoro l'idoneità a porre in essere la medesima situazione giuridica che sarebbe stata posta in essere da un valido contratto di lavoro ad essa prestazione relativo” (**RIVA SANSEVERINO** 1977, 679). Si è, in altri termini, ricondotta la fattispecie sostanzialmente ad una sorta di “sanatoria” del negozio invalido (**DELL'OLIO** 1970).

⁵² “Si ha così la sostituzione della volontà legale alla volontà contrattuale nulla o annullata: nel senso che la legge protegge il contraente più debole che ha già eseguito le prestazioni di fare e al quale non possono essere restituite, per la natura del rapporto, le prestazioni stesse; ciò per impedire un indebito arricchimento dell'altro contraente secondo il principio generale già enunciato dall'art. 2037 c.c., per cui chi ha ricevuto indebitamente una cosa è tenuto a restituirla. Non potendosi restituire il lavoro indebitamente prestato in base al contratto di lavoro nullo o annullato, la legge dispone la conservazione *ex tunc* del rapporto con esclusivo riferimento alle norme imperative, in modo che la corresponsione della retribuzione al lavoratore per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione costituisca quel *corrispettivo* del valore delle prestazioni lavorative che l'art. 2037 c.c. dispone solo a carico di chi ha ricevuto in *mala fede* una data cosa” (**MAZZONI** 1988, 542-543).

Quindi la norma tende ad evitare che vi sia una ripetizione di indebito, scaturita dalla prestazione lavorativa, ripristinando dunque un equilibrio economico.

Inoltre, molte delle situazioni patologiche che caratterizzano i negozi giuridici sono difficilmente configurabili per il contratto di lavoro, tanto sul piano teorico quanto su quello pratico in quanto, ad esempio, nella presente fattispecie, l'effettiva instaurazione del rapporto di lavoro può configurare un'ipotesi di convalida tacita del contratto ex art. 1444, 2° comma, c.c., quando vi sia una volontaria esecuzione dello stesso da parte del contraente legittimato ad agire per l'annullamento; oppure perché, per la retribuzione, non difetta mai il requisito della determinabilità, in virtù della speciale previsione dell'art. 2099, 2° comma, c.c., sull'intervento "suppletivo" del giudice a fini determinativi anche in caso di clausola nulla ex art. 36 Cost., con obbligo di riproporzionamento; oppure ancora perché, per il vizio di forma, la regola del rapporto di lavoro è quella della libertà delle forme, tranne che per alcune ipotesi particolari, che peraltro, a volte, neppure determinano la nullità dell'intero contratto con applicabilità dell'art. 2126 c.c., bensì solo nullità parziale della clausola viziata, con conversione del rapporto in quello "ordinario".

Inoltre, al di là delle generali cause di invalidità civilistiche che determinano invalidità (nullità ex art. 1418 c.c., per contrarietà a norme imperative, per mancanza dei requisiti legali indicati nell'art. 1325 c.c., accordo, causa, oggetto, forma, per illiceità della causa ex art. 1343 c.c., per frode alla legge ex art. 1344 c.c., per illiceità dei motivi determinanti e comuni alle parti ex art. 1345 c.c., per illiceità, impossibilità e indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 c.c.; annullabilità per vizi della volontà, errore, violenza, ex art. 1427 c.c. e nell'ipotesi di incapacità di agire di una delle parti ex art. 1425 c.c.), rispetto al contratto di lavoro esistono anche "cause speciali di invalidità", relative, per esempio, all'età minima per l'accesso al lavoro (il compimento del quindicesimo anno di età, ex art. 3 della l. 977/1967), oppure alla violazione delle norme sul collocamento (art. 2098 c.c.), oppure ancora ad altri specifici casi previsti dalla legge che riguardano specifiche

disposizioni tra datore e prestatore di lavoro (si pensi alle causali giustificative dell'apposizione del termine al contratto di lavoro, oppure al requisito di forma per i contratti a termine, a tempo parziale, di apprendistato).

Per tutte dette ipotesi di invalidità, qualora il suddetto momento patologico possa riverberarsi sull'intero contratto ed inficiarlo "integralmente" (e non solo parzialmente, con salvezza della parte non viziata, che si ha nei casi di "nullità parziale" di cui all'art. 1419 c.c., a meno che non risulti che "i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpito da nullità", l'art. 2126 c.c. stabilisce che tali invalidità non producano effetto per tutto il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione. L'invalidità insomma non retroagisce come avviene normalmente nel diritto dei contratti, perché le prestazioni di lavoro già eseguite non possono essere restituite".

L'analisi dell'istituto verrà qui condotta con particolare riguardo alla giurisprudenza, trattandosi di materia in cui solo una puntuale analisi della casistica può disvelare la portata della norma, quale pilastro del diritto del lavoro nella regolamentazione codicistica.

2. Disciplina dell'invalidità e rifiuto delle teorie acontrattualistiche

L'art. 2126 cc. ha un importante rilievo rispetto ad una questione molto discussa (peraltro ormai superata) riguardante l'origine contrattuale o meno del rapporto di lavoro. In ogni caso, è necessario, per inquadrare al meglio la disciplina, riprendere i termini del problema.

Il dubbio sull'origine non contrattuale nasce da diverse situazioni.

Infatti, il diritto del lavoro limita fortemente sia la libertà contrattuale (cioè quella libertà delle parti individuali per quanto attiene al contenuto del rapporto, data la normativa protettiva inderogabile), sia, come accade in qualche caso, colpisce la libertà di contratto.

La legge infatti può imporre al datore di lavoro l'assunzione di certi soggetti (collocamento obbligatorio a richiesta numerica; assunzioni obbligatorie). In particolare, in dottrina è stato sostenuto che il nostro diritto va considerato e studiato non in chiave di contratto, ma in chiave di rapporto di lavoro. A questa tesi si adducono svariate motivazioni, tra queste si fa soprattutto leva sulla giusta disposizione la quale (art. 2126 c.c.), in deroga ai principi di diritto comune, stabilisce che la nullità del contratto di lavoro non operi mica *ex tunc*, ma *ex nunc*; facendo così salvi, di massima, gli effetti dell'esecuzione avvenuta. Ma questa impostazione propria della dottrina più risalente⁵³ è stata pian piano respinta.

Pertanto, si è osservato giustamente che la norma in questione non può essere utilizzata come fondamento di una "concezione acontrattualistica" del rapporto di lavoro, in base alla quale si configuri come una fonte del rapporto giuridico del lavoro solo per il fatto che si sia svolta una prestazione lavorativa a favore di altri. Al contrario, dalla formulazione dell'art. 2126 c.c.

⁵³ In tema di qualificazione del rapporto, per la tesi acontrattualistica v. **P. GRECO**, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939; **S. PUGLIATTI**, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, RGL, 1954, I, pp. 135-152; **R. SCOGNAMIGLIO**, *Lezioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1963; **A. TORRENTE**, *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Torino, 1966; **P. PETINO**, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968. Per la costruzione contrattualistica del rapporto sono invece citati **F. PERGOLESI**, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942; **L. BARASSI**, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1947; **L. DELITALIA**, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949; **L. MENGONI**, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965; **M. PERSIANI**, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, e *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. SANTORO PASSARELLI*, vol. V, Napoli, 1972; **S. MAGRINI**, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc dir*, XXIII, 1973; **L. RIVA SANSEVERINO**, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973; **F. SANTORO PASSARELLI**, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981, p. 124; **G. SUPPIEJ**, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982; **E. GHERA**, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 1982; **M. GRANDI**, *Rapporto di lavoro*, *Enc dir*, XXXVIII, 1987. A questi si aggiungono ora **L. CASTELVETRI**, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Milano, 2001; **B. VENEZIANI**, *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione ecc.*, *DLRI*, 2002, pp. 39-83.

si può notare come vi sia la necessità dell'esistenza di un contratto, ancorché invalido, per far sì che il lavoratore maturi i diritti corrispondenti alla prestazione di fatto resa; e comunque la norma regola gli effetti del rapporto svoltosi di fatto tra le parti soltanto per il passato, non derivando da essa alcuna obbligazione di lavoro, né alcuna obbligazione retributiva, per il tempo futuro. È dunque, anche in questo caso, a un assetto di interessi programmato dalle parti che può e deve farsi riferimento sia per la qualificazione della prestazione come subordinata o autonoma, sia per la determinazione del trattamento corrispettivo a carico del datore di lavoro”.

Tale ricostruzione è accreditata in giurisprudenza⁵⁴.

La norma non fa salvi *sic et simpliciter* gli effetti del contratto di lavoro invalido, equiparando – per *fictio juris* – contratto invalido e contratto valido; o meglio, lo fa “solo” per il periodo anteriore alla dichiarazione di invalidità, senza effetti per il futuro.

Inoltre, la norma fa salvi detti effetti “solo” nell'ipotesi in cui il rapporto abbia avuto esecuzione e “limitatamente” agli effetti retributivi/contributivi.

Ne consegue che, se la prestazione lavorativa, per un motivo qualsiasi, anche ad esempio per un evento estintivo o sospensivo del rapporto pur invalido, non sia stata eseguita, la deroga non opera neppure per il passato e di conseguenza non sorge alcun diritto retributivo, quindi non sorge neppure alcuna pretesa conservativa del rapporto di lavoro, che non trova titolo nel contratto di lavoro (invalido) ed esula (ai fini della deroga ex art. 2126 c.c.) dal “periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione”.

In egual maniera, la norma non genera alcuna autonoma ed ulteriore obbligazione di lavoro, tranne quella già convertitasi nella prestazione lavorativa ormai già eseguita, e “quindi non può essere utilizzata per pretese eccedenti il periodo di attuazione del rapporto di lavoro, oppure per la costituzione di un rapporto di lavoro al di fuori dall'ambito ed oltre il

⁵⁴ Cass., sez. lav., 24 gennaio 1987, n. 685, *Riv. giu. lav.*, 1987, II, 58; *Foro it.*, 1988, I, 220; *Orient. giu. lav.*, 1988, 347.

contenuto contrattuale così come manifestatosi nel suddetto periodo di esecuzione”⁵⁵.

L’art. 2126 c.c. non dà diritto a retribuzione “qualora non si accerti l’esecuzione della prestazione lavorativa o, quanto meno, la messa a disposizione da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative”.

L’accettazione da parte del lavoratore, del provvedimento datoriale di sospensione dal lavoro, quale alternativa al licenziamento, per temporanea mancanza o insufficienza di commesse, comporta la perdita del diritto alla retribuzione, attesi il vincolo di corrispettività delle prestazioni dovute dalle parti del rapporto e la non ravvisabilità, nell’accettazione predetta, di una rinuncia (alla retribuzione), invalida ai sensi dell’art. 2113 c.c. o nulla siccome relativa a diritti di futura acquisizione. Qualora, peraltro, l’accordo che abbia per oggetto la sospensione del rapporto sia affetto da nullità (ex art. 1346 e 1418 c.c.) per indeterminatezza o per indeterminabilità dell’oggetto - in quanto la sua concreta operatività dipenda dalla unilaterale volontà del datore di lavoro e non dal consensuale riconoscimento, ad opera dei contraenti, della ragione concreta ed attuale della sospensione del rapporto - ovvero perché la sospensione del rapporto, in quanto assoggettata alla mera volontà del datore di lavoro sia collegata ad una condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.), non può ritenersi sussistente - in conformità con i principi di effettività e di corrispettività del rapporto di lavoro, di cui è espressione anche l’art. 2126 c.c. - il diritto alla retribuzione ove non si accerti l’esecuzione della prestazione lavorativa o, quanto meno, la messa a disposizione, da parte del lavoratore, delle proprie energie lavorative⁵⁶.

Eguale, il principio è stato riaffermato sottolineando un terzo corollario: ossia, che l’art. 2126 c.c. non può fondare “pretese conservative”; sicché, qualora il datore di lavoro, citato in giudizio dal lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo, eccepisca la nullità del contratto di lavoro (nell’ipotesi, attività di insegnamento presso scuola privata legalmente

⁵⁵ Cass. Civ., sez. III, 30 gennaio 1990, n. 638, *DGA*, 1990, 550

⁵⁶ Cass., sez. lav., 19 luglio 1994, n. 6723, *MGC*, 1994, 976.

riconosciuta espletata da soggetto non fornito di abilitazione all'insegnamento, atteso che la suddetta abilitazione è requisito di validità del contratto di lavoro ex artt. 3 e 6, legge n. 86 del 1942), per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione si producono gli effetti secondo il disposto dell'art. 2126 c.c., ma, stante la nullità del contratto, in caso di dedotta illegittimità della risoluzione del rapporto, non può darsi luogo alla reintegrazione né al risarcimento del danno.

Allo stesso modo, anche di recente, si è parlato di equiparazione tra contratto di lavoro invalido e quello valido "limitata" agli effetti retributivi, con esclusione di quelli conservativi.

L'equiparazione del contratto di lavoro invalido a quello valido, disposta dall'art. 2126 c.c., "è limitata agli effetti retributivi del lavoro già prestato e non è idonea a fondare pretese conservative del lavoratore, onde, finita l'esecuzione delle prestazioni lavorative, non trova applicazione la tutela contro i licenziamenti illegittimi"⁵⁷.

Gli effetti della prestazione già eseguita in costanza di contratto di lavoro invalido non si spingono sino a far pretendere al prestatore di lavoro alcun suo diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro (così come – si è già detto – non configurano correlativamente alcuna sua obbligazione di lavoro per il futuro, essendo detti effetti limitati al passato); anzi, è stata affermata la legittimità, da parte di chi riceve la prestazione in costanza di invalidità, di porre termine al rapporto di lavoro, con conseguente "impedimento alla prosecuzione ulteriore del rapporto e possibilità per il datore di lavoro di intimare il licenziamento per giusta causa, pur restando fermi, ai sensi dell'art. 2126 c.c., gli effetti del rapporto per il periodo in cui esso abbia avuto esecuzione"⁵⁸.

Parimenti, si è ritenuto che – poiché ai rapporti di lavoro subordinato tra società e sportivi professionisti (ai sensi dell'art. 4, comma 8, della l. 23 marzo

⁵⁷ Cass., sez. lav., 24 gennaio 1987, n. 685, *Riv. giu. lav.*, 1987, II, 58; *Foro it.*, 1988, I, 220; *Orient. giu. lav.*, 1988, 347

⁵⁸ Cass., sez. lav., 28 giugno 1986, n. 4341, *GC*, 1987, I, 2667.

1981, n. 91) non sono applicabili le norme dello statuto dei lavoratori sui licenziamenti, né la normativa sulla disciplina del contratto a termine di cui alla l. 18 aprile 1962, n. 230 – in relazione al rapporto di lavoro instaurato tra una società sportiva ed un allenatore con contratto a tempo determinato, la prosecuzione delle prestazioni lavorative dopo la scadenza del termine fissato, non comporta la trasformazione dell'originario contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, con conseguente illegittimità del successivo recesso della società e diritto del dipendente alla reintegrazione nel posto di lavoro; bensì, rappresenta una attività lavorativa di fatto riconducibile alla fattispecie della prestazione di fatto di cui all'art. 2126 c.c.⁵⁹.

Da ultimo, il principio è stato riaffermato in un rapporto di lavoro giornalistico di fatto, in assenza di iscrizione all'albo, ove “il giudice deve limitarsi a riconoscere il diritto alle differenze retributive ai sensi dell'art. 2126 c.c., ma non può ordinare la riassunzione del lavoratore assumendone l'illegittimo licenziamento, atteso che nel contratto affetto da nullità per violazione di norma imperativa non è concepibile un negozio di licenziamento e non sono configurabili le conseguenze che la legge collega al recesso ingiustificato”⁶⁰

Affinché operi l'art. 2126 c.c. occorre comunque l'espressione di una volontà contrattuale tra le parti; volontà pur risultante viziata o contraria a norme imperative.

Detta norma non è quindi utilizzabile in caso di semplice svolgimento di prestazione lavorativa *invito domino* o *prohibente domino*, cioè senza il consenso o addirittura contro la dichiarata volontà del datore di lavoro. In tale ipotesi, astrattamente non potrebbe dirsi esistente un contratto di lavoro, il quale, come ben noto, presuppone uno scambio di consensi fra le parti. Tuttavia, appare opportuno verificare, se il consenso del datore di lavoro possa presumersi, in modo da configurare un contratto di lavoro instaurato per fatti concludenti. La questione non è di poco conto, se si pensa alle

⁵⁹ Cass., sez. lav., 24 giugno 1991, n. 7090, *NGCC*, 1992, I, 857.

⁶⁰ Cass., sez. lav., 5 dicembre 2007, n. 25300, *DG*, 2007.

possibili conseguenze in termini di azioni esperibili dal lavoratore a propria tutela e alle conseguenti ripercussioni sull'onere della prova. Infatti, se dinanzi allo svolgimento di un'attività lavorativa, il consenso del datore di lavoro dovesse presumersi, la prestazione potrebbe considerarsi, generalmente, resa in esecuzione di un contratto di lavoro, stipulato per fatti concludenti, salvo prova contraria gravante sull'imprenditore.

Per cui, in caso d'invalidità del contratto medesimo, potrebbe trovare applicazione la regola di cui all'art. 2126, I comma, codice civile, con conservazione degli effetti prodotti. Al contrario, se si dovesse negare un consenso presunto del datore di lavoro e quindi negare l'esistenza di un contratto di lavoro, seppur stipulato per fatti concludenti, al prestatore non resterebbe che invocare la residuale azione d'ingiustificato arricchimento di cui agli artt. 2041 e ss. del codice civile, come del resto, nell'ipotesi di prestazione resa in esecuzione di un contratto con oggetto o causa illeciti.

Questa seconda soluzione comporterebbe un maggior aggravio probatorio a carico del prestatore di lavoro. Sul punto, costante giurisprudenza si è positivamente espressa nel riconoscere, in via presunta, il consenso del datore di lavoro. In particolare, la stessa, in virtù del generale principio di libertà della forma nella stipulazione del contratto di lavoro, ha considerato la prestazione dell'attività lavorativa quale manifestazione di volontà di stipulare un contratto di lavoro. Attribuendo al mancato rifiuto di ricevere la prestazione, da parte del datore di lavoro, valore di accettazione tacita della proposta. Grazie a tale meccanismo presuntivo, superabile solo mediante la rigorosa prova, da parte dell'imprenditore, di aver rifiutato la prestazione, la giurisprudenza è giunta all'applicazione della disciplina di cui all'art. 2126, I comma, codice civile anche nel caso di prestazioni rese senza espresso consenso del datore (c.d. invito domino). Quindi se ne deduce che, in tutti i casi di prestazione "invito domino", in mancanza di una prova contraria da parte del datore di lavoro, essendosi configurato un contratto per fatti concludenti, potrà farsi riferimento alla regola in esame, art. 2126, I comma, codice civile, in luogo dell'azione d'ingiustificato arricchimento di cui agli artt. 2041 e ss. codice civile.

Infine, l'affermato principio dell'origine contrattuale del rapporto di lavoro si risolve nel riconoscimento di prestazioni lavorative "di fatto", non significative però di alcun rapporto di lavoro, qualora ricorra una "causa gratuita", che esclude in radice l'applicabilità dell'art. 2126 c.c., essendo in tal caso il contratto "valido"⁶¹.

Sul punto occorre precisare che il lavoro subordinato, oltre agli estremi della collaborazione o subordinazione, è caratterizzata anche dall'onerosità. Ogni attività di lavoro oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume (salva prova contraria) effettuata a titolo oneroso; di conseguenza l'assunto della sua riconducibilità ad un diverso rapporto (non di lavoro subordinato), con la relativa gratuità della stessa attività, esige una prova rigorosa da parte del datore di lavoro

Possono però verificarsi delle fattispecie particolari, caratterizzate da una rilevante tipicità sociale – come quelle rese nell'ambito di convivenze familiari. In tali casi la presunzione di onerosità cede il passo alla presunzione di gratuità. La giurisprudenza ha più volte chiarito che il lavoro prestato in ambito familiare può presumersi a titolo gratuito per il solo fatto che il fruitore sia uno stretto congiunto. Al di fuori dell'impresa familiare, il rapporto di lavoro si presume gratuito in presenza di un vincolo politico, ideale o religioso. In questo caso la prova dell'onerosità si inverte e ricade pertanto, su chi intenda eccepire la natura giuridica della stessa. Il rapporto di lavoro può quindi presumersi a titolo gratuito quando viene a mancare l'*animus contrahendi* e la prestazione è resa *affectionis vel benevolentiae causa*, ossia in quanto motivata da un rapporto di affetto verso il fruitore della prestazione, di familiarità, da un vincolo filantropico, o religioso.

Nel caso in cui sia stato richiesto al giudice il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, il giudice può utilizzare gli elementi di fatto disponibili per accertare l'effettiva natura, onerosa o gratuita, della prestazione e, in mancanza di prova di una prestazione *affectionis vel benevolentiae causa*. L'indagine del giudice deve dunque tener conto della

⁶¹ Cass., sez. lav., 5 febbraio 1983, n. 996, *MGC*, 1983, fasc. 2

natura degli interessi in gioco, del tipo e delle modalità concrete della prestazione di lavoro, della sua importanza quantitativa, della qualità e delle condizioni economico-sociali delle parti, dei loro rapporti personali.

3. Gli effetti dell'art. 2126 c.c.: casistica giurisprudenziale.

Quando il contratto di lavoro è invalido, ma la prestazione lavorativa già eseguita, il lavoratore matura, per il periodo in cui ha prestato attività, i “normali effetti” e tutti i diritti che sarebbero derivati dal contratto se esso fosse stato valido: ossia, retribuzione, contribuzione previdenziale rapportata ad essa, voci di retribuzione differita (t.f.r.), eventuali indennità accessorie.

L'effetto di corresponsione della retribuzione e di regolarizzazione della posizione contributiva previdenziale, ai sensi dell'art. 2126 c.c., è stato recentemente affermato anche in una fattispecie di rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un ente pubblico non economico in violazione di norme imperative⁶².

Nel meccanismo di sostituzione legale del contratto valido a quello invalido, per il periodo in cui ha avuto esecuzione, oltre al riferimento al trattamento convenzionale, vista la finalità della norma di determinare gli stessi effetti che sarebbero stati propri di quest'ultimo, si aggiunge un ulteriore riferimento, costituito dal riproporzionamento giudiziale con riguardo alla prestazione lavorativa già eseguita ed in concreto svolta, in rapporto alla qualità e quantità della stessa, nell'ambito del rapporto di lavoro invalido, con onere comunque di motivazione ove il giudice si discosti dal trattamento convenzionale e purché, in caso di determinazione inferiore a quella che si avrebbe in

⁶² Cass., sez. lav., 4 febbraio 2008, n. 2615, *Gdir*, 2008, 14 5

applicazione della disciplina contrattuale, la retribuzione deteriore non venga giustificata con il solo fatto che si tratta di un rapporto di lavoro invalido per violazione di norme imperative.

In costanza di un rapporto di lavoro “di fatto” con violazione di legge (e quindi invalido) non decorre la prescrizione di relativi crediti spettanti ex art. 2126 c.c.

Infatti, atteso che, ai sensi dell’art. 2948, n. 4, c.c. (nel testo risultante dagli interventi della Corte Costituzionale), la prescrizione quinquennale resta “sospesa” durante l’esecuzione del rapporto di lavoro non assistito da garanzia di stabilità; e che nelle ipotesi di prestazioni di fatto con violazione di legge – incompatibili con il licenziamento, ma comportanti la più assoluta libertà del datore di lavoro di rifiutare la prestazione – è radicalmente esclusa la situazione di stabilità; “i relativi crediti, spettanti ex art. 2126 c.c., restano sospesi durante il rapporto” (Cass., sez. lav., 12 novembre 2007, n. 23472, che in applicazione di detto principio ha cassato la sentenza di merito che, facendo decorrere la prescrizione, aveva dichiarato estinti parte dei crediti relativi ad un prestazione giornalistica di fatto comportante la nullità del contratto).

Per quanto riguarda gli effetti contributivi, è stato ritenuto dalla Suprema Corte che dalla prestazione di fatto deriva “l’automatica costituzione del rapporto previdenziale.

Si è anche affermato il diritto al risarcimento del danno pensionistico da mancata contribuzione ex art. 2116 c.c.⁶³

Una volta sancito il diritto alla contribuzione previdenziale anche in costanza di rapporto di fatto ex art. 2126 c.c., si è poi sostenuto che la contribuzione previdenziale debba essere calcolata in rapporto al trattamento retributivo ed ai minimali previsti dalla legge e non già in rapporto alla retribuzione effettivamente corrisposta in relazione alla quantità della prestazione.

⁶³ Cass., sez. lav., 3 gennaio 2005, n. 28, *Orient. giu. lav.*, 2005, I, 47

4. Particolari rapporti di lavoro e applicabilità dell'art. 2126, comma 1°, c.c.

Riprendendo l'ultima considerazione, all'interno dei rapporti di lavoro autonomo, non può essere applicata la disposizione dell'art. 2126 c.c., anche se risultassero avere delle caratteristiche della parasubordinazione, in quanto le Sezioni Unite della Cassazione hanno sottolineato la natura "eccezionale" della norma derogatoria dell'art. 1418 c.c., e dunque non applicabile in via analogica.

Così, il contratto di agenzia o rappresentanza commerciale, che sia stato stipulato con soggetto non iscritto nell'apposito ruolo istituito dalla l. 12 marzo 1968 n. 316, sarà nullo, in quanto, ai sensi dell'art. 9 della legge stessa, risulterà contrario a norma imperativa (non per illiceità della causa o dell'oggetto). Secondo le S.U. "al relativo rapporto tuttavia non si applicano né l'art. 2231 c.c., in tema di attività professionale da parte di chi non sia iscritto nell'albo, stante la non equiparabilità di quest'ultimo a detto ruolo, né l'art. 2126, comma 1, c.c., in tema di prestazione di fatto con violazione di legge, che integra una disposizione eccezionale attinente al lavoro subordinato e non estensibile al lavoro autonomo (ancorché presenti i caratteri della cosiddetta parasubordinazione), ma i principi generali in materia di prestazioni non dovute di fare"⁶⁴.

⁶⁴ Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1613, *MGC*, 1989, fasc. 4, 89.

Il principio è ora affermato in modo costante e ripetuto, pur in un iniziale contrasto giurisprudenziale, sulla ritenuta applicabilità dell'art. 2126 c.c. anche ai rapporti di lavoro autonomo parasubordinati di cui al n. 3 dell'art. 409 c.p.c.

Una figura lavorativa peculiare per la quale l'art. 2126 c.c. ha avuto copiosa e complicata utilizzazione è il lavoro giornalistico.

Nel settore, vi è una molteplicità di situazioni, il giornalista a tempo pieno, il pubblicitista a tempo parziale, ed è frequente la collaborazione esterna, anche da parte di soggetti svolgenti altra attività.

La prima situazione da discriminare pertanto è quella della riconduzione del rapporto allo schema del lavoro subordinato, regolato dal contratto collettivo giornalistico (essendo difficilmente riconducibili tutte queste varie forme di collaborazione al contratto giornalistico).

In secondo luogo, rileva il problema se in questa ipotesi possa trovare applicazione la regola di cui all'art. 2126 c.c.

Questo problema sorge soprattutto in relazione al fatto che per l'esercizio dell'attività giornalistica occorre essere iscritti nell'apposito albo dei giornalisti professionisti, precisandosi altresì che "l'iscrizione nell'elenco dei pubblicitisti non è idonea alla costituzione di un regolare rapporto di lavoro giornalistico o di praticantato giornalistico"⁶⁵.

In caso di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro giornalistico esercitato in mancanza di iscrizione nell'albo professionale, si pone il problema di quale conseguenza riconnettere alla fattispecie: se l'art. 2126, comma 1°, c.c., per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione; oppure l'art. 2231, comma 1°, c.c., ai sensi del quale "quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione".

⁶⁵ Cass., sez. lav., 29 dicembre 2006, n. 27608, *MGC*, 2006, 12.

La giurisprudenza è ormai consolidata per l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. (e per la limitazione dell'applicabilità dell'art. 2231 c.c. al solo ambito del contratto d'opera intellettuale); sicché il discrimine tra le due ipotesi applicative è rappresentato dalla riconduzione della fattispecie concreta da decidere allo schema del rapporto di lavoro subordinato o meno.

Pertanto, chi – pur non essendo iscritto all'albo professionisti – esercita di fatto attività giornalistica, assicurando una presenza lavorativa quotidiana ed eseguendo le direttive impartitegli dai capi della redazione, avrà diritto a tutte le differenze retributive fra quanto ricevuto e quanto dovuto da calcolarsi sulla base del c.c.n.l. giornalisti”⁶⁶

E' stato recentemente affermato che la “sanatoria” amministrativa della posizione del giornalista, a seguito dell'eventuale “retrodatazione” di iscrizione all'albo disposta dall'ordine giornalisti, “vale soltanto nei rapporti tra l'aspirante giornalista e l'ordine professionale, e non anche per convalidare un contratto nullo per difetto di un requisito essenziale”, dal momento che, ai sensi dell'art. 1423 c.c., il contratto nullo non può essere convalidato se la legge non dispone diversamente; ed in tal caso manca una apposita norma che consenta la convalida di un contratto giornalistico nullo, fatti salvi gli effetti dell'art. 2126 c.c.⁶⁷.

⁶⁶ Cass., sez. lav., 5 dicembre 2007, n. 25300, *DG*, 2007.

⁶⁷ Cass., sez. lav., 7 settembre 2006, n. 19231, *MGC*, 2006, 9.

4.1 Art. 2126 cc. e pubblico impiego

Un particolare tipo di rapporto di lavoro, in cui viene in rilievo la questione dell'applicabilità dell'art. 2126 c.c., è quello subordinato svolto alle dipendenze della pubblica amministrazione⁶⁸.

La questione è rilevante, attesa la frequente normativa ostativa a nuove assunzioni, oppure le numerose regole poste in materia di requisiti per le assunzioni, oppure ancora il ricorso a personale precario più volte prorogato per far fronte ad esigenze di organico. In tutti questi casi, il T.U. sul pubblico impiego (d.lgs 165/2001) espressamente sancisce che “in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni” (art. 36).

Il cui secondo comma prosegue riconoscendo al lavoratore il “diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”, da considerarsi “aggiuntivo” rispetto alla retribuzione per la prestazione di fatto svolta.

Ne consegue che la prestazione di lavoro subordinato svolta in violazione di dette norme imperative è nulla, ma avrà valenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 2126 c.c., con il conseguente diritto del dipendente non solo ai compensi previsti per quel tipo di rapporto, ma anche alla regolarizzazione

⁶⁸ Cfr. **C. ZOLI**, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, ADL, 2001, pp. 469-501.

della posizione contributiva previdenziale secondo le regole previste per gli impiegati pubblici⁶⁹

Il principio era affermato già da tempo dalla Cassazione con riguardo a rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici istituiti dalla Regione o sottoposti alla sua vigilanza, “in violazione di norme regionali che stabiliscono il divieto di nuove assunzioni di personale fuori organico, ritenuti affetti da nullità e considerati come rapporti di mero fatto, produttivi, a favore dei lavoratori, dei soli diritti previsti dall’art. 2126 c.c.”.

Concorde è anche il Consiglio di Stato secondo cui “il rapporto di lavoro avente le caratteristiche del pubblico impiego, costituito in contrasto con le norme imperative che disciplinano le assunzioni della pubblica amministrazione, è nullo ma rileva come rapporto di mero fatto, per il quale, ai fini retributivi e previdenziali, deve trovare applicazione l’art. 2126 c.c.; infatti, gli effetti derivanti dalla predetta norma civilistica sono connessi alle prestazioni lavorative di fatto, che sono tali proprio in quanto gli atti in base ai quali le prestazioni stesse sono state svolte sono affetti da nullità per contrasto con norme imperative”⁷⁰.

Sul punto è intervenuta anche l’Adunanza Plenaria.

La pronuncia riguarda alcuni medici che avevano svolto funzioni assistenziali presso un policlinico universitario, sulla base di “contratti a termine” aventi ad oggetto l’esplicazione di attività professionale remunerata “a gettone”, e successivamente erano stati assunti a tempo indeterminato per le stesse mansioni. Questi affermando la dissimulazione di un vero e proprio “rapporto di lavoro pubblico subordinato”, chiedevano le differenze retributive e la ricostituzione della posizione previdenziale.

Il Consiglio di Stato, confermando l’applicabilità dell’art. 2126 c.c. ha affermato: “la sola ipotesi in cui deve escludersi, in tema di svolgimento di fatto di prestazioni lavorative nei confronti della pubblica amministrazione,

⁶⁹ Cass., sez. lav., 4 febbraio 2008, n. 2615, GD, 2008, 14 58.

⁷⁰ Cons. St., sez. V, 09 ottobre 2007, n. 5262, FA, 2007, 10.

la tutela divisata dall'art. 2126 c.c. - articolo che non è volto a contrastare di per sé qualsiasi effetto dal rapporto nullo, atteso comunque il riconoscimento da parte dello stesso dell'indennizzo per l'arricchimento senza causa - è quella in cui sussiste l'illiceità della causa, intesa non come violazione della mera legalità, ma come contrasto con norme fondamentali e generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento"⁷¹.

Controversa è peraltro l'applicabilità della norma al fine di veder riconosciuto il compenso per lo svolgimento di mansioni superiori svolte in via di fatto nel pubblico impiego che registra un orientamento negativo⁷² e uno incline ad ammettere l'applicabilità della norma in esame⁷³ e (per la soluzione negativa, atteso che la norma riguarda la retribuità del lavoro prestato sulla base di un contratto o di un atto nullo o annullato,; la soluzione positiva è invece agganciata alla applicabilità al rapporto di pubblico impiego dell'art. 36).

5. L'illiceità dell'oggetto e della causa.

Come enunciato nella seconda parte del primo comma dell'art. 2126 c.c., il beneficio derogatorio rispetto alla disciplina generale dell'invalidità, nel caso in cui l'invalidità sia dovuta ad "illiceità dell'oggetto o della causa", viene escluso. Causa del contratto di lavoro subordinato, tipizzata dalla legge è lo scambio tra lavoro eterodiretto e retribuzione. In riferimento al contratto di lavoro, come in riferimento a qualsiasi altro contratto tipico, la questione della configurabilità o no dell'ipotesi della illiceità della causa è controversa. Una possibile illiceità della causa deve escludersi quando si resti ancorati alla nozione di causa come funzione economico-sociale astratta del contratto,

⁷¹ Cons. St., A.P., 21 febbraio 2007, n. 4, *FA*, 2007, 2, 46.

⁷² *Contra* Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2000, n. 4553, *RGSan*, 2000, 198, 267.

⁷³ Cost., Cons. St., sez. V, 11 settembre 2000, n. 4805, *RGSan*, 2000, 198, 272.

poiché, se questa è definita dalla legge, come accade per tutti i contratti tipici, essa è lecita per definizione.

Tuttavia, la possibilità di una «illiceità della causa» del contratto di lavoro è menzionata esplicitamente nell'art. 2126 c.c.; in questa norma viene dunque sicuramente in rilievo un concetto di «causa» diverso dalla funzione economico-sociale astratta del contratto: il legislatore ha inteso qui fare riferimento a una funzione specifica, svolta dal contratto di lavoro in concreto, poiché soltanto questa può essere contraria ai principi dell'ordinamento. Una ipotetica illiceità della causa, infatti, diventa tanto più pensabile quanto più il concetto di causa del contratto a cui si fa riferimento si avvicina alla funzione economico-sociale perseguita dalle parti nel caso concreto. Ad esempio, perseguirebbe un assetto di interessi in concreto sicuramente illecito il contratto col quale un imprenditore assumesse alle proprie dipendenze un uomo politico per assoggettare al proprio potere direttivo, a un vincolo di obbedienza, l'attività svolta da quest'ultimo in qualità di parlamentare: lo scambio di subordinazione contro retribuzione diventa illecito quando esso mira in concreto ad assoggettare al controllo altrui l'esercizio di una funzione politica di cui l'ordinamento garantisce l'assoluta libertà.

Allo stesso modo potrebbe considerarsi illecita la causa (intesa come assetto negoziale perseguito in concreto dalle parti) del contratto segreto col quale un soggetto ingaggiasse alle proprie dipendenze un altro soggetto affidandogli il compito di conquistare l'affetto di una terza persona, sposarla e condurre la vita coniugale secondo direttive di volta in volta impartite dal primo.

Entrambi gli esempi costituiscono, però, soltanto casi di scuola.

Una parte della dottrina ravvisa l'illiceità della causa in tutti i casi in cui la prestazione di lavoro, in sé lecita, si inserisce non occasionalmente in una attività imprenditoriale illecita.

Questo porterebbe alla conseguenza della nullità anche del contratto di lavoro della centralinista o del fattorino dell'impresa mafiosa; più corretto

ritenere che possa parlarsi di nullità soltanto nel caso di condivisione da parte del lavoratore delle finalità criminose del datore di lavoro: nullità, dunque, per illiceità del motivo comune alle parti e non per illiceità della causa del contratto.

L'unico esempio di illiceità della causa del contratto di lavoro suscettibile di assumere un notevole rilievo sul piano pratico è quello del contratto col quale una persona viene assunta alle dipendenze di un'altra con il compito di prostituirsi.

Si potrebbe sostenere che questo sia un caso di illiceità dell'oggetto ma nel nostro ordinamento attuale l'attività della prostituta non è in sé illecita, né è illecito retribuirla; è illecita, invece, l'imposizione contrattuale di un obbligo che vincoli la persona a prostituirsi, sia occasionalmente sia continuativamente, nei tempi e modi decisi da un'altra; e ancor più illecito è l'assetto contrattuale complessivo che miri a consentire a quest'ultima di trarre profitto economico dall'esercizio del meretricio imposto alla prima.

Lasciati sullo sfondo i casi di scuola è più plausibile sostenere che la norma si riferisce a tutte le ipotesi *tout court* di contratto illecito, ossia determinato da un motivo illecito comune ad entrambe le parti ex art. 1345 c.c. oppure avente, in relazione all'attività posta in essere, un contenuto contrastante con norme imperative, con l'ordine pubblico o col buon costume.

La giurisprudenza, più atta ad individuare pratici strumenti concettuali in grado di risolvere i problemi interpretativi, identifica di regola detta illiceità (in grado di escludere l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. alla prestazione lavorativa di fatto svolta) in un contrasto dell'attività lavorativa con i principi di ordine pubblico in senso stretto, ossia con i principi etici fondamentali dell'ordinamento giuridico.

In tal senso, è stata esclusa l'operatività della tutela apprestata dall'art. 2126 c.c. in caso di incarichi di docenza, ottenuti in modo fraudolento, da soggetto non in possesso del prescritto titolo di studio, presentando un certificato di laurea falso (a seguito dei quali, peraltro, l'erogazione dei compensi

retributivi costituisce “danno erariale”), e si è affermato che “il conseguimento degli incarichi attraverso condotte penalmente rilevanti preclude l’applicazione degli art. 36 cost. e 2126 c.c., in quanto tali disposizioni presuppongono che il rapporto di lavoro sia instaurato in modo lecito e non sia in contrasto con norme fondamentali o con principi basilari dell’ordinamento”⁷⁴.

Altra ipotesi di esclusione dell’art. 2126 c.c., in ragione dell’illiceità della causa del contratto di lavoro, è stata individuata nella comune intenzione delle parti di costituire un rapporto previdenziale vietato da norme imperative di ordine pubblico perché afferente ad un rapporto denunciato all’ente previdenziale come subordinato, ma rivelatosi *ab origine* mancante del vincolo della subordinazione⁷⁵.

Può esaminarsi ora il profilo dell’illiceità dell’oggetto.

Il contratto individuale di lavoro contiene innanzitutto la pattuizione — che ne costituisce elemento essenziale — dello scambio tra le due prestazioni principali: quella lavorativa e quella retributiva. A questo contenuto essenziale si aggiungono tutti i numerosi effetti ulteriori che l’ordinamento ricollega al contratto inderogabilmente, nonché alcuni effetti che l’ordinamento ricollega al contratto soltanto in quanto le parti non abbiano concordemente disposto altrimenti. Tra questi ultimi possono annoverarsi in primo luogo tutte le prerogative del datore di lavoro, poiché esse sono tutte suscettibili di compressione consensuale fino all’azzeramento (col risultato, nel caso della compressione o negazione del potere direttivo, del trasmigrare del contratto dal tipo legale del lavoro subordinato a quello del lavoro autonomo). Ma tra gli effetti che l’ordinamento riconnette al contratto non inderogabilmente vi sono anche alcune posizioni di vantaggio del lavoratore: è infatti lo stesso codice civile, a tipizzare tre clausole con le quali questi può ad esempio rinunciare in modo valido alla protezione contro il licenziamento durante un periodo iniziale del rapporto oppure rinunciare alla durata

⁷⁴ Corte dei Conti, Sicilia, sez. giur., 1 agosto 2006, n. 154, *FA*, 2006, 7-8, 2342

⁷⁵ Cass., sez. lav. 4 giugno 1999, n. 5516, *MGC*, 1999, 1273

indeterminata del rapporto a tempo indeterminato con la pattuizione di un termine, oppure ancora vincolare la propria libertà professionale per un periodo successivo alla cessazione del rapporto. Certo, il corpus degli effetti che l'ordinamento riconnette al contratto in modo inderogabile è imponente. Ma la limitazione dell'autonomia negoziale del lavoratore subordinato ha una portata assai meno estesa di quanto le enunciazioni dottrinali ricorrenti in proposito possano far pensare, lasciando essa aperti rilevanti spazi di negoziazione individuale delle condizioni contrattuali, sia in sede di costituzione del rapporto, sia in costanza dello stesso, soprattutto, ma non soltanto, per ciò che riguarda il contenuto e le modalità della prestazione lavorativa: è libera, salvo il limite della durata massima giornaliera o settimanale, la determinazione del tempo di lavoro, inteso sia come estensione, sia come distribuzione della prestazione nell'arco della giornata, della settimana, del mese e dell'anno; è libera l'individuazione delle mansioni contrattuali, del luogo di svolgimento delle stesse, dell'entità e struttura della relativa retribuzione salvi i minimi fissati in sede collettiva (§§ 241-242); è libera inoltre l'introduzione nel contratto di obblighi aggiuntivi di vario genere a carico del datore di lavoro, quali quelli di impartire al lavoratore una formazione, o di fornirgli un alloggio, o un mezzo di locomozione; così come libera è l'introduzione nel contratto della previsione di sospensioni dello scambio lavoro/retribuzione in funzione di impegni scolastici, di formazione professionale del lavoratore, o di altre esigenze. E l'elenco potrebbe continuare con l'indicazione delle altre svariate clausole con le quali il contratto individuale può validamente discostarsi dal modello previsto dal contratto collettivo e dalla legge, salvi gli standard minimi di tutela. Nel contratto di lavoro tra italiani all'estero, inoltre, è espressamente consentita la libera scelta della legge a cui assoggettare il rapporto, salvo il rispetto dei principi di ordine pubblico internazionale (art. 25 disp. prel.). Rientra nell'autonomia individuale del lavoratore l'acconsentire o no alla cessione del contratto da parte del datore di lavoro ad altro soggetto, salvo il caso di trasferimento dell'azienda.

L'autonomia individuale, infine, se esercitata nelle forme speciali espressamente previste, può spingersi a estinguere per rinuncia o transazione diritti di credito del lavoratore già maturati, oppure a esonerare il vecchio datore di lavoro dalla sua corresponsabilità solidale con il nuovo per gli stessi crediti, in occasione del trasferimento dell'azienda.

Il quadro che ne emerge è profondamente diverso rispetto all'immagine tradizionale — e, peraltro, inesatta fin dall'origine — di un lavoratore abilitato soltanto alla scelta binaria circa la costituzione o no del rapporto, inabilitato per il resto a rilevanti determinazioni ulteriori in proposito.

L'orientamento del mercato del lavoro, in tutti i paesi più sviluppati va nel senso di una sempre più marcata personalizzazione dell'offerta di lavoro e delle modalità di organizzazione dello stesso: orientamento favorito, tra l'altro, in questi paesi, dall'incremento generale dei livelli di reddito e del tenore di vita delle famiglie; ed è nota altresì la netta tendenza, che si registra da almeno un decennio, al dilatarsi della differenza tra gli standard minimi retributivi fissati dai contratti collettivi e i livelli retributivi effettivi offerti dal mercato, soprattutto — ma non soltanto — per le qualifiche medio-alte.

Nel mercato del lavoro è sempre più rilevante l'incidenza della scelta personale del lavoratore circa le modalità della propria occupazione; e anche là dove la rigidità delle condizioni di assunzione offerte dalle imprese impedisce ogni trattativa individuale, è pur sempre — anche nelle regioni con più alto tasso di disoccupazione — il singolo lavoratore a scegliere se e dove indirizzare la propria offerta, tra settore pubblico e settore privato, tra grandi e piccole imprese, tra industria, terziario e agricoltura, tra occupazioni a carattere stabile e occupazioni occasionali.^[L'SEP] Oggi ai più giovani può apparire del tutto ovvio che l'autonomia negoziale del datore e del prestatore di lavoro si estenda anche al loro reciproco scegliersi. Ma è passato soltanto circa un ventennio dall'abrogazione della regola che pretendeva di abbinare imprese e lavoratori mediante meccanismi automatici gestiti da uffici burocratici.

Il principio della libertà di scelta delle modalità del proprio lavoro, sancito dal secondo comma dell'art. 4 della Costituzione, può e deve intendersi come

garanzia per il lavoratore della libertà di scelta dell'azienda nella quale prestare la propria opera e al tempo stesso del come obbligarsi a prestarla. In un mercato del lavoro maturo il principio di autonomia, se da un lato non esclude affatto l'integrazione e correzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome, d'altro lato costituisce in linea generale una garanzia indispensabile di emersione e tutela giuridica di esigenze individuali che possono essere — e sovente sono — ignorate o sottovalutate dal legislatore e dalle associazioni sindacali nella determinazione dei modelli standard di rapporto.

Tali valutazioni d'insieme sono funzionali a spiegare come in effetti appaia assai circoscritto il rilievo, anche nella casistica giurisprudenziale, dell'illiceità dell'oggetto del contratto di lavoro.

Al riguardo essa è stata rinvenuta nell'attività svolta in violazione dei principi fondamentali, ad esempio nello “svolgimento di un prestazione lavorativa in contrasto con norme imperative d'ordine pubblico a tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantito”; sicché è stata dichiarata la nullità del contratto di lavoro tra un'azienda dolciaria ed una lavoratrice priva del libretto sanitario, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2126 c.c.⁷⁶; così come pure l'attività di “vendita al banco, da parte di commessi in assenza del titolare, dei prodotti di farmacia, riservata per legge ai farmacisti”⁷⁷.

In ogni caso, non tutti i contratti contrastanti con norme imperative sono da ritenersi illeciti, bensì solo quelli che violino i principi di ordine pubblico, distinguendosi tra “violazione della mera legalità” (produttiva di nullità ma non illecita), ed invece “contrasto con norme fondamentali e generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento” (comportante nullità ed illiceità)⁷⁸.

In detta categoria dell'illegalità (meno pregiudizievole di quella dell'illiceità), vengono di norma ricondotte le prestazioni lavorative rese da soggetti

⁷⁶ Cass., sez. lav., 3 giugno 1985, n. 3302, GC, 1986, I, 865

⁷⁷ Cass., sez. lav., 8 luglio 1986, n. 4461, FI, 1987, 1533

⁷⁸ Cons. St., A.P., 21 febbraio 2007, n. 4, FA, 2007, 2, 461

mancanti di licenza, abilitazione o autorizzazione amministrativa, oppure di iscrizione agli albi professionali. La nullità, in questo caso, non inciderebbe sull'oggetto o sulla causa del contratto, bensì riguarderebbe un requisito "estrinseco" al contratto.

Così, ad esempio, è stata esclusa l'illiceità nella prestazione resa da "professori a contratto" di università, con contratti stipulati in violazione della legislazione universitaria⁷⁹.

6. Il secondo comma dell'art. 2126 c.c.

L'art. 2126, comma 2°, c.c. riconosce "in ogni caso" il diritto alla retribuzione, quando il lavoro sia stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro.

Si tratta di ulteriore norma di chiusura a tutela del prestatore di lavoro, al fine di "evitare anche solo il rischio che quest'ultimo possa perdere" il corrispettivo per il suo lavoro, per il periodo in cui abbia avuto attuazione, indipendentemente dall'applicabilità o meno, al rapporto di lavoro eseguito, del primo comma del medesimo art. 2126 c.c., ogni qualvolta l'attività sia resa in violazione delle norme legali protettive.

Bisogna dunque ritenere che questo secondo comma possa operare in deroga al primo; quindi, anche nel caso in cui l'invalidità del contratto di lavoro produca effetto per il periodo in cui ha avuto esecuzione, per esempio perché la nullità deriva da illiceità e da violazione dei principi di ordine pubblico, "se però il rapporto lavorativo sia stato caratterizzato da violazione di norme poste a tutela del lavoratore, a quest'ultimo spetta comunque il corrispettivo economico".

⁷⁹ Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7621, *FA*, 2005, 12, 3729

In sostanza, il secondo comma partecipa della *ratio legis* del primo, avendo la medesima funzione di salvaguardia della prestazione lavorativa eseguita in caso di patologia contrattuale; la seconda disposizione, nella ipotesi ivi prevista, pare portare alle estreme conseguenze detta tutela, ed a coprire gli eventuali “vuoti” protettivi che la caratterizzano, anche in relazione a prestazioni lavorative eseguite che, per qualsivoglia motivo, non troverebbero protezione nel primo comma, per esempio in quanto afferenti a titolo contrattuale inesistente, gratuito oppure illecito.

Si è anche sostenuto che, in questa seconda disposizione, il riferimento alla retribuzione è in realtà simulato, dovendosi viceversa parlare, più propriamente, di somma risarcitoria oppure di indennità in forma specifica, collegata direttamente dalla legge alla prestazione di lavoro, che prescinde interamente dal contratto. In realtà, anche nel primo comma l'efficacia del rapporto di lavoro per il periodo in cui ha avuto esecuzione prescinde completamente da un titolo contrattuale (che è invalido) e l'equiparazione con il contratto valido avviene solo per *fictio juris* e per forza legale; non si ritengono rinvenibili quindi differenze di natura, di funzione e finalità, rispetto ai due commi.

La casistica sull'applicazione della norma è relativa soprattutto a casi di contratti conclusi da soggetti sprovvisti della richiesta capacità in materia di lavoro, ed in particolare in violazione delle norme a tutela di minori.

Si è quindi ritenuto, per esempio, che – in caso di attività svolta da minori, in violazione della l. 977/1967 – vige “la più incisiva tutela di cui al comma 2 dell'art. 2126 cit., alla stregua del quale detta violazione non incide sul rapporto determinatosi in concreto ed il prestatore di lavoro ha, in ogni caso, diritto alla retribuzione” (a differenza dell'art. 2126, comma 1°, c.c., applicabile “salvo che per convenzione o presunzione non se ne debba ritenere la gratuità”⁸⁰).

⁸⁰ Cass., sez. lav., 23 dicembre 1983, n. 7605, *MGC*, fasc. 11

La disposizione trova a titolo esemplificativo applicazione anche in caso di “prestazione dell’attività lavorativa in giornate destinate al riposo, senza fruizione del medesimo in altro giorno della settimana”, ove “il lavoratore ha diritto - oltre che alla retribuzione (ai sensi dell'art. 2126, comma 2, c.c.) ed (eventualmente) alla maggiorazione retributiva per la penosità del lavoro domenicale - al risarcimento del danno per la mancata fruizione del riposo settimanale, previsto, a tutela del prestatore, dagli art. 36 comma 3 cost., e 2109, comma 1, c.c., alla cui liquidazione non deve provvedersi nel solo caso in cui il contratto collettivo preveda un’indennità per il mancato riposo e questa sia ritenuta dal giudice sufficiente a risarcire il danno suindicato”⁸¹.

7. Una possibile assimilazione tra nullità lavoristica e nullità di protezione

I profili marcati di specialità individuati dall’art. 2126 c.c. rafforzano la tesi di una comunanza tra la figura del consumatore e quella del lavoratore subordinato.

In entrambe le fattispecie, infatti, il tradizionale equilibrio sussistente tra le parti contrattuali viene a mancare per effetto di una fisiologica disparità economica e sociale, congiuntamente al divario in termini di conoscenze in ordine alla conclusione delle operazioni giuridiche, di talché la legge effettua una serie di operazioni “ortopediche” teleologicamente indirizzate a ristabilire un equilibrio di sorta nel rapporto contrattuale.

In tale contesto, la nullità, c.d. di protezione, e la conseguente inefficacia si pone quale strumento di grande utilità per il legislatore nel sanzionare negozi

⁸¹ Cass., sez. lav., 13 marzo 1997, n. 2231, *NGL*, 1997, 378

che, per la vessatorietà delle clausole in essi comprese, accentuano lo squilibrio *inter partes*: si rileva pertanto, in seguito alla mutata sensibilità sociale, nel corso degli anni, un accostamento tra la posizione del lavoratore (“storicamente” tutelata) e quella del consumatore, con ampie deroghe rispetto alla regolamentazione generale codicistica. Tale deroga era già propria del lavoratore subordinato e condensata nella regola speciale dell’art. 2126 c.c.

Ed infatti diversi istituti tratti dal diritto civile sono stati stravolti nella loro disciplina tipica proprio allo scopo di poter ridurre il più possibile quel potenziale squilibrio contrattuale che di norma intercorre tra la figura del consumatore e quella del professionista, scopo precipuo della materia consumeristica in quanto normativa avente carattere protettivo.

Una delle principali forme di tutela proprie del codice del consumo è costituita dall’introduzione di un elenco che riporta le clausole contrattuali considerate vessatorie, indicate agli artt. 33, 34 e 36 cod. cons., tutte sanzionate con la menzionata nullità di protezione; tale specificazione è volta ad indicare che la nullità tipica del codice del consumo si discosta da quella civilistica per la sua eccezionalità, coniugando in sé sia caratteristiche proprie della nullità ex art. 1418 e ss., sia tratti essenzialmente propri.

Innanzitutto, il positivo esercizio dell’azione di nullità della clausola vessatoria comporta la sua esclusiva caducazione mantenendo tuttavia in vita il contratto; la nullità di protezione, infatti, non travolge l’intero negozio, ma conserva gli obblighi rispettivi delle controparti, con esclusione ovviamente di quelli specifici della clausola vessatoria espunta. In questo modo il legislatore ha voluto caratterizzare la nullità di protezione come uno strumento di riequilibrio contrattuale, dotando di un’efficacia relativa un istituto che mentre nel diritto civile ha una funzione propriamente distruttiva degli effetti contrattuali, nel codice del consumo, invece, svolge una funzione prettamente riequilibratoria-punitiva nei confronti del professionista che ha abusato della propria posizione imponendo un contratto squilibrato al consumatore; il professionista infatti da una parte perde il vantaggio che gli

offriva la clausola incriminata, ma dall'altra non gode dell'effetto "esdebitativo" dagli obblighi contrattuali assunti: il legislatore ha inteso pertanto assicurare il mantenimento degli effetti del contratto in favore del consumatore, piuttosto che l'integrale caducazione di tutte le clausole del negozio, cosa che avrebbe paradossalmente danneggiato proprio la parte che si vuole tutelare.

Tale disciplina consumeristica, in parte ricalca quella di cui all'art. 1419 cod. civ., in quanto conserva anch'essa il contratto eliminando soltanto la clausola nulla, ma in parte se ne discosta in quanto viene precluso al giudice, ai fini della conservazione del contratto, di svolgere un'indagine sulla reale volontà delle parti a voler concludere il negozio anche in mancanza della clausola vessatoria, che quindi non riveste mai, *ex lege*, il carattere di essenzialità; agire diversamente, infatti, avrebbe significato far travolgere di nullità l'intero contratto a danno del consumatore, posto che difficilmente si avrebbe avuto una volontà a stipulare quel negozio privo della clausola vessatoria da parte del professionista; è evidente quindi la funzione protezionistica di quest'ultima disposizione.

La nullità ex art. 36 cod. cons., proprio per la sua caratteristica di porsi a protezione della parte debole del contratto, è altresì caratterizzata da un ulteriore aspetto peculiare: la relativa azione può essere invocata esclusivamente dal consumatore o d'ufficio dal giudice, se la pronuncia opera a favore del contraente debole.

La dottrina non dubita della legittimità dell'azione a favore della parte debole del contratto, laddove invece con riferimento al professionista si nega che egli possa agire in tal senso, potendo egli solo subire l'azione. Dubbi che invece sorgono in merito alla rilevabilità d'ufficio di tale nullità; in particolare ci si è interrogati circa la possibilità che tale previsione possa convivere con il principio di totale libertà accordato al consumatore che può valutare se mantenere la clausola o eliminarla potestativamente. Infatti, se la rilevabilità d'ufficio nella nullità tradizionale risponde alla necessità di salvaguardia di un interesse proprio della comunità nella sua accezione più ampia, la nullità

cosiddetta di protezione si rivolge, *a contrario*, ad una collettività specifica e ben individuata, di talché una rilevabilità d'ufficio sembrerebbe sproporzionata e, in definitiva, non rispondente all'intento di permettere la massima libertà al consumatore di valutare la clausola vessatoria secondo la corrispondenza ai propri interessi, e quindi di mantenerla nel corpo del contratto nel caso essa sia ritenuta più vantaggiosa .

La *ratio* che sottintende alla scelta del legislatore di attribuire anche al giudice la possibilità di intervenire, valutando la legittimità della clausola anche in un'ottica consumeristica, deriva dalla considerazione che anche in questo caso rimanga preminente la tutela di un interesse pubblico, seppur portato da una categoria determinata di individui; insomma, anche una stretta cerchia di soggetti è, in ogni caso, depositaria di interessi che sono sovraordinati agli interessi personali degli individui stessi, e tali valori fondamentali devono poter esser sempre protetti dall'ordinamento .

La dottrina, pertanto, individua in questa norma di protezione, quale oggetto di tutela, un cosiddetto ordine pubblico di protezione, e cioè una collettività specifica considerata dal legislatore debole e che necessita pertanto di una specifica formulazione normativa predisposta *ad hoc*, senza tuttavia negare rilievo ai principi fondamentali di ordine pubblico, nonché dell'interesse generale al corretto funzionamento delle regole del mercato ; in sintesi la nullità di protezione, sotto il profilo della rilevabilità d'ufficio, ricalcherebbe, senza derogarla la disciplina di cui all'art. 1421 cod. civ., previsto per la nullità in materia civile.

E nel diritto del lavoro la nullità di protezione è connaturata alla posizione di debolezza contrattuale. Il perno del sistema è quindi proprio la regola eccezionale contenuta nell'art. 2126 cc. poiché essenzialmente essa è ispirata alla tutela di una posizione di debolezza contrattuale e tende alla salvaguardia della posizione del prestatore di lavoro dalle conseguenze restitutorie del normale diritto contrattuale.

Bibliografia

- **G. CRISCUOLI**, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pag. 237.
- **G. SUPPIEJ** : *La struttura del rapporto di lavoro*, CEDAM, 1957
- **G. ANDREOLI** : *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in Riv. dir. lav., 1952
- **MENGONI** : *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, Napoli, 2004
- **A. ALBANESE**: *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità : la nullità del contratto di lavoro*, in Eur. Dir. priv., 2006
- **F. CARINCI** : *Diritto privato e diritto del lavoro*, 2007
- **NATOLI** : *Su una rimediazione relativa al II comma dell'art. 1419 c.c. in Riv. Giur. lav. 1958 II 545 e segg.;*
- **G. CRISCUOLI** : *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 86 ss;
- **B. GERI** : *Sul significato del termine clausola in relazione al comma 2 dell'art 1419 c.c.*, Milano, 1962
- **P. BARCELLONA** : *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- **S. RODOTA'**: *Le fonti di integrazione del contratto*, Roma, 1970
- **M. CASELLA**: *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974

- **L. CARIOTA FERRARA:** *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 2011
- **CRISCUOLI:** *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1964, I, 364 ss
- **TAMPONI :** *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. in Riv.trim. dir. Proc. Civ. 1978, 105 e ss;*
- **M. BIANCA :** *Diritto civile vol.3, Il contratto*, Milano, 2000

- **A. CATAUDELLA :** *Sul contenuto del contratto*, Roma, 1974
- **F. SANTORO-PASSARELLI:** *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1951
- **A. MATTARELLA :** *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, 1970
- **MONTUSCHI:** *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato in Riv. Trim. dir. Proc. Civ. 1962,901;*
- **RIVA-SANSEVERINO :** *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato in Dir.econ. 1962, 697;*
- **BUSCAINO:** *La nuova disciplina del contratto di lavoro a termine nella legge 18 aprile 1962 n. 230 in Riv. Giur. lav. 1962, I, 99;*
- **F. DEL GIUDICE, F. IZZO , M. SOLOMBRINO:** *Manuale del diritto del lavoro XXXII ed. ;*
- **CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI TREU:** *Diritto del lavoro VIII ed.*
- **ROPPO,** *Il contratto*, Bologna, 1977
- **P. GRECO,** *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939
- **S. PUGLIATTI,** *Proprietà e lavoro nell'impresa*, RGL, 1954, I, pp. 135-152
- **R. SCOGNAMIGLIO,** *Lezioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1963
- **A. TORRENTE,** *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Torino, 1966

- **P. PETINO**, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968
- **F. PERGOLESI**, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942
- **L. BARASSI**, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1947
- **M. PERSIANI**, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, e *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in Studi in onore di F. Santoro-Passarelli
- **G. SUPPIEJ**, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982
- **E. GHERA**, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 1982
- **M. GRANDI**, *Rapporto di lavoro*, Enc dir, XXXVIII, 1987
- **B. VENEZIANI**, *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione ecc.*, DLRI, 2002, pp. 39-83
- **A. ALBANESE**, *disciplina generale e discipline speciali della nullità*, 2006
- **F. CARINCI**, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007
- **CARIOTA FERRARA**, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1999, p. 619
- **GIROLAMI**, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*
- **GIACOBBE**, *Frode alla legge*, Milano, 1980, p. 73
- **SANTORO PASSARELLI**, *Dottrine*, cit., p. 187 e ss.
- **DIENER**, *Il contratto in generale*, cit., p. 756
- **GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 988
- **A. DI MAJO**, *La nullità*, pag. 41
- **R. SACCO**, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, (a cura di) R. SACCO – G. DE NOVA, Utet, pag. 485

Conclusioni

Ovviamente, il tema della Nullità è un argomento già molto approfondito, sia in dottrina sia in giurisprudenza, però, mi auguro che la lettura del superiore scritto possa risultare scorrevole e suscitare qualche spunto di riflessione al riguardo.

Sono consapevole che l'elaborato non si è soffermato in maniera particolarmente approfondita sui vari aspetti affrontati, ma, ritengo, abbia individuato quelle che sono le caratteristiche, le cause e gli effetti che tutti i giorni colpiscono gli atti di contraente, avvocato o notaio nell'ambito della specifica disciplina giuslavoristica .

In conclusione, non posso non citare il pensiero di uno fra i più valenti giuristi italiani il quale, parlando di nullità ha affermato che :

“ È nostro assunto che la nullità vada prospettata come uno strumento di controllo normativo, utilizzato insieme ad altri, per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema [...] Il significato giuridico della nullità deve dunque ricavarsi dalla funzione complessiva svolta dall'ordinamento in sede di realizzazione dei valori fondamentali di uguaglianza e di solidarietà ai quali deve pure ispirarsi la teoria del negozio ”.

TOMMASINI, *Nullità* (dir.priv.), in Enc. Diritto, vol. XXVIII, Milano, 1978, pp.