

Numero 1 / 2018
(estratto)

Francesco Camilletti

**Invalidità civilistica, invalidità
giuslavoristica e nullità di protezione**

Invalidità civilistica, invalidità giuslavoristica e nullità di protezione

Francesco Camilletti

Professore Aggregato di Diritto Privato, università di Milano

Abstract

Il presente contributo si propone di analizzare la categoria generale dell'invalidità contrattuale, attraverso un'indagine, condotta alla luce dei prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, della disciplina codicistica stabilita in via generale per il contratto, in cui vengono evidenziate le differenti *ratio legis* sottostanti alle due *species* costituite dalla nullità e dall'annullabilità. Successivamente si vedrà come la normativa giuslavoristica interviene sui predetti regimi, creando una fattispecie di invalidità *ad hoc*, contenuta nell'art. 2113 cod. civ., e un ulteriore regime derogatorio, attraverso la c.d. "prestazione di fatto" descritta dall'art. 2126 cod. civ.

All'uopo vengono evidenziate le ragioni che hanno indotto il legislatore a creare delle fattispecie di invalidità, c.d. "protezionistiche", poste in deroga alla normativa generale, tendenzialmente connesse al principio del *favor laboratoris* e alla necessità di riportare in equilibrio il rapporto contrattuale, come avviene, con mezzi differenti ma con la medesima finalità, per i contratti del consumatore e quelli propri del settore bancario, ove, in ragione delle c.d. "asimmetrie informative", si è ritenuta necessaria la tutela del c.d. contraente debole.

This report analyzes the general category of the contractual invalidity, by survey of the prevailing doctrinal and jurisprudential guidelines related to the general contract regulations provided by the Italian Civil Code. This regulation underlines the different *ratio legis* behind the two types of contractual invalidity, which are nullity and voidability.

In a second stage we will see how labor law intervenes on the aforementioned regimes, by creating a particular case of contractual invalidity, regulated by the art. 2113 of the Italian Civil Code and a further derogation scheme, that is known as "factual performance" described in the art. 2126 of the Italian Civil Code.

For that purpose, this report also emphasizes the reason why the Legislator has created exceptions to the general regulation (so-called "protective nullity"), which is connected to the *favor laboratoris* principle and the need to bring the contractual relationship back into balance. The same applies, by different meaning but with the same purpose, for the consumer and bank contracts, where protection of the weaker party is deemed necessary, because of the so-called information asymmetries

1. Cenni generali sulla fattispecie civilistica dell'invalidità. Nullità, annullabilità e analisi delle rispettive *ratio legis*. L'inefficacia come conseguenza dell'invalidità e le tecniche rimediali approntate dall'ordinamento:

Nell'ambito giuslavoristico, in virtù delle sue peculiarità anche sociali, la disciplina del contratto è connotata, sia da un punto di vista formale sia sostanziale, da notevoli divergenze rispetto a quella cosiddetta "di diritto comune" di cui agli artt. 1321 ss. cod. civ., tanto da indurre parte della dottrina (in tempi meno recenti) a sostenere la c.d. tesi "acontrattualistica"¹ del rapporto di lavoro, secondo cui il fondamento dello stesso non è da rinvenire in un vero e proprio contratto in senso formale, ma in un rapporto giuridico di fatto che si instaura con l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione d'impresa; e ciò è tanto vero che i reciproci diritti e obblighi trovano la loro disciplina in norme di legge imperative, che si pongono al di fuori del contratto e che limitano in modo sostanziale e significativo il principio di

¹ Per un'analisi della teoria acontrattualistica del rapporto di lavoro si veda M. Roccella, *Manuale di Diritto del Lavoro*, Torino, 2013, p. 129 ss.

autonomia di cui all'art. 1322 cod. civ.

Esemplificativa, in tal senso, sarebbe la definizione dell'art. 2094 cod. civ., secondo cui viene definito lavoratore subordinato chi “*si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa*”. È di tutta evidenza la similitudine con altri istituti che, pur disciplinando rapporti *inter partes* fonti di reciproci diritti e doveri, e quindi fonte di obbligazioni *ex art.* 1173 cod. civ., sono da alcuni ritenuti rapporti acontrattuali; in proposito si richiama l'art. 1774 cod. civ., secondo cui “*E' mediatore colui*” E l'art. 1936 cod. civ. secondo cui “*E' fideiussore colui....*”.

Ed in tutti questi casi, partendo dalla definizione codicistica, si è ritenuto che la fonte idonea a instaurare il rapporto giuridico non sia da rinvenire in quella contrattuale, così come coerenziata nell'art. 1321 cod. civ.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza², di contro, hanno però ritenuto che la fonte istitutiva del rapporto di lavoro vada invece rinvenuta in un vero e proprio contratto in senso formale, definito come “benché connotato da divergenze significative rispetto al contratto di diritto comune, sia per i particolari profili giuridici che il legislatore è stato chiamato a disciplinare, sia per la necessità sociale di apprestare tutela al c.d. “contraente debole”.

Scopo del presente lavoro è quello di, in considerazione delle sopra accennate peculiarità del contratto di lavoro, evidenziare le differenze che connotano l'importante categoria dell'invalidità in ambito strettamente civilistico rispetto a quello giuslavoristico.

Come è noto, la nozione di “invalidità” contenuta nel Codice Civile non gode di un'univoca circoscrizione semantica; la dottrina ha da anni raggiunto la posizione secondo cui tale fattispecie configurerebbe un *genus*, le cui *species* principali sono costituite dalla nullità e dall'annullabilità, mentre più dubbia è la riconduzione in tale nozione del vizio genetico di matrice giurisprudenziale rappresentato dall'inesistenza del negozio giuridico posto in essere dai

² Sulla qualificazione del rapporto di lavoro come rapporto contrattuale, con peculiarità proprie, si veda: Trib. Teramo, 16.10.2015, n. 405, in *DeJure*; si veda anche Trib. Milano, 18.07.2014, n. 1710, che espressamente qualifica il rapporto di lavoro subordinato come “contratto”.

contraenti.³

Appare non trascurabile, ai fini di una compiuta analisi della categoria dell'invalidità, e per meglio comprenderne l'incidenza sulla normativa giuslavoristica e su quella "protezionistica" *tout court* (informata da finalità protettive ben diverse da quelle, caratterizzate da posizioni di maggiore equilibrio *inter partes*, che regolano il contratto generale *ex artt.* 1321 – 1469 cod. civ.) evidenziare sinteticamente la diversa *ratio legis* dei due vizi genetici costituenti le due sopra richiamate sub fattispecie dell'invalidità.

La nullità generale dei contratti, disciplinata dagli artt. 1418 ss. cod. civ., infatti, tende a riguardare sempre il negozio come regola, sanzionando negozi illeciti⁴ o immorali⁵, o mancanti degli elementi essenziali inderogabilmente fissati dall'art. 1325 cod. civ. (ovvero delle caratteristiche che le norme successive impongono a detti elementi, a pena di nullità⁶), che rappresentano i tratti costitutivi del negozio, o almeno, del negozio giuridico secondo la *mens legislatoris* vigente ai tempi della redazione del Codice Civile.

Conseguentemente, la sanzione della nullità si appunta sul profilo oggettivo del contratto, inteso da una parte come il suo contenuto intrinseco e dall'altra come la sua funzione oggettivizzata (o, più semplicemente, causa in concreto);

³ In proposito, di particolare interesse appare la motivazione di Cass. 10.04.1973, n. 10016, in *Giust. Civ.*, 74, I, p. 346, ove si legge: mentre la nullità e l'annullabilità sarebbero entrambe iscrivibili nel genus della invalidità, e presupporrebbero dunque una riconoscibilità giuridica della fattispecie concreta, e cioè la riconducibilità di esse a una fattispecie legale, rispetto alla quale si presenta lo scarto della mancanza (in ipotesi di nullità) o della irregolarità – vizio (annullabilità) di uno degli elementi essenziali, l'inesistenza sarebbe predicata dalla non riconducibilità dell'atto, in ragione della sua anomalia, alla fattispecie legale data, sicché ne verrebbe meno la identificabilità in questa.

⁴ Ad esempio, e come meglio si vedrà *infra*, si veda la previsione contenuta nell'art. 1354 cod. civ., secondo cui "E' nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume": da tale disposizione si vede "in controluce" la *mens legislatoris*, il quale, non volendo far dipendere l'efficacia di un contratto da un atto illecito, e sanzionando tale ipotesi con il più grave dei vizi costituenti l'invalidità, dimostra come il distacco dalla "regola" astratta in una pattuizione concreta rappresenta il reale *trait d'union* dell'istituto della nullità.

⁵ Tenendo sempre conto della fluidità e della mutevolezza nel tempo della concezione del "buon costume", suscettibile di evolversi coerentemente con lo sviluppo della sensibilità sociale nelle varie epoche storiche, e che comunque rappresenta una – sia pur contenutisticamente "volatile" ulteriore conferma della tesi che vuole la nullità come sanzione a presidio della aderenza della singola pattuizione alla regola generale.

⁶ Si prendano gli esempi di causa illecita *ex art.* 1343 cod. civ., o di oggetto illecito, impossibile, indeterminato o indeterminabile *ex art.* 1346 cod. civ., o ancora, di contratto privo di forma scritta in contrasto a quanto prescritto dall'art. 1350 cod. civ.

e ciò è tanto vero che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, proprio riguardo all'applicazione della normativa protezionistica in materia bancaria e finanziaria, che non tutte le violazioni di norme imperative determinano la nullità del contratto, ma solo quelle che attengono all'intrinseco del contratto stesso.

La giurisprudenza ha così sostenuto che dalla violazione delle norme imperative poste a presidio del diritto all'informazione del risparmiatore e dell'investitore non consegue la nullità del contratto, proprio perché le stesse non "entrano" a far parte del contenuto del negozio⁷; per cui, in capo all'operatore qualificato, è configurabile un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione delle regole di condotta anteriormente alla conclusione del contratto stesso, essendosi in proposito chiarito che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 cod. civ. non è circoscritto esclusivamente alla fattispecie dell'ingiustificato recesso dalle trattative, ma costituisce una clausola generale che obbliga i contraenti a condurre le trattative in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti, e che obbliga ciascuna parte a comunicare all'altra ogni dato rilevante ai fini della conclusione del contratto.⁸

A conferma della gravità del vizio in esame, vale la pena ricordare che l'azione di nullità, in deroga al principio generale secondo cui l'inerzia del titolare di un diritto prolungata nel tempo ne determina l'estinzione, non è soggetta al normale decorso della prescrizione, essendo infatti la stessa imprescrittibile *ex*

⁷ Sul punto si veda Cass. Civ., 29.09.2005, n. 19024, ove testualmente si legge: "*La contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c. quale causa di nullità del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè, la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e si intende, allora, che la loro eventuale illegittimità quale che sia la natura delle norme violate non può dar luogo alla nullità del contratto; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore*"

⁸ Si veda Cass. Civ., 29.09.2005, *cit.* Si veda anche Trib. Bologna, 07.04.2006, la cui massima recita: "*La nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ex art. 1418 comma 1 c.c. postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura e al contenuto del contratto, e quindi la illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero durante la sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, e questo indipendentemente dalla natura delle norme con cui questa sia in contrasto, mentre la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto comporta il risarcimento del danno, che deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede*".

art. 1422 cod. civ.; e la ragione dell'imprescrittibilità riposa anch'essa sulla gravità dei vizi che rendono nullo il contratto nei cui confronti l'ordinamento ritiene di reagire senza limiti di tempo.

Tale principio va ovviamente coniugato con l'ulteriore interesse, altrettanto meritevole di tutela giuridica, di salvaguardare l'acquisto a titolo originario della proprietà e di rendere certi i traffici giuridici mediante la loro cristallizzazione, per cui, provvidamente, il Legislatore al già richiamato art. 1422 cod. civ., ha previsto che, nonostante l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, sono fatti salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione dell'azione di indebito oggettivo.

Inoltre, la legittimazione all'esercizio dell'azione di nullità spetta a tutti i contraenti, ivi compreso quello che vi ha dato causa, e può esser rilevata dai terzi purché vi abbiano un interesse concreto ed attuale⁹ e, ancora in deroga al principio generale della domanda che governa il processo civile, può essere rilevata d'ufficio anche dal giudice, purché i profili che rendono nullo il contratto emergano dai documenti e dagli atti di causa¹⁰.

⁹ Si veda la risalente sentenza della Cassazione Civile, 2/11/1978, n. 4973, in *DeJure*, secondo cui: "L'azione di nullità - quale azione di accertamento volta a fare acclarare che l'attività negoziale posta in essere è, come tale, giuridicamente irrilevante e del tutto inidonea a modificare la situazione giuridica preesistente - è un'azione generale, per cui la relativa legittimazione ad agire è riconosciuta dall'ordinamento non soltanto ai soggetti che hanno posto in essere il negozio giuridico nullo, ma anche a quei terzi che, ricevendo un pregiudizio giuridicamente apprezzabile dalla permanenza dell'incertezza sull'inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti tipici, abbiano interesse a rimuovere, mediante la pronuncia dichiarativa del giudice, l'anzidetta situazione di incertezza, la quale si ripercuote negativamente sulla loro sfera giuridica."

¹⁰ Così Corte Appello Milano, 10/2/2004; "Lo spirare dei termini previsti dall'art. 183 c.p.c. pongono un "barrage" procedurale insuperabile al fine della definizione del "thema decidendum", per cui deve ritenersi inammissibile sia la "mutatio" della "causa petendi", di per sé vietata, sia l'"emendatio" della stessa, in quanto tardiva. Peraltro ove si denunci un vizio di nullità, non per questo ne deriva "sic et simpliciter" la sua rilevabilità "ex officio". In proposito deve evidenziarsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, anche la nullità della delibera di un ente collettivo (se ne è fatta in specie più frequente applicazione quanto alle delibere condominiali) può essere rilevata d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, anche indipendentemente da un'eccezione del convenuto, in applicazione estensiva dell'art. 1421 c.c. in tema di contratto; ma si è anche specificato che tale principio deve pur sempre essere coordinato con le regole del processo e, segnatamente, con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 99 e 112 c.p.c.). Sicché, se nel giudizio si chiede l'applicazione e l'esecuzione di un negozio nullo, il giudice cui spetta verificare d'ufficio la fondatezza della domanda, ove la nullità risulti dagli atti, deve rilevarla d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, anche indipendentemente da un'eccezione del convenuto. Ma, all'infuori di questa ipotesi, il congegno del processo, basato sul principio dispositivo, esclude che il giudice dinanzi al quale il negozio sia impugnato, ne possa di sua iniziativa dichiarare la nullità, ove tale accertamento presupponga l'esercizio di un'azione diversa da quella in effetti proposta."

Tale estensione della legittimazione trova la sua *ratio legis* nella necessità di tutelare anche i terzi, poiché un contratto nullo, violando, per esempio, principi di ordine pubblico, posti a tutela non solo dei contraenti ma della collettività *in toto*, potrebbe pregiudicare la posizione soggettiva di coloro che, non essendo parti del contratto, non avrebbero altrimenti un'adeguata azione volta a colpire e rimuovere gli effetti dello stesso, in mancanza di un'espressa legittimazione, disposta invece dall'art. 1421 cod. civ.; è quindi evidente che la nullità c.d. assoluta svolge una funzione di tutela a tutto tondo, a prescindere dalla posizione soggettiva e dallo *status* del soggetto cui il contratto invalido arreca nocimento.

Conseguentemente, in base a una moderna concezione del contratto, cui, in applicazione dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. è stata attribuita anche una funzione *latu sensu* sociale, si può affermare che la nullità costituisce lo strumento attraverso cui l'ordinamento svolge un'attività di controllo normativo utile ad escludere dalla tutela giuridica quegli interessi perseguiti dalle parti che si pongono in contrasto con i valori fondamentali del sistema.

Di talché, una volta superata la concezione individualistica del contratto, con ciò ridimensionandosi il ruolo dell'autonomia privata *ex art.* 1322 cod. civ., la nullità si erge a “gendarme” dell'autonomia privata stessa, costituendo lo strumento attraverso cui selezionare la meritevolezza degli interessi delle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, al punto che l'ordinamento, ove quel riscontro sia negativo, non assegna ad essi alcuna tutela, ed anzi, assoggetta il “voluto” delle parti alla sanzione della nullità.

Le vicende patologiche inerenti, invece, le condizioni soggettive di uno dei contraenti vengono inquadrare sotto il profilo del vizio genetico dell'annullabilità, il quale, conseguentemente, può essere fatto valere solo dal soggetto nel cui interesse l'annullabilità stessa è posta.

Dalla appena esposta riflessione emerge l'idea, confortata dalla dottrina¹¹, che il vizio della nullità sia posto, in linea tendenziale, a presidio dei principi e dei

¹¹ Così G.B. Ferri, *Introduzione alla Invalidità*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di M. Bessone, Torino 2002, pp. 9 ss.

valori che informano l'ordinamento giuridico statale, laddove invece l'annullabilità si configura quale rimedio agli squilibri che si siano determinati tra gli interessi dei privati venuti a regolarsi attraverso la stipulazione del negozio giuridico, come si evince dall'analisi delle tre principali casistiche da cui discende il predetto vizio: conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato; incapacità (sia essa legale o naturale); vizi del consenso.

Se si accetta questa accezione, è possibile affermare che la tutela costituita dal rimedio dell'annullabilità risulta maggiormente conferente all'ambito giusprivatistico, i cui lineamenti fondamentali si sostanziano, come è noto, nell'autonomia delle parti, ossia nella libera determinazione delle condizioni economiche e giuridiche che identificano il punto di equilibrio per la conclusione del contratto, nonché nella sostanziale condizione di parità delle parti¹².

La premessa secondo cui l'annullabilità sarebbe la conseguenza della violazione di regole (attinenti, come detto, allo *status* soggettivo dei paciscenti) che, pur connotandosi come importanti per il vivere civile della collettività dei consociati, si indirizzano esclusivamente alla tutela di una delle parti, così svolgendo una funzione circoscritta alla tutela dei contraenti, laddove invece la nullità è posta a tutela di interessi generali cui l'ordinamento accorda massima preminenza (al punto da trascendere le parti contrattuali) è, del resto, evidente analizzando il differente regime in termini di efficacia (ossia: di produzione di effetti contrattuali) dei contratti affetti dai predetti vizi.

Infatti, il contratto nullo risulta improduttivo di effetti *ab origine*, come icasticamente individuato dall'antico adagio latino secondo cui: "*Quod nullum est, nullum producit effectum*"; il contratto annullabile, invece, è interinalmente efficace, ossia produce effetti fino al momento in cui sopravvenga l'eventuale sentenza costitutiva di annullamento, conseguente all'azione della parte titolare dell'interesse all'esperimento alla stessa, avente efficacia *ex nunc*.

¹² A ciò fa eccezione, in ambito civilistico e tralasciando, in considerazione delle sue particolarità, l'ambito giuslavoristico, la particolare disciplina posta a tutela del consumatore: proprio alla luce del fisiologico squilibrio intercorrente *inter partes*, sia dal punto di vista della sperequazione nella disponibilità economica, sia a livello di *know how*, il legislatore ha ritenuto di creare una disciplina *ad hoc* teleologicamente indirizzata a ricostituire la situazione di equilibrio contrattuale.

Annulabilità e nullità rappresentano allora due differenti *species* del *genus* “invalidità”, e l’efficacia del contratto invalido rappresenterà la “cartina da tornasole”, la misura della gravità del vizio invalidante del contratto distaccatosi dal modello astratto designato a priori dal legislatore; la dichiarazione di nullità, ovvero il vittorioso esperimento dell’azione di annullamento costituiscono allora il momento di giudizio in ordine alla validità dell’atto, e alla sua conformità al modello astratto.¹³

Si comprende allora come esista un forte nesso funzionale tra inefficacia (definita dalla dottrina come “*qualità che il contratto presenta in quanto non produttivo degli effetti che normalmente dovrebbe produrre*”¹⁴) e invalidità: quest’ultima, infatti, ha quale conseguenza l’inefficacia del contratto, poiché è solo attraverso l’inefficacia che l’invalidità può assolvere alla funzione rimediale che le è propria.

E tuttavia, l’inefficacia non attiene solamente ai contratti invalidi, essendo ben ipotizzabili fattispecie di contratti perfettamente validi eppure inefficaci (si pensi ai contratti sottoposti agli elementi c.d. accessori o accidentali: ad esempio, un contratto sottoposto a condizione sospensiva, in cui l’evento condizionante non si è ancora verificato; oppure un contratto di cui non sia ancora scaduto il termine iniziale): sarà allora opportuno distinguere tra un’inefficacia in senso ampio, che abbraccia tutte le fattispecie possibili, e un’inefficacia *strictu sensu*, circoscritta alle ipotesi di contratto invalido; o, se vogliamo, tra quelle che la dottrina ha definito inefficacia rimediale e non rimediale.¹⁵ In sintesi, e facendo cartesianamente riferimento alla categoria matematica dell’insiemistica, si può affermare che ogni contratto invalido è inefficace (con il limite per quel che attiene all’annulabilità della provvisorietà dei suoi effetti), mentre non ogni contratto inefficace è anche invalido.

Peraltro, al di là della differente imputazione temporale in termini di inefficacia rimediale corrispondente alle diverse fattispecie dell’invalidità, ben diverso è anche il regime delle tecniche di conservazione del contratto invalido: uno dei

¹³ A. Fedele, *La Invalidità del Negozio Giuridico di Diritto Privato*, Torino, 1943, p. 325 s.s.

¹⁴ V. Roppo, *Il Contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2001, p. 735

¹⁵ V. Roppo, *op. cit.*, pp. 736 ss.

principi fondamentali in ambito giusprivatistico è, infatti, quello della conservazione del negozio giuridico, in ragione del quale il legislatore (e conseguentemente il giudice) cerca sempre di mantenere gli effetti del contratto invece di caducarli: ciò in quanto il negozio giuridico rappresenta il principale strumento di circolazione di beni, e, in senso più ampio, delle ricchezze nella società.

Tale principio, cristallizzato in sede interpretativa all'art. 1367 cod. civ.¹⁶, rientra tra le norme qualificate dalla dottrina come regole di interpretazione oggettiva, costituendo un canone ermeneutico avente valenza assoluta e generale, che può e deve estendersi al di là dell'atto negoziale.¹⁷

Su tale orientamento si è allineata anche la giurisprudenza maggioritaria, dovendosi considerare ormai anacronistiche le posizioni giurisprudenziali che attribuivano un valore meramente residuale a detto principio.¹⁸

La medesima *ratio*, teleologicamente indirizzata a fare quanto più possibile salva la produzione degli effetti contrattuali anche quando vi sia un vizio non emendabile, è ravvisabile nelle norme inerenti alla presenza di contratti plurilaterali o con comunione di scopo che abbiano i crismi dell'invalidità (nelle due diverse declinazioni codicistiche che la compongono): così, l'art. 1420 cod. civ. statuisce che la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non è causativa della nullità dell'intero contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, ritenersi essenziale.

Naturalmente, il precetto espresso nell'art. 1420 cod. civ. deve ritenersi applicabile solo qualora il contenuto del negozio sia concettualmente frazionabile in tante parti quante sono i contraenti, in guisa che sia possibile prescindere dalla partecipazione di uno di essi (ad esempio, in caso di un classico contratto di società *ex art.* 2247 cod. civ., il vizio che dovesse affliggere

¹⁶ In realtà detto principio era già stato codificato nel precedente Codice Civile del 1865, all'art. 1132. Per un'analisi storica si veda P. Gallo, *Il Contratto*, Giappichelli, 2017, p. 554

¹⁷ F. Sangermano, *L'Interpretazione del Contratto: Profili Dottrinali e Giurisprudenziali*, Giuffrè, 2007, p. 179

¹⁸ Si veda a questo proposito l'ormai risalente pronuncia della Cass. Civ., 06.02.1962, che così argomenta: "*Il principio della conservazione del contratto (art. 1367 c.c.) è un mero criterio di ermeneutica e rappresenta anzi un criterio interpretativo sussidiario, che è utilizzabile quando il senso del contratto sia rimasto oscuro ed ambiguo e permangano dubbi che non sia stato possibile dissipare conducendo l'indagine interpretativa*"

la partecipazione del socio di maggioranza, ovvero del socio che conferisse il brevetto sul quale ipoteticamente venisse edificata l'attività d'impresa collettivamente svolta, la nullità, ove non sanata mediante conversione in un contratto regolare secondo i requisiti di forma e sostanza prescritti dalla legge, importerebbe senz'altro il travolgimento dell'intero negozio giuridico), nel caso in cui questa non sia regolare.

Parimenti, l'art. 1446 cod. civ. prevede che, nei contratti plurilaterali, l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa l'annullamento dell'intero contratto, salvo che la partecipazione di questa abbia, di nuovo, i crismi dell'essenzialità.

La differente gradazione di gravità intercorrente tra le sottocategorie che compongono l'invalidità trova corrispondenza in diverse tecniche individuate dal legislatore e finalizzate a mantenere in essere gli effetti negoziali programmati dalle parti.

Infatti, come la migliore dottrina ha rilevato¹⁹, si assiste a un conflitto tra protezione dell'autonomia contrattuale e esigenze di sicurezza della circolazione dei beni: conflitto che viene diversamente risolto, atteso che la legge sacrifica le seconde e protegge le prime in caso di contratto nullo, mentre esprime un'opposta valutazione relativamente al contratto annullabile.

Ad ogni modo, quale che sia il vizio che rende invalido il contratto, il legislatore ha predisposto una serie di strategie rimediali finalizzate a preservarne, o, in taluni casi, a costituirne *ex novo* la validità, ed è in relazione agli strumenti di conservazione del contratto c.d. oggettivi che emerge in modo inequivoco la funzione di eterotutela della nullità rispetto a quella di endotutela dell'annullabilità; bastando all'uopo considerare che, mentre il contratto nullo è per espresso divieto di legge non convalidabile, quello annullabile può essere, al contrario, convalidato mediante l'implicita rinuncia all'esercizio dell'azione di annullamento da parte del soggetto legittimato ad esperirla (art. 1444 cod. civ.).

L'ordinamento civilistico conosce, come è noto, due rimedi per quel che

¹⁹ F. Galgano, *Il Diritto Civile in 27 Lezioni*, Giuffrè, 2007, p. 210

attiene ai vizi inerenti al contratto nullo: la nullità parziale e la conversione del contratto nullo.

Il primo rimedio, disciplinato dall'art. 1419 cod. civ., prevede che la nullità di una singola clausola contrattuale comporti la nullità dell'intero negozio solamente se, in seguito alla formulazione di un giudizio di essenzialità svolto intorno alla clausola affetta dal vizio, risulti che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in assenza della clausola incriminata.

Innanzitutto appare opportuno circoscrivere semanticamente, in senso giuridico, la nozione di "clausola": essa si identifica, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità²⁰, in un unitario elemento precettivo del contratto, suscettibile di articolarsi anche in una pluralità di disposizioni, purché concettualmente vincolate; sulla base di tali riflessioni si può individuare la clausola come un "atomo" del contratto, ossia un elemento irriducibile, insuscettibile di ulteriore scomposizione.

Nell'ordinamento italiano la previsione inerente alla nullità parziale costituisce una regola; pertanto, l'estensione della nullità della singola clausola all'intero regolamento contrattuale rappresenta un'eccezione, che, secondo quanto ricostruito dalla Corte di Cassazione in una pronuncia relativamente recente, deve essere provata dalla parte interessata²¹.

²⁰ Così Cass. Civ., 26.06.1987, n. 5675, che esprime la seguente, tuttora attuale, massima di diritto in sede di definizione del concetto di clausola utile ai fini della nullità parziale: "*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 un'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 colpita da nullità.*"

Più risalente, ma concettualmente sovrapponibile e tuttora attuale, anche Cass. Civ., 11.04.1979, n. 2123, secondo cui: "*Ai fini dell'applicazione dell'art. 1419 comma 2 c.c., sulla sostituzione di diritto delle clausole contrattuali nulle per effetto di norme imperative, il termine "clausola" va intesa come parte elementare del contratto, e cioè come elemento irriducibile del medesimo, anche quando essa consti di più disposizioni le quali costituiscano il precetto unitario che disciplina un'obbligazione contrattuale, principale o accessoria, nel suo insieme.*"

²¹ Di seguito la massima, un po' apodittica ma comunque giuridicamente e logicamente coerente, espressa da Cass. Civ., 21.05.2007, n. 11673: "*In materia di contratti, agli effetti*

L'indagine finalizzata a ricostruire l'essenzialità del contenuto della clausola rispetto all'intero disegno negoziale deve naturalmente seguire criteri di carattere oggettivo, avendo quale bussola l'utilità del regolamento contrattuale, che dovrà essere dichiarato nullo nelle ipotesi in cui gli interessi perseguiti dallo stesso non possano essere soddisfatti per effetto della clausola viziata, ovvero nelle ipotesi in cui vi sia un palese nesso di interdipendenza tra la clausola viziata e le altre clausole che costituiscono il corpo del contratto, secondo un'interpretazione giurisprudenziale coerente con il dettato normativo di cui all'art. 1419 cod. civ., nonché ai principi generali che informano il settore giusprivatistico²², ed in particolare, secondo il principio ermeneutico di cui all'art. 1363 cod. civ., secondo cui le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, con la conseguenza che per ricostruire l'essenzialità della clausola il Giudice non deve tener conto soltanto della clausola in ipotesi nulla, ma anche dell'intero complesso delle pattuizioni per trarne la *ratio* in ordine all'essenzialità della stessa.

Il secondo comma dell'art. 1419 cod. civ. stabilisce poi che “*La nullità delle singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*”: è quanto avviene, a titolo esemplificativo e scolastico, nell'ipotesi di un corrispettivo contrattuale pattuito tra datore di lavoro e lavoratore subordinato che sia inferiore agli importi minimi (cosiddetta paga base o minimo tabellare) stabiliti in sede di Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro: in tal caso, la clausola inerente il *quantum* della retribuzione (e quindi, secondo un profilo strettamente civilistico, l'oggetto del contratto) verrà automaticamente sostituita dalla previsione contenuta nella

dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall'attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata.”

²² Si veda, *ex multis*, Cass. Civ., 01.03.1995, n. 2340, che esprime le seguenti massime di diritto: “*La nullità di una clausola, di un contratto invalida l'intero negozio, senza che possa operare la conservazione del contratto, allorché la nullità si riferisce ad un elemento essenziale di esso ovvero si trovi in correlazione inscindibile con il rimanente regolamento di interessi, perché ne costituisce un presupposto essenziale.*”; “*In caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti.*”

fonte collettiva²³.

Ciò in quanto i minimi retributivi stabiliti dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, danno attuazione alla norma programmatica contenuta nell'art. 36 Cost.²⁴, secondo cui la retribuzione deve essere proporzionale alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, e deve in ogni caso essere sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa. Mancando nell'ordinamento italiano una legge sul salario minimo (a dispetto dei periodici impegni dei partiti politici a predisporre una nuova, per tacere dei ripetuti tentativi effettuati nel XX secolo dal Legislatore post – codicistico, senza apprezzabili risultati ulteriori alla transitoria efficacia di un Decreto Legge successivamente non convertito²⁵), al di là delle difficoltà inevitabili

²³ Così Cass. Civ., 01.02.2006, n. 2245, che sul punto così si esprime: “*la stregua dell'art. 36, comma 1, cost. il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Di conseguenza, ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a questa soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, espresso nell'art. 1419, comma 2, c.c., il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36, con valutazione discrezionale. Ove, però, la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il giudice è tenuto ad usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali. (Principio affermato dalla S.C. con riferimento al compenso per lavoro straordinario diurno e notturno previsto dal c.c.n.l. dei lavoratori delle aziende municipalizzate di igiene urbana).*”

²⁴ Per una pronuncia recente, confermativa di un orientamento storicamente consolidato, si veda Trib. Roma, 30.05.2017, n. 5146, che esprime la seguente massima di diritto, sintetica e coincisa: “*In tema di lavoro subordinato e retribuzione, la norma di cui all'art. 36 Cost. è norma che tutela il diritto del lavoratore ad un trattamento retributivo complessivo equo e sufficiente piuttosto che il diritto a specifici e determinati emolumenti retributivi. Nella concreta applicazione viene di norma presunto proporzionato e sufficiente il trattamento economico-normativo previsto dal CCNL di categoria, in quanto contrattato fra le parti sociali.*”

In dottrina, si richiama quanto ricordato da P. Passalacqua, *Lavoro Coordinato e Azione Sindacale nel Raffronto tra Pubblico e Privato*, in *Lavoro nella P.A.*, Fasc. V/2008, p. 795 ss., in cui si legge, con anche menzione all'applicabilità di tale principio relativamente all'ancora esistente fattispecie del lavoro a progetto: “*Ed invero, la giurisprudenza che dà applicazione all'art. 36 Cost. legge i due parametri in realtà come compresenti nel cd. “minimo costituzionale”, rappresentato dalla paga base più indennità di contingenza, inteso quale retribuzione proporzionata e sufficiente, a cui il giudice normalmente si attiene, dovendo espressamente motivare solo in caso di valutazione e applicazione di altri istituti contrattuali, laddove ritenuti essenziali ed imprescindibili ai fini dell'applicazione della norma costituzionale. Per tale via si giunge dunque all'applicazione dei principi dell'art. 36 Cost. anche in favore dei collaboratori a progetto, che però, per quanto già osservato, si rivela pur sempre una possibilità e non un obbligo per il giudice.*”

²⁵ Il riferimento va alla c.d. “Legge Vigorelli”, n. 741/59, che si proponeva di determinare in via giudiziale la retribuzione sufficiente stabilita dall'art. 36 Cost.

Va peraltro rilevato che la legge n. 183/2010 fra i principi e criteri direttivi della delega, successivamente scaduta, aveva previsto “*introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del*

delle modalità attuative²⁶, al fine di rispettare il già citato dettato costituzionale, la giurisprudenza ha ricondotto il principio di “sufficienza” della retribuzione, nel concreto, ai minimi contrattuali previsti dalle fonti collettive, sanzionando con la nullità le clausole difformi peggiorative delle condizioni dei lavoratori subordinati, e con l’automatica sostituzione della relativa clausola e con la conservazione del contratto individuale di lavoro in tutte le rimanenti parti.

Lo stesso fenomeno si verifica con l’istituto del patto di non concorrenza disciplinato dall’art. 2125 cod. civ., che fissa, quale limite di durata, tre anni per i normali lavoratori subordinati e cinque anni per i dirigenti, in ragione della maggior delicatezza delle mansioni ricoperte da quest’ultima categoria di soggetti: qualora il patto concretamente stipulato *inter partes* dovesse eccedere i limiti legislativamente imposti, la previsione verrà *ipso iure* ridimensionata, nell’ottica della tutela della parte debole del rapporto di lavoro, alla durata massima prevista dalla norma, ancora una volta con conservazione del titolo giuslavoristico.

Al concetto di “nullità”, riconnessa alla conservazione del contratto di lavoro subordinato, la legge ha, da ultimo, fatto riferimento anche nel D. Lgs. n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*)²⁷, circoscrivendo al suo art. 2 la nullità del licenziamento alle ipotesi in cui sia discriminatorio o intimato in forma orale,

compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

L’introduzione di detto istituto si configura, in definitiva, come una vera e propria “Tela di Penelope” nell’ordinamento italiano.

²⁶ Evidenziate nel seguente contributo, meritevole di lettura diffusa: M. Delfino, *Legge e Contrattazione Collettiva sui Minimi Salariali nel Prisma dei Principi Costituzionali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Fasc. II/2016, p. 335, che sottolinea: “*Nel caso in cui si decidesse di intervenire comunque in via eteronoma, la questione inevitabilmente si sposterebbe sul dilemma se introdurre una previsione specifica sul salario minimo oppure una normativa generale in tema di rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva, che ovviamente non potrebbe prescindere da quanto stabilito dall’articolo 39 Cost. In entrambi i casi, gli attori sociali non dovrebbero essere estromessi dalla determinazione dei minimi salariali, altrimenti si correrebbe il rischio di mettere ulteriormente in crisi la contrattazione collettiva e di minare alle fondamenta la libertà sindacale garantita dalla Costituzione. Qualora si scegliesse la prima opzione (la legislazione specifica), sarebbe importante mettere al centro della discussione la questione del campo di applicazione della normativa, in quanto, come si cercherà di dimostrare, a prescindere dalla lettera delle norme, sarebbe difficile escludere l’area del lavoro subordinato.*”

²⁷ Per un’analisi sulle recenti innovazioni apportate nelle riforme giuslavoristiche, si veda P. Martello e R. Cosio, *Casi e Questioni di Diritto Civile*, Milano, 2017.

prevedendo in queste due fattispecie, il c.d. diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Se l'ipotesi di nullità prevista in caso di licenziamento orale altro non fa che ribadire i principi generali in tema di forma per cui un contratto (e quindi anche un atto unilaterale quale è il licenziamento, in virtù del richiamo di cui all'art. 1324 cod. civ.) è nullo se non riveste la forma prevista *ad substantiam* dalla legge, diversa è invece la previsione della nullità stabilita in caso di licenziamento cosiddetto discriminatorio.

In questo caso, infatti, il legislatore, prevedendo la nullità del licenziamento stesso, ha voluto introdurre una vera e propria "sanzione civilistica" al comportamento del datore di lavoro che, per ragioni non attinenti all'organizzazione d'impresa (e infatti non applicabili nelle organizzazioni di tendenza) o al comportamento del lavoratore (giustificato motivo soggettivo o giusta causa) intende "liberarsene" per ragioni attinenti alla sua sfera personale che non si riverberano in alcun modo sul rapporto di lavoro (preferenze sessuali, opinioni politiche, religiose e sindacali).

In tal caso, pertanto, la nullità si discosta dalla funzione sua tipica che è quella di colpire un vizio proprio dell'atto, incentrando la sua funzione estintiva dell'atto incriminato sul profilo soggettivo del comportamento datoriale e sanzionandolo con l'obbligo di reintegra del lavoratore, con conseguente conservazione del contratto di lavoro.

Medesimo discorso si applica, ancora ed infine (ma gli esempi potrebbero essere molti altri), alla luce di quanto disposto dalla l. 392/1978 (cosiddetta "Legge Locazioni"), in caso di durata del contratto inferiore al termine minimo statuito per legge: il contratto verrà eterointegrato dalla previsione legislativa, con conseguente rideterminazione della durata ai termini fissati dal comma 4 dell'art. 27 della sopra menzionata fonte legislativa.

Non appare trascurabile il rilievo secondo cui le due ipotesi *de quibus* sono accomunate da un'inderogabilità, che sfocia nell'eterointegrazione forzata del contenuto del contratto, indirizzata per così dire solo verso il basso (in ambito giuslavoristico si parla di nderogabilità *in peius*): in ciò si può ravvedere l'intenzione del legislatore di derogare all'assolutezza del principio

dell'autonomia contrattuale, con il vincolo teleologico di fornire una legislazione maggiormente protezionistica per la parte che, su basi empiriche ed astratte, viene individuata come quella “debole” del rapporto.

Per quel che riguarda invece la particolare natura dei vizi che rendono il contratto annullabile, dipendenti, come si è già sopra evidenziato, dalla condizione soggettiva (permanente o transeunte) di uno dei soggetti stipulanti, lo strumento di conservazione del contratto affetto da tale fattispecie affonda nella volontà della parte interessata a che il contratto continui a produrre effetti.

In tal caso è rimessa solo alla parte legittimata all'azione alla parte la valutazione sull'interesse o meno alla prosecuzione del contratto .

Per converso, l'art. 1423 cod. civ. predica come lo strumento della convalida non sia applicabile – fatte salve le ipotesi esplicitamente regolate dalla legge – al contratto nullo, per il quale le uniche tecniche di conservazione sono appunto la nullità parziale e la conversione del contratto nullo.

In proposito si sottolinea come la giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁸ abbia correttamente argomentato con *dictum* vetusto ma ancora oggi ancora attuale, che, affinché le parti possano addivenire ad un nuovo assetto degli interessi, la cui efficacia è stata paralizzata da un vizio che comportava una nullità assoluta *ab origine* del contratto, il negozio deve essere rinnovato elidendo il vizio che lo inficia, e non già semplicemente riproposto: in altre parole, il contratto nullo viene ri-stipulato *ex novo*, mentre il contratto annullabile è convalidabile *hic et nunc* nella medesima forma che presentava il vizio idoneo a giustificare, in linea di astrazione, il giudizio di disvalore attribuitogli dall'ordinamento sotto il profilo della sua annullabilità.

Detto strumento, individuato dall'art. 1444 cod. civ., prende il nome di convalida, e ha natura giuridica di dichiarazione unilaterale e recettizia attraverso cui la parte, pur conoscendo il vizio che affligge il contratto, decide

²⁸ Il riferimento va a Cass. Civ., 28.05.1979, n. 3088, che afferma: “*Affinché le parti possano addivenire a un nuovo assetto degli interessi che non potranno avere vita mediante un negozio affetto da nullità assoluta, occorre che il negozio sia rinnovato, non nel senso di riprodurlo, ma nel senso di compierlo "ex novo" per sottrarlo all'influenza della preesistente situazione antiggiuridica: questo scopo non si potrebbe conseguire, per il tassativo disposto dell'art. 1423 c.c., mediante convalida del negozio nullo nè, tanto meno, facendo riferimento "per relationem" al contenuto del negozio stesso.*”

comunque di dargli esecuzione: la convalida, pertanto, altro non costituisce che una rinuncia da parte del soggetto legittimato – che deve essere sempre successiva e mai preventiva alla conclusione del contratto, in quanto richiede imprescindibilmente la conoscenza del vizio che lo rendeva annullabile – all’esperimento dell’azione di annullamento²⁹.

Sulla natura necessariamente successiva alla stipulazione del contratto della convalida – con riferimento ai vizi della volontà, ma riferibile *per eadem ratio* anche alle altre fattispecie causative dell’annullabilità – si è consolidato un significativo orientamento di legittimità³⁰, per cui non sarebbe astrattamente configurabile una convalida preventiva e generalizzata rispetto a negozi futuri, i cui motivi di annullabilità non sono ancora fisiologicamente potuti venire ad esistenza.

La convalida, come emerge dal tenore letterale della sopra richiamata norma codicistica, può presentarsi nella duplice tipologia di convalida espressa ovvero tacita.

Appare importante sottolineare che di regola la convalida espressa non deve necessariamente rivestire la forma scritta, in considerazione del ben noto principio di libertà delle forme, adottato dal legislatore con solo la previsione derogatoria della forma *ad substantiam* nei singoli casi espressamente individuati dalla legge, per la medesima finalità cui è informato il principio della conservazione del negozio giuridico, e cioè la necessità che gli scambi economici tra i soggetti privati possano godere della massima speditezza possibile, in un’ottica efficientista più volte incoraggiata dagli studi dell’analisi economica del diritto. La convalida dovrà invece rivestire la forma scritta allorché il contratto da convalidare sia un contratto formale, per cui la legge ne

²⁹ Cass. Civ., sentenza n. 1104/1953

³⁰ Tra cui si ricorda Cass. Civ. 13.01.2004, n. 272, pronuncia peraltro espressa in tema di lodo arbitrale, la cui massima di diritto recita come segue: “*La rinuncia a far valere i vizi di volontà che affliggono un contratto non può intervenire in via anticipata e preventiva, ma presuppone, alla stregua dell’art. 1444 c.c., che il negozio viziato sia già venuto ad esistenza al momento della rinuncia, che questa sia formalizzata con autonomo atto contenente la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e che l’intenzione di convalidare l’atto da parte del rinunziante sia espressamente manifestata. Ne consegue che non è neppure astrattamente configurabile una convalida preventiva e generalizzata rispetto a negozi futuri, i cui motivi di annullabilità non sono ancora venuti ad esistenza - e quindi non possono nemmeno essere conosciuti - al momento dell’accordo*”

richieda la forma scritta a pena di nullità, per il ben noto principio secondo cui gli atti connessi a contratti formali sono anch'essi soggetti al requisito della forma.³¹

Pertanto, salvo l'eccezione appena enunciata, non è richiesta alcuna forma sacramentale all'atto di convalida con cui la parte decide di dare definitivamente efficacia al negozio annullabile, risultando sufficiente che detta dichiarazione sia idonea a rendere evidente la consapevolezza del soggetto interessato del vizio che ha affetto il contratto sin dal momento della sua formazione; parimenti, dovrà emergere in modo chiaro il raggiungimento dello scopo da parte del soggetto contraente, e cioè la prosecuzione degli effetti del negozio da lui stipulato.

La convalida tacita, invece, si configura come un comportamento concludente che dimostra come la volontà del soggetto contraente sia incompatibile con la volontà di annullare il contratto viziato³², dandovi spontaneamente esecuzione pur nella consapevolezza del vizio che ne potrebbe determinare la caducazione degli effetti.

2. L'invalidità nel diritto del lavoro: il difficile coordinamento con la disciplina contrattualistica generale e le esegesi dottrinali dell'art. 2113 cod. civ.:

La fattispecie che viene in primo esame ai fini dell'analisi del – talvolta complesso - coordinamento tra la disciplina generale dell'invalidità contrattuale e quella precipua della normativa speciale giuslavoristica è quella contenuta nell'art. 2113 del Codice Civile, che sancisce (testualmente) l'invalidità delle

³¹ In giurisprudenza si veda Cass. Civ., n. 565/195

³² Così si è pronunciato il Supremo Consesso, con sentenza del 27.03.2001, n. 4441, in *DeJure*: “L'esecuzione volontaria, che dà luogo alla convalida tacita del contratto annullabile, ai sensi dell'art 1444, comma 2, c.c., consiste in un comportamento negoziale, il quale si risolve in un'attività che, tendendo a realizzare la situazione che si sarebbe dovuta determinare per effetto del negozio annullabile, presuppone per implicito una volontà incompatibile con quella di chiedere l'annullamento. Elemento rivelatore della volontà di convalidare il contratto può essere qualsiasi comportamento attinente all'esecuzione del contratto, cioè non soltanto quello di stretto adempimento proprio del soggetto passivo di un'obbligazione nascente dal contratto stesso, ma anche quello posto in essere dalla controparte di accettazione ed adesione alla prestazione dell'obbligato.”

rinunzie e delle transazioni aventi per oggetto i diritti (naturalmente deve trattarsi di diritti disponibili) del lavoratore, salvo che la procedura transattiva venga svolta in una delle sedi tassativamente elencate dalla norma stessa; nelle conciliazioni elencate dalla norma in commento vige infatti una presunzione secondo cui la posizione del lavoratore, storicamente e socialmente soccombente rispetto a quella del datore di lavoro, sia adeguatamente protetta per effetto in funzione di garanzia del soggetto terzo, la cui presenza è di per sé sola sufficiente a superare l'opposta presunzione di condizionamento del lavoratore nella formazione e nell'estrinsecazione della sua volontà. Tale ricostruzione, già desumibile dal tenore letterale della norma, è stato ulteriormente cristallizzato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.³³

Tale requisito procedurale si pone, pertanto, come limite applicativo alla disciplina enunciata dalla norma in esame.³⁴

³³ Pur nell'ormai anacronistico riferimento all'abolito ufficio provinciale del lavoro, resta sicuramente d'attualità il concetto espresso da Cass. Civ., 12.12.2002, n. 17785: *“Con riguardo alla speciale impugnativa della transazione tra datore di lavoro e lavoratore, prevista dall'art. 2113, comma 3, c.c., l'intervento dell'ufficio provinciale del lavoro è in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, sia allorché detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessati in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore. Conseguenza che anche in tale ultimo caso la transazione si sottrae alla impugnativa suddetta”*.

Il medesimo concetto è espresso da un'ulteriore pronuncia della medesima Corte, più recente: Cass. Civ., 18.08.2004, n. 16168, che consolida l'orientamento del Consesso affermando: *“La disposizione dell'art. 2113, comma 1, c.c., che stabilisce l'invalidità delle rinunzie e transazioni aventi per oggetto il diritto del prestatore di lavoro derivante da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., trova il suo limite d'applicazione nella previsione di cui all'ultimo comma del citato art. 2113 c.c., che fa salve le conciliazioni intervenute ai sensi degli art. 185, 410 e 411 c.p.c., ossia quelle conciliazioni nelle quali la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro per effetto dell'intervento in funzione garantista del terzo diretto al superamento della presunzione di condizionamento della libertà d'espressione del consenso da parte del lavoratore”*.

³⁴ Come lucidamente affermato da Cass. Civ., 18.08.2004, n. 16168, secondo cui: *“La disposizione dell'art. 2113, comma 1, c.c., che stabilisce l'invalidità delle rinunzie e transazioni aventi per oggetto il diritto del prestatore di lavoro derivante da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., trova il suo limite d'applicazione nella previsione di cui all'ultimo comma del citato art. 2113 c.c., che fa salve le conciliazioni intervenute ai sensi degli art. 185, 410 e 411 c.p.c., ossia quelle conciliazioni nelle quali la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro per effetto dell'intervento in funzione garantista del terzo (autorità giudiziaria, amministrativa o sindacale) diretto al superamento della presunzione di condizionamento della libertà d'espressione del consenso da parte del lavoratore. In tali ipotesi, peraltro, mentre la rinunzia, in quanto negozio unilaterale e non recettizio, sortisce l'effetto dell'estinzione dei diritti patrimoniali connessi al rapporto di lavoro e già acquisiti al patrimonio del lavoratore, anche in assenza del*

L'aspetto di maggior rilievo ai fini della presente analisi concerne l'impiego, da parte del legislatore codicistico, del termine "invalidità", il quale designa, come si è *supra* argomentato, una categoria generale e non un vizio specifico; pertanto, in considerazione della genericità del lessico legislativo, la dottrina si è interrogata più volte sulla consapevolezza del Legislatore nell'adozione di detta scelta terminologica.

La dottrina³⁵ e la giurisprudenza³⁶ dominanti, sul punto, si sono espresse nel senso di assimilare l'invalidità sancita dall'art. 2113 al generale regime dell'annullabilità, giustificando tale operazione analogica sia per effetto delle consonanze sotto il profilo della legittimazione ad agire (che spetta solo al soggetto interessato – nella fattispecie, il prestatore di lavoro –), sia sotto il profilo dell'efficacia, la quale, sia pure interinalmente, vige sino a che non

beneficiario, la transazione, in quanto contratto, richiede l'incontro della volontà di tutte le parti interessate e la contestuale sottoscrizione del verbale di conciliazione"

³⁵ Così si evince dalla lettura, *ex multis* e scelto solo per ragioni di chiarezza nella sovrapposizione terminologica effettuata, M. Ferraresi, *L'Incidenza della Deontologia e dell'Ordinamento Forense sulla Transazione e la Conciliazione in Materia di Lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Fasc. 4/2016, p. 1052, che così argomenta: "L'istituto della transazione è, come noto, centrale nella materia del diritto del lavoro, poiché nella sua regolazione si rispecchia peculiarmente l'anima protettiva del contraente debole, che permea tutta la disciplina. Tale ratio è alla base, da un lato, dell'invalidità-annullabilità di principio delle rinunce e delle transazioni poste in essere dal lavoratore e aventi ad oggetto diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge e contratti o accordi collettivi

³⁶ Si vedano sentenze quali Cass. Civ., 18.01.1988, n. 338, in *DeJure*, secondo cui: "L'invalidità stabilita dall'art. 2113 c.c. per le rinunce e transazioni relative a diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge, costituisce un'ipotesi non di nullità, ma di annullabilità dei predetti atti negoziali che, condizionata dall'esercizio della facoltà d'impugnazione nel termine perentorio di cui allo stesso art. 2113, resta soggetta alle regole poste dall'art. 1442 c.c., secondo cui l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni ma l'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto anche se è prescritta l'azione per farla valere. Ne consegue che – con riguardo ad un rapporto agrario – il giudice investito in via d'azione o di eccezione, deve preliminarmente accertare se sia stata comunque espressa, nel termine semestrale di decadenza e nei confronti del concedente la volontà dell'affittuario coltivatore diretto di non abdicare alla tutela dei diritti indisponibili oggetto della transazione o della rinuncia, e poi stabilire se la successiva istanza in sede giurisdizionale, volta con l'annullamento dei detti negozi ad ottenere in concreto quella tutela trovi o meno impedimento ai sensi del primo o dell'ultimo comma dell'art. 1442 citato, sempreché decadenza e prescrizione siano state eccepite dalla controparte".

Sia pure in via indiretta, detto orientamento trova conforto anche in un precedente giurisprudenziale cronologicamente molto prossimo a quello appena richiamato, e cioè Cass. Civ., 11.12.1987, n. 9198, che esprime la seguente massima di diritto: "La decadenza del lavoratore dalla facoltà di impugnare le transazioni (oltre che le rinunce) che abbiano per oggetto diritti derivantigli da disposizioni inderogabili di legge o dei contratti collettivi, consegue al decorso del termine di 6 mesi dalla transazione (o della rinuncia) se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Detta decadenza non è rilevabile d'ufficio, atteso che non si tratta di materia sottratta alla disponibilità delle parti (art. 2969 c.c.), (la cui invalidità, sancita dall'art. 2113, comma 1, c.c., l'assoggettabilità al regime dell'annullabilità), e non può essere eccepita per la prima volta in grado d'appello, stante la preclusione prevista nel rito del lavoro dall'art. 437 c.p.c."

venga pronunciato l'annullamento.

Non manca, tuttavia, chi ritiene che l'invalidità prescritta dall'art. 2113 cod. civ. costituisca una fattispecie a sé, un' "invalidità speciale", secondo alcune ricostruzioni giurisprudenziali³⁷, le quali motivano tale configurazione ponendo in primario rilievo le differenze, rispetto al generale regime dell'annullabilità codicistica, le differenze procedurali e nei termini d'azione.

Similarmente, si riscontra un orientamento dottrinale il quale, per le medesime considerazioni, tende a tenere separati il concetto di annullabilità civilistica e quello di invalidità proprio del *corpus* delle norme giuslavoristiche sancito dall'art. 2113 cod. civ.³⁸

Naturalmente, la norma scolpita dall'art. 2113 cod. civ. in esame ha un ambito d'efficacia circoscritto ai diritti disponibili del lavoratore, connessi a principi

³⁷ In giurisprudenza, si veda Trib. Milano, 20.06.1998, in *DeJure*, dalla cui massima si evince incidentalmente tale configurazione: "La norma dell'art. 2968 c.c. non comporta la nullità delle clausole dei contratti collettivi che assoggettino ad un termine di decadenza, decorrente nel corso del rapporto, la rivendicazione di diritti i quali, ancorché derivanti da norme inderogabili, siano già stati acquisiti dal lavoratore, dovendosi applicare lo speciale regime d'invalidità stabilito dall'art. 2113 c.c. Anche in tali casi, infatti, l'unica condizione di validità delle clausole è che il termine di decadenza sia congruo a consentire l'esercizio non eccessivamente gravoso del diritto e tale deve considerarsi il termine di 6 mesi analogo, appunto, a quello di cui all'art. 2113 c.c."

In termini più diretti anche la successiva sentenza della Corte di Cassazione del 03.04.1999, n. 3233, secondo cui: "L'art. 2113 c.c. non ha l'effetto di rendere annullabili tutte le rinunce e le transazioni del lavoratore indipendentemente dalla natura dei diritti che ne costituiscono oggetto, ma si riferisce specificamente ai diritti di natura retributiva e risarcitoria derivanti al lavoratore dalla lesione di fondamentali diritti alla persona (come il diritto alla salute, al riposo settimanale, alle ferie, alla previdenza e assistenza etc., gli atti dismissori dei quali rimangono soggetti al più radicale regime invalidante della nullità ex art. 1418 c.c.). Soltanto per tali diritti patrimoniali - i quali, secondo la disciplina comune, sarebbero pienamente dismissibili - opera la speciale disciplina dettata dall'art. 2113 cit. che, da un lato, rende invalidi i negozi di rinuncia e transazione solo se tempestivamente impugnati nel termine semestrale e, dall'altro, considera estranee al regime di invalidità e di impugnativa da essa introdotto le conciliazioni riconducibili alla previsione del suo ultimo comma."

³⁸ Si veda, fra i vari contributi, M. Caroppoli, *E' Nulla la Rinuncia Preventiva al TFR: Verte su Diritti Non Ancora Acquisiti*, in *Diritto e Giustizia*, Fasc. 18/2005, p. 22, che sempre incidentalmente sottolinea quanto segue: "Merita attenzione l'ulteriore questione del se il diritto al Tfr, una volta venuto ad esistenza, possa considerarsi pienamente disponibile nei confronti del datore o resti, viceversa, assoggettato alla speciale disciplina di cui all'articolo 2113 Cc, con possibilità per il lavoratore di impugnare l'eventuale rinuncia e farne valere l'invalidità nel termine semestrale di legge.

I più recenti orientamenti di legittimità mostrano, anche sotto tale profilo, una decisa svolta verso un rafforzamento delle tutele del lavoratore subordinato. Chiamata a definire la nozione di inderogabilità rilevante ex articolo 2113 Cc, Cassazione 2734/04 (in *De&G* numero 10/2004, p. 113) afferma, in maniera netta, il principio per il quale la posizione del lavoratore, quale parte debole del rapporto, è normalmente disciplinata attraverso disposizioni inderogabili: salvo specifiche previsioni contrarie, quindi, tutte le norme di legge o della contrattazione collettiva che sanciscono diritti in favore del lavoratore hanno carattere inderogabile, con conseguente generalizzata possibilità per il lavoratore rinunciante di avvalersi della speciale tutela di cui alla normativa richiamata."

inviolabili sanciti a livello costituzionale e non suscettibili di essere compressi o rinunciati in alcun modo³⁹: si verrà a creare, pertanto, un doppio regime di invalidità in senso tecnico, costituito da un lato dall'invalidità speciale, ricondotta – come si è visto – dalla dottrina maggioritaria nell'alveo della generale annullabilità civilistica, pur con tutte le differenze in tema di vincoli procedurali e di termini d'azione, concernente gli atti di disposizioni effettuati su diritti effettivamente disponibili; dall'altro lato, in caso di atti di disposizione su diritti indisponibili, l'invalidità sottesa al negozio coinciderà con il generale vizio civilistico della nullità, con le sopra elencate differenze in ordine all'inefficacia rimediabile (*ex tunc*, e non più *ex nunc*).

Il medesimo vizio della nullità, in deroga all'invalidità – inefficacia stabilita dalla norma *de qua*, è applicabile ad un'ulteriore ipotesi, vale a dire quella costituita dalla rinuncia preventiva, da parte del prestatore di lavoro subordinato, a diritti (qualunque ne sia la natura) che siano meramente futuri, eventuali e non precisati: la giurisprudenza⁴⁰ si è infatti costantemente espressa nel senso che gli unici diritti che rientrano nel perimetro dell'art. 2113 cod. civ.

³⁹ Chiarificatrice sul punto Cass. Civ., 03.04.1999, n. 3233, in *DeJure*, che delinea il seguente concetto: “L'art. 2113 c.c. non ha l'effetto di rendere annullabili tutte le rinunce e le transazioni del lavoratore indipendentemente dalla natura dei diritti che ne costituiscono oggetto, ma si riferisce specificamente ai diritti di natura retributiva e risarcitoria derivanti al lavoratore dalla lesione di fondamentali diritti alla persona (come il diritto alla salute, al riposo settimanale, alle ferie, alla previdenza e assistenza etc., gli atti dimissori dei quali rimangono soggetti al più radicale regime invalidante della nullità ex art. 1418 c.c.). Soltanto per tali diritti patrimoniali – i quali, secondo la disciplina comune, sarebbero pienamente dimissibili – opera la speciale disciplina dettata dall'art. 2113 cit che, da un lato, rende invalidi i negozi di rinuncia e transazione solo se tempestivamente impugnati nel termine semestrale e, dall'altro, considera estranee al regime di invalidità e di impugnativa da essa introdotto le conciliazioni riconducibili al suo ultimo comma”.

⁴⁰ Così Cass. Civ., 26.05.2006, n. 12561, in *DeJure*, che afferma: “Riguardo a diritti già maturati, il negozio dispositivo integra una mera rinuncia o transazione, rispetto alla quale la dipendenza del diritto da norme inderogabili comporta, in forza dell'art. 2113 c.c., l'annullabilità dell'atto di disposizione, ma non la sua nullità. Nei confronti di diritti ancora non sorti o maturati la preventiva disposizione può comportare, invece, la nullità dell'atto, poiché esso è diretto a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo”. Conforme anche Cass. Civ., 07.03.2005, n. 4822, che, in tema di trattamento di fine rapporto, la fattispecie che costituisce la retribuzione differita e futura per eccellenza nel *corpus* degli istituti giuslavoristici, così si esprime: “Atteso che il diritto alla liquidazione del trattamento di fine rapporto ancora in servizio è un diritto futuro, la rinuncia – mediante partecipazione alla deliberazione dell'assemblea e sottoscrizione del relativo verbale – effettuata dal socio lavoratore di una società cooperativa, allo stesso modo di quella effettuata dal lavoratore subordinato al quale è equiparato ex art. 24 della legge n. 196 del 1997, è radicalmente nulla ai sensi degli art. 1418, comma 2, e 1325 c.c., per mancanza dell'oggetto, non essendo ancora il diritto entrato nel patrimonio del lavoratore e non essendo sufficiente l'accantonamento delle somme già effettuato”.

sono quelli già maturati dal lavoratore, i quali devono configurarsi come concreti e specificamente individuati dal suo titolare che decide, nell'ottica del sinallagma contrattuale che costituisce la causa *ex art. 1343 cod. civ.* dell'accordo transattivo, di rinunciare a fronte delle rinunce effettuate dalla sua controparte, nelle sedi indicate dalla norma e con chiara individuazione delle rinunce e concessioni effettuate dalle parti.⁴¹

Parimenti, deve ritenersi sottratto dal regime dell' "invalidità – annullabilità" previsto dalla norma in esame l'accordo transattivo il quale, pur manifestandosi sotto la forma di una lecita serie di reciproche rinunce e concessioni, configura a tutti gli effetti un'elusione della normativa "protezionistica" approntata a tutela del prestatore di lavoro subordinato, potendo dunque essere qualificato come contratto in frode alla legge (o, secondo una certa giurisprudenza, per contrarietà alle norme imperative⁴²), e pertanto nullo secondo quanto disposto dall'art. 1344 cod. civ.: si pensi all'ipotesi di un accordo transattivo inerente alla corretta qualificazione giuridica di un rapporto di lavoro, il quale venisse inquadrato come lavoro autonomo (e non come lavoro subordinato, contraddistinto, come è noto, da una serie di tutele quantitativamente e qualitativamente superiori) da una certa

⁴¹ Cass. Civ., 23.10.2013, in *DeJure*: "In materia di atti abdicativi di diritti del lavoratore subordinato, le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, contenute in verbali di conciliazione conclusi in sede sindacale, non sono impugnabili, a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali - della quale non ha valore equipollente quella fornita da un legale - sia stata effettiva, così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura, nonché, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto stesso si evinca la questione controversa oggetto della lite e le "reciproche concessioni" in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 cod. civ."

⁴² Così la risalente sentenza di Cass. Civ., 08.07.1988, n. 4529, in *DeJure*, in cui si afferma: "Le norme inderogabili statuenti un diritto a favore del lavoratore possono essere violate sia da un atto dispositivo del diritto già acquisito dal titolare, nel quale caso la rinuncia o transazione è colpita dall'invalidità (configurabile come annullabilità) comminata dal comma 1 dell'art. 2113 c.c. ed è imputabile con le modalità e nei termini previsti dallo stesso articolo, sia da un atto che impedisca al lavoratore l'acquisizione del diritto, nel qual caso l'atto - incidente sul c.d. momento genetico del diritto stesso - è viziato da nullità assoluta ed è sottratto alla disciplina posta dalla norma suddetta. Pertanto, la transazione con la quale il lavoratore riconosca il carattere autonomo, anziché subordinato, del rapporto di lavoro intercorso con la controparte fino ad una certa data, dalla quale la controparte stessa si obbliga ad assumerlo, resta soggetta alla disciplina dell'art. 2113 c.c. solo per la parte risolvendosi nella rinuncia del lavoratore a diritti già acquisiti e non anche per la parte risolvendosi nella rinuncia a diritti non ancora maturati (come quello derivante, in tema di indennità di fine rapporto, dalla continuità del rapporto stesso), riguardo ai quali, perciò, la transazione - colpita da nullità per contrarietà a norme imperative più che per frode alla legge - non preclude l'indagine sull'effettiva natura (autonoma o subordinata) del rapporto intercorso fra le parti nel periodo precedente l'accordo."

data in poi: atteso che nell'ordinamento italiano vige il cosiddetto principio di indisponibilità del tipo, avente valore costituzionale⁴³, per cui la situazione di fatto prevale sempre sull'astratta qualificazione del *nomen juris* effettuata dalle parti, una transazione relativa a diritti che siano meramente *pro futuro* deve considerarsi nulla, e dunque improduttiva di effetti *ab origine*.

3. La prestazione di fatto. Rapporto tra la disciplina speciale di cui all'art. 2126 cod. civ. e quella generale della nullità:

L'art. 2126 cod. civ. introduce, in aggiunta alla fattispecie della nullità esposta nel primo capitolo del presente contributo, una disciplina speciale del medesimo vizio genetico, declinando il regime generale alle peculiarità del settore giuslavoristico, improntato, come è noto, al generale principio del *favor praestatoris*.

Le prestazioni presidiate dalle nullità descritte dalla sopra richiamata norma prendono il nome di “prestazioni di fatto”, in considerazione del differente regime in tema di conseguenze giuridiche rispetto a quello generale.

Infatti, derogando a quanto stabilito dall'art. 1418 cod. civ., secondo cui il contratto nullo fa sorgere in capo ai contraenti l'obbligo alla restituzione di quanto dovuto in base al regolamento contrattuale, la norma in esame sancisce, nell'ottica della protezione della parte debole del rapporto, la corresponsione del corrispettivo della prestazione effettuata, poiché le energie spese dal lavoratore non potrebbero in alcun modo venirgli restituite: ciò comporterebbe un ingiustificato arricchimento a vantaggio del datore di lavoro.

La norma si conclude con la previsione contenuta nella parte conclusiva del

⁴³ L'aggancio costituzionale al principio di indisponibilità del tipo è collegabile, secondo la dottrina prevalente, direttamente all'art. 3 della Costituzione, da cui discenderebbe il principio per cui a parità di situazioni, deve conseguire parità di trattamento. Il tema è richiamato diffusamente in un'ampia letteratura giuridica, e ad esso è stata dedicata la monografia di seguito richiamata: A. Avondola, *La Disponibilità del Tipo Contrattuale nel Diritto del Lavoro*, Napoli, 2006.

primo comma, che fa salvi i casi in cui la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa del contratto di lavoro: in questo caso la posizione del lavoratore, che ha scientemente dato il suo consenso in ordine alla stipulazione di un contratto posto in violazione delle norme inderogabili, dei principi di ordine pubblico e dei principi del buon costume, perde ogni meritevolezza e ogni tutela, rientrando così nel generico alveo della nullità del contratto, che, come si è visto, è teleologicamente indirizzata a garantire la corrispondenza tra il “dover essere” astrattamente predicato dall'ordinamento e l' “essere” del regolamento negoziale concretamente posto in essere dalle parti.

Come è stato correttamente evidenziato dalla giurisprudenza, l'art. 2126 citato non intende equiparare il rapporto di lavoro invalidamente costituito a quello regolare, bensì è teso a disciplinare gli effetti ormai realizzatisi in un rapporto che ha già materialmente avuto esecuzione *inter partes*, cui viene riconosciuta efficacia, derogando dunque al principio di retroattività *ab origine* tipico della nullità generale dei contratti, che in questo caso verrebbe a configurare al contempo un'indebita locupletazione per il datore di lavoro e un'ingiustificato depauperamento (di tempo, denaro ed energie) per il lavoratore, cioè il soggetto cui teoricamente la legge dovrebbe fornire maggiori tutele, fatti salvi, come detto, i casi in cui il lavoratore decade dal beneficio di dette tutele in ragione della sua cooperazione in ordine alla realizzazione di una prestazione avente caratteri di illiceità. Se ciò certamente ha valenza per quanto riguarda il lavoro subordinato nel settore privato, come pacificamente emerge dalla collocazione nel Titolo II del Codice Civile (destinato alla disciplina del lavoro nell'impresa), l'orientamento giurisprudenziale dominante ha optato per un'interpretazione analogica – estensiva anche al settore della pubblica amministrazione⁴⁴; gli effetti, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, si estendono anche agli obblighi

⁴⁴ Si veda, *ex multis*, Trib. Monza, 04.08.2015, secondo cui: “Nell'ipotesi in cui il contratto di lavoro sia instaurato in assenza di prova pubblica selettiva con un ente presso il quale, ancorché di natura privata, l'assunzione venga consentita solo mediante procedura concorsuale, si soggiace alla disciplina dettata dall'art. 2126 c.c., che fa salvi gli effetti del rapporto, ai fini retributivi, per il periodo in cui la prestazione lavorativa risulta di fatto effettuata: solo ove detto contratto abbia ad oggetto una prestazione intrinsecamente illecita, va negata la tutela in favore del lavoratore di cui all'art. 2126 c.c.”

pensionistici e previdenziali⁴⁵, per effetto del principio dell'automaticità delle prestazioni previdenziali sancito dall'art. 2116 cod. civ.⁴⁶

Proprio la *ratio* protettiva verso il lavoratore subordinato si pone a fondamento, sia pure attraverso una tecnica ermeneutica *a contrariis*, della ragione per cui la Suprema Corte di Cassazione, con pronunce anche piuttosto recenti, si sia espressa in senso negativo circa la configurabilità della disciplina dell'art. 2126 cod. civ. rispetto ai lavoratori autonomi (e, conseguentemente, parasubordinati, come i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa o la fattispecie del lavoro a progetto, abolita a decorrere dal 25 giugno 2015 con l'entrata in vigore del D. Lgs. 81/2015).⁴⁷

Esaminando la casistica giurisprudenziale, si evince come la prestazione del giornalista non iscritto al relativo albo professionale rientra nella fattispecie generale descritta dalla norma oggetto di analisi, per non derivare in senso stretto da un'illeceità inerente alla causa né all'oggetto del contratto di lavoro⁴⁸,

⁴⁵ Come affermato da Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 02.05.2014, n. 2285, massimata come segue: “L'art. 2126 c.c. enuclea la regola di ampia salvaguardia della prestazione resa in fatto dal lavoratore, a prescindere dalla validità e dalla stessa esistenza del titolo costitutivo. La garanzia copre la prestazione nel sinallagma retributivo e si estende agli ulteriori effetti pensionistici e previdenziali, che nella retribuzione stessa e nel suo assoggettamento a contribuzione trovano il momento genetico e ad essa sono legati in rapporto di consequenzialità. Detto principio trova applicazione anche per i periodi in cui il rapporto di impiego si è svolto in virtù di provvedimento cautelare del giudice amministrativo, cui poi ha fatto seguito il rigetto del ricorso. La situazione è del tutto speculare al caso della nullità del titolo costitutivo, cui va equiparata la sua inesistenza quando la costituzione o ripristino del rapporto di lavoro avviene in esecuzione di un provvedimento giurisdizionale.”

⁴⁶ In forza di tale principio, che costituisce un cardine della legislazione sociale, le prestazioni previdenziali ed assistenziali sono dovute al prestatore di lavoro anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non abbia versato regolarmente i contributi dovuti. Anche tale principio trova applicazione, come la giurisprudenza (si veda Cass. Civ., 6340/05) ha specificato, solo limitatamente al lavoro subordinato.

⁴⁷ Cass. Civ., 17.11.2011, n. 24187, che afferma, un po' apoditticamente: “Le disposizioni dell'art. 2126 c.c. non trovano applicazione nei rapporti di lavoro autonomo, sia pure aventi le caratteristiche della parasubordinazione, trattandosi di norme a carattere eccezionale riguardanti il solo lavoro subordinato”.

⁴⁸ Cass. Civ., 03.01.2005, n. 28, secondo cui: “In tema di rapporto giornalistico ed in ipotesi di persona non iscritta all'albo professionale, la nullità del contratto (per violazione di legge), in quanto non deriva da illiceità dell'oggetto o della causa, ex art. 2126 c.c. non produce effetti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione. Ne consegue che la prestazione di fatto di lavoro obiettivamente giornalistico produce – al pari del rapporto di lavoro che sia stato costituito validamente – l'insorgenza non solo del diritto al trattamento economico e normativo, previsto in relazione alla qualifica corrispondente alle mansioni in concreto esercitate, ma anche il diritto al risarcimento dei danni (ex art. 2116, comma 2, c.c.), per la mancata contribuzione previdenziale, in dipendenza della costituzione automatica del rapporto contributivo che discende dalla prestazione di fatto – come dal rapporto validamente costituito – di lavoro subordinato, nella specie giornalistico. Ne consegue altresì che gli effetti delle prestazioni di lavoro di fatto giornalistico vanno posti a carico del datore di lavoro per il solo fatto che lo stesso ha utilizzato quelle prestazioni, a prescindere dalla imputabilità, a colpa del medesimo datore, dell'omessa iscrizione dei lavoratori all'albo. In tal caso, il danno

tenendo sempre ben presente che lo stesso è un contratto sinallagmatico a effetti obbligatori, il cui oggetto è costituito dalla prestazione lavorativa del lavoratore subordinato (e, per contro, dall'erogazione della retribuzione, diretta e differita, da parte del lavoratore) e quindi specificamente nelle sue mansioni, e la cui causa (nella ormai consolidata accezione di funzione economico – sociale svolta dal contratto stesso) risiede nello scambio (*recte*: sinallagma) tra le due prestazioni evidenziate.

4. Possibile assimilazione tra le nullità di protezione e nullità giuslavoristica:

Come è noto, già da tempo la dottrina si è espressa sulle possibili comunanze tra la figura del consumatore e quella del lavoratore subordinato.⁴⁹

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 che, per la vessatorietà delle clausole in essi comprese, accentuano lo squilibrio *inter partes*: viene pertanto effettuata, in seguito al cambiamento di sensibilità sociale che ha accostato, nel corso degli anni, la posizione del lavoratore

da mancata contribuzione previdenziale (cosiddetto danno pensionistico) non può che essere commisurato al trattamento pensionistico, a carico dell'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani “G. Amendola” (Inpgi), che sarebbe spettato in dipendenza della valida costituzione del rapporto di lavoro, parimenti giornalistico, e della regolare contribuzione previdenziale, che ne consegue, al medesimo istituto”.

Tale pronuncia costituisce semplicemente la punta di un *iceberg*, ponendosi in continuità con precedenti sentenze espresse dal medesimo giudice di legittimità: si vedano, sul punto, Cass. Civ., sentenza n. 618/1984; 2171/1989; 15880/2002.

⁴⁹ Questa la riflessione, sia giuridica sia in qualche misura filosofica, sviluppata da F. Galgano, *La Democrazia dei Consumatori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1981, p. 48: “*Ma allora cosa distingue la condizione del consumatore da quella del lavoratore subordinato? Solo la coscienza (cioè: la non coscienza) della subalterità; la non coscienza dell'identità di una condizione ‘strutturale’ complessiva, che con modi tecnicamente diversi ripete e perpetua, nelle due fasi del lavoro e del consumo, i meccanismi di sfruttamento*”.

(“storicamente” tutelata) anche quella del consumatore, con ampie deroghe rispetto alla regolamentazione generale codicistica.

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 contrattuale⁵⁰, 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

⁵⁰A. Natucci, *Invalidità di protezione e nullità delle clausole vessatorie alla luce dei principi costituzionali (italiani ed europei)*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, in *Collana per i 50 anni della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 227

caducazione di tutte le clausole del negozio⁵¹, 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 della disposizione *de qua*.

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.

Se per la legittimità dell'azione a favore della parte debole del contratto, con esclusione per il professionista che, invece, può solo subire l'azione, non sono sorti dubbi in dottrina, in merito alla rilevabilità d'ufficio, la dottrina si è interrogata su come questa possa convivere con il principio di totale libertà accordato al consumatore che può valutare se mantenere la clausola o eliminarla potestativamente⁵²; e 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

⁵¹ M. Mantovani, *Le nullità ed il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo, Rimedi*, I, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 12 ss.

⁵² A. Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 204.

valutare la clausola vessatoria secondo la corrispondenza ai propri interessi, e quindi di mantenerla nel corpo del contratto nel caso essa sia ritenuta più vantaggiosa⁵³.

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 individui⁵⁴; 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'ordinamento⁵⁵.

La dottrina, pertanto, individua in questa norma di protezione, quale oggetto di tutela, un cosiddetto ordine pubblico di protezione⁵⁶, e cioè una collettività specifica considerata dal legislatore debole e che necessita pertanto di una specifica formulazione normativa predisposta *ad hoc*⁵⁷, senza tuttavia negare rilievo ai principi fondamentali di ordine pubblico, nonché dell'interesse generale al corretto funzionamento delle regole del mercato⁵⁸; in sintesi la nullità di protezione, sotto il profilo della rilevanza d'ufficio, ricalcherebbe,

⁵³ A. Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2005, p. 404 ss.; G. D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, cit., p. 743, secondo il quale, nella prospettazione teorica della nullità è diffusa l'idea che la relatività della legittimazione a far valere la nullità debba comportare, se non l'esclusione, quanto meno una limitazione all'operare della rilevanza d'ufficio del vizio.

⁵⁴ R. Tommasini, *Nullità (dir. priv.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano-Roma, 1978, p. 896 ss.: "...talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali, quali sono nella interpretazione classica quelli tutelati dalla nullità, può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari".

⁵⁵ G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 51; "L'ibridazione delle tecniche di tutela potrebbe, allora, spiegarsi in considerazione della natura mista e composita degli interessi tutelati, riferibili al singolo contraente e, insieme, al mercato".

⁵⁶ Così V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 57 ss.; C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.; S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; G. Passagnoli, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 543 ss.

⁵⁷ A. Gentili, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, n. 4, p. 90 ss..

⁵⁸ V. Zeno Zencovich, M. C. Paglietti, *Verso un "diritto processuale dei consumatori?"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 222 ss.

senza derogarla la disciplina di cui all'art. 1421 cod. civ., previsto per la nullità in materia civile⁵⁹.

⁵⁹ G. D'Amico, *Nullità virtuale - Nullità di protezione*, Giappichelli, 2009, p. 473; GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, in *Le forme della nullità*, a cura di PAGLIANTINI, Giappichelli, 2009, p. 69.