

Antonio Albanese

**DISCIPLINA GENERALE E DISCIPLINE
SPECIALI DELLE INVALIDITÀ: LA
NULLITÀ DEL CONTRATTO DI LAVORO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Antonio Albanese

DISCIPLINA GENERALE E DISCIPLINE SPECIALI DELLE INVALIDITÀ: LA NULLITÀ DEL CONTRATTO DI LAVORO (*)

SOMMARIO: 1. La nullità di protezione nel sistema delle invalidità del codice civile. - 2. Nullità speciali e uguaglianza sostanziale dei contraenti. - 3. Rilevanza sistematica della nullità di protezione nella ricostruzione della norma imperativa come categoria unitaria. - 4. La norma inderogabile nel diritto del lavoro. Il divieto del patto di demansionamento nel bilanciamento tra contrapposti interessi del lavoratore. - 5. La nullità come strumento di riequilibrio e le nuove tecniche di tutela del contraente debole. - 6. Mercato e contratto di lavoro. La nullità parziale del contratto a termine.

1. Il confronto tra diritto privato generale e diritti speciali o « secondi » (1) trova nell'esame delle invalidità contrattuali una materia feconda di riflessioni per due ragioni tra loro collegate. In primo luogo il succedersi negli ultimi anni di una imponente legislazione speciale ha modificato alcune caratteristiche della nullità, che tradizionalmente la distinguevano rispetto ad altre forme di invalidità sia dal punto di vista degli

(*) Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note ed alcune integrazioni, la relazione tenuta all'Università di Palermo il 26 aprile 2006 nell'ambito dei seminari del Dottorato in diritto privato generale sul tema *Diritto privato generale e diritti speciali*.

(1) È preferibile la locuzione « diritti secondi » in luogo di quella « leggi speciali » allorché si faccia riferimento non alla fonte da cui la norma promana, ma alla materia da questa regolata: così C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus, 1985, 22, secondo il quale l'intero diritto privato può essere graficamente rappresentato « lungo due assi cartesiani che muo-
vono rispettivamente, sul piano delle fonti, dal codice alla legislazione speciale, sul piano delle materie, dal diritto privato generale ai diritti secondi ».

interessi protetti sia sul piano della tecnica di tutela. In secondo luogo il regime dell'invalidità costituisce il riflesso di una evoluzione del modo stesso di intendere e di concepire, nell'ambito del diritto privato, i rapporti tra l'ordinamento statale e i soggetti che operano al suo interno.

Nel codice del 1942, infatti, la nullità ha principalmente la funzione di impedire che possano produrre effetti giuridici vincolanti e quindi possano ottenere protezione da parte dell'ordinamento contratti privi di determinati requisiti ovvero che realizzano un assetto di interessi disapprovato dall'ordinamento stesso. A fondamento della nullità vi è quindi una valutazione negativa del contratto, che viene preso in considerazione a seconda dei casi come atto o come regolamento, ma comunque da una prospettiva che nella maggior parte dei casi si può definire « neutrale », nel senso che non differenzia i contraenti in relazione alla loro situazione soggettiva o al contesto nel quale operano (2).

Appare quindi chiaramente dominante la preoccupazione che il contratto possa produrre effetti in contrasto con le finalità e gli interessi generali dell'ordinamento giuridico, come dimostra la sovrabbondanza delle fattispecie di nullità elencate dall'art. 1418 c.c. Scarsa attenzione è invece prestata a quelle disparità di potere contrattuale che traggono origine dalla condizione soggettiva dei contraenti o dalla loro posizione sul mercato e che rischiano di ridurre il contratto a mera parvenza di autonomia (3).

È infatti rimesso ad altre figure di invalidità — l'annullabilità e la rescindibilità — il compito di porre rimedio a situazioni nelle quali la libertà negoziale di una delle parti risulti in

(2) Sottolinea la logica « astrante e livellante » alla base delle previsioni codicistiche della nullità V. Scalsi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, Riv. dir. civ., 2005, 468.

(3) Anche da questa prospettiva si può quindi dire che il codice del 1942 contiene prevalentemente regole dettate per individui ugualmente protetti dalla legge ed ha come destinatario l'« uomo senza qualità », per riprendere l'efficace citazione di C. Castronovo, *Contract and the idea of codification in the Principles of European contract law*, Festschrift til Ole Lando (København 1997), 114.

concreto compromessa (4). Per quanto riguarda invece la nullità, gli aspetti legati alla persona dei contraenti sono presi in considerazione solo indirettamente in termini di divieto di clausole e contenuti negoziali che, in base ad una valutazione legale tipica, sono reputate il risultato oggettivo della difficoltà (soggettiva) di una parte di trattare con l'altra su un piano di parità ed autonomia (ad es. art. 1525 c.c.).

In una logica in parte analoga si spiega anche la disciplina prevista dall'art. 1341, co. 2, c.c. con riguardo alle clausole vessatorie, il cui contenuto, tassativamente e astrattamente individuato dalla norma, riflette, assieme alla predisposizione unilaterale e standardizzata, una disparità di potere contrattuale che giustifica la necessità di una specifica sottoscrizione, come ulteriore requisito di forma per la valida ed efficace manifestazione del consenso.

Tale norma del resto, pur con i limiti di una tutela puramente formale, rappresenta già un'apertura verso la protezione di uno dei contraenti, che si realizza, secondo la logica del « paternalismo contrattuale », impedendogli di concludere accordi produttivi di effetti pregiudizievoli nei suoi confronti (5). Ma prevale anche in questi casi la tendenza a confinare entro categorie astratte e oggettive la tutela di interessi di parte, in apparente ossequio ad un principio di uguaglianza formale di fronte alla legge.

La difficoltà di ricondurre nell'alveo della tradizionale configurazione della nullità le finalità di protezione dell'adrente rende in qualche modo ragione della qualificazione in termini di inefficacia delle clausole vessatorie, che non esprime una scelta netta del legislatore in ordine alla disciplina applicabile, ma lascia all'interprete la possibilità di ricercare la regola più adeguata rispetto agli interessi tutelati, ricostruendo alternativamente la mancanza di effetti prevista nel testo legi-

(4) Vedi al riguardo le considerazioni di G.B. Ferri, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, XIII, 7 (Torino 2002), 16 s.

(5) In tal senso vedi il concetto elaborato nel diritto anglosassone da P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract* (Oxford 1995), 8 s.

slativo come mera conseguenza della nullità (6) ovvero come figura autonoma e distinta di invalidità (7).

Diversamente, nelle ipotesi in cui la legge espressamente configura la clausola o il contratto come nulli, la medesima prospettiva astratta e indifferenziata si traduce nella previsione di una disciplina generale e unitaria della nullità, applicabile indipendentemente dalla qualificazione tipica o atipica del contratto e dalla valutazione degli interessi sottostanti.

Questa disciplina distingue nettamente la nullità dall'annullabilità, attraverso una serie di regole che connotano il primo rimedio come tutela sottratta al potere di disposizione dei contraenti.

In tale contesto normativo l'elaborazione dottrinale individua il criterio discreto tra le diverse forme di invalidità nella differente natura, pubblica o privata, degli interessi rispettivamente tutelati dalla nullità e dall'annullabilità (8). Questa impostazione trova poi a sua volta riscontro nella giurisprudenza, che dal carattere generale dell'interesse tutelato desume la natura imperativa della norma, dalla cui violazione discende quella che viene detta nullità « virtuale » del contratto (9).

(6) Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza la mancanza della specifica sottoscrizione determina la nullità assoluta e rilevabile d'ufficio della clausola vessatoria: cfr. tra le sentenze più recenti Cass. 18-1-2002 n. 547, Foro it. *on line*.

(7) La dottrina è in prevalenza orientata ad escludere la nullità delle clausole non specificamente sottoscritte, giungendo però a soluzioni difformi in ordine alla legittimazione ad agire del predisponente. In senso favorevole cfr. per tutti S. Patti, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, Tratt. Rescigno, I, 1 (Torino 1999), 317 s. Contrario invece R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, Comm. Scialoja-Branca (Bologna-Roma 1970), 275 s., il quale esclude altresì la rilevabilità d'ufficio del difetto di sottoscrizione da parte del giudice.

(8) In questo senso P. Trimarchi, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, Temi, 1955, 200 s. Alla medesima conclusione giunge anche buona parte della dottrina meno recente: cfr. per tutti R. Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, Enc. dir., XXVIII (Milano 1978), 878.

(9) Tale opinione risulta peraltro ancora oggi radicata in giurisprudenza, come dimostra la sentenza pronunciata, con riguardo alla norma che punisce il reato di circonvenzione di incapace, da Cass. 27-1-2004 n. 1427, I contratti, 2004, 997 s., con nota critica di A. Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*.

Non mancano tuttavia autori che già nell'impianto originario del codice civile, riconoscono l'esistenza di norme bensì imperative, che hanno però la funzione di proteggere un interesse individuale, proprio sottraendolo al potere di disposizione del soggetto che ne è il titolare (10). Si tratta in ogni caso di ipotesi circoscritte a specifici contratti tipici (11), con riguardo alle quali si può parlare di nullità di protezione sotto il profilo degli interessi tutelati, ma non certo di nullità speciali dal punto di vista della disciplina applicabile, che è sempre quella prevista dal codice civile per il contratto in generale.

A tale riguardo una delle rare eccezioni, che comunque conferma la regola, è rappresentata dall'art. 2126 c.c. che prevede una fondamentale tutela del lavoratore subordinato rispetto all'eventuale invalidità del contratto, riconoscendogli i diritti che da questo traggono origine per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi da illiceità della causa o dell'oggetto. Ma anche in questi ultimi casi è garantito il diritto alla retribuzione se la nullità dipende dalla violazione di disposizioni a tutela del prestatore d'opera.

Proprio con riferimento al contratto di lavoro assume quindi particolare rilevanza, ai fini della disciplina applicabile, la causa che dà luogo alla nullità, che può astrattamente configurarsi in termini di illegalità, illiceità o immoralità. Questa parziale diversità di regime, peraltro, se in ogni caso presuppone una qualificazione del contratto nullo come fattispecie esistente e giuridicamente rilevante, in quanto tale suscettibile di un trattamento differenziato a seconda dei casi (12), si traduce in una regola più favorevole al contraente debole soltanto se illiceità è la lesione di un interesse che ad esso fa capo.

2. Il binomio nullità di protezione/nullità speciale tuttavia può dirsi compiutamente realizzato soltanto con la legisla-

(10) Così R. Nicolò, *Diritto civile*, Enc. dir., XII (Milano 1964), 913-914 seguito da G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milano 1966), 335-336.

(11) Vedi ad esempio le disposizioni del titolo III sui singoli contratti richiamate da G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge* (Milano 1993), 58 s.

(12) Sottolinea questo aspetto G. Passagnoli, *Nullità speciali* (Milano 1995), 90 s., 152 s.

zione speciale successiva al codice, che introduce rilevanti e significative novità, conformando la disciplina della nullità alla natura degli interessi protetti.

Si tratta peraltro di norme che, indipendentemente dal riferimento ad un determinato tipo contrattuale, regolano rapporti connotati da una disparità di forza contrattuale, secondo una valutazione che riguarda non soltanto l'equilibrio oggettivo dell'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi, ma anche la loro situazione soggettiva.

Ai fini del perfezionamento della fattispecie assumono infatti rilevanza talvolta l'appartenenza di una parte ad una determinata categoria professionale (così ad esempio la disciplina dei contratti bancari o finanziari), in altri casi la situazione di effettiva dipendenza economica che l'ha indotta a concludere il contratto (cfr. art. 9 l. 18-6-1998 n. 192) e altre volte ancora persino il suo concreto operare per « scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta » (in questi termini la definizione di consumatore ora contenuta nell'art. 3, co. 1, lett. a, d.lgs. 6-9-2005 n. 206).

Proprio la rilevanza attribuita ai motivi che caratterizzano l'agire del consumatore rispetto al professionista dimostra però che la nuova impostazione in senso soggettivo della disciplina dei rapporti privati non può essere letta semplicisticamente nel senso di un ritorno agli *status* come criteri *astratti* di ricostruzione delle categorie civilistiche (13), ma esprime piuttosto una esigenza di protezione di uno dei contraenti rispetto a rapporti che in considerazione della situazione *concreta* in cui questi operano, sono connotati da una disparità di potere contrattuale.

Trova così attuazione anche nel diritto dei contratti l'art. 3, co. 2, Cost., che esige un intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limi-

(13) Cfr. in tal senso le considerazioni di G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Materiali e commenti al nuovo diritto dei contratti, a cura di G. Vettori (Padova 1999), 802-803, il quale esclude che il termine *consumatore* valga a contraddistinguere una precisa categoria tecnico-giuridica, ritenendo che esso indichi piuttosto « l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali, o, più in generale, non professionali ».

tando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscano il pieno sviluppo della *persona umana* come valore fondante l'intero ordinamento giuridico. Da questa prospettiva si giustifica anche l'intervento del diritto comunitario volto a fissare limiti e *standard* minimi di tutela che gli ordinamenti dei singoli Stati membri devono garantire (14), orientando così la disciplina del mercato verso la promozione di valori, patrimoniali e non, che fanno capo alla persona e che non sempre la concorrenza e i liberi scambi sono in grado di realizzare (15).

Da questa prospettiva personalistica il c.d. contraente debole viene in considerazione come portatore di interessi meritevoli di una tutela autonoma e distinta rispetto a quella volta ad assicurare l'equilibrio degli scambi nel mercato e l'efficiente funzionamento dei meccanismi concorrenziali (16), legittimando una disciplina della nullità che non è uguale per tutti i contraenti, ma che, proprio in considerazione delle significative differenze esistenti tra di essi, consente di correggere le asimmetrie di potere contrattuale (17).

In questo contesto assume valore emblematico la previsione legislativa della nullità relativa, che implica il netto superamento di una concezione puramente formale della parità tra i contraenti, mediante una regola, che, pur giustificandosi sul piano della politica del diritto, a lungo si era ritenuta logicamente incompatibile con l'originaria e radicale inefficacia del

(14) Sul punto sia consentito rinviare ad A. Albanese, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in questa *Rivista*, 2005, 978.

(15) In quest'ottica A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in questa *Rivista*, 2006, 98 s. contesta l'idea di una preclusa neutralità della disciplina europea del mercato in relazione ad un concetto assoluto di efficienza, intesa in senso puramente economico, e ne rivendica il necessario legame con i valori che trovano attuazione nella politica legislativa della Unione europea.

(16) Diversamente S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, in questa *Rivista*, 2004, 1085, ritiene che nel diritto europeo la tutela del consumatore sia comunque funzionale a realizzare un mercato più efficiente e razionale.

(17) Vedi in tal senso Scalisi, *Contratto e regolamento* cit., 468 s.

contratto nullo, come tale non vincolante per nessuna delle parti (18).

L'innegabile difficoltà che tale disciplina pone dal punto di vista della (ri)definizione delle categorie dogmatiche non può tuttavia esimere l'interprete dal prendere atto della scelta compiuta dal legislatore e dal cercare una interpretazione razionale che salvaguardi la compatibilità della norma speciale con il sistema.

La principale questione che al riguardo si pone è se la nullità relativa sia o meno rilevabile d'ufficio secondo la regola generale dell'art. 1421 c.c. Tale interrogativo trova peraltro risposta positiva nell'ambito di un discorso più ampio che investe il ruolo stesso del diritto primo come complesso tendenzialmente esaustivo di norme, in grado di regolare *in quanto compatibile* tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dal diritto secondo (19).

Da questa prospettiva si rivela priva di fondamento l'affermazione che esclude la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa, assumendo che questa vanificherebbe l'intento del legislatore di riservare ad un soggetto determinato la scelta in ordine alla sorte del contratto, in analogia con quanto previsto per il contratto annullabile (20).

Accogliendo questa impostazione, la nullità relativa finirebbe infatti per perdere la propria connotazione di *species* riconducibile al medesimo *genus* della nullità, confondendosi con l'annullabilità, in quanto opererebbe non già *ipso iure*, ma *ope exceptionis*, di tal che il contratto che ne è affetto, in man-

(18) Afferma infatti L. Mengoni, *La disciplina delle « clausole abusive » e il suo innesto nel corpo del codice civile*, Rass. giur. en. el., 1997, 301 nota 10, che « il concetto di "nullità relativa" nel senso di nullità che può essere domandata soltanto dalla parte nel cui interesse è stabilita dalla legge, urta contro insuperabili obiezioni di ordine logico ».

(19) Così C. Castronovo, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, Banca borsa tit. cred., 1993, I, 301-304.
(20) In questo senso P. Schlesinger, *Commento all'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10*, Le nuove leggi civ. comm., 1978, 120; A. Bonfilio - V. Mariconda, *Lazione di nullità*, Giur. sist. dir. civ. e comm., I contratti in generale, a cura di G. Alpa e M. Bessone, IV, 1 (Torino 1991), 473 e da ultimo A. Gentili, *Le invalidità*, Tratt. Rescigno, II (Torino 1999), 1347 e 1370.

canza della domanda o eccezione della parte legittimata produrrebbe tutti i suoi effetti come se fosse annullabile.

Dal sistema delle invalidità emerge invece una configurazione della nullità relativa, che la differenzia dalla nullità, tradizionalmente concepita come assoluta, senza tuttavia identificarla con l'annullabilità. Ne deriva che l'esclusione della legittimazione di soggetti diversi da quello tutelato non implica l'attribuzione a quest'ultimo della facoltà di disporre degli effetti contrattuali, vincolando il potere decisorio del giudice. La rilevabilità d'ufficio, del resto, pur configurando una regola squisitamente processuale, costituisce un elemento indispensabile per apprezzare sul piano del diritto sostanziale l'identità *ab origine* del contratto relativamente nullo a produrre effetti in contrasto con l'interesse protetto.

In mancanza di una espressa deroga, la previsione di nullità relative non sembra pertanto giustificare allo stato attuale il superamento di tale regola e il sostanziale abbandono della distinzione tra le due figure di invalidità, che verrebbe in ipotesi a dipendere soltanto dal diverso regime di prescrizione (21), a sua volta svincolato dalla disciplina degli effetti negoziali e dal conseguente carattere costitutivo o dichiarativo della relativa tutela giudiziaria.

La rilevabilità d'ufficio assume dunque una funzione unitaria in tutte le fattispecie di nullità, garantendo sul piano processuale la realizzazione degli interessi protetti dalla norma di diritto sostanziale, anche quando, trattandosi di interessi privati (indisponibili), il titolare degli stessi non abbia potuto o voluto provvedervi. In questo senso la nullità relativa configura un rimedio sottratto alla disponibilità delle parti, anche se, coerentemente con la finalità di protezione perseguita, il giudice può rilevarla soltanto a vantaggio del soggetto tutelato (22).

Proprio questo rapporto di integrazione tra diritto comune e diritto settoriale dimostra peraltro il carattere speciale

(21) Così invece Gentili, *Le invalidità* cit., 1347.

(22) Ci sia consentito sul punto rinviare alle considerazioni esposte in A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto* (Napoli 2003), 66 s.

e non eccezionale delle nullità relative e più in generale delle nullità di protezione (23). Queste infatti non costituiscono un sistema a sé stante, chiuso all'influenza del diritto privato generale, ma da questo mutano la disciplina di quegli aspetti che non sono espressamente regolati, dando così vita ad un regolamento che è pur sempre conforme alla natura particolare degli interessi protetti.

3. Da questa prospettiva le c.d. nullità speciali si rivelano anch'esse in grado di apportare un significativo contributo al diritto generale, come strumento essenziale a disposizione dell'interprete nella ricostruzione della nullità come categoria dogmatica e nella ricerca di un fondamento unitario delle norme imperative, dalla cui violazione tale invalidità deriva.

In mancanza di una definizione legale e nell'impossibilità di trarre argomenti dai lavori preparatori, l'unica scelta metodologicamente legittima è quella di ricavare dal sistema una nozione di norma imperativa coerente con la disciplina applicabile in caso di violazione. A tale riguardo proprio l'esame dei rapporti tra diritto primo e diritti secondi mette in evidenza come la nullità, anche quando dipende dalla violazione di prescrizioni dettate a tutela di una delle parti, ha un fondamento unitario nella lesione di un interesse che è sottratto al potere di disposizione dei contraenti in considerazione del rilievo ad esso accordato dall'ordinamento (24).

In definitiva l'elemento distintivo, che accomuna tutte le norme che rendono nullo il contratto, non sta nel carattere generale dell'interesse protetto, bensì nelle modalità con le quali tale tutela è attuata dall'ordinamento.

La medesima indisponibilità deve pertanto connotare anche quelle ipotesi nelle quali la nullità deriva, pur in difetto di una specifica previsione, dalla regola generale dell'art. 1418,

(23) In questo senso vedi anche Passagnoli, *Nullità speciali* cit., 173 sia pure nell'ottica complementare dell'applicazione analogica delle norme speciali.

(24) Cfr. in tal senso la ricostruzione proposta in *Violazione di norme imperative e nullità del contratto* cit., 6 s.

co. 1, c.c. (25). In questi casi l'esame delle conseguenze giuridiche previste dalla legge diviene criterio per determinare il carattere imperativo della norma, allorché l'osservanza del precetto legale sia comunque garantita da rimedi e sanzioni che realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso, senza peraltro escludere l'ulteriore effetto dirimente della nullità contrattuale.

L'imperatività della norma viene quindi a dipendere non già da un elemento ad essa estrinseco, quale la natura pubblica o privata dell'interesse tutelato, ma dalla stessa scelta effettuata dal legislatore.

Questa soluzione non implica tuttavia l'adesione ad un modello puramente positivistico, nella misura in cui l'autonomia contrattuale gode di una garanzia costituzionale, sia pure indiretta, come strumento per l'esercizio della proprietà e dell'iniziativa economica privata, di tal che eventuali limiti posti da norme imperative sono legittimi solo in quanto conformi ad altri valori, riconosciuti dalla Costituzione e ritenuti prevalenti in base ad un bilanciamento comunque soggetto ad un sindacato di ragionevolezza (26).

Per converso, la ricostruzione della nullità e della norma imperativa come categorie dogmatiche unitarie assume un significato di garanzia dell'autonomia contrattuale rispetto a soluzioni autoreferenziali dell'interprete, che non essendo universalizzabili in base ad un criterio sistematico, potrebbero

(25) Diversamente G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative* (Milano 1993), 121-122, secondo il quale può aversi nullità ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., solo quando il contratto leda interessi generali. L'A. sembra tuttavia attenuare l'assolutezza di tale affermazione, riconoscendo al « criterio dell'interesse pubblico » valore di indice preliminare dal quale dedurre che una norma protettiva di interessi privati non può condurre, almeno di regola, ad una nullità virtuale ».

(26) In tal senso vedi la valutazione di legittimità costituzionale compiuta da Corte cost. 27-2-1962 n. 7, Giur. cost., 1962, 93 che ritiene ammissibile, in base agli artt. 41 e 42 Cost., la modifica o l'eliminazione *ex lege* di clausole contrattuali quando esse contrastino con l'utilità sociale. Vedi in senso analogo Corte cost. 23-4-1965 n. 30, ivi, 1965, 283 s. e 287; Corte cost. 11-2-1988 n. 159 (est. Mengoni), ivi, 1988, 553 s.; Corte cost. 15-5-1990 n. 241, ivi, 1990, 1467 s. e Corte cost. 30-6-1994 n. 268 (est. Mengoni), ivi, 1994, 2188 s. e 2192.

concretizzare il rischio di un positivismo ben più arbitrario, in quanto legato alle valutazioni contingenti del quotidiano (27).

Parimenti, le scelte mutevoli e contingenti compiute dal legislatore nei diritti secondi, proprio attraverso la partecipazione ad un sistema normativo unitario, recuperano razionalità e coerenza, conformandosi così ad un superiore principio di uguaglianza e giustizia, in grado di fronteggiare i condizionamenti provenienti dal contesto sociale che spingono verso la realizzazione di interessi particolari e di settore.

Da questa prospettiva si giustifica quindi l'impiego dei risultati raggiunti nell'elaborazione delle categorie dogmatiche del diritto primo per la soluzione di questioni che sorgono nell'applicazione del diritto secondo.

4. Alla luce delle considerazioni finora svolte va ad esempio cercata la soluzione al problema classico relativo all'individuazione delle norme imperative nel diritto del lavoro. A tal fine l'interprete dovrà previamente accertare, sulla base di una indagine di stretto diritto positivo, la sussistenza di un preciso elemento di indisponibilità nella fattispecie legale o nella disciplina applicabile in caso di violazione della norma.

Non sembra invece condivisibile l'opinione che desume l'inderogabilità di tali norme dall'interesse della collettività alla protezione del lavoratore come contraente debole, indipendentemente dal carattere indisponibile della tutela normativa prevista (28). Tale tesi finisce del resto per ammettere il carattere tendenzialmente inderogabile di tutte le norme di tutela del lavoro subordinato (29), introducendo arbitrariamente un criterio interpretativo inverso rispetto a quello che si ritiene operante nel diritto privato generale.

(27) Al riguardo vedi le considerazioni di R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden 1985), 143, riprese da L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano 1996), 125.

(28) Così R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro* (Napoli 1976), 25 s., secondo il quale si realizza una vera e propria identificazione degli interessi dei singoli contraenti protetti in quelli generali della comunità statale (p. 28).

(29) Cfr. ancora De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro* cit., 49.

Ma ancora una volta il distacco dal diritto primo trova un ostacolo insuperabile in una esigenza di razionalità e coerenza dell'ordinamento giuridico. È chiaro, infatti, che solo la lesione di un interesse che la legge sottrae al potere di disposizione del suo titolare può giustificare la nullità del contratto, mentre non vi sarebbe ragione di negare al soggetto stesso la facoltà di disporre validamente di un interesse che per altro verso resta privo di qualsiasi connotazione normativa in termini di indisponibilità.

Pertanto, là dove la nullità non sia espressamente prevista, l'inderogabilità della norma non potrà che ricavarsi dalla previsione di sanzioni e rimedi applicabili a prescindere da una contraria volontà del soggetto tutelato, che realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso, senza peraltro escludere l'ulteriore effetto dirimente della nullità contrattuale.

Questo è ad esempio quanto avviene nel caso del divieto di appalto e interposizione nelle prestazioni lavorative previsto dall'art. 1, l. 23-10-1960 n. 1369, la cui violazione, oltre a determinare le sanzioni civili e penali specificamente previste, rende altresì nullo per contrarietà a norme imperative il contratto concluso tra interposto e interponente (30).

Parimenti l'imperatività della norma può ricavarsi dal contenuto stesso della proibizione, allorché questa sia rivolta proprio a limitare l'autonomia dei contraenti, impedendo loro di realizzare un determinato effetto.

In questo senso è imperativa la disposizione con la quale l'art. 1, d.lgs. 6-9-2001 n. 368 esclude che le parti possano patuire un termine al contratto di lavoro al di fuori dei casi previsti dalla norma stessa. In mancanza di adeguate ragioni tecniche, produttive o sostitutive, la temporaneità del vincolo non potrebbe infatti dirsi funzionale a soddisfare esigenze oggettive dell'impresa che possano giustificare il sacrificio del contrapposto interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto.

È quindi evidente che l'interesse tutelato non è quello ge-

(30) Cfr. in tal senso Cass. s.u. 19-10-1990 n. 10183, Foro it., 1992, 523 con nota di F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante « obiter dictum » della Cassazione sul ruolo del « knowhow » d'impresa.*

nerale della collettività (31), bensì quello che fa capo al contraente debole (32), al quale la legge impedisce di disporre validamente dei propri interessi attraverso accordi che, pur essendo da lui voluti, secondo una valutazione legale sarebbero pregiudizievoli oltre il limite di ciò che è lecito in quanto tragono origine da una disparità di potere contrattuale.

Né d'altra parte è sufficiente a connotare come imperative le norme di diritto del lavoro la mera esistenza di un interesse generale e superindividuale alla tutela del lavoratore. La generale finalità pubblica che giustifica ogni intervento del legislatore, anche quando non si manifesta in norme inderogabili che rendono invalido il contratto, non va infatti confusa con l'interesse specificamente tutelato dalla singola norma che, ove riguardi uno dei contraenti, prevale sull'atto di autonomia solo quando sia dalla legge sottratto al suo potere di disposizione.

In questi casi non sarebbe peraltro corretto sostenere che l'interesse protetto si tramuta in « generale » nel momento in cui l'ordinamento lo considera meritevole di particolare protezione (33).

In tal modo si finirebbe infatti per trasfigurare indebitamente in valori dell'intera collettività interessi di parte che il legislatore protegge rendendoli indisponibili. È del resto evidente che in queste ipotesi la legge non persegue alcun risultato utile per la società, autonomamente apprezzabile rispetto alla tutela del lavoratore. Né d'altra parte la mera appartenenza del soggetto tutelato ad una categoria generale ed astratta può ritenersi sufficiente a sostanziare un interesse pubblico, qualitativamente diverso dalla sommatoria di quelli individuali.

(31) Sembra invece ricondurre l'imperatività della norma alla natura pubblica dell'interesse tutelato M. Marinelli, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo indeterminato*, il lavoro a termine in Italia e in Europa, a cura di A. Garilli e M. Napoli (Torino 2003), 77.

(32) Cfr. sul punto L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, Foro it., 2002, V, 39.

(33) Diversamente De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro* cit., 29, ritiene che la tutela del singolo lavoratore, « poiché assume una dimensione superindividuale, diviene inderogabile anche da parte del soggetto protetto ».

La ricostruzione dell'inderogabilità, in termini di indisponibilità di un interesse che fa capo al lavoratore e non già all'intera collettività, assume peraltro una concreta rilevanza applicativa in quelle ipotesi nelle quali l'adozione di un regolamento contrattuale in contrasto con quello inderogabilmente previsto dalla legge, sia diretto a soddisfare un altro interesse del dipendente, prevalente su quello tutelato dalla norma.

Alla stregua di un bilanciamento tra i due interessi contrapposti risulta irrilevante quell'asimmetria di potere contrattuale che, pur giustificando astrattamente il limite posto all'autonomia privata, non trova concreto riscontro nell'accordo raggiunto dalle parti. Deve conseguentemente escludersi la nullità del contratto e delle clausole che, astrattamente in contrasto con la norma inderogabile, presentano connotazioni specifiche da questa non previste, tali da renderne inaccettabile l'applicazione secondo una valutazione di ragionevolezza fondata sui medesimi punti di vista della legge.

In tal senso può essere opportunamente richiamata la giurisprudenza che ritiene valido il patto, con il quale il prestatore di lavoro accetta di essere adibito a mansioni inferiori per evitare un licenziamento legittimo (34), e che autorevolissima dottrina ha ricostruito e reso celebre in termini di riduzione teleologica della regola dettata dall'art. 2103, ult. co., c.c. (35).

Questa conclusione trova peraltro un significativo riscontro sistematico nell'art. 4, co. 11, l. 23-7-1991 n. 223, che per favorire il « riassorbimento totale o parziale » dei lavoratori posti in mobilità, proprio nella logica del bilanciamento degli interessi che fanno loro capo, ammette che essi, in alternativa al licenziamento, possano essere assegnati a mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte, sulla base di accordi nei quali

(34) Un'ipotesi abbastanza frequente è quella della sopravvenuta inidoneità del lavoratore a svolgere le mansioni assegnateli (Cass. 7-9-1993 n. 9386, Mass. giur. lav., 1993, 639, con nota di A. Riccardi, *Ristrutturazione aziendale e modifica in peius delle mansioni*), ma la nullità è stata esclusa anche rispetto a patti modificativi *in peius* conclusi per soddisfare un interesse del lavoratore diverso da quello alla conservazione dell'impiego e connesso, ad esempio, al trasferimento ad altro luogo di lavoro (Cass. 2-5-1993 n. 5693, Riv. it. dir. lav., 1994, II, 101 s.).

(35) Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* cit., 93 nota 4.

la partecipazione delle associazioni sindacali è garanzia di scelte non condizionate dalle disparità di forza contrattuale che invece sussistono tra le parti individuali.

Il carattere non assoluto del divieto di demansionamento è del resto ancora più evidente in quelle ipotesi in cui la salvaguardia di interessi del lavoratore, prevalenti sulla conservazione della posizione professionale, prescinde da un accordo tra le parti e forma addirittura oggetto di specifici obblighi di protezione che la legge pone a carico del datore di lavoro. In questo senso l'art. 3, l. 30-12-1971 n. 1204 stabilisce che durante la gravidanza e fino a sette mesi di età del figlio, le lavoratrici debbano essere adibite a mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle abituali, allorché queste siano pregiudizievoli alla loro salute.

Parimenti i lavoratori, divenuti invalidi per effetto di infortunio o malattia sopravvenuta nel corso del rapporto di lavoro, non possono essere licenziati nel caso in cui possano (e quindi debbano) essere adibiti a mansioni diverse anche se inferiori.

È evidente quindi che il divieto di mutamento *in peius* delle mansioni tutela la professionalità, che in esse si esprime, non in termini astratti e assoluti, ma in relazione alla situazione soggettiva in cui concretamente si trova il prestatore di lavoro e alle possibilità che concretamente può offrirgli la struttura aziendale nella quale è inserito. In quest'ottica si può quindi ammettere la validità di eventuali patti in deroga, allorché questi non trovino origine in una disparità di forza tra le parti, ma siano effettivamente diretti a soddisfare un interesse apprezzabile del lavoratore, prevalente su quello tutelato dalla norma (36).

Analogamente, anche in altri casi diversi da quello appena esaminato, è possibile escludere la nullità dell'accordo che sia il risultato non dell'asimmetria di potere contrattuale, ma di una scelta del lavoratore, condizionata da fattori esterni che non hanno alcuna attinenza con la ratio di « protezione » della norma. Da una prospettiva di paternalismo contrattuale, in-

(36) Considerazioni analoghe in L. Castelvetti, *Libertà contrattuale e subordinazione* (Milano 2001), 172 s.

fatti, il limite posto all'autonomia contrattuale è giustificato « solo quando tende a superare una disuguaglianza derivante dall'incapacità di una parte di fronteggiare razionalmente, con relativa probabilità di successo, le esigenze e i problemi con cui viene a confrontarsi nel rapporto con l'altra » (37).

È evidente peraltro che a tale conclusione non si potrebbe pervenire in una logica diversa che ravvisi il fondamento delle norme inderogabili in un interesse superindividuale della collettività, di cui le parti non potrebbero comunque disporre a prescindere dalle ragioni soggettive che, secondo la valutazione astratta della legge, possono menomare l'autonomia di una di esse, favorendo l'approfittamento dell'altra. Dalla prospettiva dell'interesse generale perderebbe infatti rilevanza ogni considerazione relativa alla situazione particolare del c.d. contraente debole, che possa far ritenere inadeguata l'applicazione della norma nei casi in cui l'esigenza di protezione da questa astrattamente prefigurata non abbia ragion d'essere nella vicenda concreta.

In quest'ottica la corretta ricostruzione della natura, pubblica o privata, dell'interesse protetto non vale come criterio per individuare il carattere imperativo della norma, ma per determinarne l'ambito di operatività, escludendo che possa applicarsi al contratto concretamente stipulato.

5. Al di là dell'esempio specifico tratto dal diritto del lavoro, non v'è dubbio che, con riguardo alla nullità di protezione, l'inderogabilità viene ad assumere un significato diverso come strumento di politica del diritto. Il limite posto all'autonomia privata, infatti, non può più dirsi funzionale alla conservazione dell'ordine giuridico preesistente, secondo una logica di giustizia puramente commutativa, ma assume un compito nuovo di riequilibrio di rapporti strutturalmente connotati da una disparità di potere contrattuale, attraverso la correzione del regolamento convenuto dalle parti (38).

(37) Così L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, Il contratto di lavoro, a cura di M. Napoli (Milano 2004), 116.

(38) In tal senso l'opinione di Scalisi, *Contratto e regolamento cit.*, 469 s.

Anche in queste ipotesi, peraltro, la nullità conserva un suo specifico ruolo, distinguendosi dall'annullabilità, che mira anch'essa a proteggere un contraente da possibili abusi contrattuali, ma rispetto a fatti contingenti e occasionali che possono condizionarne indebitamente la libertà di compiere le proprie scelte negoziali.

Da questo punto di vista continua quindi a trovare giustificazione un regime differenziato, che consente alla parte tutelata di decidere la sorte del contratto annullabile, anche mediante una convalida che ne consolidi definitivamente gli effetti, qualora li ritenga ancora conformi al proprio interesse una volta recuperata la piena capacità di autodeterminarsi.

Diversamente, attraverso la nullità di protezione l'ordinamento non soltanto nega fin dall'inizio valore vincolante al regolamento negoziale, ma prevede altresì una disciplina del contratto nullo, che è a sua volta sottratta al potere di disposizione dello stesso soggetto protetto, in ragione di una situazione di debolezza contrattuale che caratterizza in modo costitutivo e non transitorio quel determinato rapporto.

In questa logica, che tiene conto della perdurante disparità di potere contrattuale, si spiega anche la crescente previsione di nullità che non investono l'intero contratto, ma che incidono quasi chirurgicamente su una parte di esso. È evidente infatti che la nullità totale e la conseguente mancata produzione degli effetti negoziali non realizzerebbe alcun riequilibrio del rapporto, ma rimetterebbe semplicemente le parti nella medesima posizione nella quale esse si trovavano prima di concludere il contratto.

Ne deriva che, quand'anche si riconosca al contraente debole la legittimazione esclusiva a far valere la nullità, questi si troverebbe nell'alternativa tra sottostare ad un accordo ingiustamente svantaggioso o rinunciare alla soddisfazione dell'interesse che lo aveva indotto a contrarre (39). In ogni caso resterebbe però immutato il presupposto della sostanziale disuguaglianza tra i contraenti, data proprio da quel diverso biso-

(39) Decisivi al riguardo i rilievi di Passagnoli, *Nullità speciali cit.*, 202 s.

gno dello scambio, che ha consentito ad una parte di avvantaggiarsi indebitamente ai danni dell'altra.

Viceversa, finalità protettive del contraente debole giustificano una disciplina speciale che, in deroga all'art. 1419 c.c., esclude l'estensione della nullità all'intero contratto, a prescindere da una volontà ipotetica dei contraenti in tal senso e dalla sostituzione automatica delle clausole nulle con norme imperative di legge. In questi casi la sopravvivenza del contratto depurato della parte colpita dalla nullità non costituisce manifestazione di un principio generale di conservazione, ma assolve ad una precisa funzione di riequilibrio.

Questo però non si attua con l'imposizione di un assetto di interessi determinato *a priori*, ma eliminando quella parte del regolamento contrattuale che risulti in concreto abusiva e integrandone *ex post* il contenuto con la disciplina prevista direttamente dalle norme dispositive o ricavata dal giudice mediante il ricorso all'equità o alla clausola generale di buona fede e correttezza (ad es. art. 7, co. 3, l. 9-10-2002 n. 231).

Attraverso questa tecnica la ricerca della c.d. giustizia contrattuale avviene in conformità con il nuovo modello di intervento pubblico sull'atto di autonomia privata, diretto non già a sostituirsi al mercato, che rimane lo strumento più idoneo a determinare il contenuto dello scambio (40), ma a regolarne il funzionamento, correggendone le imperfezioni e le inefficienze (41).

Nelle nuove fattispecie, infatti, la nullità non origina da un (parziale) contrasto con una norma che *ex ante* impone una determinata disciplina del rapporto, ma da una valutazione *ex post* del regolamento privato come frutto del potere negoziale di un contraente nei confronti dell'altro, che si traduce nella previsione di clausole e pattuizioni che gli attribuiscono un

(40) In questi termini si rivela infondato il timore di S. Mazzamuto, *Note mitrime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in questa *Rivista*, 2005, 59, circa il rischio che il principio generale della giustizia contrattuale si traduca in limiti all'autonomia contrattuale a tal punto stringenti da sconfinare in un dirigismo incompatibile con la concorrenza nel mercato.

(41) Sul punto cfr. L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, Banca borsa tit. cred., 1997, 3.

vantaggio iniquo. Non vi è invece alcuna difformità tra il regolamento pattizio e la disciplina legale del rapporto, alla quale le parti possono derogare in assenza di situazioni legislative tipizzate che escludano *a priori* un esercizio paritario dell'autonomia dei contraenti.

La nullità non dipende quindi dalla trasformazione del « diritto dispositivo » in « diritto cogente », ma dalla previsione di una norma diversa da quella derogata, che vieta l'abuso dell'autonomia contrattuale (42). È del resto evidente che in tanto ha senso disporre la nullità delle pattuizioni che impongono « condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie » (43) o delle clausole che determinano « un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto » (44), in quanto esse non contrastino già di per sé con una regola inderogabile.

La derogabilità della disciplina del rapporto non esclude peraltro che sia imperativa la norma che dispone la nullità dell'accordo abusivo, significa invece che, ove lo scambio non sia il risultato di un abuso, i contraenti possono determinarne liberamente il contenuto secondo i meccanismi del mercato concorrenziale, anche in deroga al diritto dispositivo (45).

Non può invece condividersi l'opinione che vorrebbe trarre direttamente dal mercato le clausole e le condizioni economiche da inserire coattivamente nei contratti, alla stregua di norme imperative che si sostituiscono alla difforme pattuizione privata (46).

(42) Da questo punto di vista va respinta, in quanto deriva da un fraintendimento, la critica formulata da G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, Riv. dir. civ., 2005, 651.

(43) Art. 9, co. 2, l. 192/1998.

(44) Art. 33 d.lgs. 206/2005.

(45) Si fondano dunque su un equivoco le obiezioni di M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata* (Milano 2003), 181, la quale erroneamente ci imputa di ritenere derogabile l'art. 9, l. 192/1998, evidentemente confondendo il ruolo assegnato nella nostra ricostruzione a tale norma, che imperativamente dispone la nullità (parziale) del contratto, e correlativamente alla norma dispositiva che integra il regolamento contrattuale nella parte in cui esso risulta essere nullo.

(46) Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata* cit., 183 s.

Questa ricostruzione, infatti, equiparando arbitrariamente il mercato alla legge che coattivamente impone prezzi e clausole ai contraenti privati, perviene ad un risultato smentito dalla chiara lettera degli art. 1339 e 1419, co. 2, c.c. (47), e fondato su un implicito quanto inaccettabile presupposto, che attribuisce direttamente al dato economico valore di diritto cogente, negando a quest'ultimo qualsiasi autonomia concettuale sia pure come mera sovrastruttura del primo. È vero invece che la stessa esistenza dell'economia di mercato dipende da una precisa scelta dell'ordinamento (48) a favore di un certo modello di intervento pubblico, che non si sostituisce all'iniziativa economica privata, ma ne garantisce l'esercizio in forme rispettose della persona e compatibili con il funzionamento dei meccanismi concorrenziali (49).

Ma la tesi criticata non sembra condivisibile neppure in un'ottica per così dire interna alla scienza economica. È evidente infatti che il mercato è costituito proprio dall'insieme dei contratti che all'interno di esso si concludono e non può quindi porsi in antitesi rispetto alle scelte liberamente compiute dai privati, in quanto in tal caso finirebbe per smentire la propria essenza, trasformandosi nel suo esatto contrario, in un luogo cioè dove gli scambi non sono più liberi, ma si conformano a schemi predefiniti, destinati a ripetersi all'infinito sempre uguali a sé stessi.

Vero è invece che presupposto del mercato concorrenziale è una autonomia contrattuale che possa liberamente esplicarsi fin tanto che non superi il limite rappresentato non già da una determinazione eteronoma del regolamento privato di interessi, ma dal divieto di abuso del potere negoziale.

(47) Vedi in tal senso la critica di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³ (Milano 2006), 190, nota 166.

(48) Rileva, infatti, C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in questa *Rivista*, 2006, 2, come sia illusoria la pretesa di ricavare dalla scienza economica soluzioni autoevidenti ai problemi giuridici, senza il doveroso confronto con le valutazioni espresse dal diritto positivo.

(49) Sulla necessaria conformazione legislativa del mercato, come *locus artificialis* che prende forma dalle decisioni politiche sottostanti alle scelte normative vedi N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*⁵ (Roma 2004), 10-12; 98-99.

6. Un discorso diverso vale tuttavia per il diritto del lavoro, nel quale la tutela del lavoratore come contraente debole non si realizza « sanzionando » a posteriori l'abuso del potere contrattuale, ma negandone a priori l'esercizio oltre i limiti inderogabilmente fissati dalla legge.

Diversamente quindi da quanto avviene in altri settori del diritto privato, il riequilibrio del contratto di lavoro è sostanzialmente affidato ai tradizionali strumenti della nullità parziale e della disciplina inderogabile, che in parte sottraggono il rapporto alla contrattazione nel mercato.

Nonostante le aperture fatte dal legislatore sotto la spinta delle esigenze di flessibilità, il rapporto di lavoro resta infatti regolato in buona parte da fonti eteronome. Anche la scelta di modelli contrattuali alternativi rispetto a quello tradizionale è possibile soltanto entro i limiti e nei casi stabiliti dalla legge e comunque determina l'instaurarsi di rapporti rigidamente regolati. Al riguardo, infatti, impropriamente si parla di contratti *atipici*, quando invece la dottrina più attenta ha opportunamente rilevato che l'articolazione dei diversi modelli di disciplina non è tale da mettere in discussione l'unitarietà del tipo contrattuale (50).

Una delle ragioni che potrebbe in qualche modo spiegare questo atteggiamento dell'ordinamento risiede nella considerazione che la prestazione lavorativa, in quanto immanente alla persona del lavoratore, non può considerarsi come una merce alla stregua degli altri fattori della produzione, rispetto ai quali trovano invece libero gioco i meccanismi concorrenziali del mercato, che governano gli scambi secondo la logica patrimoniale del diritto civile (51).

(50) Così M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, Giornale dir. lav. e rel. ind., 2004, 596 s.

(51) Vedi al riguardo le magistrali osservazioni di L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, Il contratto di lavoro cit., 53. Sembra invece prescindere da tali considerazioni la ricostruzione dell'inderogabilità offerta da M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie* (Padova 2006), 27 s., la quale propone di ridimensionare l'estensione di tale categoria in ragione della sua *ratio*, che sottintende un mercato del lavoro « monopsonistico », che non corrisponderebbe più alla attuale situazione, caratterizzata dal rafforzamento della capacità di coalizione dei lavoratori.

Questa tendenza a limitare l'autonomia delle parti nella regolamentazione del rapporto lavorativo si spinge fino a coinvolgere contratti diversi da quello di lavoro subordinato, che per la loro vicinanza ad esso potrebbero essere fraudolentemente utilizzati per sottrarsi all'applicazione della disciplina prevista a tutela del contraente debole. Ne costituisce un esempio significativo la previsione dei presupposti e dei requisiti necessari per la stipulazione del contratto di lavoro autonomo a progetto, attraverso una stringente normativa che assume una specifica valenza antielusiva, in quanto mira ad impedire che il datore di lavoro attraverso la scelta di questo tipo contrattuale possa ottenere le stesse utilità date dalle prestazioni di lavoro subordinato senza sopportarne i relativi costi in termini di retribuzione e di garanzie minime inderogabilmente riconosciute al lavoratore dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

In tal senso appare significativa la norma dell'art. 69, d.lgs. 10-9-2003 n. 276, secondo la quale « i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dalla loro costituzione ». In altre parole la legge condiziona la libertà di scegliere il contratto in esame alla predisposizione di un progetto che attesti l'esistenza di un reale interesse oggettivo dell'impresa ad esternalizzare una parte della propria attività, in mancanza del quale assume la necessaria esistenza degli elementi della subordinazione, con conseguente applicazione della normativa a tutela del prestatore d'opera (52).

Anche questa disciplina costituisce pertanto attuazione di un disegno unitario che, sottraendo *ex ante* alla libera contrattazione aspetti rilevanti del rapporto di lavoro, ne realizza un riequilibrio a favore del contraente più debole, sia pure attraverso tecniche e strumenti diversi da quelli di più recente introduzione, che invece si concretizzano nella repressione *ex post* di eventuali abusi.

È evidente quindi che funzione precipua delle norme im-

(52) Cfr. al riguardo Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme* cit., 600 s.

perative nel diritto del lavoro non è di regolare il funzionamento del mercato, bensì di ridurre l'ambito di operatività, limitando *a priori* il potere delle parti, individuali o collettive, di determinare il contenuto del contratto di lavoro.

Talvolta peraltro la disciplina eteronoma del rapporto pre-scinde dalla sostituzione delle clausole nulle con una regola legale e si traduce nella mera negazione di un determinato effetto contrattuale, come ad esempio avviene nel caso di illegittima pattuizione del termine in assenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo richieste dall'art. 1, d.lgs. 368/2001.

Questa norma non impone infatti la durata a tempo indeterminato del contratto, ma semplicemente nega alle parti il potere di stabilirne preventivamente il momento finale al di fuori delle ipotesi previste dalla legge stessa. La regola della durata a tempo indeterminato è quindi la conseguenza e non la causa della nullità, la quale a sua volta deriva dal difetto dei presupposti oggettivi che legittimano la pattuizione del termine e non dalla contrarietà ad un precetto legale positivamente formulato che si sostituisce alla clausola nulla. A tal fine è infatti necessaria una norma che imperativamente imponga una determinata disciplina del rapporto (53), mentre un mero divieto, se vale ad interdire determinati effetti, non potrebbe esprimere alcuna regola in grado di integrare il regolamento contrattuale, come dimostra, in perfetta aderenza all'argomento logico appena esposto, il testuale riferimento dell'art. 1339 c.c. alle clausole e ai prezzi « imposti » dalla legge.

Esclusa la sostituzione delle clausole nulle ai sensi dell'art. 1419, co. 2, c.c. (54), non si può tuttavia estendere la nullità all'intero contratto in base alla regola del primo comma, ove ri-

(53) In questo senso va corretta l'affermazione, altrimenti equivoca oltre che scontata, di F. Bianchi D'Urso - G. Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, Mass. giur. lav., 2002, 123, secondo i quali mancherebbe nel caso in esame una norma imperativa che preveda la « conversione » a tempo indeterminato del rapporto e che sia suscettibile di sostituire la clausola nulla.

(54) Ammette invece tale conclusione Marinelli, *Obblighi formali cit.*,

sulti che senza quella clausola nulla le parti non lo avrebbero concluso (55).

Pur in mancanza di una espressa previsione legislativa che, a prescindere dall'esistenza di norme imperative sostitutive e dalla volontà ipotetica dei contraenti, circoscriva la nullità alla singola pattuizione che ne è affetta, al medesimo risultato si può giungere anche in via interpretativa in base ad una valutazione dell'interesse protetto dalla disposizione di legge violata.

Non si tratta peraltro di applicare analogicamente regole che espressamente dispongono la necessaria conservazione del contratto a tutela di altre categorie di contraenti deboli (56) (così ad esempio art. 36, co. 1, d.lgs. 206/2005). In queste ipotesi, infatti, la disciplina speciale della nullità, al di là del generico obiettivo di riequilibrare rapporti caratterizzati da sostanziale disparità di potere contrattuale, risponde a finalità diverse caso per caso, che rendono problematica l'accertamento di quella identità di *ratio* sulla quale si fonda l'analogia. Basti ad esempio pensare alle differenti connotazioni che lo scopo di protezione assume a seconda che la nullità necessariamente parziale disposta dalla legge riguardi contratti conclusi da lavoratori subordinati, da consumatori ovvero da imprenditori in situazioni di dipendenza economica (57).

Ai fini dell'estensione analogica di tali norme non è infatti sufficiente la generica somiglianza tra la fattispecie regolata e quella da regolare, ma è necessario che in entrambe sussistano

(55) Così A. Vallebona - C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine* (Padova 2001), 35 s. e Bianchi D'Urso - Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità cit.*, 123-124.

(56) Questa, invece, è la soluzione proposta da Passagnoli, *Nullità speciali cit.*, 233.

(57) Cfr. sul punto quanto già avevamo rilevato, con riferimento rispettivamente ai problemi della nullità parziale e della nullità relativa, in A. Albanese, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in questa *Rivista*, 1999, 1191 e in *Id.*, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto cit.*, 89. In senso analogo vedi ora le osservazioni di C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti « reticolari »*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 568.

gli stessi elementi specifici che spiegano sul piano razionale quella determinata disciplina (58).

Da questa prospettiva la finalità di protezione che giustifica la nullità della clausola relativa al termine non rappresenta il presupposto per applicare analogicamente un'altra norma che disponga il mantenimento del contratto parzialmente nullo, ma manifesta una esigenza di coerenza e razionalità del sistema che porta a ritenere inaccettabile una estensione della nullità che pregiudichi proprio l'interesse che attraverso di essa si dovrebbe tutelare.

In questo caso, infatti, a differenza di quanto avviene per l'analogia, la lacuna legislativa, che l'interprete è chiamato a colmare, si configura in termini necessariamente assiologici come mancata previsione di una eccezione alla regola generale con riguardo a casi che, se il legislatore avesse previsti, avrebbe regolati diversamente, in conformità con le medesime scelte di tutela compiute nella norma speciale. La deroga al diritto privato generale non dipende quindi dalla generalizzazione di regole dettate per altre ipotesi speciali, ma da una inadeguatezza dello stesso a disciplinare determinate situazioni in modo coerente con le finalità del c.d. diritto secondo.

In questo senso si può dire che la tutela del contraente debole, al di là delle connotazioni specifiche che assume nelle diverse fattispecie e che impediscono di configurarla come categoria normativa unitaria, costituisce comunque un obiettivo che deve guidare l'interprete alla ricerca della disciplina applicabile.

Così ad esempio nel caso in esame la conformazione della nullità agli scopi di protezione che la legge persegue si può realizzare mediante una operazione ermeneutica di riduzione teleologica dell'art. 1419, co. 1, c.c., che ne escluda l'applica-

(58) Cfr. al riguardo per tutti N. Bobbio, *Analogia*, Noviss. dig. it., I, 1 (Torino 1957), 603 e R. Guasini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Tratt. dir. priv., a cura di G. Indica e P. Zatti (Milano 1993), 433, secondo il quale la somiglianza tra la fattispecie da regolare e quella disciplinata non può essere asserita apoditticamente, essendo al riguardo necessario dimostrare che il tratto comune ad esse costituisce altresì la « ragione sufficiente » per cui alla fattispecie disciplinata è stata attribuita quella e non altra conseguenza giuridica.

zione in quanto incompatibile con la *ratio* della specifica norma violata (59). È infatti evidente che la nullità integrale del contratto, pur quando si facciano salve le prestazioni già eseguite ai sensi dell'art. 2126 c.c., negherebbe comunque al lavoratore qualsiasi pretesa giuridicamente rilevante alla conservazione del posto di lavoro e finirebbe perciò per contraddire la stessa finalità di protezione della norma che, nell'intresse del dipendente alla prosecuzione del rapporto a tempo indeterminato, non consente l'apposizione del termine fuori dei casi in essa stabiliti.

Del resto, quand'anche si ritenga che legittimato a far valere la nullità sia soltanto il lavoratore, la dottrina giuslavoristica ha rilevato come quest'ultimo non avrebbe di fatto interesse ad agire per far dichiarare illegittima la previsione del termine, tutte le volte che la conservazione del contratto sia esclusa (o anche soltanto messa in dubbio) da una ipotetica volontà contraria delle parti, di tal che l'art. 1 d.lgs. 368/2001 rimarrebbe sostanzialmente privo di applicazione pratica (60).

Questa interpretazione, oltre che incoerente, risulterebbe altresì contraria al diritto comunitario nella misura in cui l'abbassamento del livello di tutela offerto al lavoratore configurerebbe una violazione della clausola di non regresso (61).

Viceversa l'interesse protetto può dirsi pienamente soddisfatto ove la nullità sia limitata a quella parte del regolamento contrattuale che contrasti con il divieto legale. Quest'ultimo peraltro, proprio in ragione delle esigenze di protezione finora evidenziate, impedisce alle parti di determinare preventivamente il momento finale del rapporto, ma non esclude che

(59) Potrebbe così estendersi a tutte le ipotesi di nullità di protezione la soluzione proposta con riguardo alla nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza: cfr. al riguardo Albanese, *Abuso di dipendenza economica* cit., 1191. Si tratta peraltro di un risultato già acquisito nella dottrina tedesca, con riguardo alla corrispondente norma del § 139 BGB, da K. Larenz, *Methodenlehre der Wissenschaft* (Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo 1983), 378-379.

(60) L. Menghini, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, *Introduzione*, La nuova disciplina del lavoro a termine, a cura di L. Menghini (Milano 2002), 34.

(61) In questo senso l'argomento utilizzato da De Angelis, *Il nuovo contratto a termine* cit., 40.

queste possano porre limiti temporali alla facoltà di recesso del datore di lavoro. Pertanto, a differenza di quanto avverrebbe se la clausola nulla fosse automaticamente sostituita da una previsione legale di durata a tempo indeterminato, la patuituzione di un termine conserva sempre una qualche validità nei limiti in cui risulta compatibile con la norma violata e quindi, pur non determinando la cessazione del rapporto alla scadenza, vale comunque ad individuare un periodo minimo durante il quale il licenziamento, ai sensi dell'art. 2119 c.c., non può aver luogo se non per giusta causa (62).

La tendenza a rendere in certa misura autonomo il contratto di lavoro rispetto ai meccanismi concorrenziali dimostra peraltro che la disciplina eteronoma del rapporto non può ritenersi funzionale al raggiungimento di un astratto benessere collettivo, secondo una logica che avrebbe dovuto invece ricercare nel mercato lo strumento più idoneo a garantire la migliore allocazione delle risorse, ma è finalizzata a tutelare un interesse particolare del lavoratore, sottraendolo al suo potere di disposizione.

In questo caso peraltro la previsione di norme inderogabili e la sostituzione automatica di clausole assumono un significato diverso rispetto all'intervento statale nelle forme tradizionali della programmazione economica, in quanto non mirano a realizzare finalità generali della società, quali la stabilizzazione dei prezzi o il superamento di crisi congiunturali dell'economia, ma divengono strumento di riequilibrio del rapporto.

Il diritto del lavoro, al di là delle caratteristiche peculiari appena esaminate, appare allora in grado di dare un significativo contributo alla migliore comprensione dell'intero diritto dei contratti. Esso si pone infatti come osservatorio privilegiato dal quale appare oltremodo evidente che l'esistenza di un mercato competitivo, se pure garantisce l'allocazione ottimale delle risorse, non necessariamente assicura una adeguata tu-

(62) In tal modo si giungerebbe ad una soluzione corrispondente alla disciplina attualmente vigente nell'ordinamento tedesco, con riferimento alla quale vedi M. Cori, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo determinato*, il lavoro a termine in Italia e in Europa cit., 250.

tela del singolo contraente, nella misura in cui non esclude abusi del potere negoziale di una parte ai danni dell'altra (63).

ABSTRACT

*General provisions and special provisions of invalidity:
Nullity of a labor contract*

In the article, the Author analyzes the relation between general private law and special laws, focusing on the invalidity of contract. In particular, he examines the matter of the "special nullity", introduced by special provisions, endowing the parties to a contract with asymmetric contract power. Different nullities in the labor contract are then analyzed, focusing on the nexus between them and the interest that they should protect.

(63) Rileva al riguardo Mengoni, *La disciplina delle « clausole abusive » cit.*, 296 s., come la libera contrattazione in un sistema di concorrenza, se garantisce l'impiego efficiente delle risorse, non è in grado di correggere le asimmetrie di potere contrattuale.