UNIVERSITA' COMMERCIALE
"LUIGI BOCCONI"

Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Impresa

Ciclo XX

Tesi dottorale

La causa nel contratto di lavoro

Candidato*:* Francesco Paladino

Matricola: 1003573 (DT)

Relatori

Ch.mo Prof. S. Liebman

Ch.mo Prof. M. Del Conte

A.A. 2006/2007

INDICE

Premessa: Introduzione alla ricerca 1

CAPITOLO I 14

Il concetto di causa del contratto: analisi della sua valenza giuridica ed ontologica . 14

1.1) Profili storici della nozione causale 14

1.2) Tradizione romanistica e medioevale della causa e sua elaborazione nella dottrina tedesca: la genesi dell'anticausalismo 28

1.3) Il problema logico della causa e sua genesi speculativa: dalla influenza della teoria francese classica alla codificazione italiana del 1942 39

1.4) Dalla codificazione del 1942 alla ulteriore e successiva elaborazione dogmatica; Causa e Tipo, Pagamento Traslativo e spunti di riflessione sulle più recenti costruzioni teoriche in materia di causa del contratto..... 53

CAPITOLO II 76

Il fondamento genetico ed eziologico del rapporto di lavoro 76

2.1) Alle origini della questione: la tradizione romanistica 76

2.2) Il rapporto/contratto di lavoro nella vicenda delle codificazioni moderne; in particolare, genesi dell'esperienza giuridica italiana e suo culmine nella codificazione corporativa del 1942 96

CAPITOLO III 122

L'essenza giuridica del contratto di lavoro:sua matrice ontologicamente causale... 122

3.1) Istituzionalismo e rapporti di lavoro: genesi ed ammissibilità logica del c.d. anticontrattualismo teorico 122

3.2) Anticontrattualismo positivo: rapporti di fatto e dogmatica civilistica. Alla ricerca degli orizzonti negozial-lavoristici della diciplina normativa ex. art. 2126 c.c: la definitiva conquista scientifica della matrice esclusivamente contrattuale e causale del rapporto di lavoro 150

CAPITOLO IV 253

Le “vicende” del sinallagma negoziale lavoristico..... 253

4.1) Subordinazione e suoi corollari negoziali, in executivis, in relazione al soggetto passivo del rapporto obbligatorio-negoziale di matrice lavoristica: prestazione di lavoro, obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà alla luce della dimensione causale del contratto 253

4.2) Subordinazione e suoi corollari negoziali, in executivis, in relazione al soggetto attivo del rapporto obbligatorio-negoziale di matrice lavoristica: retribuzione e posizioni di potere (direttivo, disciplinare e di controllo) di esclusiva pertinenza datoriale alla luce della dimensione causale del contratto 279

BIBLIOGRAFIA 308

GIURISPRUDENZA..... 362

Premessa: Introduzione alla ricerca

E' curioso osservare come la nozione di " *negozio giuridico*", adoperata ormai comunemente da interpreti e giuristi, sia estranea, quanto meno *letteralmente,* al linguaggio legislativo del vigente codice civile che si limita a parlare di *atti in generale,* salvo poi, in termini più specifici, designare taluni di essi con le varianti nominalistiche di *contratti* ed *atti unilaterali.*[1]

---

[1] Come debita premessa alla trattazione teorica cui mi accingo, convinto che ogni istituto e concetto giuridico deve molto alla sua origine eziologia e storica, vorrei affrontare il tradizionale e assai controverso quesito se il diritto romano abbia conosciuto o meno il concetto di negozio giuridico (sul punto, cfr. Fadda., *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1909). Due le posizioni prevalenti. L'*opinio major* nega la matrice romanistica del concetto in esame attribuendo la paternità della nozione di *negozio giuridico* ai giusnaturalisti del secolo XVIII e alla Pandettistica tedesca dell'Ottocento. In tal senso, sebbene in termini relativamente *negativi,* cfr. Passerin d'Entreves., *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto,* Torino, 1934, p. 77, per il quale "… *la storia interna o dogmatica del concetto di negozio giuridico ci riporta all'epoca più sterile del giusnaturalismo tedesco, all'arido scolasticismo dell'indirizzo Wolffiano"*; Scialoja., *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici,* ora in *Scritti giuridici,* Roma, 1933, I, p. 277, secondo cui "… *sembra dimostrato oramai che la nozione generale di negozio giuridico è di recente formazione e che non risale oltre la seconda metà del secolo passato. Essa incominciò a mostrarsi negli scritti di diritto naturale e in quelli dei civilistici teorici, di quel diritto non ignari: quindi, meglio determinata, passò nel sistema del diritto civile oggi più in uso, per opera dei suoi stessi fondatori"*.
Altra parte della dottrina, invece, ritiene non fondata la tesi che propende per l'assenza della nozione di negozio giuridico nell'ambito del patrimonio giuridico romanistico osservando che – così, testualmente, Ferrini., *Pandette,* §109, nota 1,quarta edizione a cura di Del Grosso, Milano, 1953 – "… *se nelle fonti romane non è esplicita una dottrina generale del negozio giuridico, è certo però che i Romani intuirono in molte questioni la utilità di una teoria comprensiva delle figure che noi riuniamo sotto tale nome"*. A conferma di tale tesi, lo stesso autore cita, come esempio paradigmatico, una celebre disposizione delle XII tavole – "…*cum nexum facies mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto"* - che dimostrerebbe, nella sua solennità arcaica, il potere creativo della volontà privata entro l'ordinamento giuridico, ovvero ciò che comunemente si intende per *negozio giuridico.*
Di fronte a questo controverso panorama speculativo, personalmente ritengo si debba sostenere una coerente *vox media* che sia in grado di elidere gli estremismi teorici di ambedue le posizioni assunte dalla dottrina. Infatti, sebbene sia prospettiva assai affascinante quella di ipotizzare remote origini del concetto di negozio giuridico per indagare le tappe evolutive più essenziali e caratterizzanti il successivo sviluppo della *scientia iuris* in materia, il rigore scientifico impone di non cedere ad allettanti prospettive ed impulsi *empatici* che portino ad attribuire senz'altro ai giuristi romani costruzioni logico-giuridiche di cui essi non ebbero idea e che, forse, non sarebbero state suscettibili di esistenza nel loro contesto storico.
Ciò per dire che – e in questi termini rileva la prospettiva ermeneutica *mediana* cui sopra si è accennato e che si ritiene di poter condividere – se è indubbio che la nozione di *negozio giuridico* possa e debba trovare lontane *matrici storiche* in principi generali elaborati dalla tradizione romanistica, è altrettanto vero che la compiuta elaborazione di una teoria generale del *negozio giuridico* sia una conquista del pensiero moderno – e, più in particolare, della Pandettistica tedesca dell'Ottocento – che costruì una imponente *opera* di astrazione giuridica, portando ad elevati livelli di speculazione dogmatica e di *ordine sistematico* principi fondativi e *prima elementa* normativi e presupposti di indiscussa paternità romanistica.
In tal senso, brillante è la conclusione del Perozzi nella sua prolusione maceratese del 1888., *Dei giureconsulti romani,* ora in *Scritti giuridici,* Milano, 1948, per il quale "… *i giuristi romani avrebbero ottenuto i massimi vantaggi del sistema in gran parte senza un sistema"* ; ciò a significare che "… *se è*

Stando così le cose, è quasi spontaneo chiedersi perché l'Accademia, e la connessa elaborazione teorica e dottrinale, non abbia mai smesso di ragionare e costruire teorie su un *thema*[2], appunto quello del negozio giuridico, che, sebbene, come sopra accennato, non abbia un preciso fondamento positivo e normativo, tuttavia ha rappresentato, e continua a rappresentare, l' *alfa* e l' *omega* degli orizzonti speculativi più affascinanti e fecondi della dogmatica civilistica.

La risposta al quesito è semplice ma, nel contempo, complessamente articolata per le implicazioni logiche cui va necessariamente ad inerire; infatti, se si riflette sul *proprium* più autentico della nozione stessa di *negozio giuridico,* si intuisce come esso vada a rappresentare quell'*escamotage* (giuridico) vincente in forza del quale si vorrebbe poter affermare e sottolineare la valenza *infungibile e fondamentale* della *volontà* di quei soggetti di diritto che lo stesso ordinamento individua come destinatari dei suoi precetti normativi. Dunque, in termini forse estremizzati ma icasticamente persuasivi, sembrerebbe potersi affermare che i *cives* – che la società umana vorrebbe poter disciplinare nei loro rapporti e nelle loro relazioni intersoggettive – in tanto accettano di essere *eteroregolamentati* ad opera di una *autorità* costituita e unanimemente riconosciuta – ciò che ha *forza di legge* – in quanto si riconosca la strumentalità di tale *autorità* – il fenomeno *diritto* lato sensu inteso – all'attuazione delle libertà dei singoli nelle loro più diverse esplicazioni individuali e collettive[3]; ciò per dire che i singoli e globalmente intesi *cives* finiscono per diventare lo *scopo ultimo* del diritto e, quindi, quei *protagonisti* privilegiati che, pur subendone gli effetti, non ne sono meri e passivi

---

vero che la vastissima conoscenza del diritto positivo e la necessità di richiamare nella decisione dei casi pratici i principi propri a tutti quegli istituti, i quali concorrevano a formare il rapporto giuridico in questione, li rese atti precisamente a vedere la relazione tra i vari principi, i temperamenti che l'uno riceve dall'altro, a determinare gli effetti di un insieme di istituti…", tuttavia non ebbero un nozione onnicomprensiva di *sistema giuridico* che è indiscussa eredità della dogmatica moderna.

[2] Della vasta letteratura civilistica, si ricordino le imprescindibili opere del Betti., *Teoria generale del negozio giuridico,* Giuffrè, 1959; Trimarchi., *Atto giuridico e negozio giuridico,* Milano, 1940; Pugliatti-Falzea., *I fatti giuridici,* Messina, 1945; Stolfi., *Teoria del negozio giuridico,* Padova, 1947; Candian., *Intorno alla teoria del negozio giuridico* in *Temi,* 1947; Cariota-Ferrara., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano,* Napoli, 1948; Ferrante., *Negozio giuridico. Concetto,* Milano, 1949; Scognamiglio., *Contributo alla teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1950; Cozzi., *Contributo alla dottrina del negozio giuridico* in *Annuario di diritto comparato,* 1953; Campagna., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale,* Milano, 1958; Messineo., *Manuale del diritto civile e commerciale,* Milano, 1957; Santoro-Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1959, Barbero., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano,* Torino, 1958; Trabucchi., *Istituzioni di diritto civile,* Padova, 1959, Branca., *Istituzioni di diritto privato,* Bologna, 1959;

[3] In tal senso, una delle prime intuizioni del Pandettista tedesco Windsheid., *Diritto delle Pandette,* 1862 (trad. italiana di Fadda e Bensa, 1880), per il quale "… *il negozio giuridico studia il problema della volontà privata che si attua dentro l'ordinamento giuridico*".

destinatari in quanto possono dettare le regole del gioco e fissare i limiti entro cui il diritto può e deve operare, configurandosi, in ultima analisi, come gli *attori* e *autori* principali di quegli stessi precetti che li *regolamentano.*

Così individuata, sebbene nelle sue linee essenziali, la genesi *storica*[4] e *funzionale*[5] del negozio giuridico, se ne prospetti l'evoluzione successiva precisando che il concetto giuridico in esame,[6] appena elaborato, si trovò *dialetticamente* conteso da due correnti scientifiche[7], fortemente contrastanti tra loro, che diversamente ricostruivano la legittimazione *eziologia* ed *autoritativa* della *legge positiva;* infatti, se, da un lato, la scuola del diritto naturale, tanto celebrata dalla cultura illuministica del XVIII secolo, si fondava sull'indiscusso postulato della *formazione aprioristica del diritto ad opera della ragione,* la scuola storica, dall'altro, invertiva i termini della questione concependo il diritto come *creazione dello spirito popolare.*[8] Ciò che vorrei sottolineare è che, nonostante le diverse premesse teoriche, l'unico *campo di riflessione* su cui le due prospettive speculative[9] non si scontrarono in termini inconciliabili fu proprio quello della *volontà privata;* se l'indirizzo razionalistico, infatti, esaltava la ragione giuridica *subiettiva* alla quale la scuola storica contrapponeva la *coscienza popolare*, nessuna delle due teorie giungeva, però, a negare, *in sé,* la valenza *ontologicamente autonoma* del principio della *libertà della ragione* che, a sua volta, non poteva essere studiato e analizzato se non in relazione al *singolo individuo agente.*

E' questo, a parer mio, uno degli snodi concettuali più essenziali e fondativi dell'intera evoluzione della teoria del negozio giuridico in quanto – poiché *condiviso* ed unico *punto di intersezione* fra le diverse prospettive di analisi speculativa ed ermeneutica – [10] il problema della volontà finì per cristallizzarsi ed estremizzarsi nel c.d. *dogma della volontà* e, come tale, fu al centro di quella *teoria generale del diritto*[11] che la scienza

---

[4] Che, si ricordi, abbiamo riconosciuto nella speculazione teorica della Pandettistica tedesca dell'Ottocento

[5] Per quel che concerne, come appena sopra accennato, il rapporto tra soggetti di diritto ed ordinamento giuridico di riferimento

[6] Id est, il negozio giuridico

[7] Interne alla Pandettistica tedesca della prima metà dell'Ottocento

[8] Evidente, in materia, l'influenza assorbente dell'idealismo filosofico tedesco e, in maniera particolare, della concezione *hegeliana* del diritto.

[9] Ovvero, scuola del diritto naturale e scuola storica

[10] Facenti capo, rispettivamente, alla scuola del diritto naturale e alla scuola storica

[11] La c.d. *Allgemeine Rechtslehre*

giuridica tedesca elaborò nella seconda metà dell'Ottocento e trasfuse nel codice civile germanico[12].

Sulla base di queste premesse teoriche, si giunse ad una primissima *intuizione*[13] del concetto di negozio giuridico in termini di *manifestazione di volontà*[14] *del privato tendente ad un risultato che l'ordinamento giuridico riconosce e attua con i mezzi che ha predisposto*;[15] si proceda ad una analisi delle singole componenti costitutive.

Si inizi la riflessione puntualizzando che tra la nozione di *volontà* e quella di *negozio giuridico* vi è, quasi, una sorta di ciclica continuità logica in quanto quest'ultimo[16] è, in sé, una *estrinsecazione di volontà* che presuppone, al suo interno, la coesistenza di due elementi tra loro reciprocamente connessi, l'uno, di carattere strettamente *subiettivo,*[17] e l'altro[18], di valenza prettamente oggettiva, che del primo rappresenta l' indispensabile *proiezione sintetica* all'interno dell' ordinamento giuridico.

Quanto alla prima componente[19] si precisi che, pur se di indubbia genesi e valenza *individuale* e *personalistica,* essa non potrà identificarsi in qualsivoglia impulso emozionale – spontaneo ed irrazionale del soggetto *sub specie* di *neutrale* ed *atipica* aspirazione o desiderio che avvenga alcunché – ma, piuttosto, dovrà rilevare in chiave *oggettivamente valutabile e controllabile ab externo* in termini di *intenzione matura e definitiva di tendere ad uno scopo*[20]; similmente, la successiva *manifestazione* della

---

[12] Il c.d. *Burgerliches Gesetzbuch* che, si ricordi, entrò in vigore il primo gennaio del 1900 introducendo per la prima volta, nel patrimonio giuridico dell'Europa continentale, una *codificazione normativa* della *teoria della volontà* in seno ad un ordinamento giuridico positivo.

[13] In tal senso, tra tutti, cfr. Windscheid., *op. cit.*,

[14] Sul punto, magistrale l'insegnamento del Betti., *Teoria generale del negozio giuridico,* Giuffrè, 1959, per il quale "… *il negozio giuridico va concepito quale atto di autonomia privata cui il diritto ricollega la nascita, la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici tra singolo e singolo"*

[15] In tal senso, Calasso., *Il negozio giuridico,* Giuffrè, 1959, per il quale il negozio giuridico sarebbe nient'altro che la "*sintesi di due elementi strutturali, volontà e scopo pratico"*

[16] I.e., il negozio giuridico

[17] La c.d. componente volitiva dell'*agens stricto sensu* intesa

[18] I.e. la conseguente manifestazione *all'esterno* della volontà concepita dall' *agens*

[19] Ovvero quella più spiccatamente *subiettiva;* cfr. nota 17

[20] Peculiare, sul tema, la posizione del Betti., *Teoria generale del negozio giuridico,* Giuffrè, 1959, per il quale "*… con il negozio il privato non si limita a dichiarare che vuole alcunchè, ma dichiara senz'altro la cosa che vuole";* secondo questa impostazione, dunque, essenziale non sarebbe tanto la *manifestazione di un volere* quanto, piuttosto, "*… la prescrizione di un regolamento impegnativo ai propri interessi… il* (c.d.) *legem rei suae dicere"*. Questa posizione teorica, sebbene assolutamente affascinante, non deve, però, essere estremizzata perché rischia di invertire pericolosamente i termini di analisi della questione; più in particolare, se il *proprium* del negozio viene individuato nel momento *autoprecettivo* del privato e si residua a mero antefatto *storico* l'elemento volitivo del soggetto, si giunge ad un paradossale risultato ermeneutico-interpretativo in cui sembra sfuggire lo stesso concetto di *autonomia privata*; quest'ultima, infatti, è (e rimane) una pura *astrattezza concettuale* fintantoché non venga esercitata in concreto dal

volontà[21], non potrà limitarsi ad una mera valenza probatoria dell'esistenza di un qualsivoglia proposito nella sfera interna di un soggetto ma, bensì, dovrà rilevare (essa stessa) come sicuro indice di *fermezza* e *consapevolezza* del processo volitivo *in itinere* che dovrà ritenersi talmente *definito* e *compiuto* da potersi senz'altro palesare al mondo esterno.

L'atto di volontà[22] del soggetto, a sua volta, dovrà mirare al perseguimento di un *risultato* o, *rectius,* di un *effetto;* sul punto, però, si impone una importante precisazione logica-giuridica su cui ruota l'intera essenza della nozione di negozio giuridico.

Si badi bene, infatti, che il fine cui teleologicamente tende la stessa manifestazione volitiva dell' *agens* non potrà essere un *qualunque* effetto assolutamente *indeterminato, generico ed indifferenziato* ma, piuttosto, dovrà essere proprio quello che la volontà del dichiarante si è prefissata, *intenzionalmente,* di perseguire[23] dovendosi concludere, in mancanza di questa duplice coincidenza soggettiva[24] ed oggettiva[25], nel senso che si tratterà di qualche altra fattispecie giuridicamente rilevante che non costituirà, però, un *negozio giuridico stricto sensu inteso.*[26]

---

privato attraverso una precisa scelta di campo, ovvero attraverso quell' insostituibile *atto di volontà* che è il solo fedele parametro (di riferimento) per l'individuazione dell'interesse negoziale perseguito. Tale atto di volontà, a sua volta, in tanto sarà *autonomo* in quanto deriverà *consapevolmente* da una libera autodeterminazione del soggetto (così anche Betti., *op. cit.*, per il quale "… *fra l'interesse regolato e la volontà regolatrice vi è immediata coincidenza.. perché sono interesse e volontà delle stesse persone"*). E', dunque, da questi atti di volontà concreti, che si incontrano con le norme *precostituite* dell'ordinamento giuridico, che si intuisce e comprende il concetto stesso di *autonomia privata;* stando così le cose, personalmente ritengo pericolosa una impostazione teorica che estremizzi la rilevanza sostanziale dell' *autoregolamento precettivo* sino a farne l'esclusiva essenza ontologica del negozio giuridico, con ciò ponendo in secondo piano, invece, la valenza *strategica* dell'atto di *volontà negoziale* attraverso il quale, secondo il percorso sin qui delineato, si è induttivamente risaliti al concetto stesso di *autonomia negoziale* di cui il *negozio giuridico* è l'entificazione positiva più diretta e ontologicamente coincidente .

Circa la complessa valenza sostanziale della nozione giuridica di autonomia cfr. Pugliatti., voce *Autonomia privata,* in *Enc. del diritto,* IV, Milano, 1959; Tedeschi., *Volontà privata autonoma*, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto,* IX, 1929; Trimarchi., *Atto giuridico e negozio giuridico., op. cit.,*

[21] I.e., la componente volitiva oggettiva; cfr. nota 18

[22] Globalmente inteso e, dunque, nella sua duplice valenza *soggettiva ed oggettiva* come *retro* intesa

[23] Ecco una primissima conferma di quanto detto all'inizio della trattazione allorché si è inteso il negozio giuridico come quel vincente *escamotage normativo* che consente ai privati di essere, nel contempo, autori e destinatari dei precetti che li regolamentano; nell'ottica negoziale, infatti, essi si impegneranno ad osservare quelle regole (la c.d.*lex contractus*) che essi stessi hanno liberamente voluto porre in essere.

[24] Interesse *astrattamente* perseguito dalle parti nei termini in cui dedotto nella manifestazione volitiva

[25] Interesse in concreto realizzatosi fra i paciscenti

[26] Anche la lettera della legge del codice civile vigente sembra inequivocabilmente suggerire in tal senso; infatti, l'art. 1321 c.c., col prescrivere che il contratto è l'accordo delle parti *per* regolare, costituire ed estinguere rapporti giuridici patrimoniali, sembra voler suggerire e costruire l'essenza più autentica del nesso logico tra causa ed effetto della regolamentazione negoziale proprio in chiave *finalistica* e *teleologica* rispetto al volere di tutti i soggetti partecipi della convenzione pattizia

L'effetto, infine, deve essere *giuridico;* per poter comprendere appieno la portata semantica e sostanziale di questa indispensabile precisazione concettuale[27] ritengo sia opportuno risolve il *rebus* interpretativo che ne possa derivare in termini prettamente positivi, ovvero prendendo le mosse dal combinato disposto di cui agli artt. 1321 e 1372 c.c.

La prima disposizione in esame[28] non si limita a definire il contratto come un qualsivoglia *accordo generico* ma lo *tipizza* in maniera specifica richiedendo espressamente che si tratti di un *rapporto giuridico patrimoniale*; quest'ultimo[29], a sua volta, in forza del precetto di cui all'art. 1372 c.c. [30], sarà tale da *avere forza di legge tra le parti.*

Combinando i risultati ermeneutici delle due disposizioni, ne deriva una conclusione (solo) apparentemente tautologica, tale per cui sarà *contratto* solo quel *rapporto patrimoniale tra le parti* che sia suscettibile di *avere forza di legge,* valenza precettiva che, a sua volta, lo stesso rapporto negoziale (eventualmente posto in essere) potrà avere solo se *giuridico.*

Stando così le cose, ne risulta che è proprio nella *giuridicità del vincolo* l'elemento discretivo e selettivo tra ciò che è contratto e altri rapporti che tali non sono, e, dunque, si dovrà procedere a fissarne la portata semantica e concettuale per individuare quali siano i limiti e i confini dell'area di pertinenza della c.d. *negoziabilità convenzionale*[31] ai fini di determinarne i conseguenti corollari prospettici e di disciplina *positiva.*

La soluzione al quesito, in chiave quasi sillogistica rispetto ai parametri di riferimento giuridici prescelti[32], sembra essere quella per cui tale *giuridicità* la si dovrà intendere *sub specie* di *astratta suscettibilità di tutela,* da parte dell'ordinamento, della *posizione giuridica soggettiva negoziata dai privati* in quanto solo quel rapporto *pattizio* che sia anche *giuridico* (e non altri) sarà talmente *meritevole* da assumere la stessa forza cogente[33] della massima espressione del diritto costituito, ovvero la legge.[34]

---

[27] Ovvero quella per cui l'effetto (negoziale) cui tendono le parti deve essere *giuridico*

[28] (I.e., art. 1321 c.c.) Che, si ricordi, fissa la nozione del contratto in termini di *accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*

[29] Ovvero ciò che, a buon diritto e secondo lo schema logico di riferimento, potrà definirsi *contratto*

[30] In materia di *effetti del contratto,* Capo V, Libro IV, del codice civile

[31] E, quindi, dell'area di pertinenza applicativa del principio di *autonomia dispositiva* globalmente inteso

[32] Si ricordi, le disposizioni normativi di cui agli artt. 1321 e 1372 c.c.

[33] In tal senso si parla di *lex contractus*

Quanto sin qui detto, però, potrebbe portare ad una indebita commistione di piani di indagine differenti che è opportuno, in tal sede, puntualizzare; si tratta del rapporto, spesso *dialetticamente* e confusamente inteso, tra *contenuto* ed *effetti giuridici* del contratto.

---

[34] In realtà, la previsione di cui all'art. 1372 c.c. per la quale "*il contratto ha forza di legge"* è il frutto di una consapevole e voluta forzatura enfatica e concettuale; essa, infatti, la si deve leggere in stretta relazione con i principi di *impegnatività* ed *obbligatorietà* conseguenti alla conclusione di un qualsivoglia vincolo negoziale. Ciò che il legislatore, con la perifrasi di cui al sopracitato articolo, vuole sottolineare è il carattere assolutamente *eccezionale* del *recesso* dall'impegno contrattuale assunto che, infatti, potrà avere luogo *solo* per *mutuo consenso* ovvero nei casi tipicamente previsti dalla legge (art. 1372, c.c.) Quanto detto, poi, altro non è che un coerente corollario di uno dei principi più generali e informatori dell'intero ordinamento giuridico privatistico (e non solo), ovvero quello dell' *autoresponsabilità;* coniugato nell'accezione che in tal sede a noi interessa, esso impone che una libera scelta di *obbligarsi* – e, dunque, di assumere un concreto *impegno giuridico* nei confronti di uno o più determinati soggetti dell'ordinamento – non possa essere revocata *ad libitum*, senza alcuna regola prescrittiva che ne disciplini l'esercizio, a tutela del legittimo ed incolpevole affidamento dei terzi o, *rectius*, a garanzia di tutti quegli interessi generali che possano, anche indirettamente, essere connessi ad una *individuale scelta volitiva* di parte che si esplichi all'interno dell'ordinamento giuridico globalmente inteso; è questa, peraltro, la prospettiva *normativa* che lo stesso legislatore sembra voler chiaramente suggerire nell'art. 1374 c.c. laddove si esprime nel senso che *" il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità "*, intendendosi, per integrazione del contratto, l'insieme delle determinazioni del rapporto negoziale che hanno titolo nella legge o in altre fonti esterne al contratto (c.d. *fonti eteronome*).
In materia, tra tutti, cfr. Rodotà., *Le fonti di integrazione del contratto,* Milano, 1969; Di Majo Giaquinto., *L'esecuzione del contratto,* Milano, 1967; Cataudella., *Sul contenuto del contratto,* Milano, 1966; Oppo., *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico,* Bologna, 1943; Gazzoni., *Equità e autonomia privata,* Milano, 1970; sulla *ratio* dell'art. 1374 c.c si rinvia (anche) alle considerazioni che seguono (in particolare, cfr. pag. 11 nota 56)
Critico sull' ammissibilità del concorso di fonti di integrazione eteronoma nel regolamento negoziale il Barcellona., (*Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici,* Milano, 1969) per il quale "*… non avrebbe senso parlare di concorrenza della legge alla costruzione del contenuto precettivo della fattispecie"*; l'obiezione, tuttavia, ritengo si possa agevolmente superare considerando che l'integrazione non opera sul piano della *fattispecie* e, dunque, non coinvolge il momento *genetico* del regolamento negoziale ma, piuttosto, la proiezione effettuale ed "*in executivis"* del contratto.

Il primo[35], nella sua più globale ed ampia valenza ontologica, comprende ciò che le parti stabiliscono sia in ordine ai *risultati materiali* perseguiti sia in relazione ai c.d. *effetti giuridici*; esso[36], dunque, deve essere tenuto distinto rispetto agli effetti perché, se il contenuto[37] del contratto *codifica e positivizza* l'impulso volitivo interno dei contraenti[38], gli *effetti giuridici* ne rappresentano le conseguenze giuridiche[39] o, *rectius,* le *modifiche di situazioni di diritto* che conseguono al regolamento negoziale e che in esso hanno il loro essenziale fondamento giuridico.

Tuttavia, la necessaria puntualizzazione del distinguo non deve essere estremizzata a tal punto da intendere le due nozioni[40] come *ontologicamente* incompatibili e reciprocamente *escludentesi.*[41]

---

[35] Sui temi generali del contenuto del contratto e dell'oggetto del negozio, tra tutti cfr. Cataudella., *Sul contenuto del contratto,* Milano, 1966; Irti., *Oggetto del negozio giuridico* in *Noviss. Digesto Italiano,* XI, 799.

Più in particolare, vorrei soffermarmi su un peculiare distinguo che la dottrina civilistica più attenta non ha mancato di sottolineare ed argomentare compiutamente;mi riferisco al rapporto tra contenuto del contratto *in senso formale* e contenuto del contratto *in senso sostanziale.*

Nella prima accezione del termine si fa rientrare l'intero testo del regolamento negoziale ovvero l'insieme di tutte le dichiarazioni che rientrano nel contenuto dell'accordo contrattuale, abbiano (o meno) natura dispositiva; sul punto, in particolare cfr. Bianca., *Il contratto. Diritto Civile,* III, Giuffrè, Milano, 2000, per il quale, nell'ambito del contenuto del contratto in *senso formale* , rientrerebbero anche "… *le premesse e le narrative in fatto mediante le quali i contraenti chiariscono gli antecedenti del contratto"*.

Il contenuto del contratto in *senso sostanziale,* invece, andrebbe a rappresentare l' *autoregolamento* delle parti in senso stretto (la c.d. *lex contractus)* inteso come l'insieme delle (sole) dichiarazioni dispositive mediante le quali i contraenti determinano il loro rapporto contrattuale.

Anche la giurisprudenza di legittimità sembra aver fatto sua questa distinzione in materia di contenuto del contratto; tra tutte, cfr. Cass., 17 maggio 1977 n. 2008 per la quale "… *spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, se dichiarazioni unilaterali contenute in un contratto abbiano carattere meramente enunciativo ovvero, in quanto tendenti, in realtà, alla disciplina dei rapporti futuri tra le parti ad esse interessate, assumano valore precettivo negoziale, e tale accertamento detto giudice deve fare motivando congruamente sul complesso delle circostanze che caratterizzano, in concreto, quelle dichiarazioni"*

Il distinguo di cui sopra, infine, rileva anche in relazione alla connessa questione inerente l'individuazione dell' *oggetto* del contratto *ex.* art. 1325 c.c.; in merito, assai brevemente si puntualizzi che, se l'*opinio major* lo identifica senz' altro nel contenuto del contratto *in senso sostanziale* nell'accezione in cui sin qui spiegata, non mancano autorevoli posizioni contrarie; tra le più emergenti, si ricordino quelle di Scognamiglio., *Dei contratti in generale, (commentario*) che propende per l'autonoma rilevanza di una specifica *teoria dell'oggetto giuridico*; Betti., *op. cit.,* che individua l'oggetto nei c.d. *interessi regolati e perseguiti* dalle parti; Cariota Ferrara., *op. cit.*, che lo individua nel *bene quale entità reale sulla quale cadono gli effetti negoziali;* Falzea., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico,* Milano, 1941, che lo identifica nel *bene quale ideale previsione delle parti* e, infine, Osti., *Contratto* (voce), per il quale l'oggetto si identificherebbe con la *prestazione dedotta in contratto.*

[36] I.e., il contenuto del contratto

[37] Nella duplice accezione (*formale e sostanziale*) come sin qui delineata

[38] E, quindi, è il *prius logico* e *momento iniziale* dell'attività negoziale: si tratta della c.d. *componente ex ante* del processo di contrattazione

[39] Individuando, dunque, il *posterius* della negoziazione e, quindi, la fase della verifica *a posteriori* del risultato giuridico raggiunto*;* i.e. la c.d. *componente ex post* del processo di negoziazione

[40] Rispettivamente, quelle di contenuto ed effetti del contratto

Una simile tesi,[42] pur autorevolmente sostenuta in dottrina[43], non ritengo sia scientificamente persuasiva e conforme al dato positivo del codice vigente; infatti, col riconoscere il contratto come *strumento di pertinenza dell'autonomia negoziale mediante il quale i privati sono legittimati a creare, modificare o estinguere posizioni di diritto*[44], il legislatore ha compiuto una vera e propria *rivoluzione copernicana* (rispetto alle precedenti concezioni esclusivamente *autoritative* e *verticistiche* del diritto e del potere costituito) che trova il suo paradigma esemplificativo più compiuto proprio nella espressa riserva alle parti - e soltanto ad esse – di un *elettivo mezzo dispositivo di rapporti giuridici*[45] retto dal principio della *volontà privata* che, unico arbitro delle vicende pattizie[46], sarà intesa e recepita, dall'ordinamento, con valenza talmente *cogente* da poter determinare, *ex se,* e perseguire un determinato e specifico *risultato*[47] che la legge si limiterà soltanto a "ratificare[48]."

---

[41] Quasi a configurarle come la linea di margine, insuscettibile di qualsivoglia deroga, tra ciò che è riservato ai privati (contenuto del contratto) e ciò che è eterodeterminato (effetti del contratto) e, quindi, sottratto, senza alcuna eccezione, alla disponibilità delle parti in quanto terreno privilegiato di esclusivo dominio della *lex*

[42] Si tratta, appunto, della posizione teorica per la quale la volontà degli effetti giuridici sarebbe sempre irrilevante in quanto nella disponibilità delle parti rientrerebbe soltanto l'intento pratico da esse perseguito, essendo riservata inderogabilmente alla legge la competenza a prevedere e creare gli effetti giuridici conseguenti alla libera iniziativa *negoziale* dei privati; Sulla questione della rilevanza dell' intento giuridico cfr. Grassetti in *Studi econ. giur. dell'Univ. di Cagliari*, 1936.

[43] In tal senso, nella nostra dottrina, tra tutti cfr. Betti., *Teoria del negozio giuridico., op. cit.,* per il quale "*... le parti vogliono normalmente il risultato pratico cui il negozio serve...e non hanno bisogno altro onere che quello di dettare il contenuto precettivo... non c'è alcun bisogno di postulare, accanto all'intento pratico tipico, anche un intento rivolto agli effetti giuridici"*. Idem., *op. cit.,* recita che "*... mentre alle parti spetta il compito di foggiare il contenuto del negozio... è ufficio dell'ordine giuridico, e di esso solo e non delle parti, determinare gli effetti giuridici da ricollegare al negozio. La traduzione del precetto di autonomia privata in termini di diritto è compito esclusivo della legge"*. In tal senso anche Cataudella., *op. cit.*, per il quale"*... gli effetti giuridici sono la risposta dell'ordinamento all'atto di autonomia privata, conseguenti alla sua valutazione"*.

[44] Si tratta della valenza precettiva più autentica della disposizione di cui all'art. 1321 c.c.

[45] Ovvero il contratto ex. art. 1321 c.c.

[46] Quanto detto, ovviamente, deve essere letto con le debite cautele del caso e nell'ottica normativa di cui agli art. 1322 e 1374 c.c. (cfr, sul punto, p. 7 nota 34). Sintetizzando la questione, ritengo si possa senz'altro affermare che – pur se non tutti gli effetti giuridici siano determinati dalle parti in quanto il rapporto contrattuale sarà largamente integrato da effetti legali che le stesse potranno anche ignorare –, nei limiti in cui la *matrice effettuale* sia quella *prevista* dai contraenti, in alcun modo si perderà il significato giuridico essenzialmente *negoziale* dell' attività dispositiva posta in essere (in tal senso, tra tutti, cfr. Betti., *op. cit.,*)

[47] Tale da realizzare, a sua volta, l'interesse negoziale dedotto nella *lex contractus*

[48] Ancora una volta troviamo conferma di quanto già sostenuto circa la peculiare e duplice caratterizzazione delle parti che, nell'ottica negoziale, rileveranno, nel contempo, come *autori* e *destinatari* di quegli stessi precetti che li regolamentano; cfr. retro pag 2 e seg. con connesse note; sulla c.d. *ratifica* degli effetti, si coniughi il concetto alla luce delle precisazioni di cui alle note che seguono e ai riferimenti normativi e teorici *ivi* richiamati

Ciò considerato ne deriva che, se tale *risultato* giuridico cui mirano le parti contraenti è riconosciuto lecito dall'ordinamento giuridico, esso stesso andrà a rilevare come una sorta di *condicio sine qua non*[49] del negozio medesimo e, dunque, in termini di *giustificazione* del *fine* cui tende la volontà pattizia nell'ottica degli interessi generali perseguiti dal diritto statuale positivo[50].

Proprio a partire da questa ultima considerazione, si può compiere un decisivo passo in avanti nel nostro iter *logico conoscitivo* poiché, già dalla tradizione romanistica,[51] è proprio a questa *giustificazione dell'atto di volontà del soggetto,* in relazione all'ordinamento giuridico di riferimento, che si è attribuito il nome tecnico-giuridico di *causa*[52] a voler significare, in questa ottica prospettica, che tale *causa*[53] finisce per rilevare come la più autentica *ratio essendi* del negozio nei mutabili confini del sistema giuridico globalmente considerato.

Tale *ragion d'essere* del negozio[54], a sua volta, si troverà *dinamicamente* pervasa da due forze *dialetticamente* opposte, rispettivamente, la *volontà del privato*, da una parte, e la

---

[49] Ho volutamente scelto questa espressione *semanticamente forte* per sottolineare la caratterizzazione più autentica del negozio giuridico che, nella sua enfasi concettuale, è tale per cui l'interesse e/o *risultato* astrattamente perseguito dalle parti dovrà coincidere con quello realizzatosi (in concreto tra le stesse) che l'ordinamento giuridico, nei limiti legali, si limiterà soltanto a "*ratificare";* il rigore sul punto è massimo. Infatti (come detto *retro,* cfr. pag. 5), trattandosi della massima espressione dell'*autonomia dispositiva delle parti,* in mancanza di questa duplice coincidenza *soggettiva* (interesse perseguito) ed *oggettiva* (interesse realizzato) si dovrà escludere la sussistenza di una fattispecie negoziale *stricto sensu* intesa; per i debiti temperamenti alla tesi esposta, si rimanda al complesso delle argomentazioni come fin qui costruite

[50] In maniera speculare, dunque, una manifestazione di volontà che tendesse ad uno scopo non riconosciuto o ritenuto illecito dall'ordinamento non potrebbe ammettersi e l'eventuale manifestazione volitiva ad esso diretto resterebbe improduttiva di qualsivoglia conseguenza giuridica.

[51] Circa queste origini romanistiche, illuminanti le opere di Lotmar., U*eber causa im romishen Recht,* Munchen, 1875; Brissaud., *De la notion de cause dans les obligations conventionelles, B*ordeaux, 1879; Brini., *Della causa nei negozi giuridici secondo il diritto romano,* Parma, 1889; Costa., *Della causa illecita espressa in una dichiarazione di ultima volontà,* in *Riv. Ital. per le scienza giuridiche,* X, 1890; Cugia., *Indagini sulla causa del negozio giuridico. Lì'espressione mortis causa, N*apoli, 1910; Georgescu., *Essai sue le mot causa dans le latin juridique* , in *Revista Clasica,* VI-VII, 1934-1935

[52] E si giunge, così, al *propium* più autentico della trattazione che ci occuperà

[53] Per una prima indicazione bibliografica sul tema, cfr. Bessone., *Adempimento e rischio contrattuale,* Milano, 1969; Ferri., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, cit.,* Nuzzo., *Utilità sociale e autonomia privata,* Milano, 1974; Bessone e Roppo., in *Il controllo sociale delle attività private,* a cura di Amato, Cassese e Rodotà, Genova, 1971; Giorgianni., *Causa (diritto privato)* in *Enc. Dir.* VI; Carusi., *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano,* Napoli, 1947; Nicolò., *Aspetti pratici del concetto di causa,* in *Raccolta di scritti,* Milano, 1980; De Gennaro., *I contratti misti,* Padova, 1934; Carnelutti., *Sulla causa della transazione* in *Studi di diritto civile,* Roma, 1916; Venezian., *La causa nei contratti,* Roma, 1892; Brusa., *Il concetto di causa nei negozi giuridici,* Torino, 1901 Ferrara., *Teoria del negozio illecito nel codice civile italiano,* Milano, Soc. Ed. Libraria, 1902

[54] E, dunque, ciò che, fin qui, abbiamo individuato come la matrice concettuale più essenziale della nozione stessa di *negozio giuridico*

volontà dell'ordinamento, dall'altra; la prima[55] sarebbe *tendenzialmente* libera se non fosse che il singolo è anche *homo socius* che, vivendo insieme con altri singoli egualmente liberi come lui all'interno di una *societas iuris,* si troverà a misurarsi con la *volontà dell'ordinamento,* ovvero con quella *dimensione pubblicistica* del fenomeno *diritto lato sensu* inteso che dovrà essere garante di una convivenza reciproca degli *homines socii* al fine di rendere possibile l'attuazione dell'ordine civile nella vita associata[56].

---

[55] I.e., volontà privata

[56] Sul piano più strettamente positivo, una conferma del *bonum* di quanto sin qui affermato sembra potersi rinvenire nella disposizione codicistica di cui all'art. 1322 c.c. , comma secondo, che, rubricata " A*utonomia contrattuale",* sembra affrontare proprio la questione del rapporto tra *volontà privata* e *volontà dell'ordinamento.* Tale norma, infatti, rappresenta la *clausola di salvezza* e, più in particolare, il *filtro selettivo di ammissibilità* dell' *autonomia privata* nei confini del sistema giuridico di riferimento*:* ovvero, attraverso il c.d. giudizio di *meritvolezza* ex. art. 1322 c.c., il legislatore fissa, nel contempo, la fonte legittimante e i connessi limiti *applicativi e di rilevanza* dell'attività negoziale stabilendo che " *le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare* (i.e. quelli previsti dalle legge o, *rectius, tipici*) *purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".* Quest'ultimo (i.e. ciò che abbiamo definito come *volontà dell'ordinamento*), dunque, diventa parametro discretivo tra la *negozialità* (i.e.v*olontà privata*) *lecita* – suscettibile di inscriversi nei confini prospettici del diritto positivo – e quella illecita che, in quanto tale, non sarà riconosciuta degna di alcuna tutela e, dunque, sarà considerata e recepita dall'ordinamento *tamquam non esset* (in tal senso cfr. anche note che precedono)

La prospettiva di indagine suggerita dalla previsione normativa in esame (art. 1322.c.c.) è una delle più complesse e delicate questioni su cui ancora oggi la dottrina civilistica si confronta al fine di trovare una auspicabile *posizione di sintesi* tra le diverse esigenze coinvolte.

Sebbene in via assolutamente sintetica – in previsione delle considerazioni (squisitamente lavoristiche) che ci occuperanno nel proseguo della trattazione, allorché si tratterà più compiutamente della *causa* come fondamento della rilevanza giuridica del contratto di lavoro – si ritiene opportuno dar conto del panorama speculativo in merito.

Nel dibattito inerente la portata di questa norma (art. 1322 c.c., comma secondo), sono essenzialmente due le tesi emergenti; l'una, estremizzando la portata concettuale della disposizione in oggetto, giunge a richiedere una vera e propria *funzione sociale* del contratto (tra i suoi più celebri sostenitori cfr. Betti., *op. cit*) mentre l'altra, diametralmente opposta, si fonda sul principio della *insindacabilità, nel merito, degli interessi perseguiti dalle parti* (in tal senso, cfr. Gorla., *Il contratto,* I, Milano, 1955; Ferri., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano, 1966).

La prima posizione teorica sembra dipingere orizzonti normativi assai angusti; essa, infatti, andrebbe a circoscrivere troppo la dimensione applicativa dell'autonomia privata sino a giungere alla prospettiva paradossale per cui sarebbero ammissibili soltanto quei negozi che realizzino *interessi socialmente utili* e non anche quelli tendenti a fini *estranei* al bene comune; una simile impostazione speculativa, peraltro, finisce per porre nel nulla la nozione stessa di negozio giuridico e la sua *ontologica* natura *di strumento dispositivo* volto alla realizzazione degli interessi convenzionali delle parti. Questa tesi, inoltre, - così il Gorla., *op. cit.* – , sarebbe espressione di una ideologia *dirigistica* contrastante con l'aspirazione sostanzialmente *liberistica* del codice civile vigente che consente, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 1321 e 1322 c.c., di realizzare tutti gli interessi individuali con il solo limite della *illiceità.*

D'altro canto, nemmeno la tesi che si fonda sul principio della *assoluta insindacabilità, nel merito, degli interessi pattizi* può essere enfatizzata ed accolta incondizionatamente; essa, infatti, deve coniugarsi con la precisa scelta di campo operata dal legislatore con la disposizione di cui all'art. 1322 c.c., comma secondo, secondo la quale *non qualsivoglia interesse giustificherà il contratto ma solo quelli che siano meritevoli di tutela secondo l'ordinamento*.

Di fronte ai sopra esposti ed estremi indirizzi teorici, ritengo sia auspicabile sostenere una coerente *vox media* che si ponga in posizione intermedia tra la tesi (troppo restrittiva) della *funzionalizzazione*

Stando così le cose, ne consegue, *naturaliter,* la fisiologica *vocazione sintetica* della causa che dovrà far convivere ambedue queste libertà[57] nella continua tensione verso quel difficile *punto di equilibrio* che riesca a bilanciare le diverse esigenze coinvolte nella dialettica disamina, unitaria e globale, degli interessi perseguiti.[58]

E'questa, a parer mio, la prospettiva vincente della speculazione teorica in materia; infatti, è proprio nel tentativo di definire e fissare i limiti ed i parametri di esplicazione della volontà individuale dei soggetti nei limiti dell'ordinamento (giuridico) che si è

---

dell'interesse pattizio a quello generale e quella (troppo ampia) che non riconosce alcun limite applicativo al principio della *autonomia contrattuale;* una simile (e mediana) posizione teorica, a parer mio, deve tenere conto della precisa scelta costituzionale (art. 41) per la quale "… *l'iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana,"* con la conseguente precisazione per cui, in questa ottica, il giudizio di meritevolezza si andrà a spostare sul terreno della *causa* nel senso di dover considerare come *meritevoli di tutela* quegli interessi che, pur non identificandosi nella *funzione sociale,* non siano, però, totalmente estranei e/o incompatibili con le esigenze della comunità (civile) rilevanti secondo i parametri di riferimento della Carta fondamentale, rispondendo, così, a valori condivisi nella vita di relazione

Anche una simile tesi, tuttavia, deve essere interpretata con la massima cautela per non giungere a risultati paradossali che vadano a violare, in concreto, la competenza dei privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale; è questo, infatti, il timore principale della giurisprudenza di legittimità che, soprattutto in passato, si è mostrata poco incline a considerare la causa come *strumento di controllo* delle clausole inique (sul punto, ampiamente, nel capitolo che segue) per evitare una sostituzione del sindacato del giudice alla libera valutazione ed iniziativa negoziale e pattizia.

Infine, in ottica comparatistica, si osservi come la delicatezza della questione teorica affrontata sia tale da riscontrare analoghi dibattiti anche negli ordinamenti di Common Law; solo per cenni, per quel che attiene all'ordinamento inglese, anche qui si registra una tensione dialettica tra una tesi svalutativa della nozione di causa ed un'altra che, invece, la individua come *criterio di controllo* della giustizia sostanziale del contratto a tutela dalla c.d. *gross disparity* che sarebbe motivo di invalidità del negozio che la preveda. Sul tema, tra tutti, cfr. Atiyah., *The law of Contract,* per il quale "… *the adequacy of the consideration is for the parties to consider at the time of making the agreement , not for the Court when it is sought to be enforced"*. Nel diritto statunitense, invece, prevale una tesi assai *elastica* che ravvisa nella causa qualsiasi ragione dell'affare (c.d. *bargain theory)* tale per cui la sufficienza della causa nominale sarà indipendente dalla sua adeguatezza sostanziale (c.d. *peppercorn theory*).

Ciò premesso, si comprende ancor meglio la *ratio* più autentica della disposizione normativa di cui all'art. 1374 c.c. (cfr. nota 30), in materia di integrazione del contratto, ai sensi della quale" ... *il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità"* . Essa, infatti, lungi dal poter rilevare come argomento testuale *in favor a*lla tesi della c.d. i*ndisponibilità degli effetti giuridici* ad opera delle parti - questione già affrontata retro, cfr. relative note - codifica, ancora una volta, il valore giuridico del rapporto tra *volontà privata* e *volontà dell'ordinamento* prevedendo che gli effetti giuridici di *matrice pattizia* dovranno necessariamente combinarsi e leggersi alla luce dei *limiti e requisiti legali* previsti dall'ordinamento giuridico nell'esercizio *discrezionale* della sua indiscutibile prerogativa di sintesi fra *interessi particolari dei singoli* e *interessi generali* della comunità di diritto (i.e. s*ocietas iuris*) globalmente intesa.

[57] Rispettivamente, quella del singolo e quella dell'ordinamento

[58] Circa il tema dei rapporti tra volontà del singolo e volontà dell'ordinamento, celebre la definizione di Bartolo da Sassoferrato per il quale le due componenti (volitive) coesistenti si estendono " *quatenus iuris ratio patitur"*

giunti ad una delle prime e più puntuali definizioni della nozione stessa di *negozio giuridico* in termini di " *attuazione della libertà del privato nella sfera del diritto*[59]" .

Dunque, è il *rapporto* tra volontà privata e volontà dell'ordinamento ciò che, nella normalità della prassi, realizza lo straordinario risultato per cui gli *effetti* voluti dal privato saranno proprio quelli predisposti e previsti dal sistema giuridico di riferimento[60]; è proprio questo misterioso *rapporto*[61] – fonte di conseguenze giuridiche e *substrato sostanziale* di ciò che *sinteticamente* designamo con la perifrasi di *negozio giuridico* – il *proprium* più autentico della nozione di *causa* che ci prefiggiamo di studiare , comprendere ed analizzare nelle sue più essenziali e dialettiche componenti costitutive per poi procedere a coniugarne i risultati scientifici ottenuti alla luce di uno dei *negozi bilaterali,* o, *rectius,* dei contratti più peculiarmente caratterizzanti lo svolgersi dell' esperienza *umana* nei confini dell' *ordinamento giuridico* di riferimento, ovvero il contratto di lavoro.

In finale, una ultima notazione che ritengo essere uno dei moventi principali che mi ha portato ad intraprendere questa ricerca: studiare il *contratto* dal punto di vista della causa significa indagarne le ragioni e le forme di vita entro l'ordinamento e, quindi, captarne l'essenza *giuridica* nella sua più intima e vera valenza sostanziale ed ontologica; proprio a questi risultati, in riferimento al contratto di lavoro, si vorrà scientificamente tendere[62].

---

[59] Così Hugo., *Institutionen des heut. Rom. Rechts,* II, § 29. Similmente, altri celebri autori della Pandettistica tedesca; tra tutti cfr. Savigny., *System des heutigen romishen Rechts,* 1840 (trad. italiana di Vittorio Scialoja, Torino, 1888), I, § 52, secondo il quale "*… alla volontà individuale è assegnato un campo nel quale essa domina indipendente da ogni volontà altrui*". Ancora più rigoroso ed incisivo il Windsheid., *Diritto delle pandette,* 1862, (trad. italiana di Fadda e Bensa, 1880), § 69, il quale afferma che "*… il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata. La persona comanda e il diritto si appropria del suo comando, sotto riserva della causae cognitio*". In tal senso anche Dernburg., *Pandette,* I, § 91, per il quale "*… il negozio giuridico è in generale l'instrumento della determinazione autonoma nel campo del diritto privato"*

[60] Si tratta, in nuce, della valenza più essenziale del concetto stesso di negozio giuridico

[61] I.e., quello tra volontà privata e volontà dell'ordinamento

[62] E questo sarà, come si avrà modo di verificare, l'ultimo "orizzonte" euristico cui si giungerà al termine del globale iter logico-speculativo di cui consta il presente lavoro di ricerca

CAPITOLO I

Il concetto di causa del contratto: analisi della sua valenza giuridica ed ontologica

1.1) Profili storici della nozione causale

Il termine *contratto,* nel lessico giuridico odierno, significa *negozio giuridico bilaterale,* ovvero *negozio giuridico* in cui due soggetti intervengono per disporre della propria sfera di competenza attraverso una peculiare *fusione* – di due atti giuridici *unilaterali*[1] e di due volontà[2] - che darà vita ad un *risultato* unitario espresso nel concetto di *accordo* e/o consenso.

In tale accezione, il concetto non è di immediata derivazione romanistica [3]; infatti, nella lingua dei giureconsulti romani, il termine *contrahere* si riferiva più all'idea del *vincolo giuridico*[4] che a quello del *consenso*[5] e le due nozioni[6] erano spesso utilizzate in termini alternativamente fungibili[7].

---

[1] Nell'ambito della procedura tradizionale di formazione del contratto ex art. 1326 c.c., si tratterà, rispettivamente, della proposta e dell'accettazione; circa la loro (tuttora) controversa natura giuridica, tra tutti, cfr. Bianca., *Diritto Civile,* Il contratto, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2002

[2] Si tratta dell'espressione più peculiare del c.d. *dogma della volontà* in forza del quale il contratto sarebbe effetto di una duplice manifestazione volitiva la cui *reductio ad unum* andrebbe a costituire la *volontà unitaria* dell'atto di autonomia negoziale posto in essere, a guisa che i moventi *personalistici* della contrattazione si confondono e dissolvono nella *lex contractus* come dedotta nel definitivo regolamento pattizio.

[3] Si rimanda alle considerazioni di cui alla premessa introduttiva*;* in particolare cfr. pag. 1 e ss, nota 1

[4] Era assai forte, cioè, il senso materialistico del legare (*obligare vulnus, venas, obligatio linguae)* e dello stringere *(contrahere succum, ventrem, diem, animam),* in netta antitesi con quello opposto di *solutio;* il concetto stesso di *obligatio,* infatti, nel diritto romano rilevava come un "… *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* (Istituzioni di Giustiniano, 3, par. 13) . In un passo del Digesto (44, 7, par. 3), il concetto di *vincolo giuridico* è ancor più sottolineato allorche il giurista Paolo individua il *proprium* dell'obbligazione nel principio per cui "… *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum"*

[5] I termini significanti l'accordo, infatti, per i Romani erano quelli di *consensus, conventio, pactio e pactum.* In materia, autorevole lo studio del Manenti. (*Sui pacta.,* Siena, 1891) il quale osserva come, nella sua prima accezione semantica, il termine *pactum* ebbe una valenza processualistica in quanto andava ad individuare quella specifica figura di accordo destinato esclusivamente ad eliminare l'*actio,* rilevando, dunque, in chiave essenzialmente *liberatoria* del convenuto. Sul distinguo circa la nozione di *contractus* e di *conventio,* si confronti anche lo studio del Bonfante (*Il contratto e la causa del contratto,* in *Riv. Dir. Comm., 1908*) per il quale i due concetti possono inquadrarsi come "… *circoli intersecantesi… non già il primo* (necessariamente) *inscritto e chiuso nel secondo"*.

[6] Rispettivamente, quella di *contractus* e di *obligatio*

[7] In tal senso, lo stesso Paolo giungerà a dire che "… *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur"*

Pertanto, se il termine *contractus* si adattava perfettamente a quei casi in cui si volevano indicare rapporti obbligatori che la legge permetteva di stringere volontariamente, più difficile era la sua compatibilità logica con le fattispecie costitutive di trasmissione del dominio o di costituzione di *iura in re* nelle vicende derivative dell'alienazione. La parola *contratto,* infatti, non esprimeva nè il concetto né il valore dell'accordo ma rilevava, piuttosto, come una sorta di generica *formula di sintesi* che andava ad indicare la serie dei rapporti in cui era astrattamente lecito *negoziare*[8]; il concetto di *accordo*[9], invece, era designato dalla parola *conventio*[10] che, all'origine, indicava soltanto un *mero elemento accidentale* del *contractus*[11] e la cui[12] autonomia concettuale sarà riconosciuta soltanto in epoca successiva, con l'avvento della giurisprudenza classica[13].

Dunque, se questo è il contesto storico nel quale ci si muove, dallo studio delle fonti romane risulta che la parola *contractus*[14] - e la connessa rilevanza del concetto di *causa* nei negozi del *ius privatum* romano – si affermò solo con il progressivo decadere del *formalismo solenne*[15], non prima dell'intervento del *ius legitimum vetus*[16] e in approssimativa coincidenza con il passaggio dal periodo arcaico a quello preclassico.[17]

---

[8] Dunque, via via che si ampliò la sfera dei rapporti obbligatori, si estese anche l'area applicativa del *contractus* che, però, si preferì restringere alle obbligazioni bilaterali caratterizzate da reciproci obblighi tra creditore e debitore, in termini assai prossimi a quelli che avevano caratterizzato l'esperienza greca del *sinallagma.*

[9] Nella nostra prospettiva civilistica, tra il concetto di accordo e quello di contratto vi è una sorta di ciclica continuità logica in quanto il primo (i.e., accordo) è il *fatto* stesso in cui si concreta la vicenda negoziale rilevando come – così, testualmente, Bianca., *op. cit.,* - *".. il reciproco consenso delle parti in ordine al programma contrattuale"* e, dunque, in termini di *espressione esterna* della fattispecie contrattuale globalmente intesa.

[10] Cfr. nota 5

[11] Nella sua *primitiva* nozione di *vincolo giuridico,* ovvero come sinonimo di *obligatio* più che di accordo; cfr. note 4 e 5

[12] Ci si riferisce alla nozione di accordo come stigmatizzato nella *conventio*

[13] Secoli V-VI a.c.

[14] Nell'attuale significato di *accordo/contratto* e non già di mero *vincolo giuridico obbligatorio* (cfr. *retro*)

[15] Seguendo le fonti storiche, infatti, sembra dedursi che la nozione di causa del contratto nasca proprio quando, per la prima volta, furono riconosciute *obligationes* indipendentemente dalla forma; in origine, ciò era impensabile in quanto qualunque rapporto obbligatorio richiedeva delle specifiche forme (per la sua validità) che, secondo la tradizionale cultura del popolo romano, erano *locuzioni essenzialmente verbali.*

Le più antiche testimonianze sono quelle dei negozi (*gesta) per aes et libram* (così Gaio., 2, 102; 3, 173), ossia compiuti con l'uso del bronzo (*aes*) e della bilancia (*libra*). Questi atti avevano in comune tre elementi: a) la pesatura del bronzo, b) l'intervento delle parti, di cinque testimoni e di un *libripens,* c) le dichiarazioni formali che mutavano a seconda dello specifico contenuto dell'atto. L'atto librale, infatti, poteva avere tre diverse funzioni. In primo luogo, poteva servire ad attuare una vendita avente ad oggetto una *res mancipi*, con immediato pagamento del prezzo e immediato passaggio della proprietà dal

Si tratta di una *rivoluzione copernicana* essenziale; per la prima volta, infatti, si riconosce *valenza obbligatoria* ad un negozio giuridico non più per la sua *forma* ma, piuttosto, sulla base di nuovi *fondamenti logici*[18] che, progressivamente, attribuiscono al *contractus*[19] il nuovo significato di *accordo,*[20] con la connessa e graduale prevalenza della *causa negotii*[21] sull'elemento del mero *vincolo giuridico obbligatorio* [22].

---

venditore al compratore: in tal caso si parlava di *mancipatio.* Altre volte esso serviva a concludere un mutuo in termini di prestito di denaro o di altre cose di genere (in tal caso si configurava il c.d. *nexum*) e, infine, sebbene in via residuale, l'atto librale era utilizzato in funzione solutoria a parziale o totale sostituzione del danaro o di altre cose determinate nel *genus* (c.d *solutio* per *aes et libram).*
Tra tutte, la formula più antica era senz'altro quella del *nexus* che, secondo la più tipica solennità primitiva, rilevava come una sorta di *titolo esecutivo* la cui efficacia era quella di accordare al creditore non soddisfatto la diretta esecuzione sul debitore secondo la tradizionale formula della *manus iniectio.* Questa arcaica forma di esecuzione sulla persona fu poi abolita nel 226 A.C. con la *Lex Poetelia* che fu intesa come una vera e propria vittoria della libertà civile; al riguardo, Tito Livio dirà "… *eo anno… plebi romanae velut aliud initium libertatis factum est…*" , sottolineando, altresì, l'alterazione subita dal concetto stesso di obbligazione in quanto *"…pecuniae creditae bona debitoris… non corpus obnoxium esse"*.
Al di là della sua disciplina positiva, era controversa la natura giuridica del *nexus;* secondo l'opinione maggioritaria bisognava distinguere due ipotesi a seconda che esso (*nexus*) ricopriva la forma *per aes et libram* o rilevava in termini di *autopignorazione* in sintonia con la sua originale *vocazione esecutiva;* nel primo caso era assimilato alla figura del *mutuo*, nel secondo si assimilava alla natura *dell'obbligatio* come vincolo giuridico classico
Gli altri tipi di obbligazioni verbali (*verbis contrahitur*) erano la *dictio*, il *iusiurandum* e la *stipulatio*. La prima formula (*dictio*) apparve solo relativamente alla promessa dotale (*dotis dictio*), era lecita soltanto alla donna, al suo debitore o al padre di lei e scomparve con il riconoscimento del patto dotale.; il *iusiurandum,* invece, era una primitiva forma di obbligarsi che sopravvisse al diritto giustinianeo solo relativamente alle opere promesse dal liberto al patrono (c.d. *iusiurandum liberti*).
Il negozio più diffuso fu, però, quello della *stipulatio* che faceva sorgere obbligazioni secondo un rigido meccanismo di congruenza tra domande poste dal creditore e risposte fornite dal debitore (*spondes? Spondeo; promittis? Promitto; facies? faciam*); lo schema contrattuale, peraltro, mancava di un oggetto precostituito che, invece, veniva inserito di volta in volta secondo il risultato che si voleva in concreto raggiungere. Anche in riferimento alla *stipulatio,* però, il progressivo venir meno del *formalismo solenne* ridusse l'elemento più autentico della figura in esame all' *intenzione di stipulare* (*animus stipulandi*) salvo il principio della necessaria compresenza contestuale delle parti che, in prosieguo, fu anch'esso abolito.

[16] E, in particolare delle XII tabulae

[17] Secoli V-VI a.c. In tal senso, cfr. Czyhlarz., *Lehrbuch der Institutionen des romischen Rechts,* Vienna-Lipsia, 1911; Bonfante., *Istituzioni di diritto romano,* Padova, 1942; Id., *Lezioni di diritto romano,* Roma 1958; Arangio Ruiz., *Istituzioni di diritto romano,* Napoli, 1956

[18] Le ancora indefinite *causae* che cercheremo di individuare nella loro valenza semantica

[19] Il quale, come visto, all'origine era inteso come una mera variante linguistica della nozione di *obligatio;* cfr. *retro*

[20] E' proprio in questa nuova accezione semantica che i primi *contractus* vennero raggruppati nella duplice categoria dei contratti reali (*re contrahitur obligatio*) e consensuali (*consensu contrahitur obligatio)* poi evoluta (la suddetta duplice categoria) nel più ampio e generale principio romanistico per cui *obligatio contrahitur re, verbis, litteris* aut *consensu*. Con questa terminologia ci si avvicinò sempre più alla esatta individuazione della nozione di causa in quanto si voleva indicare l'*elemento obbligante* che, in dati contratti, era rappresentato dai *verba* o dalle *litterae*, e, in altri, dalla *res* o dal *consensus*. Se nei primi due gruppi di *negozi bilaterali,* ovvero quelli conclusi *re* o *verbis*, ai fini del sorgere dell'obbligazione continuava a mantenere una qualche valenza la ormai residuale – in forza del progressivo decadere del *formalismo solenne* di cui si è già detto *retro* – *forma tipica* inizialmente prevista, negli altri casi (negozi conclusi *litteris* o *consensu*) il distacco dalla forma fu via via sempre più

E' da osservare, tuttavia, che, anche quando si cominciò ad acquisire una progressiva coscienza dell'essenzialità della causa[23] per la valutazione di un atto come *species negoziale*, non si giunse mai a coniare un termine *tecnico*, *specifico* ed *unitario* per designarla[24]; il termine *causa*[25], infatti, almeno nel linguaggio corrente, più che indicare la *ragione*[26] del negozio, si andava spesso a confondere con i *motivi*[27] della volizione

---

evidente dal momento che l'elemento obbligante (e, dunque, la *causa* in senso stretto) si riconobbe, alternativamente, nella *dazione di un quantitativo di cose (o di una cosa) che giustificava l'obbligo di restituzione del tantundem o della cosa stessa* ovvero nel *consensus che poneva di fronte due prestazioni e due corrispondenti obbligazioni in tipici rapporti di corrispettività;* in tale modo si giunse a classificare i quattro tipi di contratti consensuali più rilevanti, rispettivamente la *compravendita*, la *locazione-conduzione*, la *società* ed il *mandato*.

[21] Nella primissima accezione semantica di *fonte dell'elemento obbligante;* per gli ulteriori approfondimenti sul punto, si rimanda alle considerazioni e alle note di cui in prosieguo

[22] La prima *species* di negozio obbligatorio indipendente dalla *forma* fu il *mutuo* che derivava dalla ancor piu' antica figura (negoziale) della *condictio ex iniusta causa*. In esso, la prevalenza dell'*elemento causale* su quello del mero vincolo giuridico obbligatorio si riscontrò proprio nell'impossibilità di convenire una restituzione superiore alla somma ricevuta o il pagamento degli interessi, in quanto una simile attribuzione patrimoniale sarebbe risultata *indebita* poiché non *casualmente* giustificata in funzione della sua fonte giuridica obbligatoria; in tal senso, tale contratto sarà definito *causale* nella primissima accezione del termine *sub specie* di *negozio stricti iudicii* o *stricti iuris.* Altri negozi obbligatori *causali*, nel significato or ora precisato, furono il *comodato*, il *deposito*, e il *pegno* nei quali, nell'ambito dei c.d. *contratti reali*, la rilevanza dell'elemento causale si manifestò anche nell'ammissibilità delle c.d. *actiones contrariae* in forza delle quali, per spese eventualmente sostenute sulla cosa o per danni subiti, il commodatario (o depositario o creditore pignoratizio) poteva rivalersi *automaticamente* nei confronti del comodante (o depositante o pignorante) allorché, invece, in mancanza di una valenza *autonoma* del concetto di *causa* (dell'obbligazione) distinta dalla più globale nozione di forma del negozio, l'unico rimedio possibile sarebbe stato quello dell'eccezione o della ritenzione del bene di fronte all' *actio directa* del creditore. Infine, altra espressione, sebbene primitiva, di *negozio causale* fu la *fiducia* – nella duplice configurazione negoziale di *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* – che consisteva in una obbligazione assunta mediante convenzione relativa ad una *res mancipi* che era legalmente trasmessa dall'una parte (il creditore o fiduciante) all'altra (debitore o fiduciario)

[23] E, dunque, come sopra detto, in età preclassica

[24] In tal senso Georgescu., (*Le mot causa dans le latin juridique* in *Et. Philol. Jurid.* 1, 1940, 129 e ss,) il quale – notando che il concetto di causa negoziale veniva anche espresso attraverso diverse formule linguistiche quali, tra tutte, quelle di *nomen*, *titulus* e *res* – prosegue nel senso che "… *le fonti romane non esprimono quasi mai la causa negoziale con un termine esplicito… essendo il concetto, il più delle volte, implicito nel modo in cui le fattispecie vengono esposte o discusse…"*.

[25] Sulle accezioni giuridiche del termine causa in diritto romano, cfr. Betti., *Causa*, in *Nov. Digesto*, 1958; Bonfante., *Il contratto e la causa del contratto* in *Scritti giuridici*, 1926; Cugia., *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico: l'espressione mortis causa* in *Dir. Rom. Class. e Giustinianeo*, 1910, il quale mette in evidenza come l'espressione corrente moderna "*mortis causa*" non è mai usata nelle fonti romane in riferimento al negozio giuridico ma soltanto in ordine ai modi di disposizione (*donatio mortis causa*) o di acquisto dei diritti (*capere mortis causa*); Voci., *Iusta causa traditionis e Iusta causa usucapionis* in *SDHI*, 1949, par. 15, p. 40 e ss; Bialet D., *La causa en el der. rom. como principio de la ciencia del derecho*, in *On. Volterra*, 1971, 1, 365 e ss

[26] Secondo quello che sarebbe stato, invece, il suo significato più autentico

[27] Da ciò si desume come la tradizionale distinzione tra causa e motivi – che, come vedremo ampiamente in prosieguo, rappresenta una delle questioni ancora più controverse dell'intera teoria *negoziale* – abbia origini assai remote e, più precisamente, si colloca, temporalmente, al momento stesso della genesi del concetto di causa del contratto nell'ambito della tradizione romanistica.

negoziale, con le *fonti* del rapporto giuridico obbligatorio[28] ovvero con una qualsivoglia *situazione giuridicamente rilevante*[29] che fosse in qualche modo connessa con l'idea dell'atto *giuridico dispositivo*[30]. Tale considerazione è estremamente importante in quanto suggerisce una nuova prospettiva di indagine rilevante nel senso che, ai fini della ricostruzione della concezione romanistica della nozione di causa, non è tanto alla terminologia giuridica[31] che bisogna porre attenzione ma, piuttosto, al rilievo *funzionale*[32] in concreto attribuito al singolo atto negoziale posto in essere.

In tale ottica di indagine, studiando le fonti romane, si ritiene sia possibile sostenere che il concetto di *causa*, nell'ambito dello *ius privatum* classico, ebbe una *duplice valenza* sotto il profilo, rispettivamente, della *qualificazione* dell'atto come *negoziale* e della *sua individuazione tipica* ai fini della d*eterminazione del regolamento ad esso* (i.e., atto negoziale) *applicabile.*

Quanto al primo aspetto[33], la *causa* fu intesa come *confine* tra l'area della *negoziabilità lecita* e quella *illecita* e, sul punto, in coerenza con la premessa metodologica sopra espressa,[34] la valutazione giuridica conseguente era condotta in termini *concreti, controfattuali e di prognosi postuma*[35] nel senso che, al di là *dell'astratta liceità*, si andava ad indagare sulla funzione obiettiva svolta dal negozio[36] in modo tale che, qualora la *causa* fosse risultata *in concreto illecita*[37], l'intero contratto ne sarebbe

---

[28] Secondo la precedente prospettiva ermeneutica che, come già analizzato, concepiva il *contractus* come *vincolo giuridico* in termini pressoché equivalenti a quello di *obligatio;* cfr. retro nota 4

[29] In accezione, dunque, meramente *descrittiva* e priva di qualsivoglia ed immediata valenza *cogente*

[30] Sul significato della nozione di negozio giuridico nel diritto romano, si rimanda alle considerazioni svolte in materia nella premessa introduttiva

[31] In termini, quindi, di mero *nomen iuris*

[32] Si tratta di una prospettiva di indagine metodologica che ci accompagnerà per tutto l' *iter* della ricerca in quanto assolutamente valida ed applicabile, come si vedrà in prosieguo, anche nel vigente contesto giuridico di rilevanza dell'elemento causale

[33] Ovvero sul piano della qualificazione dell'atto come negoziale

[34] Ovvero quella per cui (cfr. sopra), nello studio del tema della *causa*, si deve badare non tanto alla terminologia giuridica ma, piuttosto, al rilievo *funzionale* in concreto attribuito al singolo atto negoziale posto in essere

[35] E, dunque, si trattava di una sorta di giudizio condotto *ex post*

[36] Si incontra per la prima volta, sebbene in nuce, la matrice sostanziale più autentica del distinguo tra *causa* e *tipo* che analizzeremo in seguito e che propone, quasi in maniera speculare a quanto già operante nel diritto romano, il *trade off* tra *prospettiva concreta* di liceità del negozio (causa) e sua proiezione *astratta* concettualmente presupposta (tipo)

[37] Quanto alle ipotesi di illiceità della causa, essa poteva essere di tre tipi, ovvero poteva consistere in una contrarietà della funzione del negozio con a) i principi fondamentali dello *ius privatum*, b) i provvedimenti di governo, c) le regole del buon costume.

Per quanto attiene all'ipotesi *sub a),* essa si concretava, essenzialmente, in un contrasto della funzione obiettiva del negozio con le limitazioni poste all'agire privato dal *fas* e dagli altri principi tradizionali che caratterizzavano il *ius civile vetus;* un negozio contrario ai principi dello *ius privatum* (*negotium nefarium*

risultato *viziato*[38] divenendo, pertanto, *inutile* in quanto non in grado di esplicare efficacia nell'ambito dell'ordinamento giuridico[39]; sotto il secondo profilo[40], invece, la regola generale era quella per cui non era sufficiente rilevare la forma o la sostanza volontaristica dell'autore del contratto dovendosi, piuttosto, ricercare quella particolare *funzione tipica* che solo quel negozio (e non altri) era in grado di realizzare.[41]

---

o *negotium iniustum*) era, di regola, del tutto privo di valore. Il caso più rilevante di *negotium nefarium* era costituito dal *matrimonium* tra parenti ed affini e l'esempio paradigmatico del *negotium iniustum* era la *donatio inter virum et uxorem.*

Più complessa era l'ipotesi sub *b)* che poteva rilevare come *contrarietà diretta* – e, in tal caso, si parlava di negozio *iniustus contra legem* – o *contrarietà indiretta* – da cui derivava l'idea del negozio *iniustus in fraudem legis* – allorché il risultato perseguito fosse apparentemente lecito risultando, però, in concreto, elusivo di un divieto di legge.

Per quanto concerne i negozi *contra legem*, le conseguenze erano diverse a seconda che fossero state violate *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* o *leges imperfectae.* Nel primo caso, la sanzione prevista era la totale inutilizzabilità degli atti ad esse contrari; nella seconda ipotesi (violazione di *leges quam minus perfectae*) si comminava soltanto una *poena* a carico del trasgressore, ferma restando la validità del negozio per il resto e, infine, nel terzo caso, la violazione di una *lex imperfecta* risultava *tamquam non esset* sul piano effettuale in quanto alla astratta previsione del divieto non seguiva alcuna conseguenza giuridica.

In ultimo, quanto all'ipotesi della contrarietà della causa alle regole del buon custome (ipotesi sub *c)*, essa acquistò rilievo solo a partire dal periodo classico, prevalentemente ad opera dei *principes,* e la giurisprudenza, gradualmente, equiparò i negozi *contra bonos mores* a quelli *iniusti* (in violazione di *leges perfectae*) considerandoli, quindi, al pari di questi ultimi, assolutamente inutilizzabili.

[38] E, dunque, anch'esso *illecito* secondo la tradizionale regola romanistica per cui *inutile per utile viziat*

[39] Ancora una volta, ciò conferma la progressiva prevalenza della *causa* sugli altri elementi del contratto*;* quest'ultima (i.e. causa) infatti, secondo la logica sopra riferita, andrà a segnare le sorti *del negozio giuridico* globalmente inteso configurandosi, quindi, come una specie di *ratio essendi* e/o *condicio sine qua non* dell'atto dispositivo e negoziale posto in essere

[40] Ovvero sul piano della determinazione del regolamento applicabile

[41] In tal senso, i giureconsulti romani parlavano di *valenza individualistica e nominalistica della causa;* infatti, anche se non tutti i negozi del *ius privatum* erano *nominati* (ovvero designati con un particolare *nomen iuris,* come, ad esempio, avveniva per le c.d. *conventiones sine nomine*), essi erano considerati comunque *tipici sotto il profilo causale* perché identificati sulla base di una specifica *funzione negoziale* che (solo essi) permettevano di perseguire e realizzare

Connesso al tema della tipicità negoziale era, poi, quello del c.d. *adattamento funzionale* che ricorreva allorché strutture negoziali formatesi ai fini di una certa funzione obiettivo-causale, passassero ad essere utilizzate per realizzare altri *scopi giuridici,* con connesse varianti, più o meno significative, sul piano specificatamente strutturale; esempio paradigmatico era quello del c.d. *depositum irregolare* che aveva il *nomen* e la struttura di un *depositum* assolvendo, però, la funzione del *mutuum.* Altra espressione del c.d. *adattamento funzionale* si aveva allorché un negozio materialmente astratto fosse utilizzato come negozio causale e tipico mediante la indicazione esplicita dello scopo perseguito, quasi a configurare una sorta di speciale *expressio causae;* esempi frequenti erano quelli della *stipulatio* – che, da negozio astratto per eccellenza, divenne tipico in molte sue declinazioni contrattuali in forma di *garanzia* del credito – e della *mancipatio* che rilevò come negozio *casualmente orientato* nella forma del *testamentum per aes et libram.*

La tradizione romanistica conosceva, inoltre, i c.d. *negozi a causa plurima*[42] - caratterizzati non già da una *causa tipica* loro propria ma dal concorso di due o più cause distinte[43] - per i quali il *regolamento contrattuale*[44] era costruito *in via successiva ed interpretativa,* ovvero, cercando di coniugare gli elementi maggiormente caratterizzanti le singole *componenti causali* concorrenti;[45] parimenti, grande importanza ebbe il fenomeno delle c.d. *cause a negozi plurimi*[46] che rilevava, invece,

---

[42] Anche nelle fonti, i negozi a causa plurima furono spesso definiti come *negozi misti;* in tal senso Ulpiano., Dig. 39.5.par. 18, che parlava di *negotium mixtum cum donatione* in ordine ad una vendita senza adeguata corresponsione di prezzo. Particolare importanza assumeva l'individuazione delle cause plurime nei negozi *in fraudem legis* di cui ci si è già occupati (cfr. pag. 5, nota 37).; in tali casi, infatti, la causa illecita comportava la nullità dell'intero negozio (c.d. *nullità totale*) ovvero di soltanto quella parte che fosse isolabile dal resto – ed attribuibile, appunto, alla causa illecita (*nullità relativa*) – a seconda della valenza più o meno *essenziale* che essa (causa) aveva assunto nella formazione del contratto.

[43] Tipici esempi erano i negozi di gratificazione *dotis causa* – che coniugavano la finalità di costituzione di dote a quella tipica della *donatio* – e i negozi di *donatio mortis causa* con finalità di *donatio* e, nel contempo, di attribuzione *mortis causa*

[44] In termini di disciplina applicabile

[45] Tenendo conto dei debiti distingui, si tratta della *figura negoziale* da cui deriva l'odierna nozione di *contratto misto* nella duplice accezione di *pluralità di cause nell'unicità del rapporto* e di *pluralità di rapporti nell'unicità della causa.* La giurisprudenza, al riguardo, ai fini della individuazione del regolamento negoziale ad essi inerente, sembra aver mutuato la soluzione romanistica come espressa nel testo, suggerendo (ancor oggi) l'utilizzo, alternativo o congiunto, dei c.d. criteri *dell' assorbimento* e della *combinazione* secondo i quali si applicheranno, rispettivamente, la disciplina del tipo principale (secondo il criterio dell'assorbimento) ovvero quella risultante dal coordinamento *funzionale* delle singole regole contrattuali cui ciascun elemento della fattispecie appartiene (secondo il criterio della combinazione).
In via residuale – allorché entrambi i criteri sopra esposti non dovessero rispettare, in concreto, il reale intento negoziale delle parti – la giurisprudenza ricorre al principio generale dell' *analogia* – valevole, in generale, per i contratti *innominati* – che richiederà di applicare alle singole situazioni contrattuali norme regolanti situazioni simili; in materia cfr. Bianca., *Diritto Civile, Il Contratto,* vol. III, Milano, Giuffrè, 2002

[46] Alternativamente designati (anche) come *cause autonome,* gli esempi più tradizionali erano tre. In primo luogo rilevava la c.d. *causa dotis* la cui funzione sociale consisteva nella costituzione di una *dos,* ovvero in un contributo elargito nell'interesse di una donna che andasse ad unirsi in matrimonio. Tale causa, se è vero che disponeva di un negozio obbligatorio suo proprio ed esplicito (c.d. *dotis dictio*), tuttavia, poteva essere realizzata sia attraverso negozi traslativi del *dominium* di cose dotali o costitutivi di diritti reali a favore del futuro marito (c.d. *datio dotis*), sia attraverso una promessa al futuro marito, nelle forme della *stipulatio,* dell'importo dovuto (c.d. *dotis promissio*).
Altro esempio era quello della *causa transactionis*, funzione sociale che aveva ad oggetto la chiusura di una lite mediante reciproche concessioni tra le parti; tale causa si poteva realizzare nei modi più vari, pur se nei limiti dello schema del c.d. *"do ut"* , e in periodo classico avanzato, per la sua (sempre maggiore) diffusione nei traffici giuridici, fu predisposto un apposito negozio bilaterale a ciò diretto (c.d. *transactio*). Infine, terzo esempio era quello della *causa donationis* la cui funzione sociale consisteva nell'incremento del patrimonio di un beneficiario (c.d. *donatarius*) per effetto di un corrispondente decremento del patrimonio di un beneficiante (c.d. *donator*), senza che da ciò si originasse alcuna ragione di debito del primo nei confronti del secondo in quanto la prestazione del beneficiante non rilevava in alcun modo come adempimento di una obbligazione (*nullo iure cogente*) derivante, a sua volta, da un vincolo giuridico (obbligatorio) necessariamente presupposto. Tale *causa donationis* poteva essere soddisfatta attraverso il ricorso a quasi ogni tipo di negozio a titolo oneroso; tra le forme più diffuse, però, si utilizzavano negozi traslativi della proprietà o costitutivi di altri diritti reali (c.d. donazione reale), negozi costitutivi di obbligazioni del donante verso il donatario (c.d. donazione obbligatoria) e, infine,

allorché determinate *funzioni sociali* non disponevano di corrispondenti e specifiche strutture contrattuali potendo essere realizzate, piuttosto, dai più svariati e diversi schemi negoziali, astratti o causali che fossero.

In età tardoclassica e postclassica, però – con il crescere, sempre più repentino, dei traffici commerciali e giuridici – la coscienza della causa negoziale cominciò progressivamente a perdere il rigore e l'importanza di un tempo ed il parametro di riferimento, per la valutazione degli atti negoziali, si concentrò nell'elemento della volontà[47]; si determinò, quindi, una sovrapposizione poco chiara tra profilo causale e profilo volitivo del negozio giuridico che ebbe, come conseguenza inevitabile, la *frantumazione*[48] del concetto unitario di *causa obiettiva*[49] la quale, al contrario, andando a declinarsi in componenti *subiettive*[50] sempre più plurime quante fossero le parti del contratto, finì essa stessa (i.e., causa) per *degradare* da *elemento qualificante del negozio* a (mero) *criterio* di *identificazione* e di *qualificazione dei poteri e dei doveri* da esso scaturenti[51].

---

negozi estintivi di obbligazioni del donatario verso il donante o anche verso un terzo che, in quest'ultimo caso, il donante stesso avrebbe pagato in luogo del donatario (c.d. donazione liberatoria).

[47] In età post-classica, infatti, per la prima volta, si iniziò a percepire l'elemento volitivo nella sua più piena autonomia concettuale e in termini differenziali da quello *formale;* in tale contesto, si affrontò la questione inerente le conseguenze giuridiche derivanti dalla eventuale discordanza tra *volontà reale* dell'*agens* e sua *manifestazione esterna.* Anche a questo riguardo, le soluzioni fornite dalla giurisprudenza romanistica sono di finissima tecnica "privatistica" e senz'altro apprezzabili ed attuali in relazione al nostro sistema giuridico di riferimento. Più in particolare, si affermò la regola generale per cui la prevalenza della *volontà reale* ed *interna* del soggetto contraente dovesse essere coniugata con la parimenti ed altrettanto rilevante esigenza di *tutela* dell' *affidamento altrui* da cui si andò a derivare la conseguente necessità di sanzionare il comportamento, non adeguatamente responsabile, di chi avesse manifestato, senza alcuna cautela, una volontà inesistente o diversa da quella effettiva. Evidenti le affinità concettuali con la moderna teoria della volontà e del negozio giuridico; sul punto, cfr. Santoro Passarelli., *Dottrine del Diritto Civile, Jovene,* Napoli, 2002; Bianca., *Diritto Civile, Il contratto, op. cit.,*

[48] Ciò segno, storicamente, l'*epilogo* ed il *tramonto definitivo* della stagione interpretativa della *causa* quale elemento essenziale del negozio nell'ambito del diritto romano; per ulteriori approfondimenti sul punto, tra tutti, cfr. Voci., *Istituzioni di diritto romano,* Giuffrè, Milano, 2004

[49] Nei termini, come esaminati, di *funzione sociale* del negozio

[50] Secondo taluni studiosi del diritto romano (tra tutti, cfr. Vanenti., *Sui pacta, op. cit.,*), infatti, è proprio durante questo graduale processo di decadenza del concetto di causa che , paradossalmente, si dovranno rinvenire le più antiche origini di quel filone teorico che, come ampiamente si vedrà in prosieguo, individueremo come *tesi soggettiva dell'elemento causale*

[51] Sul tema e per ulteriori approfondimenti , si rimanda alle opere di Riccobono., *Origine del dogma della volontà nel diritto romano,* in *ACIR.* 1, 1934, p. 177 e ss; Id., *La voluntas nella prassi giudiziaria dei pontefici,* in *On. Schulz,* 1, 1951, p. 302 e ss; Maschi., *Studi sulla interpretazione dei legati* in *Verba-voluntas,* 1938; Id., *Volontà tipica e volontà individuale nei negozi mortis causa* in *On. Ferrini,* Milano, 1947; Schwarz., *Die Bedeutung des Geschaftswillens im rom. Kontraktsr. der Klassichen Zeit* in *SDHI,* 1959; Albanese., *Agere, Gerere, Contrahere* in *D. 50.16.19, Congetture su una definizione di La beone* in *SDHI,* 1972

La tradizione romanistica,[52] inoltre, ebbe una influenza notevole anche nella successiva elaborazione dogmatica del diritto intermedio[53]; in particolare, seguendo le fonti storiche, risulta che la nozione in oggetto[54] ritorni molte volte anche nella legislazione longobardo-franca laddove – al di là delle più generali accezioni semantiche in cui essa fu (inizialmente) intesa[55] - progressivamente il concetto di *causa* si andò a legare a quello di *negozio giuridico*, quasi a volerne configurare un fortemente connesso vincolo di reciproca interdipendenza *logica e funzionale*[56].

In epoca medioevale, cioè, si è verificata una graduale ed imponente *specificazione* e *revisione* concettuale[57] della nozione in esame[58]che ha trovato la sua eco più evidente

---

[52] Nei termini come fin qui delineati, cfr. *retro*

[53] Per un inquadramento storico della problematica in oggetto, tra tutti, cfr. Salvioli., *Manuale di storia del diritto italiano, Milano, 1903;* Calasso., *Medioevo del diritto – Le fonti*, Milano, 1954; Id., *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento Medioevale*, Milano, 1953; Astuti., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano 1952

[54] I.e. quella di causa

[55] Come esempi paradigmatici di uso *atecnico* e *anegoziale* del concetto, si confronti l'editto di Rotari (a. 643) laddove, al cap. 180, è previsto che, qualora un soggetto, dopo aver *sponsato* una donna, scopre che è lebbrosa o demoniaca o cieca, la potrà abbandonare, rifiutando di prenderla in moglie… "…*nec pro hac causa calomnietur";* similmente Grimoaldo (cap. 5) il quale, intervenendo in una complicata questione successoria, per salvare i diritti degli orfani di padre premorto all'avo, testualmente reciterà che "… *quia inhumanum et impium nobis videtur, ut pro tali causa exhereditentur filii ab hereditatem patris sui pro eo, quod pater eorum in sinu avi mortuos est"*. Ciò per dire che, nelle sue prime "*apparizioni giuridiche"*, la nozione di causa non ha avuto una connotazione semantica ben precisa limitandosi, piuttosto, a voler indicare la sussistenza di una qualsivoglia ed indeterminata (nonché generica) *situazione giuridica soggettiva*

[56] Ciò rileva come una importante conferma di quanto già considerato nelle premesse introduttive allorché, nel tentativo di spiegare il *ciclico* rapporto logico-concettuale esistente tra la nozione di causa e quella di negozio giuridico, si è giunti alla prospettiva di indagine, fondativa di tutto lo studio in oggetto, per cui *studiare il negozio giuridico dal punto di vista della causa significa studiarne le ragioni e le forme di vita entro l'ordinamento…*e, quindi, *captarne l'essenza giuridica nella sua più intima e vera valenza sostanziale ed ontologica* (si rimanda alle premesse introduttive, in particolare, cfr. pag. 11 e ss)

[57] E'interessante seguire, sebbene in via sintetica, la complessa evoluzione semantica della nozione causale. La prima espressione di questo *mutamento concettuale* lo si rinviene nel già citato editto di Rotari (cap. 361), allorché si recita che "… *si quis alii pro quacumque causa wadia et fideiussorem de sacramento dederit, dit ei spatium usque in duodecim noctis ad ipsum sacramentum dandum; et si forsan propter aegritudinem aut alia causa supervenientem in predictum constitutum non potuerit iurare, suspendatur causa usque ad alias duodecim noctis..".*

Si è scelto proprio questo frammento perché esso, seppur in forma ancora *primitiva,* sembra esprimere già uno dei caratteri più peculiari della odierna nozione causale, ovvero quello della c.d. *polivalenza funzionale* che ci occuperà ampiamente nel prosieguo della trattazione; in tale concetto (i.e., frammento sopracitato), infatti, la nozione di causa rileva in tre significati diversi e, rispettivamente, come: 1) sinonimo di negozio rafforzato dalla *wadia;* 2) motivo occasionale che impedisce la procedura del *sacramentum*; 3) procedura stessa del *sacramentum.*

Per poter comprendere la valenza dei riferimenti operati, è necessario precisare che l'editto di Rotari ci presenta il diritto longobardo ancora nella sua fisionomia genuina e, dunque, l'uso dei termini giuridici latini cui si fa riferimento non deve trarre in errori; il termine *wadia,* in questo contesto storico e linguistico, individua, dunque, l'oggetto simbolico che figura nel contratto formale tipico del diritto longobardo (cfr. nota 65) mentre la c.d. procedura *per sacramentum* andrebbe a riferirsi all' antico

nell'altrettanto graduale emergere di nuove *varianti linguistiche*[59] prima assolutamente ignote al linguaggio giuridico*;* quest'ultime[60], infatti – lungi dal rilevare su un piano meramente formale – furono indice, piuttosto, di un rinnovato e più consapevole *modo* di intendere e valutare i singoli fenomeni giuridici suggerendo, sebbene in via ancora approssimativa, una nuova *valenza semantica* del concetto stesso di *causa* in termini di *titolo fondativo*[61] di diritti soggettivi, atti, negozi e obbligazioni, in piena sintonia con una sempre più avvertita esigenza, ancorché (anch'essa) primitiva e poco matura, di voler inquadrare e studiare lo svolgersi dell'attività privata sulla base del movente *teleologico*[62] che spinge un qualsivoglia soggetto a disporre della propria sfera di competenza.

---

processo formale del diritto germanico fondato sull' *ordalia* (o giudizio di Dio) che consisteva in un mezzo di prova (considerato come) determinato da Dio e rilevante *sub specie* di forma di giuramento
Altrettanto significativo è il frammento tratto dall'editto di Liutprando dell'anno 717 laddove si dispone che "*… ut in multis causi set locis prohibeantur periuria, et causae quae a quibuscunque hominibus misericorditer disponuntur… in peccati honus deinceps nequaquam procidant…*" Liutprando, cioè, sollecitato dalla Chiesa, era impegnato nel tentativo di sostituire la prova testimoniale a quella sacramentale legata alle superstizioni popolari e pericolosa per la coscienza, in particolare nella forma dello spergiuro (c.d. *in peccati honus);* in tale contesto, nel frammento sopracitato – e ciò, a parer mio, rileva come una importante *tappa storica* del mutamento di prospettiva che porterà ad un restringimento *concettuale* della valenza semantica della nozione giuridica in esame – il termine *causa*, per la prima volta, sarà inteso come sinonimo di *negozio* e, più precisamente, come negozio della *morgengabe* che significava, letteralmente, "*dono del mattino*", secondo una antica costumanza germanica per la quale lo sposo offriva allo sposa un dono, alla presenza di testimoni, il mattino successivo alla prima notte di matrimonio. A tale scopo, e sempre per una maggiore visibilità della nuova *formula negozial probatoria,* lo stesso Litprando sancirà che il conferimento della *morgengabe* sia fatto "*… per scriptum a testibus rovoratum"… "ut in futuro pro hac causa periuro non percurrat"*
[58] I.e., quella di causa
[59] Quelle di *causa iusta, legittima, inlicita* e *mala*; cfr. Rotari., cap. 170; Litprando., cap. 113, 121, 134, 138, 152
[60] Ovvero le varianti linguistiche di cui alla nota 59
[61] Avvicinandosi, così, al proprium storicamente e geneticamente più autentico della nozione in oggetto, in termini di *ratio essendi* del negozio
[62] Da qui, le prime espressioni *negozialmente* rilevanti in termini di *causae pietatis, devotionis o amicitiae;* in tal senso, Liutprando., cap. 19, 76,85,95, e nella *Notizia de auctoribus regis*, par. 4.
Parallelamente ad una simile nozione causale coniugata in termini sempre piu' negoziali, si affermò, tuttavia, anche una diversa accezione del concetto (causa) in riferimento alla fattispecie del c.d. *atto illecito;* si parlò, infatti, di *causa furti, causa fornicationis* (Rotari., cap. 189; Liutprando., cap. 11) nonché di " *malas causas excitare"* ,nel significato di incitare al delitto (così Liutprando., cap. 134, per il quale "*… ut nullus presumat malas causas in qualiscumque locum excitare aut facere")* e di "*… in malam causam entrare"* a voler indicare la commissione di un delitto (così Liutprando., cap. 138, secondo cui "*… ille autem puer… suasus ab ipso… intravit in causam ipsam malam"*).
In conseguenza di ciò, si determinò, però, un problema terminologico in quanto queste (differenti) nozioni *causali* vennero intese in termini poco chiari e in maniera indistintamente fungibile. Soprattutto a riguardo dei concetti di *causa inlicita* e di *culpa,* si ebbe una indebita sovrapposizione fra la (ancora primitiva) *dimensione negoziale* e quella penalistica, con importanti conseguenze sul piano della disciplina in concreto applicabile. Per il definitivo distinguo, (finalmente) il testo del Rotari (cap. 364) reciterà, tuttavia, che "*… causa de contractibus.. culpa de maleficiis hic ponitur*"

In questo nuovo contesto *giuridico*[63], la prima esigenza condivisa fu quella di fissare un rigido formulario di simboli che rendesse esteriormente *inequivoco* e *visibile* il singolo atto che si voleva compiere; e così, come il diritto romano aveva conosciuto le figure del *nexus,* della *mancipatio* e della *stipulatio*[64], anche nel diritto germanico arcaico troviamo i primi schemi di *contratto formale tipico* di cui l'esempio più tradizionale fu quello della *wadiatio.*[65]

Progressivamente, poi, queste *arcaiche espressioni negoziali* cominciarono a legarsi all'idea del *documento scritto*[66] per acquistare una maggiore valenza probatoria e solenne e così, sempre più frequentemente, si affermò la prassi per cui un soggetto, all'atto di assumere un impegno o di trasferire un diritto reale, ne andava a precisare le *ragioni* sottostanti,[67] con l'utilizzo di perifrasi e varianti linguistiche[68] che tendevano a ricondurre, sotto il manto di una giustificazione soggettiva, il titolo e il fondamento di una *prestazione* al rapporto di debito-credito esistente tra le parti che avevano contrattato[69].

Infine, nonostante l'imputazione soggettiva[70] e l'implicita indicazione dello scopo perseguito[71] nel *documento negoziale*[72], l'ultima *tappa* della crescente impostazione *formalistica (*dei rapporti giuridici) si ebbe con la nascita di una nuova figura, quella del notaro medievale, che, quasi in funzione *accertativa,* aveva il compito di (ulteriormente) specificare e *consacrare*, in forma scritta e finalmente *intangibile,* lo specifico *risultato* cui tendeva l'atto posto in essere.

Quest'ultima precisazione è tutt'altro che irrilevante ai nostri fini di studio.

---

[63] Nei termini in cui sopra espressi

[64] Cfr. *retro,* in particolare pag. 15, nota 15

[65] Si trattava di una forma contrattuale solenne in cui l'impegno del debitore di compiere una determinata prestazione era simboleggiato dalla consegna al creditore di un oggetto detto *wadia* che originariamente era rappresentato da un ramoscello d'albero o da un bastone (*festuca, fustis, stipula*) con cerimonia della consegna che avveniva davanti a testimoni.
Si rinvia, per ulteriori considerazioni, a quanto già esposto in relazione alle prime "apparizioni giuridiche" del termine causa; in particolare, cfr. retro e nota 57

[66] La c.d. *charta* o *chartula* del diritto intermedio

[67] In tale prassi, forse, si potrebbe riconoscere il fondamento storico e pragmatico della futura concezione *subiettiva* dell'elemento causale

[68] Tra le più note quelle "…*quia debitor sum*" ovvero "… *pro eo quod recepi pretium"*

[69] Si giunge così, anche nell'ambito del diritto longobardo-franco, ad una primissima individuazione dell'elemento causale *sub specie* di *fonte e ragione giustificatrice* di un obbligo giuridico assunto in termini essenzialmente *obiettivi* e *funzionali*

[70] Attraverso le appena citate formule linguistiche di cui alla nota 68

[71] Che andava a coincidere con quello previsto dalla forma contrattuale tipica prescelta

[72] Ovvero nella c.d. *charta* o *chartula* di cui si è detto sopra

Infatti, il progressivo congiungersi delle forme negoziali alla prassi del documento scritto[73] ebbe un duplice significato; se, da un lato, fu indice di una evidente sfiducia per le fattispecie astratte[74] dell'ordinamento, dall'altro, evidenziava una (ormai pressoché raggiunta) percezione sempre piu' chiara di cosa si intendesse per *attività negoziale*[75] della quale si tendeva a voler rappresentare, in termini quanto più possibilmente compiuti ed inequivoci[76], sia il *punto di partenza,* ovvero la *ragione*[77] che le aveva dato avvio, sia il *traguardo,* e quindi, lo *scopo,*[78] che le si assegnava[79].

Così configurato, il sistema delineato[80] finì ben presto per individuare quelli che, nella nostra concezione moderna del negozio giuridico, siamo educati a pensare come *elementi essenziali* ed *immanenti* dello stesso (negozio), secondo la tradizionale impostazione che distingue l'*elemento obiettivo*[81] della negoziazione da quello *soggettivo*[82] necessariamente presupposto, con le relative e connesse *intuizioni* di disciplina positiva assolutamente rilevanti anche nel nostro sistema civilistico di riferimento.

---

[73] Poi persino garantito, come visto, dall'intervento di un *homo publicus* quale il notaio medioevale

[74] Sul concetto di astrattezza e circa le sue conseguenze in termini di disciplina in concreto applicabile, si rinvia al paragrafo che segue, allorché si tratterà della tradizione giuridica tedesca

[75] Sebbene in una prospettiva di indagine ancora arcaica, è come se, in un certo qual senso, fosse stata intesa la portata sostanziale del concetto di *attività negoziale* in termini di *processo di contrattazione progressiva,* ad indicare che l'attività dispositiva delle parti è fisiologicamente un *quid in fieri* che, pur mutevole nel tempo e nello spazio, rinviene, tuttavia, i suoi confini e limiti sostanziali ed applicativi, rispettivamente, nel *momento iniziale delle negoziazione* – volto alla fissazione degli obiettivi da perseguire – e in quello *finale* teso, a sua volta, al conseguente raggiungimento degli scopi prefissati

[76] In tal senso rilevava la funzione *esplicativa ed accertativa* del notaio in relazione alla volontà pattizia manifestata dai contraenti

[77] Si parlò, al riguardo, di *causa praeterita o eziologia* dell'attività negoziale a voler indicare il momento *impulsivo e propositivo* dell' *agere privato*

[78] C.d. *causa finalis* dell'attività negoziale o, *rectius,* sua proiezione sintetica e teleologica in termini *effettuali e concreti*

[79] A parer mio, si tratta di una importantissima tappa *storico-giuridica* nell'evoluzione del concetto in esame in quanto viene individuato il nucleo semantico più essenziale della nozione stessa di causa in termini di *ragione iniziale* e *finale* dell'attività di negoziazione.
Quello tra *causa praeterita* e *causa finalis* è un distinguo che, come si vedrà in prosieguo, caratterizzerà una successiva fase di elaborazione dogmatica sul concetto in esame; in tal sede, però, è significativo osservare – anche a conferma del *bonum* logico e della ciclicità argomentativa delle considerazioni sin qui rese con quelle che seguiranno – come tale *discrimen* (causa *praeterita*/causa *finalis*) trovi proprio in un simile contesto giuridico *storicamente anteriore* (, e, segnatamente, romanistico-medioevale) i suoi primissimi presupposti teorico-fondativi

[80] Che, come detto, si fondava sulla valenza delle *carte private* su cui incideva l'operato del pubblico notaio

[81] In termini di *giustificazione oggettiva* del negozio e, quindi, di *causa*

[82] Rilevante *sub specie* di volontà dell'agente

Più in particolare – anche grazie ai preziosi contributi dell' elaborazione teorica e sistematica dei glossatori e commentatori della Scuola Bolognese dell'Alto medioevo[83] – si andò, via via, a "costruire" un essenziale principio dogmatico tuttora fondativo della più recente speculazione privatistica sul tema, ovvero quello per cui *causa dell'obbligazione è,* in realtà, *il negozio sostanziale* o, *rectius* – per adoperare una espressione più classica – *quella assolutamente peculiare causarum figura con la quale l'ordinamento giuridico da vita ed efficacia, entro la sfera dei rapporti sociali che esso protegge, alla operazione economico-sociale che la volontà privata ha posto in essere*[84].

A ciò si aggiunga una ulteriore e finale considerazione[85]; nella complessa *sintesi*[86] tra *causa* e *volontà*[87], si intuì[88] come quest'ultima[89] non potesse essere recepita *in toto* dalle (eventuali) figure negoziali tipiche predisposte dall'ordinamento in quanto si sarebbe dovuta espungere quella inevitabile componente *individualistica* e *personale*[90] che, in quanto tale, il diritto dovrà lasciar esaurire entro la sfera di *soggettività* dell'agente non potendosi ergere, per la sua indubbia matrice *particolaristica,* a valere come parametro di riferimento *obiettivo, fondativo* e *funzionale*[91] di un qualsivolgia effetto giuridico[92].

---

[83] Si trattò di una importante Scuola di pensiero che, sullo sfondo di secolari pratiche notarili e normative come diffuse nel Medioevo, ebbe il merito di tentare una sorta di *Summa* delle conoscenze giuridiche sin allora raggiunte; nella lunga e difficile opera di speculazione teorica, ci si ispirò, tra tutti, ai principi della Logica Aristotelica e alla connessa quadripartizione concettuale tra *causa efficiente, finale, formale* e *materiale*. Sul tema, tra tutti, cfr. Kantorowicz., *Studies in the Glossators of the Roman Law,* Cambridge, 1938

[84] E' questo, in sintesi, il contributo teorico e concettuale più importante tramandato dalla sopracitata Scuola giuridica Bolognese medioevale

[85] Che, sebbene in nuce, ritroviamo già nella celebri opere del giurista medioevale Baldo degli Ubaldi., (*Comm.* In *Cod. 6, 44, I, De falsa causa*, 1, *verba* n. 17) nonché in preziosi documenti storici di tradizione giuridica medioevale bolognese

[86] E' questa, come retro spiegato, la nozione piu' autentica della nozione stessa di negozio giuridico

[87] Ovviamente del privato inteso come contraente

[88] Si tratta di un ulteriore tributo da riconoscere alla speculazione teorica medioevale di matrice bolognese (cfr. nota 83)

[89] I,e, volontà

[90] Ciò che individueremo con il termine *"motivi";* si rinvia, al riguardo, alle ampie considerazioni di cui in proseguo

[91] E, dunque, in termini di *ragione giustificatrice* dell'atto e, quindi, di *causa*

[92] Ancora una volta, seguendo le vicende evolutive del diritto intermedio-medioevale, giungiamo alla medesima intuizione del distinguo tra *causa* e *motivi* come già concepita (cfr. retro) nell'ambito del diritto romano. Oggi, tale *discrimen* è alla base della più moderna teoria della causa del negozio giuridico e ciò conferma la stretta *continuità* logica e concettuale tra i *profili eziologici* della nozione causale e la sua attuale *configurazione normativa e speculativa;* quanto esposto auspico rilevi come ragione sufficiente a giustificare il necessario e preliminare studio *storico* sul concetto in esame come fin qui condotto.

Queste, sul tema in esame[93], le premesse logico-speculative e le preziose eredità concettuali[94] di secoli di storia giuridica.

[93] Ovvero quello della causa del contratto,

[94] Come si avrà modo di osservare nel corso della ricerca, si tratta di spunti dogmatici che, ripresi nella loro sostanziale portata, saranno oggetto di una progressiva e sempre più articolata speculazione teorica, teleologicamente orientata alla finale soluzione della questione *dogmatica* della causa del contratto come concepita ed affermata nei diversi contesti positivi e giuridici di riferimento

1.2) Tradizione romanistica e medioevale della causa e sua elaborazione nella dottrina tedesca: la genesi dell'anticausalismo

Individuata la genesi storica del concetto di causa, prima di passare ad analizzarne l'evoluzione normativa e dottrinale in seno al nostro ordinamento giuridico, si ritiene necessario esaminare la tradizione dogmatica tedesca[95]che segnerà in maniera decisiva[96] le *tappe normative* fondamentali come *disegnate* dal legislatore italiano del 1942[97].

Il punto di partenza nella nostra indagine è di carattere essenzialmente storico-culturale; ciò per dire che, in Germania, giunse in maniera molto meno forte ed incisiva la eco della lunga e progressiva elaborazione del concetto di causa come maturata in seno all'ordinamento giuridico romano[98] in quanto quello (i.e. sistema giuridico) tedesco non sembrò recepire, quanto meno in via totale ed assorbente, quel graduale processo di decadenza del *formalismo solenne*[99] che nella tradizione romanistica aveva rappresentato, invece, il *momento genetico* piu' importante relativamente alle prime intuizioni teoriche sul concetto di *causa*[100].

La dottrina tedesca, infatti, si mosse in una duplice direzione, perseguendo risultati apparentemente *contrastanti* tra loro nel senso che, pur accogliendo ed enfatizzando il *principio volontaristico*[101], non giunse altrettanto facilmente ad una elaborazione

---

[95] A cui dobbiamo, si ricordi, la prima compiuta teorizzazione della nozione stessa di negozio giuridico; si rimanda, al riguardo, alle premesse introduttive

[96] Si rinvia al paragrafo che segue

[97] In particolare, anticipando quanto si dirà nel prosieguo, tra i contributi speculativi più evidenti che derivano dalla tradizione giuridica tedesca, si ricordi come l'alternativa teorica tra *concezione soggettiva* e *concezione oggettiva* della causa abbia trovato il suo più autentico *prius logico* proprio nella precedente ed omonima *querelle* sorta in seno alla dottrina germanica (cfr. pagg. 30 e ss con connesse note); similmente è avvenuto per il concetto di *prestazione* – derivante dalla nozione tedesca di *Zuwendung* (cfr. pag. 31 e ss, nota 126 e ss) – che il legislatore italiano ha progressivamente sostituito a quello di *obbligazione* (cfr. pagg. 44 e ss)

[98] Si rinvia alle considerazioni di cui al primo paragrafo

[99] Cfr. *retro*, pag. 15 e ss

[100] In particolare, si ricordi come – per quanto concerne l'esperienza romanistica che rappresenta, sul punto, l'esempio più tradizionalmente paradigmatico – la nascita dell'elemento causale lo si abbia *temporalmente* fissato in un momento successivo a quello della nascita del *ius privatum* nella sua complessiva e globale affermazione sistematica e, segnatamente, in corrispondenza del passaggio dal periodo arcaico a quello preclassico; per i profili storici ed eziologici, cfr. pag. 15 e ss

[101] A tal punto da farne un vero e proprio dogma teorico (c.d. *dogma della volontà*) fondativo della più complessa costruzione sistematica del negozio giuridico (sul punto, si rinvia alle ampie considerazioni di cui alla premessa introduttiva)

autonoma della nozione di causa optando, piuttosto, per una iniziale *de-valorizzazione*[102] del concetto *de quo* (i.e. quello causale) poi seguita da un lungo e laborioso studio comparativo circa i possibili rapporti relazionali tra la nozione di *causa* e quella di *volontà*[103]*;* in realtà, però, ad una attenta analisi della questione, si ritiene potersi affermare che tra le due *caratterizzazioni speculative* come sopra descritte[104] non vi fu alcuna incompatibilità logica rilevando, piuttosto, in termini di *stretta necessarietà e continuità giuridica.*

Infatti, a parer mio, il progressivo emergersi e consolidarsi, ad opera della tradizione filosofica tedesca del XIX secolo,[105] della speculazione teorica sull'elemento *volitivo* finì naturalmente per assorbire la residua area di indagine che altri ordinamenti giuridici[106] dedicheranno al requisito negoziale dell'elemento causale che verrà, quindi, declinato in maniera non concettualmente autonoma[107] e in termini essenzialmente *derivativi* rispetto al dogma stesso della volontà; a ciò si aggiunga una ulteriore considerazione, ovvero quella per cui il sistema giuridico tedesco non riuscì a concepire il principio consensualistico[108] del trasferimento della proprietà, preferendo, piuttosto, il rigore tecnico della tradizione romanistica[109] che distingueva[110] il *modus* dal *titulus adquirendi*,[111] con il conseguente corollario della *validità del trasferimento della proprietà malgrado la mancanza di causa*.[112]

---

[102] In termini di prevalenza dell'elemento volitivo su quello causale; si rinvia a pag. 14 e ss

[103] Si rinvia, per una più agevole comprensione del concetto, alle considerazioni di cui alla pag. 16 e ss;

[104] Ovvero, la progressiva affermazione del principio volontaristico, da un lato, e la secondaria (e residuale) rilevanza dell'elemento causale, dall'altro

[105] Ci si riferisce alla già esaminata Scuola delle Pandette in relazione alla teoria del negozio giuridico che si fondava, *ontologicamente,* proprio sulla assoluta *signoria* e prevalenza dell'elemento volitivo rispetto alle altre componenti negoziali e, quindi, anche in riferimento a quella causale

[106] Tra tutti, quello francese ed italiano di cui ci occuperemo nel paragrafo che segue

[107] Da ciò si può già intuire una prima ragione *storico-giuridica* di quel complesso fenomeno (i.e. *anticausalismo)* che definiremo *sub specie* di *astrattezza del negozio giuridico tedesco*; cfr. pag.35 e ss

[108] Recepito, invece, dal nostro codice civile all'art. 1376 c.c.; si rinvia ala paragrafo che segue

[109] Il codice tedesco, infatti, mantenne la separazione concettuale tra *promessa obbligatoria* e *atto traslativo* in ciò differenziandosi dalla successiva scelta normativa del legislatore italiano del 1942. Sul significato del distinguo (promessa/atto traslativo) e sulle conseguenze della natura *astratta* del trasferimento sul piano della disciplina contrattuale in concreto applicabile, cfr. Lent., *Sachenrecht,* Monaco-Berlino, 1949; Westermann., *Lehrburch des Sachenrechts,* Karlruhe, 1956

[110] Per un più ampio approfondimento sulle forme della contrattazione nell'ambito del diritto romano, cfr. tra tutti, Voci., *Istituzioni di diritto romano, op. cit.,*

[111] Secondo gli esponenti della tradizione giuridica delle Pandette, peraltro, la scissione concettuale della nozione di *titulus* da quella di *modus adquirendi* era da leggere in termini di stretta *necessarietà dogmatica,* a conferma del principio della c.d. supremazia dell'elemento volitivo del soggetto sulle altre componenti costitutive del negozio giuridico globalmente considerato

[112] Nel sistema giuridico tedesco, infatti, il trasferimento della proprietà si attua mediante un contratto traslativo *astratto* che produrrà il suo effetto quale che sia la causa dell'alienazione, la cui mancanza,

Pertanto, la dottrina tedesca ereditò, in maniera pressoché totale, il distinguo concettuale tra *promessa obbligatoria*[113] ed *atto di trasferimento*[114] *della proprietà* e, dunque – in perfetta coerenza con la *summa divisio*[115] come appena sopra individuata – il concetto di causa iniziò ad analizzarsi sotto un duplice profilo di indagine[116], ovvero, rispettivamente, sul piano del *rapporto giuridico obbligatorio*[117] e su quello dei *diritti reali.*[118] In tale contesto giuridico di riferimento, l'elemento causale fu quindi coniugato, alternativamente, in termini di *scopo*[119] o *fondamento*[120] del singolo atto giuridico posto in essere[121] a seconda che ci si riferisse, rispettivamente, alla realizzazione dell'*interesse perseguito*[122] dall'*agens* ovvero al *titolo legittimante*[123] la prestazione dedotta nel sinallagma negoziale[124].

La speculazione teorica come sin qui delineata, però, entrò in crisi allorché il tradizionale distinguo tra *promissio* e *traditio*[125] venne meno sintetizzandosi, piuttosto,

---

peraltro, sarà fonte non già dell'invalidità del contratto (c.d. *concezione reale* della mancanza di causa) posto in essere quanto, piuttosto, di una mera ed eventuale pretesa obbligatoria alla restituzione del bene (c.d. *concezione obbligatoria* della mancanza di causa) . Si tratta di una prospettiva ermeneutica specularmente opposta a quella che, invece, caratterizzerà il nostro ordinamento giuridico; per ulteriori approfondimenti ed una più agevole comprensione del concetto, si rinvia alle considerazioni di cui al paragrafo che segue.

[113] Rilevante in termini pressoché simili alla tradizionale *stipulatio* del diritto romano; rinvio alle premesse introduttive

[114] Derivante dalla più antica nozione di *traditio;* rinvio alle premesse introduttive

[115] Distinguo tra promessa obbligatoria ed atto di trasferimento che, a sua volta, corrisponde a quello più tradizionalmente romanistico in termini di *titulus* e *modus adquirendi* (rinvio alle premesse intoroduttive)

[116] Sul punto, tra tutti, cfr. Arndts., *Lehrbuch der Pandekten,* Stoccarca, 1886

[117] Per quanto attiene alla *promessa obbligatoria, ex stipulatio,* o, *rectius, titulus*

[118] In relazione alla *traditio* o, *rectius,* all'*atto di trasferimento* della proprietà (*modus adquirendi*)

[119] Il c.d. *Zweck* di matrice tedesca

[120] Il c.d. *Grund* della dottrina alemanna

[121] In tal senso, fra tutti, cfr. Savigny., *Sistem des heutigen romischen Rechts,* Berlino, 1840 (traduzione di G. Pacchioni, Torino, 1915) per il quale "… *scrutare le circostanze che circondano l'atto, l'intenzione o lo scopo delle parti nel negozio giuridico che dette luogo alla tradizione… in ciò consiste il vero significato delle parole iusta causa"*

[122] Secondo una accezione interpretativa che (fondata sulla nozione di Zweck, i.e., scopo, cfr. nota 119) sarà individuata come *concezione soggettiva* dell'elemento causale

[123] Il quale, a sua volta – basato sul concetto di *fondamento* dell'atto giuridico posto in essere (c.d. *Grund,* cfr. nota 120) – identificherà la c.d. concezione *oggettiva* della causa

[124] Nella prassi giuridica, poi, finì per prevalere la concezione *soggettiva* nei riguardi della causa della *promessa* (*stipulatio*) – e, dunque, sul terreno del rapporto obbligatorio (cfr. nota 117) – e quella *oggettiva* in riferimento all' *atto di trasferimento* (*traditio*) sul piano dei diritti reali (cfr. nota 118)

[125] Attraverso questo binomio concettuale, di indubbia origine romanistica, l'attività *negoziale* del privato cominciò ad essere intesa secondo prospettive sempre più nuove ed, in particolare, si andò ad indagare sul peculiare nesso di *interdipendenza, funzionale e teleologica,* esistente tra la *volontarietà* dell'attività privata e gli *effetti* da essa scaturenti e suscettibili di incidere sul piano giuridico; in tal senso, tra tutti, cfr. Karlowa., *Das Rechtsgeschaft und seine Wirkung,* Berlino, 1777; Wachter., *Pandekten,* Lipsia, 1880; Arndts., *Le Pandette,* (trad. it. di Serafini), Bologna, 1882; Wendt., *Pandekten.,* Jena, 1888; Unger., *System des osterreichischen Allgemeinen Privatrechts,* Lipsia, 1892

nella più ampia ed unitaria nozione di *attribuzione patrimoniale*[126] che fu riferita e coniugata sul terreno del negozio giuridico – e, segnatamente, in quello del negozio giuridico di *attribuzione patrimoniale* – pur conservandosi, tuttavia, l'oscillazione teorica tra *concezione soggettiva*[127] ed *oggettiva*[128] della causa nei termini in cui sopra espressi; infatti, in forza della già analizzata separazione concettuale tra la sfera giuridica della *promessa* e quella del *trasferimento*, l'elemento causale avrebbe potuto assumere una qualche valenza determinante, *sub specie* di elemento di *validità*[129], solo per quanto attiene al *negozio obbligatorio*[130] e non anche per il successivo e conseguente *atto traslativo*[131] e, in ogni caso, residuava di spiegare, in termini giuridicamente cogenti, *in che modo* potesse considerarsi elemento essenziale del contratto[132] anche la (eventuale e) futura *realizzazione dell'interesse perseguito dal soggetto* in termini di *proiezione sintetica e finalistica* dell'atto negoziale, quale *effetto* obiettivamente riconducibile ad un determinato *assetto contrattuale* nelle forme in cui predisposto ed attuato dalle parti[133].

Ciò per dire che, con la progressiva emersione della nozione unitaria di *Zuwendung,*[134] da un lato, si dovette rivedere il nesso relazionale esistente (e già intuito dalla dottrina) tra il concetto di *volontà negoziale* e quello di *effetti giuridici*[135] e, dall'altro, si impose una più completa ed approfondita rielaborazione critica della nozione stessa di *negozio giuridico* che finì per rilevare non piu' (soltanto) come *schema logico ed astratto di*

---

[126] La c.d. *Zuwendung* del diritto tedesco da cui deriverà anche la nozione di *prestazione* (si rinvia al paragrafo che segue) utilizzata dal codice italiano del 1942; secondo il Savigny., *op. cit.*, si tratta di un "*momento essenziale nella evoluzione della scienza giuridica tedesca in quanto implica in sé la chiave di lettura della successiva storia della tradizione giuridica anche europea"*

[127] Cfr. pag 29, note 119, 122

[128] Cfr. pag. 29, note 120, 123

[129] In tal senso, tra tutti, cfr. Arndts., *op. cit.*, per il quale il difetto di *causa obligandi* avrebbe reso senz'altro *inefficace* l'obbligazione presupposta.

[130] I.e., in relazione alla *stipulatio* o, *rectius*, al momento della *promessa obbligatoria* corrispondente al *titulus* del diritto romano

[131] Che, invece, caratterizzandosi in termini di *consegna reale* – sub specie di *traditio*, concettualmente legata alla nozione romanistica di *modus adquirendi* – aveva ben poco di *negoziale* rilevando, piuttosto, come *atto dovuto*, esecutivo del presupposto *titolo negoziale* legittimante il trasferimento

[132] In termini pressoché similari alla nozione di causa, nonostante la sua valenza esclusivamente *soggettiva* ed *individualistica*

[133] Consapevole della scarsa coerenza interna, peculiare, sul punto, il tentativo speculativo del Windscheid (*Die Lehre des romischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850) il quale, per salvare il rigore logico del sistema, tentò di assimilare il concetto di causa a quello di presupposizione (c.d. *Voraussetzung*) così riconducendo all'elemento volitivo – che, si ricordi, aveva assunto un valore sempre più essenziale con il diffondersi della Scuola giuridica delle Pandette – anche l'eventuale *patologia* del contratto in caso di inadempimento o di impossibilità sopravvenuta

[134] I.e., negozio di attribuzione patrimoniale; cfr. pag. 29, nota 126

[135] Per la disamina della questione si rinvia a quanto retro considerato

riferimento ed inquadramento teorico di plurime posizioni giuridiche soggettive individuali e/o collettive[136] ma, piuttosto, in termini assai più pragmatici, *sub specie* di *strumento pratico per la realizzazione di interessi concreti pattiziamente concordati*[137].

In questo contesto giuridico, a parer mio, va rinvenuta la genesi eziologia di una importantissima *inversione di tendenza sistematica* tutt'altro che indifferente e assolutamente innovativa nell'ambito della dottrina civilistica dell'epoca; infatti, progressivamente, il rapporto relazionale tra *volontà negoziale* e *dimensione effettuale* da essa scaturente finì per porsi su nuove basi nel senso che, negata alla prima[138] la capacità di produrre senz'altro *effetti giuridici*[139], le si riconobbe soltanto la facoltà residuale di incidere sul piano più prettamente *economico e pratico,*[140] attraverso la fissazione di precisi *risultati patrimoniali* perseguibili dalle parti e suscettibili di concreta attuazione alla luce dell'ordinamento giuridico di riferimento[141]

L'introduzione[142], sul piano effettuale, di una *valenza* anche *economica*[143] del negozio ebbe una importante influenza anche sul piano della nozione causale; infatti, una volta che il concetto di *attribuzione patrimoniale*[144] - assorbendo, come detto, le figure della *promissio* e della *traditio* – si pose come l'unico *momento effettuale ed essenziale* del

---

[136] Secondo la primissima intuizione della nozione stessa di negozio giuridico così come concepita dalla Scuola delle Pandette; in dottrina, al riguardo, si parlò di *proiezione astratta del negozio giuridico*

[137] Secondo le tesi piu' autorevoli (così, tra tutti, Windsheid., *op. cit.,* Savigny., *op. cit.,*) si trattò di una vera e propria *rivoluzione copernicana* nella valenza sostanziale del concetto in quanto, per la prima volta, si elaborò una nozione *parzialmente fattuale* (così Savigny., *op. cit.,*) di *negozio giuridico*, rilevante in termini di *elemento esplicativo e risolutivo del complesso dei problemi normativi attinenti la volontà privata* (c.d. *proiezione concreta del negozio giuridico*). Contestualmente a quanto sopra riferito si ebbe un progressivo *"avvicinamento concettuale"* tra la nozione di *volontà negoziale* e quella di *causa;* cfr. retro

[138] I.e., volontà negoziale

[139] In quanto riservati alla valenza maggiormente cogente della norma legale;

[140] In tal senso, Lenel., *Parteiabsicht und Rechtsfolg* in *Jahrbuchern fur Dogmatik;* Id., *Die Lehre von der Voraussetzung* in *Arch. Civ. Praxis;* Thon., *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. it. di A. Levi), Padova, 1951

[141] Dunque, in termini ancor più esplicativi, la volontà negoziale non avrebbe potuto in alcun modo tendere alla realizzazione di effetti giuridici in forza di un limite *ontologico,* in quanto quest'ultimi (effetti giuridici) sarebbero stati di assoluta prerogativa dell'ordinamento giuridico cui spettava (anche) la discrezionale scelta sull'*an* circa la *protezione* (giuridica) da accordare (o meno) ai risultati perseguiti dai paciscenti.

Non mancarono, tuttavia, posizioni teoriche piu' moderate che non negavano, *in astratto,* la possibilità, per i privati, di fissare anche *effetti giuridici* subordinandone, però, la loro concreta attuazione ad una sorta di ratifica *ex post ad* opera dell'ordinamento giuridico considerato; in tal senso, Regelsbereger., *Pandekten*, Lipsia, 1893

[142] Nei termini in cui sopra espressi

[143] Nella specifica accezione, come sopra detto, di *esplicazione e fissazione pattizia dei risultati patrimoniali da voler conseguire attraverso lo schema contrattuale*

[144] I.e, la nozione di *Zuwendung*; cfr. pag. 31, nota 126

negozio giuridico, tutte le questioni che prima riguardavano singolarmente la concezione soggettiva[145] o oggettiva[146] della causa finirono per essere studiate in una nuova ed unitaria prospettiva di indagine,[147] ovvero nell'ottica del più generale problema inerente il collegamento tra *volontà* ed *effetti giuridici*[148].

Ciò individua un ulteriore e fondamentale passo in avanti in relazione alla successiva elaborazione dogmatica in materia di *causa del contratto*; infatti, progressivamente[149], si superò l'iniziale *scarto concettuale*[150] esistente tra la nozione *volitiva* e quella *causale* secondo una tecnica che potremmo definire di *reciproca e progressiva assimilazione concettuale*, a voler, con ciò, indicare che quelle stesse funzioni, tradizionalmente assunte dall' elemento volitivo presso le dottrine volontaristiche, finirono per essere attribuite, *mutatis mutandis*[151], anche alla nozione *causale* la quale, a sua volta – pur mantenendo una qualche eco della originaria caratterizzazione *normativa* in termini *oggettivi*[152] *e soggettivi*[153] - si intese, in maniera sempre più consapevole, *sub specie* di *funzione*[154] *che, attraverso l'operazione pattizia, l'autore del negozio tendesse a realizzare*[155].

---

[145] I.e., causa come scopo o, *rectius, Zweck*; cfr. nota 122

[146] Ovvero, causa come *fonte obbligante*, i.e., *Grund;* cfr. nota 123

[147] Quale quella focalizzata sulla nuova nozione di attribuzione patrimoniale (*Zuwendung)*

[148] Si trattò, quindi, di una nuova prospettiva interpretativa che si affermò dopo la iniziale de-valorizzazione del concetto di causa (si rinvia all'inizio del presente paragrafo); per una trattazione organica delle delicate questioni sottese, in relazione ai rapporti tra *volontà, contenuto del negozio* ed *effetti giuridici*, si rimanda, altresì, a quanto ampiamente esposto – in via preliminare e in funzione di quanto anche qui rileva – nelle premesse introduttive.

[149] E, soprattutto, in conseguenza dei risvolti concettuali come fin qui espressi

[150] Ad indicare, come già detto, la iniziale prevalenza dell'elemento volitivo su quello causale con una conseguente elaborazione teorica di quest'ultimo (i.e., elemento causale) in termini essenzialmente derivativi e non autonomi;, cfr. retro

[151] In particolare, bisogna tener conto di un coevo mutamento concettuale intervenuto nella nozione stessa di negozio giuridico che, come *retro* spiegato (cfr. pagg. 31-32, nota 137 e ss), da categoria squisitamente concettuale si trasformò in *strumento dispositivo e pragmatico*, in funzione del contemperamento di plurimi, e spesso contrastanti, interessi individuali.

[152] Secondo la nozione di titolo legittimante (*Grund*) della prestazione; cfr. nota 120 e 123

[153] In termini di scopo (*Zweck*), cfr. note 119 e 122

[154] Si tratta di un momento logico essenziale nel percorso evolutivo della speculazione teorica in materia; infatti, per la prima volta, si giunge alla nozione di *causa* in termini di *funzione*, ovvero, secondo quella peculiare accezione del concetto (i.e. *funzione*) che sarà alla base della evoluzione dogmatica italiana e della conseguente successiva codificazione del 1942; si rinvia, sul punto, allo studio di cui al paragrafo che segue

[155] Per meglio apprezzare il risultato logico cui giunse questa graduale compenetrazione semantica e concettuale tra la sfera volitiva e quella causale, si può affermare che la prima (i.e., sfera volitiva) iniziò ad essere studiata non più in termini strettamente autoreferenziali – o, *rectius*, in relazione a qualsivoglia effetto che da essa potesse astrattamente derivare – ma, piuttosto, si adottò una nuova logica di indagine, marcatamente *dialettica* e *composita* (così Savigny., *op. cit*), che attribuì alla *volontà* una rilevanza dogmatica autonoma solo se ed in quanto essa stessa (i.e., volontà) tendesse alla realizzazione di un

All'esito di questo lungo e complesso "affinamento" dogmatico della nozione in oggetto, il concetto di causa cominciò ad assumere contorni semantici sempre più chiari.

Segnatamente, essa finì per indicare la *oggettivizzazione* del risultato perseguito dalle parti e, dunque, si iniziò a studiarla nella sua *valenza teleologica esterna*[156] rispetto al negozio giuridico, in termini di *situazione finale, scopo tipico*[157] o, *rectius, punto di arrivo dell'attività negoziale* di cui andava (essa stessa) a costituire *l'indefettibile premessa strumentale*[158] *e l'implicito prius logico fondativo*[159].

I corollari immediati di questa nuova prospettiva di indagine furono duplici; da un lato, la sempre più affermata *tipicità*[160] *dello scopo causale* determinò, nei fatti, una sorta di *restrizione della concezione classica dell'autonomia privata*[161] e, dall'altro, si registrò un fenomeno tutto nuovo (e sino ad allora sconosciuto) tale per cui dalla esistenza ed operatività di plurimi *contratti tipici causali* si intuirono nuovi criteri di individuazione di un (altrettanto) nuovo concetto di autonomia dispositiva globalmente intesa[162].

---

determinato scopo individuale (c.d. *componente soggettiva della causa*) così come oggettivizzato nell'accordo negoziale (c.d. *componente oggettiva della causa*) espresso, a sua volta, attraverso l'irrinunciabile e irretrattabile manifestazione volitiva dell'agens

[156] Si utilizzò questa perifrasi linguistica, secondo la logica pandettistica, ad indicare la fisiologica natura composita dell'elemento causale che, oltre a rilevare nella sua accezione marcatamente oggettiva – e, dunque, *esterna* alla nozione di negozio nella sua esclusiva valenza volontaristica – era tale da poter contribuire alla determinazione del risultato ultimo dell'atto di autonomia dispositiva posto in essere in concorso con altri parametri di riferimento quali, tra tutti, quelli legislativi (*sub specie* di interpretazione del contratto) e quelli attinenti al *tipo negoziale*

[157] In tal senso, una delle più celebri definizioni di Lehmann., *Allgemeiner, op. cit.*, per il quale la causa è da definire come " *typische mit einer Zuwendung verfolgte Verkehrszweck, der mittelbare mit ihr erstrebte Rechtsfolg"*

[158] Quanto al titolo legittimante

[159] Quanto alla valenza sostanziale dell'interesse perseguito

[160] La dottrina tedesca giunse a questa nozione di *tipicità causale* nel tentativo di voler fissare il distinguo tra *causa in senso stretto* e *plurimi impulsi motivazionali non dedotti nel contratto* (c.d. *motivi*); a tal fine, si elaborò una complessa nozione causale in termini di *fine economico tipico*. In tal senso, tra tutti, cfr. Leonhard., (*Allgemeiner Schuldrecht des BGB*, Monaco-Lipsia, 1929) il quale distinse tre diverse componenti costitutive nell'ambito della più globale nozione di causa; rispettivamente, il *Rechtsgrund*, ad indicare la *natura giuridica dell'operazione*; la *Zweckbestimmung*, che equivaleva alla *determinazione dello scopo* e, infine, il *Beweggrund*, coincidente con la nozione di *motivo*

[161] Ciò per dire che, la nozione di tipicità causale, se, da un lato, fu un importante tributo alla esigenza della certezza nei traffici giuridici e alla altrettanto urgente necessità di controllare l'esplicazione della libertà dispositiva dei contraenti, dall'altro, operò in senso diametralmente opposto nel senso di *menomare* la valenza sostanziale della nozione stessa di autonomia contrattuale, in quanto il ristretto *numerus clausus* delle cause tipizzate finì per esaurire e limitare i confini delle possibili attuazioni giuridiche della volontà pattizia.

Per una trattazione organica della questione (e, soprattutto, per quel che concerne l'influenza che ebbe nell'ambito della dottrina civilistica dell'Europa continentale) cfr. Savigny., *op. cit.*,.

[162] Sul tema, tra tutti, peculiare il contributo di Larenz., (*Lehrbuch des Schuldrechts*, Monaco-Berlino, 1953) che finisce per segmentare il concetto stesso di autonomia privata in una triplice gradazione

Infine, al termine del lungo e laborioso sforzo dogmatico, l'ultima tappa scientificamente rilevante fu quella che, poi definitivamente adottata dal codice civile tedesco, rappresenta (ancor oggi) una delle più preziose conquiste giuridiche che hanno caratterizzato le successive fasi della speculazione moderna sul tema; più in particolare, all'esito di un così complesso[163] studio comparativo[164] circa i rapporti relazionali tra la nozione di *causa* e quella di *volontà*[165] - anche per risolvere i problemi logici derivanti dalla unitaria nozione di *attribuzione patrimoniale* come stigmatizzata dal concetto di *Zuwendung*[166] - si elaborò il principio della c.d. *astrattezza*[167] della *promessa obbligatoria*[168] - e, più in generale, del *negozio giuridico*[169] – a sostegno dell'assunto logico per cui *una qualsivoglia fattispecie negoziale e/o contrattuale potesse essere vincolante anche senza la indicazione della causa di essa*[170].

---

concettuale: la *Vertragsfreiheit* (in cui egli riconosce la nozione di autonomia privata in senso stretto), la *Abschlussfreiheit* (ad indicare lo scopo soggettivo perseguito dai contraenti) e la *Freiheit der inhaltlichen Gestaltung* (in termini di libertà, per le parti, di determinare la *struttura* e il *contenuto* del contratto)

[163] Nei termini in cui sopra espressi

[164] L'inizio di questa movimento di pensiero si fa risalire al Bahr., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Lipsa, 1855

[165] Per i suoi profili storici, si rinvia a quanto detto retro; in particolare, si rinvia alle premesse introduttive nonché al paragrafo che precede

[166] Si rinvia alle considerazioni di cui retro; cfr. nota 126

[167] In termini generali, l'astrattezza designa lo svincolamento del negozio dal requisito della causa; pertanto, almeno nel suo significato più autentico come configurato dalla prima dottrina tedesca sul tema, essa è intesa in termini di *astrattezza sostanziale - sub specie* di *irrilevanza della causa ai fini della validità del negozio* – in tendenziale opposizione con la nozione di *negozio causale* quale *formula contrattuale* che riconosce, invece, la causa come suo elemento essenziale ed imprescindibile. Tale astrattezza sostanziale, a sua volta, è da distinguere in *assoluta* o *relativa* a seconda che, rispettivamente, tale mancanza di causa sia del tutto irrilevante sotto il profilo giuridico ovvero comporti una reazione differita dell'ordinamento (giuridico) nel senso che dal difetto di causa deriverà una legittima azione per rimuovere le conseguenze dannose del negozio posto in essere

Totalmente diversa nella sua valenza sostanziale è, invece, la nozione di *astrazione processuale* (cfr. pag. 21) che rileverà soltanto sul piano *probatorio* in termini di esonero dalla prova della causa del negozio; tipico esempio, per quanto attiene al nostro ordinamento, è quello di cui alla promessa di pagamento *ex* art. 1988 c.c. ai sensi del quale il promissario è dispensato dall'onere di provare il rapporto sottostante gravando, piuttosto, sul promittente l'eventuale prova di insussistenza e/o illiceità della causa.

[168] Poi codificato nei paragrafi 780-781 del B.G.B.

[169] Circa l'estensione della nozione di *astrattezza* all'intera categoria dogmatica del negozio giuridico, tra tutti, cfr. Savigny., *Das Obligationenrecht*, Berlino, 1853

[170] In tal modo, il legislatore civile tedesco finì per recepire un principio teorico che, in termini tendenzialmente similari, sarà raggiunto anche nell'ordinamento francese ed italiano attraverso, però, il diverso percorso logico della c.d. *cautio indiscreta* di tradizione romanistica. Sul punto, tra tutti, si rinvia al Capitant. (*De la cause des obligations*, Parigi, 1927) per gli sviluppi storici in merito all'ordinamento francese e all'Astuti (*I contratti obbligatori nella storia del diritto romano*, Milano, 1952) per quel che attiene al sistema giuridico italiano

Si tratta di una prospettiva teorica tutt'altro che irrilevante in quanto rappresenta il fondamento *eziologico* e *genetico* del c.d. *anticausalismo.*[171]

Il legislatore tedesco, infatti, nonostante le più diverse elaborazioni teoriche come sopra menzionate, non accoglierà né una *funzione giuridica*[172] né una *nozione economica*[173] della causa[174] preferendo, piuttosto, non elevare l'elemento causale a requisito essenziale del negozio giuridico[175]; nel contempo, e in stretta conformità con la scelta ideologico - sistematica operata[176], si disciplinerà, in maniera diversa, la eventuale *mancanza di causa*[177] a seconda che si tratti di *promesse* o di altre *prestazioni*

---

[171] Si tratta di un filone di speculazione dogmatica sul tema che nega l'autonomia concettuale e giuridica della nozione causale e che, in termini pressoché similari, ritroveremo anche nell'ambito della tradizione giuridica francese (cfr. pag. 42, nota 217) ed italiana (cfr. pag. 47, nota 245) come derivazione teorica di indiscutibile origine tedesca nei termini in cui nel testo esplicitati.; tale tesi (anticausalista) trova proprio nella mancata menzione dell'elemento causale tra i requisiti del contratto, nell'ambito del codice civile tedesco, il suo principale argomento fondativo di natura testuale e sistematica. Si precisi, tuttavia – anche per meglio comprendere le successive considerazioni sul tema – che ciò non significa che la letteratura tedesca ignori in maniera totale qualsivoglia nozione di causa del contratto; piuttosto, si distingue tra *contratti dispositivi* e *contratti attuativi.* Quanto ai primi, essi hanno causa nel rapporto sottostante ma sono, cionondimeno, considerati *astratti* nel senso che si perfezionano a prescindere da essa rilevando, la eventuale mancanza di causa, in termini di mera *pretesa obbligatoria di retrocessione* (c.d. *exceptio*) o di *risarcimento* (c.d. *condictio*); quanto ai secondi, invece, essi rileveranno quali *negozi causali in senso soggettivo* in quanto dovranno indicare, a pena di nullità, lo scopo che siano diretti a realizzare (quasi si trattasse di una sorta di *expressio causae*) e dal quale ricevono la loro più essenziale legittimazione giuridica.

[172] Nella duplice ed alternativa accezione *soggettiva ed oggettiva;* si rinvia alle note 122, 123.
Sul tema, tra tutti, cfr. Bahr., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Lipsia, 1894

[173] Nella peculiare accezione di *esplicazione e fissazione pattizia dei risultati patrimoniali da voler conseguire attraverso lo schema contrattuale;* si rinvia *retro,* note 141, 143. In materia, tra tutti, Rassel., *Vertragsfunktion, op. cit.,*

[174] Secondo il Rassel. (in *Vertragsfunktion, op. cit.,*), ciò fu determinato anche da una ragione storica; infatti, una simile accezione (sia nell'ottica giuridica che in quella economica) dell'elemento causale avrebbe comportato una nozione semantica del contratto in termini di *strumento che adempia ad una funzione economica e sociale,* secondo uno schema logico di riferimento che si voleva evitare in quanto assai vicino alle eco ideologiche delle posizioni nazionalsocialiste

[175] Per una ineliminabile esigenza di coerenza interna con il principio dell'*astrattezza* o, *rectius,* della forza vincolante della *promessa sine causa*

[176] I.e., *in favor* all'*anticausalismo*

[177] Accolta, nei termini in cui sopra, la nozione di *negozio astratto,* è necessario procedere ad un ulteriore distinguo tra *contratti reali* e *contratti obbligatori.* Nel primo caso, infatti, la separazione concettuale dell'atto di trasferimento dalla sua causa comporterà, in linea di principio, la validità dello stesso (trasferimento) anche in difetto dell'elemento causale residuando, tuttavia, in capo a colui che abbia operato la prestazione, la possibilità di chiederne la restituzione (ovvero l'arricchimento) al soggetto che ne sia stato beneficiario o al terzo acquirente (quanto meno) a titolo gratuito; (in tal senso, cfr. Enneccerus Nipperdey., *Allgemeiner Teil des burg. Rechts,* Tubingen, 1955; Larenz., *Lehrbuch des Schuldrechts,* Monaco, Berlino, 1956).
Nei contratti obbligatori – tra tutti, si pensi alla promessa di pagamento o al riconoscimento del debito previsti dai §§ 780-781 B.G.B. – la separazione dell'atto dalla causa, invece, dovrebbe determinare, a rigore, la perdita della *exceptio* nel senso che il debitore, fatti salvi casi eccezionali, dovrà in ogni caso adempiere senza poter invocare la mancanza di causa e residuando, tuttavia, ma solo in via successiva, il finale rimedio della *condictio.* Circa il distinguo tra *exceptio* e *condictio,* cfr. note 179, 181

patrimoniali prevedendo, in termini rimediali[178], una *exceptio,*[179] nel primo caso[180], e una *condictio*[181], nel secondo,[182] e ferma restando, ad ogni modo – quanto meno sul piano dell' *an* – la validità e la legittimità giuridica dell'atto posto in essere.[183]

Tuttavia, gradualmente, anche il rigore logico del principio di *astrattezza* della promessa obbligatoria[184] conobbe ben presto dei *correttivi* sul piano della effettiva prassi giuridica nel senso che essa[185] finì per essere intesa in termini essenzialmente processuali,[186] in conformità alla sempre più consapevole distinzione tra *negozi fondamentali*[187] e *negozi di adempimento,*[188] a seconda che venisse in considerazione, rispettivamente, la *regolamentazione dell'accordo delle parti*[189] o *l'esecuzione di esso* (*accordo) a mezzo delle prestazioni previste dal contratto*[190].

A ciò si aggiunga una ulteriore e finale considerazione; progressivamente, con l'espandersi, sempre piu' repentino, della prassi contrattuale, la dottrina tedesca giunse persino ad elaborare il concetto di *negozio obbligatorio causale*[191] il cui fondamento giuridico[192] fu individuato nella nozione di *scopo tipico perseguito.*

---

[178] Per esigenze di completezza espositiva, si precisi che il B.G.B. prevede, altresì, una ulteriore azione generale di arricchimento (par. 812) fondata sulla mancanza di *fondamento giuridico della prestazione* (c.d. *Rechtlicher Grund*).

[179] In termini di *pretesa obbligatoria di retrocessione del bene,* senza previsione di alcun termine decadenziale, cfr. par. 821 del B.G.B.

[180] Ovvero nel caso della *promessa*

[181] In termini di *pretesa obbligatoria di mero risarcimento,* estesa anche contro il terzo acquirente a titolo gratuito

[182] Ovvero in relazione alla più generica nozione di prestazioni patrimoniali; cfr. paragrafi 813-820 del B.G.B

[183] Si tratta della c.d. *concezione sanzionatoria* della mancanza di causa in forza della quale il difetto causale non determinerà la invalidità del contratto – e, dunque, la conseguente nullità dell'atto di trasferimento posto in essere (secondo i principi della c.d. *concezione reale*) – ma, piuttosto, una mera ed eventuale pretesa obbligatoria alla restituzione del bene; cfr. retro, nota 112

[184] Nei termini in cui sin qui espresso; cfr. retro, nota 167

[185] I. e. astrattezza

[186] E, dunque, probatori, secondo la nozione già individuata (cfr. nota 167) di *astrazione processuale*

[187] I c.d. *Grundgeschafte*

[188] I c.d. *Erfullungs* ovvero *Leistungsgeschafte*

[189] Ovvero, secondo il Savigny.,(*op. cit.*,) il c.d. *profilo astratto della negoziazione*

[190] I.e., secondo lo stesso autore della nota che precede, il c.d. *profilo concreto della negoziazione*

[191] Si trattava di uno *schema contrattuale* in palese ed irrimediabile contraddizione interna con le sopra analizzate nozioni di *astrattezza* (cfr. nota 167) ed *anticausalismo* (cfr. nota 171) le quali escludevano, per definizione, una qualsivoglia funzione essenziale e legittimamente della causa che, invece, il concetto di *negozio obbligatorio causale* sembrava implicitamente presupporre; in sintesi, parlare di *negozio obbligatorio causale* equivaleva a negare, *nei fatti,* la validità e la cogenza dei principi teorici come sopra esposti e spiegati (i.e, astrattezza ed anticausalismo)

[192] In termini pressoché similari alla nozione stessa di *causa*

Questa figura negoziale[193], tuttavia, pur se implicitamente ammessa anche dalla giurisprudenza,[194] non trovò mai un espresso riscontro normativo sul piano del *law in books*,[195] con conseguente salvezza *formale*[196] di quell'*anticausalismo*[197] che, momento essenziale nella storica evoluzione dogmatica in materia di causa, si avrà modo di apprezzare ulteriormente, nelle sue più diverse implicazioni concettuali, alla luce delle successive considerazioni (lavoristiche) che ci occuperanno.[198]

[193] Ci si riferisce all appena analizzata nozione di *negozio obbligatorio causale*
[194] In tal senso, tra tutti, cfr. Enneccerus-Nipperdey., *Allgemeiner Teil des burg. Rechts*, Tubingen, 1955; Larenz., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Monaco-Berlino, 1956
[195] In quanto non si giunse, *apertis verbis*, ad elevare la causa come elemento essenziale del negozio
[196] Ferma restando, in ogni caso, l'intimo *trade off sostanziale* tra principi affermati (i.e. astrattezza del negozio, anticausalismo) ed effettiva natura causale di plurime manifestazioni contrattuali pattizie
[197] Nei termini in cui retro spiegati; cfr. pag. 34, nota 171
[198] Si rinvia al paragrafo che segue in relazione all'esperienza speculativa francese e, soprattutto, italiana; in particolare, cfr. pag. 42, nota 217 e pag. 47, nota 245. Nel corso della trattazione, poi, si rinvia ai capitoli successivi allorché si studierà il rapporto logico tra *Anticausalismo* e conseguenti concezioni *istituzionalistiche* del rapporto di lavoro

1.3) Il problema logico della causa e sua genesi speculativa: dalla influenza della teoria francese classica alla codificazione italiana del 1942

Individuata la genesi storica del concetto di causa e la sua primissima elaborazione dogmatica di matrice tedesca, in via preliminare all'analisi del dibattito teorico in seno al nostro ordinamento giuridico, si ritiene poter finalmente precisare, anche alla luce delle considerazioni come fin qui rese, il *fondamento eziologico* di quello che si può ormai definire come il *problema* l*ogico della causa*.

Esso nasce dall'esigenza di inquadrare la struttura del negozio in termini di *attività produttiva di effetti,* in funzione del contemperamento di due esigenze fondamentali; ovvero, se, da un lato, è *ius receptum* il principio per cui l'attività negoziale è, per definizione, una attività creata dalla volontà di un soggetto, dall'altro, è necessario coniugarla alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico e, in tale prospettiva di indagine, il concetto stesso di causa andrebbe ad esprimere e sintetizzare *il momento di convergenza tra la prospettiva individuale propria dell'atto volitivo dell'agens e quella generale propria del sistema giuridico di riferimento in cui l'atto negoziale è destinato a produrre i suoi effetti*[199].

Se questa è la portata della questione nella sua più essenziale valenza sostanziale, nel tentativo di delineare il percorso compiuto dalla dottrina italiana della causa, è necessario ricordare i precedenti storici immediati delle disposizioni vigenti[200]; sul punto, il riferimento normativo piu' importante è l'articolo 1104[201] del codice civile

---

[199] In tal senso, si rinvia alle considerazioni di cui alla premessa introduttiva; sul punto, tra tutti, cfr. Pugliatti., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto Civile*, Milano, 1951 per il quale "*… dovendo la regola privata inserirsi nell'ordinamento ed assumere il valore di regola giuridica, è necessario che la valutazione della regola privata, o se si vuole, dell'atto del privato nella sua portata effettuale, fatta in base ai criteri fissati dall'ordinamento, proprio in conseguenza della convergenza delle due prospettive, consenta un suo inserimento nell'ordine giuridico con il rispetto della scelta con essa compiuta e con la conservazione di quella fisionomia e di quella portata effettuale che ad essa il privato aveva dato"*

[200] Sono tre le previsioni normative *espressamente* dedicate, nel nostro codice civile, alla nozione di causa. La prima è l'articolo 1325 c.c. che la individua come *requisito del contratto* insieme all' *accordo delle parti,* all' *oggetto* e alla *forma* allorché (quest'ultima) "*…. risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità";* l'altra è quella di cui all'art. 1343 c.c. per la quale " *la causa è illecita quando è contraria a norma imperative, all'ordine pubblico o al buon costume…*" con conseguente *nullità* del contratto ex. art. 1418 comma primo, c.c. Infine, rileva l'art. 1344 c.c. ai sensi del quale "*… si reputa illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa"*

[201] A sua volta derivante dall'art. 1108 del Codice Napoleonico

del 1865[202] ai sensi del quale " *la causa lecita per obbligarsi*[203]*"* figura tra i *"requisiti essenziali per la validità di un contratto*[204]*"* insieme alla capacità[205], al consenso[206] e all'oggetto[207].

Il substrato *giuridico* ed *ideologico* che sta a fondamento delle scelte sistematiche del legislatore italiano è costituito dalla *tradizione codicistica napoleonica*[208] e dalla *teoria francese classica*[209] per la quale il concetto di causa è da riferire esclusivamente all'

---

[202] Il legislatore del 1865 prevedeva un sistema normativo complesso. Dopo la norma introduttiva sopracitata (art. 1104 c.c.) si ribadiva che " *l'obbligazione senza causa o fondata su una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto"* (art. 1119 c.c.) precisando, tuttavia, che *"il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa* " (art. 1120 c.c.) in quanto "… *questa* (causa) *si presume sino a che non si prova il contrario"* (art. 1121 c.c.). Infine, come norma di chiusura, si dava la nozione di *causa illecita* in termini di *contrarietà alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico"* (art. 1122 c.c.)

[203] In maniera speculare si esprimeva il codice francese *sub specie di "une cause licite dans l'obligation*"; questa definizione, che come abbiamo visto viene ereditata anche dal legislatore del 1865, rappresenta una tappa importante nella storia normativa della nozione in esame in quanto, per la prima volta, si afferma una idea *atomistica* del concetto di *causa* rilevante nel senso che, ai fini del riconoscimento della giuridicità del vincolo obbligatorio, sarà necessario individuare anche una *adeguata giustificazione* dell'impegno pattizio convenuto alla luce dell'ordinamento giuridico di riferimento. Sebbene in nuce, sembra accennarsi ad una primissima nozione di causa in termini di *fondamento giuridico* del *vincolo obbligatorio;* sul punto, si rinvia alle successive considerazioni

[204] E, dunque, ci si esprimeva in termini pressoché identici all'odierna disposizione normativa di cui all'art. 1325 c.c. come sopra richiamata

[205] Quest'ultima, nell'attuale sistema normativo, rileva come requisito *implicito* del negozio *sub specie* di *capacità di contrattare* intesa come *declinazione peculiare* della piu' generale *capacità di agire* ex. art. 2 c.c.

In materia, sui rapporti tra *capacità negoziale* e *capacità di agire*, tra tutti cfr. Bianca., *Diritto Civile, Il contratto,* vol. III, Giuffrè, Milano, 2000

[206] Si tratta, *mutatis mutandis,* dell' elemento previsto dall'art. 1325 c.c. n. 1 *sub specie* di *accordo delle parti;* quest'ultimo, infatti, altro non è che un *consenso,* seppur *bilaterale* e *reciproco*, in ordine al programma contrattuale. In tal senso, Bianca., *Il contratto, op. cit.*

[207] Similmente a quanto oggi *espressamente* previsto dall'art. 1325 c..c., numero 3; tale requisito (i.e., oggetto), peraltro, troverà ulteriori specificazioni normative nella previsione di cui all'art. 1346 c.c. in termini di *possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità.*

[208] Le disposizioni sopracitate del codice del 1865 (cfr. nota 202), infatti, altro non sono che la traduzione degli artt. 1108, 1131, 1132 e 1133 del codice francese con l'unica eccezione della *presunzione di causa* (di cui all'art. 1121 del codice italiano) che non era presente nella tradizione giuridica d'oltralpe

[209] La teoria francese classica – che trova le sua massime espressioni nelle opere del Domat., *Lex lois civiles dans leur ordre neturel,* Paris, 1777 (traduzione italiana a cura di A. Avaloj, Napoli, 1839), e del Pothier., *Traitè des obligations* , Paris, 1779 (traduzione italiana a cura di A. Bazzarini, Venezia, 1833) – si fonda sull' essenziale identificazione del concetto di *causa* del *contratto* in quello di *causa della prestazione* dedotta nel singolo rapporto obbligatorio in cui, a sua volta, il contratto stesso andrebbe a risolversi; sulla base di questa premessa logica, la causa è studiata come *requisito dell'obbligazione* e, al riguardo, la dottrina francese ha distinto tre categorie essenziali di *contratti obbligatori* alla luce dei quali poter individuare, di volta in volta, l'essenza dell'elemento causale.

L'ipotesi classica sarebbe quella dei c.d. *contratti sinallagmatici;* in questi casi, la *causa* dell'obbligazione di ciascuna delle parti dovrebbe essere riconosciuta nell'obbligazione dell'altra, in linea con una (presupposta) nozione di *prestazione* in termini di *causa* dell'obbligazione stessa di cui andrebbe a rappresentare il regolare *adempimento* in termini esecutivi. In tal senso Domat., *op. cit.,* per il quale "… *l'obbligazione che si forma in questa specie di convenzioni in vantaggio dell'uno dei contraenti ha sempre la sua causa nella obbligazione dell'altro… anzi, l'obbligo sarebbe nullo quando fosse veramente senza causa";* in termini pressoché analoghi Pothier., *op. cit.,* secondo cui è causa "… *qualsiasi dazione o*

obbligazione,[210] in termini di *scopo*[211] *che induce ciascun contraente ad assumere il vincolo giuridico*[212] e, dunque, secondo questa impostazione logica, la *causa* andrebbe

---

fatto che in quelle convenzioni intervenne… per cui la convenzione da una parte cominciò ad adempiersi… e l'altro dei contraenti è vicendevolmente per parte sua obbligato ad adempierla"
Similmente, nei *contratti reali,* la singola prestazione effettuata (ad esempio, a titolo di deposito, mutuo, o pegno) sarebbe da individuare come *causa* dell'obbligazione restitutoria conseguente, quasi a configurare il rapporto tra i due vincoli obbligatori (i.e., quello, ad esempio, della dazione di danaro, da un lato, e della restituzione, dall'altro) in termini di *preliminarità e assoluta dipendenza logico-giuridica.* Infine, nella *donazione* – considerata come paradigma di riferimento di tutti i negozi a titolo gratuito – l'elemento causale andrebbe a rilevare, in via residuale, *sub specie* di mera *intenzione liberale* e, dunque, in termini esclusivamente soggettivi ed individualistici; così il Domat., *op. cit.,* per il quale, con specifico riferimento alle donazioni, "*… l'obbligo di colui che dà… ha il suo fondamento su qualche motivo ragionevole e giusto… come un servizio scaduto o qualche altro merito da beneficare… e quest'ultimo motivo fa le veci di causa dalla parte di colui che riceve e non dà…".* In termini pressoché similari, cfr. Pothier., *op. cit.,* per il quale, sempre in relazione al fenomeno delle donazioni, "*…taluno dà con l'intenzione che la cosa diventi subito di chi la riceve…e in nessun caso a sé ritorni… e non fa per altro che esercitare liberalità e munificenza";* pertanto, in termini riassuntivi (così lo stesso Pothier., *op. cit.,*), "*… nei contratti di beneficenza la liberalità di cui una delle parti vuole usare verso l'altra è una causa sufficiente dell'obbligazione contratta dalla prima".*

[210] La ragione storico-giuridica di questa peculiare caratterizzazione *normativa* del concetto di causa, si fonda sul principio per cui la nozione di contratto recepita dal legislatore francese era esclusivamente quella del contratto *obbligatorio*; infatti, il c.d. *effetto traslativo immediato* – tipico dei contratti diretti al trasferimento della proprietà di cosa certa e determinata – non fu inteso, dal legislatore d'oltralpe, secondo quella rigorosa e specifica accezione concettuale come suggerita dalla previsione normativa di cui all'art. 1376 del codice civile italiano vigente. Piuttosto, tale *effetto traslativo,* nella logica sistematica del codice napoleonico, doveva ricollegarsi necessariamente alla *obligation de donner* (art. 1136 cod. Nap.) o a quella di *livrer la chose* (art. 1138 cod. Nap.), secondo una *fictio iuris* che tentava di spiegare *un effetto traslativo* sostanzialmente *consensuale* in termini di *obbligazione di dare* che comprendesse, al suo interno, (anche) una ulteriore *valenza garantistica* della successiva ed *esatta esecuzione* del vincolo obbligatorio pattuito. In tal senso, tra tutti, cfr. Planiol- Ripert-Boulanger., *Traitè de droit civil,* II, Parigi, 1957

[211] In tal senso si parlò, per la prima volta, di *tesi causale subiettiva* e si distinse tra *scopo immediato* o *causa prossima* (c.d. *causa finalis*) dell'obbligazione – in termini di risultato *concreto* ed *ultimo* perseguito – e *scopo mediato* o *causa remota* (c.d. *causa impulsiva*) per designare l'insieme dei moventi psicologici *presupposti* che, seppur *casualmente* lontani, avrebbero potuto concorrere nella determinazione *negoziale* del soggetto agente (per ulteriori approfondimenti cfr. nota 221 in relazione alla c.d. concezione della causa *in senso finalistico*)
Successivamente, però, l'elaborazione teorica portò ad una parziale obiettivizzazione dell'elemento causale in termini di *scopo tipico determinate* la negoziazione (cfr. nota 221 relativamente alla c.d. *concezione psicologica della causa***)**; in tal senso, Maury.., *Le concept et le role de la cause des obligations dans la jurisprudence* in *Rev. Int. Dr. Comparè,* 1951; Planiol-Ripert-Boulanger., *Traitè de droit civil,* II, Paris, 1957; Ripert., *Traitè elementaire de droit civil,* Paris, 1947

[212] In tal senso il Capitant., *De la cause des obligations,* Paris, 1927 per il quale"*… l'acte de volontè se compose de deux elements: d'abord, le consentement, qui est le fait de promettre, de s'engager, et ensuite la consideration du but a atteindre au moyen de cette promesse. L'obligation n'est qu' un moyen pour arriver a un but…. On ne peut donc disjoindre ces deux choses"*

a riguardare soltanto il *momento statico* del contratto[213] o, *rectius*, il solo *sinallagma genetico*[214] e non anche quello *funzionale*[215].

Tale impostazione *individualistica* e *soggettivamente* orientata del problema causale[216] non fu, però, esente da critiche; più in particolare, accanto a tesi *anticausalistiche*[217] che negavano ogni benché minimo fondamento giuridico[218] della nozione in esame, si

---

[213] Infatti, in forza della sopra esposta sovrapposizione concettuale tra la nozione di *causa del contratto* e quella di *causa dell'obbligazione* , quest'ultima (i.e., l' *obbligazione)* andava essa stessa a costituire *la fonte* degli effetti contrattuali

[214] Inteso in termini di *interdipendenza iniziale* delle prestazioni dedotte in contratto e, quindi, secondo la concezione dell'epoca, nel senso del necessario e *reciproco condizionamento* tra le stesse (i.e., prestazioni) soltanto in relazione al momento della *nascita* del vincolo obbligatorio

[215] In questa accezione *funzionale*, invece, si dovrebbe presupporre il carattere *permanente* del principio di *interdipendenza* tra le prestazioni tale che la sua effettiva persistenza dovrebbe essere verificata, di volta in volta, anche in relazione alle successive ed eventuali *vicende modificative*, sia soggettive che oggettive, dell'originario *vincolo obbligatorio* stretto dalle parti

[216] Che, come retro accennato, sarà recepita integralmente dal codice napoleonico

[217]Si trova qui una prima eco speculativa di quell'anticausalismo, di matrice tedesca, della cui genesi ci si è già occupati nel paragrafo che precede; cfr. pag. 36, nota 171.

Il più grande esponente della teoria (anticausalista) in esame fu il Planiol., *Traitè elementaire de droit civile*, Paris, 1926.

Tale dottrina contesta i singoli principi argomentativi della teoria francese classica (cfr. nota 209) e, più in particolare, l'autore citato sostiene che il suo presupposto logico fondativo (ovvero quello per cui "*un'obbligazione è causa dell'obbligazione correlativa"*) sia una irrimediabile e fuorviante *fictio iuris* in quanto – nascendo, le due obbligazioni (i.e., quella per così dire *principale* e quella *correlativa*), dallo stesso contratto – non sarebbe razionalmente spiegabile come *l'effetto* e la sua *causa* possano essere esattamente contemporanei e, dunque, sarebbe incomprensibile questo fenomeno di "*produzione contestualmente mutua"* (così, testualmente, il Planiol., *op. cit.,*). Peraltro, assolutamente inutile sarebbe il ricorso all'idea di *causa* del contratto per giustificare la costante *prassi* che vede il venir meno dell'obbligazione di una parte in caso di mancato adempimento, da parte dell'altra, dei corrispondenti obblighi giuridici assunti. In tutti questi casi, infatti, si tratterebbe di un coerente corollario logico derivante dalla corretta applicazione dei principi generali in materia di obbligazione; per esempio, se la cosa venduta non esistesse più, l'obbligazione del venditore sarebbe *ontologicamente* nulla per mancanza di oggetto e, di riflesso, quella del compratore nemmeno sorgerebbe in forza della natura sinallagmatica del contratto che presuppone prestazioni reciproche e interdipendenti, a prescindere da un presunto rapporto di causalità che, piuttosto, risulterebbe assolutamente *ultroneo* e, comunque, *estraneo* alla logica concreta della negoziazione *inter partes*

Similmente – seguendo questa teorica anticausalista –, per quanto attiene ai contratti reali, la *causa dell'obbligazione* altro non sarebbe che il *fatto generatore dell'obbligazione stessa* – in tal senso, ancora una volta rileverebbe la sostanziale *erroneità* del concetto – e, infine, in materia di donazione, sarebbe illogico considerare la *volontà di dare* in modo astratto ed indipendentemente dai motivi che la hanno originata per farne, piuttosto, una componente concettuale (appunto quella causale) autonoma, *sub specie* di *intento liberale*, secondo una perifrasi linguistica di alcun valore giuridicamente valutabile ed apprezzabile in quanto espressione di una componente meramente soggettiva e di genesi addirittura "*pregiuridica"* (in tal senso, Planiol., *Traitè elementare de droit civile, op. cit.,*). In tal senso, anche Ernst., *La cause est elle une condition essentielle pour la validità de conventions?* in *Bibliotheque du jureconsulte et du pubbliciste*, 1826; Laurent., *Principe du droit civil francais,* Parigi, 1878; Dabin., *La teorie de la cause*, Bruxelles, 1919

[218] Secondo le dottrina anticausaliste, infatti, quello di *causa* sarebbe un concetto *superfluo* in quanto – così testualmente Planiol., *op. cit.,* - "*… in tutti i casi in cui si utilizza la nozione di causa… si potrebbe arrivare agli stessi risultati utilizzando altri procedimenti tecnici… e, in particolare, la nozione di oggetto"* e, dunque, "*… ogni menzione della causa dell'obbligazione potrebbe essere cancellata dalle leggi… senza che nessuna disposizione ne sarebbe compromessa"*.

diffusero altre posizioni teoriche[219] più *moderate* che, pur condividendone la ontologica *autonomia concettuale*[220], costruirono il concetto "*causale*" in termini *differenziali,*[221] con evidenti conseguenze sul piano della disciplina positiva in concreto applicabile.

---

[219] Ci si riferisce, rispettivamente, alla *teoria psicologica della causa*, alla *teoria della causa in senso finalistico*, e, infine, alla concezione *economica* dell'elemento causale; per la disamina di ciascuna di queste impostazioni dottrinali, cfr. nota 221

[220] E, dunque, anch'esse si posero in netto contrasto con le tesi anticausalistiche

[221] La concezione *psicologica della causa* si fonda sull'elaborazione teorica del Ripert (in *Traitè elementaire de droit civil* , Paris, 1947) per il quale il principio essenziale da cui muovere ogni speculazione dogmatica sul concetto in esame è quello per cui *una persona si obbliga in considerazione di una controprestazione;* se ciò è vero, altrettanto evidente è che un simile presupposto logico sarebbe, però, assolutamente vago ed indeterminato, nonché di scarso aiuto pratico, in quanto i *motivi* che, astrattamente, potrebbero influire sul soggetto agente sono infinitamente variabili, diversi e di difficile cognizione. Pertanto, secondo questa impostazione teorica, sarebbe necessario spogliare l'elemento volitivo dalle componenti *soggettive* più *particolaristiche* per individuare la nozione di causa in termini di *motivo determinante che si attribuisce alla volontà secondo l'analisi delle prestazioni effettuate in esecuzione del contratto.* Così configurata, la concezione psicologica, dunque, pur partendo da presupposti squisitamente *individualistici* – si ricordi, il semplice principio fondativo per cui, come sopra detto, *una persona si obbliga in considerazione di una controprestazione* – giunge a fare, della causa, un concetto (almeno parzialmente) *obiettivo*, assimilando *l'elemento volitivo alla prestazione negoziale in concreto posta in essere* e, di conseguenza, identificando il motivo determinate della volontà con il fatto materiale a cui essa stessa si riferisce. Da qui il carattere *psicologico* della teoria in esame; il concetto di causa, infatti, diventa talmente *sfumato* ed *ampio* da renderne sempre più difficile il distinguo con i *plurimi motivi concreti* della negoziazione.
La teoria della causa *in senso finalistico* – tra gli esponenti più emergenti, tra tutti, cfr. il Capitant., *De la cause des obligations*, Paris, 1927 – si fonda sul presupposto logico per cui il generico *movente* di ogni contratto è rappresentato dalla volontà di ciascuna parte di ottenere la esecuzione della controprestazione promessa dall'altra. In tale contesto, il concetto di *causa* dovrebbe essere individuato nel c.d.. scopo *finale* (perseguito dalle parti), inteso in termini di *aspettativa di controprestazione* e, così configurato (i.e., *aspettativa di controprestazione*), l'elemento causale andrebbe ad acquisire un significato assolutamente *essenziale* ed *infungibile* rilevando come il *fondamento logico* della negoziazione che renderebbe possibile, a sua volta, *l'unitarietà giuridica* delle singole e reciproche obbligazioni dedotte in contratto in termini di *interdipendenza e complementarietà.* Circa il distinguo tra *motivo generico* e *scopo finale*, tra tutti, cfr. il Capitant (*De la cause des obligations, op. cit.*,) per il quale "*…il motivo è anteriore all'accordo delle volontà… resta nel foro interno…al contrario, lo scopo avuto di mira è nell'avvenire...il contratto è fatto per condurre ad esso"*
Per i fautori della concezione economica, - tra tutti, in tal senso, cfr. Maury., *Essai sur le role de la notion d'equivalence en Droit civil francais,* Tolosa, 1920; Id., *Le concepì et le role de la cause des obligations dans la jurisprudence* in *Rev. Int. Dir. Comp.* ,1951 – infine, la nozione di causa dovrebbe essere riferita soltanto ai contratti a titolo oneroso; secondo questa teorica, *causa* di una qualsivoglia obbligazione sarebbe una (implicitamente presupposta) altra *obbligazione correlativa* – di cui *l'obbligato* (del primo vincolo giuridico obbligatorio) sia, a sua volta, *creditore* – o una *prestazione* che il debitore stesso abbia già ricevuto. In entrambi i casi, ciò che caratterizzerebbe l'elemento *causale* sarebbe la sua *essenziale valenza economica* in termini di *credito*, nel primo caso (*obbligazione correlativa*), e *cosa consegnata*, nel secondo (*prestazione già ricevuta dal debitore*). In questa peculiare accezione semantica del concetto, la nozione di causa in *termini economici* andrebbe a costituire la *ratio* logica fondativa di ogni rapporto obbligatorio: un soggetto, cioè, accetterà di essere gravato di un debito – e, dunque, di vedere accrescere il proprio *passivo* (in termini di *dover dare*) – in quanto il suo *attivo* (in termini di *aver ricevuto*) sia già stato correlativamente aumentato e soddisfatto in misura tale da poter considerare *conveniente* una ulteriore *obbligazione passiva* gravante sul suo patrimonio. Ne consegue che, secondo questa impostazione logica, causa e motivi sarebbero due concetti completamente differenti rilevando, la prima, in termini *economici ed oggettivi*, ed i secondi in proiezione essenzialmente *psicologica e soggettiva.*
Per la teoria in esame, invece, sarebbe assolutamente irrazionale (avvicinandosi, così, alla posizione teorica degli anticausalisti) poter parlare di *causa* in relazione ai contratti a titolo gratuito; in tali casi,

Sullo sfondo di questa tradizione giuridica, l'indubbio merito della dottrina italiana fu quello di porre la nozione di causa su basi più rigorose, e ciò fu possibile grazie alla graduale ricezione, nel nostro ordinamento, della nozione germanica di *negozio giuridico* come elaborata dai primi giureconsulti del diritto romano[222] e perfezionata dalla dottrina tedesca delle Pandette;[223] più in particolare, si iniziò a sostituire al concetto di *obbligazione*[224] quello di *prestazione*[225], secondo una nuova *espressione linguistica*[226] che, poi testualmente utilizzata dal codice civile del 1942[227], avrà un ambito di applicazione assai più ampio e generale in quanto sarà in grado di ricomprendere anche *il momento della traslazione del dominio e degli altri diritti* che il legislatore italiano, a differenze di quello francese[228] e tedesco[229], volle spiegare[230] in termini di *effetto immediato* del consenso delle parti[231].

---

infatti, essa (i.e., causa), al massimo, potrebbe rilevare nella sfera interna dell'agente (ad esempio, *sub specie* di *animus donandi*) e, dunque, non si tratterebbe di *causa in senso stretto* quanto, piuttosto, di una componente meramente psicologica che il diritto potrebbe legittimamente ignorare in quanto non *coniugabile* in termini *obiettivi ed economicamente* rilevanti (sul punto, si rinvia alle premesse introduttive)

[222] Sul punto, fra tutti, cfr. Scialoja., *Negozi giuridici,* (corso di diritto romano dell'anno accademico1892-1893), Roma, 1893; Jhering., *L'esprit du droit romain,* (traduzione di Meulenaere), IV, Parigi, 1880

[223] Si rimanda alle considerazioni svolte in materia nella premessa introduttiva; si osservi, inoltre che, così argomentando, si giustifica la personale scelta metodologica volta a trattare o spiegare, in via preliminare, l'esperienza giuridica tedesca in materia di autonomia dispositiva ed, in particolare, in riferimento alla elaborazione dogmatica sul concetto di causa in particolare.

[224] Che, come ampiamente spiegato *retro,* fondava la teoria del *contratto* e della *causa* nell'ordinamento francese

[225] Derivante dalla c.d. *Zuwendung* della dottrina germanica; rinvio alle premesse introduttive nonché, fra gli altri riferimenti, anche a pag. 31, nota 126

[226] Appunto quella di prestazione

[227] Quando sarà accolta, in termini assai più consapevoli, la nuova logica civilistica per cui *l'obbligazione non è la causa ma il titolo della prestazione sub specie* di *atto esecutivo del contratto;* sul punto, ampiamente in proseguo

[228] Si rimanda alle considerazioni di cui retro, in particolare, cfr. p. 41 e nota 210

[229] Si rimanda al paragrafo precedente con particolare riguardo a quanto si è definito come la genesi eziologia dell' *anticausalismo* alemanno; cfr. pag. 36 e ss, nota 171

[230] Il codice italiano del 1865, infatti, cercò di codificare il principio del c.d. *effetto traslativo* del contratto ricollegandolo non già alla fonte giuridica dell'obbligazione (nel suo significato di *vincolo giuridico*) ma al *consenso legittimamente manifestato* dalle parti (cfr. art. 1125 del codice abrogato); tuttavia, nonostante l'apprezzabile tentativo di evoluzione sistematica, i tempi non erano ancora totalmente maturi per una netta *inversione di tendenza*, rispetto alla tradizione giuridica francese, che si avrà, invece, con la successiva codificazione del 1942 in forza della previsione normativa di cui al vigente art. 1376 c.c.
La stessa definizione di contratto *ex* art. 1098 del codice civile del 1865, infatti, risentiva della precedente codificazione napoleonica (in termini essenzialmente *obbligatori*) allorché faceva riferimento esclusivamente alla *"costituzione, regolamentazione e scioglimento di* un *vincolo giuridico"*, tacitamente individuando, in tal modo, l'essenza stessa del contratto bilaterale nel presupposto logico per cui *"… i contraenti si siano obbligati reciprocamente gli uni verso gli altri"* (art. 1099 cod. civ. abrogato)

[231] Il processo di evoluzione giuridica che portò all'affermarsi del principio consensualistico è stato graduale; esso, infatti, se all'inizio fu inteso, in *via residuale,* come deroga alla tradizionale *vocazione*

Si tratta di una prospettiva di analisi, tradizionalmente poco studiata, che, personalmente, si ritiene, invece, meritevole di attenzione e tale da potersi ricostruire nei termini che seguono.

La connessione logica tra la progressiva affermazione del *principio consensualistico* e l'evoluzione giuridica del concetto di *causa* rappresenta un momento fondamentale[232] nel nostro studio sul tema; infatti, via via che essa[233] fu recepita come *requisito necessario* per la validità del contratto[234], l'elemento causale si iniziò a studiare e comprendere, per la prima volta, in termini essenzialmente *derivativi* rispetto al tradizionale istituto romanistico della *condictio indebiti sine causa*[235] e, dunque – in corrispondenza della graduale attribuzione della *vis traslativa* al contratto obbligatorio[236] – essa[237] cominciò ad assumere un ruolo sempre più importante ed *essenziale* così come confermato dal nascente *dogma teorico* della c.d. *nullità del trasferimento*[238] *per mancanza di causa*[239] *o causa falsa.*[240]

---

obbligatoria (di origine francese) del contratto, via via cominciò ad assumere connotazioni sostanziali sempre più precise. Più in particolare, la vera *innovazione concettuale* del principio in esame (appunto, quello consesualistico) non fu tanto nel presupposto teorico per cui la proprietà si potesse trasferire anche senza la necessità di un atto materiale di consegna – in tal senso vi era già stata l'esperienza giuridica della *traditio* ormai recepita dagli ordinamenti di derivazione romanistica (si rimanda, sul punto, alle premesse introduttive) – quanto, piuttosto, nella nuova *concezione unitaria* del *binomio "atto reale traslativo* e *contratto consensuale"* in termini di stretta *complementarietà logica* e non più, come finora era accaduto, in rapporto di *dialettica antinomia concettuale* (sul punto, per ulteriori approfondimenti, cfr. Gorla., *L'atto di disposizione dei diritti* in *Ann. Perugia,* 1936).

[232] E' proprio in questo contesto giuridico, infatti, che si profila, per la prima volta, la valenza *intrinsecamente ontologica* ed *individualizzante* (in termini di tipicità) della nozione causale nella prospettiva negoziale. Sul punto, ampiamente Gorla., *L'atto di disposizione dei diritti., op. cit.,*)

[233] I.e., la nozione di causa

[234] Così si esprimevano (cfr. *retro*) i già citati articoli 1108 del codice francese e 1104 del codice italiano del 1865

[235] Si trattava di una *azione personale* che il creditore aveva nei confronti del debitore in caso di inadempimento della prestazione dedotta in obbligazione. In materia, circa i rapporti tra il concetto di *causa* e quello di *condictio* nel diritto romano, cfr. Voci., *Istituzioni di diritto Romano, op. cit.;*

[236] Quale effetto naturale, come detto, della timida ricezione del principio consensualistico

[237] I.e., la nozione di causa

[238] In forza di una unitaria considerazione giuridica di *modus* e *titulus adquirendi*

[239] Così configurata, la rilevanza sistematica assunta dall'elemento causale è palese allorché si consideri che esso (i.e., elemento causale), in questa nuova ottica dogmatica, finisce per diventare una vera e propria *condicio sine qua non* dell'eventuale regolamento negoziale posto in essere, tale da poterne determinare senz'altro la sua *irrilevanza* in termini giuridici *sub specie* di nullità del contratto; seppur in nuce, si anticipa la *ratio* normativa dell'attuale disposizione vigente di cui all'art. 1418, comma secondo, c.c. che collega alla mancanza di causa o alla sua illiceità la forma di invalidità piu' grave del negozio giuridico, ovvero la *nullità*. A ciò si aggiunga che, con il progressivo affermarsi del principio in esame (i.e., nullità del contratto per mancanza di causa), si contribuì, in maniera decisiva, a superare la tradizionale concezione (francese) *statica* dell'elemento causale per accoglierne, invece, una nozione assai più dinamica (di origine tedesca, cfr. *retro*) che sarà il fondamento logico della successiva concezione *obiettiva,* in termini di *funzione del negozio,* di cui ci occuperemo nel prosieguo della trattazione.

In questo nuovo contesto giuridico[241], l'evoluzione speculativa della dottrina[242] italiana raggiunse, in materia di *causa del contratto,* le sue massime espressioni nella teoria *oggettiva*[243] e *soggettiva*[244]che rappresenteranno il necessario e presupposto *fondamento teorico* della nuova codificazione del 1942[245].

---

[240] La *rivoluzione copernicana* rispetto alle precedenti tradizioni giuridiche è tutt'altro che indifferente; nell'ottica sistematica di stretta derivazione romanistica, infatti, la mancanza o il vizio della causa attribuivano al *tradens* una azione meramente personale per la restituzione in termini di *condictio indebiti* o *sine causa* mentre, nei confronti dei terzi, essa (i.e., causa) riceveva la medesima disciplina dei vizi del consenso. In tal senso, il principio ispiratore era quello così sintetizzato dal giurista Baldo degli Ubaldi (*ad Cod. 2.3.20.*) per il quale "*… Consensus tradentis habentis trsferendi dominium potestatem, subsistente causa vera vel putativa, ad translationis dominii ordinata, inducit translationem dominii"*.
Tuttavia, nonostante l'indiscussa rilevanza sul piano sistematico, il dogma in esame (i.e., *nullità del trasferimento* per mancanza di causa) non ebbe grande fortuna; infatti, progressivamente, se ne preferì una interpretazione sempre meno rigorosa a tutela di una maggior certezza e celerità nei traffici giuridici e commerciali. A tal fine, la dottrina cercò di recuperare il tradizionale principio romanistico per cui l'azione recuperatoria del *tradens,* in caso di causa mancante o putativa, aveva natura essenzialmente *personale* e, quindi, poteva essere esperita soltanto nei confronti dell' *accipiens*; sulla base di questa premessa logica, l'area della nullità per mancanza di causa finì per essere drasticamente ridotta.
Infatti, se, all'inizio, si riteneva che, in caso di mancato passaggio della proprietà (per difetto di causa) dal *tradens* all' *accipiens*, fosse invalido anche l'eventuale atto posto in essere da quest'ultimo (*accipiens*) con conseguente soggezione del terzo acquirente (dall'*accipiens*) alla rivendica del *tradens*, ben presto a questa regola fu introdotto, per via interpretativa, un importante temperamento; più in particolare, si affermò il principio per cui il *tradens*, pur conservando (quanto meno *in astratto*) il diritto di rivendicare la cosa anche nei confronti del terzo acquirente, avesse nei suoi confronti (i.e., terzo) un obbligo di *indennizzo* nei casi in cui questi avesse acquistato in buona fede o a titolo oneroso, a salvaguardia del suo legittimo affidamento circa il *bonum* dell'acquisto.
Ordunque, la previsione di un simile obbligo di indennizzo finì, nella prassi, ad operare quale valido deterrente per limitare l'applicabilità dell'*actio* per mancanza di causa e, in tal modo, si raggiunse quella finalità di maggior certezza e tutela nei traffici giuridici e commerciali che, come sopra detto, fu il movente principale di questa progressiva *interpretazione restrittiva* del *dogma* (nullità del trasferimento per mancanza di causa) in esame.
Per quel che attiene alla dottrina italiana, le rigorose conseguenze (nei termini in cui appena sopra espressi) del principio della nullità del trasferimento per mancanza di causa furono argutamente eluse mediante il ricorso alla disciplina della *ripetizione dell'indebito* che il codice civile regolava espressamente come azione personale; più in particolare, rifacendosi alla tradizione romanistica della *condictio indebiti* (cfr. parte iniziale della presente nota) , si affermò il principio per cui l' *inesistenza dell'obbligazione di dare per mancanza di causa* non determinasse *la nullità del trasferimento* in quanto una *partita restitutoria inter partes* – soltanto in tali termini *soggettivamente limitati*, infatti, poteva esplicarsi l'efficacia di una azione meramente personale quale la *condictio* – non avrebbe potuto in alcun modo inficiare l'assolutezza di un effetto giuridico *reale* (quale il trasferimento di una *res*), in quanto tale suscettibile di opponibilità *erga omnes.* In tal senso, fra tutti, cfr. Giorgi., *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1891 e poi, sullo stesso fondamento logico, cfr. Andreoli., *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940. *Contra*, Campogrande., *Condictio indebiti* in *Dig. It.*, VIII, 1, Torino, 1896

[241] Che, dunque, in forza della progressiva affermazione del principio consensualistico, recepisce in termini sempre più compiuti e consapevoli l' *essenzialità* del concetto di causa del negozio giuridico; si rimanda all'insieme delle considerazioni sin qui rese

[242] In linea con la tradizione tedesca (cfr. pagg. 28 e ss), anche in seno alla nostra dottrina si ebbe un acceso dibattito tra due tendenze speculative, ovvero, quella dei cosiddetti *soggettivisti*, da un lato, e quella degli *oggettivisti*, dall'altro, e ciò sia con riferimento all'elemento della volontà – tipica, in materia, la *querelle* tra *volontaristi e dichiarazionisti* – sia con riferimento a quello della causa; sul punto, cfr. note 243, 244

[243] Essa troverà una delle sue prime teorizzazioni nell'opera del Liebe., (*Die Stipulation,* Brunswick, 1840) che lo stesso Savigny (in *Le Obbligazioni., op. cit.,*) presenta come l'indiscusso iniziatore della

Quanto alla prima[246] – pur differenziandosi, al suo interno, tra *teoria oggettiva classica*[247] e *teoria della funzione*[248] – essa si fonda sul principio logico per cui *la*

---

teoria obiettiva; nell'ambito della dottrina italiana, tra tutti, cfr. Venezian., *La causa nei contratti*, Bologna, 1900; Ferrara., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940; Nicolò., *L'adempimento dell'obbligazione*, Milano, 1936; Scognamiglio., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Torino, 1943; Pellicano., *Causa del negozio e circolazione dei beni*, Milano, 1981.
Quanto alla giurisprudenza, tale tesi (oggettiva) trovò ampio compenso; tra le pronunce piu' importanti, cfr. Cass., 15 gennaio 1947 m. 32 in *Monit. Trib.* 1947; Cass., 8 marzo 1950 n. 595 in *Foro It.*, Appello Brescia, 12 ottobre 1955 in *Giust. Civ., Mass.*, 1955; Cass., 6 maggio 1969 n. 1539 in *Giust. Civ*

[244] Di derivazione francese, tra tutti, cfr. *Capitant., De la cause des obligations*, Parigi, 1927; nell'ambito della dottrina italiana, cfr. Carusi., *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto*, Napoli, 1947.
Per la giurisprudenza, cfr. App. Venezia., 9 aprile 1946 in *Temi*, 1946; Trib. Milano, 27 gennaio 1948 in *Monit. Trib;* App. Ancona, 21 aprile 1954 in *Giust. Civ;*

[245] Assolutamente minoritaria e pressoché isolata, rispetto alla concezione soggettiva e oggettiva, fu, nella nostra dottrina, la c.d. *teoria anticausalista* che, al pari di quella francese (cfr. nota 217), negava ogni giuridico fondamento alla nozione di *causa* del contratto. In tal senso, il Giorgi., (*Teoria delle obbligazioni*, III; Firenze, 1899) per il quale il concetto di causa sarebbe una "… *infondata elucubrazione metafisica della psicologia giuridica*"… da potersi paragonare, per la sua inammissibilità (anche) sul piano teorico, "… *al quarto lato del triangolo";* successivamente, Allara., *La teoria generale del contratto*, Torino, s.a.; Pacchioni., *Dei contratti in generale*, Padova, 1936

[246] I.e., teoria oggettiva

[247] Tale teoria, nelle sue più essenziali formulazioni, prospetta una concezione analitica dell'elemento causale nel senso che, avendo riguardo alle singole obbligazioni o attribuzioni contrattuali, ravvisa la causa di ciascuna di esse nella controprestazione e, più in generale, nel fatto o nella cosa che ne costituisca il fondamento; dunque, in conformità alla tradizione francese, si sostiene che la prestazione abbia la sua causa fondativa nell'obbligazione di cui andrebbe a rappresentare, a sua volta, il normale adempimento sul piano esecutivo. In tal senso, tra tutti, cfr. Pothier., *Traitè des obligations*, *op. cit.*, per il quale *"…nei contratti onerosi causa dell'obbligazione di una parte è ciò che l'altra gli da o gli promette di dare"*.
Questa tesi, tuttavia, presuppone una indebita sovrapposizione concettuale in quanto l'obbligazione, più che rappresentare la causa della prestazione, va ad identificarne il titolo, con la connessa conseguenza logica per cui l' eventuale mancanza dell'obbligazione non dovrebbe portare ad un giudizio di *invalidità* ma di *indebito*; la prestazione, infatti, è *atto esecutivo* del contratto e non sua *proiezione sintetica* legittimante e fondativa.

[248] Nell'ambito di questo filone teorico rilevano differenti ricostruzioni speculative che, sintetizzando, si possono ricondurre a quattro indirizzi fondamentali. Secondo l'orientamento maggioritario, la causa rileverebbe come *funzione economico-sociale* del negozio nel senso che, già *tipizzata* a livello normativo, essa andrebbe totalmente a prescindere dagli scopi perseguiti (in concreto) dalle parti rispondendo, piuttosto, ad una valutazione *preventiva* (*ex ante*) effettuata dal legislatore, *sub specie* di *astratta suscettibilità* (dello schema negoziale adottato) di realizzare determinati *effetti giuridici*, anch'essi già disciplinati dalla stessa fonte legale. La causa, dunque, sarebbe l'espressione *codificata* di un giudizio *normativo* già operato dal legislatore – c.d. *causa in astratto* – che le parti potrebbero soltanto limitarsi a scegliere senza, con ciò, poter in alcun modo alterare la *valutazione social tipica* già realizzata *ex lege* in termini di assoluta non derogabilità e/o disponibilità; così configurata, la causa diventa anche *criterio di controllo* della meritevolezza degli atti di autonomia privata, in funzione della congruità (o meno) degli interessi perseguiti con la *ragione legale* per la quale l'ordinamento ha riconosciuto rilevanza giuridica a quella determinata fattispecie contrattuale.
La causa, dunque, in questa particolare accezione semantica, sarà intesa come *funzione sociale tipica* di un dato schema negoziale cui la norma, di volta in volta, andrà a riferire una concreta manifestazione volitiva. In tal senso, tra i massimi esponenti, tra tutti, cfr. Betti., già in *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929, ma, soprattutto, in *Teoria generale del negozio giuridico*, *op. cit.*,
In termini parzialmente diversi, pur nell'ambito del medesimo indirizzo *oggettivistico* dell'elemento causale, la posizione del Pugliatti (in *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici* in *Diritto Civile*, Milano, 1951) per il quale se "… *la funzione va determinata con riferimento alla norma…*

volontà del contraente non sia in grado, *ex se*, di creare un qualsivoglia spostamento giuridico patrimoniale[249] che, invece, deriverà la sua *legittimazione formale* direttamente dall'ordinamento giuridico di riferimento in forza della *meritevolezza di tutela* del fine perseguito dai paciscenti; in questa prospettiva teorica, il concetto di *causa* andrà a rilevare come la *ragion d'essere intrinseca*[250] del negozio o, *rectius*, in termini di *elemento obiettivo*[251] *che giustifica la protezione legale del volere dei contraenti.*[252]

La teoria *soggettiva*[253], invece, – sul presupposto per cui ogni azione umana volontaria è determinata da un *motivo* in termini di *rappresentazione attuale* di un *fine futuro da raggiungere* – identificherà la causa con lo *scopo* per il quale le parti si siano

---

se la causa è funzione…. essa sarà non già funzione economico-sociale ma funzione giuridica". Sulla base di questa premessa logica, l'Autore prosegue affermando che intendere la causa come *funzione economico sociale* non potrebbe in alcun modo corrispondere a verità se non a condizione di accettare una incongruente *fictio iuris* in quanto *"… la valutazione e la configurazione sociale degli interessi pattizi cede il posto, nell'esperienza giuridica, alla valutazione e alla configurazione giuridica di essi";* rebus sic stantibus,, *"… causa del negozio è la sua funzione giuridica come fissata dalla sintesi dei suoi effetti giuridici essenziali"*

Più moderata, quasi a conciliare tesi soggettive ed oggettive, la voce del Redenti (*La causa del contratto secondo il nostro codice* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* ,1950) che prospetta una valenza essenzialmente *binaria* dell'elemento causale nel senso che esso sarà individuato, da un lato – si cita testualmente – "*…dai bisogni (interessi) delle parti…in quanto e per quanto essi possano trovare la loro soddisfazione o realizzazione nelle prestazioni o meglio nel risultato complessivo delle prestazioni, oggetto della legge medesima, … in funzione dello scopo o dell'intento perseguito"* e, dall'altro, *"…dalla rappresentazione programmatica del risultato medesimo che viene ad essere progettata, con ciò, come la causa (cagione-ragione) determinante dell'atto… che verrà in considerazione quante volte si tratti di identificarlo, di rilevarne i caratteri e di farne un qualunque giudizio di valore*"; sintetizzando, la causa rileverebbe come il vincente escamotage giuridico che permetterebbe *il controllo dell'ordinamento giuridico sugli interessi pattizi.*

In finale, in ottica assai più pragmatica il Giorgianni (*La causa nel negozio giuridico,* Milano, 1961) il quale, richiamandosi alla nozione romanistica di *iusta causa,* afferma che "*…compito della causa nel negozio è quello di giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro"*; in tal senso, più tardi, anche il Barcellona., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione* in *Scritti in onore di G. Zingali,* Milano, 1964

[249] In relazione alla presunta titolarità di una o più situazioni giuridiche soggettive

[250] Tendenzialmente omogenea e pressoché coincidente in tutti i negozi della stessa specie, costituendo il *fondamento giuridico* del regolamento pattizio

[251] Pur nell'ambito della stessa concezione oggettiva della causa, rispetto alla teoria della funzione (nelle sue diverse formulazioni come *retro* espresse cfr. nota 248), in termini pressoché specularmene invertiti si porrà la c.d. teoria della *causa in concreto* di cui ci occuperemo ampiamente in proseguo allorché si affronterà il tema del distinguo tra la nozione di *causa* e quella di *tipo negoziale* (si rinvia al paragrafo quarto)*;* in tal sede, per apprezzarne le distanze concettuali più emergenti, ci si limiti a precisare che, secondo questa più recente tesi (id est, concezione della *causa in concreto*), bisognerà aver riguardo, anziché alla *causa astrattamente tipica* (nei termini in cui appena sopra espressi), agli *interessi reali che di volta in volta il contratto sarà diretto a realizzare, al di là del modello tipizzato* previsto dal legislatore e formalmente adoperato dalle parti

[252] In tal senso, Bensa., *Ist. di diritto civile,* 1897

[253] Che, si ricordi, ha trovato una delle sue prime espressioni nella tradizione francese classica e nelle connesse teorizzazioni sistematice del Domat e del Pothier

obbligate, così configurando quest'ultima[254] come una sorta di *appendice esplicativa* della *motivazione del consenso contrattuale* raggiunto e dedotto nel regolamento negoziale.[255]

Se queste erano le tendenze dottrinali più emergenti, il legislatore del 1942 operò in un duplice senso; da un lato, riferì espressamente il concetto di causa alla nozione di

---

[254] Ovvero la nozione di causa

[255] La difficoltà logica più ostica da superare, accogliendo questa concezione teorica, è quella che concerne il distinguo tra i molteplici e vari motivi (irrilevanti sul piano giuridico) che abbiano potuto spingere le parti a contrattare e quello *tecnicamente più importante* con il quale si dovrebbe far coincidere la nozione stessa di causa del contratto.

Secondo l'opinione predominante, fra i sostenitori dell'indirizzo subiettivo, ai fini del distinguo, l'attenzione dovrebbe essere posta sul c.d. *ultimo motivo della negoziazione* inteso non già in senso meramente cronologico ma, piuttosto, in prospettiva teleologicamente funzionale al raggiungimento del consenso definitivo; in questa prospettiva interpretativa, cioè, tra i tanti motivi, sarebbe causa del contratto *soltanto* quello in forza del quale le parti si siano determinati a negoziare, mentre tutti gli altri e possibili *moventi individuali*, antecedenti *al motivo determinante* (e, dunque, *causale*), andrebbero a rilevare come meri *presupposti logici* con valenza esclusivamente descrittiva e narrativa e, comunque, non sicuramente cogente in termini di *lex contractus.*

Questa concezione della causa, dunque, sembra rifarsi alla già intuita e percepita distinzione tra *causa finalis* (i.e., motivo ultimo) e *causa impulsiva* (o remota) che, di antiche origini (si rimanda alle premesse introduttive), ha trovato una delle sue prime teorizzazioni giuridiche nei frammenti del giurista Baldo degli Ubaldi (in *ad Cod. 6,161, de falsa causa adiecta legato vel fideicommesso, l. verba testamenti*) per il quale "… *in contractu emptionis et venditionis respectu emptoris causa finalis est res, et respectu venditoris est praetium … causa enim finalis est obiectum intellectus, sicut signum est obiectum visus, et portus est obiectum navigantium; et quicquid agimus, propter finem agimus"*.

In tal senso, tra la dottrina più recente, cfr. De Ruggiero (*Istituzioni di diritto civile,* Messina, s.a.) per il quale "… *nella serie delle rappresentazioni psichiche che precedono ogni rappresentazione di volontà … è sempre possibile distinguere l'ultima che funziona come motivo determinante dell'azione… da tutte quelle che la precedono"*.

Un altra posizione teorica, sempre riconducibile all'indirizzo subiettivo in esame, ai fini del distinguo tra *causa* e *motivi* individua la prima (i.e., causa) *nello scopo che entra nel contratto in quanto filtrato dall'atto di volontà dell'agens;* così il Capitant., *De la cause des obligations, op. cit.,* per il quale "… *ainsi, on le voit, il faut bien se garder de confrondre la cause et le motif determinant. Le motif est un facteur psychologique qui n'est pas compris dans l'acte de volontè createur de l'obligation, et par consequent n'est pas un element constitutif de l'accord des volontès, tandis que la cause est partie integrante de cet acte de volontè et par suite de contract"*.

Infine, è stato anche sostenuto che la causa, rispetto ai motivi, avrebbe una valenza meramente *sommatoria, descrittiva e sintetica* in quanto comprensiva delle singole ragioni particolari che di volta in volta abbiano spinto le parti a negoziare; in quest'ultimo senso, cfr. Josserand., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privè,* Parigi, 1928

Non sono mancate, tuttavia, altre posizioni teoriche più concilianti che hanno cercato di coniugare la concezione obiettiva con quella soggettiva; tra tutti, in tal senso, lo Scialoja (in *Corso di istituzioni di diritto romano,* Roma, 1934) e il Gorla (in *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934).

Per il primo, la c.d. *causa obiettiva* – intesa come *funzione sociale del negozio che il diritto considera degna di protezione* (cfr. nota 248) – potrebbe anche leggersi in chiave di "… *elemento della stessa volontà …in termini di motivo ultimo che determina la volontà nel negozio giuridico,"* con ciò volendo significare che il contratto in tanto esiste in quanto vi sia, da un lato, una *soggettiva volontà di concluderlo* e, dall'altro, uno *schema negoziale oggettivo* degno di protezione.

Per il Gorla, infine, tra nozione soggettiva e concezione oggettiva della causa vi sarebbe un rapporto di ciclica continuità logica in quanto alla esatta individuazione dell'elemento causale si potrebbe giungere soltanto attraverso un processo di "… *graduale e giuridica obiettivizzazione di un elemento subiettivo presupposto"*.

contratto[256] e, dall'altro, ne accolse la concezione *obiettiva*,[257] nella sua specifica declinazione in termini di *funzione economico sociale*[258] *del negozio*,[259] a voler, con

---

[256] Così superando, in maniera definitiva, la precedente tradizione francese (che, si ricordi, legava l'elemento causale al vincolo obbligatorio) e le incertezze interpretative di cui agli artt. 1104 e 1119 del codice abrogato del 1865 (cfr. retro); l'art. 1325 del codice civile vigente, infatti, espressamente individua la *causa* come *elemento essenziale del contratto*

[257] In tal senso, assolutamente chiara è la relazione del Guardasigilli in merito al libro IV delle Obbligazioni in cui si recita che "… *bisogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline ad identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (chè allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza causa), ma è la funzione economico sociale, che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini, e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione, pertanto, che deve essere non solo conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e la buon costume, ma anche rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica. Questa concezione oggettiva e positiva della causa si trae dall'art. 1345 c.c. ove si indica il motivo comune delle parti come figura distinta dalla causa, considerata nei precedenti articoli 1343 e 1344 c.c.: e non è necessario chiarire che il comune intento che spinge le parti a contrarre è l'intento pratico che essi vogliono attuare, spesso difforme e contrario allo scopo obiettivo, la cui realizzazione l'ordinamento giuridico si propone di garantire"*

[258] Rispetto alla scelta normativa (in favor alla concezione obiettiva) operata dal legislatore, non mancarono, tuttavia, posizioni contrarie; in particolare, si sostenne che la nozione di causa *sub specie* di *funzione economico-sociale* del negozio era una sorta di *astrazione giuridica* in alcun modo suscettibile di specificazione in termini concreti. Secondo questa tesi, si trattava, infatti, di una mera *fictio iuris* alla cui *eleganza formale* non corrispondeva, però, un minimo di contenuto precettivo giuridicamente fondato e, pertanto, si riteneva assai più coerente, anche in omaggio alla tradizione francese, optare per una concezione soggettiva di causa che, nonostante i connessi dubbi con la distinta nozione di motivi (cfr. nota 255), avrebbe, purtuttavia, rappresentato un campo di indagine più sicuro e comunque più corrispondente al concreto processo di negoziazione che spinge, nella realtà, le parti a contrattare; in tal senso, tra tutti, cfr. Stolfi., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.
Altri, infine, sostennero che il concetto di causa quale *funzione economica del negozio* andava, in realtà, a sovrapporsi a quello di *causa dell'obbligazione e/o della prestazione* (di tradizione francese) negando, quindi, qualsivoglia portata innovativa della nozione sul piano sostanziale. In tal senso, tra tutti, cfr. Messineo., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950; Ascarelli., *L'astrattezza nei titolo di credito* in *Riv. Dir. Comm.*, 1932; Barassi., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948; Deiana., *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione* in *Riv. Dir. Civ.*, 1938; Barbero., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958; Ferrara., *La girata della cambiale*, Roma, 1935

[259] Sul punto, però, la speculazione teorica e la prima prassi giurisprudenziale che accompagnarono la codificazione del 1942 furono in continua evoluzione; in particolare, dopo attenta analisi sul tema, si ritiene si possano distinguere due distinte *fasi storiche.* In un primo momento – in concomitanza con la nascita del codice civile vigente – nonostante l'importante *scelta di campo* in favore della concezione obiettiva della causa, essa si rivelò totalmente innovativa più sul piano formale che su quello sostanziale; infatti – pur abbandonandosi la precedente visione prospettica che limitava il rilievo della causa alle obbligazioni assunte dalle parti in termini di *mera corrispettività delle prestazioni* – una simile *accezione obiettiva*, quanto meno nei primissimi anni successivi alla codificazione, fu essenzialmente intesa nel senso che lo *spostamento patrimoniale tra i soggetti dovesse trovare la sua giustificazione causale nell'ambito di uno schema negoziale che l'ordinamento giuridico avesse riconosciuto, in via preventiva, degno di tutela*. In questa specifica accezione concettuale, però, si ritiene non si sia completamente usciti dal solco della tradizione in quanto la causa andava pur sempre ad indicare la *ratio* del verificarsi e del conservarsi degli effetti giuridici dell'atto posto in essere; in tal senso, infatti, - in questa prima fase della *concezione obiettiva* della causa dopo la codificazione del 1942 – essa (i.e., causa) era (ancora) considerata come *funzione* del negozio in termini essenzialmente esplicativi *della ragione determinate della volontà*, quasi a voler configurare un coerente compromesso anche con la nozione *soggettiva* dell'elemento causale (così De Ruggiero., *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1934; Coviello., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929).

ciò, significare un sempre più vigile *controllo* dell'ordinamento circa la rispondenza[260] dell'attività negoziale posta in essere dalle parti ai principi generali del sistema giuridico di riferimento.

La eco normativa è quella suggerita dalla disposizione di cui all'art. 1322 c.c., comma secondo,[261] che, per la sua *strategica* valenza sostanziale, ritengo si possa considerare come il *manifesto ideologico* della intera codificazione del 1942 la quale, sfuggendo agli estremi rigori della teoria negoziale classica,[262] accoglierà, piuttosto, una nozione *"mediata"* di *autonomia contrattuale* tale per cui la partita della causa la si dovrà giocare nel tentativo di scorgere un vincente punto di equilibrio nel complesso rapporto dialettico tra *facoltà dispositive*[263] *dei soggetti dell'ordinamento e connessi limiti*

Successivamente, nella c.d. *seconda fase* della concezione obiettiva della causa, quest'ultima fu intesa, invece, in termini essenzialmente *esplicativi* del *tipo* negoziale predisposto dall'ordinamento – per risolvere i problemi inerenti i rapporti tra *volontà* e sistema giuridico di riferimento – e, quindi, in funzione *definitoria* dei limiti stessi dell'autonomia dispositiva. Ciò ad indicare che, la libera attività negoziale delle parti, in tanto sarebbe stata *in concreto* legittima e giuridicamente plausibile in quanto essa stessa andasse a corrispondere ad un *interesse meritevole di tutela,* degno di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, e già *astrattamente* stigmatizzato in un determinato *tipo legale* predisposto dal legislatore.

In tal senso, parte della nostra dottrina (tra tutti., cfr. Pugliatti., *Diritto Civile, Saggi., op. cit)* iniziò ad affermare una concezione di causa tendenzialmente *estensiva,* comprensiva sia del negozio sia di ogni specie di rapporto obbligatorio, secondo una nuova formula linguistica in termini di *fondamento dell'attribuzione patrimoniale; contra,* cfr. Rescigno., *Studi sul'accollo,* Milano, 1958; Pavone La Rosa., *Riflessioni conclusive sulla causa del titolo del trasporto marittimo* in *Riv. Dir. Civ.,* 1957; Scognamiglio., *Contributo alla teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1950, il quale sostenne che la funzione sociale del negozio è immedesimata nella stessa figura del negozio; Auricchio., *La simulazione del negozio giuridico,* Napoli, 1957, e, infine, Cariota Ferrara., *Il negozio giuridico,* Napoli, s.a.

Quanto alla giurisprudenza, essa sembrò accettare con favore la nozione di causa in termini di *funzione economica del negozio*; in tal senso, Cass., 21 ottobre, 1955 n. 3406; Cass., 15 gennaio 1947 n. 32 in *Mon. Trib;* Cass., 28 febbraio 1946 n. 217 in *Foro It.,* 1947. Non mancarono, tuttavia, interpretazioni parzialmente diverse; più in particolare, per una identificazione della causa del negozio nel motivo tipico, immediato o remoto, che, comunque, veniva equiparato alla funzione economico-sociale, cfr. Cass., 14 ottobre 1958 n. 3251 in *Giust. Civ.,* 1959; Cass., 28 agosto 1952 n. 2781; Cass., 24 aprile 1952 n. 1139; Cass., 11 aprile 1951 n. 858. In relazione al distinguo tra *causa del negozio* (intesa come *funzione sociale*) e *causa dell'obbligazione* (in termini di mera *controprestazione*), cfr. Cass., 29 aprile 1952 n. 1190; Cass., 23 aprile 1948 n. 577 in *Giur. It.,* 1947; infine, per una (poco chiara) sovrapposizione tra la nozione di *causa obligandi* e quella di *funzione del negozio,* cfr. Cass., 16 febbraio 1949 n. 255 in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1949; Cass., 28 gennaio 1943 in *Giur. It.,* 1943

[260] In termini di *astratta compatibilità* e di *non opposizione*

[261] La disposizione in esame, rubricata *Autonomia contrattuale,* fissa i termini del rapporto tra *attività del privato* e *ordinamento giuridico* prevedendo che "*…le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge* " e precisando, poi, al comma seguente, che le stesse (parti) potranno "*…anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare… purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento"* (per un ampio sviluppo delle problematiche sottese, si rinvia allo studio di cui, al riguardo, nelle premesse introduttive)

[262] In forza della quale si sarebbe dovuta ammettere e riconoscere una *signoria assoluta ed illimitata dell'elemento volitivo*

[263] O, *rectius,* negoziali

ontologici alla loro[264] *libera esplicazione in conseguenza della cogenza ed imperatività del sistema giuridico di riferimento in cui essi stessi*[265] *operano*[266] .

Il risultato che ne deriva è frutto di una raffinata e sapiente sintesi di cultura giuridica; l'attività creatrice dell'individuo, libera nella determinazione delle strutture organizzative del contratto[267], non lo sarà altrettanto nella scelta dei fini da assegnare alle sue manifestazioni volitive.

Ovvero, libero, il soggetto, di costruire ed organizzare i suoi atti nel modo che riterrà più idoneo alla realizzazione dei propri interessi, di adottare gli schemi tipici che l'ordinamento predispone, o di modificarli o di adottarne o crearne dei nuovi, l'unico limite rileverà *nell'interesse*[268] e, più precisamente, nella sua peculiare caratteristica di essere *meritevole di tutela*[269] da parte dell'ordinamento giuridico.[270]

---

[264] Ci si riferisce, appunto, all'esercizio, in concreto, da parte dei privati, delle facoltà dispositive ad essi riconosciute

[265] Ovvero i soggetti dell'ordinamento

[266] E' in questi termini, a parer mio, che si può declinare il *proprium* più autentico del problema *dogmatico* della causa; infatti, si ritiene sia questa l'unica prospettiva ermeneutico-interpretativa sostenibile, in termini concreti, alla luce delle dinamiche e degli equilibri normativi ed applicativi come sintetizzati e coesi nell'ordinamento giuridico globalmente inteso

[267] Sul punto, tuttavia, la dottrina non è unanime; tra le voci più autorevoli, cfr. Betti., *Oneri e limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione* in *Riv. Dir. Comm.*, 1931; Carresi., *Introduzione allo studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949

[268] Spunti ed anticipazioni, in questa direttiva, già in Niccolò., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione* in *Annali Univ. di Messina*, 1934

[269] Sul punto, peculiare la posizione del Pugliatti., *op. cit.*, per il quale "*…non è un caso che nell'art. 1322 c.c. non vi sia cenno…*(quanto meno expressis verbis) *ad una funzione economico-sociale del contratto ma, piuttosto, si sia preferita la perifrasi sub specie di interesse meritevole di tutela… a voler con ciò fare riferimento ad una entità che, rappresentando un rapporto tensionale tra una persona e un bene, implica necessariamente un elemento soggettivo, e, dunque, individuale…accanto ad un elemento oggettivo"*

[270] La conclusione prospettata sembra essere chiaramente in linea con i principi e le direttive tracciate dalla Relazione al Codice Civile per il quale "*…autonomia non è sconfinata libertà del potere di ciascuno"* a guisa che l'atto di autonomia privata possa essere considerato come un "*…docile strumento della volontà privata*". Piuttosto, "*…autonomia è un potere che legittima bensì i soggetti a regolare con i propri atti i propri interessi, ma al contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa*".
Dunque, la riserva dell'autonomia dispositiva e negoziale in favore delle parti consentirà alla stesse di muoversi in un ambito più vasto di quello rappresentato dalle strutture e dagli schemi recepiti nel codice, di formare contratti di tipo nuovo, ma ciò soltanto a condizione che "*… il risultato pratico che i soggetti si propongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza sociale, civile e politica… dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico…poiché l'ordine giuridico può apprestare protezione non mal mero capriccio individuale ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto"*

1.4) Dalla codificazione del 1942 alla ulteriore e successiva elaborazione dogmatica; Causa e Tipo, Pagamento Traslativo e spunti di riflessione sulle più recenti costruzioni teoriche in materia di causa del contratto

Se nei termini come retro espressi si era conclusa la complessa vicenda della codificazione normativa del concetto di causa[271], ben presto si avvertirono i disagi e le difficoltà concettuali e pragmatiche ad essa legate; in particolare, erano due le maggiori aporie del sistema così come configurate alla luce della Relazione al Codice Civile[272] del 1942

In primo luogo, alla teoria della causa quale funzione *astratta* del contratto era sottesa una *ideologia dirigista*[273] che pervadeva i rapporti tra Stato ed economia e, pertanto, - soprattutto con l'avvento della Carta Costituzionale – una simile nozione dell'elemento causale – intesa in termini di strumento per imporre all'autonomia negoziale, *ex auctoritate*, il perseguimento di interessi sovraindividuali – divenne manifestamente incompatibile con il principio della *libertà di iniziativa economica privata*[274] le cui

---

[271] Ovvero, si ricordi, nella sua accezione *obiettiva sub specie* di *funzione economico-sociale del contratto*

[272] Si rinvia a quanto considerato nel paragrafo che precede;

[273] Si trattava, in particolare, dei principi del corporativismo fascista; non a caso, infatti, la Relazione al Re individuava, tra i criteri di giudizio della meritevolezza ex. art. 1322 c.c., oltre alla *liceità*, anche la *coscienza civile e politica* ed i *principi ispiratori dell'economia nazionale.* In siffatti termini, si esprimeva la chiara volontà legislativa tesa all'intromissione delle proprie finalità *istituzionali* (i.e., fasciste) nella sfera dell'autonomia contrattuale parallelamente a quanto, seppur in altro contesto, era avvenuto ai sensi dell'art. 2088 c.c. (ora abrogato) in relazione all'impresa e al connesso principio di libertà di iniziativa economica dell'imprenditore. In questo contesto positivo, pertanto, lo stesso principio teorico dell'intangibilità dell'autonomia negoziale (cfr. retro) andava a rilevare come elegante *dichiarazione di principio* insuscettibile di alcuna attuazione concreta dovendosi concludere, piuttosto, nel senso di una (paradossale) *subordinazione ontologica e sostanziale* dell'interesse privato rispetto a quello *generale*, in una ottica prospettica che finiva per inquadrare il *contraente* stesso come un mero *funzionario dello stato* ad esso (Stato) completamente sottoposto anche in relazione alle sue possibili esplicazioni della libertà volitiva e dispositiva (in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *Diritto Civile, Il contratto,* Giuffrè, Milano, 2000

[274] Il parametro costituzionale di riferimento è quello di cui all'art. 41 della Grundnorm; si tratta di una disposizione assai importante che ritroveremo nel proseguo della trattazione allorchè, in campo squisitamente lavoristico, tratteremo della c.d. *judgment businnes rule* o, *rectius,* regola della *insindacabilità, nel merito, delle scelte imprenditoriali.*

La norma in oggetto (art. 41 Cost.) si struttura in tre commi fondamentali; nel primo si sostanzia la dichiarazione di principio per cui "*...l'iniziativa privata economica è libera,"* con ciò implicitamente presupponendo il distinguo tra *attività di impresa* – tesa ad uno scopo di lucro – ed *assistenza privata*, anch'essa libera ex. art. 38 Cost, ultimo comma, ma differente dalla prima per la sua vocazione essenzialmente *gratuita* e, quindi, non determinata da moventi di natura economica e patrimoniale.

Al comma seconda si recita che essa (i.e., iniziativa privata economica) "*...non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana"* ed, infine, al terzo comma, si legittima, *ex ante,* un eventuale intervento *eteronomo* da parte del legislatore prevedendo che "*... la legge determina i programmi e i controlli opportuni perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"*.

esplicazioni "attuative" erano tutelate direttamente dall'ordinamento giuridico purchè non *socialmente inutili*[275] o, comunque, insuscettibili di armonizzarsi con gli interessi generali della *societas iuris* di riferimento[276].

In secondo luogo, una concezione della causa in termini di *funzione economico-sociale* finiva per sovrapporre[277], indebitamente, due piani di indagine *ontologicamente* e *qualitativamente* differenti quali quelli della *causa*[278] e del *tipo*[279]*;* più in particolare –

---

[275] Quanto al criterio dell' *utilità sociale* – inteso, accanto a quello della liceità, come ulteriore criterio di controllo del concreto contenuto disciplinare della convenzione pattizia (cfr. retro) – la dottrina più attenta osservava come fosse difficile poter (anche solo astrattamente) ipotizzare contratti *socialmente dannosi* ma non *illeciti;* in tal senso, l'unico precedente giurisprudenziale rilevante lo si rinviene in una pronuncia della giurisprudenza di merito (Appello Milano., 29 dicembre 1970, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, 11, 81) che, però, fu riformata integralmente nel giudizio di Cassazione (Corte Cass., 2578/1975 in *Temi*, 1977, 133) a conferma della difficile configurabilità del distinguo (illiceità vs. dannosità sociale).; ugualmente, anche in riferimento ai c.d. contratti *socialmente futili*, si osservò come non si sarebbe posto (tanto) un problema di *illiceità* e/o *inutilità (*o meno) *sociale* del regolamento patrizio posto in essere ma, piuttosto, si sarebbe dovuta affrontare la diversa *questione* rilevante *sub specie* di *giuridicità del vincolo e patrimonialità della prestazione (*sul punto, si rinvia, tra tutti a Gorla – in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, 1502 – che analizza la complessa problematica in relazione al celebre caso di scuola civilistica in cui ci si accordi sull'orario in cui si possa suonare il violino o sul fatto che ciascuno dei contraenti possa dare da mangiare ai canarini dell'altro in caso di assenza).
Altro aspetto che, infine, vorrei pendere in considerazione è quello inerente il c.d. *interesse individuale sporadico;* più in particolare, *quid iuris* (dal punto di vista causale) se un contratto persegua un fine di tal guisa? Secondo la dottrina più autorevole (cfr. Betti., Annali., *op. cit;* ed anche in *Giur. It.*, 47, IV, 144) alla questione dovrebbe darsi risposta negativa in quanto – si cita testualmente – "*... l'interesse individuale sporadico non può essere protetto dalla causa..... perchè solo le pretese sociali costanti che hanno già ricevuto una tipizzazione in chiave sociale meritano tutela giuridica.... in quanto suscettibili di essere ordinate in modo regolare e fisso... al fine di evitare uno stato di insicurezza giuridica.... e addirittura di anarchia...., che non potrebbe non avere effetti negativi per il traffico negoziale...*".

[276] In tal senso, mi sembra si possa instaurare una sorta di collegamento virtuale e logico tra il disposto normativo ex. art. 1322 c.c., comma secondo, e quello costituzionale, ex art. 41 della Grundnorm, nella previsione di cui al suo ultimo comma (cfr. nota 274); in particolare, in entrambi i casi, è come se fosse sotteso un implicito giudizio di meritevolezza dell' *agere privato* che, però, avrà un differente parametro di riferimento. Nell'ambito della prima disposizione (i.e., art. 1322 c.c.), infatti, si valuterà la fase *programmatica* dell'attività negoziale pattizia (c.d. controllo *ex ante*) come predisposta e progettata dalle parti; nell'alveo applicativo dell'art. 41 Cost, invece, si andrà a considerare l'aspetto applicativo (c.d. controllo *ex post*) della presupposta *fase negoziale* e, quindi, la sua coerente attuazione, *in executivis*, alla luce delle esigenze sociali e giuridiche riconosciute e garantite dall'ordinamento (giuridico) di riferimento

[277] E fu questo – così Gazzoni., (*op. cit.,)* "*…il principale punto di debolezza della nozione di causa… nei suoi aspetti o, meglio, profili astratti…."*

[278] Nei termini in cui fin qui espressi; si rimanda al complesso delle argomentazioni come spiegate nei paragrafi che precedono

[279] Quella del distinguo tra *causa* e *tipo* (sul tema, per ulteriori approfondimenti, si rinvia alle note 292 - 293) è una delle questioni più affascinanti della intera speculazione teorica civilistica che, per ragioni di aderenza all'oggetto della mia ricerca, analizzerò, brevemente, soltanto in relazione agli aspetti che ai nostri fini interessano
In particolare, studiando le fonti giuridiche di riferimento, ritengo si possa affermare che, all'origine della (indebita) assimilazione semantica tra i due concetti (causa e tipo), vi sia stato un ragionamento, di valenza quasi sillogistica, rilevante nei termini che seguono: ovvero, si riteneva che, se la causa era da intendere come *funzione stessa cui il negozio, obiettivamente considerato,* era rivolto (così Redenti., *op. cit.,)* – atteso che che ognuno di esso (i.e., negozio) andava poi a corrispondere ad una precisa *funzione specifica* come stigmatizzata dallo stesso elemento causale che " *gli dava (al negozio) impronta e*

sulla base di una sempre più consapevole intuizione di quest'ultimo[280] in termini di *astratto schema esplicativo*[281] *e regolamentare della struttura e degli effetti di una*

---

carattere" (così, testualmente, De Ruggiero., *op. cit.,*) – allora, si affermò, sarebbe stato senz'altro possibile realizzare una sorta di *saldatura logica* (così Coviello., *op. cit.*) tra le due "proposizioni" (i.e, causa e tipo) a guisa da poter concludere nel senso che "….*se la causa era funzione del negozio, allora anche il tipo negoziale era da intendere come una sorta manifestazione causale nel senso che la tipicità altro non rappresentava se non la cristallizzazione di talune funzioni…"* (così lo stesso Coviello., *op. cit.).*

Tuttavia, progressivamente, la coerenza logica di un simile schema argomentativo cominciò a vacillare; infatti, a norma dell'art. 1322 c.c., comma secondo, l'interesse realizzabile mediante il contratto (come ampiamente dimostrato retro) non è solo quello che corrisponde alle strutture tipiche predisposte dal legislatore ma, piuttosto, (tale interesse) potrà anche essere *atipico* e, quindi, teso al perseguimento di finalità *nuove e diverse* (rispetto a quelle tipizzate ex lege) pur *nei limiti della meritevolezza di tutela alla luce dell'ordinamento giuridico di riferimento* (ex. art. 1322 c.c.). Ciò premesso – pur nell'indubbio assunto per cui *"...il fulcro della valutazione causale resta quello espresso dall'art. 1322 c.c."* (così Romano., *Introduzione allo studio del procedimento., op. cit.,* – la dottrina più attenta iniziò ad intuire che il concetto di causa non poteva, per ciò solo, ridursi alla nozione di *funzione economico-tipica del negozio* in quanto quest'ultima sarebbe potuta anche mancare allorchè un *tipo sociale,* per esempio, non si fosse ancora formato ovvero un interesse, pur astrattamente meritevole di tutela, rilevasse come meramente *particolare e contingente* (in tal senso, tra tutti, cfr. Romano., *op. cit.,* per il quale *"... se è vero che l'interesse meritevole di protezione è sì implicito in questi contratti tipizzati... ma solo nel quadro dei motivi (intenti) compatibili con i limiti dell'autonomia privata.... non sempre è necessariamente così").*

Pertanto – cercando, così, di interpretare ed argomentare quanto suggerito dall'Autore or ora citato – sembrerebbe doversi concludere nel senso che se è senz'altro normale ritenere che ad una struttura tipica corrisponda un altrettanto (tipico) interesse con essa realizzato, è altrettanto indubbio si possa sostenere che nulla vieti ai privati, quanto meno *a priori ed ex ante* (così Messineo., *op. cit.,),* di introdurre nel negozio *tipico* (anche) altri elementi *extratipici;* in quest'ultimo caso, la valutazione dell'atto negoziale, da parte dell'ordinamento, si dovrà estendere anche a tali elementi extratipici i quali non potranno essere considerati, *sic et simpliciter,* meritevoli di tutela sol perchè inseriti in una struttura "formalmente" corrispondente ai modelli legali e, quindi, *tipica*. Quanto appena detto, peraltro, rappresenta (a parer mio) un importantissimo nesso concettuale che ha portato al definitivo abbandono dell'assimilazione concettuale tra *causa* e *tipo* anche considerando che la stessa nozione di *tipicità,* lungi dall'esprimere un sicuro e vincolante criterio di *meritevolezza*, non fa altro che esserne, al più, un mero *indice sintomatico* da verificare, nella sua veridicità, caso per caso (in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,).*

Sulla base di queste "rinnovate" premesse teoriche, pertanto, la valutazione dell'atto come *negoziale* cominciò a *traslare* nelle sue stesse (e più) essenziali coordinate prospettiche, mutando lo stesso baricentro speculativo di riferimento che, dal (mero) riscontro circa l'esistenza (o meno) di schemi tipici (i.e., causa in astratto), si incentrò nella diversa (e più sostanziale) analisi circa il *bonum* dell'interesse effettivamente perseguito dalle parti (i.e., causa in concreto).

Quanto detto impone, infine, di accennare, in termini generali, alla ulteriore e connessa questione rilevante in termini di *ammissibilità* e *configurabilità* (o meno) di (ulteriori) *variazioni pattizie* rispetto al *tipo legale* scelto dai paciscenti; secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente (tra tutti, Ferrara., *Teoria del negozio giuridico, op. cit.,* ; Bianca., *Diritto Civile, Il contratto, op. cit.,*), la soluzione alla problematica sopra esposta rileverà nel senso che la *compatibilità delle varianti (atipiche) con il tipo negoziale previsto ex lege (i.e., tipico) dovrà essere riconosciuta quando gli interessi ulteriori che le parti vogliano perseguire abbiano carattere di complementarietà e/ o accessorietà rispetto all'interesse principale tipicamente perseguito dallo schema legale;* limitandoci a ciò precisare in tal sede, analizzeremo gli ampi riscontri (della suddetta questione) in ambito giuslavoristico già a partire dal capitolo che segue

[280] Ci si riferisce al concetto di *tipo*

[281] In tal senso l'autorevole Candian., (*op. cit.,)* per il quale "….*quello di tipo è un modello astratto…. a differenza della causa…."*

operazione economica rilevante nella vita di relazione[282] – si impose la necessità di una *ricostruzione unitaria*[283] *della nozione di causa*[284] in termini di *funzione economico-individuale*[285] – o, *rectius,* di *causa in concreto*[286] – a voler indicare la *ragione effettiva dell'affare negoziale*[287] posto in essere come desumibile non già in *astratto*[288] – ovvero

---

[282] In particolare, sul tema, si distingue tra *tipicità legale* e *tipicità sociale o giurisprudenziale;* tra di esse esiste un rapporto che oserei definire in termini di *ciclica continuità logica e derivazione causale.* Infatti, se la prima (i.e., tipicità legale) corrisponde all' *id quod plerumque accidit,* sul piano della prassi negoziale, come tradotto e coniugato in un modello normativo, la seconda (i.e, tipicità sociale o giurisprudenziale) ne rappresenta il necessario *substrato sostanziale presupposto* in quanto è a livello di *giudizio concreto*, in sede processuale, che si manifestano le effettive esigenze dei traffici giuridici ed i reali problemi che il legislatore è tenuto a risolvere con una disciplina uniforme (quale quella stigmatizzata nel c.d. tipo legale); *ergo,* il tipo giurisprudenziale, per diventare legale, richiede una reiterazione di comportamenti e, quindi, una pratica generale che, sebbene non assurta a consuetudine, ne potrebbe costituire la base dettandone già una regola ed un precetto specifico (sull'ampia rilevanza del tema in ambito giuslavoristico – soprattutto per quanto attiene al *tipo legale* della subordinazione ex. art. 2094 c.c. – si rinvia al capitolo che segue e, in particolare, al secondo paragrafo)

[283] In tal senso anche Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale "*…si sentì l'esigenza di una progressiva reductio ad unitatem…. tra le diverse accezioni del concetto di causa…. per esigenza di certezza negoziale e, quindi, giuridica…."*

[284] In tal senso la "geniale" intuizione del Ferri., (*op. cit.,)* per il quale "*... la causa non è dunque funzione economico-sociale...; ...* infatti, *se ogni negozio ha, come atto individuale, una funzione...., questa non potrà non essere economico-individuale in quanto riguarda una operazione che esprime esigenze ed interessi di uno o più individui..."*.

[285] In questa nuova ottica di indagine, dunque, la nozione di *causa* va ad assumere un duplice collegamento concettuale sia con *l'elemento volitivo* – inteso come espressione del carattere individuale dell'operazione negoziale – sia con il *risultato perseguito* considerato oggettivamente; ciò, si badi bene, non significò, però, un mero ritorno all'impostazione soggettivistica che identificava la nozione causale con quella di scopo *subiettivo* (così, tra tutti, cfr. Gazzoni., *Manuale di diritto civile*, Ed. Scient. Ital., 2003). Infatti – come attenta dottrina ha precisato (tra tutti, in tal senso, cfr. Giorgianni., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940) – nell'ottica causale *concreta*, l'eventuale componente teleologica individuale (i.e., il c.d. scopo) non potrà essere individuata e riconosciuta se non nell' "*interesse oggettivamente e consapevolmente determinato* ed *oggettivamente e consapevolmente strutturato dalle parti…"*(così Redenti., *op. cit.,).*

Pertanto, *sotto un profilo di indagine sistematico e giuridico*, il problema della causa (nella sua accezione *concreta*) andrà a rappresentare il punto di incontro tra *norma* e *negozio* a voler significare che la valutazione di quest'ultimo (i.e., negozio), da parte dell'ordinamento, andrà a riguardare l'intero e globale *procedimento negoziale di contrattazione progressiva* (così, tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile*, *op. cit.*,) e, quindi, l'insieme delle situazioni fattuali e di diritto che, in relazione ai risultati perseguiti, permettono di cogliere il *proprium* e il *valore aggiunto* (in termini di utilità anche economica) di qualsivoglia *operazione (negoziale)* giuridica globalmente intesa.

[286] In tal senso, una recentissima pronuncia della Suprema Corte (Cass., 8 maggio 2006 n. 10490) che, per la prima volta, espressamente definisce la causa come " *sintesi degli effetti reali che il contratto stesso è diretto a realizzare";* in tale contesto, i giudici di legittimità – quasi a voler configurare una sorta di *interpretazione autentica* del loro *dictum* – hanno precisato come una nozione di causa sì intesa rimanga, purtuttavia, sempre di valenza e stampo *oggettivistico* in quanto la suddetta nozione di "sintesi" (degli effetti reali, cfr. sopra) sarà da riferire alla "*dinamica contrattuale"* e non già alla "*volontà delle parti"* (secondo un presunto paramentro di riferimento subiettivo). Così configurata, concludono gli ermellini "*…la causa non si ricollega più al tipo ma allo specifico assetto di interessi delineato dalle parti del contratto conservando, pertanto, una chiara ed inequivoca "dimensione obiettivo-funzionale…."*

[287] Si è trattato di una rivoluzione copernicana – quanto alla valenza ed importanza sistematica del concetto in esame (i.e., quello causale) – di non poco momento; infatti, affermare una nozione di causa in termini di *funzione pratica del contratto* significa dar rilievo alle *concrete modulazioni convenzionali dell'interesse pattizio perseguito,* con il connesso corollario logico per cui non sarà più sufficiente

verificare se lo schema (negoziale) utilizzato dalle parti sia compatibile (o meno) con uno dei modelli contrattuali previsti dal legislatore – in tali termini, infatti, andrebbe a rilevare la distinta nozione di *tipo* – ma, piuttosto, si dovrà andare a ricercare il *significato pratico dell'operazione* con riguardo a tutte le finalità che, sia pure tacitamente, siano entrate nel contratto.
In questo mutato parametro di riferimento, pertanto, è da "rivisitare" la stessa portata concettuale del distinguo tra causa e motivi cui si è già accennato nel corso dei paragrafi che precedono.
Tradizionalmente, infatti, si afferma che i primi (i.e., motivi) sono gli interessi che la parte tende a soddisfare mediante il contratto pur non rientrando nel contenuto del vincolo negoziale e, di conseguenza, si opta per la loro (ci si riferisce ai motivi) irrilevanza in quanto finalità esterne ed esogene al *proprium dispositivo* della *lex contractus* posta in essere. Questo schema concettuale di riferimento, però, è senz'altro sufficiente ed agevole da adottare allorchè si accolga una nozione di causa in termini *astratti* – e, quindi, *sub specie* di *funzione economico- sociale* del negozio – in quanto, in questa accezione, la legge si interesserà esclusivamente della *funzione tipica* del contratto e non già dei variabili e mutevoli scopi individuali che le parti possano, di volta in volta, voler realizzare.
Diversamente, però, un simile distinguo (nei termini in cui sopra) non sembra più coerente alla luce della sopra esposta nozione causale *sub specie* di *funzione economico individuale* – e, dunque, di *causa concreta* – in quanto, in questa ottica di indagine, si dovrà aver riguardo (come già accennato) alla funzione *pratica* che le parti abbiano effettivamente assegnato al loro accordo, con la connessa logica conseguenza per cui – ai fini della completa valutazione dell'assetto negoziale predisposto dai paciscenti – dovranno rilevare (almeno astrattamente) anche i *motivi* che abbiano spinto le parti a contrattare allorchè questi (i.e., motivi) non siano rimasti nella sfera interna di ciascuna parte ma, piuttosto, siano stati *obiettivizzati nel sinallagma divenendo interessi che il contratto sia diretto a realizzare.*
Rebus sic stantibus… quid iuris?
Ciò nonostante – e, dunque, *anche accogliendo una nozione causale in accezione concreta* – , dal punto di vista dogmatico, rimane assolutamente netto e logicamente infungibile il distinguo tra *causa* e *motivi*; infatti, soltanto la prima (i.e., causa) rappresenterà *l'elemento funzionale del contratto nella sua dimensione complessiva ed oggettiva* residuando, i secondi (i.e., motivi), sul piano della mera disciplina positiva applicabile e non già, quindi, su quello (profilo) della *ratio pattizia del vincolo negoziale assurto a regola legale inter partes* (secondo l'enfatico disposto normativo ex. art. 1372 c.c. per il quale "*... il contratto ha forza di legge tra le parti"*).
Ciò detto sul piano teorico, occorre, tuttavia, dar conto delle difficoltà pratiche che spesso potranno essere incontrate dall'interprete, dovendosi valutare – problema che con la teoria della causa come funzione astratta non si poneva nemmeno – quando gli scopi individuali del contraente, entrando nel programma contrattuale in via espressa o implicita, si elevino dalla dimensione psico-interiore per assurgere a ragione oggettiva del contratto assurgendo, pertanto, da (meri) *moventi dei paciscenti a funzione del contratto.*
Infine, a conferma del delicato (e spesso difficile) distinguo tra causa e motivi, rileva un argomento di natura e rilievo squisitamente sistematico; l'unica disposizione normativa, nell'ambito del Libro IV del codice civile, dedicata ai motivi è l'art. 1345 c.c. che si colloca nell' ambito della Sezione II (Capo II, Libro IV) dedicato alla causa del contratto. Tale disposizione (i.e, art. 1345 c.c.), in relazione al c.d. *motivo illecito,* commina la nullità del contratto allorchè questo (i.e., motivo illecito) sia *esclusivo* – cioè a dire determinante, *sub specie* di *condicio sine qua non*, ai fini della contrattazione – e *comune,* ovvero tale da aver spinto tutte le parti a contrarre; si tratta "*….di una norma con la quale il legislatore, pur nell'ottica concreta della nozione causale…ha cercato di stemperare il rigoroso distinguo tra ciò che rileva ai fini del contratto (cioè la nozione di causa) e ciò che è (normalmente) irrilevante (ovvero i motivi…)… quasi come se si trattasse di una sorta di clausola finale del sistema…, si è voluto individuare un qualche mezzo giuridico (quale è l'art. 1345 c.c. …) per garantire l'eventuale (ed eccezionale) rilevanza del motivo… in quanto sarebbe davvero poco rispondente alla stessa ratio dell'autonomia privata… negare, in via assoluta, ogni valenza dello stesso (motivo) che , piuttosto, alle condizioni (tassative) di cui all'art. 1345 c.c…. potrà essere, anch'esso, riconosciuto dall'ordinamento….perchè realmente infuente nela volontà negoziale…."* (in tal senso recita la Relazione al Codice Civile già ampiamente citata nei paragrafi precedenti)
[288] E, quindi, (non già) "*…in relazione al formale tenore sostanziale sotteso al regolamento pattizio…*" (così Bozzi., *op. cit.,*)

in forza della costruzione del *tipo contrattuale* configurato *ex ante* dal legislatore e formalmente adottato dai paciscenti – ma, piuttosto, *in concreto*[289], e, quindi, in relazione alla complessa composizione di interessi *negoziali* così come prevista[290] e voluta dalle parti nella singola e specifica *lex contractus* ed attuata, *in executivis*, sul piano dell'effettivo svolgimento del rapporto negoziale posto in essere.

Ciò premesso sul piano teorico,[291] ne consegue che si dovranno distinguere i problemi posti dal concetto di *tipo negoziale*[292] dalle *questioni* sottese alla nozione dell'elemento causale[293] secondo un duplice binomio concettuale[294] cui corrisponde un altrettanto binario (e duplice) *trade off* sostanziale quale è quello esistente tra la portata del c.d.

---

[289] Così argomentare significa (tacitamente) affermare che "*….ciò che è da valutare come indice dell'elemento volitivo dei pacicenti…è non già e non solo… quanto da loro espresso o, ancor meglio, il modo con cui tale volontà è esplicitata…. ma, piuttosto, è da considerare quanto da loro confermato nella prassi comportamentale posta in essere a riguardo del sinallagma con cui ci si è vincolati…"* (in tal senso, cfr. Bozzi., *op. cit.,)*

[290] Ci si riferisce alla suddetta *complessa composizione di interessi inter partes*

[291] In relazione al *trade off* concettuale tra la nozione di tipo e quella di causa

[292] Sul punto, tra i contributi senz'altro più autorevoli, cfr. Gorla., *Il contratto, Vol. 1*, Milano, 1955; secondo l'autore appena citato, i problemi connessi alla nozione del tipo contrattuale sono essenzialmente di triplice valenza e tali da essere tra loro reciprocamente legati da un vincolo di *graduale presupposizione logica e temporale.* Più in particolare, in primo luogo si tratterà di verificare l'esistenza (c.d. indagine sul piano dell' *an*) di una pattuizione che risponda in astratto ai requisiti legali posti da uno o più schemi contrattuali tipici (i.e., *tipo negoziale*) al fine di stabilire e fissare la normativa applicabile (c.d. indagine sul piano del *quomodo*); in secondo luogo, si dovrà verificare se quel dato sistema tipico esista (o meno) in concreto in termini di *suscettibilità effettiva di essere posto in essere dalle parti* e, infine, si dovrà accertare l'esistenza (o meno) di un accordo, *sub specie* di *volontà dei paciscenti, di sottostare e rispettare quel dato schema negoziale posto in essere come regola bilaterale* vincolante (in termini di *lex contractus*) *inter partes (*c.d. *principio di relatività del contratto* ex. art. 1372 c.c.)

[293] Completamente differenti (e assai più complessi) – rispetto ai profili di indagine inerenti il concetto di *tipo negoziale* (cfr. nota che precede) – sono le coordinate speculative di riferimento relative alla nozione di *causa* del contratto intesa nella sua *accezione concreta* e, quindi, *sub specie* di *effettivi interessi che i privati* intendono perseguire con l' operazione economica posta in essere; segnatamente, si tratterà di una sorta di incolmabile ed opposta *polarità semantica* costruita in termini essenzialmente differenziali. Più in particolare, se l'indagine sul tipo è essenzialmente *astratta e statica*, quella sulla causa sarà esclusivamente *concreta e dinamica;* ciò a dire che, se con il concetto di tipo si opera un *raffronto ex ante tra schema costruito dai privati e schema disciplinato dal legislatore*, con la nozione di *causa* si procede ad una *valutazione ex post* tra *interessi perseguiti dai privati* e *interessi ritenuti leciti (*e, dunque, protetti) dall'ordinamento.

Ergo, se con la nozione di *tipo* si pone un problema di *configurabilità* dell'operazione pattizia posta in essere alla luce degli schemi contrattuali previsti dal legislatore, il concetto di causa sottende, invece, una (diversa) questione di *liceità* degli interessi perseguiti alla luce dei concreti e globali risvolti del programma negoziale inteso nella sua complessità, ivi compresi, quindi, gli aspetti soggettivi ed oggettivi che possono sfuggire del tutto ad una indagine aprioristica e meramente astratta condotta per schemi e tipizzazioni predeterminate; per ulteriori approfondimenti si rinvia alla nota 296

[294] I.e, quello causa/tipo

giudizio di meritevolezza[295] ex. art. 1322 c.c. e quello del c.d. *giudizio di illiceità*[296] della causa[297] ex. art. 1343 c.c.

---

[295] Ex. art. 1322 c.c., comma secondo; si rinvia a quanto *retro* ampiamente considerato con particolare riguardo alle considerazioni di cui alle premesse introduttive nonché alle pagg. 40 e ss del paragrafo che prcede

[296] Il distinguo tra la nozione di *meritevolezza* (ex. art. 1322 c.c.) e quella di *illiceità* (ex. art. 1343 c.c.) fa da *pendant logico* all'omologo (e corrispondente) *discrimen* sostanziale tra, rispettivamente, il concetto di *tipo* e quello di *causa.*

Il giudizio di meritevolezza ex. art. 1322 c.c., infatti, è *ontologicamente* e *qualitativamente* diverso rispetto a quello inerente la *liceità* in quanto se quest'ultimo (i.e., quello sulla *liceità* ex. art. 1343 c.c.) mira a salvaguardare l'ordine giuridico precostituito dalla eventuale presenza di singoli accordi pattizi vincolanti secondo canoni regolamentari in contrasto con quelli propri del sistema (giuridico) di riferimento, il primo (i.e., giudizio di meritevolezza ex. art. 1322 c.c.) si incentra nella valutazione della *idoneità* dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, in assenza di una preventiva opera di *tipizzazione* legislativa intesa come (mera) predisposizione di schemi.

Pertanto – in conformità con una essenziale pronuncia della Suprema Corte in materia (cfr. Cass., 7/ 14330 in *Giust. Civ., 2001,* I, 1897) – sembrerebbe potersi affermare che *la meritevolezza* (a differenza della *liceità*) opera a livello di *tipo* e non già sul piano della *causa* in quanto, in questa fase di analisi, si dovrà verificare soltanto se un dato schema astratto sia *suscettibile (o meno) di riconoscimento* (così Bianca., *op. cit.,)* sul piano giuridico; stando così le cose, una simile indagine risulterebbe senz'altro inutile ed ultronea in presenza di un contratto tipico che si inquadri già, *ex se,* in uno schema prefissato dal legislatore.

Da quanto detto, si può dedurre un fondamentale corollario di disciplina; la globale *valutazione normativa e sostanziale,* ad opera dell'ordinamento giuridico di riferimento, su una qualsivoglia espressione di autonomia dispositiva posta in essere dalle parti rileverà in termini di complesso *giudizio sintetico di duplice valenza,* constando, esso stesso (i.e., tale giudizio), di due differenti fasi *reciprocamente autonome sul piano ontologico ma interdipendenti sotto il profilo funzionale* : l'una, *in termini astratti ed a priori,* concernerà la *meritevolezza degli interessi perseguiti* ex. art. 1322 c.c., mentre l'altra, *in termini concreti ed a posteriori,* riguarderà la *effettiva liceità (*ex. art. 1343 c.c.) dell'atto negoziale posto in essere.

Ciò premesso, ne consegue che, se, dunque, in presenza di un contratto tipico, si potrà senz'altro concludere circa la *meritevolezza* (in astratto) degli interessi perseguiti (alla luce di quanto sin qui considerato; si rinvia anche ai paragrafi che precedono), tutta da verificare sarà, invece, la sua *liceità in concreto* dovendosi valutare, al riguardo, le *ragioni effettive* che abbiano spinto le parti alla conclusione dell'affare; *ergo,* se il giudizio di meritevolezza riguarderà essenzialmente i contratti atipici – dovendosi presumere (tale meritevolezza) in presenza di *tipicità sociale* a meno che non si tratti di *vicende sostanziali* di cui l'ordinamento giuridico si disinteressi (in tal senso, tra tutti, Gazzoni., *op. cit.,*) – il giudizio di liceità ex. art. 1343 c.c riguarderà *indifferentemente* contratti tipici ed atipici perchè in entrambi i casi si dovrà apprezzare, *ex actis,* la valenza e la portata della *ragione concreta* posta a fondamento del contratto concluso.

Quest' ultima precisazione teorica rappresenta una fondamentale conquista concettuale che dobbiamo alla c.d. concezione della causa in *concreto* a guisa che, per converso, risulterebbe poco agevole e coerente, dal punto di vista dogmatico, la (già analizzata e distinta) nozione causale in termini di *funzione economico-sociale,* nella cui ottica non sarebbe stato in alcun modo configurabile un *contratto tipico con causa illecita*; infatti, seguendo questa linea ermeneutica (i.e., causa in termini di *funzione economica e sociale)* – essendo la causa predeterminata *in astratto* dal legislatore in modo uguale per tutti i contratti appartenenti al tipo – un contratto *nominato* non sarebbe potuto essere, nel contempo, *tipico* e *contra legem* a pena di dover concludere circa una intima ed irrimediabile aporia interna del sistema (in tal senso anche Moscarini., *op. cit.,* per il quale "….*accettare la nozione di causa in termini di funzione economico sociale....e poi dire che un contratto nominato sia illecito equivarrebbe a negazione dello stesso principio di non contraddizione che si presume sotteso a qualsivoglia ordinamento giuridico….e a fortioti, per la tradizionale coerenza che lo contraddistingue, anche a quello privatistico…..".*

Una simile impostazione teorica (i.e., causa in *astratto),* peraltro, non sarebbe stata accettabile in quanto sconfessata – oltre che dal complesso delle considerazioni dogmatiche come fin qui rese – anche da un

argomento *letterale* di matrice squisitamente lavoristica; si tratta dell'art. 2126 c.c. dal quale si può desumere, secondo una logica inferenziale *a contrario,* che la *causa non può identificarsi con il tipo perchè, se così fosse, il legislatore non avrebbe potuto ipotizzare, expressis verbis, la illiceità della causa di un contratto che, come quello di lavoro, è tipico* (in materia si tornerà, ampiamente, nel proseguo allorché si affronterà la questione dei c.d. *rapporti di lavoro di fatto*; più in particolare, si rinvia al capitolo III)

[297] Dalla nozione di causa *in concreto* deriva, altresì, il principio della sua (ci si riferisce alla causa) c.d. *polivalenza funzionale* in termini di *criterio di interpretazione, di qualificazione e di adeguamento del contratto*

Quanto al primo aspetto (i.e., causa *sub specie* di criterio di interpretazione del contratto), il riferimento normativo è quello ex. art. 1369 c.c. laddove si recita che "*.... le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto."*

Si tratta della c.d. *interpretazione funzionale* del contratto in forza della quale il significato di ciò che le parti hanno concordato non potrà essere adeguatamente accertato se non si tiene conto della *ragione pratica dell'affare* o, *rectius,* della sua *causa concreta*; pertanto, è quest'ultima (i.e., causa in concreto) che giustifica il contratto (ancora una volta rileva la eco speculativa della causa come *ratio essendi del negozio,* cfr. retro) e il relativo regolamento ad esso applicabile consentendo, con ciò, di chiarire il significato delle dichiarazioni e dei comportamenti delle parti allorchè vi siano eventuali incoerenze ed ambiguità nella *lex contractus* predisposta dai paciscenti. Tale *ragione pratica dell'affare,* infine, dovrà essere identificata considerando il globale contenuto dell'accordo in cui si rivela il disegno unitario del contratto; in tal senso, tra tutti, cfr. Scognamiglio., (*Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti,* Padova, 1992) per il quale "*...il procedimento interpretativo deve essere diretto a precisare l'economia del contratto...deve essere diretto a precisare l'economia del contratto sulla base delle dichiarazioni delle parti e di tutte le circostanze anteriori , concomitanti e successive all'accordo, che, rispettivamente, hanno costituito il presupposto dal quale il contratto è nato o su di esso hanno, in qualche modo, reagito… in relazione ad esso, sarà la causa lo specchio più fedele degli interesi davvero voluti ".*

Quale *criterio di qualificazione del contratto,* la chiara eco giuslavorisica non tarda a scorgersi;la nozione di causa in concreto, infatti, è di *eccentrica* e fondamentale valenza ai fini che a noi interessano in quanto il distinguo tra Subordinazione ed Autonomia – *questione principe* su cui ruota l'intera materia lavoristica – andrà risolto proprio alla luce del terreno causale (in concreto) così come configurato e sotteso, rispettivamente, dagli art. 2094 c.c. (per la subordinazione) e dall'art. 2222 c.c. (per il lavoro autonomo); la qualificazione del contratto, infatti, (così Costanza., *Il contratto atipico,* Milano, 1981) "*...procede in base alla causa concreta del contratto"* (sul tema, si rinvia ai successivi capitoli dedicati espressamente alla valenza dell'elemento causale nell'ambito del contratto di lavoro; in giurisprudenza, tra tutte, cfr. Cass.,15 marzo 2003 n. 3831)

Per una impostazione generale della problematica cui si accede, si ricordi come *qualificare giuridicamente* un contratto significa assegnarlo ad una data categoria giuridica o giuridicamente rilevante (in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *Diritto Civile, Il contratto, op. cit.,);* essa (i.e., qualificazione) è da intendere in termini di *valutazione giuridica* dell'atto negoziale posto in essere ed è da tenere distinta rispetto all' interpetazione che, quale *valutazione di fatto,* è riservata, sotto un profilo processuale, al giudice di merito a differenza della qualificazione la quale, invece, potrà essere sindacata anche in sede di legittimità dalla Suprema Corte in caso di erronea qualifica ad opera dei giudici di grado inferiore.

Infine, quale *criterio di adeguamento,* la nozione di causa in concreto servirà per ricostruire *ex post* la reale valenza della manifestazione negoziale e volitiva delle parti ogni qual volta la legge a ciò colleghi determinati effetti in materia di disciplina positiva concretamente applicabile; tra tutti, il terreno privilegiato della c.d. *funzione di adeguamento* della causa sarà rappresentato (proprio) dalla disposizione normativa ex. art. 1419 c.c. (*Nullità parziale*),comma primo, allorchè si recita che "*.... la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità".*

La *ratio* della norma in esame la si rinviene nel principio di *conservazione del contratto* in forza del quale "*...pacta sunt servanda...*" salvo che la modifica del contenuto negoziale sia tale da non giustificarne obiettivamente il mantenimento quale "*legge inter partes"* ai sensi dell'art. 1372 c.c; in tali casi, si richiederà una *valutazione (prognostica) di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso* – c.d. *funzione di adeguamento della causa in concreto* – dovendosi accertare se la

Così configurata,[298] nell'ambito degli orizzonti normativi vigenti[299], l'attuale valenza dell'elemento causale, si proceda a dar conto delle ulteriori questioni (ad essa[300] connesse) che è necessario affrontare nell'ottica argomentativa che concernerà lo studio dell' *obbligazione lavoristica stricto sensu intesa.*

In primo luogo è da osservare che – sul presupposto per cui trattasi[301] di un elemento essenziale[302] del contratto – nel nostro ordinamento tutti le fattispecie negoziali sono causali[303] residuando, l'eventuale *astrattezza*[304] delle stesse[305], soltanto in termini *processuali*[306] ovvero *sub specie* di *inversione dell'onere della prova.*[307]

---

variazione intervenuta nella *lex contractus* abbia assunto (o meno) importanza determinante alla luce dell'interesse perseguito dalle parti *sub specie* di *ragione effettiva* dell'atto dispositivo posto in essere (sul punto, per i connessi profili giuslavoristici, si rinvia ai capitoli che seguono con le connesse note di approfondimento)

[298] Si rinvia al complesso delle considerazioni di cui *retro*

[299] E, dunque, in termini di *causa in concreto*

[300] Ci si riferisce alla nozione di causa del contratto

[301] Ci si riferisce alla nozione di causa del contratto

[302] Ex. art. 1325 c.c.; si rinvia alle ampie considerazioni, sul tema, di cui alle premesse introduttive

[303] Si tratta del c.d. *principio di giustificatezza delle attribuzioni patrimoniali e contrattuali in genere*, in forza del quale *"….ogni effetto negoziale deve avere una propria causa ritenuta meritevole di tutela"* (così Bozzi., *op. cit.,);* si rinvia, al riguardo, all'ampio studio che, proprio sul tema, verrà condotto, *in ottica giuslavoristica*, al capitolo III

[304] Intesa in termini di *totale assenza di causa* (c.d. *accezione semantica forte della nozione di astrattezza* o, in altri termini, c.d. *astrazione materiale o sostanziale*, cfr. pag. 35, nota 167), è da chiedersi, pertanto, se il nostro sistema giuridico riconosca negozi *puramente astratti* nel senso or ora precisato (astrazione materiale) e, quindi, *anti-causali* secondo lo schema logico di riferimento che abbiamo già studiato in relazione al sistema tedesco (cfr. pagg. 346 e ss, nota 171).

Sul punto, sembra potersi affermare che si possa parlare di negozi *materialmente astratti* solo in relazione ai c.d. *negozi documentati* dai c.d. *titoli di credito* mentre (personalmente) dubito rientrino nella categoria *de qua* (i.e, negozi puramente astratti) fattispecie apparentemente similari quali, fra tutte, quella della *delegazione pura* – ovvero senza riferimento nè al rapporto di provvista (tra delegante e delegato) nè a quello di valuta (tra delegante e delegatario) – ex. art. 1271 c.c. in forza della loro *"…sottesa e implicita valenza causale in re ipsa..o, rectius, per relationem al substrato negoziale cui accedono…del resto, si ricordi, nel nostro ordinamento, la astrazione pura è la extrema ratio…. e non gode del favor legis….in omaggio ai principi assai più tradizionali della causa…. "* (così Santoro Passarelli., *op. cit.,).* In materia, tra tutti, cfr. Fiorentino., *Distinzione dei titoli di credito causali ed astratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1946, I, p. 552 e ss; Ascarelli., *Titoli causali e negozio di accertamento, Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949; Pavone –La Rosa., *Sul problema della causa nel titolo del trasporto marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1956, I, p. 129 e ss

[305] Ci si riferisce alle fattispecie negoziali o, *rectius*, contrattuali

[306] Sulla nozione di *astrattezza processuale* si rinvia all'ampio studio di cui *retro;* essa (i.e., astrattezza processuale) , però, non deve essere confusa con il distinto "fenomeno *normativo"* che si origina nel caso di *confessione stragiudiziale del fatto* da cui deriva il debito; sul punto, tra tutti, cfr. Carnelutti., *Confessione e ricognizione* in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, I, p. 23 e ss; Montesano., *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1951, I, p. 65 e ss

[307] Tipico esempio normativo è quello di cui all'art. 1988 c.c. in riferimento alla promessa di pagamento e alla ricognizione di debito; queste fattispecie (negoziali), infatti, presuppongono senz'altro un rapporto obbligatorio ma la legge ne presume senz'altro l'esistenza salva al debitore la prova dell'inesistenza dello stesso (rapporto). Sul tema, tra tutti, si rinvia a Betti., *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Temi Emil.*, 1943; Furno., *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell'art. 1988 c.c.)* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, p. 90 e ss; Laserra., *Riconoscimento del*

Ciò premesso, si deve osservare, però, come il principio di causalità rilevi secondo *graduazioni concettuali*[308] differenti a seconda dell'assetto negoziale programmato dalle parti; ciò per dire che, se massimo rigore sarà richiesto allorchè si stipuli un contratto *ad effetti reali con efficacia immediatamente traslativa*[309], in materia di obbligazioni[310], invece, essa[311] potrà essere (anche) *presunta*[312].

In particolare, però, vorrei soffermarmi[313] su un peculiare atteggiarsi della *giustificazione causale*[314] rilevante allorchè essa[315] non sia desumibile dal contesto dell'atto ma, piuttosto, *aliunde* o, *rectius*, da elementi *esterni* all'atto (*convenzionale*) dispositivo *stricto sensu* inteso; esempio paradigmatico è quello del c.d. *pagamento traslativo*[316] che si configura quando una fattispecie negoziale trovi il suo fondamento logico-causale nell'adempimento di un obbligo preesistente.[317]

---

debito e promessa di pagare in *Dir. e Giur.,* 1949, p. 241 e ss; Tamburrino., *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali,* in *Scritti in onore di A. Scialoja,* III, Bologna, Zanichelli, !953. Per la giurisprudenza, tra le pronunce più incisive al riguardo, cfr. Cass., 20 marzo 1947 in *Giur. It.,* 1948, con nota di Pugliese e in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1947, II, 423, con nota di De Martini; Cass., 9 gennaio 1963 in *Mass. Foro. It.,* 1963

[308] In tal senso, tra tutti, cfr. Confortini., (*op. cit.,)* per il quale "….*se la causa rileva sempre in quanto elemento essenziale del sinallagma pattizio…. le sue modulazioni sostanziali potranno mutare… quasi in senso graduale, o meglio ancora, decrescente…."*

[309] Si tratta delle fattispecie contrattuali rette dal principio consesualistico ex. art. 1376 c.c. (cfr. pagg. 44 e ss, note 228-231) per le quali – in considerazione del c.d. *effetto immediatamente traslativo del consenso delle parti legittimamente manifestato* – la giurisprudenza, per ragioni di certezza nei traffici giuridici, richiede non soltanto la *forma scritta* ma anche l'espressa dichiarazione della causa che regge l'attribuzione patrimoniale attuata a pena di nullità dell'intero contratto; in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 99/13516; Cass., 96/30; *Contra,* cfr. Giorgianni., *La causa del negozio giuridico* in *Enc. Dir.,* XVII, 1005)

[310] In tal senso Confortini., (*op. cit.,)* per il quale *"…anche nelle obbligazioni la causa sarà imprescindibile…ma, pur tuttavia, il rigore del legislatore sarà assai meno imperativo rispetto alle distinte fattispecie negoziali traslative… dei diritti reali…..quale che sia la ragione civilistica sottesa…...tale scelta si lega senz'altro e in qualche modo anche alla libera, o presunta tale, volontà del legislatore….."*

[311] i.e., ci si riferisce al suddetto elemento causale

[312] Come accade, ad esempio, nelle già analizzate ipotesi di *astrattezza processuale* ex. art. 1988 c.c.; si rinvia all'ampio studio di cui al paragrafo che precede e, in ultimo, alla nota 307

[313] In quanto – come si apprezzerà nel proseguo – si tratta della più recente elaborazione teorica sul tema della causa in generale, con importanti riflessi in materia squisitamente lavoristica

[314] Si rinvia alla nota 303

[315] I.e., giustificazione causale

[316] Circa la configurabilità di una simile figura negoziale, nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, si è molto discusso in quanto ci si è chiesti se, nonostante la regola consensualistica ex. art. 1376 c.c., sia ugualmente consentita (alle parti) una scissione tra *titulus* e *modus adquirendi* (si rinvia a pag. 14 e ss allorchè si è ampiamente analizzato il tema in relazione alla tradizione dogmatica tedesca) come necessariamente presupposta nella nozione stessa di *pagamento traslativo;* si tratta, peraltro, di una questione assai rilevante (anche) ai nostri fini giuslavoristici in quanto, come vedremo, il *negozio solvendi causa* (ovvero, il suddetto *pagamento traslativo)* è ampiamente utilizzato proprio nell'ambito della c.d. *contrattazione di impresa* nel cui ambito, tra tutti, spicca, per *importanza* e *diffusione* (così anche Lipari., *op. cit.,)*, proprio il contratto di lavoro (in tal senso., tra tutti, cfr. Persiani., *op. cit.,* che lo configura –

tale contratto di lavoro – in termini di *contratto di organizzazione)* alla cui analisi *causale* ci accingiamo nel capitolo che segue

Tonando al tema generale, la dottrina formatasi subito dopo l'emanazione del codice civile del 1942 dava al predetto quesito (i.e., ammissibilità o meno del pagamento traslativo) una risposta essenzialmente negativa argomentando, in tal senso, dalla (presupposta) *ontologica insuscettibilità dei negozi astratti ad attuare spostamenti patrimoniali*; più in particolare, si sosteneva che i modelli negoziali tipici mediante i quali si realizzava (ex lege) la traslazione dei diritti reali si caratterizzavano (tutti) per una imprescindibile e *fisiologica contestualità* tra *effetto traslativo* e *consenso contrattuale* a guisa che, qualora si fossero separati questi due momenti di trasferimento del diritto (i.e., effetto traslativo e consenso), si sarebbe dovuto necessariamente concludere circa l'utilizzazione di un *distinto negozio* da qualificare come *atipico.*

In questo contesto, peraltro, l'*atipicità* era da "leggere" come sinonimo di *astrattezza* in quanto l'atto dispositivo posto in essere – privo di un *animus donandi* (per la preesistenza di un obbligo) e non controbilanciato da un corrispettivo economico (previsto nel *titulus*) – si sarebbe dovuto considerare privo di giustificazione causale e, dunque, inammissibile; in altri termini – cercando di sintetizzare la portata delle argomentazioni sottese – si affermava che uno spostamento patrimoniale attuato senza ricorrere agli schemi tipizzati dal legislatore sarebbe stato, per definizione, *sine tituto* in quanto una *prestazione isolata* che non fosse inquadrabile come *atto di liberalità* o come compravendita si sarebbe dovuta senz'altro considerare in termini di *negozio astratto* (in tal senso, tra tutti, Gazzara., *La vendita obbligatoria,* Milano, 1957; Schlesinger., *Il pagamento al terzo,* Milano, 1961; Russo., *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale,* Milano, 1965).

Concludendo, la ferrea opposizione ad ammettere la configurabilità di un obbligo di dare (*titulus*) temporalmente seguito da un atto traslativo (*modus*) – ovvero la fattispecie del negozio traslativo – era giustificata non tanto dall'esistenza del principio consensualistico ex. art. 1376 c.c. ma, piuttosto, dalla basilare regola della *necessaria causalità dei trasferimenti di ricchezza*; così, tra tutti, Costanza., *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa* in *Giust. Civ.,* 1988, I, 1242 e ss .

L'orientamento dottrinale successivo, però, riuscì a sconfessare efficacemente la sopra esposta (e presunta) *interdipendenza funzionale* tra *atipicità* e *astrattezza* giungendo,piuttosto, a ritenere senz'altro configurabile un *iter negoziale* e *procedimentale* che separasse *il contratto obbligatorio* (*titulus*) dall' *atto traslativo (*che determinava la effettiva e finale *vicenda derivativa* del diritto) in forza del seguente schema logico di riferimento.

Si è affermato, cioè, che il fondamento giustificativo di uno spostamento patrimoniale non debba essere necessariamente connaturato al negozio che ne permette l'attuazione; piuttosto, la giustificazione causale dell'atto traslativo potrà senz'altro essere validamente rinvenuta proprio nel rapporto obbligatorio che precede il trasferimento del bene a guisa che, dunque, la causa del contratto potrebbe senz'altro collocarsi al di fuori dello schema negoziale che determina il passaggio traslativo del diritto reale ovvero, più in generale, *la costituzione , regolamentazione o estinzione di una situazione giuridica patrimoniale connessa ad una qualsivoglia fattispecie di rilievo negoziale. .*

In tal senso, fra tutti, si rinvia alla magistrale conclusione di Mengoni (*Gli acquisti a non domino,* Milano, 1975, pag. 199 e ss) per il quale "*... La differenza tra negozi traslativi atipici (esecutivi di un rapporto precedente) non si risolve necessariamente nella distinzione tra negozi causali e negozi astratti:essi si distinguono soltanto per il diverso modo cui l'esigenza causale viene soddisfatta. L'inquadramento in un tipo non è l'unico mezzo possibile di controllo dell'idoneità del negozio a realizzare interessi meritevoli di tutela giuridica. Se la struttura del negozio non corrisponde ad una funzione tipica, il requisito causale è ugualmente soddisfatto qualora le parti abbiano provveduto a integrare il regolamento negoziale con l'indicazione dell'interesse alla cui realizzazione è preordinato";* nella stessa direzione, cfr. Campagna., *Il problema dell'interposizione di persona,* Milano, 1962.

Sulla base delle argomentazioni come fin qui rese, allo stato dell'arte, si conclude circa la piena legittimità giuridica della categoria dogmatica del *pagamento traslativo* anche conosciuta sotto le (altrettanto diffuse) varianti linguistiche *sub specie* di *negozi con causa esterna* (così Gazzoni., Manuale di diritto Privato, *op. cit.,*), *negozi di attribuzione* (cfr. Barcellona in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1965), *negozi traslativi solvendi causa* (così Chianale., *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*) e, infine, *prestazioni isolate* (cfr. Benatti., *Il pagamento con cose altrui,* estratto da *Studi Urbinati,* Milano, 1975)

Ciò premesso sul terreno teorico - in *favor,* quindi, alla piena ammissibilità della figura in esame in seno al nostro ordinamento giuridico – residua di affrontare la diversa questione (dogmatica) inerente la *struttura normativa* della fattispecie *de qua* (i.e., *pagamento traslativo).*
Secondo una prima ricostruzione speculativa, si tratterebbe di un *atto dovuto* da inquadrare, pertanto, nella categoria dogmatica dell'*adempimento;* da ciò discenderebbe la natura *non negoziale* del pagamento traslativo con conseguente irrilevanza sia del profilo causale ex. art. 1325 c.c. sia di quello volitivo.
Tale tesi, però, personalmente non (mi) convince in quanto finisce per accomunare due differenti piani di indagine; piuttosto, si dovrebbe poter distinguere tra *profilo funzionale* e *profilo strutturale* dell'atto di adempimento. Se con riguardo al primo aspetto (i.e., *profilo funzionale*), ogni adempimento è senz'altro dovuto in quanto modalità realizzativa di un debito precostituito, con riguardo alla seconda prospettiva di indagine (i.e., *profilo strutturale*) l'adempimento potrebbe anche assumere una qualeche valenza negoziale *per relationem* al contenuto dell'obbligazione che lo ha determinato.
Una simile tesi (che configura, quindi, il pagamento traslativo come mero atto dovuto), peraltro, porterebbe a risultati incoerenti anche sul piano sistematico; per meglio esplicitare la considerazione che vorrei sostenere si prenda in esame la disposizione normativa ex. art. 922 c.c. ai sensi della quale "… *la proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, peer specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge"*.
Come risulta chiaramente dal testo della norma, tra i modi di acquisto della proprietà non è in alcun modo prevista la categoria degli *atti giuridici in senso stretto* cui andrebbe ad appartenere il *pagamento traslativo sub specie* di adempimento *stricto sensu* inteso. *Ergo,* l'unico modo per evitare un netto contrasto tra la figura del pagamento traslativo e la previsione normativa ex. art. 922 c.c. sarebbe quello di far rientare le singole fattispecie di *negozi solvendi causae* nell'ambito degli "…*altri modi pevisiti dalla legge*" ex. art. 922 c.c.
Per far ciò, però – a fronte di una disposizione normativia (per così dire) *neutra* – sembrerebbe doversi sostenere, per ragioni di coerenza e rigorosità civilistica, che valga la regola generale della prima parte dell'art. 922 c.c. e, quindi, (dovrebbe ritenersi) che l'effetto traslativo è intimamente connaturato e connesso con la natura *negoziale* dell'atto che ne permette la realizzazione; in conclusione, affinché il trasferimento della proprietà avvenga nei modi *diversi* non rientranti tra quelli letteralmente nominati ex. art. 922 c.c., occorrerebbe una chiara disposizione legislativa che attribuisca all'atto traslativo, *expressis verbis*, una natura differente da quella *negoziale* che (i.e., natura negoziale dell'atto traslativo), come accennato, rappresenta, in assenza di espresse deroghe, il *substrato sostanziale ordinario* e *fisiologicamente normale* di un qualsivoglia effetto derivativo .
Alla tesi che configura il *pagamento traslativo sub specie* di *atto dovuto* (cfr. sopra) si contrappone la c.d. *tesi negoziale* che ricostruisce, invece, la fattispecie in oggetto (i.e., pagamento traslativo) secondo il procedimento di formazione del vincolo negoziale ex. art. 1333 c.c. A tal fine si argomenta nel senso che la disposizione in esame (i.e., art. 1333 c.c.) sarebbe perfettamente applicabile proprio alle c.d. *prestazioni isolate* in quanto quest'ultime sarebbero esempio paradigmatico di vincoli negoziali caratterizzati dal sacrificio del solo disponente che giustificherebbe l'eccentrica modalità di conclusione del contratto *sub specie* di *silenzio* e/o *mancato rifiuto* nel termine richiesto dalla natura dell' affare o dagli usi.
Ciò premesso, residua, quindi, di affrontare il tradizionale problema inerente la *natura della fattispecie contrattuale* prevista dal citato articolo (art. 1333 c.c.); rinviando, per una analisi *ex professo* della questione, alle apposite monografie in materia (tra tutti, cfr. Bianca., *Diritto Civile, Il contratto, op. cit;* Gabrielli., *Lezioni sul contratto* in *Corso di diritto civile*, Bologna, 1982), in tale sede ci si limiterà alle considerazioni che più interessano per la comprensione della sua *valenza sistematica* nell'ottica *negoziale* del pagamento traslativo e delle connesse considerazioni giuslavoristiche che ne seguiranno (in particolare, cfr. capitolo III)
In tal senso, le opzioni interpretative possibili sono essenzialmente due; una prima impostazione logica ricostruisce la fattispecie *de qua* (ex. art. 1333 c.c.) in termini di *negozio unilaterale* e, in favore della tesi appena esposta, si argomenta dall'esistenza di un potere di rifiuto che – si cita testualmente (così Gazzoni., *op. cit.,*) – "… *non avrebbe senso alcuno se la proposta fosse davvero una comune proposta contrattuale (sia pure irrevocabile) perché nessun effetto (da rifiutare) si sarebbe ancora prodotto… Non può infatti rifiutarsi se non una situazione sostantiva che già ha prodotto i suoi effetti… E' chiaro dunque che, se nel caso di cui all'art. 1333 c.c., effetti si sono già prodotti… ciò sta già a significare che*

la c.d. proposta è in realtà già un negozio unilaterale recettizio essa stessa.. come tale pienamente efficace non appena a conoscenza dell'oblato…".
Unica critica all'impostazione ora esposta è quella inerente la negata compatibilità tra il suddetto schema negoziale (i.e., quello ex. art. 1333 c.c.) e le fattispecie *ad effetti traslativi;* in tal senso, si è argomentato sia dal punto di vista sistematico – in quanto la lettera della legge sembrerebbe restringere il proprio campo di applicazione in rifermento ai c.d. contratti ad efficacia obbligatoria – sia sotto il profilo funzionale, in considerazione del fatto che da vincoli traslativi potrebbero anche derivare effetti pregiuridizievoli poco coerenti e giustificabili in assenza di una manifestazione volitiva piena quale quella del silenzio/rifiuto. Ambedue le osservazioni, però, (personalmente) sono da ritenere infondate; per quanto concerna il dato sistematico, esso è senz'altro superabile e si giustifica proprio alla luce di quanto retro detto (cfr. pagg. 30 e ss) a proposito della tradizione codicistica francese ed italiana del 1865 per la quale il contratto aveva effetti esclusivamente obbligatori.
Quanto al dato funzionale, ritengo assai apprezzabile una conclusione teorica affermata, sul punto, da chi maggiormente si è dedicato allo studio sul tema; in particolare, tra tutti, cfr. Sciarrone Alibrandi., *op. cit.*, per il quale *"…. La ratio dell'art. 1333 c.c. deve essere saggiata alla luce di quanto è contenuto all'interno del vincolo contrattuale e non di quanto da esso possa derivare come conseguenza ulteriore… la tecnica di formazione del contratto in esame sarà, quindi, inammissibile ogniqualvolta sussista un vincolo di sinallagmaticità..vi siano, cioè, prestazioni a carico di entrambi i contraenti con conseguente produzione di effetti sfavorevoli in entrambe le sfere giuridiche…Non altrettanto si potrà affermare per effetti pregiudizievoli …quali quelli derivanti da contratti effetti reali (… obblighi ed oneri di manutenzione) che, lungi dal conseguire direttamente dal vincolo contrattuale, possono, piuttosto, derivare dalla natura del bene oggetto del contratto ed incombono anche sul beneficiario di una donazione senza che, perciò solo, venga meno la causa di liberalità…" ; Rebus sic stantibus*, il modello negoziale ex. art. 1333 c.c. sembrerebbe senz'altro configurabile (e in alcun modo incompatibile) con fattispecie costitutive di effetti traslativi e , quindi, con il peculiare *modus operandi* del *pagamento traslativo*
Altra dottrina , invece, intende la fattispecie ex. art. 1333 c.c. in termini di *contratto* e, in tal senso, muove sia da un argomento di natura letterale – in particolare con riguardo alla rubrica della disposizione in esame che recita " *contratto con obbligazioni del solo proponente*" – sia da un fondamento di rilievo logico –funzionale in considerazione dello speciale procedimento ivi contemplato che sarebbe del tutto coerente con il modello *negoziale* in esame; segnatamente, si osserva come la legge non stabilisca che il contratto si concluda nel momento in cui la proposta giunge a conoscenza del destinatario ma, piuttosto, sembrerebbe suggerire nel senso che da tale momento (ovvero conoscenza del destinatario) tale proposta diviene irrevocabile mentre la perfezione del vincolo negoziale andrà a coincidere con la scadenza del termine stabilito per il rifiuto.
In questa ottica (contrattuale), pertanto, il *silenzio/rifiuto* è stato inteso come una sorta di *manifestazione tacita di accettazione* allo scopo di salvare il principio del contratto quale unico strumento generale dell'autonomia negoziale (così', tra tutti, Salvatore Romano in *Studi per Ascarelli*, IV, Milano, 1969); tuttavia, al riguardo, incisive e assai convincenti le critiche di Bianca., (*op. cit.,*) il quale osserva che "*…il principio del contratto non può essere salvato attraverso una finzione … quale sarebbe il ravvisare una accettazione nel silenzio del promissario…"*atteso che (si rinvia, al riguardo, al capitolo III) ad esso (i.e., silenzio) si potrà attribuire un qualche *valore negoziale* solo in presenza di determinati presupposti e/o condizioni che lo rendano, appunto, *circostanziato* e, quindi, *contrattualmente significativo.*
A fronte di queste difficoltà logiche – a tutela del tradizionale rigore argomentativo della scienza civilistica – si è anche sostenuto che l'art. 1333 c.c. rappresenti la riprova che la *bilateralità* non è requisito indispensabile nella dinamica di conclusione del contratto potendo ben esistere, nel sistema (privatisitico), una categoria di negozi a *formazione unilaterale sub specie* di *vincolo contrattuale senza accordo* e, quindi, *in una unica dichiarazione;* in tal senso, tra tutti, cfr. Sacco (*Studi per Greco., op. cit.,*) per il quale "*…la bilateralità non è , né mai è stata, requisito di tutti i contratti… la bilateralità nella formazione del contratto sarà indispensabile e gli effetti del contratto sono bilaterali, se cioè l'accettazione del promissario oblato contiene, a sua volta, una ripromissione… La fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. è un contratto con una unica dichiarazione…".*
Ciò affermare, però, significa, implicitamente, andare a sconfessare (senza dichiararlo espressamente!) la stessa natura contrattuale della fattispecie in esame (art. 1333 c.c.); infatti, parlare di *contratto "con una unica dichiarazione"* equivale a sostenere inequivoche prospettive *unilaterali (e non consensuali)* sotto il

In tutti questi casi,[318] ai fini della validità del contratto, sarebbe necessaria la c.d. *expressio causae*, ovvero la *enunciazione*[319] – nel documento negoziale con il quale si attua la *voluntas partium*[320] *– del fondamento logico*[321] *che è sottesso alla globalmente intesa vicenda giuridica negoziata dai paciscenti e realizzata sotto il profilo attuativo*[322] *del rapporto* (c.d. *causa soggettiva*) la cui[323] mancanza, secondo il

---

profilo del vincolo genetico dell'accordo che non possono non approdare agli orizzonti normativi del *negozio unilaterale stricto sensu inteso.*

Quale che sia la soluzione della intricata vicenda giuridica (per la personale opinione sul punto cfr. il prossimo capoverso), i sostenitori della tesi contrattuale si dividono circa il significato da attribuire al mancato esercizio del potere di rifiuto. Per alcuni si tratterebbe di *manifestazione tacita di accettazione* (così Tamburino., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*., *op. cit.,* Segni., *Autonomia privata e valutazione legale tipica*., *op. cit.,*), mentre, per altri (tale mancato rifiuto) sarebbe da leggere in termini di *comportamento con valenza legalmente tipica* nel senso che andrebbe ad assegnare, *ex lege,* al contegno osservato il *valore di atto conclusivo della categoria dei contratti in esame* (così, tra tutti, Scognamiglio., *Dei contratti in generale., op. cit.,* Sciarrone Alibrandi., *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.., op. cit.,*)

Tra le tesi sopra proposte – con specifico riferimento alla natura del pagamento traslativo e in connessione a quanto, sul punto, rileverà sotto il profilo giuslavoristico (cfr. capitolo III) – personalmente ritengo sia maggiormente coerente quella (teoria) che ricostruisce la fattispecie *de qua* in termini di *negozio unilaterale;* tuttavia, si tratterebbe non già di un *generico negozio unilaterale* ma, piuttosto, di un *negozio unilaterale a rilievo bilaterale* in considerazione del fatto che il consolidamento degli effetti da esso scaturenti andrebbe a dipendere pur sempre dalla decisione, sebbene implicita e/o *per silentium,* del destinatario dell'attribuzione patrimoniale; in tal senso, tra tutti, cfr. Benedetti.,(*op. cit.,)* per il quale "*….la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. prevederebbe… uno speciale modo di conclusione che si situa a metà strada tra il contratto, che è a formazione bilaterale, e il negozio giuridico unilaterale… tanto ciò vero che si parla, al riguardo, di negozio unilaterale a rilievo bilaterale….".*

[317] Al riguardo (e, quindi, in riferimento al pagamento traslativo; si rinvia alla nota che precede), tradizionalmente, la dottrina si è espressa nel senso dell'astrattezza del negozio; opportunamente, però il Giorgianni (*La causa del negozio giuridico, op. cit.,)* ha contestato questa impostazione logica affermando che – si cita testualmente – "*... parlare di astrattezza è fuorviante... perchè,* in tali casi, *la causa pur sempre esiste...ed è rilevante... anche se esterna...".*

Pertanto, più che di astrattezza, dovrà parlarsi di *neutralità* ad indicare che l'atto dispositivo considerato potrà giustificarsi sulla base di un peculiare e *variabile assetto logico fondativo sub specie di negozio solvendi e/o donandi causa*

[318] Caratterizzati, dunque, dalla scissione tra *fase obbligatoria* e *fase traslativa* (chiara la eco della tradizione giuridica tedesca; cfr. retro) con conseguente (ed apparente) difetto di *unitarietà causale interna* (così, tra tutti, cfr. Clarizia., *op. cit.,*)

[319] In termini essenzialmente *dichiarativi e ricognitivi*

[320] In tal senso – proprio con espresso riguardo alla ipotesi del pagamento traslativo – si esprime Gazzoni., *op. cit.,* per il quale "*…nel pagamente traslativo… anche in relazione a quest'ultimo, nonostante le incertezze dottrinali…..… la voluntas partium sarà irrimediabilmente fondativa…":*

[321] In tal senso Santoro Passarelli., (*op. cit.,)* per il quale "*….l'expressio causae rileva, in altri termini, come un onere aggravato sulle parti che devono dichiarare la ratio del loro operato negoziale…."*

[322] Similmente Bianca., (*op. cit.,)* per il quale "*…l'expressio causae dovrà essere pienamente conforme con l'esecuzione del rapporto in executivis…a pena di dubbia legittimità sullo stesso bonum negoziale del contratto posto in essere…"*

[323] Ci si riferisce alla suddetta *expressio causae*

prevalente orientamento dottrinale[324], dovrebbe determinare la sanzione della *nullità*[325] dell'atto *negoziale* posto in essere[326].

---

[324] In materia, tra tutti, cfr. Moscati., *Pagamento dell'indebito* in *Commentario al codice civile* a cura di (Scialoja-Branca) , *Libro Quarto, Delle obbligazioni,* (artt. 2033-2040c.c.), Bologna-Roma, 1981; Benatti., *Il pagamento con cose altrui* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976

[325] Sul punto, però, il panorama teorico è tutt'altro che omogeneo; infatti, se quella presentata nel testo è, come detto, l'*opinio major,* non mancano ricostruzioni alternative di pur apprezzabile coerenza logica interna.

In particolare, il presupposto dogmatico su cui ci si basa è quello per cui i negozi *solvendi causa* – quale, appunto il pagamento traslativo (cfr. nota 316) – presenterebbero uno schema causale *indeterminato* ma *determinabile per relationem* mediante il rinvio a quella che viene definita come *fonte esterna di qualificazione causale* e che, nel caso che a noi interessa (i.e., pagamento traslativo), sarebbe costituita dal *pregresso rapporto obbligatorio* legittimante il successivo atto (solo formalmente) solutorio (in termini di *pagamento traslativo)* posto in essere. Ciò premesso, però, è da osservare che la espressa menzione dello *scopo* per cui ci si obbliga (c.d. *expressio causae*) non sarebbe l'unico modo idoneo a garantire la compiutezza del quadro causale a pena di nullità in quanto l'atto di imputazione dell'effetto traslativo potrebbe senz'altro risultare direttamente dall'analisi del negozio nell' ottica *esecutiva* dello stesso o, comunque, derivare dall'assetto globale degli interessi negoziati dai paciscenti.

Ergo, secondo questa impostazione teorica, la valenza dell'elemento causale potrebbe rilevare anche *per facta concludentia,* senza alcuna necessità di menzione espressa dello stesso (i.e., elemento causale) purchè sia configurabile, almeno sul piano interpretativo, uno *schema causale adeguato risultante dalla stessa programmazione negoziale* oppure, indirettamente, *dalla situazione o operazione economica complessiva nella quale il singolo negozio si inquadra ed integra.*

Seguendo questa logica ermeneutica, dunque, il ruolo dell'*expressio causae* risulterebbe senz'altro ridimensionato rilevando, essa stessa (i.e., *expressio causae*), non già in termini *sostanziali* di *validità del negozio* (c.d. valenza *ad substantiam*) – a guisa che la sua "mancanza" andrebbe a determinare la *nullità* del contratto – ma, piuttosto, sul piano *probatorio*; ciò a significare che, se, nel caso di menzione della *expressio causae,* la *fonte di qualificazione causale dell'interesse negoziato* sarà presunta (cfr. retro) – spettando, quindi, al convenuto l'eventuale onere probatorio circa la sua *oggettiva inesistenza* – in caso contrario (assenza di *expressio causa*), invece, si andrà a determinare una sorta di *inversione dell'onere della prova* nel senso che graverà sul soggetto che intende far valere gli effetti del *negozio solvendi causa* (i.e., pagamento traslativo) l'*onus probandi* circa il *bonum* causale del pregresso rapporto obbligatorio presupposto.

Personalmente ritengo che la sopra esposta ricostruzione teorica abbia il merito di evitare ultronee duplicazione dell'elemento causale in componenti *soggettive* ed *oggettive* distinte, secondo una logica assai cara alla elaborazione teorica di primo Ottocento (si rinvia ai paragrafi che precedono); infatti, è da sostenere che la causa giustificativa di qualsivoglia attribuzione patrimoniale sia comunque unitaria risolvendosi, quest'ultima (i.e., tale giustificazione cusale), nell' *assetto di interessi programmato dalle parti al momento della costituzione del rapporto obbligatorio. Ergo,,* in alcun modo sarebbe possibile configurare la c.d. *expressio causae* in termini di *elemento causale subiettivo* concettualmente distinto dalla preesistente componente obiettiva dello stesso (elemento causale) in quanto "…*essa (i.e., expressio causae) è una mera modulazione logico- concettuale alternativa… che in alcun modo può inficiare la valenza sostanziale ed ontologicamente unitaria della nozione di causa negoziale…"* (così Bianca., *op. cit.,).*

Recentemente, tuttavia, alla teoria sopra esposta è stata mossa una forte critica della quale si riportano gli aspetti più significativi; segnatamente, (così, testualmente, Navarreta., *La causa e le prestazioni isolate,* Milano, 2000) si è sostenuto si sia verificata una ingiustificata inversione logica per aver evocato "… *un requisito, quello della determinabilità, previsto dal legislatore per l'oggetto e non per la causa… Traslare la nozione di determinabilità dall'oggetto alla causa, onde abbracciare la categoria della realizzabilità della funzione… rischia, in effetti, di assimilare in un unico destino fattispecie tra di loro ben distinte: la determinabilità dell'oggetto, che riguarda comunque un elemento possibile e certo nell'an, e la determinabilità della causa, che identificandosi con la realizzabilità della funzione, sembra abbracciare anche il caso della originaria irrealizzabilità , e questa, nel parallelismo con l'oggetto, evoca piuttosto il requisito dell'impossibilità".* Al riguardo, però – sintetizzando per questioni di attinenza all'oggetto del nostro studio – non ritengo si tratti di *profili di riflessioni* assai problematici e

tali da mettere in dubbio la ricostruzione teorica della fattispecie (i.e., pagamento traslativo) nei termini in cui fin qui sostenuti; in tal senso, e in maniera assai decisa, lo stesso autorevole Bianca., (*op. cit.,*) osserva che *"….si tratta di critiche non ostative…perché non idonee ad evidenziare scorrettezze giuridiche o, ancor peggio, illogiche manomissioni del singolo dato civilistico di riferimento…piuttosto si tratta di critiche di opportunità insuscettibili di inficiare il rigore privatistico della ricostruzione teorica…..… "*.

[326] Distinta questione, rispetto a quella inerente la necessarietà (o meno) della menzione della *expressio causae* (cfr. nota che precede), è quella che concerne la individuazione del rimedio sanzionatorio in caso (non già di *mera non esplicazione di una causa esistente* e, quindi di *non expressio causae,* ma, piuttosto) di *difetto assoluto di causa;* sul punto, le possibili opzioni interpretative sembrano essere essenzialmente due.

Secondo un primo filone di ricostruzione teorica, in tali casi dovrebbe concludersi nel senso della *ripetibilità delle prestazioni* (ex. art. 2033 c.c. e ss.) fatta salva la *validità formale* del negozio che, quindi, in alcun modo potrebbe essere considerato *nullo;* in tal senso, si argomenta dal fondamento normativo e logico che sottende la disciplina della ripetizione dell'indebito dalla quale si evincerebbe che l'inesistenza dell'obbligo che il *solvens* vuole adempiere non produce *effetti patologici* del contratto ma, piuttosto, meri rimedi *pragmatici* (tra cui, appunto, quello della ripetizione) per evitare attribuzioni patrimoniali *sine causa* (sul punto, si rinvia ai risvolti più marcatamente giuslavoristici di cui al capitolo III; in particolare, pagg. 112 e ss. con relative note).

Le conseguenze applicative di questa tesi sono tutt'altro che di poco momento; così opinando, infatti, si dovrebbe concludere nel senso che l'alienante, per recuperare un bene trasferito in assenza di un valido titolo obbligatorio, potrebbe avvalersi di una azione meramente *personale* esperibile soltanto nei confronti dell'*accipiens* e non anche nei confronti dei terzi a titolo oneroso. Diversamente, invece, dovrebbe opinarsi allorchè' si accolga la tesi della c.d. nullità del negozio (in caso di difetto assoluto di causa) ; in tali casi, infatti, il *tradens* potrebbe agire non solo con la azione di ripetizione personale (c.d *condictio indebiti*) ma, anche, con l'azione *reale* di rivendica esperibile, in quanto tale, *erga omnes;* in questo senso, tale opzione ermeneutica sembrerebbe, peraltro, assai più vicina a quella tipica del sistema tedesco (cfr. pagg. 37 e ss, note 179, 181) volta ad una più celere e sicura tutela dei traffici giuridici.

Tra i sostenitori più autorevoli di questa ricostruzione logica, tra tutti, cfr. Giorgianni., (*La causa del negozio giuridico., op. cit.,*) per il quale – si cita testualmente – *"…solo la suggestione nascente dal principio della nullità del negozio per mancanza di causa… ha potuto far nascere gravi perplessità in ordine alla giustificazione dell'azione di ripetizione dell'indebito regolata ex. art. 2033 e ss. c.c. Il codice, regolando su basi tradizionali codesta azione, ha mostrato – pur senza averne, probabilmente, piena conoscenza – che anche nel nostro ordinamento la mancanza di causa può dar luogo talora ad una semplice azione di ripetizione… Non deve recare meraviglia che la mancanza di un elemento causale possa non provocare la nullità dell'atto…A parte lò'esempio del sistema tedesco, è da osservare che la condictio indebiti, nella sua lunghissima storia, ha sempre avuto la funzione di recuperare – a prescindere da qualunque invalidità del trasferimento – le prestazioni effettuate sine causa, ed essa è stata come tale accolta sia dal codice abrogato sia da quello del 1942. D'altro canto, anche il consenso, al pari della causa, si trova elencato negli artt. 1325 e 1418 c.c. tra i requisiti di validità del contratto, eppure sono note le ipotesi in cui il vizio del consenso produce semplicemente nullità…"*

Altra corrente dottrinale, però, contesta la fondatezza della teorica appena esposta ritenendo di dover applicare le ordinarie regole in tema di *nullità negoziali*; in particolare, tale logica ermeneutica si fonda sulla disposizione ex. art. 2652 c.c. , numero 6 (c.d. argomento logico.sistematico) sostenendo, al riguardo, che l'alternativa teorica da poter accogliere è rigorosamente duplice (in termini di *aut aut)* in quanto *tertium non datur* (così Bozzi., *op. cit.,).*

Segnatamente – sotto un profilo rigorosamente civilistico – o si conclude (ex. art. 2652 c.c., numero 6) per un radicale sacrificio dell'interesse del *solvens* (ipotizzando una eventuale *condictio traslativa*) ovvero si dovrebbe optare per una (assai più ampia) tutela dell'affidamento del terzo (nei limti del predetto articolo 2652, numero 6) con conseguente rischio del subacquirente di buona fede per un periodo non superiore ai cinque anni durante i quali potranno (e dovranno!) svolgersi i dovuti accertamenti specialmente in considerazione della minore rapidità di circolazione dei beni immobili.

Nell'incertezza dottrinale (si rinvia allo studio di cui al capitolo III, in prospettiva *giuslavoristica)* taluna dottrina (tra tutti, Valle., *op. cit.,)* ha sostenuto come la teoria della nullità sarebbe maggiormente conferente in quanto capace di dare una soluzione (giuridica) più razionale all'incidenza della mancanza di causa oggettiva sul sistema circolatorio dei beni mobili (tutelando soltanto i terzi di buona fede) e più

In questo quadro dogmatico di riferimento, si giunge, *naturaliter,* a trattare di una ulteriore (nonché assai recente) tendenza teorico-speculativa in materia di *causa* del *contratto;* più in particolare – superando il principio classico della c.d. *insindacabilità ed intangibilità* dell'interesse pattizio[327] nella sua libera esplicazione convenzionale –

---

equilibrata in relazione ai meccanismi di trasferimento dei beni immobili (contemperando con maggiore equità i contrapposti interessi del *solvens* e dei terzi subacquirenti).
Questa diversa impostazione teorica, peraltro, sembrerebbe coerente (anche) con l'origine storica del *pagamento traslativo* che è stato costruito sulla falsariga della tradizione romanistica che distingueva, a sua volta, tra *titulus* e *modus adquirendi*; in tal senso, tra tutti, cfr. Mariconda., (*Il pagamentop traslativo* in *Contratto e Impresa*, *op. cit.*,) – cita testualmente – per la quale "*… non essendo necessaria la consegna del bene al fine di integrare la fattispecie del pagamento traslativo…non si comprende quale dovrebbe essere il regime dell'atto nell'ipotesi in cui non abbia ancora ricevuto esecuzione l'adempimento dell'obbligo di consegna:pare incongruo ipotizzare che qualora il trasferente non abbia consegnato il bene, sia tenuto nondimeno ad operare la consegna salvo poi poter esercitare l'azione di ripetizione… Una soluzione del genere pare del tutto estranea al nostro sistema nel quale la regola generale è nel senso della proponibilità delle eccezioni personali. E non si comprende perché un soggetto che dopo la consegna del bene, è legittimato ad agire con l'azione di restituzione non possa paralizzare l'altui pretesa ad ottenere la consegna adducendo lo stesso fatto che può porre a fondamento dell'azione di restituzione"*.
A ciò si aggiunga che la tesi criticata (ovvero quella che risolve la questione del difetto di causa sul piano della mera *ripetizione di indebito*) si fonderebbe sulla indimostrata premessa della *ontologica incompatibilità sistematica* tra *esperibilità dell'azione ex. art. 2033 e ss c.c.* (i.e., ripetizione di indebito) e *azione di nullità* (anche al riguardo, per i connessi profili giuslavoristici, si rinvia, ampiamente al capitolo III)*;* più in particolare, si andrebbe a sostenere che la disciplina della *condictio indebiti* non potrebbe trovare applicazione in presenza di un titolo nullo in quanto le disposizioni che la regolamentano sarebbero da intendere in termini di *oggettiva non conciliabilità con le norme dettate in tema di invalidità negoziale* (in tal senso, Barcellona., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione* in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, per il quale "*…la ripetizione dell'indebito avrebbe portata e contenuto diversi dalla reintegrazione… che in fatto e in diritto consegue alla nullità totale ed originaria di un negozio intercorso tra le parti";* Argiroffi., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980).
Secondo la dottrina avversa, però, si tratterebbe di *argomenti in sé inconsistenti* derivanti da una indebita confusioni di piani di indagine differenti; piuttosto, la nullità del negozio traslativo potrebbe essere fatta valere sia con l'azione *personale* di *ripetizione di indebito* sia con l'azione *reale* di rivendica e, a favore della tesi per cui non si tratti di *rimedi normativi* inconciliabili, rileverebbe un argomento di natura testuale quale quello ex. art. 1422 c.c. che espressamente rimanda, in tema di nullità, all'azione di ripetizione.
Rebus sic stantibus, concludendo, ritengo possa sostenersi che, se i principi generali in materia di circolazione dei beni sono tali da suggerire, come sanzione principe, quella della *nullità*, allora, in assenza di una specifica disciplina derogatoria – quale quella operante nel sistema tedesco (cfr. retro) – ne dovrebbe derivare che anche per le c.d. *prestazioni isolate* (i.e., c.d. pagamento traslativo) il principio generale sia quello della *invalidità patologica del contratto* e, quindi, quello della sua *nullità* ex.art. 1418 c.c ; in altri termini, "*…anche il pagamento traslativo seguirebbe i principi negoziali della irregolarità giuridica del contratto o, rectius, invalidità…."* (così Bianca., *op. cit.,).*

[327] Secondo la più tradizionale e rigorosa scienza civilistica (di derivazione romanistica), infatti, era indiscusso *ius receptum* l'assunto logico della c.d. *irrilevanza*, per l'ordinamento giuridico, dell'*equilibrio contrattuale* sia nella sua accezione *normativa* – ovvero come sintesi di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi derivanti dal programma contrattuale – sia in quella *economica*, ossia con riguardo al valore ("*commerciale",* così Bessone., *op. cit.,)* specifico delle singole prestazioni oggetto dello scambio.
In tal senso si argomentava, anzitutto, sulla base del c.d. dogma della *signoria della volontà* in forza del quale le parti, nella esplicazione della loro autonomia contrattuale, sarebbero state (senz'altro) libere di esprimere il loro *consenso* senza alcun controllo *esterno* (in particolare ad opera dell'autorità giudiziaria)

anche laddove a ciò fosse seguita una macroscopica sproporzione tra le prestazioni; in tale ottica speculativa, dunque, il giudizio di *congruità* sui termini del "*sinallagma"* era di esclusiva riserva convenzionale e, in quanto tale, era rimesso (tale giudizio di congruità sui termini del sinallagma) alla libera negoziazione *inter partes* anche in forza della fisiologica indeterminatezza del concetto stesso di *giustizia contrattuale* che non sarebbe stato suscettibile di alcuna schematizzazione statica ed "*ex ante"* precostituita dal legislatore.
A favore della tesi appena esposta, peraltro, si potrebbero individuare importanti referenti codicistici; in primo luogo rileverebbe il concetto stesso di *equità* che, nell'impianto codicistico, è inteso come *canone ermeneutico e di integrazione del contratto* e non già in termini di *parametro di valutazione del programma contrattuale* salvo casi eccezionali (espressamente previsti dalla legge) di *equità correttiva* (tra tutti, cfr. art. 1384 c.c., art. 1536, comma 2 e 3, art. 1934, comma 2, c.c.).
In tali termini, peraltro, sarebbero da inquadrare anche le disposizioni normative ex. artt. 1371 e 1374 c.c.; la prima contiene un riferimento all'equo contemperamento degli interessi pattizi quale criterio residuale cui è consentito ricorrere soltanto in via interpretativa allorché, nonostante l'applicazioni delle regole ermeneutiche, il significato del contratto rimanga oscuro. Similmente, l'art. 1374 c.c. individuerebbe una norma di carattere suppletivo in quanto la stessa (disposizione ex. art. 1374 c.c.) colmerebbe lacune non coperte, in via primaria, dalla legge o dagli usi (in materia si rinvia alle premesse introduttive)
Parimenti, quanto al canone di *buona fede*, si potrebbe sostenere che nessuna norma del codice civile individua – quanto meno *expressis verbis* – tale clausola *sub specie* di parametro di sindacato dell'autonomia contrattuale ma, piuttosto, essa (i.e., clausola di buona fede) rileverà in funzione interpretativa (ex. art. 1366 c.c.); in sì termini intesa, dunque, la *buona fede* si esplicherà, quindi, in senso solidale (o, *rectius, conformativo)* al programma contrattuale stabilito dai paciscenti . Infine, in relazione al giudizio di meritevolezza ex. art. 1322 c.c., si potrebbe argomentare come esso (giudizio ex. art. 1322 c.c.) riguardi soltanto i contratti atipici e non quelli nominati (cfr. retro, nota 296) e, comunque – pur ammettendo una improbabile estensione (di tale controllo ex. art. 1322 c.c.) anche a quelli (contratti) tipici – la ratio della disposizione in esame rimarrebbe (purtuttavia) immutata nella sua *tensione finalistica* a consentire al giudice di verificare la congruenza del programma contrattuale con i valori dell'ordinamento giuridico e della coscienza sociale, difettando, pertanto, una (distinta e presunta) *voluntas legis* volta a sindacare l' *equilibrio interno del contratto.*
A questi si possono aggiungere, a parer mio, altri argomenti di natura logico-sistematica; fra questi, si prenda in considerazione la disciplina della *rescissione dei contratti conclusi in stato di pericolo* (art. 1447 c.c.) o *di bisogno* (art. 1448 c.c.). In entrambi i casi si richiede, oltre allo squilibrio (*condizioni inique*,ex. art. 1447 c.c. e *lesione ultra dimidium* ex. art. 1448 c.c.) anche la ricorrenza di *determinate circostanze o condotte inerenti la fase di formazione del sinallagma negoziale*; *ergo,* in questi casi, il rimedio positivo previsto dall'ordinamento (i.e., rescissione) presuppone una *aggiuntiva caratterizzazione qualificata* rispetto al mero *squilibrio pattizio* che, se non suffragato dai suddetti (ed ulteriori) "requisiti oggettivi" (i.e. le sopradefinite *determinate circostanze o condotte inerenti la fase di formazione del sinallagma negoziale*) non troverà (tale squilibrio pattizio) adeguata tutela ad opera dell'ordinamento giuridico. Similmente avviene in relazione alla previsione normativa di cui all' art. *428 c.c.,* comma secondo, che subordina l'annullamento del contratto stipulato con persona incapace di intendere e di volere alla mala fede dell'altro contraente di cui lo squilibrio contrattuale può costituire un mero indice sintomatico
Ancora, si consideri la disciplina dell'errore quale vizio della volontà; il nostro ordinamento giuridico non dà rilievo, *ex se,* all'errore sul valore o sulla convenienza economica del contratto richiedendo, piuttosto, l' essenzialità e la riconoscibilità dello stesso ed ugualmente sembra doversi concludere per quanto attiene alla disciplina del dolo incidente (ex. art. 1440 c.c.) che non prende in considerazione lo squilibrio in sé ma in quanto *mediato* dalla condizione soggettiva del contraente.
In finale, vorrei ricordare altri due argomenti che – seppur poco "diffusi" in dottrina – potrebbero, purtuttavia, essere utilizzati *in favor* alla tesi della *insindacabilità* dell'equilibrio negoziale pattizio.
In primo luogo, si prenda in considerazione la disciplina della *risoluzione per eccessiva onerosità* (ex. art. 1467 c.c.); in particolare, seguendo un *argomento a contrario*, si potrebbe sostenere che l'espressa previsione di un rimedio "*ad hoc"* alla squilibrio sopravvenuto (c.d. *sopravvenienze contrattuali*) escluda la prospettazione di un principio generale implicito al codice civile ed immanente al sistemo privatistico in relazione alle vicende modificative dell'equilibrio originario del contratto. Alla medesima conclusione si potrebbe giungere argomentando dall'art. 1349 c.c. (c.d. *arbitraggio*); questa disposizione, infatti

l'evoluzione del pensiero giuridico civilistico ha rimodulato i termini della questione[328] finendo per tratteggiare un sempre più chiaro *nesso relazionale* tra *principio causalistico* e tema della *giustizia contrattuale* [329] secondo il duplice ed alternativo modello della *substantive justice*[330] e *procedural justice*[331].

---

prevede che le parti possano rimettere al mero *arbitrio* di un terzo la determinazione di uno o più elementi del contratto con connessa impugnabilità della stessa (determinazione dell'arbitratore) solo dimostrando che questi (i.e., arbitratore) abbia agito intenzionalmente a danno di una delle parti. Una simile previsione sembrerebbe essere in contrasto con una pretesa esigenza (*diffusa*) di *equità* implicita alla dinamica contrattuale; piuttosto, andrebbe (tacitamente) a suggerire, ancora una volta, l'inesistenza di un principio generale che legittimi il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale al di là di specifiche ipotesi espressamente previste dalla legge

[328] Gradualmente, però, gli argomenti sopra esposti (cfr. nota che precede) sono stati superati in forza di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1322 c.c. alla luce dell'art. 2 della Carta Fondamentale; più in particolare, in questa logica ermeneutica, i principi di solidarietà sociale dovrebbero impedire il riconoscimento giuridico di stipulazioni negoziali oggettivamente inique in quanto lesive dei criteri (e connessi obblighi) di correttezza e buona fede nell'ambito della formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto.

In aggiunta, in tal senso, sembrerebbero suggerire (anche) argomenti di diritto comparato come, fra tutti, i Principi della Commissione Lando sul diritto europeo dei contratti ed i Principi della Convenzione Unidroit per i quali la c.d. *gross disparity* tra i paciscenti è considerata coma causa di naturale caducazione del sinallagma negoziale in linea con una presupposta nozione di *equilibrio contrattuale* in termini di *interesse generale dell'ordinamento* o, *rectius, sub specie* di *ordine pubblico di carattere particolare* in quanto riguardante soltanto i *protagonisti* della singola *lex contractus* presa in considerazione; in tal senso, infine, rileverebbe anche la disciplina consumeristica di stampo comunitario che commina ipotesi di *nullità protettive* a favore dei contraenti deboli (sul punto, si rinvia al capitolo che segue)

Accogliendo questa logica ermeneutica, peraltro, - in una considerazione *de iure condendo* – ritengo si possa (persino) giungere (quanto meno astrattamente) a sostenere (anche) la nullità del contratto in caso di *ingiustizia dello scambio* in forza di una peculiare ma (formalmente) coerente ricostruzione del combinato disposto ex. artt. 1343 e 1418 c.c. La prima previsione normativa (i.e., art. 1343 c.c.), infatti, considera illecita, tra le altre ipotesi, anche la causa che sia contraria all'ordine pubblico e l'art. 1418 c.c., comma secondo, commina espressamente la sanzione della nullità in caso di *illiceità* della causa; *ergo*, "sintetizzando" i *risultati interpretativi* derivanti dalle due disposizioni in esame, non sarebbe contrario al sistema poter argomentare nel senso della *nullità del contratto per violazione dell' equilibrio pattizio in quanto quest'ultimo, sub specie di ordine pubblico di carattere particolare (cfr. retro), rientrebbe nella regola generale della invalidità negoziale ex. art. 1418, comma secondo, c.c.*

Come si chiarirà nel proseguo del teso (nonché alla luce di quanto sin qui considerato), non è questa l'ottica di analisi della questione causale come (personalmente) preferita

[329] In particolare – per dar contezza del panorama civilistico di riferimento cui, *naturaliter,* si accede – la questione si è posta a partire da alcune *eccentriche* pronunce della Suprema Corte la quale, in materia di compravendita, è giunta ad equiparare la vendita *a prezzo irrisorio* a quella *a prezzo simbolico*, considerando entrambe le fattispecie senz'altro *invalide* ex. art. 1418 c.c.

La rivoluzione copernicana (avvenuta) al riguardo è tutt'altro che indifferente; in passato, infatti, si riteneva che soltanto la seconda (i.e., vendita *a prezzo simbolico*) fosse da considerare nulla per mancanza di causa in quanto sarebbe stato eluso lo schema contrattuale base ex. art. 1470 c.c. che individua il *prezzo* come elemento essenziale e qualificante del sinallagma negoziale. Si sosteneva, dunque, che un mero *prezzo simbolico* rappresentasse una sorta di *variazione del tipo legale di origine pattizia* (cfr. nota 279) inammissibile perché non coerente con la *ratio negoziale* social tipica dipinta dal legislatore; sul punto, una interessante indicazione in ordine ai parametri di valutazione del concetto di *simbolicità* viene fornita da Trib. Roma 15 febbraio 1963 in *Rep. Foro. It.*, 1964, voce *Vendita*, e in *Temi romana*, 1964, p. 367, con nota di Lemme., (*Osservazioni sulla vendita con prezzo irrisorio)*, ad avviso della quale l'ipotesi del prezzo simbolico ricorrerebbe nei soli casi di vendita *unimmo uno*, ovvero di *prezzo rappresentato*,

Personalmente ritengo che, nonostante l'apprezzabile tentativo ermeneutico compiuto dalla più recente dottrina,[332]non si possa (in alcun modo) assurgere a principio generale il suddetto nesso logico del *controllo causale quale strumento di sindacato sulla congruità dello scambio negoziale*[333]*;* si potrebbe trattare, infatti, di un pericoloso *escamotage giuridico* suscettibile di celare profili di *implicita funzionalizzazione degli interessi privati*[334] e di *indebita interferenza extranegoziale* sulla autonomia dispositiva

---

nel senso stretto del termine, da una unità monetaria, una lira, un centesimo". In sintonia, App. Roma., 15 febbraio 1965, in *Rep. Foro. It.*, 1965.

Al contrario, nelle ipotesi di vendita *a prezzo irrisorio,* si negava ogni possibile risvolto in termini di invalidità argomentando proprio in forza del principio dell'*indifferenza dell'ordinamento giuridico al cospetto delle manifestazioni dell'autonomia privata* (cfr. nota che precede) e della conseguente inammissibilità di un controllo giudiziale circa la rispondenza *valoristica* tra *prezzo e res alienata* (in tal senso, *ex plurimis,* Cass., 16 luglio 1963 n. 1945 in *Rep. Foro. It.,* 1963, voce *Vendita*; Cass., 24 febbraio 1968 n. 632 in *Giust. Civ.,* 1969).

Gradualmente, però – come si accennava all'inizio della nota – la situazione normativa descritta è mutata; in particolare, si è assistito ad una decisiva *inversione di tendenza* (in omaggio ai valori solidaristico-sociali ed equitativi) che ha portato al superamento del *dogma* del disinteresse dell'ordinamento all'equilibrio tendenziale delle prestazioni ; in tal senso, il nuovo orientamento giurisprudenziale è stato inaugurato da Cass., 24 novembre 1980 n. 6235 in *Rep. Foro. It.,* 1980, voce *Vendita,* secondo la quale, "*… in materia di compravendita, il prezzo è elemento essenziale del contratto che deve ritenersi carente ove meramente simbolico o irrisorio… se non corrispondente al valore economico del bene venduto…"*.

A partire da questa "storica sentenza" si son "*….aperti… i problematici orizzonti della giustizia sostanziale come pretesa area di pertinenza del diritto dei contratti…"* (così Bessone., *op. cit.,*).

[330] Seguendo questa logica, il sindacato sulla *giustizia del contratto* e l' *equità corrispettiva delle prestazioni* avrebbe natura *fisiologica* nel senso di dover essere verificato sempre, indipendentemente dal fatto che vi sia (o meno) una parità di forze (negoziali) tra le parti; si tratterebbe, cioè, *mutatis mutandis,* di un *"essentialium" negotii* di matrice "giurisprudenziale" anche se *"positivamente orfano di presupposto legali…"* (così Genovese., *Appunti sulle nuove teorie della causa",* Roma, 2003)

[331] Secondo questo modello di riferimento, invece, il rilievo *causale* della *ingiustizia contrattuale* sarebbe limitato ai casi di *"patologia" negoziale*, volendosi – con questa espressione assai *atecnica* (così Bessone., *op. cit.,)* – indicare le ipotesi in cui la procedura di formazione del contratto sia inficiata *ab inizio* da anomalie connesse alla posizione di debolezza (contrattuale) di una delle parti; tale prospettiva di indagine – lungi dall'essere una mera speculazione teorica di dogmatica civilistica – si è volutamente trattata in quanto (personalmente ritengo) potrebbe essere assolutamente rilevante in ottica giuslavoristica nel tentativo di capire se le eventuali integrazioni *extranegoziali* del rapporto (di lavoro) – in termini di legislazioni sociali o, più in generale, di normative a tutela del prestatore – siano giustificabili nell'ottica interpretativa della suddetta *procedural justice* – nel significato or ora proposto – in forza della tradizionale affermazione della debolezza contrattuale del prestatore nei confronti del capo dell'impresa ex. art. 2086 c.c. (sul punto, giungendosi ai primi profili del c.d. *favor lavoratoris,* si rinvia, ampiamente, allo studio di cuiai capitoli che seguono)

[332] Taluno, in dottrina, si è espresso (perfino) nel senso di una sorta *di "umanizzazione" del rigido e rigoroso dato positivo di tradizione dogmatica civilistica*; in tale direzione, per alcuni spunti, cfr. Liberati., *Il danno non patrimoniale da inadempimento,* Padova, 2004; Gazzarra., *il danno non patrimoniale da inadempimento,* Napoli, 2003

[333] Per quanto attiene la portata normativa e le connesse conseguenze giuridiche sul piano speculativo e nell'ottica della disciplina positiva in concreto applicabile, si rinvia alle ampie considerazioni di cui *retro*

[334] Incompatibili con l'ispirazione liberale della nostra Carta Fondamentale; si rinvia alle pagg 52 e ss. con connesse note

dei singoli, in termini essenzialmente derogatori al principio generale della *libera negoziazione inter partes.*[335]

Piuttosto, la valenza dell'elemento causale – lungi dal poter in alcun modo limitare la portata del "*dogma teorico"* dell' *autonomia dispositiva* – opera in termini *conformativi* alla volontà pattizia rilevando, alla luce di quanto retro considerato[336], quale *valore aggiunto*, di matrice *negoziale*, che – nella complessa vocazione normativa di *sintesi* tra *volontà privata* e *volontà dell'ordinamento*[337] – è tale da garantire, in concreto, *l'attuazione della libertà del privato nella sfera del diritto*[338]e, quindi, la piena attuazione del concetto stesso di *negozio giuridico* nella sua più ampia e complessa valenza *ontologica e sostanziale.*[339]

Al termine del *viaggio esplorativo* come fin qui condotto, spero siano stati svelati alcuni, almeno, dei più peculiari *arcani segreti* insiti negli affascinanti (e spesso sfuggenti) *orizzonti negoziali*[340] che *coniugano* il fisiologico anelito della volontà e dell' *agere* privato ad essere l'unica *fonte del diritto* con l'altrettanto ed ineludibile esigenza a che il *ius* abbia una sua autonoma cogenza e legittimazione positiva di talchè, in una *societas iuris*, i diritti di ciascun consociato possano trovare la loro massima e *naturale* realizzazione proprio nell'endogeno limite rappresentato dal rispetto delle libertà altrui[341].

---

[335] In tal senso anche Bozzi., (*op. cit.,)* per il quale "….*si potrebbero celare, dietro queste pretese esigenze di giustizia dello scambio…. pericolose ed indirette forme di controllo sul sinallagma negoziale…."*

[336] Si rimanda, in proposito, al complesso delle argomentazioni sin qui rese nella premessa introduttiva e nel corso di questo primo capitolo nonché allo studio dei paragrafi che precedono

[337] Si rinvia alle pagg. 9 e ss della premessa introduttiva nonché alle connesse considerazioni di cui ai paragrafi che precedono

[338] Seconda la nota definizione di Hugo., (*Institutionen des heut. Rom. Rechts,* 1840); cfr. pag. 11 delle premesse introduttive, note 53

[339] Si rinvia alle considerazioni di cui alle premesse introduttive (cfr. pagg. 2 e ss) allorchè la nozione in esame (i.e., negozio giuridico) si è spiegata in termini di *escamotage giuridico …in forza del quale si vorrebbe poter affermare e sottolineare la valenza infungibile e fondamentale della volontà di quei soggetti di diritto che lo stesso ordinamento individua come destinatari dei suoi precetti normativi…*a guisa da poter affermare che *i singoli e globalmente intesi cives finiscono per diventare lo scopo ultimo del diritto e, quindi, quei protagonisti privilegiati che, pur subendone gli effetti, non ne sono meri e passivi destinatari in quanto possono dettare le regole del gioco e fissare i limiti entro cui il diritto può e deve operare, configurandosi, in ultima analisi, come autori e attori principali di quegli stessi precetti che li regolamentano…".*

[340] Quali, appunti, quelli sottesi alla nozione di causa come *ratio essendi del "fenomeno" contrattuale lato sensu inteso;* si rinvia alle premesse introduttive

[341] Si tratta, in sintesi, della più autentica valenza normativa della nozione stessa di "negozio giuridico" come fin qui individuata in forza dello studio condotto sul tema

E' questa[342] l'anima *genetica e funzionale* del concetto di *causa*[343] del contratto; è questo il *fine ultimo* cui mira la difficile e complessa *prospettazione normativa* di cui all'art. 1322 c.c., comma secondo;[344] è questa l'ottica ermeneutica "costituzionalmente" orientata che "ritengo" di dover sostenere e che, a parer mio, è tale da rendere l'elemento *causale* – e il globale sistema privatistico *lato sensu* inteso – *conforme e compatibile* con i principi generali dell'ordinamento o, *rectius*, con *l'unico baluardo giuridico davvero insuperabile perché espressione e fondamento delle più intime esigenze dell'uomo "sia come singolo sia nelle (più diverse) formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*[345]*".*

La eco "concettuale" di riferimento, ormai sempre più chiara, è proprio quella della *Grundnorm*[346] di Kelsiana memoria che il diritto *riconosce* e *attua* con i mezzi che lo stesso ordinamento dispone; tra questi[347], quello dell'*autonomia privata* – e, quindi, quello della *rilevanza ed essenzialità causale*[348] in relazione a qualsivoglia fattispecie (negoziale) di matrice pattizia – è la prescelta *guida speculativa* che – fin qui "compresa" e studiata nella sua (civilistica) dimensione *euristica* ed *ontologica* di

---

[342] Ci si riferisce alla prospettiva ermeneutica insita nei suddetti *orizzonti negoziali* idonei a coniugare il fisiologico anelito della volontà e dell' *agere* privato ad essere l'unica *fonte del diritto* con l'altrettanto ed ineludibile esigenza a che il *ius* abbia una sua autonoma cogenza e legittimazione positiva; rinvia ai paragrafi precedenti

[343] Si pensi, tra tutte, alle ipotesi di illiceità della causa (ex. art. 1343 c.c.) per *contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume* con conseguente nullità dell'intero contratto posto in essere (ex. art. 1418, comma 2, c.c.)*;* anche in tale contesto normativo, infatti, si capta la chiara ed inequivoca *volontà* del legislatore volta a *salvaguardare l'ordine giuridico costituito dalla eventuale presenza di singoli accordi pattizi vincolanti secondo canoni regolamentari in contrasto con quelli propri del sistema giuridico di riferimento ed estranei, quindi, alla stessa coscienza sociale della società civile globalmente intesa* (sull'ampio tema si ritornerà, in prospettiva esclusivamente giuslavoristica, al capitolo III)

[344] Si tratta della disposizione codicistica che noi si è già individuata come l'*alfa* e l' *omega* di ogni studio privatistico sull'autonomia negoziale (cfr. retro); in particolare – seguendo l'ottica ermeneutica che ci ha guidato sin dalle prime pagine della presente ricerca – essa (disposizione ex. art. 1322 c.c.) sembra affrontare proprio la questione del rapporto tra *volontà privata e volontà dell'ordinamento* a guisa da rilevare come il più rilevante *filtro selettivo di ammissibilità dell'autonomia privata nei confronti del sistema giuridico di riferimento* prevedendo che *"le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare…purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"* .
Si rinvia a tutto quanto sin qui considerato e argomentato al riguardo.

[345] Secondo la testuale espressione costituzionale di cui all'art. 2, comma 1, della Carta Fondamentale

[346] Si rinvia alla nota 345

[347] I.e., i suddetti mezzi "giuridici" riconosciuti e previsti dall'ordinamento per attuare i precetti costituzionali

[348] Si rinvia, al riguardo, alla già analizzata *relazione concettuale* esistente tra la nozione di autonomia dispositiva e quella causale intesa, quest'ultima, *sub specie* di *sintesi degli interessi che il negozio è volto a realizzare*

riferimento – noi si inizierà a *traslare* ed *individuare* nell'ottica del contratto di lavoro alla cui analisi si tenderà già a partire dal capitolo che segue.

CAPITOLO II

Il fondamento genetico ed eziologico del rapporto di lavoro

2.1) Alle origini della questione: la tradizione romanistica

Il problema fondamentale per chi si accinga a trattare del diritto del lavoro è quello di stabilire e giustificare i limiti della materia che intende sottoporre al suo esame;[1] e ciò in

[1] Al riguardo, assai peculiare la prospettiva del Barassi (*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915) per il quale *"pochi concetti giuridici sono chiari come quello del lavoro umano … che risponde ad un fenomeno dilagante in tutta la vita sociale";* ciò premesso, lo stesso autore sottolinea, però, che la difficoltà logica inerente il tema in oggetto (i.e., lavoro) deriva dal fatto che esso può essere studiato sotto diversi aspetti e, fra tutti, in due *accezioni particolari.* Ovvero, nell'ambito della nozione unitaria del concetto (lavoro) in termini di "*dispiegamento di energie umane,"* si possono individuare due distinti profili di indagine inerenti, rispettivamente, la *sfera strettamente individuale*_ovvero quella connessa, in termini essenzialmente conseguenziali, all'esistenza di uno *specifico obbligo scaturente da un rapporto giuridico.*
E' quest'ultimo l'orizzonte che, *naturaliter*, sembra già limitare l'astrattamente ampio oggetto di studio suggerendo, a sua volta, i presupposti e parametri fondativi della sua stessa *esistenza* e *configurabilità* sul piano più squisitamente *positivo*, e, quindi, nella suddetta e delineata nozione "*normativa" – sub specie* di "*specifico obbligo scaturente da un rapporto giuridico"* – che a noi maggiormente interessa.
In questa prospettiva di indagine, infatti, la nozione (i.e. lavoro) in esame – nella sua più lata ed omnicomprensiva sfera semantica – richiederà *quattro caratterizzazioni essenziali* che individuano, a loro volta, le *chiavi interpretative* più essenziali dell'intero *assetto contrattuale lavoristico alla cui indagine ci accingiamo:* a) *una attività umana svolta dalla stessa persona fisica*; b) *che tale attività umana sia rivolta direttamente alla creazione di una utilità materialmente apprezzabile*; c) *che tale utilità scaturisca da un rapporto giuridico per mezzo del quale un soggetto presta (o si obbliga a prestare) le proprie energie lavorative a favore di un altro soggetto, in cambio di un retribuzione*; d) *che la prestazione si svolga alla dipendenza e sotto la direzione del creditore di lavoro*.
Quanto al primo elemento (sub a), se ne deduce che il lavoro è, essenzialmente, una *qualità*, o, *rectius*, un *attributo della persona* o, *rectius*, un *suo atteggiamento* e, quindi, in finale, *una forma di prestazione;* ciò, in termini essenzialmente empirici, sembrerebbe spiegare anche perché – quanto meno nella nostra civiltà giuridica – il prestatore di lavoro non possa (quanto meno in via *tendenziale*) essere una persona giuridica difettando, in quest'ultima (i.e., persona giuridica), la peculiare caratterizzazione per cui *l'energia di lavoro possa spiegarsi in modo autonomo ovvero in regime di assoggettamento personale eteronomo in riferimento ad un altro soggetto* (in tal senso, cfr. Carnelutti., in *Riv. Dir. Comm.*, 1931).
Il secondo aspetto (sub b), invece, è assai più problematico e richiede delle ulteriori specificazioni concettuali; infatti, affermare che per aversi lavoro in senso *giuridico* occorre che l'attività svolta dalla stessa persona fisica sia rivolta direttamente alla creazione di una utilità materialmente apprezzabile potrebbe suggerire l'antica concezione (che, come vedremo, sarà tipica della tradizione romanistica) per cui il lavoro sia una "cosa" o una "merce" che può essere posta in vendita al pari di tutte le altre *res* suscettibili di scambio; a tale opzione interpretativa, però, sembra rispondere efficacemente lo stesso Barassi (*Il contratto di lavoro, op. cit.,*) per il quale "… *dire che il lavoratore vende il proprio lavoro è un linguaggio metaforico… poiché egli, in realtà, non aliena nulla del mondo esteriore… ma si limita a promettere la produzione di proprie energie che concretizzano obiettivamente il lavoro"*. Da tale premessa, rileva chiaramente come *non il lavoro in sé o la prestazione del lavoro sono oggetto di scambio…ma, piuttosto, la promessa di lavoro è termine del vincolo obbligatorio* in quanto – così,

funzione della natura essenzialmente unitaria[2] del concetto *de quo* (quello del lavoro), suscettibile, però, di essere inteso e studiato sotto diverse prospettive *ermeneutiche* ed *euristiche* a seconda degli specifici fini scientifici che si vogliono perseguire.[3]

In tal senso, esistono diverse concezioni[4] del *lavoro* e, tra queste – in via necessariamente preliminare allo studio che ci occupa – è interessante analizzare

---

testualmente, Cataldi., *Il concetto di lavoro,* in *Dir. Lav.,* 1948, I, 46 – "*…l'uomo non si vende ma…offre il suo lavoro…e lo promette obbligandosi… se la promessa è accettata"*.

Da ciò, anche il terzo elemento (sub c) come sopra delineato (i.e., attività scaturente da un rapporto giuridico per mezzo del quale un soggetto presta o si obbliga a prestare le proprie energie lavorative a favore di un altro soggetto, in cambio di una retribuzione) sembra di immediata (ed anche empirica) percezione in quanto – così, testualmente, il Barassi., *op. cit.* – "*…quando si scambia la promessa di attività contro una promessa di retribuzione…. Ognuno dei due valori è commisurato nel soggetto che proietta personalità sia come attitudine o abilità di lavoro, sia come solvibilità nel rapporto obbligatorio che a lui metta capo" ;* infine, residua l'ultima caratterizzazione (sub d) che giungeremo ad identificare nella nozione della c.d. "*subordinazione"* e per la cui analisi si rinvia al proseguo del presente lavoro, allorchè si giungerà a trattere del *proprium causale* della *fattispecie lavoristica* globalmente intesa cui lo stesso concetto (i.e.quello di subordinazione), come si avrà modo di dimostrare, andrà ad inerire in termini di stretto rigore logico - giuridico.

[2] Pur nella loro *fisiologica* diversità tipologica, l 'insieme degli elementi considerati nella nota che precede andrebbe a conferire, alla rilevanza giuridica del fenomeno lavorisitico, una *valenza unitaria reale* (così Durand-Jaussand., *Traitè de droit du travail*, Parigi, 1947) in quanto, al di là delle diverse caratterizzazioni astrattamente configurabili in relazione ai singoli casi di analisi, (tale insieme degli elementi retro considerati) ne esprimerebbe il nucleo concettuale più essenziale ed autentico *sub specie* di *condicio sine qua non* per un corretto inquadramento logico e sistematico delle problematiche e questioni speculative ad esso (lavoro) connesse.

[3] La nostra prospettiva di ricerca, si ricordi, è quella che intende studiare, sullo sfondo dei risultati scientifici sin qui adottati (si rinvia al capitolo che segue), il *proprium* più autentico del contratto di lavoro *dal punto di vista dell'elemento causale*, al fine di individuare *l'an* e il *quomodo* dell'incidenza del suddetto elemento essenziale del contratto ex. art. 1325 c.c. (i.e., quello della causa) nell' ottica dell'obbligazione lavoristica *lato sensu* intesa.

[4] Più in particolare – in una preliminare ottica di *teoria generale del diritto* – sembrerebbero potersi declinare plurime accezioni del concetto e, tra le più rilevanti, quelle, rispettivamente, di portata *economica, sociale, politica, sindacale, e storica;* in maniera assolutamente descrittiva – e senza alcuna pretesa di completezza in forza della non stretta inerenza al nostro obiettivo scientifico – se ne delineino, in breve, le relative nozioni.

Quanto alla prima (i.e., accezione economica), il lavoro è riguardato come *elemento del processo formativo della ricchezza* e, in questo senso, ha rappresentato il terreno privilegiato delle indagini e trattazioni scientifiche di rilievo economico come inaugurati dagli studi dello Smith e di Marshall; similmente – nella sua accezione *sociale* – il concetto in esame (i.e., lavoro) individua un parametro di riferimento insostituibile atteso il valore che esso va ad assumere a garanzia della costante evoluzione e del continuo miglioramento delle generali condizioni di vita dei consociati nell'ambito di una determinata *societas iuris* di riferimento.

Dimensione *politica* e *sindacale*, infine, sono assai legate tra loro da un vincolo logico di reciproca interdipendenza; più in particolare, se, da una parte, nella prima accezione (i.e., politica), è senz'altro peculiare la *fisiologica influenza* che il fattore *lavoro* ha assunto nel processo legislativo dello Stato e nell'orientamento ideologico dei governi che si sono avvicendati nei diversi periodi storici di riferimento, alla luce della seconda dimensione prospettica (i.e., *sindacale*), invece, ci si imbatte nella tradizionale e *bivalente caratterizzazione sostanziale* della disciplina lavoristica *lato sensu intesa* – come configurata nelle moderne civiltà giuridiche – nell'ambito della quale *aspetto individuale e collettivo* si fondono in un *inscindibile* nucleo concettuale di difficile cognizione interna o netta separazione *ontologica*; in tal senso, tra tutti, cfr. Liebman., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro,* Milano, 1993.

Quanto alla prospettiva storica, infine, si rinvia alle pagine seguenti in cui si studierà il rapporto di lavoro nell'ambito della tradizione romanistica.

(soprattutto) quella inerente la *dimensione storica*[5] di riferimento, nella personale *convinzione metodologica*[6] tale per cui ogni *istituto* giuridico lo si può comprendere nella sua più globale valenza positiva e sistematica solo in ottica *relazionale* e *differenziale* con i parametri comparativi che ne hanno costituito il *prius logico* fondativo implicitamente sotteso.

Coniugando il concetto[7] alla luce del nostro oggetto di studio, ne deriva una preliminare *indagine eziologica* sugli orizzonti positivi del *lavoro*[8]*;* tuttavia, poiché è difficile individuarne con esattezza lo specifico *momento genetico iniziale* (o, *rectius*, il *dies a quo*[9]) , si imporrà, al riguardo, una prima scelta scientifica volta a limitare l'(altrimenti) indefinita area di studio e, in tale prospettiva[10], si ritiene di poter iniziare la nostra ricerca a partire dalla *tradizione romanistica*[11] in quanto (eloquente) *espressione* del sistema giuridico di riferimento a cui si deve la indiscussa paternità *genetica* del nostro *ordinamento* privatistico al quale, in termini di *contratto*[12], appartiene anche il *vincolo negoziale dell'obbligazione*[13] *lavoristica*.

---

[5] In tal senso – in una accezione specificatamente storiografica ed eziologia del tema in esame – tra tutti, cfr. Battaglia., *Filosofia del diritto*, Bologna, 1951; Curcio., *L'ideale del lavoro,* Foligno, 1929; Tilgher., *Homo faber (Storia del concetto di lavoro nella civiltà occidentale e analisi filosofica dei concetti affini),* Roma, 1929; Piovani., *Per la storia del concetto di lavoro* in *Bollettino Scuola di Perfezionamento di diritto del lavoro, Università di Trieste,* 1954; Matteucci., *Ha la tecnica del lavoro un valore metafisico e teleologico?* in *Studium,* 1953; Giovannelli., *Schema di una teleologia del lavoro* in *Dir. Lav.,* 1959

[6] Che, come si avrà modo di constatare nel proseguo, ci accompagnerà per tutto l'iter della ricerca speculativa che si sta svolgendo

[7] I.e., la c.d. *convinzione metodologica* di cui retro

[8] Nella peculiare accezione semantica così come individuata e "limitata" alla nota 1

[9] In tal senso, tra tutti, non si può non citare la ormai celebre espressione del Barassi., (*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano,* Milano, 1915) per il quale "… *il contratto di lavoro è sorto fin dai tempi in cui l'uomo non bastò a se stesso per il soddisfacimento dei suoi bisogni e dovette quindi ricorrere all'opera del suo simle per procurarsi ciò che poteva soddisfare i bisogni nuovi"*

[10] Alla luce della premessa metodologica come *retro* espressa

[11] Ciò, peraltro, rileva in perfetta coerenza *sistematica* con l' *iter logico* già seguito in relazione ai profili storici della nozione causale (cfr. par. 1 del capitolo che precede) allorché, prima della indagine scientifica sulla valenza sistematica del concetto in oggetto (i.e., causa) nel nostro ordinamento giuridico, ci si è dedicati allo studio delle origine romanistiche dello stesso;similmente si procederà nell'ottica della prospettiva lavoristica

[12] Nella prospettiva (causale) dell'indagine euristica che ci si propone di svolgere (cfr. nota 3), questo studio è tutt'altro che irrilevante; infatti, studiare la disciplina lavoristica dal punto di vista della causa – e, quindi, del contratto, essendone, questa (i.e., causa), un elemento essenziale e fondativo (si rinvia al capitolo che precede) – significa, in realtà, affermare la piena *contrattualità del rapporto di lavoro* e, quindi, "sconfessare", da un punto di vista scientifico, ogni avversa ipotesi *acontrattuale* (e, secondo la logica sopra espressa, *acausale*) – in termini, come vedremo, di *istituzionalismo* – di ricostruzione della fattispecie (i.e, rapporto di lavoro).

Infatti, alla luce di quanto già ampiamente dimostrato circa i rapporti tra *causa* e *contratto,* la prima rileva come *l'anima funzionale e sostanziale* del secondo (i.e., contratto) e, dunque – alla luce del complesso e globalmente inteso *iter logico speculativo* come fin qui perseguito (cfr. capitolo che precede) e al quale si rinvia per l'individuazione della *genesi* (nonché spiegazione euristica) dei *singoli passaggi logici*

Non è facile individuare la formazione e lo sviluppo degli istituti giuridici fondamentali che ci riguardano[14]; infatti, al diritto romano più antico, deve essere occorso, solo eccezionalmente, di dover intervenire a disciplinare le convenzioni relative[15] al lavoro libero in quanto – in forza dell *'esclusività dell'organismo familiare primitivo*[16] e del sistema di economia chiusa caratterizzante questo ambiente[17] – tutto il lavoro di ciascun componente i gruppi gentilizi o familiari si esauriva nell'ambito della comunità di riferimento,[18] non configurandosi, pertanto, alcuna forma di retribuzione[19] o, tanto meno, una necessità di ricorrere a *contratti nominati tipici*[20] a tal fine istituiti.

---

intermedi (già raggiunti) che, in tal sede, saranno utilizzati *in via unitaria* per la ricostruzione globale della fattispecie *de qua* – ne consegue che determinare *l'essenza negoziale* di un fenomeno giuridico significherà, per ciò solo, *delinearne il bonum causale nella sua più intima valenza sostanziale e normativa.*

Proprio a questo risultato scientifico (i.e., dimostrare la contrattualità del rapporto di lavoro) tenderà, pertanto, l'intero capitolo in oggetto e, in questa prospettiva di indagine, lo studio della tradizione romanistica è di rilevanza essenziale in quanto fornisce una primissima risposta, in termini di *locatio conducio* – e, quindi, *in favor alla natura contrattuale* – alla più ampia problematica (che ci occuperà) rilevante *sub specie* di *fondamento genetico del rapporto di lavoro.*

Quella sopra esposta, come ampiamente dimostreremo, rappresenterà il *criterio scientifico* "guida" nella *ricerca* cui si sta per tendere

[13]Sul tema, si rinvia agli ultimi due paragrafi e, per una analisi ancor più approfondita, al capitolo IV dedicato, espressamente, al *sinallagma lavoristico*

[14] Ciò rileva già sotto un profilo squisitamente terminologico e lessicale in quanto, nella lingua latina, manca una espressione che possa rendere esattamente il nostro termine "lavoro" nella specifica accezione in cui noi, oggi, si è avvezzi ad individuarlo; le uniche "formule linguistiche" che potrebbero aiutarci a tal fine, sono, infatti, quelle di *labor, opus* e *negotium* ma tutte sono insufficienti (ed atecniche) a rendere la complessità semantica della nozione in oggetto. La prima (labor) intendeva e si riferiva soltanto al *senso della fatica e della pena* (così, tra tutti, Cicero., *Tusculanae,* per cui *"…labor et dolor sunt finitima omnino"*); la seconda (*opus*) si incentrava sul profilo *attivistico e di risultato dell'agens* (così Heumann-Seckel., *Handlexicon,* s.v.); la terza (*negotium*), infine, aveva una accezione palesemente *generica ed atipica* (così Ulpiano, frammento citato) in quanto andava a riferirsi a qualsivoglia forma di attività umana nell'ambito delle quali rientrava anche (e persino) quella militare (in quest'ultimo senso, cfr. Horatius., *Epistula, II, 1)*

Singolarmente considerate, dunque, nessuna delle tre espressioni linguistiche rispondeva alla *natura ontologica* del fenomeno (lavoro) come inteso nella società moderna in cui "… *insieme al senso della fatica e della pena… è presente una coscienza di forza e di consapevole fierezza che ne hanno esaltata vigorosamente la considerazione sociale* (così Solazzi., *Il lavoro libero nel mondo romano,* Macerata, 1906; in termini pressoché similari, cfr. Mommsen., *Romische Geschichte,* Berlino 1881; Jhering., *Der Zweck im Recht,* Leipzig, 1905)

[15] In tal senso, cfr. Bonfante., *op. cit.,*

[16] In tal senso, tra tutti, cfr. Francisci., *Storia del diritto romano,* Milano, 1939, I, pagg. 138 e ss

[17] All'interno della *familia romana,* infatti, si ricordi come il *pater familias* fosse l'unico soggetto legittimato ad essere titolare di rapporti giuridici e, per ciò solo, in lui si accentravano *facoltà e potestà* decisionali relative a tutti i membri in essa (i.e, *familia*) compresa; in tal senso, tra tutti, cfr. Voci., *Istituzioni di diritto romano,* Padova, 2002; Toutain., *L'economique antique,* Parigi, 1925; Salvioli., *Le capitalisme dans le monde antique,* Parigi, 1902.

In materia, si rinvia, altresì, alle successive trattazioni che concerneranno la configurabilità del concetto stesso di *istituzione* nell'ambito del diritto romano; si rinvia al capitolo terzo

[18] In questo contesto storico di riferimento, pertanto, le primissime *operae* con le quali il diritto romano venne in contatto furono quelle degli animali da lavoro e le *operae* degli schiavi attraverso la locazione

Rebus sic stantibus, dalle fonti storiche[21] risulta che il primo regolamento del lavoro riguardò l'uomo, nella sua valenza essenzialmente servile, che era totalmente parificato alle *res*[22], e, a tal fine, lo *strumento giuridico*[23] utilizzato fu quello in forza del quale il rapporto *inter partes* con cui ci si *obbligava* a prestare lavoro era assimilato alla figura negoziale della *locatio-conductio*[24] che si riferiva, indifferentemente, alle *cose* ed alle

---

degli stessi presso diversi *patres familiae* in relazioni ai maggior bisogni per i lavori stagionali ed urgenti; in tal senso, Cato., *de re rustica,* 3

Ciò premesso, si osservi, però, che, presso le fonti romane, manca una precisa definizione della nozione stessa di *"opera"* se si eccettua l'unico frammento a ciò dedicato e sulla cui si paternità non si discute; secondo il giurista Paolo (Dig. 7,7,1), infatti, "…*opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo prestanda est"*.

Cercando di parafrasare la celebre espressione dell'autore classico, il concetto in esame (i.e., quello di "opera") sembra presentarsi all'attenzione dell'interprete con i caratteri dell'*attività* (o spiegamento di energie, c.d. *actus*), della *obbligatorietà* (*praestanda est*) e della *proiezione nel futuro* (c.d. *elementum pro futuro)*; in quest'ultima prospettiva, infatti, la caratteristica più peculiare delle *operae* rileverà proprio nella loro *indissolubile connessione con il momento cronologico*, ad indicare la loro inidoneità ad essere considerate *in rerum natura* (così Ulpiano – Dig. 38, 1, 9 – per il quale "…*operae in rerum natura non sunt…"*) dovendosi qualificare, piuttosto, sul piano *pragmatico ed attizio,* in riferimento ai singoli momenti in cui, in concreto, erano poste in essere.

[19] Anche se quanto detto, come vedremo, risulterà confermato sul solo piano del *law in books* (e, quindi, in riferimento alla *configurazione formale del rapporto*) e non già sotto il profilo del c.d. *law in practise* (ovvero, in termini di concreta attuazione della stessa prestazione lavorativa); si rinvia alle considerazioni che seguono

[20] Sulla questione della *tipicità nominale dei negozi giuridici* nel diritto romano, si rinvia all'ampio studio di cui alle premesse introduttive e al capitolo che precede (paragrafo primo)

[21] In tal senso, tra tutti, Dig. 33, 8, *de peculio legato,* 8, 8, per il quale "…*quod autem ex operis suis vel ex alia re accedit, id, si alii quam ipsi legetur peculium non debebitur";* Dig. 38, 1, *de operis libertorum* che così recita: *" aliud enim est de operis… aliud de ceteris rebus"*

[22] Così, espressamente, in Dig. 19, 2, *locati conducti,* 48, 1, per il quale "…*qui servum conductum, vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur"*

[23] In materia, tra tutti, cfr. Arangio Ruiz., *Istituzioni di diritto romano,* Napoli, 1952, p. 345 e ss; Brasiello., *Sull'unitarietà della locatio-conductio in diritto romano* in *Riv. Ital. Scien. Giuridiche,* 1927 e 1928; Olivier Martin., *Des divisions du louge en droit roman* in *Revue histor. de droit.,* 1936, pag. 419 e ss; Brasiello., *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano,* in *Riv. It. Scienz. Giuridiche,* 1927; Amirante., *Ricerche in tema di locazione,* in *Boll. Ist. Dir. Rom.,* 1959

[24] Per meglio comprendere gli orizzonti normativi giuslavoristici cui si accede, è necessario individuare il *proprium* più autentico della fattispecie in esame. Si trattava di un contratto *bilaterale consensuale* in forza del quale una delle parti prometteva all'altra il godimento temporaneo di una cosa ovvero la prestazione di una serie di servigi (*operae*) o di una opera determinata (*opus*) dietro la promessa di ricevere un corrispettivo; più in particolare, chi "collocava" la cosa o l'opera da far eseguire ovvero i propri servigi si chiamava *locator* mentre si configurava come *conductor* chi prendeva in godimento la cosa o riceveva i servizi o assumeva l'esecuzione dell'opera.

Da un punto di vista strutturale, si trattava di una fattispecie negoziale *complessa* in quanto caratterizzata da due *cause obbligatorie* fuse in un negozio unico a guisa che erano individuabili due obbligazioni e due soggetti che, ad un tempo, rappresentavano una doppia parte, quella di creditore, da un lato, e quella di debitore, dall'altro. Caratteristica peculiare, sotto il profilo della causa del contratto – prospettiva che a noi interessa maggiormente in forza del particolare oggetto di studio della nostra ricerca – era quella per cui la *locatio-conductio* si presentava come una fattispecie contrattuale a contenuto *parzialmente variabile;* ovvero, ad un elemento immutabile ed insostituibile – quale quello della mercede (o anche *merces, pensio* o *canon*) che doveva essere sempre certo e determinato delineando, così, il *prius logico* essenziale dell'obbligazione principale del datore di lavoro come oggi configurata dal nostro sistema civilistico (i.e, retribuzione) – si aggiungeva una *appendice positiva variabile* (così Voci., *Ist. Dir. Rom.,*

energie (umane)[25] *di lavoro*[26] senza che si prevedesse, nei due casi[27], alcuna differenza

---

op. cit.,) sulla quale si fondava la tradizionale tripartizione sistematica in *locatio-conductio rei, operis et operarum.*

La prima figura in esame (i.e., *locatio conductio rei*) era assai simile alla compravendita – in tal senso, cfr. Giustiniano (par.1,I,h.t., III, 25) per il quale *locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque regulis consistit"* – e poteva avere ad oggetto qualunque cosa purchè si trattasse di *res inconsumabile.* Nel suo schema tipico, l'obbligazione del locatore era quella di consegnare la cosa in modo che potesse servire all'uso promesso e garantirne il libero godimento – sostenendo, a tal uopo, le spese necessarie – mentre il conduttore era tenuto a corrispondere la mercede, ad usare convenientemente della cosa e a restituirla non deteriorata. Tale forma di locatio-conductio assumeva particolare importanza quando si riferiva ad immobili; in questo caso, il conduttore dei fondi urbani prendeva il nome di *inquilinus* e quello dei fondi rustici, *colonus*

La *locatio operarum* , invece, era il contratto con cui una parte prometteva all'altra di prestare dei servigi (*operae*) allorchè le venissero ordinati a fronte di mercede che veniva corrisposta per il tempo impiegato (*per tempora*); il contratto si perfezionava quando fosse stato raggiunto l'accordo sui servigi (da *praestare*) e la *merces* (da corrispondere) a guisa che chi prestava le *operae* si diceva *locator* e chi li riceveva, invece, *conductor.* Si doveva trattare, tuttavia, di *operae* illiberali; quelle liberali, infatti, - tra queste rientravano l'attività del medico, dell'avvocato o del percettore di uomo libero (e, quindi, quelle che oggi individueremmo come *prestazioni di lavoro autonomo*) – presso i Romani non si consideravano oggetto di locazione e non se ne poteva pretendere giuridicamente la mercede. Al contrario, in tali casi (i.e., opere liberali) era il costume (*mos*) che andava a regolarne il compenso *sub specie* di donativi socialmente obbligatori che la cultura giuridica dell'epoca (i.e., quella romana) riconosceva come *honoraria o munera* anche se, nel periodo imperiale, simili rapporti iniziarono (anch'essi) ad essere disciplinati (direttamente) dal diritto per via di *extraordinaria cognitio.*

Infine, rilevava la c.d. *locatio operis* che differiva dalla precedente (i.e., *locatio operarum*) in quanto, in questa *species negoziale,* l'oggetto dell'obbligazione era una opera (pre-determinata) tale per cui si considerava *locator* non colui che compisse l'opera ma, piuttosto, la parte per conto della quale essa era stata posta in essere; in termini ancora più chiari, se nella locazione di opere il *locator* teneva a disposizione del conduttore la sua forza lavoro per quanto questi (*conductor*) ne avesse voluto profittare, nella *locatio operis*, invece, il "prestatore" (nella debita accezione che si addice, *mutatis mutandis,* all'epoca storica di riferimento) non era tenuto ad altro se non a compiere l'opera dedotta in contratto senza, per ciò solo, dover attendere via via gli ordini del locatore, essendo vincolato (il conductor) al (mero) raggiungimento di un risultato definito in ottica *essenzialmente finalistica* (così Voci., *op. cit.,)*. In tale forma di locazione, peraltro, a differenza della precedente – i.e., locatio operarum che si caratterizzava per il compenso *per tempora* – il lavoratore era pagato per il prodotto finito, secondo uno schema "sinallagmatico" che sembra presagire, *mutatis mutandis,* il tradizionale distinguo della dottrina moderna in termini di lavoro subordinato e lavoro autonomo (così Riva Sanseverino., *Diritto del lavoro,* pagg. 84 e ss).

[25] In materia, tra tutti, si rinvia agli studi del Carnelutti., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici* in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916

[26] Alla luce di quanto considerato nella nota 24, sembrerebbe potersi affermare che la concezione romana della *locatio* si fondava su due elementi decisivi; da un lato, infatti, rilevava il *fatto del locatore* – che metteva una cosa nella disposizione materiale del conduttore il quale, a sua volta, si obbligava a restituirla dopo averla goduta per un certo tempo o dopo averla trasportata e manipolata nel modo dovuto – e, dall'altro, (rilevava) la *mercede* che era dovuta dal conduttore come corrispettivo dell'utilità attribuita dal contratto; sul punto, tra tutti, cfr. Longo., *Sulla natura delle merces nella locatio-conductio,* in *Melanges Girare*, Parigi, 1912

Lo schema negoziale come sin qui proposto si caratterizzava per una fisiologica *empiricità strutturale* che si evinceva dal concetto stesso insito nella nozione di *locatio sub specie di messa a disposizione di una cosa per uno scopo oneroso;* si trattava, cioè,di una sorta di *formula contrattuale di sintesi* capace di "conformarsi" alle più diverse ed astrattamente possibili configurazioni concrete del vincolo obbligatorio – e, quindi, perfino in relazione ad esigenze sì peculiari quali quelle sottese allorché la cosa locata fosse identificabile nella stessa nozione di *homo faber!* – in quanto il *valore negoziale precipuo* della fattispecie in oggetto (i.e., locatio) veniva definito in una ottica essenzialmente *teleologica* (così Arangio

di struttura e di configurazione[28]. In sì termini intesa, il prototipo *negoziale* fu quello della c.d. *locatio servi*[29] che andava ad individuare un contratto con il quale, come in ogni forma di locazione[30], si attribuiva dal *locator* al *conductor* la disponibilità temporanea di una cosa[31] perché questi[32] la restituisse al termine del rapporto;[33] e tale

---

Ruiz., *op. cit.,*) quale è quella volta a realizzare un *qualsivoglia* (e, dunque, atipico) *risultato vantaggioso (purchè) nell'altrui sfera giuridica* .

Per uno studio analitico di siffatta prospettiva "storico-negoziale", cfr. Schupfer., *Allodio,* in *Digesto Italiano,* n. 36 e ss dall'estratto *Il diritto privato dei popoli antichi,* Città di Castello, 1907, II, p. 121 e ss; Simoncelli., *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici* in *Riv. It. Scienz. Giur.,* 1888, p. 65 e ss; Calisse., *Il lavoro* in *Riv. It. Scienz. Giurid.,* 1896, p. 3 e ss.

[27] I.e., a seconda che si trattasse di locazione di cose o di energie umane di lavoro

[28] In base a quanto desumibile dalle fonti (cfr. note 21- 23), infatti, è da ritenere che, presso la cultura romana, la potenza di lavoro insita nella persona umana non aveva un valore diverso dall'utilità che si poteva trarre da una qualsiasi altra cosa inanimata; al riguardo, però, vorrei sottolineare come non si trattò di un mero corollario applicativo della economia schiavista.

Piuttosto, sembrerebbe doversi sostenere che il lavoro finì, gradualmente, per essere inteso come una sorta di *potenza intrinseca di ogni individuo* e, in tal senso, si riconobbe una legittimazione *generale* ed *attiva* ad avvalersi del lavoro altrui come oggetto di un contratto di locazione in presenza di un qualsivoglia rapporto intersoggettivo che, pur non qualificandosi in termini di *servitù* vera e propria, fosse tale, tuttavia, da potersi "leggere" in ottica *verticistica* e *gerarchica* (c.d. *dipendenza lato sensu intesa*); in questa peculiare accezione, per esempio, fu possibile configurare una *locatio conductio(di indole "lavoristica")* ad opera di chiunque avesse o, *rectius,* esercitasse una qualche forma di *signoria* sul prestatore quale quella rilevante – per citare le ipotesi più tipicamente caratterizzanti il diritto romano – nel caso del *dominus* nei suoi rapporti con lo schiavo, ovvero, del patrono a riguardo del liberto, della pubblica autorità in relazione ai coloni e, infine, dell'uomo libero in riferimento alla sua stessa attività.

Si elaborò, dunque, una nozione *logico-giuridica* (i.e., c.d. *dipendenza lato sensu intesa)* che, *mutatis mutandis,* ancora una volta sembra "preannunciare" caratterizzazioni peculiari tipiche della subordinazione (c.d. potere direttivo) come *tipo negoziale* del nostro sistema privatistico (cfr. paragrafo che segue nonché capitolo IV), e, così configurandosi, giustifica e conferma il tentativo (come sin qui posto in essere) di trovare una prima conferma della natura *contrattuale* (*sub specie* di *locatio-conductio*) del rapporto di lavoro proprio nella tradizione romanistica di riferimento

[29] In tal senso lo stesso Arangio Ruiz., *op. cit.,* per il quale "*…la locatio servi non si differenziava sostanzialmente da ogni altra forma di locazione se non per la particolarità dell'oggetto:un uomo che, peraltro, giuridicamente non era persona, ma cosa"*

[30] Si rinvia alla nota 24

[31] Che, nel caso in oggetto, era rappresentata dallo stesso uomo-schiavo; cfr. *retro*

In tal senso, sia fonti letterarie (cfr. Plautus., *Aulul. II, 34*9) che giuridiche (cfr. Paolo., *Sent. V,* 26, 3) concordano nel ritenere la persona, e non già le energie fisiche di essa (operae), come oggetto della locazione

[32] I.e., il *conductor*

[33] Al riguardo, le fonti storiche ravvisano la *locatio-conductio* nella messa a disposizione del servo "*…ut habeas in taberna"* (Digesto 19.2.45.1, Paolo., 22 *ad ed.,*), come nell'affidamento alle cure del maestro d'arte del "*servum docendum"* (Digesto 19.2.13.3; Ulpiano., *32, ad. ed*) per applicarvi le medesime regole sui rapporti tra *locator* e *conductor* relativi alla disciplina in caso di perimento o vizio della cosa locata. Ciò si giustificava alla luce del fatto che la diversa funzione che alla *disponibilità temporanea* della cosa (i.e., l'uomo) veniva (in concreto) assegnata – segnatamente, si trattava di *scopo di godimento* per il *conductor* o,viceversa, di *addestramento* o *trasporto del servum vehendum* – non incideva né sulla natura locatizia del rapporto né sulla veste stessa di *locator* di colui che consegnava il servo affinchè gli venisse restituito al termine del rapporto ma, piuttosto, rilevava soltanto sul piano della legittimazione attiva (a questa o all'altra delle parti dell'obbligazione) a corrispondere la mercede (c.d. *merces*); quest'ultima, tuttavia, era considerata elemento talmente insostituibile che Gaio (*Istituzioni,* frammenti 3, 142), al riguardo, espressamente statuisce che "*…nisi…merces certa statuta sit…non videatur locatio et conductio contrahi"*.

schema giuridico[34] divenne, progressivamente, così unanimemente condiviso e diffuso nella pratica dei traffici commerciali[35] che, anche con il mutare delle condizioni *sociali* di riferimento,[36] il rigore della tradizionale configurazione del rapporto in termini di *locatio-conductio*[37] non subì deroghe[38] alcune limitandosi ad apportare, piuttosto, dei meri *correttivi interpretativi*[39].

---

[34] I.e., quello della *locatio*

[35] In tal senso, cfr. Lotmar., *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Rechts,* Lipsia, 1908

[36] Allorché, in forza dei plurimi rivolgimenti economici e storici connessi all'espansione del dominio romano, si rese sempre più frequente il fenomeno della prestazione di lavoro alle dipendenze altrui da parte di uomini liberi

[37] Proprio in riferimento all'utilizzo dello schema negoziale *de quo* (i.e., locatio-conductio) nell'ottica lavoristica – in forza delle caratterizzazioni sempre più peculiari che la stessa disciplina negoziale stava assumendo *sub specie* della *locatio servi* – in dottrina ci si è interrogati circa l'origine dell'istituto in esame e i possibili rapporti esistenti tra *locatio* pubblicistica e privatistica, nel tentativo di comprendere se si trattasse (i.e., *locatio* privatistica e pubblicistica) di una mera *variante linguistica* di alcuna valenza positiva ovvero se, piuttosto, celasse tacite (ma rilevanti!) distinzioni sul piano della disciplina positiva in concreto applicabile.
Sul punto, dopo attenta analisi della fonti storiche, sembra doversi sostenere – e non si tace la meraviglia dei privatisti al riguardo (cfr. Scialoja., *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo* in *Scritti giuridici,* Roma, 1932) – che la figura contrattuale della *locatio-conductio* affondi le sue radici proprio nel diritto pubblico; in particolare, per la prima volta, sarebbe stata utilizzata in relazione allo sfruttamento dell' *ager publicus populi romani* in ordine al quale, sempre per la prima volta, si accennerà alla tradizionale tripartizione (cfr. nota 24) in termini di *locatio rei,* da un lato, e *locatio operis* ed *operarum,* dall'altro.
In materia, tra gli studi più interessanti, si rinvia a quelli del Degenkolb., (*Platzrecht und Miethe* Berlino, 1867) e del Mommsen., (*Die Romischen Anfange von Kauf und Miethe,* in *Zeitschr.der Savigny Stiftung,* 1885) alla luce dei quali, nella loro assai complessa parafrasi argomentativa, si da ragione della vivace speculazione teorica di matrice alemanna che, partendo dal dato positivo dell'esperienza romanistica, culminerà nella filosofia giuridica delle Pandette di cui si è già trattato nelle premesse introduttive e nel capitolo che precede cui si rinvia; quanto sin qui osservato, peraltro, sembra rilevare – sotto un profilo anche sistematico – come una conferma del *bonum argomentativo* e della "ciclica" conessione *logica* tra le tematiche sin qui affontate .

[38] Quanto alle modalità storico-giuridiche del mutamento concettuale sopra descritto, secondo taluni studiosi (tra tutti, cfr. Brasiello., *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano,* in *Riv. It. Scien. Giur.,* 1927) dalla locazione dello schiavo quale *res* a quella del lavoro dell'uomo libero si sarebbe passati gradatamente – "*quasi insensibilmente",* (sic) per l'autore (i.e., Brasiello) sopra citato – attraverso lo strumento giuridico della *locatio operae liberti*; sul punto, però, - sulla base delle fonti personalmente consultate – residua una qualche difficoltà storica cui, per correttezza metodologica e scientifica, ritengo dover accennare .
Più in particolare, in primo luogo si osservi che era estremamente discussa, sia nel tardo diritto classico che in quello giustinianeo, la possibilità di configurare una legittima "*locabilità"* delle *operae libertae* al di fuori della unica eccezione (da tutti condivisa) quale quella del *patronus* in estrema difficoltà economica (in tal senso, tra tutti, cfr. Cuq., *Institutions juridiques des romains,* Parigi, 1904); a ciò si aggiunga che – quand'anche la cessione ad altri della propria forza lavorativa, ad opera di un uomo libero, non si strutturò più (almeno *formalmente)* attraverso la cessione della *persona-cosa* (come avveniva nello schema della *locatio servi*) – tuttavia, essa continuò (pur sempre) a configurarsi come messa a disposizione della persona e non già delle *operae* direttamente. In tal senso sembrano suggerire le stesse fonti normative dell'epoca; tra tutte, la *lex Iulia de vi pubblica et privata* recitava nel senso di "…*locare se ad bestiis depugnare…*" (Collatio IX, 2, 2). In termini pressoché similari, cfr. Callistrato il quale, in riferimento alla normativa sopra citata, allude a chi "…*ad bestias ut depugnaret se locaverit…*" (Dig. 22, 5, 3, 5); ugualmente, Labeone che usa la medesima espressione in riferimento agli schiavi (Dig. 19, 2, 60,

Solo in epoca successiva – e, segnatamente con l'avvento del Cristianesimo[40] – il sistema giuridico in esame[41] cominciò a non più rispondere alle esigenze dell'ormai mutata società civile che non era più in grado di"recepire", *sic et simpliciter*, la presupposta concezione etica[42] che considerava l'uomo come mero *oggetto* di un vincolo obbligatorio[43]; pertanto, l'antica formula negoziale[44] finì per essere *rimodulata* in termini più coerenti con il diverso contesto *storico* e si presentò nelle *distinte* vesti

---

61, 7) e, infine, Papiniano il quale, ancora nel basso impero, si esprime nel senso di "*collocare se"* per indicare il servo oggetto della locatio-conductio (Dig. 33, 2, 2).
In tal senso, concludendo, anche il giurista Paolo (Dig. 33, 2, 3) per il quale "…*hominis quoque liberi operae legari possunt locari et in stipulationem deduci"*

[39]Infatti, anche quando uomini liberi ponevano al servizio di altri la propria forza lavorativa, il rapporto che ne derivava era comunque considerato in tutto simile alla *locazione di cosa* avente per oggetto lo schiavo; ovvero, in termini più espliciti, lo schema di riferimento era tale per cui si configurava ugualmente una obbligazione di dare se stesso contro versamento di una mercede al *conductor* affinché questi potesse goderne e sfruttarne le energie lavorative. In tal senso sembra suggerire il giurista Paolo (Digesto, 10.1.4.1, *Lib. Sin. de poenis pagan.* Trad. it. Miccichè, 1950*)* per il quale"…*per locatio hominis si intese sia quella dello schiavo… sia quella del mercenarius… di colui, cioè, che, essendo soggetto di diritto, locava se stesso assumendo, nel contempo, la veste di locator e di oggetto della locazione";* in termini pressochè similari, cfr. Dig. 47.10.11.4, Ulpiano *ad. ed.*).
A ciò si aggiunga che l'equiparazione tra lavoro servile e lavoro retribuito era favorita da una duplicità di fattori; da un lato, vi era l' idea dominate (presso il mondo giuridico romano) che il lavoro dovesse essere prestato gratuitamente (*operae liberales*) e che quello (i.e., lavoro) prestato per denaro (*operae illiberales*) fosse attributo di uomini non liberi;dall'altro – e ciò rileva di estrema importanza ai nostri fini perché sembra già palesare *antichi orizzonti giuridici* che alludono ancora una volta, a quella che diventerà la nozione di *subordinazione* (ex. art. 2094 c.c.) come sottesa e concepita nel diritto del lavoro della nostra moderna civiltà giuridica di riferimento (si rinvia al proseguo della trattazione, in particolare, cfr. nota 186) – è da registrare la progressiva assimilazione concettuale tra la nozione di *potestà esercitata dal proprietario sullo schiavo e* quella di *potere direttivo che il creditore esercitava sul dipendente durante la prestazione di lavoro* (sul punto, limitatamente ai profili che a noi interessano, ampiamente in proseguo)*;* in tal senso, cfr. Rostovtzeff., *Storia economica e sociale di Roma,* Firenze, 1933
Infine, quanto alle origini di questa forma di locazione, tra tutti, cfr. Brasiello., *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano,* in *Riv. It. Scien. Giur.*, 1927)

[40] In materia, tra tutti, cfr. Tilgher., *op. cit.*, per il quale, con l'avvento del cristianesimo – così testualmente – "…*il lavoro diventa il mezzo…la condicio sine qua non del dominio umano sulla terra"*

[41] Modellato, come abbiam visto, sul parametro normativo della c.d. locatio servi

[42] Costituente lo stesso substrato ideologico della *locatio servi*

[43] In tal senso, tra tutti, cfr. Francisci., (*Storia del Diritto Romano,* Milano, 1939) per il quale – così, testualmente, "…*solo successivamente… si passò a concepire le operae (e non l'uomo) come oggetto del contratto… e a questo stadio appartiene la espressione operas locare…"*

[44] I.e., quella della *locatio servi*

della *locatio operis e/o operarum*[45], a significare che *l'uomo libero, che si obbligava a lavorare per altri, non locava se stesso*[46] *ma soltanto le proprie attività*[47].

In questo nuovo contesto giuridico[48] c'è da chiedersi, però, se sia stato davvero rispettato il modello *formale* e *legale* della *locatio-conductio,*[49] atteso che, al riguardo, i parametri essenziali di riferimento della fattispecie de *qua*[50] sembravano essere di

---

[45] Mutuando una celebre espressione di uno dei più autorevoli studiosi della storia del diritto romano (così Beseler., *Beitrage zur Kritik der rom. Rechtsquellen,* Tubingen, 1910-1931,trad. it, 1920), "…. *In tal modo si completa l'evoluzione giuridica del sistema negoziale romanistico in riferimento alla prestazione lavorativa… più in particolare, si passa dalla originaria nozione della locatio hominis aut servi ad una configurazione negoziale della stessa (locatio) che sposta l'oggetto del contratto dalla persona alle energie lavorative…".* Sulla configurazione sistematica e normativa, nonché sulla struttura della *locatio operis/operarum,* si rinvia alla nota 24

[46] Da un punto di vista sistematico, si verifica una importante *rivoluzione copernicana* che prende origine da una concezione *umanocentrica* dell'esistenza che si oppone alla laicità economica ed utilitaristica della Romanità pagana (in tal senso, cfr. Tilgher., *op. cit.,*); in particolare – per quel che a noi interessa al fine di dimostrare le prime conferme *in favor* alla *genesi contrattuale* del rapporto di lavoro già a partire dalla tradizione romanistica – ciò comportò una *naturale* (sebbene involontaria) *espansione* dello stesso sistema privatistico in quanto si rafforzò la consapevolezza per cui l'uomo poteva essere "coinvolto" nel "fenomeno diritto" solo come protagonista o, *rectius,* soggetto – e non già oggetto come avveniva nel modello della *locatio servi* – dello stesso (i.e., fenomeno diritto) in forza della sua inalienabile libertà. Stando così le cose, pertanto, l'unico strumento giuridico più idoneo a "rappresentare" lo svolgersi della prestazione lavorativa fu proprio quello del *negozio giuridico* – nel cui *genus sostanziale,* quale contratto, rientrava anche la locatio-conductio – che rilevava, per definizione, come *esplicazione attiva e teleologica del libero volere dell'agens* (per le origini romanistiche del concetto stesso di negozio e circa i suoi rapporti logici con la nozione di *contractus,* si rinvia alle premesse introduttive). In termini ancor più concreti, lo strumento contrattuale (sub specie di *locatio conductio)* si intuì essere il solo suscettibile ed idoneo a contemperare esigenze di rigore normativo sul piano della disciplina in concreto applicabile – in termini di diritti e doveri derivanti da un rapporto giuridico quale quello di lavoro – con la salvaguardia e il rispetto dei nuovi ed emergenti *corollari etici* (quali quelli sottesi nel messaggio cristiano, cfr. note 40 e ss) ormai troppo comuni e sentiti dalla *societas iuris* di riferimento per essere senz'altro taciuti e violati in forza di una improbabile e diacronica applicazione di tradizioni giuridiche più arcaiche (i.e., locatio servi).

[47] Di tale inversione di tendenza si avrà eco anche nei sistemi giuridici di chiara derivazione romanistica ; nel codice francese Napoleonico, infatti, l'art. 1708 reciterà che vi sono "*…deux sortes de contrats de louage"* e, rispettivamente, "*… celui des choses et celui d'ouvrage"*, comprensiva, quest'ultima, (in forza del successivo art. 1779 c.c.) anche di fattispecie negoziali parzialmente distinte quali quelle del trasporto, dell'appalto e, più in generale, di ogni forma di lavoro autonomo. Similmente avverrà nel codice civile italiano del 1865 che, come vedremo in proseguo, regolerà in due distinti capitoli dello stesso titolo la locazione di cose (artt. 1571 c.c. e ss) e la locazione delle opere (artt. 1627 c.c. e ss); per uno studio attento della questione si rinvia al pargarafo che segue

[48] Quale quello sintetizzato dalla formula negoziale della *locatio operis/ operarum* in omaggio alla mutata nozione di oggetto del contratto (dall'uomo all'attività da questi prestata); si rinvia alle considerazioni e note che precedono

[49] In termini concreti, si tratta della medesima problematica speculativa affrontata *retro* nel primo capitolo allorché – sebbene in *astratto* – si è discusso dei limiti di *ammissibilità di variazioni pattizie* al *tipo legale* (rinvio); anche qui, *mutatis mutandis,* si deve affrontare la stessa questione per capire se lo schema legale tipico della *locatio-conductio* (cfr. nota 24) sia in grado di soddisfare le peculiari esigenze sottese dalla disciplina lavoristica come ricondotta ed "intesa" nella "nuova" (rispetto a quella della *locatio servi*) formula della *locatio operis/operarum*

[50] I.e., locatio *operis/operarum* nell'accezione lavoristica intesa

duplice valenza: ovvero, da un lato rilevava la c.d. *faciendi necessitatis*[51] e, dall'altro, un *vincolo di attività e/o assoggettamento dello stesso lavoratore.*[52]

---

[51] Secondo la dottrina più autorevole, si trattava del c.d. *profilo oggettivo* della fattispecie tale per cui *la locazione delle opere umane in tanto poteva giustificarsi in quanto teleologicamente volta all'apprestamento di un bene* (così, tra tutti, Bonfante., *Corso di diritto romano,* Sampaolesi, 1926); in tal senso, il lavoratore si obbligava ad un *indeterminato e/o determinabile* (*ex ante) aliquid facere* che poi si *coniugava in termini specifici* nel singolo rapporto obbligatorio posto in essere (così sembra suggerire anche il Digesto (19, 2, 22, 2) per il quale "…*locat enim artifex operam suam…id est faciendi necessitatem").*
Già a partire da questa considerazione, si può intuire un importante *prius logico* concettuale di quanto espressamente previsto dal nostro sistema codicistico in riferimento all'oggetto del contratto di lavoro ex. art. 2103 c.c.; *mutatis mutandis,* infatti, il concetto di "mansione" rileverà proprio nella sua *fisiologica natura cronologicamente bifasica* (cfr. capitolo IV) in termini di *determinabilità ex ante e determinatezza ex post,* in piena coerenza con il disposto normativo ex. art. 1346 c.c. ai sensi del quale "…*l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato e/o determinabile* ".
Si tratterà di un concetto (i.e., quello di *faciendi necessitas*) che, come vedremo, assumerà grande importanza anche presso la dottrina giuslavoristica delle moderne civilità giuridiche tra cui (anche) quella italiana; infatti, partendo dalla classica tripartizione delle obbligazioni in termini di *dare, facere e non facere,* la prestazione di lavoro è stata ricompresa nell'ambito del secondo gruppo ora proposto (i.e., obbligazioni di fare) che, a sua volta – in termini di teoria generale – si distingue in due categorie a seconda che si tratti di prestazioni *strettamente personali* – in quanto suscettibili di essere "prestate" soltanto dalla persona stessa del debitore – ovvero (di prestazioni) tali da poter essere eseguite, piuttosto, da chiunque (soggetto) dell'ordinamento senza ledere i diritti del creditore.
In questa logica ermeneutica – ma la tematica sarà ampiamente ripresa *infra* – la prestazione tipica del rapporto di lavoro (subordinato) sarà generalmente infungibile rientrando, almeno in linea generale, nella prima categoria, ovvero quella delle prestazioni personali (tra le pronuncie "storiche" in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 27 maggio 1964 n. 1316 in *Monit. Giur. Lav.*, 1964; Cass., 8 giugno 1962 n. 1424, *ivi, 1962; Cass.*, 19 luglio 1958 n. 2652 in *Giust. Civ. Mass.*, 1958).
Altra caratteristica fondamentale del suddetto elemento della *faciendi necessitas* – al pari di quando avveniva, come osservato, nell'ambito del diritto romano – sarà quella per cui, a differenza della altre prestazioni di *facere,* essa (i.e., *faciendi necessitas)* si presenterà *sub specie* di obbligo, *oltre che personale, anche principale* nel senso che il lavoro rileverà come attività *essenziale* che si deve fornire personalmente e non già come *elemento accessorio o accidentale ad una obbligazione principale di natura diversa* (in tal senso, la più importante ed autorevole "dottrina" italiana giuslavoristica; tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., *Nozioni di diritto del lavoro,* Napoli, XXXIV, 1985; Riva Sanseverino., *Il lavoro nell'impresa., op. cit.;* Prosperetti., *La posizione professionale del lavoratore subordinato,* Milano, 1958; Id., *Il lavoro subordinato,* vol. VI, *Trattato di diritto civile,* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964).
Ultima questione che – in via preliminare a quanto seguirà – è utile affronatare in tal sede è, infine, quella che concerne l'ammissibilità (o meno) della *faciendi necessitas* in quelle prestazioni di lavoro che si esauriscono nella semplice "attesa" o in un contegno apparentemente inattivo del prestatore di lavoro; in tali casi, si tratterà pur sempre di *prestazione di facere* ovvero bisognerebbe optare per la sua rilevanza strutturale in termini di *non facere?.*
Come ampiamente verificheremo, anche in queste ipotesi l'elemento della *faciendi necessitas* non sarà tale da potersi senz'altro tacere quale *caratterizzazione peculiare del rapporto di lavoro* posto in essere; infatti – pur se, *prima facie,* il comportamento dovuto potrebbe presentare l'aspetto di una *in-azione* – si tratterà, tuttavia, di una prestazione suscettibile di una *utilità* che (rinvio alla nota 1) abbiam visto essere il coefficiente e *parametro valutativo necessario* di ogni prestazione di *facere* (e, segnatamente, anche di quella di lavoro) in quanto, al contrario, le obbligazioni di *non facere* "in senso stretto" rileveranno – sul piano generale della teoria del diritto – nel loro (distinto) *quid sostanziale presupposto* in termini di *non idoneità a non turbare una situazione o una utilità preesistente ma non già nel crearne una nuova a favore di altri.*
In tal senso, tra tutti, si rinvia alla dottrina giuslavoristica tedesca che, per prima, ha classificato, tra le prestazioni di *facere,* ogni comportamento che richieda uno sforzo, non solo muscolare o intellettuale, ma anche di semplice "attenzione" (i.e., *mutatis mutandis,* la c.d. *in-azione* di cui sopra) dal quale derivi una

qualsivoglia situazione di *vantaggio etero diretto* (così, testualmente, Molitor., *Das Wesen der Arbeitsvertrages*, 1925) concludendo nel senso che anche il c.d. *lavoro di attesa* potrà implicare un "consumo" di energie spesso altrettanto gravoso quanto un lavoro esclusivamente o prevalentemente attizio (in tal senso, tra tutti, cfr. Lotmar., *Arbeitsvertrag*, Lipsia, 1902)

[52] Quest'ultimo, invece, rappresentava il *profilo soggettivo* dello schema negoziale e, a parer mio – in ottica civilistica – lo si potrebbe definire in termini di *esplicazione concreta* del vincolo di *impegnatività* che caratterizza, per definizione, qualsiasi rapporto *intersoggettivo* di rilevanza giuridica (sul concetto di *impegnatività* si rinvia ai successivi paragrafi)_; ciò a dire che, al di là delle singole attività svolte, il fondamento di quest'ultime era da rinvenire nella presupposta situazione personale esistente tra *locator* e *conductor* tale per cui questi (i.e., *conductor)* si sarebbe conformato alle indicazioni *contrattuali ed operative* del primo.

Si tratta di una prospettiva ermeneutica assai importante perché, per la prima volta (o, comunque, in maniera più chiara), ritroviamo la *genesi storica, concettuale e normativa* di quello che – comune anche alla odierna nozione di subordinazione ex. art. 2094 c.c. – individueremo come *potere direttivo* dell'imprenditore ex. art. 2104 c.c., comma secondo (si rinvia al capitolo IV); nella tradizione romanistica, infatti, quest'ultimo (i.e., potere direttivo), *mutatis mutandis*, sembrava giustificarsi come immediata conseguenza giuridica della natura contrattuale del rapporto di lavoro in termini di *locatio-conductio* e, in tal senso, sembra suggerirsi una prima *soluzione positiva* in ordine alla più ampia e tradizionale problematica rilevante in termini di compatibilità (o meno), con l'assetto contrattuale, di *attribuzioni* di poteri unilaterali come quelli previsti – anche nel nostro codice civile vigente – a favore di una sola delle due parti del rapporto (e, segnatamente, di quella datoriale) *sub specie*, appunto, di potere *direttivo, organizzativo e disciplinare* (per uno studio analitico della tematica *de qua* si rinvia al già accennato capitolo IV).

La cultura giuridica romana, da parte sua, risolveva la questione sopra esposta proprio nella nozione di "*vincolo di assoggettamento"* che indicava un sì evidente stato di *soggezione personale in cui il lavoratore veniva a cadere per tutta la durata del contratto* a tal punto che, al riguardo, qualche studioso (tra tutti, Angelelli., *Principi di legislazione del lavoro*, Roma, 1938) ha preso lo spunto per trattare il *mercennarius* analogamente al *nexum* (si rinvia alle premesse introduttive) e per concepire, di conseguenza, il mercenariato come una vera e propria forma di asservimento della persona.

Peraltro, l'esistenza di un potere "*direttivo"* assai stringente, tra *locator* e *conductor* , nell'ottica lavoristica, dovrebbe potersi facilmente intuire sia allorchè si consideri che il *mercenarius* era di solito accolto in casa dal conduttore ricevendone vitto e salario sia alla luce delle già analizzata *esclusività dell'organismo familiare romano* (cfr. pag. 3) la cui *potestas* era essenzialmente incentrata in capo al *pater familias.*

Infatti, secondo le fonti romane, per il solo fatto di essere "*in operis"*, i lavoratori erano considerati "*loco servorum"* e, nei loro confronti, il *dominus* aveva una sì ampia facoltà di comandare – anche al di fuori dallo stretto rapporto di lavoro – al punto che questi (i.e., dominus) non avrebbe avuto necessità, per esempio, di avvalersi dell'*actio furti* ove fosse stata compiuta una qualche sottrazione a suo danno (in quanto tali poteri erano già compresi in quello "lato sensu" *direttivo* derivante dallo svolgersi della prestazione lavorativa) analogamente a quanto si verificava nei confronti del *servus* e delle altre persone sottoposte alla sua disciplina. In tal senso, cfr. Dig. 47, 2, 90 h. t. 89,48, 19, 11, 1. per il quale "*…si…mercenarius ei qui eum conduxit furtum fecerit… furti actio non nascitur";* Dig. 43, 24, 3, che così recitava:"… *Furta domestica si viliora sunt publice vindicanda non sunt, nec admittenda est huiusmodi accusatio, cum servus a domino..vel libertus a patrono, in cuius domo moratur, vel mercenarius a beo, cui operas suas locaverat, offeratur quaestioni; nam domestica furta vocantur quae servi dominis, vel liberti patronis, vel mercenarii apud quos degunt, surripiunt".*

Quanto ai profili più specificatamente *"applicativi"* – cercando si sintetizzare le ampie (e a volte contrastanti!) fonti in materia – si ritiene potersi affermare che , per farsi luogo all'esercizio dei poteri disciplinari propri del *pater familias*, il "*dies a quo*" di questo *vincolo di soggezione* era segnato (come già accennato) dal momento in cui il *mercenarius* fosse stato ricevuto in casa; in questo modo, il lavoratore entrava, sia pure per un periodo di tempo limitato (dopo il tramonto della concezione dell'uomo come res servile, cfr. retro), a far parte della *domus* dell'assuntore ed il diritto andava a riferire a questa situazione di fatto (ricevimento del *mercenarius* nella casa del *dominus)* una duplice conseguenze di rilievo non indifferente. Più in particolare, *sul piano passivo*, ne sarebbe derivata quella situazione di *dipendenza* (del prestatore) che noi oggi indichiamo, *mutatis mutandis*, con la nozione di *subordinazione* (sul tema, si rinvia al proseguo della trattazione; cfr. nota 186); per quanto attiene il

Sul punto[53], ritengo si debba affermare che il rigore civilistico del sistema iniziò a vacillare[54]; ovvero, se la caratteristica indefettibile della locazione – nonché elemento discretivo rispetto alla compravendita – era rappresentata dalla *attribuzione della disponibilità temporanea di un bene* [55]*che doveva restituirsi al termine del rapporto,*[56] allora residuava di spiegare in che modo potesse essere ricondotto allo schema della

---

profilo attivo, invece, si configurava una (sia pur limitata) rappresentanza generale del *pater familias* di ampiezza inferiore (ma con natura giuridica e fondamento analoga) a quella dello schiavo, a sottolineare la posizione di *potere* del primo (dominus) sul lavoratore.

[53] E, quindi, in relazione alla questione che concerne il rispetto (o meno) del modello (negoziale) *formale* sotteso allo strumento giuridico della *locatio-conductio* nell'accezione lavoristica inteso

[54] Da un punto di vista dogmatico, è interessante seguirne la progressiva evoluzione sistematica; più in particolare, si osservò come il locatore non fosse in grado di assumere l'impegno di realizzare, con uno comportamento istantaneo e duraturo, il godimento di una cosa da parte del conduttore – quand'anche ne avesse avuto la disponibilità – in quanto tale godimento presupponeva ed implicava necessariamente un comportamento attizio ed esclusivo di chi doveva usufruirne che, a sua volta, poteva essere dal concedente soltanto agevolato attraverso l'instaurazione di una situazione di fatto favorevole.

Ciò premesso, la stessa dottrina romanistica (in tal senso, tra tutti, cfr. Deiana., *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore* in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951) finì per considerare lo schema locatizio (nell'accezione romanistica intesa) come una sorta di *circolo vizioso* di alcuna utilità pratica in quanto *idoneo a configurare un rapporto giuridico avente ad oggetto una prestazione impossibile;* è necessario intendersi, tuttavia, sulla portata della suddetta (e forse estrema ed atecnica) espressione linguistica volutamente utilizzata (i.e., prestazione impossibile).

Riflettendo sull'argomento, personalmente ritengo si alluda al peculiare ruolo che l'istituto della *mora credendi* andava ad assumere in relazione alla specifica figura contrattuale della *locatio;* ovvero, se, nella generalità dei casi, la prestazione dedotta in contratto era tale che essa (i.e., prestazione) non poteva essere negata *in se stessa* dal creditore che, al massimo, avrebbe potuto impedire la realizzazione del conseguente risultato dovuto, nel caso in esame (i.e., locazione), invece, oggetto del rapporto obbligatorio sarebbe stata una *utilità* che doveva essere percepita dal creditore (in primo luogo) attraverso un suo comportamento unilaterale rispetto al quale l'intervento del debitore avrebbe avuto una valenza meramente *secondaria ed accessoria* in quanto suscettibile di conseguenze giuridiche solo allorché avesse operato negativamente, nel senso, cioè, di pregiudicare al creditore stesso la soddisfazione dell'interesse garantito come strumento di violazione dell'obbligo assunto.

Tuttavia, anche questa interpretazione non sembra senz'altro convincente; infatti – quanto alla sua genesi storica – è possibile sostenere che la *locatio* sia stata sin dalle origini concepita come un contratto con il quale il locatore assumeva la tipica obbligazione negativa del *prestare patientiam* che non trovava deroga alcuna – ad esempio, in relazione all'acquisto dei frutti della cosa locata da parte del conduttore – in quanto le fonti romane non legittimavano la tesi di un acquisto derivativo, mediante *quasi traditio,* al momento della percezione ma, al contrario, sembravano prevedere l'attribuzione di un potere di *acquisto originario* attraverso l'atto unilaterale dell'apprensione, in stretta aderenza con l'obbligazione fondamentale della" *permissione*" (così Arangio Ruiz., *op. cit.,)* del godimento autonomo della cosa da parte del conduttore (in tal senso, cfr. Ratti., *Sul diritto di godimento del locatario* in *Studi in onore di C. Vivante,* Roma, 1931; Zitelmann., *Uebereignungsgeschaft Und Eigentumserwerb an Bestandteilen,* in *Jherings Jahrb.,* 1921, (vol. 70; 34 Z.F.); *contra* Bunsen., *Zur Lehre von den nichtgetrennen Erzeugnissen* in *Arch. Burg. Recht.,* 1906, (vol. 29), pag. 11 e ss; per una recente critica, cfr. Mosco., *I frutti nel diritto positivo,* Milano, 1947)

[55] Nella sua natura e valenza *inconsumabile,* ovvero tale da non esaurire la propria attività in una unica soluzione permettendo, piuttosto, un godimento ripetuto nel tempo; così Voci., *op. cit.,* in riferimento all'oggetto della *locatio-conductio*

[56] In tal senso, tra tutti, cfr. Arangio Ruiz., *op. cit.,*

locatio-conductio[57] un rapporto giuridico (quale quello di lavoro) avente ad oggetto l'*attività umana*[58] che si *consuma*[59], per definizione, nel momento stesso in cui si produce risultando, pertanto, inidonea a realizzare il *fondamento negoziale* del *tipo contrattuale in esame*[60].

Alla luce di quanto considerato, si elaborò un complesso indirizzo speculativo[61] che, *formalmente unitario*[62], celava, purtuttavia, duplici componenti teoriche reciprocamente *dialettiche*[63] nell'ambito del substrato argomentativo *concettualmente* presupposto[64]; ovvero, se, da un lato, si tentò di abbandonare il concetto di locazione configurando il *contratto (di lavoro*) come una sorta di *compravendita*[65] - secondo uno schema logico di

---

[57] Lo schema della *locatio-conductio rei,* infatti, era costruito, come accennato *retro,* sul presupposto per cui il lavoro manuale era prestato dai servi che , in quanto tali, non potevano obbligarsi personalmente; pertanto, in mancanza di una legittimazione attiva di quest'ultimi, il rapporto giuridico si costituiva tra il proprietario dello schiavo e colui che intendeva usarne come strumento di lavoro a guisa che questa origine dell'istituto sembra confermata anche da un punto di vista etimologico allorché si consideri che il termine "*locare"* stava a significare il collocare una cosa presso altri mentre con la parola "*conducere*" si intendeva proprio il *collocare una cosa presso di sé.*

[58] In forza della già analizzata inversione di tendenza sistematica per cui *oggetto del contratto* non sarà più l'uomo ma, piuttosto, le sue *operae;* cfr. pag. 7 e ss

[59] Al riguardo, si rinvia a quanto considerato alla nota 24; in particolare, si osservi come uno dei presupposti fondativi della *locatio rei* era proprio quello, infatti, che si trattasse di una *res inconsumabile.* Sulla natura della attività umana come attività consumabile si tornerà, ampiamente, anche nel proseguo (capitolo IV) allorchè si affronteranno delicate questioni teoriche relative all'analisi della fattispecie normativa ex. art. 2126 c.c.

[60] Si tratta di una prima difficoltà ermeneutica connessa al passaggio logico dalla *locatio servi* alla *locatio operarum;* infatti, se, con riguardo alla prima (i.e., *locatio servi*), lo schema negoziale locativo era senz'altro soddisfatto in quanto oggetto dello stesso era la persona umana che, in quanto tale – sebbene in ottica *oggettivizzata* – era da considerare *res inconsumabile,* diversamente avviene alla luce della *locatio operarum* il cui oggetto (i.e, energia lavorativa) non è in grado di continuare a garantire la propria *utilitas economica* al di là del momento storico in cui essa stessa (i.e., energia lavorativa *sub specie* di *attività umana*) è posta in essere. Ovvero, trattandosi di *res consumabile,* non sarebbe stata configurabile l'obbligazione principale del *conductor sub specie* di restituzione di quanto ricevuto a titolo di godimento temporaneo se non nei termini (alternativi) del c.d. *tantundem eiusdem generis* (in materia, cfr. Carnelutti., *Studi sulle energie., op. cit.;* sul tema, altresì, si rinvia al capitolo III)

[61] Che assumerà una importanza fondamentale in relazione alla futura dogmatica teorica di matrice giuslavoristica atteso che la sua eco normativa sarà recepita, *mutatis mutandis,* dal legislatore del codice civile abrogato del 1865 e – per i singoli profili che analizzeremo – anche da quello (legislatore) corporativo del 1942

[62] Così Brasiello., *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano,* in *Riv. It. Scien. Giur.* , 1927

[63] In tal senso, cfr. De Roberti., *op. cit.,* per il quale "*…si trattò del primo e più autentico dibattito ideologico che animò la ancor timida dottrina sui rapporti di lavoro.…"*

[64] Per uno studio storico della problematica *de qua* si rinvia a Bonfante., *Istituzioni di diritto romano., op. cit.,*

[65] In tal senso, Cicerone (*De officis,* I, 42, 150) parla di "*…emere operas;* Catone (*de re rustica., 146*) allude all'*emptor* piuttosto che al *conductor;* similmente Varrone (*de lingua latina,* 4, 36); Plinio (*Nat. Hist.,* 33, 11; 34, 7; 35, 7; 35, 10;); Dig. (19, 2, 30, 3; 50, 16, 13, 1).

Quanto alla fattispecie negoziale di riferimento (i.e., c.d. *emptio-venditio*), si trattava di un contratto bilaterale consensuale tale per cui uno dei contraenti (venditore) prometteva all'altro (compratore) di cedergli per sempre – da qui, come espresso nel testo, la differenza sostanziale con la *locatio-conductio* in cui l'attribuzione patrimoniale della cosa era (per definizione) *temporanea* – il possesso di una cosa

riferimento che andava espressamente ad equiparare il lavoro alla merce,[66] - dall'altro, si tentò di svincolare la concezione delle *operae*[67] da ogni forma di intima dipendenza

---

(*merx*, almeno in relazione alle cose mobili) e di prestare la garanzia del possesso stesso, ovvero trasmettergli un qualunque diritto dietro promessa di ricevere un corrispettivo in danaro (*pretium*); si trattava di un negozio a *causa generica* che rappresentava una *iusta causa traditionis* all'infuori di qualunque obbligazione precedente.

Come in ogni contratto bilaterale (e, quindi, al pari della locatio-conductio, cfr. nota 24), anche la *emptio-venditio* presentava due *cause obbligatorie* fuse in un unico negozio; in realtà, però, è da precisare che si trattava di una accezione *atecnica* del termine (causale) volendosi indicare, piuttosto, ciò che nella moderna dottrina civilistica individueremmo con la nozione di *rapporto sinallagmatico tra le prestazioni dedotte in contratto.* (si rinvia al capitolo IV)

In termini concreti, da un lato, infatti, il venditore acquistava il diritto al prezzo essendosi obbligato a dare la cosa e, dall'altro, il compratore acquistava il diritto di ricevere la cosa avendo assunto l'obbligo di corrispondere il prezzo pattuito; ciò premesso – in forza dell'attinenza alla problematica lavoristica nei termini in cui seguiranno – vorrei, seppur brevemene, affrontare due questioni ancora assai discusse.

La prima concerne l'origine di questa fattispecie negoziale; seppur ancora incerta, si ritiene (così Bonfante., *op. cit.,*) che il suo primo riconoscimento giuridico risalga a non oltre l'ultima età repubblicana ed essa (i.e., emptio-venditio), solitamente, si accompagnava ad ulteriori e successive stipulazioni "ad hoc" poste in essere (che in origine furono la *repromissio* o la *satisdatio secundum mancipium)* con cui si prometteva garanzia e assistenza nel processo in relazione a qualsivoglia *res litigiosa* che fosse in qualche modo connessa all' oggetto della compravendita.

La seconda questione attiene la *struttura giuridica* del contratto in oggetto che non può essere parificato a quello di cui agli artt. 1470 e ss. del codice civile vigente in quanto la compravendita romana aveva natura *obbligatoria* in assenza di un riconoscimento espresso del c.d. *principio consensualistico* (si rinvia all'ampio studio di cui al capitolo che precede); tale *compravendita obbligatoria,* a sua volta, poteva assumere due distinte caratterizzazioni a seconda che si qualificasse come *reale* o *impegnativa,* e, a fronte di questa duplice opzione interpretativa (reale o impegnativa), ci si chieda in che termini poteva rilevare la eventuale "*compravendita lavoristica"* alternativa, nei modi in cui nel testo espressi, al più tradizionale modello della *locatio-conductio.*

Ricorreva la prima fattispecie (i.e., *emptio-venditio reale*) allorchè le due parti del contratto avessero voluto entrambe subordinare l'adempimento della propria prestazione all'altrui controprestazione (secondo lo schema operativo, *mutatis mutandis,* della *exceptio inadimplendi contractus*), mentre la seconda (i.e., compravendita *impegnativa)* si caratterizzava per il fatto che una delle due parti si impegnava immediatamente ad adempiere a prescindere dell'assolvimento dell' obbligo negoziale di controparte; delle due, la figura di compravendita attorno alla quale si costruì la teoria del negozio in oggetto fu, senz'altro, quella c.d. *impegnativa* che ha costituito il prototipo di riferimento anche in ambito lavori stico laddove, in forza del vincolo di soggezione del lavoratore (cfr. retro) , questi avrebbe dovuto senz'altro prestare la propria *opera* indipendentemente dai connessi comportamenti *negozialmente vincolati* del *dominus* di riferimento.

[66] Il ragionamento logico presupposto era quello per cui l'uomo che prestava lavoro poteva senz'altro essere considerato come una sorta di *venditore* di merce lavoro anche alla luce del (già citato) tradizionale principio per cui "…*locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque regulis consistit"* (così Giustiniano, par. 1, I, h.t., III, 25).

Tale opzione teorica (i.e., schema della *emptio-venditio* anziché quello della *locatio-conductio*) trovava il suo fondamento dogmatico proprio nel presupposto distinguo concettuale tra *contratti volti a concedere il godimento di determinate cose* (c.d. *contratti di godimento*) e *contratti volti a rendere determinati sevizi o attribuire determinati beni* (c.d. *contratti di attività).*

I primi (tra i quali rientrava senz'altro la *locatio-conductio*) si caratterizzavano per la loro idoneità a creare una *nuova situazione di fatto* garantita, contro le esigenze di coloro a danno dei quali fosse stata instaurata, usando lo strumento tipico del c.d. *obbligo di astensione* il quale, a sua volta, assicurava il mantenimento della situazione attuale; i secondi, invece, tendevano ad immutare sulla situazione esistente e, a tal fine, individuavano nel c.d. *comportamento umano (attivo)* il mezzo più idoneo ad operare una siffatta *modificazione della situazione reale di origine* attraverso la creazione di nuovi beni o lo spostamento di quelli esistenti.

dalla nozione di *res*[68], a conferma del progressivo tentativo dogmatico di rompere con la tradizionale ideologia del "*lavoro-cosa*[69]" per transitare, piuttosto, nei più fecondi

---

Ciò premesso in termini generali, la questione dogmatica si può sintetizzare nei termini che seguono. Relativamente al contratto di lavoro, infatti, si trattava di stabilire se concepirlo come *contratto traslativo di energie o di beni* ovvero come negozio avente ad oggetto la realizzazione di determinate cose o servizi; da ciò sarebbe derivato, *naturaliter*, il suo inquadramento nell'ambito della *summa divisio* (come *retro* prospettata) tra *contratti di godimento* (secondo, dunque, il modello della *locatio-conductio*) e *contratti di attività* (secondo, *mutatis mutandis*, lo schema della *emptio-venditio*)

Anche nell'ambito della dottrina che ha accompagnato e seguito la codificazione del 1865 (si rinvia al paragrafo successivo), la eco *teorica* del contratto di lavoro come assimilabile allo schema della compravendita ha assunto una importanza via via sempre crescente; in particolare, in materia, è stato molto forte l'influsso della letteratura economica che ha spesso parlato di "*…proprietà del lavoro"* o di "*…vendita di lavoro"* per utilizzare le celebri espressioni, rispettivamente, di Marx (*Das Kapital*, 1890, I, 130, trad. it) e di Pantaleoni (*Scritti vari di economia*, Milano, 1904).

Su questa base speculativa, taluni autori hanno cercato di darne uno spiegazione coerente anche da un punto di vista giuridico seguendo, essenzialmente, due distinti percorsi teorico-dogmatici che si possono così sintetizzare (in tal senso, tra tutti, cfr. Bureau., *Le contrat du travail*, Parigi, 1902; Pic., *Traitè elementare de legislation industrielle*, Parigi, 1930; Carnelutti., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. Dir.Comm.*, 1913, I, 382; Id., *Legittimazione al contratto di lavoro* in *Studi per Pacchioni*, 1939).

Secondo un primo filone speculativo, l'assimilazione giuridica del lavoro al contratto di compravendita si sarebbe dovuta intendere in ottica *teleologica*, ovvero alla luce del risultato comune ed unitario cui si tendeva da entrambe le parti del rapporto; in altri termini, così opinando, si voleva significare che la futura comproprietà del prodotto, frutto di materia prima e di lavoro, avrebbe giustificato la vendita di parte del prodotto medesimo che il lavoratore faceva all'atto della stipulazione del contratto (in tal senso, tra tutti, cfr. Bureau., *Le contrat du travail*, Parigi, 1902).

Secondo una tesi alternativa (di cui l'esponente più celebre, nella nostra dottrina, è senz'altro il Carnelutti., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici., op., cit.,*) invece, l'accostamento tra il rapporto di lavoro e quello di compravendita sarebbe risultato implicito dalla considerazione delle energie lavorative come "*cose"* che si possono "*dare*" dal debitore di lavoro al creditore della prestazione; questa tesi, dunque, si fondava sulla ipotizzata possibilità di isolare l'energia umana considerandola come un *quid* individuato e distinto, suscettibile di essere ceduto alla controparte.

Al riguardo, però, due i più importanti profili di critica che ritengo di dover precisare; da un lato, accogliendo questa tesi, risulterebbe poco conciliabile, con le premesse teoriche come sopra esposte, la questione dell'acquisto *a titolo originario, da parte del datore di lavoro, del risultato dell'opera contrattualmente prestatagli* mentre, dall'altra, sembrerebbe difficile poter negare che il risultato delle energie lavorative (i.e., c.d. *profilo finale*) non sia logicamente e giuridicamente identificabile con le medesime energie lavorative (c.d. *profilo strumentale*) apprestate.

Il *bonum* delle osservazioni rese, peraltro, risulta confermato anche dallo stesso Carnelutti che, in epoca successiva, "rivide" le proprie convinzioni teoriche ammettendo egli stesso l' assurdità della separazione delle energie lavorative dall'entità psicofisica del lavoratore subordinato (così, l'autore sopracitato in *Legittimazione al contratto di lavoro., op. cit.,*); nel contempo, il medesimo autore (i.e., Carnelutti., *op. cit.,)* osserverà, però che "*…ugualmente spregiudicato sarebbe però riconoscere che oggetto del godimento siano non soltanto le energie…. che dal lavoratore sprigionano ma lo stesso lavoratore nella sua parte corporea….. parte della persona che, del resto, come tale, non è nemmeno soggetto del contratto….Pertanto….se ostano dubbi alla compravendita… ancor di più ne osteranno alla parificazione del rapporto di lavoro alla locatio…."*

[67] Si rinvia alle considerazioni di cui retro

[68] In questa prospettiva ermeneutica si voleva considerare il lavoro (non più come una cosa ma) come un *factum* di autonomo rilievo giuridico; in tal senso, si trattò di una tendenza di pensiero che con molta difficoltà si impose (senza mai riuscirvi del tutto) nella tradizione romanistica anche se, cercando tra le fonti storiche, si rinviene un passo del Digesto (19, 5, 5, 2) in cui il giurista Paolo espressamente recita nel senso che "*…at cum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit… quod si tale est factum, quod locari non possit"*

orizzonti speculativi del binomio concettuale "*materia-energia*[70]" su cui si andrà a fondare la moderna *dottrina del contratto di lavoro.*[71]

Quale che sia stata, tra le due opposte tendenze[72], quella che, in finale, abbia finito per prevalere, è difficile determinarlo[73] e, forse, poco rilevante ai fini che a noi interessano[74]; si osservi, piuttosto, come, nella tradizione romanistica – pur nelle mutate *stagioni sociali e storico – ideologiche*[75] già analizzate – non ci si sia mai allontanati dalle *prospettive contrattuali,*[76] quasi si trattasse delle uniche[77] capaci di spiegare e coniugare, in termini giuridici[78], il *fenomeno lavoristico* così come globalmente *filtrato* e *modulato* nei rapporti umani all'interno della *societas iuris*[79] di riferimento[80].

Rebus sic stantibus, il primo risultato scientifico dell'indagine, volta ad individuare e scorgere i "*prima elementa*[81]" del *fondamento genetico* del rapporto di lavoro[82], sembra

---

[69] "*….Che dischiudeva pur sempre… l'odiosa eco della concezione servile…";* così, testualmente, De Francisci., in *Synallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati,* Pavia, 1913-1916

[70] Sul punto, si rinvia a Carnelutti., *Studi sulle energie., op. cit.,*

[71] In tal senso, tra tutti, si rinvia all'autorevole Barassi., *Il contratto di lavoro, op. cit.*, per il quale "*…dai moderni, infatti, si è tentato discostruire la dottrina del lavoro facendo leva sul concetto di energia… e abbandonando quello di cosa"*

[72] I.e., da un lato, quella volta a considerare il lavoro come *compravendita* e, dall'altro, quella tesa a svincolarlo (ci si riferisce al lavoro) da qualsivoglia legame con la nozione di *res*

[73] In tal senso, cfr. Solazzi., *Il lavoro libero., op. cit.,* per il quale si trattò di "*… modulazioni concettualmente conviventi…. che non conobbero né vincitori né vinti…."*

[74] Come si ricorderà, infatti, obiettivo di questa (preliminare) "analisi *storica"* è quello volto ad individuare quale fosse il fondamento del rapporto di lavoro, nell'ambito del diritto romano , alla luce della rigorosa alternativa teorica tra *genesi negoziale e non negoziale* dello stesso (i.e., rapporto di lavoro); l'ampia tematica sarà ripresa e ancor meglio studiata alla luce di quanto seguirà nel proseguo della trattazione e, in particolare, a partire dai paragrafi che seguiranno.

[75] Si rinvia alle considerazioni come *retro* espresse, con particolare riguardo al delicato passaggio, sistematico e logico, dalla *locatio servi* alla *locatio operarum;* in particolare, cfr. pagg. 82 e ss con relative e connesse note

[76] Quali quelle insite sia nel modello della *locatio-conductio* (cfr. nota 24) che in quello della *emptio venditio* (cfr. nota 65)

[77] Ci si riferisce alle suddette prospettive contrattuali; così operando, si finisce per configurare lo strumento negoziale come una sorta di *condicio sine qua non* del fenomeno lavoristico e in piena coerenza ciclica con tali premesse, proprio a questo risultato, dopo ampio studio, si giungerà al termine delle argomentazioni che seguiranno

[78] In tal senso, tra tutti, cfr. Simoncelli., (*Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici,* in *Riv. It. Scien. Giur., 1888)* il quale osserva come "*….potè mutare il quomodo delle scelte normative operate… ma non già l'an… il diritto romano, nel disciplinare il lavoro, si ispirò pur sempre…. al fenomeno del contractus…."*

[79] Quale era quella romana

[80] Circa i rapporti con la nozione di negozio giuridico e per le opportune e connesse considerazioni in riferimento ai profili concettuali e relazionali sottesi al distinguo tra *volontà privata e volontà dell'ordinamento,* si rinvia alle premesse introduttive

[81] Questi, infatti, alla luce delle premesse (storiche) come *retro* individuate, dovrebbero rappresentare la chiave interpretativa più attendibile in ordine ai successivi studi che si concentreranno sull'attuale

dischiudere inequivoche *modulazioni concettuali* che conducono, *naturaliter*, ai modelli *obbligatorio-negoziali*[83] della più rigorosa tradizione privatistica[84] di matrice romana;

---

dimensione giuridica del nostro oggetto di indagine (i.e., rapporto contrattuale/causale di lavoro) globalmente inteso

[82] Si rinvia a quanto esplicitato nela premessa introduttiva e, in particolare, alle più brevi osservazioni di cui alla pag. 77, nota 12

[83] Sotto il profilo strutturale, infatti, le fonti romane ci presentano le obbligazioni di lavoro come consistenti sia in un *dare* che in un *facere;* tra le prime si pongono quelle aventi ad oggetto la prestazione di *energie di lavoro* (c.d. *obligationes operarum*) mentre, fra le seconde, sono da annoverare quelle consistenti nel raggiungimento di un risultato utile di lavoro (c.d. *obligationes operis faciendi*). Tale dualismo (*obligationes operarum* e *obligationes operis faciendi*) – per quanto attiene ai profili lavoristici – fu, tuttavia, superato con il diritto giustinianeo in forza dell'adeguamento delle prime (*obligationes operarum*) a quelle di *facere* (in tal senso, cfr. Segrè., *In materia di garanzie personali*, in *Bullettino*, 1934) e di ciò si rinviene traccia in un importante frammento di Ulpiano (Dig. 45, 1, 72) in cui si recita che "*…stipulationes non dividuntur earum rerum quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus (ceterarum servitutium)…idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri, vel insulam fabricari (vel operas vel quid his simile); horum enim divisionem corrumpit stipulationem"*.
Diversamente Gaio che, invece, tra gli obblighi di *facere* non menziona l'*obligatio operarum*; più in particolare, (Dig. 35, 2, 80, 1) si esprime nel senso che "*…quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae, itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere, sed si opus mancipibus heres facere iussum est, individuum videtur legatum:neque enim ullum balneum , neque ullum theatrum aut stadium facisse intellegitur qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit:quorum omnium legatorum nomine, etsi plures erede sint, singuli in solidum tenetur"*.
Le obbligazioni di lavoro, inoltre, al pari di ogni contratto, dovevano caratterizzarsi secondo un *trinomio qualitativo (*così Voci., *op. cit.,)* insuscettibile di qualsivoglia deroga, nel senso che la prestazione dedotta doveva essere *possibile, lecita e determinata;* ancora una volta, la prospettiva "proto- negoziale" risulta evidente allorchè si ponga mente alla chiara affinità concettuale che quanto sopra espesso sembra condividere con l'odierna disposizione, in materia di contratti, ex. art. 1346 c.c. (rinvio alla nota 49)
Quanto al primo elemento (i.e., possibilità), le fonti romane qualificavano come *"inutiles"* le *obligationes operarum* la cui prestazione fosse stata oggettivamente impossibile; in tal senso, Dig. 38, 1, 24, per il quale "*…inutilis est haec stipulatio: operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?"* Tale impossibilità, a sua volta, poteva essere *naturale* o *giuridica*; in relazione alla prima, le ipotesi "lavoristiche" più tipiche erano quelle ricorrenti in caso di *malattia, età dell'infante* o *decrepita vecchiezza* per le quali si prevedeva che (Dig. 7, 1, 12, 3) "*…nam saepe etiamsi praesentibus servis non tamurè, tamen usumfructum retinemus: ut puta aegrotante servo vel infante, cuius operae nulle sunt, vel defectae senectutis homine."* Quanto a quella giuridica, invece, la fattispecie più documentata dalle fonti storiche è quella che attiene all'impossibilità di costituire validamente un vincolo obbligatorio attraverso *locatio-conductio* relativa alla manomissione di un servo; in tal senso, cfr. Dig. (19, 5, 5, 2) secondo il quale "*…si tale sit factum quod locari non possit, ut servum manumittas"*.
Quanto al secondo requisito (i.e., *liceità*), la massima generale di riferimento la si rinviene nel Digesto (45, 1, 26) secondo il quale "*…generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti";* essa (illiceità) era intesa in termini assai rigorosi in quanto non riguardava soltanto quanto risultasse vietato, *expressis verbis*, da una norma giuridica ma, piuttosto, nella nozione (i.e., illiceità) era compreso tutto ciò che, in qualche modo, poteva configgere con la tradizione dei *boni mores* di riferimento (cfr. Gaio, III, 157; Dig., 30, 112, 3, 28, 7, 14).
In riferimento alla liceità della prestazione, peraltro, particolare importanza assumevano le c.d. *operae liberti* che erano dichiarate non dovute allorchè contrarie al *decus* (Dig. 38, 1, 7, 3), al *ius licitum* (Dig. 38, 1, 48, 2), alla *honestas* (Dig. 38, 1, 16), alla *dignitas* (Dig. 38, 1, 38) ovvero nel caso in cui si trattasse di attività pericolose per la vita del lavoratore (Dig. 38, 1, 16), o consistenti nell'esercizio della prostituzione o altrimenti qualificabili come *res turpes* (Dig. 38,1, 16).
Quanto alle conseguenze della eventuale illiceità, si doveva distinguere; per le *operae impositae onerandae libertatis causa*, era prevista, in termini rimediali, una sorta di *exceptio* (Dig. 44,5, 1, 6)

mentre per quelle *illicitae* per il fatto che *"…institutum vel propositum vitae minuuntur"*, l'ordinamento (giuridico) comminava, come sanzione, una rigorosa *denegatio actionis.*
Sintetizzando, per quest'ultime, si veniva a determinare una situazione di *patologia contrattuale* così netta che, in termini mutuati dal lessico giuridico odierno, potremmo paragonare alla *più grave forma di invalidità negoziale* quale è quella della nullità (rinvio alle opportune sedi nei paragrafi che seguono); nel primo caso (*operae impositae onerandae liberti*), invece, non si sarebbe impedito, *ab initio,* il valido sorgere di una obbligazione limitandosi a paralizzarne, piuttosto, la sola efficacia in *executivis* (*mutatis mutandis,* la sanzione prevista potrebbe in qualche modo "assimilarsi" a quella della annullabilità o – per meglio comprendere la distanza "concettuale" con la prima ipotesi sopra prevista –, alla *forma meno grave di invalidità negoziale*)
Ultimo requisito, infine, era quello della *determinatezza* (o, almeno, *determinabilità)* dell'oggetto che, difettando, avrebbe comportato la nullità del negozio posto in essere; tra le tante, l'ipotesi più importante – sotto un profilo squisitamente giuslavoristico – si pose proprio in riferimentoalla *mercede* allorchè, in sede di accordo, non si fosse stabilito il corrispettivo. In tali casi, la giurisprudenza romanistica assunse un atteggiamento assai rigoroso; più in particolare, la mancata determinazione della mercede, da un lato, avrebbe impedito di configurare il negozio come *locatio operis/operarum* (cfr. nota 24) e, dall'altro, avrebbe ostato a qualsivolglia tentativo di *mutare* (oggi si sarebbe parlato di *conversione)* la fattispecie negoziale posta in essere in termini di *mandatum* in quanto sarebbe risultato assolutamente estraneo ed ultroneo alle parti un qualsivoglia indice volitivo teso a porre in essere un negozio a titolo gratuito con implicita rinuncia alla controprestazione *sub specie* di mercede.
Ciò premesso e considerato – al fine di contemperare rigore civilistico ed esigenza di tutela di colui che avesse prestato le *operae* – i giureconsulti romani adottarono un *escamotage giuridico* per molti versi assai simile a quello espressamente codificato nella previsione normativa di cui all'articolo 2126 del codice civile vigente e sul quale ci si soffermerà ampiamente nel proseguo (capitolo III); più in particolare, nel caso in oggetto (i.e., mancata determinazione del corrispettivo), la giurisprudenza classica riconobbe un *negozio giuridico a sé stante* tutelabile mediante una specifica *actio in factum*.
In tal senso, tra tutti, un frammento del Digesto (19, 5, 22) che, in prospettiva espressamente (proto) lavoristica, così recita:" *si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente:mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur; quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sede o animo negotium gestum fuerit, ut postea tentum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium (id est praescriptis verbis).*
Infine, sempre in materia di corrispettivo, nell'ambito della *locatio-conductio* si discuteva se esso (i.e. corrispettivo) potesse essere rimesso al giudizio di un terzo; sul punto la giurisprudenza romana era inizialmente incerta. Gaio (III, 142-3) da atto della divergenza di opinioni al riguardo: *"locatio autem et conductio similibus regulis constituitur:nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi. Unde si alieno arbitrio merces promissa sit, velut quanti titius aestimaverit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur…".* Successivamente, però, la questione sarà risolta da Giustiniano il quale stabilì che, in tali casi, la locazione (*di operae*) era da considerare come *condizionale* nel senso che il contratto si sarebbe validamente concluso solo allorquando il terzo avesse effettivamente proceduto alla determinazione della *merces;* così in Cod. 4, 38, 15, in cui si recita che "*…super rebus venumdandis si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti titius aestimavaerit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. Quam decidentes censemus, cuum huiusmodi conventio super venditione procedat:quanti ille aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem ut si quidem ipse, qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire… Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto… Quod etiam in huiusmodi locationem locum habere censemus…".*

[84] In tal senso, tra tutti, cfr. Brasiello., *op. cit.*, per il quale "*…la locatio conductio e la emptio venditio rappresentavano senz'altro il nucleo essenziale dell'attività contrattuale dell'antica Roma…. non è un caso che proprio ad esse, concettualmente, si legò l'anima della disciplina del rapporto di lavoro…."*

ergo, quanto meno nella prospettiva storica[85] come fin qui seguita, i primi passi[86] verso una progressiva *sconfitta dialettica*[87] delle tesi *anticontrattuali*[88] sembrano iniziarsi a compiere.[89]

---

[85] E, quindi, con riguardo alla tradizione romanistica; si rinvia alle considerazioni di cui *retro* sulla *ratio* dell'indagine sul tema

[86] Che gradualmente, però, vedremo sempre più confermati nel loro *bonum logico –giuridico* a guisa da poter concludere (così al termine dello studio in oggetto) per una *definitiva affermazione della matrice esclusivamente contrattuale del rapporto di lavoro*

[87] Ho volutamente scelto questo "aggettivo" di eco aristotelica per sottolineare una caratterizzazione assai peculiare che accompagnerà tutto il nostro oggetto di studio; ovvero, allorquando ci occuperemo dell'intimo *trade off* concettuale tra *tesi negoziali* e *tesi istituzionali* del rapporto di lavoro – pur nell'ambito delle diversità delle argomentazioni rese – sarà possibile, tuttavia, scorgere un punto di "equilibrio", comune e costante, che segnerà il *"vincente" nesso concettuale* – capace di "sintetizzare" il *dialettico e composito "scontro dogmatico"* tra *posizioni teoriche di genesi civilistica* (caratterizzanti le tesi negoziali) e opposte *ricostruzioni teoriche anticontrattualistiche (*inerenti al *proprium* sostanziale delle tesi istituzionaliti*)* – che noi si cercherà di affrontare alla luce di un "asettico" e razionale *rigore scientifico* volto unicamente a stabilire il *"verum" ontologico* della complessa problematica (i.e., fondamento genetico del rapporto di lavoro) cui i seguenti capitoli sono interamente dedicato.

[88] Quali quelle che, di origine tedesca, studieremo ed analizzeremo ampiamente nei loro presupposti teorici (e conseguenti risvolti *dogmatici* in materia di disciplina concretamente applicabile al rapporto di lavoro *stricto sensu inteso) sub specie* di *teorie istituzionalistiche;* si rinvia al capitolo III

[89] Per esigenze di simmetria sistematica con quanto già operato nel capitolo precedente – allorchè la nozione causale è stata studiata anche con riferimento all'ordinamento giuridico medioevale – ci si soffermi sulla *tenuta sostanziale* (relativamente ai rapporti di lavoro) della tradizione romanistica presso il diritto intermedio.

Sintetizzando la (pur affascinante) problematica, si ritiene possa affermarsi che, anche nel contesto giuridico di riferimento (i.e., diritto intermedio), lo schema della *locatio-conductio* fu mantenuto (quanto meno nelle sue linee essenziali) pur se con una (almeno) importante variante *logica* di riferimento*;* in particolare, in forza della progressiva abolizione della pratica schiavista (presente, invece, nel sistema Romano cfr. retro), si avvertì l'esigenza di utilizzare uno schema giuridico che fosse sempre più marcatamene distante da quello della *emptio-venditio* il quale, al contrario, presupponeva l'idea della persona umana come una qualsivoglia *res* suscettibile di scambio (cfr. pag. 10 e ss. note 53 e ss.).

Pertanto, in riferimento alla fattispecie locativa del diritto medioevale, assumerà un ruolo essenziale il rilievo concettuale del c.d. *"uti frui"* a significare che *le energie lavorative prestate non erano configurabili, in generale, come una attribuzione patrimoniale a carattere alienatorio proprio perché la res* (i.e., forza lavoro) *oggetto del contratto restava nella proprietà e nel possesso del concedente* (i.e., lavoratore).

Ciò premesso, nell'ottica del diritto intermedio, la nozione di *locatio* andrà a coniugarsi nella valenza semantica del c.d. "…*dare aliquid utendum"* e, in questa prospettiva di analisi, si giustificherà il principio di diritto (tipico dell'epoca medioevale) per cui "…*non solum rerum, sed etiam personarum usus quandoque in locatione conceditur, et res vel personae locantur"* (così, tra tutti, Carocius., *Tractatus locati et conduti*, Venezia, 1592) in quanto, concludendo, *"…locatio et conductio est personae reive ad usum facta concessio, mercede in pecunia numeranda conventa"* (così Azone, *Summa*, Venezia, 1596)

2.2) Il rapporto/contratto di lavoro nella vicenda delle codificazioni moderne; in particolare, genesi dell'esperienza giuridica italiana e suo culmine nella codificazione corporativa del 1942

La tradizione romanistica ebbe una notevole *eco normativa* nelle successive esperienze giuridiche di sua diretta derivazione;[90] queste[91], però, nel loro svolgersi, si misurarono anche con l'influente dottrina ottocentesca di matrice romantica[92] cui si deve – sotto un profilo genetico – lo specifico *topos concettuale*[93] incentrato sull'assunto teorico della c.d. *intangibilità logica*[94] del nesso relazionale "*diritto del lavoro-strumento negoziale*[95]".

Al riguardo, infatti, se è vero, da un lato, che si trattò[96] di una *eredità concettuale*[97] della giurisprudenza romana classica[98], dall'altro, è altrettanto corretto riconoscere che ad essa[99] si legò, sotto il presupposto profilo concettuale, un ulteriore[100] *valore aggiunto sostanziale*[101] che, a parer mio, è lecito individuare nella tacita ed implicita concezione

---

[90] In particolare ci si riferisce a quella francese, tedesca ed italiana; per una trattazione analitica della questione (con particolare riguardo alla storia della codificazione) e delle connesse problematiche interpretativo-dogmatiche ad essa sottese, si rinvia al capitolo che precede (in particolare paragrafi secondo e quarto)

[91] I.e., esperienze giuridiche (francese, tedesca ed italiana, fra tutte).

[92] Si tratta, della già ampiamente analizzata dogmatica delle Pandette di origine tedesca; si rinvia al capitolo che precede e alle premesse introduttive

[93] Quest'ultimo, tuttavia, come vedremo già a partire dal capitolo che segue, risulterà "derogato" proprio dalle *eccentriche* tesi istituzionali (o, *rectius,non* negoziali) che avranno origine in Germania; per i profili di analisi inerenti l'apparente (come dimostrato) paradosso logico tra *genesi e sviluppo della filosofia e tradizione culturale pandettistica* (che segnò la signoria del volere e del connesso principio di autonomia dispositiva), da un lato, e opposta *tendenza dogmatica in termini di anticausalismo* (e/o anticontrattualismo), dall'altro, si rinvia all'ampio studio (necessariamente preliminare) di cui al paragrafo terzo del capitolo che precede

[94] In tal senso, tra tutti, cfr. Rumelin., *Dienstvertrag und Werkvertrag,* Tubingen, 1906

[95] Anche recentemente, tuttavia, solo per accennare ad un orientamento nettamente critico nei confronti della suddetta (e *tendenziale)* impostazione contrattualistica (rinvio al proseguo), cfr. Scognamiglio., (*Lezioni di diritto del lavoro, op. cit.,)* il quale osserva come *contratto e diritto del lavoro sono dati in ampia misura eterogenea* tali per cui "*…sarebbe solo la doverosa osservanza della normatività insita nell'antico e generale rispetto di essi… nella loro tradizionale reciproca posizione,… che indurrebbe a ricercare, nella loro confluenza, una espressione normativa più vera e più valida di quella risultante dal confuso dato positivo e dagli sforzi costruttivi diretti a finalità meramente esplicative di questo…".*

[96] Ci si riferisce al nesso relazionale tra *lavoro e strumento negoziale*

[97] In tali termini si esprime l'autorevole Bonfante., *op. cit.,*

[98] Che, come detto retro, assimilava il rapporto di lavoro alle figure negoziali della *locatio-conductio* e, alternativamente, della *emptio-venditio;* si rinvia al paragrafo che precede

[99] Ci si riferisce alla suddetta *eredità concettuale* rilevante nel binomio logico tra " strumento negoziale e disciplina lavoristica"

[100] E, come vedremo, ancora "latente" e fisiologicamente caratterizzante parte della (anche) attuale dottrina giuslavorisitica

[101] Rinvio alla nota 103

della disciplina lavoristica in termini (spesso) *ideologicamente orientati*[102], quasi a volerne sottolineare la funzione *reattiva* e *garantistica*[103] a fronte di una *fisiologicamente anomala*[104] situazione di vincolo giuridico così come configurato nella *obbligazione di lavoro*[105] assunta in forza di una (comune) fattispecie contrattuale.[106]

---

[102] In termini pressoché similari – anche se, a parer mio, (forse) troppo estremizzati – cfr. Gazzoni., (*op. cit.,)* nel suo breve (ma incisivo) studio storico sulla disciplina lavoristica

[103] In questa logica interpretativa come sopra esposta, si giunge ad individuare l'origine genetica di quel *tradizionale leit motiv* della scienza lavoristica comunemente indicato *sub specie* di *favor lavoratoris,* la cui portata sostanziale è stata, talvolta, sì enfatizzata a tal punto da "costruire" l'idea di un *diritto* (quale quello del lavoro) *talmente speciale* da doversi contrapporre a quello *comune dei contratti*.
In forza della stretta inerenza concettuale con lo studio dell'elemento causale del contratto (si rinvia alle premesse introduttive nonche, per una sintesi del percorso logico cui si tende, alla pagina 76, nota 12), rientrerà nei miei obiettivi scientifici quello di scardinare questa infondata "*formula magica"* (i.e., *favor lavoratoris*) per dimostrare, invece, come il diritto del lavoro sia una derivazione ontologicamente legata alla tradizione civilistica *stricto sensu* intesa della quale manterrebbe intatti tutti i suoi elementi caratterizzanti quali, in particolare, il *rigore speculativo e la cogenza giuridica* della tradizione privatistica.

[104] In tal senso, tra tutti, cfr. Prosperetti., (*Il lavoro subordinato* in *Trattato di diritto civile,* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, VI, 3, Milano, 1964) il quale osserva come tale impostazione *garantistica* sia comune all'intera dottrina del lavoro la quale – proprio nella consapevolezza della sua naturale *vocazione* e *funzione protettiva* – è stata costantemente impegnata nell'opera di affinamento della costruzione dogmatica del contratto tipico di lavoro subordinato, "*…mostrando di intendere tale funzione garantistica appunto come rivolta a reagire nei confronti di una situazione economico sociale ineluttabilmente condensabile nell'istituto del contratto…e, specialmente, del contratto tipico qualificato dal requisito della subordinazione…".*

[105] Nella sua accezione squisitamente negoziale e *sinallagmatica;* sul punto, si rinvia all'ampio studio di cui al proseguo della trattazione

[106] Alla suddetta *funzione reattiva e garantistica* della disciplina lavoristica – e alla connessa (e *presunta*) natura speciale del *diritto de qua* (cfr. nota 103) – si legano anche quelli che, in dottrina, sono stati annoverati quali *"principi fondativi del diritto del lavoro"* – quasi costituissero un microcosmo giuridico autonomo – i quali, nella loro sostanza precettiva, trovano sostegno e fondamento proprio in questo *valore aggiunto sostanziale* (i.e., *favor lavoratoris),* in termini *ideologicamente orientati,* di cui nel testo.
Al riguardo, in primo luogo, rileverebbe il c.d. principio della *progressività razionale* che, nei suoi termini generali, potrebbe sintetizzarsi nell'assunto logico per cui *essendo i bisogni limitati nella loro intensità ma illimitati nel numero,*esisterebbe una legge inerente le c.d. *utilità economiche* (di chiara genesi Keynesiana) che sia tale da riuscire a riflettere l'insoddisfazione umana; coniugando il tutto negli orizzonti lavoristici, se ne andrebbe a desumere che sarebbe utopico pensare di poter soddisfare tutti i bisogni del lavoratore in un dato contesto sociale di riferimento. Piuttosto, da quanto considerato, deriverebbe un *modello comportamentale ideale* che andrebbe ad imporre allo stesso legislatore "*…di agire a tappe… concedendo dapprima l'indispensabile, poi l'utile, poi il piacevole, ed eventualmente, dopo tutto questo, il superfluo…"* (così Mozart Victor Russomano in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1999); in tale accezione inteso, caratteristica fondamentale del diritto del lavoro sarebbe quella di tendere ad una *pianificazione logica e sociale progressiva* che, in contrasto con il dogma marxista della rivoluzione proletaria, andrebbe a suggerire forme di *socialismo pacifico ed equitativo* (in tal senso, lo stesso autore sopra citato in "*A organizacao da justica do trabalho na America",* Brasile, 2000)
Altro principio sarebbe quello della *sincerità delle leggi* che rileverebbe quale corollario logico del primo (progressività razionale) come sopra analizzato; più in particolare, esso (principio di sincerità delle leggi) andrebbe coniugato nel senso che "*…una legge inapplicabile è peggiore della sua mancanza"* in quanto *"la materia del lavoro sarebbe un settore che vuole chiarezza perfetta, precisione tecnica, sistemazione logica degli argomenti… attesa la sua naturale vocazione al grande pubblico"* (in tal senso, lo stesso Russomano., *op. cit.,*). Ciò premesso, si invocherebbe una sorta di *correttezza* nei reciproci comportamenti delle parti coinvolte nell'obbligazione lavoristica a guisa che "*…tale sincerità delle leggi…. non dovrebbe essere limitata al cuore del legislatore e degli uomini di governo… ma*

Sul punto, però, ciò che vorrei puntualizzare è che si è trattato di una *evoluzione concettuale*[107] *successiva* ed *estranea* al diritto romano[108] il quale, d'altra parte, non sarebbe stato in grado, per esigenze di coerenza sistematica[109], di concepire una *figura negoziale*[110] che, purtuttavia[111], sarebbe stata tale da dover essere regolata da precetti

---

occorrerebbe che essa si radichi intimamente nel cuore dei datori di lavoro e dei lavoratori…e, specialmente, nei primi che, ripetendo l'errore dei patrizi, dei signori feudali e della nobiltà, solitamente non rinunciano ad alcune delle loro prerogative se non vi sono costretti dalla forza della legge o della paura" (così, il medesimo Russomano., *op. cit.,*).

Altro elemento caratterizzante sarebbe il c.d. *principio dell'economia* che, in ottica lavoristica, andrebbe a coniugarsi in due specifici corollari: a) tensione ad un certo risultato con la minor spesa possibile (c.d. *economia in senso proprio*); b) concessione di benefici a determinati gruppi sociali di persone con il contestuale e minore sacrificio possibile per il popolo (*c.d. economia sociale*).

Esso (i.e, principio dell' economia), tra le ipotesi più importanti ai nostri fini di studio, andrebbe a trovare specifica applicazione, ad esempio, proprio in materia di fissazione dei salari laddove si dovrebbero contemperare interessi globali sovra individuali (*sub specie* di *welfare* generale) con le esigenze dei singoli consociati in relazione agli aumenti del costo della vita; sul tema, si tornerà ampiamente in proseguo allorchè si studierà, nell'ottica del sinallagma lavoristico, la "prestazione" principale di parte datoriale in termini di *obbligazione retributiva.*

Avvicinandoci, così, al tema già accennato (*sub specie* di *favor lavoratoris)* nella nota 103 (cui si rinvia), ritroviamo il c.d. *principio della tutela ufficiale dei diritti del lavoratore* il quale – al di là delle (astrattamente innumerevoli) articolazioni ideologiche per le quali si rinvia ad altre sedi, trattandosi di una linea ermeneutica estranea al mio studio in forza delle premesse retro espresse – personalmente ritengo debba essere inteso in termini di "neutrale" e (quindi, non orientata) mera *tecnica redazionale della fattispecie* normativa di riferimento, richiedendosi, in tal senso, che *le norme disciplinanti i diritti e i doveri reciproci delle parti abbiano natura chiara e semplice perché lavoratori e datori di lavoro possano, rispettivamente, facilmente comprendere ciò cui sono tenuti e ciò che possono pretendere (*in tal senso, cfr Russomano., *op. cit.,).*

Infine, rileverebbe il c.d. principio dell' *eguaglianza* che, nel nostro ordinamento, ha valenza costituzionale ex. art. 3 della Carta Fondamentale ed è tale da potersi esprimere in due precetti essenziali reciprocamente speculari: a) *divieto di qualsivoglia distinzione in presenza di situazioni uguali;* b) *assenza di qualsivoglia obbligo di identità di trattamento tra situazioni diverse.*

Nella sua più essenziale valenza precettiva – e in prospettiva funzionale a "descrivere" il processo evolutivo e storico della disciplina lavoristica globalmente intesa – esso (i.e., principio di uguaglianza) sembra rappresentare il più importante risvolto *applicativo* dello stesso principio democratico in ottica *generale ed omnicomprensiva*, allorchè non consenta (quanto meno nelle legislazioni moderne) "*…differenze aprioristiche a favore dei liberi contro gli schiavi, a favore dei cittadini contro gli stranieri, a favore dei nobili contro i plebei"* (così, Mozart Victor Russomano., *op. cit.,*); esso, anche in ambito lavoristico, andrebbe a configuare una "*…preziosa valvola di sicurezza…o, meglio, una pregiata norma di chiusura di ogni ordinamento democratico…."* (così Paladin., *op. cit.,).*

[107] Ci si riferisce alla suddetta prospettiva *ideologicamente orientata* della disciplina lavoristica *sub specie* di *favor lavoratoris*

108 Presso il quale, al contrario – lungi dal configurarsi una qualche disciplina *favorevole* nei confronti del prestatore di lavoro – quest'ultimo (i.e., prestatore di lavoro), soprattutto in epoca più arcaica e prima dell'avvento del Cristianesimo (cfr. paragrafo che precede) , era parificato ad una qualsivoglia *res* inanimata e, in quanto tale, costituiva *merce* suscettibile di scambio (emptio-venditio) o godimento *(locatio-conductio*) quale *mero oggetto* di una disciplina negoziale

[109] In tal senso cfr. Bonfante., *op. cit.,*

[110] Quale era quella della *locatio-conductio* o della *emptio-venditio* cui veniva assimilata la disciplina del rapporto di lavoro; si rinvia al paragrafo che precede

[111] I.e., ad onta della sua natura squisitamente privatistica

normativi *parzialmente diversi*[112] da quelli dello *ius commune*[113] delle obbligazioni in forza della presunta *peculiarità*[114] *degli interessi* ad essa[115] sottesi[116]; ciò a dire che[117], nella prospettiva classica,[118] la *scelta normativa*[119] circa il *quomodo*[120] con cui attuare e "risolvere" la *disciplina del lavoro*[121] – nella astrattamene duplice *opzione operativa* fra lo strumento *cogente* della *lex*[122] e quello più *liberale*[123] dell'*autonomia dispositiva*[124] - si sarebbe imposta (tale scelta) *ab initio*[125] e, una volta preferito lo strumento giuridico *negoziale*[126], ad esso ci si sarebbe dovuti riferire *in toto*[127], senza pericolosi *scostamenti*[128] sul piano della disciplina positiva in concreto applicabile.[129]

---

[112] Così come, *mutatis mutandis*, vorrebbe poter suggerire una logica estrema di *favor lavoratoris* in forza della già analizzata "enfasi" concettuale del diritto del lavoro come "diritto speciale" ; cfr. retro, in particolare, nota 103

[113] Esso rappresentava, infatti, il simbolo più "*…eloquente della sistematica e fisiologica vocazione al diritto del popolo romano…"* (così, Tondo., *Appunti in materia di diritto romano,* Lezioni accademiche, Roma, 2002-2003)

[114] In tal senso, tra tutti, cfr. Arangio Ruiz., (*op. cit.,)* il quale, sottolineando il rigore della *tradizione privatistica romana,* osserva come "*…ciò che contava era il modello concettuale ed operativo dello schema negoziale utilizzato…mentre pressochè insensibili si era alla specificità dei singoli interessi e/o risultati che si volevano conseguire…. in ogni modo… non si poteva alterare lo schema logico negoziale come tipizzato dalla giurisprudenza classica…..".*

[115] I.e., ci si riferisce alla figura negoziale di volta in volta considerata; nel caso in esame si tratterebbe della fattispecie (negoziale) lavoristica

[116] Quali quelli di valenza lavoristica, nei limiti e nei modi in cui realizzati negli schemi (soprattutto) della *locatio-conductio operis/operarum*

[117] Quanto si sta per affermare lo si interpreti con la debita clausola di salvezza interpretativa " *rebus sic stantibus"* in considerazione del peculiare contesto giuridico di riferimento (i.e., quello della tradizione romanistica) cui si accede

[118] E, quindi – per quel che a noi più interessa – relativamente alla sistematica generale del *ius civile romanum*

[119] In quanto tale *libera ed insindacabile sub specie* di *atto politico* o *altamente discrezionale* del legislatore storico di riferimento ; tra tutti, in materia, cfr. Casetta., *Diritto Amministrativo,* 2006

[120] In tal senso, tra tutti, cfr. Tondo., (*op. cit.,*) per il quale "*….il primo problema da risolvere, presso i giureconsulti romani, era stabilire, concettualmente, quali strumenti giuridici (privatistici o meno) era necessario considerare come i più idonei a regolare e comprendere il singolo fenomeno della vita concreta che si voleva sintetizzare in un modello legale…..."*

[121] In tal senso Tondo., (*op. cit.,)* per il quale "*….ugualmente* (continuando quanto già citato nella nota che precede)*…accadde in riferimento alla disciplina del lavoro…..."*

[122] Seguendo il quale si sarebbe implicitamento affermato il carattere *indisponibile* degli interessi ad essa (i.e., disciplina del lavoro) sottesi

[123] In tal senso, tra tutti, Paladin., *Diritto Costituzionale,* Cedam, 1999

[124] Con i connessi orizzonti negoziali che essa (i.e., autonomia dispositiva) andava naturalmente a presupporre

[125] Rinvio alla nota 120

[126] Quale quello insito nei modelli della *locatio-conductio* ed *emptio-venditio;* si rinvia al paragrafo che precede

[127] In tal senso, anche le magistrali osservazioni di Tondo.,(*Appunti in materia di diritto romano,* Roma, 1980,*)* per il quale "*…i giureconsulti romani ebbero cura di non cedere a spinte di eclettismo giuridico tale da…sintetizzare, indebitamente, discipline privatisitche con diverse logiche regolatrici attinenti altre tradizioni… e dunque, a guisa di non confondere ciò che atteneva al contractus… a ciò che ad esso era estraneo"*

[128] In omaggio al brocardo latino, assai caro ai giuristi classici, per cui "*…electa via altera non datur"*

In questo contesto storico di riferimento[130] si è giocata la *sfida normativa*[131] delle codificazioni moderne[132] in relazione alle quali ha assunto un ruolo decisivo il fermo convincimento, anch'esso[133] diffuso nella dottrina ottocentesca[134], per il quale nell'ambito delle obbligazioni aventi ad oggetto una *prestazione di lavoro*[135] si sarebbe dovuto procedere ad una ineliminabile *summa divisio* sistematica, a seconda che l'oggetto di essa[136] fosse da ravvisare, rispettivamente, nell'*attività in sé considerata*[137] ovvero, piuttosto, nel *risultato*[138] prodotto dalla applicazione lavorativa,[139] e tale

---

[129] Quanto detto, peraltro, sebbene in nuce, sembra introdurre un ulteriore spunto di riflessione su cui ci si soffermerà ampiamente nel corso della trattazione (cfr. capitolo IV) e al quale si è già accennato, in sintesi, nel corso dei paragrafi che precedono; si tratta della questione inerente il rapporto di compatibilità *logico-giuridica* tra la sussistenza di una fattispecie contrattuale e l' *integrazione extra negoziale* del suo contenuto, (questione) che noi analizzeremo e risolveremo, in ottica squisitamente civil - lavoristica, alla luce dell'intimo rapporto reciprocamente relazionale esistente tra la "nozione di "*contenuto del negozio"*e quella di "*effetti contrattuali"* ad esso (negozio) conseguenti (sul tema, per l'impostazione generale della problematica *de qua*, si rinvia anche alle premesse introduttive)

[130] Si rinvia al complesso delle considerazioni sin qui rese nonché ai profili *storico-giuridici* già analizzati nel corso dei paragrafi che precedono

[131] Sul tema in generale della *codificazione civilistica* - con particolare riguardo al profilo causale – si rinvia all'ampio studio di cui al paragrafo che precede

[132] In tal senso cfr. Mereu., *Storia delle codificazioni,* Padova, 1990

[133] Al pari del già analizzato *topos concettuale* in termini di *nesso logico* tra *diritto del lavoro* e connesso *strumento negoziale di riferimento;* cfr. retro

[134] Assai influente, al riguardo, la dottrina civilistica francese; tra i contributi più rilevanti, cfr. Delvincourt., *Corso di codice civile,* (trad. it), VIII, Napoli, 1828; Troplong., *Della permuta e della locazione,* (trad. it), Napoli, 1856; Baudry-Lacantineire-Wahl., *Del contratto di locazione,* in *Trattato di diritto civile,* (trad. it.), Milano, s.d.; Duranton., *Corso di diritto civile secondo il codice francese,* (trad. it), IX, Napoli, 1844; Colmet de Santerre., *Cours analytique de code civil,* VII, Parigi, 1887; Zacharie-Crome., *Manuale del diritto civile francese* (trad. it), II, Milano 1907; Laurent., *Principii di diritto civile,* (trad. it), XXVI, Napoli, 1885; Boileux., *Manuale di diritto civile,* (trad. it.), III, Napoli, 1843

[135] In tal senso, tra tutti, cfr. Duranton., *op. cit.,* per il quale "*….si trattò di un corollario positivo tipico della normativa lavoristica… un distinguo concettuale che la ha sempre accompagnata…"*

[136] I.e., prestazione di lavoro

[137] C.d. *contratti di comportamento*

[138] C.d. *contratti di risultato*

[139] *Mutatis mutandis,* giungiamo, anche in ambito lavoristico, al tradizionale "*trade off*" (privatistico) tra *obbligazioni di mezzi* e *obbligazioni di risultato,* sulla cui rilevanza sistematica si rinvia alle apposite trattazioni civilistiche in materia nonché – per i connessi profili sin qui analizzati – alle precedenti considerazioni di cui alle premesse introduttive e al capitolo che precede.

Solo accennando alla nozione – per meglio comprendere le considerazioni che seguiranno – si ricordi che si definiscono *obbligazioni di mezzi* quelle in cui il debitore è tenuto a svolgere una attività a prescindere dal conseguimento di una determinata finalità mentre rileverebbero quali *obbligazioni di risultato* quelle in cui il debitore è tenuto a realizzare un determinato *scopo* a prescindere da una specifica attività strumentale (in materia, per una revisione critica assai acuta dell'argomento, cfr., tra tutti, Mengoni., *Obbligazioni di mezzi e Obbligazioni di risultato,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1934, I, pagg. 185 e ss; sui profili più squisitamente lavoristici, cfr. Mazeaud., *Essai de la classifications des obligations,* in *Reveu. Trim. de droit civil,* 1936, pag. 22 e ss; Tunc., *Distinzioni delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza,* in *Nuova rivista di dir. Comm.,* 1947-1948).

Tale distinguo concettuale (i.e., obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato) – per quel che noi, in tal sede, più interessa – è stato utilizzato, in primo luogo, proprio dalla dottrina tedesca al fine di fissare, in termini inequivoci, l'indice discretivo tra *contratto di lavoro* e *contratto di opera;* se il primo (i.e., contratto di lavoro), infatti, doveva considerarsi come *contratto di comportamento* (*operas praestare*) nel

senso che avrebbe assunto importanza fondamentale l'impegno al dispiegamento di una attività economica nell'interesse del datore di lavoro – avendo ad oggetto, pertanto, un contegno di cooperazione valutabile alla stregua di diligenza e anche di abilità tecnica –, il secondo (i.e., contratto di opera), invece, si sarebbe dovuto intendere quale *contratto di risultato (efficere opus)* richiedendo un impegno teleologicamente volto al raggiungimento di uno specifico *fine* utile come concordato dalle parti (c.d. *opus*). In materia, tra la dottrina (di matrice alemanna) più autorevole cfr. Molitor., *Wesen des Arbeitsvertrag,* Lipsia, 1925; Nikisch., *Die Grundformen des Arbeitsvertrages und-der Antellungsvertrag,* Berlino, 1926.

Tuttavia, progressivamente, la distanza concettuale tra *contratti di comportamento e contratti di risultato* (nei termini in cui retro espressa) finì per ridursi sensibilmente rispetto alle più tradizionali (ed iniziali) rigorose speculazioni dogmatiche in materia (sul punto, tra tutti, cfr. Windscheid – *Diritto delle Pandette.,* trad. it., *op. cit.* – che riteneva le due fattispecie negoziali come addirittura"*…intrinsecamente confliggenti tra loro…");* più in particolare – per una autorevole sintesi delle più concilianti (e successive) posizioni teoriche al riguardo – cfr. Barassi per il quale (in *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano,* Milano, 1915) *"…i due termini, lavoro in sé considerato, anzi addirittura lavoro…e, d'altra parte, risultato di lavoro… non vanno contrapposti l'uno all'altro, come se tra essi sussista una barriera, un solco profondo"….* Piuttosto, essi (i.e., concetti di lavoro e risultato di lavoro) sono "*…non solo tra loro conciliabili, ma in un certo senso addirittura inscindibili l'uno dall'altro…Infatti, non è concepibile un lavoro che non debba mirare necessariamente ad un risultato, postochè il lavoro non è che mezzo a fine…e, d'altra parte, non è concepibile neppure un risultato (opus) senza una attività di lavoro per conseguirlo…. Anche nella locazione d'opera è influente la considerazione del risultato, cui il lavoro dovrà condurre, così come nella locazione d'opera appartiene all'essenza del rapporto locativo il concetto di esercizio di una determinata energia di lavoro…anzi, questa costituisce pur sempre il nocciolo di questo rapporto, in quanto lo si esamini nella sua obiettiva complessità… per la ragione che noi non possiamo concepire una locazione di opere o di opera senza una faciendi necessitas"*.

Ho volutamente scelto, tra i tanti, questo frammento del Barassi perché in esso sembra "scorgersi" un assai stretto nesso logico tra *diritto del lavoro* e *diritto civile tout cour* nell'ottica scientifica (come sopra accennata cfr. nota 103) volta a sconfessare il tradizionale assunto per il quale il primo (diritto del lavoro) rappresenterebbe un *quid negoziale eccentrico* e, in quanto tale, irriducibile, per molti versi, al diritto comune dei contratti; più in particolare – in riferimento a quanto, sopra, testualmente riportato – l'autorevole maestro citato (i.e. Barassi) si oppone alla rigida e netta esasperazione concettuale tra *contratti di risultato* e *contratti di comportamento* seguendo un iter logico che non fa altro che traslare e coniugare, in ottica lavoristica, *il rigoroso ragionamento civilistico (*in materia) per il quale *non sarebbe corretto enfatizzare,* sotto un profilo dogmatico, il distinguo tra *obbligazione di mezzi* e *obbligazioni di risultato* sino al punto di attribuire rilevanza esclusiva, rispettivamente, all'*attività strumentale* svolta, nel primo caso, e all' *opus* conseguito, nel secondo. A ciò, infatti, sotto un profilo privatistico, sembrerebbe ostare la stessa previsione normativa ex. art. 1777 c.c; quest'ultima, infatti, prevedendo che "*…l'obbligazione di consegnare una cosa determinata include anche quella di custodirla sino alla consegna",* parrebbe suggerire, piuttosto, che è tipica di ogni obbligazione la *dialettica* interna tra *fase finale* della prestazione – i.e., quella che soddisfa l'interesse creditorio – e *fase preparatoria* (della stessa) che, necessariamente preliminare e strumentale rispetto alla prima (i.e., fase finale), troverebbe un suo autonomo riconoscimento positivo proprio nella sopracitata norma (art. 1777 c.c.) come espressione *legale* di un più ampio e generale principio rilevante *sub specie* di *doverosità del momento strumentale dell'obbligazione stricto sensu* intesa.

In favor alla prospettiva sopra esposta, infine, (e, quindi, per un ridimensionamento concettuale del binomio logico *sub specie* di *contratto di lavoro/obbligazione di mezzi,* da un alto, e *contratto di opera/ obbligazioni di risultato,* dall'altro, come sostenuto dal Barassi nel frammento retro riportato) vi sarebbe un ulteriore argomento di carattere letterale; si tratta della disposizione ex. art. 1174 c.c. la quale, testualmente, recita che "*….la prestazione deve…corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale del creditore.* Così prevedendo la norma in esame, sembrerebbe doversi concludere nel senso che sia *fisiologica* del vincolo obbligatorio la *tensione* dell'attività del debitore alla realizzazione dell'interesse del creditore e, quindi – coniugando il tutto nell'ambito della fattispecie obbligatorio contrattuale di matrice lavoristica – risulterà altrettanto fisiologica la *tensione* (e/o, rectius, la *funzionalizzazione*) dell'attività del prestatore di lavoro (i.e., il debitore ex. art. 1174 c.c.) alla realizzazione dell'interesse del datore di lavoro (i.e., il creditore ex. art. 1174 c.c.) a prescindere da qualsivoglia ed ulteriore classificazione della obbligazione come "*di mezzi"* e/o "*di risultato"* e, quindi, del connesso distinguo in

distinguo[140] concettuale[141] sarà talmente caratterizzante l'intero arco del secolo XIX da segnare le sorti del *code civil* francese del 1804[142], di quello italiano del 1865[143] e, infine, della più recente esperienza tedesca del 1900.[144]

---

termini di *contratto di lavoro* (i.e. contratto di attività) e *contrato di opera* (i.e., contratto di risultato) come nel testo esplicitato.

[140] I.e., contratti di *comportamento*/*risultato* che riprende, a sua volta, il dibattito civilistico riguardante il binomio "concettuale" tra *obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato;* si rinvia alla nota che precede

[141] A parer mio, però, la *summa divisio* (obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato) come nel testo delineata cela, in ambito lavori stico, una problematica civilistica di ancor più ampia e globale portata quale è quella inerente i rapporti relazionali tra *responsabilità per inadempimento* e *incidenza del rischio* della prestazione (lavorativa); a conferma di questa opzione interpretativa sembrano rilevare due argomenti, uno di carattere *letterale* e l'altro di natura s*torico-dogmatica.*

Quanto al primo (i.e., argomento letterale) si osservi che, in materia, l'articolo 1637 del codice civile abrogato (nonché la previsione normativa ex. art. 1790 del codice francese e il par. 644 del BGB) testualmente recitava che "*…se la cosa perisce, quantunque senza colpa dell'artefice, prima che l'opera sia consegnata, e senza che il committente sia in mora a verificarla, l'artefice non ha più diritto a pretendere la mercede…purchè la cosa non sia perita per un vizio della materia";* quanto al secondo (i.e., argomento storico-dogmatico), è da annotare che la stessa dottrina tedesca più autorevole (tra tutti, cfr. Riezler., *Der Werkvertrag, op. cit.,* 1900; Rumelin., *Dienstvertrag und Werkvertrag,* 1905) aveva già implicitamente ammesso la prospettiva di studio come sin qui proposta – i.e., analisi della disciplina lavoristica alla luce del binomio concettuale *responsabilità per inadempimento/incidenza del rischio della prestazione* – esprimendosi nel senso che – così, testualmente, l'ultimo autore citato (Rumelin) – "*…l'elemento del rischio è quello veramente qualificativo nell'ambito delle obbligazioni di lavoro"*.

All'origine degli orizzonti speculativi come fin qui proposti, vi sarebbe stata la sempre crescente e consapevole sfiducia dell'ordinamento circa la possibilità di poter rinvenire un valido elemento differenziale tra *locatio operis* e *locatio operarum* nel contenuto stesso della prestazione lavorativa; pertanto, sul piano teorico, si cercarono *indici discretivi esogeni* alla fattispecie negoziale (locatio) *stricto sensu* intesa che si riconobbero proprio nell'elemento del *rischio del lavoro* o, *rectius, nell'alea inerente al conseguimento dell'opus* (così, tra tutti, lo stesso Rumellin., *op. cit.,*).

Più in particolare, si sostenne che la diversa incidenza del rischio (rispettivamente, nella *locatio operis* e nella *locatio operarum*) era da leggere in ottica squisitamente *contrattuale* andando (essa stessa) a dipendere da un particolare *atteggiamento della volontà negoziale;* pertanto, *il problema speculativo da risolvere era, in primo luogo, quello di individuare quale fosse il rischio caratterizzante ciascuna delle due ipotesi negoziali (i.e., locatio operis e locatio operarum) e, in secondo luogo, quello di fissare in qual modo esso potesse risultare decisivo ai fini contrattuali* ; dopo attenta e meditata riflessione sull'argomento, mi sembra possano sintetizzarsi, al riguardo, due fondamentali posizioni dogmatiche, l'una, di matrice tedesca, e l'altra, di origine italiana.

Quanto alla prima, essa si fonda sulle (civilisticamente rigorose) argomentazioni del Rumelin (*Dienstvertrag und Werkvertrag,* Tubinga, 1905) il quale sostiene come *ogni comportamento umano implichi in sé una struttura binaria* comprendendo, da un lato, un *tendenziale risultato* (c.d. *Erfolg)* cui lo stesso (comportamento) sia volto e, dall'altro, una *attività strumentale* (c.d. *Tatigkeit)* diretta a conseguirlo; stando così le cose, sarebbe rimessa all'operazione interpretativa lo stabilire, di volta in volta, se le parti abbiano voluto privilegiare l'uno o l'altro (i.e., risultato o attività) profilo dell' "*agere umano negozialmente concludente"* (così, testualmente, l'autore sopra citato e, in tal senso, sono palesi le influenze dogmatiche della Pandettistica sulla cui portata si rinvia alle premesse introduttive e al capitolo che precede.)

Sulla base di questa premessa logica, la dottrina (tedesca) in esame ha ritenuto di poter fare riferimento alla peculaire nozione di. *rischio in senso tecnico* quale è quello relativo alle conseguenze della *sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile al lavoratore*; in questi termini intesi, lo schema logico di riferimento risulterebbe il seguente.

Ovvero, l'*artifex,* stipulando il contratto di opera, consentirà di assumere quel *rischio* che il lavoratore (che oggi chiameremo *subordinato*) riversa, invece, sull'imprenditore, e ciò in forza della indispensabile precisazione logico-sistematica per cui *l'assunzione del rischio avviene di solito implicitamente, con l'impegno a realizzare un opus, in quanto* (così, testualmente, il Rumelin., *op. cit.,* trad. it. del 1936) "*…è*

normale che le parti nella determinazione del contenuto del contratto manifestino lo scopo economico che vogliono perseguire.. insistendo sull'aspetto positivo degli impegni…e lasciando dedurre a contrario gli estremi della responsabilità che ad essi si ricollegano".
Rebus sic stanti bus, per esigenze di rigore civilistico, residua, però, di affrontare un ulteriore quesito; ovvero, si tratta di stabilire se l'assunzione del rischio avvenga *direttamente* – sia pure attraverso una pattuizione implicita – ovvero *indirettamente* , nel senso di dover ritenere che l'impegno derivante *ex contractu* sia *obiettivamente di natura tale* da doversi senz'altro concludere circa le sopra dette conseguenze giuridiche, in tema di rischio della prestazione, anche allorchè nulla sia stato disposto nel regolamento negoziale.
Alla suddetta questione teorica non sembrerebbe potersi rispondere se non osservando che il contratto di opera non subisce alcuna irrimediabile modifica strutturale anche allorquando le parti convengano una inversione della normale incidenza del rischio. Pertanto, la soluzione della problematica rileva, ancora una volta, in termini squisitamente *contrattuali;* ovvero, dovrà concludersi nel senso che *il criterio distintivo* (tra contratto di *opera* e contratto di *opere*) deve rinvenirsi nella particolare e specifica portata sostanziale e precettiva degli *impegni negozialmente e reciprocamente assunti* (eco del principio di *impegnatività e relatività del contratto* ex. art. 1372 del codice civile vigente; si rinvia la proseguo) i quali, come normale conseguenza, presupporranno una certa incidenza del rischio per *sopravvenuta impossibilità della prestazione* che, a sua volta, rimarrà sempre decisiva agli effetti della *lex contractus* posta in essere dalle parti anche in presenza di una qualche *modifica convenzionale* (nei limiti della compatibilità logica) *degli effetti giuridici* (su quest'ultimo punto, si rinvia ai profili teorici già esaminati nella premessa introduttiva) da essa (i.e., *lex contractus*) derivante
Quanto alla seconda impostazione teorica (i.e., quella di matrice italiana), invece, essa si fonda, essenzialmente, sulle rigorose argomentazioni del Carnelutti (*Il concetto di impresa nella legge sugli infortuni,* in *Infortuni sul lavoro,* Roma, 1913) per il quale "…*quando due persone entrano in rapporto per lo scambio di lavoro, una di esse assume il rischio: quest'una è l'imprenditore… Può assumerlo il lavoratore, ed è il conductor operis, e vi ha coincidenza tra lavoratore ed imprenditore…Può assumerlo l'altro contraente, ed è il conductor operarum e si ha divergenza tra lavoratore ed imprenditore"*. Ciò premesso, lo stesso autore – per quel che più a noi interessa – conclude nel senso che "… *l'assunzione del rischio del lavoro costituisce veramente il nocciolo della distinzione tra le due forme di scambio…e così si intende perché, nel linguaggio comune, la qualifica di imprenditore sia data promiscuamente al debitore e al creditore di lavoro secondo che dell'una o dell'altra forma si tratti….qualcosa di simile avveniva in diritto romano…. dove era detto conductor, a preferenza di locator, il debitore dell'opus"*.
Sulla base del suesposto *background teorico* di riferimento, la soluzione adottata dalla dottrina in esame sarà diversa, però, da quella (già analizzata) sostenuta dal Rumelin; se questi, infatti, aveva fatto riferimento alla nozione di *rischio in senso tecnico* (quale quello relativo alle conseguenze della sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile al lavoratore; cfr. la parte iniziale della presente nota), il Carnelutti, al contrario, si esprimerà nel senso che "…*il rischio decisivo… cui guardare… non è quello tecnico…relativo alla impossibilità della prestazione…, ma, piuttosto, uno diverso relativo alla stessa attività lavorativa posta in essere"*.
In termini più pragmatici, seguendo questa teorica – e ai fini di un corretto inquadramento della singola fattispecie negoziale posta in essere a fronte dell' alternativa teorica tra *contratto di lavoro e contratto di opera* nei termini in cui sopra precisati – sembrerebbe doversi procedere ad una complessa operazione *logico ermeneutica a formazione progressiva* tale da potersi sintetizzare in tre mome nti fondamentali: a) *individuazione del concreto indice di rischio;* b) *disamina circa il suo (*ci si riferisce all'indice di rischio) *concreto atteggiarsi nell'ambito, rispettivamente, della locatio operis e della locatio operarum; c) verifica finale circa l'effettiva volontà delle parti di considerare la fisiologica alea del rischio della prestazione lavorativa come attinente alla struttura stessa del sinallagma contrattuale posto in essere.*
Coniugando opportunamente le tre suddette componenti, ne risulterebbe che "…*il contenuto degli obblighi del prestatore di opera è molto più complesso ed elastico di quello del lavoratore subordinato…e, per valutare il diverso comportamento del rischio inerente all'attività lavorativa nei due contratti...occorrerà, preliminarmente, isolare la prestazione di lavoro da ogni altra…che possa essere dovuta dal prestatore di una opera o di un servizio… nell'adempimento del suo incarico complessivo"* (così, Carnelutti., *op. cit.,*).
[142] Il testo legislativo francese, infatti, all'art. 1779 Code civil , prevedeva tre specie principali di *louage d'ouvrage et d'industrie* e, segnatamente, *le louage des gens de travail qui s'engangent au service de quelqu'un* (che erano da identificare, ex. artt. 1780 e 1781, nei *domestiques* e negli *ouvriers*), *le louage*

des voituriers ed, infine, *le louage des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marches*; la connessa distinzione concettuale era assai chiara.
I c.d. *gens de travail*, infatti, promettevano lavoro da eseguirsi sotto la direzione della controparte ed erano pagati in ragione del tempo durante il quale lavoravano (secondo lo schema logico dei c.d *contratti di comportamento*) ; gli *entrepreneurs*, invece, assumevano l'obbligo di effettuare un lavoro compiuto, essendo remunerati in ragione del valore dell'*opus* conseguito (c.d. *contratti di risultato)* ed, infine – quanto ai *voituriers* – si trattava di *entrepreneurs* incaricati non già di una opera di trasformazione o *lavorazione di cose* ma, piuttosto, del trasporto di persone o di cose ;in tal senso, tra tutti, cfr. Zacharia-Crome., *Manuale del diritto civile francese*, (trad. it.), II, Milano, 1907

[143] Così come è avvenuto relativamente alla globale codificazione privatistica in materia di causa del contratto (si rinvia al paragrafo 3 del capitolo che precede), anche in ottica lavoristica il nostro codice civile del 1865 si limita a "riprendere", *rimodulandola* (così Mereu., *op. cit.,)* la tradizione napoleonica; l'art. 1627 (del codice italiano del 1865), infatti, ripete, quasi alle lettera, la previsione normativa di cui all'art. 1779 del codice francese (si rinvia alla nota che precede) e, al riguardo, la tradizionale distinzione tra locazione di opere e locazione di opera (art. 1568) veniva richiamata dagli interpreti soprattutto in relazione alla figura – allora emergente sul piano economico e sociale – del *contratto di lavoro salariato;* in tal senso, tra tutti, cfr. Mengoni., *Il contratto individuale di lavoro nel XX secolo*, in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2000, p. 181 e ss; Pacifici-Mazzoni., *Trattato delle locazioni* in *Codice civile italiano*, Firenze, 1887; Ricci., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VIII, Torino, 1882; Vignali., *Commentario del codice civile italiano*, IV, Napoli, 1884, pp. 321, 415.
Similmente, avveniva nello stesso Codice di Commercio che "ignorava" il rapporto di lavoro limitandosi a stabilire, nel capitolo dedicato al mandato commerciale, alcuni principi relativi al potere di rappresentanza verso i terzi di certi lavoratori del commercio tra i quali rilevavano, in particolare, gli institori, i commessi viaggiatori e i commessi di negozio (artt. 368-376 Cod. Comm).

[144] Una grossa novità sistematica, invece, sarà introdotta proprio dal *Burgerliches Gesetzbuch* tedesco che elimina, almeno *formalmente* (cfr. proseguo della nota), lo schema locativo di tradizione romanistica (si rinvia al paragrafo che precede) prevedendo (parr. 611 e 631), pur tuttavia, il distinguo logico tra *contratti di attività* e *contratti di risultato sub specie* di *promessa di meri Dienste* (*locatio operarum)* o di un *Werk* (*locatio operis).* Al binomio concettuale come sopra espresso (i.e., *Dienste/Werk)* corrisponde una disciplina normativa diversa; infatti, nel primo caso (c.d. *Dienstvertrag* assimilabile, *mutatis mutandis*, alla *locatio operarum*) il debitore di lavoro doveva prestare personalmente l'attività dedotta in contratto a differenza di quanto avveniva nell'ipotesi opposta (c.d. *Werkvertrag*, parificabile, a sua volta, alla *locatio operis*) in cui l'interesse del creditore al risultato finale avrebbe reso indifferente, per quest'ultimo (i.e. creditore), il *momento preparatorio della esplicazione lavorativa*. Similmente, anche la disciplina della *mora accipiendi* mutava a seconda delle due ipotesi di riferimento; in caso di *Dienstvertrag* (obbligazioni di mezzi), il debitore di lavoro avrebbe potuto pretendere il corrispettivo pattuito nell'ipotesi e per il tempo in cui la prestazione lavorativa non fosse stata eseguita per la mancata cooperazione del creditore (par. 615, 631, 642 del BGB). In ipotesi di *Werkvertrag* (obbligazioni di risultato), invece, si riteneva che il debitore potesse pretendere il corrispettivo pattuito solo a lavoro compiuto ma – qualora il compimento dell'*opus* dedotto in contratto fosse risultato impossibile per *mora credendi* ovvero per l'ingiustificato recesso del creditore stesso della prestazione lavorativa – il debitore avrebbe avuto diritto ad un risarcimento danni commisurato non soltanto al lavoro compiuto ma anche al guadagno atteso dall'impresa (in tal senso, parr. 642 e 649 del BGB ma anche l'art. 1641 del codice civile italiano del 1865 e l'art. 1794 di quello francese).
Altre due questioni rilevanti concernono, rispettivamente, il *tempo di maturazione del diritto al corrispettivo*, da un lato, e la *disciplina del recesso*, dall'altra.
Quanto alla prima, il diritto alla mercede si sarebbe legittimamente compiuto "*momento per momento*" (così, testualmente, Nipperdey-Mohnen-Neumann., *op. cit.,*) nella *locatio operarum* (c.d. Dienstvertrag tedesca, par. 614 del BGB) e "*nel tempo del compimento dell'opera"* nella *locatio operis* (c.d. Werkvertrag, par. 641 BGB); quanto alla seconda, il recesso sarebbe stato completamente libero per entrambe le parti allorchè fosse stata promessa una attività o quando la durata della prestazione non fosse stata (direttamente o indirettamente) determinata (par. 620 del BGB) mentre, in caso di obbligazione di risultato, le parti non avrebbero potuto in alcun modo sottrarsi al raggiungimento dell'*opus* finale dedotto in contratto che, al contrario, rappresentava, nel contempo, sia *il momento di soddisfazione dell'interesse del creditore*, sia *il dies a quo* della vigenza stessa del diritto al corrispettivo da parte del debitore.

Più in particolare – per quanto attiene alla genesi della nostra *sistematica privatistica*[145] – il legislatore del codice civile abrogato[146], di fronte alle due opzione ermeneutiche[147] di derivazione romanistica, preferì quella della *locatio-conductio*[148] pur assumendo, al riguardo, un atteggiamento "*normativo*" prudente, chiaramente palese allorché si consideri che – nel capitolo intitolato alla locazione delle opere[149] – l'unica disposizione specificamente dettata in materia di *lavoro subordinato* era quella di cui all'art. 1628[150] c.c. la quale (disposizione), di espressa derivazione francese[151], era chiaramente volta ad *evitare qualsivoglia possibile applicazione elusiva*[152] *della normativa lavoristica*[153] che potesse in qualche modo risolvere lo schema contrattuale sino ad allora utilizzato[154] in

---

In tal senso anche l'art. 1641 del codice civile italiano del 1865 (derivante, a sua volta, dall'omologo l'art. 1794 del codice francese) ai sensi del quale "… *se il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto"*, sarà, d'altra parte, tenuto verso l'imprenditore al risarcimento nei termini in cui *retro* indicati mentre, a carico di quest'ultimo (i.e. imprenditore), un diritto del recesso sarà previsto solo in presenza di casi del tutto eccezionali (così, il par. 642 del BGB). In tal senso, tra tutti, cfr. Nipperdey-Mohnen-Neumann., *Der Dienstvertrag*, 1958; Enneccerus-Lehmann., *Lehrbuch., op. cit.,* II, pag. 601 e ss; Palandt-Danckelmann., *Burg. Gesetzbuch., op. cit.*, pag. 613 e ss; Soergel-Bauer., *Burg. Gesetzbuch*, pag. 231 e ss.

[145] A riguardo della materia del lavoro

[146] Per un inquadramento storico della codificazione del 1865 si rinvia alle considerazioni ed argomentazioni di cui al capitolo che precede;

[147] I.e., *locatio-conductio e/o emptio-venditio*

[148] Fra tutte, si pensi alla disposizione di cui all'art. 1568 (c.c. del 1865) che, espressamente, prevedeva due specie di locazione, ovvero, rispettivamente, quella di *cose* e quella di *opere* in omaggio al corrispondente distinguo tra *locatio operis* e *locatio operarum.* L'art. 1570, poi, ne forniva la nozione giuridica in termini di "*…contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede.…"*

[149] Laddove era prevista una ampia disciplina in riferimento al contratto di trasporto (artt. 1629-1633), e a quello di appalto (artt. 1634-1646)

[150] Ai sensi della quale "*…nessuno poteva obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa"*

[151] In termini pressoché analoghi, infatti, l'art. 1789 del Code Napoleon si esprimeva nel senso che "*…on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une enteprise determinèe";* sui rapporti tra *teoria francese classica e codificazione italiana* si rinvia al capitolo che precede;

[152] In termini di *rapporto obbligatorio sine die*; su quest'ultima prospettiva ermeneutica, feconda la dottrina francese in relazione all'omologa previsione normativa (art. 1789; cfr. nota 142) del Code Napoleon; tra tutti, cfr. Chatelain., *De la nature du contrat de travail entre ouvrier et enpreneur*, Parigi, 1902

[153] Sul tema – soprattutto per quanto attiene ai connessi risvolti concettuali nella successiva normativa del contratto a tempo determinato – cfr. Balzarini G., *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato,* Milano, 1966; Calabrò C., *Contratti di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a tempo prestabilito* in *Dir. Lav.,* 1962, I, 165; Buscaino M., *La nuova disciplina nel contratto di lavoro a termine nella legge 18 aprile 1962 n. 230* in *Riv. Giur. Lav.,* 1962, I, 99; Montuschi L., *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1962, 901

[154] Ovvero quello della *locatio-operis/operarum* che rappresenterà, in relazione al rapporto di lavoro, il parametro normativo di riferimento fino alla successiva codificazione del 1942 (rinvio al proseguo)

una sorta di *servitù personale*[155] *a carattere perpetuo*[156]*;* ciò spiega, peraltro, anche la ragione per la quale la dottrina e la giurisprudenza successive al codice del 1865[157] impiegarono ogni sforzo (teorico)[158]per individuare una norma che legittimasse entrambi le parti[159] a *recedere*[160] dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato[161] che, altrimenti, si sarebbe dovuto considerare senz'altro *nullo*[162] in quanto contrastante con la suddetta *disposizione* imperativa ex. art. 1628[163] del codice civile abrogato.[164]

---

[155] In tal senso, tra tutti, anche Mereu., (*op. cit.,)* che "legge" nella disposizione in esame (art. 1628 del codice civile del 1865) una evidente "*…rato garantistica…. volta a scongiurare possibili risvolti concreti in termini similari alla tradizione romana della locatio servi…*

[156] In tal senso, tra tutti, cfr. Balzarini., (*op. cit.,)* per il quale, dalla *ratio* stessa della disposizione in esame (art. 1628 del codice civile abrogato), *"…traspare la preoccupazione, evidentemente ancora viva nell'Italia del 1865, che la locatio operarum si risolvesse in una sorta di servitù personale…a carattere perpetuo…"* .

[157] Ma , si badi, bene, anteriore al codice del 1942

[158] La posizione della giurisprudenza, in materia, sarà molto complessa e spesso contrastante; tra le pronunce più significative, cfr. Appello Milano., 4 novembre 1880 (in *Giur. It.,* 1881, II, 2, 69) che fa riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza francesi per affermare la validità del contratto di lavoro a tempo indeterminato; similmente, cfr. Appello Genova., 3 settembre 1878 (*id,* 1879, I, 2, 255) che estende analogicamente al contratto di lavoro la norma di cui all'art. 1609 relativa alla locazione delle cose la quale (i.e., disposizione ex. art. 1609), a sua volta, consentiva di dare licenza all'altra parte secondo le consuetudini dei luoghi, in qualsiasi momento, qualora la locazione fosse senza predeterminazione della durata.

Assai più rigoroso, infine, Appello Venezia., 11 aprile 1873 (*id,* 1873, II, 246) che, applicando il codice civile austriaco, (parr. 1161 e 1149) afferma che "*….non sembrano ammissibili obbligazioni di servizi a tempo indeterminato…od a vita che fanno contrasto coi… principi di libertà personale…non v'ha dubbio che durante il lavoro o l'eseguimento dell'opera, venendo limitata la libertà personale, essenzialmente importa che sia prefisso un tempo per la durata di una posizione cotanto eccezionale…".*

[159] E, segnatamente, parte datoriale e prestatore

[160] Così Mereu., (*op. cit.)* per il quale "*…la dottrina del tempo… cercò in tutti i modi, anche con i più estremi tentativi ermeneutici… di trovare un qualche escamotege giuridico per ammettere ciò che non era espressamente previsto…. ovvero la regola della libera recidibilità.... inter partes, dal contratto di lavoro…"*

[161] Quest'ultimo, infatti, "*…rischiava di rappresentare.. con mero riguardo alla prospettiva storica…. la versione giuridica e moderna della locatio servi in termini di soggezione senza fine di una parte all'altra…"* (così Mereu., *op. cit.,)*

[162] Sul problema della *nullità* si rinvia alle apposite sedi di analisi in proseguo

[163] Si rinvia alla nota 150

[164] Infatti, fin quando questo risultato *positivo* (i.e., regola delle bilaterale recidibilità dal contratto di lavoro) non fu raggiunto – e ciò, si ricordi, si realizzerà soltanto con la successiva codificazione del 1942 allorchè l'art. 2118 c.c. espressamente reciterà nel senso che"…*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o dalle norme corporative* – la posizione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro era di talmente ed evidente soggezione (in quanto sarebbe stato in ogni caso necessario il consenso del datore di lavoro per risolvere il rapporto) che, *naturaliter,* nella coscienza politica e sociale dell'epoca, maturò il *nucleo concettuale* che vedeva il divieto di contratto *sine die* come un indefettibile *corollario positivo* nella minimale ottica garantistica del lavoratore volta a salvaguardare i "*suoi stessi diritti di libertà personale…. anche e soprattutto nei rapporti di lavoro…* (così Mereu., *op. cit., ;* similmente, cfr. Balzarini., *op. cit.,* per il quale "*… si determinava ovviamente una situazione grandemente pregiudizievole per la libertà personale del lavoratore, tanto più che non esistevano, all'epoca, norme collettive che ponessero un qualche limite massimo all'attività lavorativa….").*

Rebus sic stantibus, si avviò un laborioso e progressivo *percorso ermeneutico* che porterà la dottrina italiana ad un duplice *risultato euristico:* da un lato[165], si cercò di analizzare il *bonum* logico della tradizione romanistica[166] per verificarne la sua compatibilità *sostanziale* nei mutati contesti *giuridici* di riferimento[167] – procedendo, a

---

Rebus sic stantibus, nell'ottica interpretativa come sin qui proposta, si spiega la vera ragione genetica della successiva *rivoluzione copernicana sul piano sistematico* come espressamente sottesa, sul punto, alla "*logica giuridica"* (così Corrado., *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, op. cit.*,) del legislatore storico del 1942.

Infatti, una volta consolidatasi la regola della *libera recidibilità bilaterale* (ex. art. 2118 c.c. vigente), ciò che prima era stato considerato il *prototipo ideale del modello contrattuale lavoristico* (i.e., *mutatis mutandis,* "il lavoro a termine" – ex. art. 1628 c.c. del 1865 – a tutela della libertà personale ed individuale del prestatore, cfr. sopra) viene progressivamente "sostituito" da un altro schema negoziale (ovvero quello del contratto di lavoro a tempo indeterminato) al quale fino ad allora (nell'ottica del codice del 1865) si era "guardato" con diffidenza, quasi si trattasse di un *pericolo incombente* dal quale proteggere l'ordinamento giuridico; a conferma dell'*iter logico* così tracciato – e, segnatamente, della suddetta *inversione di tendenza sul piano sistematico* – rileva anche un importante argomento di carattere testuale.

Più in particolare, l' (ormai abrogato) art. 2097 c.c. (del 1942) - recitando nel senso che "…*il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato…se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto* – nell'ottica corporativa, sembrava chiaramente strutturare il rapporto tra lavoro a tempo indeterminato e lavoro a termine *sub specie*, rispettivamente, di *regola* ed *eccezione,* secondo una logica diametralmente opposta a quella (sopra esposta) ispiratrice della precedente codificazione unitaria del 1865.

Alla stessa *ratio (*regola/eccezione), infine, sarà ispirata la successiva disciplina in materia (legge 230/1962) che – fermo restando il *favor* per il lavoro a tempo indeterminato – *tipizzerà i casi eccezionali* in cui sarà possibile ricorrere al "modello negoziale" del "lavoro a termine" secondo il sistema della c.d. *lista chiusa,* insuscettibile di interpretazione estensiva; circa le (ulteriori) differenze con l'attuale normativa (ex D. lgs. 368/2001) si tratterà, in proseguo, nei limiti di attinenza al nostro oggetto di studio

[165] *Pars destruens* dell'argomentazione

[166] Che "leggeva", come ampiamente spiegato *retro,* il rapporto di lavoro, alternativamente, in termini di *locatio-conductio* e/o *emptio-venditio* (si rinvia al paragrafo che precede)

[167] In particolare – in una ottica di indagine *storicamente* orientata – l'accezione *sostanziale* della *fattispecie lavoristica* globalmente intesa venne sempre più a confrontarsi con l'evoluzione sistematica del diritto privato che, proprio in questo contesto storico – giuridico di riferimento, tendeva ad "*..adeguare i principi di libertà… definitivamente acquisiti alla moderna civiltà occidentale… con le nuove esigenze sociali"* (così, tra tutti, Dikoff., *L'evolution de la notion de contrat* in *Etudes de droit civil a la memorie de H. Capitant,* Parigi, 1938).

Ciò si lega, a parer mio, al fatto che, già a partire dal XIX secolo – sotto l'impulso di una diversa concezione della società che tendeva a valorizzare negli individui l' "*originalità concreta della personalità e l'esigenza della socialità"* (così Ripert., *Le regime democratique et le droit civil moderne,* Parigi, 1948) – va a mutare, progressivamente, la stessa nozione di contratto il quale, a sua volta, – iniziando a perdere il suo originario valore concettuale *sub specie* di *mezzo di autolimitazione nel conflitto fra libertà assolute nella loro astrattezza* (così, tra tutti, Perreau., *Une evolution vers un Statut legal des contrats* in *Recueil d'etudes sue les sources du droit en l'honneur de Francois Geny*, 1950) – andrà ad assumere una *diversa* connotazione *ontologica* (cui attiene proprio la disciplina lavoristica *negozialmente* intesa) che lo individuerà, piuttosto, in termini di *strumento per il perseguimento di fini comuni, nel quale gli interessi particolari vengono rivalutati nella prospettiva di principi generalmente accettati come aderenti alle esigenze di una civile convivenza* (in tal senso, Morin., *La loi et le contrat. La decadence de leur souverainetè,* Parigi, 1927).

Quanto sopra considerato – per quel che a noi maggiormente interessa in relazione alla problematica in esame – traspare proprio nel passaggio dalla codificazione del 1865, di ispirazione napoleonica, a quella del codice civile vigente; per poterne apprezzare la valenza sistematica, basta rifarsi, tra tutte, alle magistrali riflessioni del Betti (*Il negozio giuridico in una pubblicazione recente,*in *Giur. It.,* 1947, IV) e

tal fine, ad un attento studio teorico[168] circa il rapporto dogmatico tra *contratto di lavoro*[169] e gli altri schemi negoziali classici quali, tra tutti, quelli della *locazione*[170] e

---

dello Stolfi (*Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. It.*, 1948, IV) seguendo le quali si potrà senz'altro captare e convenire *sul bonum* dell'inversione di tendenza come attuatasi nell'ambito stesso del diritto comune dei contratti. Tra le espressioni più incisive al riguardo, si ricordino, tra tutte, quelle per le quali "*…il dogma della volontà cede il passo a quello dell'affidamento…; la volontà contrattuale coincide con il valore delle parole usate secondo la loro valutazione sociale*; *sulla rilevanza del contratto precettivo reagiscono i motivi; nell'interpretazione del contratto saranno decisivi i principi della buona fede…intesi come rispetto degli impegni assunti; sulla stessa sostanza della lex contractus…influiranno i presupposti economici dell'accordo…che limiteranno, personalizzandoli, i rischi della normale alea contrattuale connessa ad una qualsivoglia fattispecie negoziale".*

Queste le nuove prospettive *privatistiche* sulle quali si giocherà, nei termini che gradualmente scorgeremo, la successiva normazione lavoristica di riferimento come stigmatizzata dal legislatore corporativo.

[168] Esso fu di chiara derivazione tedesca; infatti, come si avrà modo di apprezzare già a partire dalle successive note, *il fondamento logico e filosofico* delle argomentazioni fatte proprie dalla speculazione dogmatica italiana del periodo in esame dovrà rinvenirsi nelle coevi ed imponenti trattazioni giuridiche alemanne di (già intuibile) natura e ispirazione *protopandettistica*

[169] Ormai inteso secondo il più evoluto "binomio concettuale" in termini di "*materia energia*" e non già *"lavoro cosa";* si rinvia al paragrafo che precede e al connesso contesto storico giuridico di riferimento; cfr. anche note 70 e ss.

[170] Quanto alla tesi che equiparava il contratto di lavoro in senso proprio alla categoria dello schema locativo, si iniziò a contestare la stessa *natura negoziale* del rapporto in oggetto (i.e., quello di lavoro) presso la tradizione giuridica romana affermandosi, piuttosto, che il parametro di riferimento della *locatio-conductio* rappresentava soltanto un mero *escamotage giuridico formale* che tentava di giustificare, sul piano del *diritto privato*, ciò che ne era *sostanzialmente* estraneo, in quanto fondato su una ben distinta realtà socio-economica quale quella sottesa dalla concezione servile.

Ciò premesso, si osservi come lo sforzo dogmatico volto ad assimilare il contratto di lavoro al modello negoziale locativo non convinca, essenzialmente, per una duplicità di motivi.

Una prima *difficoltà scientifica* sarebbe di natura *storico-ideologica* e risiederebbe nell'ostacolo fondamentale rappresentato dalla istanza concettuale (presupposta) per cui la locazione dovrebbe necessariamente implicare una sorta di *impossessamento* e *disposizione della fonte dell' utilità* dedotta in contratto*;* in forza di questa premessa teorica, ne deriverebbe l'implicito corollario logico per cui si dovrebbe senz'altro ammettere come *ragionevole* (e giuridicamente ammissibile) l' *uso della persona del lavoratore* – e, quindi, l'assoggettamento di quest'ultimo al dominio del creditore di lavoro – secondo uno schema logico di riferimento che andrebbe a riportare lo stesso contratto di lavoro "*…alle sue origini servili, in cui il lavoratore… considerato come cosa, veniva ceduto in possesso dell'utente"* (così, tra tutti, Krapp., *Die Anfange und die geschichtliche Entwicklung des Dienst-und Arbeitsvertrages*, Forscheim, 1931; trad. it., 1950).

Questa concezione, però, andrebbe irrimediabilmente a cozzare con i principi generali della società moderna per la quale "*…il lavoro non deve essere oggetto di un contratto di scambio , come se fosse una merce…ma, piuttosto, … il lavoratore non dovrebbe essere considerato come passivo strumento nella mani dell'imprenditore… dovendo, piuttosto, collaborare attivamente alla gestione dell'impresa economica…"* (così, tra tutti, Nikisch., *Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag*, Berlino, 1926 – trad. it. del 1942 –.)

In termini simili, anche il Barassi., (*op. cit.*, pag. 559 e ss) per il quale "*…come la cosa è passiva nelle mani del conduttore…così il debitore delle opere si limita a porre le proprie forze di lavoro a disposizione dell'altra parte..che le guiderà ed indirizzerà secondo i criteri e gli scopi suoi personali…"*.

Similmente, infine, il Carnelutti., (*Studi sulle energie., op. cit.,)* per il quale il lavoro umano non potrebbe in alcun modo paragonarsi alle *energie della cosa* per la ragione che – così, testualmente, l'autore citato – *"…le energie del lavoro, una volta prodotte, non si possono più restituire neppure nel tantundem…perché si consumano… e non sono in alcun modo suscettibili di essere oggetto di scambio"* (così Carnelutti., *Studi sulle energie., op. cit.,*).

A quanto finora considerato si aggiunga, poi, una ulteriore questione teorica la cui soluzione sembra di ancor più difficile fattura rispetto alla prima (difficoltà logica) come *retro* espressa; si tratterebbe, cioè, di

della *compravendita*[171] – e, dall'altro[172] – presa coscienza, in maniera sempre più consapevole, dell' *infondatezza logico-sistematica*[173] delle precedenti *soluzioni*

---

stabilire in che modo possa ritenersi e giustificarsi, in maniera logicamente coerente, che dal contratto di lavoro derivi la pretesa *al godimento delle energie (di lavoro) a favore dell'altro contraente*.
Infatti, ogni forma di locazione è caratterizzata da un complesso meccanismo operativo che si può sintetizzare in due elementi essenziali; se, da un lato, l'utilizzazione di determinate energie è resa possibile dal conferimento del possesso della loro fonte all'utente (ed è proprio questa la questione appena sopra affrontata) , dall'altro, il cedente (le suddette energie) si impegna ad *astenersi* da qualsivoglia attività che possa ostacolare il suddetto godimento altrui.
Rebus sic stanti bus, si ritiene si sia completamente al di fuori – anche sotto quest'ultimo profilo – dal *modus operandi* caratterizzante la fattispecie locativa – che, paradossalmente, risulterebbe completamente rovesciata! – in quanto nella prestazione di lavoro *l'utilizzazione delle energie concesse in godimento sarà possibile solo in presenza di un comportamento attivo* (e non già di mera *astensione) del concedente (le proprie energie lavorative) che, a sua volta, le impiegherà proprio nel senso voluto dall'utente*.
Da quest'ultima considerazione, peraltro, deriviamo due (ulteriori) importanti *punti di conquista* nel nostro *iter scientifico* di ricerca.
In primo luogo, scorgiamo, ancora una volta, un importante fondamento logico di quanto individueremo, nell'ottica del vigente codice civile, in termini di *potere direttivo dell'imprenditore* ex. art. 2104 c.c.; infatti, sostenere che il concedente le energie lavorative impiegherà le stesse "*… nel senso voluto dall'utente"* (vedi sopra) equivale ad affermare, sebbene implicitamente, che è *fisiologica (e non già patologica) e coessenziale* del rapporto di lavoro *la peculiare caratterizzazione per cui*, pur in presenza di una fattispecie negoziale, *sarà richiesta una successiva ed unilaterale espressione volitiva di una delle parti* (segnatamente, il datore di lavoro) *tesa a determinare l'an e il quomodo della prestazione dedotta in contratto*.
Così statuendo, peraltro, si finisce per giungere, *naturaliter,* ad una ulteriore *risposta* (rispetto a quelle già accennate) *finale positiva* in ordine alla più ampia e generale problematica rilevante in termini di compatibilità (o meno), con l'assetto contrattuale, di *attribuzioni* di poteri unilaterali in capo ad uno soltanto dei paciscenti ; sulla questione, tuttavia, si tornerà, seguendo un diverso profilo di indagine, anche nel proseguo della trattazione (in particolare, cfr. cap. IV).
In secondo luogo, questa prospettiva di analisi risulta assai feconda ai nostri fini in quanto ci porta ad individuare una primissima componente costitutiva del complesso *proprium causale* del contratto di lavoro in termini differenziali rispetto al tradizionale schema locativo di riferimento; se in quest'ultimo, infatti, l'obbligo principale dedotto nel vincolo obbligatorio consiste in un *atteggiamento negativo qualificato* quale è quello consistente nell'*astensione* dall'esercizio di determinati diritti sulla cosa locata – riducendosi, pertanto, il dovere del cedente ad una mera *passività* in quanto eventuali azioni *positive* saranno da qualificare come prestazioni di rilievo squisitamente accessorie – nel contratto di lavoro, invece, l'obbligo fondamentale del debitore di lavoro assumerà una chiara connotazione positiva, consistendo (esso stesso) in un *facere* o, *rectius, in una serie continuata di atti ad esplicazione successiva e progressiva* pur nella *unitarietà del vincolo negoziale* assunto e della sua *teleologica vocazione* alla realizzazione dell'interesse creditorio secondo il modello squisitamente negoziale di cui all' art. 1174 c.c..
Rebus sic stanti bus, nell'ambito della fattispecie lavoristica – e a differenza di quanto avviene nel rapporto locativo "*… non si avrà una promessa di cessione di una generica facoltà di utilizzazione delle proprie energie di lavoro…ma promessa di compiere personalmente una serie di operazioni, soltanto genericamente predeterminate… pertanto,… è quindi l'oggetto stesso del vincolo contrattuale , che è differente nei due rapporti* (i.e., locazione e contratto di lavoro)*…, ed è differenza che inerisce ad ogni elemento costitutivo delle due forme contrattuali…"* (così, testualmente, D'Eufemia.,*Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro,* Milano, 1936).
[171] Sotto il profilo civilistico, risulta più agevole (rispetto alla precedente ipotesi riguardante la fattispecie locativa, cfr. nota che precede) il distinguo tra *contratto di lavoro* e *contratto di compravendita*; oggetto di quest'ultima, infatti, è la alienazione di una cosa alla quale *può* (ma non deve) accompagnarsi, quale prestazione accessoria, una certa attività personale del trasmittente il diritto (o la *res*) dedotto in obbligazione. Questo schema logico di riferimento sarebbe totalmente assente nel contratto di lavoro in cui non opera in alcun modo la trasmissione di un oggetto non potendosi considerare il lavoro come una *merce autonoma* – ed *ex se* trasmissibile – a causa della sua *ontologica inseparabilità* dalla persona che lo

presta (in tal senso, tra tutti, Carnelutti., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici, Natura del contratto di lavoro,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1913, I).
Da quanto sopra considerato deriverebbe, peraltro, una ulteriore e fondamentale caratterizzazione *strutturale* del contratto in oggetto (i.e., quello di lavoro); infatti, dalla suddetta *inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore* ne discenderebbe che quest'ultimo (i.e., lavoratore) sarà tenuto a svolgere *personalmente* la sua prestazione (lavorativa) e ciò sarebbe sufficiente a conferire all'intera fattispecie negoziale in esame una decisiva e prevalente *impronta personalistica* (il c.d. *nesso negoziale intuitu personae*) che lo differenzierebbe dalla pluralità di altri contratti (tra cui quello di compravendita) aventi ad oggetto principale una mera *prestazione di cosa* (sul punto, si rinvia anche alla nota 66)
In sì termini inteso, il contratto di lavoro, peraltro, andrebbe ad assumere una assai peculiare rilevanza sistematica dovendosi collocare in una (ancora incerta) *zona intermedia tra diritto personale e diritto patrimoniale*; in tal senso, tra i contributi più autorevoli e di cristallina coerenza giuridica, cfr. Richter., *Grundverhaltnisse des Arbeitsrechts,* Berlino, 1928 (trad. it. 1960) per il quale "*…il rapporto di lavoro presenta elementi di diritto personale e di diritto patrimoniale…fra loro indissolubilmente connessi…il diritto personale è costituito da norme che disciplinano relazioni dirette tra persona e persona, avente per ciò per oggetto la personalità umana in se stessa considerata…mentre il diritto patrimoniale sarebbe costituito da norme che disciplinano rapporti aventi ad oggetto beni e valori economici… il diritto del lavoro disciplina il rapporto di lavoro che ha per oggetto relazioni personali e beni economici: la presenza dell'elemento patrimoniale scaturisce dall'obbligo della prestazione del salario…mentre l'elemento personale consiste nel diritto che ha il creditore del lavoro di disporre della personale attività lavorativa del debitore…"* (in termini parzialmente simili, nella dottrina italiana, tra tutti, cfr. Pergolesi., *Lineamenti fondamentali del diritto del lavoro* in *Rassegna Bibliografica delle scienze giuridiche,* 1928; Mossa., *Il diritto del lavoro,* Sassari, 1923).
Per esigenza di completezza argomentativa è da osservare, infine, che – nel tentativo di superare i vecchi modelli logici di riferimento (quali, tra tutti, quello della locazione e della compravendita), la dottrina italiana fu impegnata anche nello sforzo dogmatico volto a fissare il chiaro distinguo concettuale tra *contratto di lavoro e contratto di società;* secondo l'opinione più autorevole al riguardo – anch'essa di matrice tedesca (in tal senso, tra tutti, Hueck-Nipperdey., *Lehrbuch des Arbeitsrechts,* Berlino, 1931) e poi ripresa dal Barassi (*Il diritto del lavoro., op. cit.,*) – tra le due fattispecie esisterebbe una chiara diversità strutturale in quanto il primo (i.e., contratto di lavoro) consisterebbe in uno *scambio di prestazioni* mentre il secondo (i.e., contratto di società) si caratterizzerebbe per la *comune cooperazione volta al raggiungimento di uno scopo comune.*
Ciò premesso, è necessaria una ulteriore precisazione sistematica: anche qualora, nel vincolo associativo, fosse convenuto che taluni degli associati prestino *lavoro* concorrendo ai lucri e alle perdite dell'impresa, il rapporto negoziale posto in essere (all'interno del vincolo associativo) rimarrebbe pur sempre un *contratto di società* (e non giàdi lavoro) in quanto, in questo caso, l'eventuale *prestazione lavorativa* rappresenterebbe una *mera esplicazione di un apporto sociale accessorio* che, in quanto tale, sarebbe insuscettibile di ricevere corrispettivo autonomo in forza della sua connessione logica con l'integrale partecipazione ai risultati economici dell'impresa; in tal senso, cfr. Barassi., *Il diritto del lavoro, op. cit.,* pagg. 187 e ss.

[172] *Pars costruens* dell'iter logico come sin qui delineato

[173] Non mancarono, tuttavia, tentativi dogmatici volti a difendere, sebbene con nuove argomentazioni, la tradizionale concezione (romanistica) tale per cui *il contratto di lavoro* era assimilabile a quello di *locazione;* tra i più incisivi, si ricordi quello del Barassi (*Il contratto di lavoro nel diritto positivo,* Milano, 1915) che, per l'autorevolezza della "fonte", non si può fare a meno di riportare, sintetizzandolo nei termini che seguono.
L'insigne giurista, infatti, ha affermato che l'errore fondamentale della dottrina che ha negato la sussumibilità del contratto di lavoro nell'ambito del tipo locativo sia stato quello di considerare quest'ultimo (i.e., tipo locativo) – così, testualmente, *op. cit.,* – "*… nelle strettoie di quella che storicamente fu la sua prima manifestazione…ovvero la locazione di cose… secondo cui l'utilizzazione della cosa era attuata con il possesso di essa da parte dell'utente…*".
Piuttosto, l'autore citato – pur riconoscendo che nell'origine il contratto di locazione era *reale* e che la consegna della cosa all'utente era elemento costitutivo per la produzione dell'effetto giuridico fondamentale – sostiene che il rapporto locativo non vada (sic) "*necessariamente a presupporre il contatto dell'utente con la cosa come forma di utilizzazione di essa…in quanto la consegna della cosa all'utente è un elemento naturale non della locazione in genere ma, piuttosto, soltanto di determinare*

normative[174] come fin allora sostenute[175] – si posero le nuove e vincenti premesse *logico-teoriche*[176] che risulteranno talmente *feconde* da portare ad "intuire" *inaspettati*

---

forme di questo rapporto… in cui normalmente l'utilizzazione presuppone l'impossessamento della fonte delle energie…".

Sulla base del ragionamento logico come fin qui seguito, il Barassi giunge alla conclusione per cui la locazione possa avere ad oggetto anche la *concessione della facoltà di utilizzare le energie provenienti da una fonte determinata* e, in questa logica, (sic) "*tale fonte potrebbe essere anche l'uomo"*; infatti, (sic) "*…l'eventuale assoggettamento di una cosa al dominio dell'utente come fine a se stesso… non rileverebbe quale causa del rapporto locativo"* ma, piuttosto, sarebbe da intendere in via *meramente strumentale*, ovvero *sub specie* di (sic) "*…mezzo perché l'utente possa utilizzare le energie provenienti dalla cosa…"*.

[174] Si rinvia alle considerazioni teoriche di cui alle note 166 e ss

[175] In omaggio alla suddetta tradizione romanistica

[176] E'proprio a questo contesto teorico e speculativo di riferimento, infatti, che vanno fatte risalire le prime (e assai complesse) *elaborazioni dogmatiche* le quali, a loro volta, sembrano giungere (e/o, comunque accennare) ad una delle *caratterizzazioni sostanziali più autentiche* del *contratto di lavoro* nei termini in cui concepito nelle moderne civiltà giuridiche; si tratta della nozione di *rapporto di lavoro quale rapporto di dipendenza* che rappresenta una preziosa eredità giuridica da collocare, temporalmente, proprio nel *fecondo periodo di transizione* tra la codificazione del 1865 e quella corporativa del 1942 grazie alla (sempre pregevole) influenza speculativa di matrice tedesca.

A fondamento dell' *iter logico* che vuole delinearsi sta la teoria del Gierke (*Dauernde Schuldverhaltnisse* in *Jherings Jahrbucher*, 1914) il quale, per primo, assimila il contratto di lavoro ai c.d. *rapporti obbligatori permanenti* in logica antinomia, quest'ultimi, con i c.d. *rapporti di debito transitori*. Secondo l'autore sopra citato, il distinguo concettuale tra le due fattispecie (obbligatorie) atteneva al *profilo temporale* della prestazione che, nel primo caso (i.e., rapporti obbligatori permanenti) sarebbe stata adempiuta in uno *spazio di tempo* e, nel secondo (i.e., rapporti di debito transitori), invece, si sarebbe esaurita in un puntuale e determinato *momento di tempo*; pertanto, (così, testualmente, il Gierke., *op. cit.*,) "*…nel rapporto di debito transitorio la prestazione si esaurisce nel momento in cui viene effettuata…mentre nel rapporto di debito permanente…l'obbligazione, consistendo in una prestazione che si distende in uno spazio di tempo, si estingue nel decorso del tempo stabilito…"*.

Successivamente, però, la posizione teorica del Gierke fu contestata in quanto si riteneva fosse di alcuna *capacità euristica* (in tal senso, Nikisch., *Vom Arbeitsverhaltnis* in *Festgabe fur Lehmann*, 1937) sul piano della *concreta utilizzabilità (della classificazione sistematica)* sul terreno delle obbligazioni civili; pertanto, lo stesso autore sopra citato (Nikisch., *op.cit)* propose un nuovo criterio discretivo fra le due fattispecie. Più in particolare, si sostenne che erano da considerare *rapporti di debito permanente* solo quelli tali da creare uno *stato di potere nel cui mantenimento consisteva l'adempimento dell'obbligo contrattuale* mentre tutti gli altri (rapporti) si sarebbero dovuti classificare quali (rapporti obbligatori) *transitori* . Ciò premesso, il rapporto di lavoro era da annoverare tra i primi (i.e., *rapporti di debito permanente)* in forza dello *stato di potere a favore della persona del creditore sulla persona del debitore di lavoro* e, in questa ottica ermeneutica, giungiamo ad una ulteriore prospettiva di indagine assai rilevante ai nostri fini scientifici volti a delineare il *proprium causale* del contratto in esame.

Infatti, proprio il suo carattere di (rapporto obbligatorio di) *debito permanente* andrebbe a spiegare il motivo per il quale il rapporto in oggetto (i.e., quello di lavoro) sia caratterizzato dalla presenza di alcuni *obblighi, ulteriori* ed *accessori,* gravanti sulle parti oltre all'esecuzione della prestazione lavorativa e al pagamento della mercede quali, tra tutti, quello (i.e., obbligo) di *fedeltà* che l'autore (Nikisch., *op. cit*) definisce, testualmente, come il *"…più fondamentale* e *paradigmatico…"* (sull'affascinante tematica si tornerà anche nel proseguo della trattazione allorchè si affonterà, nella prospettiva giuslavoristica, la questione dei c.d. *obblighi protettivi inter partes)*; in questa ottica di indagine, peraltro, mi sembra di poter intuire una ulteriore caratterizzazione peculiare del contratto (di lavoro) in esame sintetizzabile nei termini che seguono.

Quest'ultimo (i.e., contratto di lavoro), infatti, andrebbe a *contemperare* due diverse esigenze – l'una *strutturale* e l'altra *teleologica* – di cui rappresenterebbe una *equilibarata e coerente sintesi normativa e negoziale:* più in particolare, da un lato, legittimerebbe la presenza di obblighi che trascendono la pura prestazione di lavoro (c.d. profilo *strutturale*) e, dall'altro, sarebbe idoneo a fissare il distinguo tra contratto di lavoro ed altre fattispecie negoziali (apparentemente similari) in cui, però, *difetterebbe la*

orizzonti ermeneutici e speculativi[177] poi compiutamente realizzatisi nella successiva (ed ormai prossima) codificazione civile del 1942[178].

---

valenza finalistica (c.d. profilo *teleologico*) *che riconduce – e giustifica causalmente – la prestazione svolta all'esercizio dello stato di potere* (di una delle due parti del contratto) tipico, quest'ultimo (i.e. tale stato di potere), anche della fattispecie lavoristica in forza della sopra dimostrata appartenenza della stessa alla categoria sistematica dei *rapporti obbligatori permanenti.*

[177] Ci si riferisce, in particolare, alle prime elaborazioni teoriche volte a fissare, in concreto, il contenuto stesso della specifica nozione di "*dipendenza*" sulla cui genesi *dogmatica* (in relazione al rapporto di lavoro) si è già detto nella nota che precede.

Al riguardo – al fine di individuarne la sua concreta valenza pragmatica – il primo arduo compito della dottrina fu quello di sfoltire il campo di indagine da "*false credenze scientifiche*" (così, tra tutti, Sinzheimer., *Grundzuge des Arbeitsrechts,* Iena, 1927) che ostavano ad una coerente "individuazione" del fenomeno in esame; in tal senso, si osservò come per *dipendenza* non dovesse intendersi solo quella *economica* del lavoratore nei confronti di parte datoriale in quanto quest'ultima (i.e., dipendenza economica) – lungi dal poter assumere il rango di *valido* e *cogente elemento caratterizzante di genesi normativa* – rappresentava, piuttosto, una mera *relazione sociale, di genesi pregiuridica*, su cui, normalmente, andava a poggiare il rapporto giuridico del lavoro in termini di *condizione necessaria ma non sufficiente*; in termini similari, nella nostra dottrina, cfr. D'eufemia., (*Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro,* Milano, 1936) per il quale "*…tale dipendenza economica non è un elemento che abbia rilevanza nella struttura formale del rapporto di lavoro...*(atteso che)*…potrebbe anche non verificarsi… come nei casi in cui si lavora per diletto o per scopi di beneficienza…".*

Ciò premesso, si spostò il baricentro di indagine sul distinto concetto di *dipendenza* (non economica ma) *in senso tecnico* la quale, a sua volta, andava anch'essa espunta da improbabili soluzioni teoriche pur tuttavia sostenute; più in particolare, si osservò (tra tutti, cfr. Richter., *Arbeitsrecht als Rechtsbegriff,* Lipsia, 1923) che tale nozione (i.e., dipendenza *in senso tecnico*) non poteva senz'altro ridursi alla mera valenza semantica rilevante *sub specie* di *semplice sottomissione di colui che lavora alla volontà di colui nel cui interesse si presta il lavoro* in quanto quest'ultima caratterizzazione (i.e. *sottomissione*) andava a dipendere dalla (già analizzata) *inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore* e, pertanto, non poteva rilevare sotto il profilo della *natura giuridica* del rapporto in esame (i.e., quello di lavoro) non originando, a sua volta, un *diritto soggettivo del creditore della prestazione* (in tal senso, per una primissima elaborazione del concetto *de quo,* cfr. Carnelutti., *Infortuni sul lavoro., op. cit.,*).

Su queste premesse teoriche, è lecito individuare il *punto di partenza* di quella corrente teorica che, fino ai nostri giorni, animerà la più vivace e feconda dottrina giuslavoristica; segnatamente, è da attribuire alla pregevole elaborazione dogmatica del Richter (*op. cit.,*) e del Iacobi (*Grundlehren des Arbeitsrechts*, Lipsia, 1927) la geniale intuizione sistematica per la quale – così, testualmente, l'ultimo autore citato – "*la dipendenza personale in senso tecnico sarebbe determinata dal fatto che quando un individuo si obbliga a prestare lavoro a servizio di un altro… - ponendo a disposizione di quest'ultimo la sua attività lavorativa e non determinando in precedenza il contenuto delle singole prestazioni… - il creditore di lavoro ha il diritto non solo di pretendere l'esecuzione del lavoro..ma anche di determinare, volta per volta, il contenuto delle singole prestazioni…per conformarle ai suoi interessi….".*

Stando così le cose, il rigore (anche civilistico) delle conseguenze giuridiche da trarre sembra di natura quasi sillogistica: il *diritto di conformazione (*della prestazione), ad opera del creditore (di lavoro), troverà il suo più ragionevole *pendant logico* di riferimento proprio nel *corrispondente* obbligo di *obbedienza*, gravante sul lavoratore, in riferimento agli ordini di parte datoriale circa il contenuto stesso delle *prestazioni di lavoro* da svolgere. Quest'ultime (i.e., prestazioni di lavoro), a loro volta, esigono la partecipazione della intera persona del prestatore e, per ciò solo, sembrano suggerire – in ottica argomentativa *a contrario* – che l'obbligo di *obbedienza* partecipi (esso stesso) dello stato di dipendenza (del prestatore) dal creditore del lavoro, andando a rappresentare, del suddetto potere di conformazione della prestazione o, *rectius* – secondo una espressione equivalente, più vicina alle formule legislative del nostro codice civile – del *potere direttivo del datore di lavoro,* la naturale proiezione *sistematica e negoziale* sul piano del soggetto passivo (i.e., lavoratore) del rapporto obbligatorio (lavoristico) globalmente considerato (sul punto, per ulteriori profili di indagine si rinvia alle finali considerazioni di cui al capitolo IV)

Personalmente, ritengo si tratti di un primo risultato scientifico che, anche (e soprattutto) nell'ottica causale del contratto in esame – pur partendo da presupposti teorici precedenti alla vigente disciplina

positiva di riferimento (quale quella delineata dalla disciplina del codice del 1942) – sembra sostenibile anche alla luce degli attuali orizzonti normativi vigenti di cui alle pagine e alle note che seguono; questa valenza (apparentemente) "*diacronica"* delle considerazioni come fin qui rese potrebbe spiegarsi, forse, alla luce del fatto che si sono individuate le *ragioni fondative (*e, quindi immutabili) insite alla *ratio stessa* (e, quindi, alla *causa,* secondo lo schema logico di cui al capitolo che precede) della disciplina lavoristica che, diversamente modulata in ragione dei distinti contesti giuridici di appartenenza, non potrà, purtuttavia, mutare la propria *ontologica valenza sostanziale* sotto il duplice profilo, *privatisitico e sistematico,* degli interessi sostanziali ad essa sottesi e, di conseguenza, perseguiti

In linea con le riflessioni teoriche come fin qui sostenute, anche la giurisprudenza *precedente* alla codificazione del 1942 per la quale "*… il concetto di dipendenza…non consiste in una potestà generica di ingerenza simile a quella che il mandante o il conductor operis può esercitare per assicurarsi la perfetta esecuzione dell'incarico affidato ma, piuttosto, …sarà da ravvisare nel fatto che l'attività di chi presta le opere è soggetta all'iniziativa , alle limitazioni e agli ordini del creditore di lavoro"*. Così Cass., 15 maggio 1934, *Temi Lombardia,* 734; Appello Bari., 28 dicembre 1933, *Corte Bari,* 1934, I, 78; Appello Torino., 29 novembre 1933, *Rass. Lav.,* 1934, 16).

[178] Sugli aspetti generali della codificazione corporativa – soprattutto per quanto attiene ai connessi risvolti dogmatici sull'elemento causale del negozio – si rinvia al capitolo che precede

Quest'ultima[179], infatti, segna una storica *rivoluzione copernicana*[180] la cui eco sistematica[181], nell'operato del legislatore corporativo, rileva sotto un duplice profilo; se, da un lato – nel tentativo di abbandonare, in maniera quanto più possibilmente chiara ed inequivoca, il modello (romanistico) della fattispecie locativa[182] – si elabora una *eccentrica*[183] ed *autonoma*[184] nozione *negoziale*[185] di *subordinazione*[186] - delineando,

---

[179] I.e., codificazione del 1942

[180] Si tratta di una netta *scelta di campo* – di cui, ancor oggi, siamo tutti "debitori", sotto un profilo giuridico – che è interessante inquadrare nel suo *naturale* contesto *storico* ed *ideologico* di riferimento; infatti, in precedenza (al 1942), in assenza di una ampia disciplina specifica – (si ricordi che, nel codice del 1865, l'unica norma dedicata al lavoro subordinato era l'art. 1628 c.c. ; cfr. retro) – si era (ormai) normalizzata la prassi che tendeva a riportare la fattispecie "lavoristica" nell'ambito di uno (o più) dei diversi, e assai più tradizionali, *tipi contrattuali civilistici* (tra tutti, quello della *locatio-conductio*) al fine di fissare la disciplina della concreta attuazione del rapporto posto in essere.
Tale opzione teorica, però, fu ben presto criticata in quanto il continuo ed eclettico (nonché "disordinato") riferimento alla disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti (si ritenne) non poteva soddisfare adeguatamente le esigenze, sempre più urgenti e nuove, che la fattispecie in oggetto (i.e., quella lavoristica) andava progressivamente a delineare e, pertanto – a fronte di un (presunto ed) incolmabile vuoto normativo – sovente si supplì con regole, peraltro di confusa genesi, di derivazione professionale, corporativa e/o, diremmo oggi, collettiva.
Proprio in questo contesto, a parer mio, possiamo individuare una prima *svolta (sistematica) di fondo;* infatti, via via che gli ordinamenti giuridici liberali – di chiara ispirazione egualitaria sullo sfondo dei principi affermati con la Rivoluzione Francese – soppressero le diverse e sempre più faziosamente orientate organizzazioni professionali, *l'horror vacui* che ne derivò fu talmente evidente che ad esso si cercò di ovviare mutuando soluzioni plausibili proprio sul terreno speculativo dell'*autonomia contrattuale individuale* . Da qui la *genesi* della suddetta *rivoluzione copernicana* su cui si fonda l'intera disciplina giuslavoristica e la sua (sempre più marcata e pretesa) autonomia concettuale dalla comune esperienza della rigorosa tradizione privatistica; ovvero, dal *vuoto normativo* e dalla *carenza* di una disciplina legale specifica (che giustificava, come detto *retro*, il percorso argomentativo *per relationem* alle discipline generali del contratto e delle obbligazioni) si è passati ad un profondo mutamento del quadro normativo di riferimento in forza di continui e sempre meno timidi interventi del legislatore che hanno trasformato il rapporto di lavoro nel più minutamente regolato tra tutti i rapporti tipici del diritto comune, con una disciplina eterogenea di cui la legge e la contrattazione collettiva – oltre, ovviamente, alla *intangibile, come vedremo, genesi negoziale della fattispecie de qua* (i.e., quella lavoristica) – sono le due "anime" *dialetticamente"* complementari e *reciprocamente* connesse (cfr. retro).
Ciò premesso, sembra derivarne un ulteriore ed immediato corollario logico che – riservandoci di studiare analiticamente nel proseguo – vorrei limitarmi (già) a segnalare in tal sede ; ovvero, alla luce di quanto considerato, risulterebbe *scorretto*, sotto il profilo interpretativo, tentare di ricostruire la disciplina *convenzionale* applicabile al contratto di lavoro mediante il ricorso, *per relationem*, ai distinti tipi negoziali previsti dalla legge. Piuttosto, l'orizzonte ermeneutico che si apre agli interpreti risulta specularmente opposto a quello (legittimamente) *percorribile* anteriormente alla vigente codificazione; segnatamente, si tratterà di verificare l'applicabilità di norme dettate per il rapporto di lavoro *in generale* a diverse articolazioni normative munite di una differente (e a volte meno completa) disciplina giuridica speciale in termini di *compatibilità ontologica* (o meno) con la *ratio legis* sottesa alla *fondamentale summa divisio* disegnata dal legislatore corporativo in termini di rapporti di prestazione d'opera *subordinata* (art. 2094 c.c. e ss) e rapporti di natura *autonoma* (art. 2094 c.c. e ss)

[181] Per quel che maggiormimente attiene ai nostri obiettivi scientifici di matrice lavoristica

[182] Di genesi romanistica e fedelmente seguito nell'ottica sistematica del codice civile abrogato; cfr. pagg. 25 e ss.

[183] Ho volutamente scelto questa (forse estrema) *variante linguistica* per *sintetizzare* un (personale) ragionamento ermeneutico di cui, in breve, vorrei dar conto. Infatti, se si confronta la dizione letterale dell'art. 2094 c.c. con le *nozioni legali* degli altri tipi contrattuali disciplinati dal codice civile rileva subito una differenza sul piano della stessa tecnica redazionale della fattispecie: ovvero, se, normalmente,

il legislatore individua la nozione di un contratto attraverso la *descrizione (*ad esempio, ex. art. 1470 c.c, "…*la vendità è*…."), più o meno rigorosa e puntuale, della conseguente e connessa attività *materiale* e *attizia* in cui esso (i.e., contratto) si concreta (nonchè dei suoi correlati effetti giuridici), nell'ambito dell'art. 2094 c.c., invece, il tenore letterale muta ed è, quasi, *specularmente inverso*. La disposizione in esame, infatti, non dà una precisa *definizione* di cosa si intenda per *subordinazione* – in termini, dunque, di chiara individuazione della concreta attività in cui essa si delinea – ma, piuttosto, trasla il *baricentro normativo* sulla previsione codicistica di *chi* sia il prestatore di lavoro subordinato , come se volesse *sostituire la descrizione dell'oggetto materiale* del contratto con la *determinazione aprioristica del soggetto agente che ne sarà parte (*"*…è prestatore di lavoro subordinato chi….).*

Si osservi, tuttavia, che non si tratta di un caso unico; similmente, infatti, avviene in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1754 c.c. laddove il legislatore, piuttosto che definire la nozione di *mediazione*, preferisce indicare, da un punto di vista *normativo, chi sia mediatore*, secondo una logica teorica assai simile a quella sottesa all'art. 2094 c.c. nei termini in cui sopra espressi.

Ci si chieda, a questo punto, perché ciò avvenga e, quindi, se si tratti di una *mera* e *formale* "*strategia linguistica"* ovvero se, al contrario, si celi una ragionata e voluta *scelta di campo concettuale* già evidente sul piano sistematico della stessa fattispecie di volta in volta considerata.

Dopo attenta riflessione sul tema, personalmente si preferisce questa seconda opzione interpretativa nel senso che, a mio parere, il legislatore avrebbe utilizzato le varianti definitorie di cui agli artt. 2094 e 1754 c.c. in quelle situazioni *limite* di "*meta-contratto e/o negozio"*, ovvero, in riferimento a tutte quelle fattispecie "*dubbie"* che potrebbero – almeno *apparentemente* – inquadrarsi e leggersi sia alla luce degli orizzonti *contrattuali* sia in relazione a distinti percorsi ermeneutici *concettualmente* lontani dai "*dogmi teorici"*dell'autonomia privata.

Ergo, nelle ipotesi suddette (i.e., art. 2094 c.c. e 1174 c.c.), mi sembra di poter individuare una sorta di *calcolata prudenza* dello stesso legislatore storico di riferimento il quale – non volendo assumere *univoche posizioni sistematiche* – ha volutamente utilizzato *formule linguistiche assai macchinose ed equivoche* che hanno dato spunto a tentativi (falliti) di negare ciò (i.e., natura negoziale e causale del rapporto di lavoro) che solo *formalmente* era contestabile perché *giuridicamente ed ontologicamente* insuscettibile di critiche ragionevoli (come, ampiamente, si dimostrerà in proseguo); si tratta della *vexata quaestio* circa la natura contrattuale (o meno) del rapporto di lavoro che – così introdotta, *naturaliter*, come conseguenza "*fisiologica"* delle considerazioni sin qui rese – anche la criptica *littera legis* ex. art. 2094 c.c. (insieme , come vedremo, al connesso argomento sistematico) ha contribuito a determinare nell'ambito del (pur tuttavia) non completamente sopito dibattito tra *istituzionalismo e contrattualismo* di cui si tratterà ampiamente nel capitolo che segue

[184] In tal senso, cfr. Modugno., (*Appunti lezioni., op. cit.,*) per il quale "…*senz'altro una cosa è certa… si è voluto fare della subordinazione un dato positivo autoreferenziale….o, meglio, sistematicamente indipendente da altre norme perché prevista da una disposizione a sé stante…."*

[185] Rinvio alla nota 187

[186] Si tratta della caratterizzazione più peculiare dell'intera disciplina lavoristica *negozialmente* intesa sulla cui origine e natura – limitatamente ai profili attinenti la valenza causale del contratto in oggetto (i.e., quello di lavoro) – ci si soffermerà ampiamente nel capitolo IV; in tal sede – solo accennando alla nozione, nei suoi aspetti più peculiari, al fine di meglio comprendere la portata di quanto considerato – si osservi come essa (i.e., subordinazione), alla luce della disposizione codicistica in esame (art. 2094 c.c.), sia da individuare proprio nella *soggezione* del prestatore di lavoro *all'altrui potere direttivo* che diventa, pertanto, il più sicuro ed evidente indice di *trade off* con la distinta nozione di *autonomia* ex. art. 2222 c.c. Ciò significa, ai fini del distinguo (c.d. *summa divisio* tra *subordinazione* ed *utonomia;* cfr. retro), non rileverà tanto la maggiore (o minore) specificazione, nel contratto, del contenuto della prestazione dovuta quanto, piuttosto, la *effettiva titolarità*, in capo al creditore della prestazione lavorativa, del *potere unilaterale di stabilire le concrete modalità di esecuzione del contratto* (ancora una volta, in coerenza con quanto già osservato, si capta *l'intima genesi negoziale – anche –* delle connesse attribuzioni unilaterali in capo ad una (soltanto) delle parti del rapporto, cfr. rero)*;* come contropartita, spetterà al datore di lavoro l'attribuzione di ogni rischio inerente l'utilità stessa della prestazione lavorativa resa con la connessa precisazione logica per cui dal contenuto dell'obbligazione esulerà non soltanto il risultato ulteriore rispetto alla condotta del debitore ma anche ogni requisito di rispondenza, in concreto, di tale condotta all'interesse stesso del creditore, con il solo "*limite normativo*" *interno* di cui all'art. 1174 c.c.

Rebus sic stantibus, sarà necessario capire quale sia il criterio ermeneutico più efficace in ordine all'individuazione del soggetto titolare dello stesso potere direttivo che, come sopra illustrato, rappresenta

così, un nuovo *tipo contrattuale*[187] con una sua specifica e peculiare *regolamentazione*

---

il connesso *pendant logico* di riferimento della nozione stesa di *subordinazione* ex. art. 2094 c.c; sul punto, si ritiene che l'orizzonte risolutivo della questione non possa non essere, ancora una volta, di natura essenzialmente *negoziale*.
Ovvero, sarà proprio la intrinseca e genetica *sinallagmaticità* del rapporto contrattuale in esame che consentirà lo scambio fra *lavoro e retribuzione* in una sintesi di interessi così eterogenei da culminare nell'apparente paradosso – che, invece, rappresenta la realtà più peculiarmente caratterizzante l'intera esperienza contrattuale giuslavoristica – per cui *chi lavora non parteciperà al risultato del lavoro e chi dirige profitterà dell'altrui lavoro con conseguente accollo dei connessi rischi imprenditoriali;* in materia, si rinvia, tuttavia, al proseguo della trattazione (capitolo IV) in riferimento allo studio "scientifico" (ma causalmente orientato) del c.d *sinallagma lavoristico.*
Tutto ciò premesso, sembra potersi giungere alla prospettiva di indagine *conclusiva* (dell'iter logico come fin qui proposto) in forza della quale è lecito affermare che, nel nostro ordinamento giuridico di riferimento, la nozione di subordinazione non si riduce ad una mera *condizione passiva del lavoratore* in termini di *soggezione generica* (c.d. nozione *sociologica* della subordinazione) nei confronti del datore di lavoro ma, piuttosto, (tale subordinazione) esigerà un rigoroso accertamento circa l'esistenza, in concreto, di una *obiettiva etero determinazione* (della prestazione) da intendere, quest'ultima, come una sorta di *soggezione qualificata e tecnica* (c.d. nozione *giuridica* della subordinazione) del prestatore ai poteri direttivi e conformativi del datore di lavoro.
Ergo, sintetizzando i diversi punti di conquista come sin qui raggiunti, si ritiene potersi sostenere che, nel nostro sistema codicistico, la *subordinazione* abbia una valenza di natura *tecnico funzionale* nel senso che andrebbe a rilevare come *modo d'essere dell'attività dedotta in contratto* di cui la mera condizione di *inferiorità socio-economica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro* rappresenterebbe, pertanto, un requisito solo *eventualmente ricorrente* e, comunque, *non peculiarmente caratterizzante il tipo negoziale "lavoro subordinato"* globalmente inteso (*contra,* Roccella., *Manuale di diritto del lavoro,* Giappichelli, Torino, 2005)
Rebus sic stantibus, per esigenze di completezza argomentativa, residua di fissare, però, l'esatto contenuto del suddetto *assoggettamento* (c.d. *eterodeterminazione*) già individuato come il più essenziale indice discretivo caratterizzante la fattispecie negoziale in oggetto; sul punto, la prassi pretoria può ricollegarsi essenzialmente a due filoni.
Un primo orientamento giurisprudenziale, optando per una sorta di controllo datoriale di rilievo *estrinseco,* ritiene che il requisito della *eterodeterminazione* sia adeguatamente soddisfatto anche qualora il dipendente goda di eventuali margini di autonomia, iniziativa e discrezionalità, ritenendosi sufficienti direttive, da parte del datore di lavoro, di valore *programmatico* anche se non continue, dettagliate e strettamente vincolanti (c.d. *concezione qualitativa* del potere direttivo; in tal senso, cfr. Cass., 3 febbraio 1986 648 in *Notiz. Giur. Lav.,* 1986; Pret. Milano, 14 marzo 1986 in *Dir. Prat. Lav.,* 1987; Cass., 28 agosto 1996 in *Orientamenti,* 1996); nell'ambito dello stesso filone, tuttavia, si precisa che l'*eterodeterminazione* non possa comunque limitarsi ad una sporadica ingerenza o in un generico controllo di parte datoriale poiché le direttive troppo generali e programmatiche andrebbero a costituire indici *neutrali* ed *equivoci* e quindi, compatibili anche con la prestazione di lavoro autonomo (così Cass., 29 gennaio 1993 n. 1094 in *Rep. Giur. Lav.,* 1991-2000).
Altra parte della giurisprudenza, al contrario, adotta un tenore ermeneutico assai più rigoroso richiedendo, ai fini della eterodeterminazione, un controllo datoriale di valore *intrinseco, specifico e dettagliato* (c.d. *concezione quantitativa del potere datoriale*; in tal senso, Cass., 3 giugno 1986 n. 3310 in *Giur. It.,* 1986, I, 1, 1065; Cass., 16 gennaio 1996 n. 326 in *Foro It.,* 1996; Cass., 17 novembre 1994 n. 9718 in *Dir. Prat. Lav.,* 1995; Cass., 1 febbraio 1993 n. 1182 in *ibidem,* 1993; Cass., 22 giugno 1985 n. 3771 in *Giust. Civ.,* 1986), precisando, tuttavia, che le direttive devono inerire all'intrinseco svolgimento della prestazione e non già al suo mero profilo teleologico in termini di risultato conseguito (cfr. Trib. Milano 23 aprile 1986 in *Orientamenti,* 1986; Cass., 2 marzo 1987 n. 2788, *ibidem,* 1987; Cass., 18 marzo 1987 n. 2736, *ibidem,* 1987; Cass., 18 dicembre 1987 n. 9459 in *ibidem,* 1988; Cass., 20 aprile 1983 n. 2728 in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1984, II, 302)

[187] Si tratta di una delle nozioni privatistiche più complesse nonché di uno dei contenuti più rilevanti cui in tal sede si impone di accennare (rinviando, per una analisi approfondita del dibattito civilistico connesso, all'ampio studio di cui al capitolo che precede, in particolare, cfr. parr. 3 e 4) ai fini di meglio inquadrare la subordinazione come *sistematicamente dipinta* dal legislatore corporativo del 1942.

giuridica[188] - dall'altro, in omaggio alle presupposte ragioni ideologiche e programmatiche (sempre più) emergenti[189], si preferisce collocarne la disciplina di riferimento non già nel Libro quarto[190] (del codice civile) dedicato alle obbligazioni[191] ma, piuttosto, nel (Libro) quinto[192], nel cui ambito viene regolato, in primo luogo, il

---

Sintetizzando la problematica, si osservi come l'attività negoziale, pur se *ontologicamente libera,* sia nei *fini che nei mezzi,* tende, tuttavia, a *stigmatizzarsi,* naturalmente, in determinati modelli che corrispondono alle più rilevanti esigenze *economiche* della vita di relazione; da qui, la empirica intuizione della nozione di *tipo contrattuale,* nella sua duplice variante *legale e sociale*; ricorrerà il primo (i.e., *tipo legale*) allorchè il modello di una operazione economica si sia tradotto in uno schema normativo e il secondo (i.e., tipo sociale), invece, laddove – pur se operazione diffusa nella pratica degli affari – essa non abbia ancora trovato una puntuale e specifica eco normativa nella legge.
Ciò premesso, ne deriva facilmente l'ulteriore distinguo tra *contratti nominati* (cui andrebbe ad appartenere la fattispecie della subordinazione ex. art. 2094 c.c.) ed *innominati*; relativamente ai primi, si andrà ad intendere una figura *normativa* che disciplina una *species* di operazione economica nonché, ancora, ogni singolo e concreto contratto che si qualifichi in un *tipo contrattuale legale.* Quanto ai secondi (i.e., *contratti innominati*), essi si caratterizzeranno, invece, per la loro *estraneità* a qualsivoglia *tipo negoziale legale* e, pertanto, la loro *legittimità giuridica* e *causale* discenderà, ancora una volta, dal *fecondo orizzonte normativo* di cui all'art. 1322 c.c., comma secondo, in sede di riconoscimento *normativo* dell'autonomia dispositiva convenzionale, con il solo limite della *meritevolezza degli interessi perseguiti* (rinvio al capitolo che precede)
Mi si permetta, infine, una ultima notazione sistematica; il fatto che, in ottica squisitamente giuslavoristica, si sia giunti a tematiche (quale quella del tipo negoziale) di indiscutibile dominio privatistico, sembra dar ragione, da un lato, della scelta *metodologica* di iniziare il presente lavoro di ricerca con uno studio (si rinvia al capitolo che precede) di più marcata ispirazione civilistica e, dall'altro, sembra confermare il *bonum logico* della chiara *tensione teleologica* e *finalistica* perseguita (cfr. tra tutte, nota 103) volta a dimostrare, in riferimento alla disciplina del lavoro, una intrinseca e indefettibile *natura causale e privatistica;* proprio a tale risultato – con i percorsi logici che "scopriremo" – si giungerà al termine delle argomentazioni che ci occupano, in piena coerenza con gli obiettivi scientifici che ci si proponeva di raggiungere in premessa.
[188] Quale quella ex. art. 2094 c.c. e ss; si rinvia al complesso delle considerazioni di cui retro, e, in particolare, alla nota 186
[189] Ci si riferisce, in particolare, alle teorie d'Oltralpe che, come studieremo nel capitolo che segue, tendevano a svalutare (e, forse, persino a negare) il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro; in tal senso, tra gli esponenti più autorevoli, cfr. Siebert., *Das Arbeitsverhaltnis in der Ordnung der Nationalen Arbeit*, in *Deutsches Arbeitsrecht*, 1935.
Sull'influenza che tale dottrina esercitò sulla sistematica del codice civile vigente, cfr. Spagnuolo Vigorita., *Gli usi aziendali,* Napoli, 1965; Ricca., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto,* Milano, 1956; D'Eufemia., *Il dirigente di azienda e il suo seguito secondo la nuova legge germanica del lavoro,* in *Dir. Lav.*, 1934
[190] In piena "coerenza" con l'equivoca *espressione normativa* di cui all'art. 2094 c.c. e con la sua sottesa e presunta *ratio* nei termini in cui *retro* argomentata; cfr. nota 183
[191] In tal senso, cfr. Mereu., *op. cit.,* per il quale "*…il legislatore corporativo preferì la strada meno agevole….. da un lato, si parlò di tipo contrattuale…., in riferimento alla subordinazione…. Dall'altro…., si collocò, il suddetto tipo… non già nel terreno fisiologico dei tipi contrattuali… (libro IV) ma in quello assai diverso dell'impresa e del lavoro…..*"
[192] Intitolato, appunto, "Del Lavoro"; le disposizioni in esso contenute, a parte quelle che devono ritenersi abrogate in seguito alla soppressione del sistema corporativo (d. l. lgt. 23 novembre 1944 n. 369), integrano la vasta disciplina della materia costituita, fra tutte, dalle dichiarazioni della Costituzione della Repubblica, dalla ricchissima legislazione complementare, dagli usi e dalla contrattazione collettiva, nei limiti legali dell'efficacia di quest'ultima.

lavoro nell'impresa[193], in *formale coerenza*[194] con l'*enfatica*[195] *petizione*[196] *di principio*[197] per cui esso [198] *è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali* [199]*"* (art. 2060 c.c.).

---

[193] Quanto ai profili *eziologici* di questo peculiare accostamento *normativo* (lavoro/impresa), si ritiene che il fondamento primario debba essere rinvenuto nella stessa *fusione*, in sede legislativa, della materia (tradizionalmente) privatistica con quella di origine *mercantile* in forza dell'abrogazione del Codice di Commercio; in seguito a ciò, infatti, si sarebbe verificata la peculiare "…*apparizione all'orizzonte del diritto civile…della nuova costellazione dell'impresa"* (così, in maniera assai incisiva, il "civilista" Santoro Passarelli in *Riv. Dir. Comm.*, 1942).
Occorre a questo punto riconoscere, però, che – sebbene la c.d. *concezione corporativa* della vita economica abbia contribuito, a sua volta, alla sistemazione "legislativa" dell'impresa nell'ambito della codificazione privatistica (cfr. retro) – anche con la sua scomparsa (in seguito al venir meno dell'ordinamento fascista) quest'ultima (i.e., disciplina dell'impresa nella regolamentazione civile) non risulta, tuttavia, totalmente infondata e priva di qualsivoglia giustificazione giuridica che possa (in qualche modo) convincere circa il suo *bonum logico* secondo l'ottica corporativa che ne ha rappresentato la genesi.
Per dar ragione di quanto sopra considerato, a parer mio, è necessario volgere un rapido sguardo alla stessa evoluzione *storica* del nostro ordinamento privatistico; più in particolare, vorrei "superare" un "errore" logico spesso ricorrente allorchè si affermi che, per quanto attiene alla materia commerciale, il legislatore del 1942 abbia senz'altro comportato la sostituzione del c.d. *sistema oggettivo* del codice di commercio (fondato sui c.d. *atti di commercio*) con il *sistema soggettivo* (del codice civile attuale) fondato sulla nozione (*subiettiva)* di *imprenditore commerciale.*
Questa prospettiva di indagine, infatti, personalmente ritengo non sia *completamente vera* e, in tal senso, sembrerebbero tendere anche alcuni argomenti di natura testuale e sistematica; in primo luogo, si consideri che il codice di commercio non conteneva soltanto uno speciale regime degli atti *obiettivi* e *subiettivi* di commercio (cfr. artt. 3 e 4 Cod. Comm) ma, piuttosto, sembrava anch'esso concentrare la propria attenzione su uno *specifico regime soggettivo* della professione commerciale e, segnatamente, su quello inerente la figura professionale dell' *imprenditore* la cui disciplina, nonostante inevitabili *"ritocchi concettuali"*, è rimasta sostanzialmente immutata – quanto meno nella sua *ratio legis* – anche con la codificazione unitaria del 1942.
Quest'ultima (i.e., codificazione del 1942), infatti, ha operato, essenzialmente, in un duplice senso.
Da un lato, ha *generalizzato* – rendendola comune – la disciplina di tutti quegli atti che prima si definivano quali *obbligazioni commerciali* e, in tal senso, avrebbe determinato la c.d. *commercializzazione del diritto privato* (sull'argomento, tra i contributi più autorevoli, cfr. Ascarelli in *Saggi giuridici*, Milano, 1949); dall'altro, e per converso, ha sottratto alla disciplina speciale – sottoponendola a quella comune – i singoli atti e/o obbligazioni degli imprenditori commerciali.
Rebus sic stantibus, il nuovo codice vigente – sotto questo (singolo e) specifico profilo di indagine – non ha rappresentato una *rottura fondamentale ed irrimediabile* rispetto alle precedenti esperienze giuridiche ma, piuttosto, avrebbe segnato una *trasformazione* o, *rectius*, una *restrizione della disciplina speciale* (commerciale) in conseguenza della *unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti;* esso (i.e., codice del 1942), infatti, non sottopone ad un regime speciale gli atti dei commercianti e/o degli imprenditori commerciali ma, piuttosto, *disciplina l'esercizio professionale del commercio in sé considerato* e, quindi, *l'impresa commerciale*.
E' questa, a parer mio, l'unica prospettiva *giuridicamente* sostenibile a conclusione dell'evoluzione sistematica (come sin qui tratteggiata) che ha interessato il substrato interno ed ideologico della stessa tradizione civilistica; quanto alle tappe *storiche* più essenziali che ne hanno segnato la graduale *affermazione normativa*, poi culminata nella legislazione corporativa dell'odierno e vigente codice civile, esse sembrano di triplice valenza.
In primo luogo, andrebbe ricordato il lungo periodo *statutario*, largamente inteso, che comportava – a causa della sua finalità essenzialmente processuale – l'assoggettamento ad un regime giuridico speciale non tanto dei soggetti che esercitavano il commercio quanto, piuttosto, degli atti compiuti da questi nell'esercizio della propria professione, secondo una prospettiva assai simile a quella tipica della giurisdizione consolare; sul punto, tra tutti, cfr. Stracca (*Tractatus de mercatura seu mercatore*, Amstelodami, 1669) per il quale "…*consules igitur, in his quae ad officium mercatorum negotiationesque*

pertinentius inter mercatores dicent, causasque cognoscent (frammento 9); "…*item et in hisqua ex mercatura veniunt, idest annexie et dependentibus a bea, jurisdictionem habent* (frammento 12); "…*unde quaesitum fuit si inter duos mercatores extra negotium mercaturae e tea quae ex mercatura veniunt orta sit controversia, verbi gratia super venditione domus, num consules mercatorum huius controversiae iudices sint competentes; et receptum est non esse. In his enim, quae ad mercaturam attinent, ius dicent* (frammento 12).

In secondo luogo, è da annoverare il *periodo posteriore al codice francese* con il quale si realizza un ampliamento operativo del c.d. *regime speciale degli atti di commercio* che si andrà ad appliare *a chiunque compia atti o eserciti professionalmente una attività economica*; in ultimo, rileverebbe l'attuale disciplina positiva del Libro V del codice vigente che, come ampiamente spiegato *retro,* prevede un regime speciale limitato all'*esercizio professionale del commercio* o, *rectius,* alle imprese commerciali *stricto sensu* intese.

Tutto ciò premesso e considerato – ritornando, così, alla questione iniziale da cui hanno preso origine le considerazioni sin qui rese – sembra giustificarsi la legittima configurabilità e l'attuale persistenza della disciplina dell'impresa nell'ambito della codificazione privatistica pur successivamente alla caduta dell'ordinamento corporativo che, come accennato, ne ha determinato il fondamento ideologico presupposto; essa (i.e., disciplina dell'impresa nel codice civile), infatti, non ha rappresentato soltanto una libera e *discrezionale* scelta del legislatore fascista ma, piuttosto – collocandosi in un più ampio "*mutamento sistematico"* di riferimento (nei termini in cui fin qui spiegato) – risulta senz'altro sostenibile anche negli attuali contesti giuridici in quanto derivante da una pregressa e *generale* evoluzione *storica* che ha riguardato il globalmente inteso ordinamento privatistico

[194] In tal senso, tra tutti, cfr. Modugno., (*Appunti di storia del diritto, Lezioni Accademiche,* Roma, 2001-2002) per il quale "…*è tutto da verificare se la essenza della disciplina lavoristica così come regolata dal legislatore corporativo.. sia effettivamente ispirata alla dichiarazione programmatica che ne apre gli orizzonti normativi di riferimento… "*

[195] In tal senso, tra tutti, si esprime Mereu., *op. cit.,* che, al riguardo, sottolinea "…..*la scarsa precettività della norma de qua*…..(i.e., art. 2060 c.c.)…*che rappresenterebbe, piuttosto, una elegante veste formale della più concreta , e a volte contrastante, disciplina civilistica sottesa*….."

[196] Ex. art. 2060 c.c. che "…*non a caso è stata scelta come norma di incipit del sistema lavoro*…." (così Mereu., *op. cit.,)*

[197] In tal senso, anche Modugno., (*op. cit.,)* per il quale "….*sembra rinvenirsi, nell'ottica dell'art. 2060 c.c., una sorta di manifestazione ideologica…. non sia sa fino a che punto poi rispettata… della stessa ideologia fascista…"*

[198] I.e., il lavoro

[199] La suddetta e riportata disposizione ex. art. 2060 c.c., deve essere letta in combinato disposto con il precetto della Carta Fondamentale (ex art. 35 Cost.) che, similmente alla suddetta norma codicistica (art. 2060 c.c.), recita nel senso che *"…La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni"*

Pertanto, per evitare irrimediabili *incoerenze interne* del sistema, è necessario porre in essere una interpretazione *adeguatrice*, nonché *costituzionalmente orientata,* della stessa previsione normativa di cui all'art. 2094 c.c ; quest'ultima, infatti, pur identificando *espressamente* la nozione di subordinazione nella *collaborazione all'impresa* – e ciò (anche) alla luce delle ragioni storico-sistematiche di cui alla nota 193 alla quale si rinvia – dovrà essere intesa in senso *estensivo,* nel senso di ritenerla applicabile anche al di fuori degli schemi normativi della stessa (impresa) come palesati ai sensi degli artt. 2082 e ss. c.c.

In tal senso, sembra suggerire – quale *argomento testuale in favor* – la stessa disposizione codicistica di cui all'art. 2239 c.c. che rappresenta la *chiave di volta* dell'*apparente contrasto formale* tra *fonte normativa sottordinata* – art. 2094 c.c. , riguardante, testualmente, i soli rapporti *aziendali* – e *fonte (normativa) superiore ed apicale* (quale quella ex. art. 35 Cost.) che sembra coniugare, invece, lo stesso principio di uguaglianza ex. art. 3 della Carta Fondamentale nella materia specifica del Lavoro, non ammettendone, di conseguenza, irragionevoli distinzioni sul piano della tutela ad essa riferita; la norma sopra citata (i.e., art. 2239 c.c.), dunque, risolve la questione prevedendo, attraverso una efficace tecnica normativa *per relationem,* che anche ai rapporti al di fuori dell'impresa si debba applicare la medesima normativa (tra tutte, quella inerente la subordinazione) dettata in tema di *lavoro nell'impresa,* con la debita clausola di "salvezza" in termini di *compatibilità* tra le discipline in funzione della specialità dei singoli rapporti considerati

Il legislatore del codice civile del 1942, quindi – quasi avvertendo la *crisi dogmatica*[200] della nozione tradizionale di *contratto*[201] in termini di *strumento di tutela di esclusivi interessi individuali*[202] - nella regolamentazione della disciplina lavoristica ha preferito porne in risalto, in luogo di quest'ultimo[203], il *rapporto*[204].

Questa scelta *ideologica*[205], pur rappresentando il primo argomento fondativo[206] delle pur diffuse tesi *istituzionalistiche*[207], non sembra, tuttavia, potere[208] escluderne[209], in alcun modo, gli *orizzonti negoziali*[210] intimamente presupposti[211] che, al contrario, –

---

[200] Così lo stesso Mereu., (*op. cit.,)* per il quale "…*lo stesso legislatore, forse, era non pienamente convinto di quali fossero i confini dell'autonomia dispositiva che, paradossalmente, egli stesso aveva previsto e disciplinato….*"

[201] Si rinvia alla nota 167

[202] E ciò – così Suppiej., *op. cit.* – "*in considerazione, in primo luogo, del dato storico della progressiva e crescente limitazione della libertà contrattuale ad opera diretta ed immediata della legge, nonché del potere organizzativo dell'imprenditore e della contrattazione collettiva, tutti fattori che, insieme, sembravano ridurre fortemente l'area della dimensione privatistica di riferimento….*

[203] I.e., dimensione contrattuale della fattispecie lavoristica

[204] Cercando di intuire il fondamento logico della suddetta *opzione legislativa* (sul cui *bonum sostanziale* si dirà ampiamente anche nel capitolo che segue) sembrerebbe potersi affermare sia stata dettata dalla volontà di disciplinare (e tutelare) la prestazione di lavoro qualsivoglia *schema o veste negoziale* essa (i.e., prestazione di lavoro) andasse ad assumere in concreto, indipendentemente, quindi, da quella che ne fosse stata la sua *fattispecie genetica originaria*; da ciò, la logica conseguenza di mettere in primo piano *non il contratto* che da origine al *rapporto* ma, piuttosto, il suo *immediato e diretto contenuto economico precettivo.*

In tal senso, sembra suggerire lo stesso Greco (*Il contratto di lavoro*, Torino, 1942) per il quale "…*il contratto, a stretto rigore, costituisce solo la causa genetica di un rapporto giuridico, per cui, quando si vogliono abbracciare tutti gli elementi e tutti gli effetti del rapporto, nelle varie fasi del suo svolgimento, dalla nascita all'estinzione, la parola contratto viene assunta, come è uso del resto comunissimo, in un senso traslato…il contratto, infatti, nel suo significato tradizionale, che è quello accolto nel sistema legislativo, rappresenta solo una, sia pure tra le più importanti, delle cause genetiche dei rapporti giuridici in genere ed obbligatori in ispecie… potendo questi, come si sa, sorgere anche per effetto di atti, fatti o situazioni non contrattuali…*".

[205] I.e., quella per cui la disciplina del lavoro è stata collocata nel Libro V e non già IV del Codice Civile; si rinvia, sul tema , alle considerazioni *storico giuridiche* di cui retro

[206] Da un punto di vista sistematico ed in aggiunta al già analizzato ed "equivoco" *dato letterale* ex. at. 2094 c.c. ; si rinvia alla nota 183

[207] Alla cui analisi si procederà a partire dal capitolo che segue al quale si rinvia

[208] In riferimento alla disciplina del lavoro

[209] In tal senso, tra tutti, cfr. Rabaglietti (*Contratto e rapporto di lavoro,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993) la quale – "commentando" la scelta normativa del legislatore corporativo – giunge alla chiara conclusione ermeneutica per la quale "*... dal momento che il contratto è stato costruito sullo schema del rapporto…viene ad esservi perfetta coincidenza tra la forma giuridica del contratto ed il suo contenuto… onde par possibile – e sufficiente – sostituire la parola rapporto con quella di contratto…e tutto resta immutato…. la identità tra contratto e rapporto di lavoro pertanto esiste….e quindi, parlare di rapporto non significa negare il contratto* ".

[210] Si tratta, in sintesi, della c.d. *concezione contrattualistica del rapporto di lavoro* sulla quale torneremo, ampiamente, nel proseguo della trattazione e che, al termine del capitolo che segue, individueremo come l'unica *posizione teorica dogmaticamente sostenibile sotto un profilo di rigorosa e coerente analisi scientifica di ricostruzione civilistica della fattispecie* (i.e., rapporto di lavoro) *in esame*

[211] In tal senso sembra suggerire anche Greco., (*op. cit.,)* per il quale " …*l'apparente distacco del rapporto dal contratto… come operato dal legislatore del 1942… non nega la dimensione negoziale della*

della fattispecie lavoristica globalmente intesa – andranno a rappresentare[212], piuttosto, il più indefettibile *proprium causale*[213] alla cui *individuazione scientifica*[214], nella peculiare (e ribadita) accezione *contrattuale*[215] della disciplina *de qua*[216], questo lavoro di ricerca continuerà a tendere.

---

fattispecie in esame …tale circostanza non ha altra funzione che quella di garantire l'applicazione delle norme a tutte le manifestazioni del lavoro subordinato…."

[212] Come ampiamente si dimostrerà (ulteriormente) nel proseguo della trattazione

[213] Per l'impostazione generale e la connessa *spiegazione scientifica* della problematica – soprattutto per quanto attiene al delicatissimo (e solo apparentemente tautologico) "valore sostanziale" sotteso al "link" concettuale tra "*fenomeno giuridico negoziale" e* connessa "*essenza causale"* della fattispecie (negoziale) considerata – si rinvia all'ampio studio del capitolo che precede al quale si rimanda, *in toto*, per *identità di ratio* anche con riguardo alla disciplina (negoziale) lavoristica

[214] In piena coerenza con le premesse *metodologiche* fissate all'inizio del presente lavoro di ricerca, si ricordi il prezioso (e, vincente ai nostri fini) "corollario logico" già raggiunto e dimostrato (e che sarà tale da "guidare" tutto l'iter speculativo che segue) in forza del quale determinare *l'essenza negoziale* di un fenomeno giuridico (nel nostro caso, quello "lavoristico") significherà, per ciò solo, *delinearne il bonum causale nella sua più intima valenza ontologica e normatività sostanziale.* (si rinvia, sul punto, alle ampie considerazioni di cui retro)

[215] Si rinvia alle considerazioni di cui retro

[216] I.e., quella del lavoro, ex. artt. 2094 c.c. e ss.

CAPITOLO III

L'essenza giuridica del contratto di lavoro:sua matrice ontologicamente causale

3.1) Istituzionalismo e rapporti di lavoro: genesi ed ammissibilità logica del c.d. anticontrattualismo teorico

A seguito della già analizzata scelta *sistematica* del legislatore corporativo,[217]la dottrina – a fronte del "*moderno*[218]" fenomeno *dell'attività di produzione organizzata*[219] ex. art. 2082[220] e ss. c.c. – nel tentativo di darne una spiegazione plausibile in termini *giuridici*[221], si è schierata in due opposte correnti teoriche di cui l'una considera l'impresa come *istituzione*[222] e, l'altra, nvece, si "limita" a studiarne la natura *sub specie* di *mera attività economica*[223] facente capo al soggetto che la esercita[224].

---

[217] I.e., quella di disciplinare la materia del lavoro nel Libro V del codice civile, in evidente assimilazione concettuale con la stessa nozione di *impresa;* si rinvia al paragrafo che precede

[218] In tal senso, tra tutti, Santoro Passarelli., *op. cit.;* si rinvia alla nota 193

[219] I.e., quella dell'impresa

[220] Che – in piena coerenza con la logica *retro* spiegata (cfr. nota 193) – esprime la nozione di imprenditore commerciale individuando, quest'ultimo, in colui che "*….esercita, professionalmente, una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e di servizi….";* sul tema, tra tutti, cfr. Buonocore., *Diritto Commerciale., op. cit.,*

[221] In tal senso, tra le voci più autorevoli, cfr. Minervini., (*Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata* in *Riv. Dir. Civ.*, 1958) che compie una attenta analisi delle problematiche *storico-sistematiche* sottese in materie

[222] In tal senso, tra tutti, Santi Romano., *L'ordinamento giuridico,* Firenze, 1951, 62; Id., *La impresa e l'azione agricola* in *Riv. Dir. Agr.,* 1947, I, 49; Asquini., *Il concetto di impresa* in *Riv. Dir. Comm.,* 1943, I, 1; Greco., *profili dellìimpresa e dell'azienda nel nuovo codice civile,* in *Atti della Accademia delle Scienze di Torino,* 1942; Mossa., *L'impresa nell'ordine corporativo,* Firenze, 1935, 49; Valeri., in *Riv. Dir.* Comm., 1943, I, 33; Cesarini Sforza., in *Riv. Dir. Agr.*, 1947, I, 29; Bigiavi., *La piccola impresa,* 1947; Messineo., *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, 1951; Giordano., *I contratti per adesione,* Milano, 1951

[223] Così, tra i contributi più autorevoli, Carnelutti., *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1942, I, 67 – anche se in *Capitale e lavoro* (*Riv. Dir. Lav.,* 1953, 2) lo stesso autore parla dell'impresa in termini di "*cellula economica" – ;* Oppo., *Materia agricola e forma commerciale,* in *Riv. Dir. Agr.,* 1949, I, 272; Corrado., *Limiti al licenziamento e al potere di esercitarlo,* in *Il diritto dell'economia,* 1955; Savino., *La subordinazione nel diritto del lavoro,* Torino, 1944; Fanelli., *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa,* Milano, 1950.

[224] Il distinguo concettuale nei termini in cui sopra espresso trova un omogeneo *pendant logico* di riferimento nel più tradizionale *trade off* sostanziale esistente, *rispettivamente,* tra la nozione *oggettiva* e quella *soggettiva* di impresa; riservandoci di trattare specificatamente nel testo riguardo alla prima accezione or ora menzionata , quanto alla seconda (i.e., nozione soggettiva) si precisi che essa fa perno proprio sulla figura dell' *imprenditore,* configurandosi , esclusivamente, in funzione di quest'ultimo (così anche Fanelli., *op. cit.,)*

In sì termini intesa – seguendo l'efficace *immagine paradigmatica* sposata da Pera (*I licenziamenti nell'interesse dell'impresa,*in *Atti delle giornate di studio,* Firenze, 1968) – essa (i.e., impresa) andrebbe a costituire un "*campo trincerato*" nel quale dominano, incontrastate, le scelte *negoziali* dell'imprenditore

Se, in relazione a quest'ultima accezione semantica del concetto in esame[225], transitiamo negli ordinari *orizzonti speculativi* della scienza commercialistica[226], è necessario, invece, – in quanto necessaria *premessa logica* alle successive considerazioni *lavoristiche* che ne seguiranno – soffermarci sulla prima prospettiva di indagine[227] come sopra menzionata.

A tal fine, in primo luogo, si analizzi la *genesi storico-eziologica* del concetto in esame[228], in omaggio alla personale *convinzione metodologica*[229] già individuata[230] come unitario parametro di riferimento nell'indagine scientifica cui si sta gradualmente procedendo; in termini concreti[231], si tratterà di capire se la nozione di *istituzione* sia una *conquista* dogmatica di esclusiva paternità della moderna civiltà giuridica ovvero se, al contrario, trovi un qualche *fondamento concettuale* già nel patrimonio romanistico cui, nelle diverse prospettive di analisi sin qui analizzate, si è fatto continuo riferimento in termini *sintetico-differenziali.*[232]

Sulla questione[233], ritengo di dover adottare una soluzione *mediana,* sintetizzabile nei termini che seguono; ovvero, se, da un lato, non può non riconoscersi che il mondo romano avesse inteso una (quanto meno) *lata* accezione[234] del concetto in

---

sotto il triplice profilo dell' *an*, del *quantum* e del *quomodo* del libero esercizio della libertà di iniziativa economica ex. art. 41 della Carta Fondamentale; da quest'ultimo precetto costituzionale, peraltro, discenderebbe (anche) la regola empirica della c.d. *judgment business rule*, equivalente al principio della (comunemente indicata come) *insindacabilità, nel merito, delle scelte imprenditoriali.*

Sulla base di queste premesse teoriche, infine, si dovrebbe poter concludere nel senso che l'imprenditore sia libero di determinare o porre fine all'impresa in quanto quest'ultima, una volta nata, non dovrebbe rappresentare, per il soggetto promotore ed organizzatore, una sorta di *gabbia* (sic, Pera., *op. cit.,*) *"nella quale gli si trovi chiuso e condizionato.."* ma, piuttosto, una attività di cui egli sia (sic) "*…di volta in volta, di giorno in giorno, arbitro*".

[225] I.e., impresa in termini di attività economica

[226] Alla quale si rinvia per evitare scorrette *invasioni* nel campo scientifico di "altrui" indagine; sul punto, relativamente a quanto già considerato, cfr. in particolare nota 193

[227] I.e., impresa come istituzione

[228] I.e., quello di istituzione

[229] Ovvero quella per la quale (cfr. pag. 77 e ss.) ogni istituto giuridico lo si può comprendere nella sua più globale valenza positiva e sistematica solo in ottica relazionale e differenziale con i parametri comparativi che ne hanno costituito il prius logico fondativo implicitamente sotteso.

230 Rinvio alle premesse introduttive

[231] Coniugando il tutto nell'ottica dello specifico tema che a noi in tal sede concerne

[232] Sinora, si ricordi, in tal modo si è proceduto sia in relazione allo studio del tema della *causa in generale* (cfr. par. 1 del capitolo che precede) – allorchè si è cercato di individuare le origini romanistiche della nozione in oggetto (i.e., causa) - sia in riferimento allo studio delle prime *accezioni contrattuali* del rapporto di lavoro che si è visto rilevare *sub specie* di *locatio-conductio* e/o *emptio venditio*; si rinvia ai paragrafi precedenti del presente capitolo

[233] I.e., origine *storico-eziologica* della nozione di *istituzione*

[234] La problematica cui si accede non è di immediata percezione ma si cercherà di delinearla, nei termini più semplici possibili, alla luce di quanto già studiato; il punto di partenza dell'indagine, a mio parere, lo

si deve individuare proprio nel già analizzato modello della *locatio-conductio* come esplicativo del rapporto di lavoro (si rinvia al paragrafo 1) in quanto, in questa logica, abbiamo già osservato come sia intuibile un potere di fatto del *dominus* avente ad oggetto la *idoneità* di quest'ultimo (i.e., dominus) a dettare norme di condotta al *servus* (considerato quale mera *res* oggetto del diritto di proprietà*)* per l'esecuzione della prestazione (di lavoro).
Si è anche visto come, progressivamente – e, segnatamente, con l'avvento del Cristianesimo – il background ideologico sia, però, mutato e, con esso, anche la presupposta assimilazione concettuale della persona umana al rango di una mera *res* a guisa che proprio a questo contesto storico si è fatta risalire una importante *inversione di tendenza del sistema* quale quella culminata con il passaggio *"normativo"* dalla *locatio servi* alla *locatio operis/operarum* (si rinvia, in toto, al paragrafo 1 del presente capitolo).
Quanto sopra detto (e ricordato) è di importanza fondamentale ai nostri fini e ci introduce allo specifico tema in esame (i.e., istituzione) ; infatti, in forza della mutata *concezione etica* dell'uomo – da *oggetto* (*locatio servi*) a s*oggetto* (*locatio rei*) del rapporto obbligatorio – si rese urgente risolvere e modificare una *costruzione giuridica* che non poteva più reggere sotto un profilo logico.
Ovvero, per giustificare il suddetto *potere di fatto* del *dominus* (per l'esecuzione del lavoro) non più su una *res* ma, piuttosto *su un altro soggetto* (i.e., il *servus* non più considerato *res*) era necessario che tale potere (di fatto) acquisisse un qualche fondamento *legale* e, quindi, si trasformasse in *potere giuridico* coniugato, in termini ancor più specifici, *sub specie* di *potere di organizzare*; è questo, a parer mio, il più remoto *prius logico* concettuale che sta alla base della moderna nozione di *impresa (*nell'accezione in cui rileva sino ai nostri giorni ex. art. 2082 c.c.) e dei suoi immediati risvolti lavoristici che ci proponiamo di studiare
Ovvero, ciò premesso, sembra già potersi "intuire", nell'ambito del *patrimonio giuridico romanistico,* la primissima caratterizzazione peculiare del concetto stesso di *istituzione* in termini di "*aggregato(umano) teleologicamente orientato ad un fine"*; similmente Bonfante., *op. cit.*, per il quale "*…l'istituzione si concepì in terminini di organizzazione… e in questa logica i concetti finirono per coincidere nella giurisprudenza classica"*.
Più in particolare, nei termini come retro precisati, la tradizione classica (romana) conosceva tre *species* di *istituzione* (*civitas, gentes* e *familiae)* ma di esse il *ius civile* più tardo (sec. V-VI a.c.) lasciò sopravvivere soltanto l' ultimo gruppo (i.e., quello della *familia*) in quanto la forza dello Stato Romano – costituito e organizzato proprio sulla base della *civitas* – si trovò in intimo contrasto (sul piano della legittimazione interna) con qualsivoglia organismo politico che non fosse quello (i.e., familia) or ora considerato; in quest'ultimo senso (i.e., difficoltà per lo stato Romano di riconoscere altri ordinamenti a sé estranei all'infuori di quello della famiglia) , peraltro, - a conferma della connessione scientifica tra gli argomenti trattati – mi sembra di poter individuare (anche) la *matrice logica (e storica) più autentica* della moderna teoria della *pluralità degli ordinamenti giuridici* cui ci imbatteremo nelle pagine seguenti (in tal senso, tra tutti, cfr. Bonfante., *Istituzioni di diritto Romano,* Milano, 1925)
Quanto ai rapporti tra *familia* e *res publica*, l'ordinamento romano non interferiva in alcun modo nella sfera dispositiva del *pater familias* (cui si riconosceva un assoluto *ius vitae et necis*), neppure in funzione *meramente limitativa ed esterna* (così Arangio Ruiz., *op. cit.,)* anche se (come assai opportunamente ricorda il sopra citato Bonfante., *op. cit*) sembrerebbe plausibile ipotizzare che essa (i.e.,*familia romana),* pur costituendo un organismo *pre-statuale* ed *autonomo,* doveva pur sempre riferirsi a leggi interne che regolassero i limiti e i poteri conferiti alla luce dei principi generali del *fas* e dei *mores familiares* .
Peraltro, l'estraneità (o, *rectius,* non interferenza) dello *ius civile privatum stricto sensu* inteso nei riguardi dell' *istituzione* (i.e., la *familia, cfr. retro*) era evidente – anche sotto un profilo *sociologico* (così Bonfante., *op. cit.,)* – allorchè si consideri che la distinzione dei soggetti (liberi) in *sui et alieni iuris* – pur trovando una innegabile analogia concettuale nella condizione "*lavoristica"* dei *servi* rispetto al *dominus* – non poteva in alcun modo superare i limiti e gli ambiti dell'organismo familiare – nei cui confini si esauriva il concetto stesso di istituzione – e, per ciò solo, riguardava soltanto i c.d. *agnati* e *cognati* in quanto gli altri soggetti *alieni iuris* (ma al di fuori del nucleo familiare) erano senz'altro da considerare come *liberi;* ciò, peraltro, spiega anche il motivo per cui (cfr. retro), normalmente, si richiedeva che il *mercennarius entrasse a far parte della casa* del dominus in quanto, in tal modo, il rapporto lavorativo instaurato sarebbe stato pur sempre spiegabile alla luce dei poteri "istituzionali" del *pater familias"*.
Ergo, concludendo, l'*istituzione familiare*, in questi termini intesi, rappresentava una sorta di *microcosmo giuridico chiuso*, governato da un diritto proprio i cui principi generali erano quelli dell'

esame,[235]dall'altro – in base alle fonti[236] appositamente consultate – sembrerebbe *scientificamente* corretto affermare che la nozione di *istituzione*, rappresenti, però, un *fenomeno normativo* senz'altro *nuovo* nel campo del *diritto privato* [237] cui, nella nostra prospettiva di studio[238], esso[239] finisce senz'altro per inerire.

Questa dimensione storica di riferimento[240], peraltro, ci conduce, *naturaliter*, ad individuare la valenza concettuale più autentica della nozione stessa di *istituzione*[241]

---

honeste vivere, del *neminem laedere* e del *suum cuique tribuere* che rappresentavano, a loro volta, "*…una pratica di comportamento socialmente corretto…e unanimemente condiviso..*" (così, tra tutti, Francisci., *Storia del diritto romano., op. cit.,*)

[235] I.e., quello di *istituzione*

[236] Si rinvia a quelle (romane) espressamente indicate al paragrafo primo di questo capitolo

[237] Infatti – come chiaramente rileva anche in forza della nota 234 (cui si rinvia) – il diritto *privato* romano si occupava esclusivamente dei *diritti soggettivi* e non anche dei meri *poteri giuridici* i quali (soltanto), di riflesso *pubblicisico*, andavano, invece, ad inerire al concetto stesso di istituzione nei termini in cui fin qui considerati; e a conferma di quanto sostenuto, si ricordi che il *ius civile* lasciava, *mutatis mutandis*, autonomia piena al *paterfamilias* solo nei limiti del *fas* e dei *mores*

Ciò premesso, sembra giungersi alla prospettiva che nel testo si vuole significare; ovvero, il distinguo tra *ius publicum* (*quod ad statum rei romanae spectat)* e *ius privatum* (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*) è talmente netto da segnare un insuperabile spartiacque concettuale tra, rispettivamente, l'ambito di rilevanza dell' istituzione – soltanto nei suoi profili *pubblicistici*, in termini di *esclusività dell'organismo familiare primitivo* nei suoi modelli di economia *chiusa*, *e, quindi, sub specie* di *microcosmo giuridico autonomo*; cfr. retro – e, per converso, la sua inconfigurabilità ontologica sul piano dei *rapporti individuali (privati)*, in relazione ai quali, piuttosto, l'unica signoria giuridica da poter riconoscere era quella "statuale" della *Res publica.*

Progressivamente, tuttavia, il rigore del distinguo (tra *sfera pubblica* e *privata*) sarà in qualche modo limitato; ben presto, infatti (e, in particolare, con l'avvento della giurisprudenza classica, V-VI sec. a.c.) si farà strada il concetto per cui *"interest rei publicae"* anche qualche rapporto fra privati che riveste una particolare importanza sociale; in tal senso, tra tutte, si vedano le disposizioni atte a serbare la dote – la cui *ratio* sarà proprio quello per cui "*…interest reipublicae mulierum dotes salvas esse…*" – e quelle volte a derogare all'obbligo di rendiconto del tutore in quanto "*…interest reipublicae rem pupilli salvam fore…".*

In tale mutato contesto di riferimento "*…anche il concetto di istituzione subì un qualche mutamento logico concettuale nella sua valenza… ma pur sempre è da ritenere che sia rimasto estraneo al diritto privato romano stricto sensu inteso… "* (così Tondo., *op. cit.,)*

[238] Strettamente preliminare alle conseguenze lavoristiche che seguiranno

[239] I.e., fenomeno-istituzione

[240] Nei limiti in cui *retro* espressa

[241] Riflettendo attentamente sull'affascinante tema dogmatico, sembrerebbe potersi affermare che la "chiave semantica" del concetto in esame la si debba sintetizzare nell'assunto logico sotteso al brocardo latino per cui "*…ex facto oritur ius"*, a voler con ciò significare che è proprio il *substrato materiale e fattuale* della convivenza tra i *cives* (c.d. *aggregato sociale*), nel suo peculiare profilo *organizzativo*, a rappresentare il fondamento razionale del fenomeno in oggetto (i.e., istituzione).

Qualsivoglia convivenza sociale, infatti, è *fisiologicamente* caratterizzata dalla sua *naturale vocazione teleologica al perseguimento di un fine* (c.d. *ordine sociale della convivenza*) il quale, a sua volta, sarà quello condiviso dai *membri* del corpo sociale di riferimento, nei termini in cui manifestato dalla volontà dello stesso (corpo sociale) che, attenendo a più soggetti (i.e., tutti i componenti del suddetto corpo sociale), non potrà che rilevare come *volontà collettiva.*

Se quanto detto, *sul piano astratto*, sembra perfettamente coerente, sotto il profilo *concreto*, però, è necessaria qualche ulteriore precisazione logica; infatti, è ragionevole poter presumere che la volontà (*tot capita tot sententiae*) , allorchè riguardi un pluralità di soggetti, non sia sempre univoca ed unitaria in

che, a parer mio, è da rinvenire proprio nell'intimo *trade off* concettuale tra *diritto soggettivo*[242] *e diritto oggettivo*[243] o, *rectius,* tra *contratto*[244] *e norma;*[245] in sì termini

---

mancamza di un (astrattamente possibile) totale accordo tra tutti i membri della *societas* (collettiva) di riferimento.
Da qui deriva la necessità pragmatica di stabilire, *ex ante,* modalità operative di *governo* del "gruppo sociale" *lato sensu* inteso che ne garantiscano, in ogni caso, la sua pacifica *esistenza*; al di là delle opzioni teoriche che si potrebbero astrattamente preferire (tra tutte, *dittatura, oligarchia o democrazia*), ai nostri fini è necessario soffermarci su un aspetto in particolare.
Ovvero, ai fine di cui si è detto *retro* (i.e., garanzia del governo del gruppo sociale), la singola collettività di riferimento stabilirà, (o, *rectius,* si *accorderà*), sebbene implicitamene, (su) *chi abbia il potere* (o, *rectius*, la *forza sufficiente*) di esprimere la volontà globale (o, *rectius,collettiva)* del corpo sociale considerato di cui, il designato, sarà l'unico rappresentante legittimo. *Rebus sic stantibus,* tale potere (di esprimere la volontà), inizialmente, è una mera prerogativa di fatto che diventa (solo successivamente) *giuridica* in forza del riconoscimento (circa la sua *facultas operandi*) ad opera del corpo sociale globalmente inteso; tale potere giuridico, a sua volta, detterà *le norme modali e strumentali* con cui si raggiungerà il risultato comune dell'istituzione che metterà d'accordo tutti i membri di un gruppo sociale e, segnatamente, "ciò" che, comunemente, indichiamo con i termini di *maggioranza* e *minoranza.* Quest'ultima, infatti, *accetterà una scelta che non ha voluto,* sacrificando il suo volere alla maggioranza, in omaggio alla esistenza e all'unità dell'aggregato; in breve, si tratterà di un *sacrificio, sotto il profilo politico, che avrà il suo equivalente nella tutela e nel godimento dei diritti dell'aggregato-istituzione.*
In tal senso, tra tutti, cfr. Carnelutti., (*Teoria generale del diritto,* Roma, 1951) per il quale "*…il diritto tende a fare di due parti un intero…. le due parti sono la maggioranza e la minoranza… e l'intero è il corpo sociale…";* Hauriou., (*Precis de droit dministratif et de droit public*, Parigi, 1922, trad. it. 1960) per il quale "*...in un aggregato organizzato…la volontà che determina l'agire non può quasi mai essere ottenuta, come si dice, all'unanimità… Tipicamente, l'aggregato sociale è formato di soggetti liberi che hanno scelte diverse.. la volontà dell'aggregato è perciò necessario che si esprima attraverso la formazione di una maggioranza di coloro che la pensano allo stesso modo…Ma la minoranza, perché l'aggregato continui ad avere senso e vita, non sparisce, non si annulla nella volontà della maggioranza…deve perciò sacrificare il proprio particolare interesse (di minoranza), per un interesse sempre proprio, ma generale:il suo interesse di far parte del gruppo…".*
Proprio in questo contesto di riferimento, a parer mio, si scorge il *proprium causale* della nostra indagine; infatti, è proprio questo rapporto di "*subordinazione"* (si osservi la chiara eco *lavoristica* ex. art. 2094 c.c.) della volontà di una parte (minoranza) a quella dell'altra (maggioranza) – funzionale al perseguimento di un *fine* condiviso – che rappresenta la nozione di *fine istituzionale,* a voler significare, con ciò, la sua specifica idoneità a *tenere insieme le parti, mantenendole unite* (in tal senso, tra tutti, cfr. Hauriou., *Principes de droit publique*, Parigi, 1916; Guarino., *Potere giuridico e diritto soggettivo,* in *Rass. Dir. Pubblico, 1949;* Greco., *Il contratto di lavoro,* Milano, 1947; Carnelutti., *Teoria gen., op., cit.,* per il quale "*…per istituzione si intende un insieme di cose atto a non disgregarsi..(da in-stare), ..quasi a farle stare in un unico contenente….".*
[242] La nozione di diritto soggettivo rappresenta la *proiezione sintetica,* sotto il profilo *giuridico,* della comune esperienza empirica tale per cui ciascun individuo, *naturalmente,* è portato a soddisfare i propri bisogni individuali nell'ambito delle relazioni intersoggettive. Esso (i.e., diritto soggettivo), infatti, viene esercitato dai *soggetti* per il perseguimento dei propri interessi e poggia su due fondamenti razionali: da un lato, la c.d. *presunzione di interesse* – che è implicita nella stessa *idoneità* dello strumento predisposto dall'ordinamento (giuridico) *al raggiungimento del fine perseguito* – e, dall'altro, la c.d. *presunzione di buon uso* (del diritto) in forza della quale si dovrebbe senz'altro confidare nel ragionevole esercizio del diritto, da parte del titolare dello stesso, secondo modalità non suscettibili di ledere l'altrui sfera giuridica e, quindi, in termini pressoché assimilabili alle prospettive sottese dal tradizionale principio romano per cui *qui iure suo utitur neminem laedit.*
Seguendo questa prospettiva ermeneutica, mi sembra di poter individuare un (inizialmente improbabile) *peculiare* nesso logico tra la nozione (essenzialmente pubblicistica) di diritto soggettivo e quella (squisitamente privatistica) di *negozio giuridico,* quasi a configurare una sorta di *fisiologica strumentalità* di quest'ultimo (negozio giuridico) nei riguardi del primo (diritto soggettivo): il *negozio giuridico,* infatti, è lo strumento privilegiato concesso alle parti (ex. art. 1321 e ss. c.c.) per la *realizzazione* dei propri *fini* o,

rectius, interessi che (ci si riferisce alla suddetta realizzazione di interessi individuali), retro, si è già identificata nella nozione stessa di diritto soggettivo.
In termini pressochè similari, tra tutti, cfr. Carnelutti., (*Il problema fondamentale nel diritto dell'economia* in *Il diritto dell'economia,* 1955) per il quale "*…l'homo juridicus sta in mezzo fra l'uomo economico e l'uomo etico…*e, pertanto, *è compito del diritto costringere il primo a badare agli interessi altrui;* ne deriva che *"l'homo juridicus, perciò, è l'homo oeconomicus…in cui il principio naturale di convenienza è diventato regola…";* similmente, cfr. Santi Romano., (*Frammenti di un dizionario giuridico,* Roma, 1953) per il quale "*…quando un interesse può essere soddisfatto senza che il soggetto debba entrare in relazione con gli altri… si verte nel campo del giuridicamente irrilevante…non vi è né negozio né diritto…. ".*
[243] In termini pressoché differenziali (e *per relationem*) rispetto a quanto osservato nella nota che precede, rileverebbe la nozione stessa di *diritto oggettivo* la cui valenza concettuale potrebbe senz'altro esprimersi con il solo considerare che *per poter agire per gli altri ci vuole uno strumento diverso dal diritto soggettivo che è agire per sé* o, *rectius,* (e in termini assolutamente speculari), *per poter agire super partes ci vuole uno strumento diverso da quello che occorre per agire inter partes* (in tal senso, seppure in termini parzialmente distinti, anche Carnelutti., *Teoria generale., op. cit.,* per il quale "*… la facoltà si distingue dal diritto soggettivo o dalla facoltà come potere di agire e non di comandare… e il diritto soggettivo dalla potestà come potere di comandare all'altra parte e non alle parti…"*).
Per poter "agire", infatti – sotto un profilo ontologico – occorre non solo che si formi la volontà *che determina all'azione* ma anche (e soprattutto) che essa (i.e., volontà) *possa imporsi*; se così è, ne risulta palesemente che lo strumento del diritto soggettivo non può essere sufficiente relativamente ad una *istituzione* (cfr. nota 241) perché il gruppo sociale è, per definizione, costituito da singoli che non condividono (necessariamente) tutti la medesima *caratterizzazione volitiva.*
Piuttosto, sarà prospettabile come ipotesi altamente plausibile quella del *conflitto di interessi* fra i diversi soggetti di un gruppo sociale la cui (ci si riferisce all'eventuale conflitto di interessi) unica soluzione efficace sembrerebbe essere quella rilevante *sub specie* di *sacrificio dell'interesse minore* nell'ottica considerata alla nota 241, ovvero, in termini di *subordinazione* (nella sua accezione atecnica del termine) *della volontà della minoranza a quella della maggioranza ;* in questa logica ermeneutica, però, lo strumento del *contratto* non potrà risultare adeguato in quanto quest'ultimo è idoneo a *far convergere due volontà dirette a realizzare (ciascuna) un interesse disgiunto ma pari a quello dell'altra, e non già allorchè, invece, le volontà non possono in alcun modo convergere ed un interesse debba necessariamente essere sacrificato ad un altro.* Infatti – seguendo l'iter logico del già citato *Hauriou., op. cit.,* – con la *lex contractus si comanda a qualcuno qualcosa che ha voluto perché gli conveniva* (c.d. *iussum inter partes*); ne consegue che – allorquando il comando concerna qualcosa di *non voluto* al quale, tuttavia, occorrerà sottostare (c.d. *iussum super partes*) nell'interesse del gruppo sociale (i.e. c.d. *diritto oggettivo*) – in tal caso "*…non si tratterà di un contratto ma, piuttosto, si avrà di fronte una istituzione…."*(così Hauriou., *op. cit.,).*
Più in particolare, sarà da riconoscere l'esistenza di una *lex* caratterizzata dall'assunto logico per cui *l'autorità e la legittimità del comando discendono dal fatto di essere, chi lo pone, la maggioranza*; in tal senso, tra tutti, Carnelutti (*Teoria generale., op. cit.,*) per il quale "*…un elemento di adesione da parte dei sudditi è indispensabile alla efficacia dei comandi… e, quindi, alla formazione del diritto…";* Hauriou., *op. cit.,* per il quale "*…l'istituzione, che è un aggregato con un proprio regolamento… si distingue dal contratto perché richiede solo una adesione a schemi predisposti…e la prevalenza di una volontà sull'altra"*.
[244] Inteso, come detto *retro*, *sub specie* di *strumento* con cui le parti, in *condizioni di parità*, raggiungono, ciascuna, il proprio interesse nei limiti dell'interesse dell'altra, mediante un *comando precettivo* (c.d. *lex contractus*) che trova il suo fondamento logico in ciò che corrisponde a quanto esse stesse hanno *voluto e cercato* (i.e., diritto soggettivo; cfr. nota 242)
[245] In termini di *strumento con cui le parti, in condizioni di maggioranza o minoranza*, raggiungono e preferiscono un interesse che è quello di *maggioranza*, e ciò attraverso un *comando* (*lex*) che corrisponde a ciò che è stato *etero determinato* ed imposto obiettivamente all'osservanza delle parti stesse (diritto oggettivo; nota 243).
Rebus sic stantibus, sembrerebbe potersi sintetizzare quanto segue.
Il fondamento della norma andrebbe a risiedere proprio nell'*aggregato sociale* (o, *rectius*, in ciò che noi si è già individuato come *istituzione*; cfr. nota 241) nel cui ambito – poichè non tutti tendono al medesimo risultato – si renederà inevitabile il *sacrificio* di uno degli interessi in gioco per il

intesa[246], dunque, l'essenza stessa del concetto in esame[247] sembrerebbe rilevare nella c.d. *predisposizione* o, *rectius, determinazione comune di regole strumentali* [248] *volte al raggiungimento di un determinato fine*[249].

Sotto questo profilo di indagine, l' *istituzione* andrebbe, così, ad identificarsi nel concetto stesso di *organizzazione*[250] e, pertanto, si inizia a scorgere, *naturaliter*[251], il sempre più evidente *nesso logico- concettuale* fra tale nozione[252] e quella di *impresa*[253]; anche quest'ultima, infatti, al pari della *istituzione*[254], rileva essa stessa in termini di

---

soddisfacimento di un altro *fine* (istituzionale); diversamente, l'accordo si rinvenirà nel *reciproco consenso delle parti* teso ad un risultato comune senza alcuna prevalenza di un interesse soggettivo su di un altro e quindi, in condizioni di "*equità formale nel potere di dire ciò cui si vuole tendere…"*(così Hauriou., *op. cit.,).*

Concludendo, sembra senz'altro potersi convenire sull'icastica (ma assai efficace) espressione del Carnelutti (*Teoria generale., op. cit.,*) per il quale "*…perché gli uomini non sono liberi* …(in quanto costituiti in aggregati sociali)*…si costituisce il diritto…il quale prende il posto della libertà…se tutti gli uomini fossero liberi, cioè capaci di obbedire, del diritto non vi sarebbe bisogno… ma gli uomoni non sono liberi perché non osservano le regole che essi stessi si danno…".*

[246] Combianando, dunque, quanto ampiamente considerato alle note 241-245

[247] I.e., quello di istituzione

[248] In termini pressoché assimilabili alla nozione ampia di *"norma"*, nella specifica accezione concettuale delineata alla nota 245

[249] Quanto sin qui considerato, peraltro, dovrebbe aiutarci a chiarire i termini del distinguo tra *istituto e istituzione* che corrisponde, *mutatis mutandis*, allo *scarto semantico* esistente fra la nozione di *funzione* e quella di *funzione sociale*

Più in particolare, gli *istituti giuridici* sono quelli costituiti da un sistema di norme (nota 239) che è lo stesso legislatore a prevedere e dettare, *ex ante*, a tutela di specifici *fini* i quali, a loro volta, diventeranno essi stessi *tipici (*e, quindi, *istituzionali*) in quanto idonei a perseguire e raggiungere interessi (non meramente individuali) *meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico;* ciò comporta che la valutazione circa la funzione *economico sociale* da essi (i.e., fini istituzionali) perseguita (c.d. *ratio legis;* cfr. capitolo che precede) sia già avvenuta a livello del diritto statuale sovraordinato (i.e., la *lex*) e, pertanto, il ruolo dell'interprete sarà senz'altro limitato. Questi (i.e., interprete), infatti, non potrà ritornare in alcun modo sulla *opportunità, in fatto, circa il bonum giuridico di una tal funzione* residuando, al massimo, in suo favore, una mera valutazione, *in diritto,* circa l'effettiva sussistenza di quel medesimo istituto nel singolo caso di specie per fissarne , eventualmente, i relativi limiti applicativi (c.d. *iura novit curia*); diversamente, in presenza di una *istituzione* (o, *rectius,* organizzazione), la determinazione di norme volte al perseguimento di un determinato risultato si realizza non già sotto il profilo della *cogenza imperativa della legge* ma, piuttosto, sul piano della *libera iniziativa privata* (cfr. artt. 2082 c.c. e 41 Cost.) che si porrà quale *fonte legittimante autoreferenziale ed auto regolatrice di se stessa*. *Rebus sic stanti bus,* la *funzione (economico-sociale*) ad essa (i.e., istituzione) sottesa non sarà più *assolutamente intangibile ed indisponibile* ad opera delle parti (o, *rectius, interpreti*) – sul piano della *concreta valutazione,* in fatto, *circa la sua opportunità logico giuridica* – richiedendo, al contrario, di essere rimodulata e *verificata,* volta per volta, *in executivis,* e, quindi, in relazione alle sue singole *manifestazioni* nonché prassi adempitive (cfr. artt. 2119, 2159, 2285 e, per certi versi, anche l'art. 1455 c.c.) ad essa inerenti.

[250] Si rinvia alla nota 241; in particolare, tra le considerazioni *ivi* rese, si ricordi quella per la quale il *fondamento razionale della istituzione è da rinvenire nel substrato materiale* della convivenza tra i *cives* (c.d. *aggregato sociale*), nel suo peculiare profilo *organizzativo.*

[251] Alla luce del complesso "background concettuale "così come analizzato sin dalle prime pagine del presente paragrafo nell'ottica finale (che è quella che segue nel testo) cui si sta giungendo

[252] I.e., istituzione

[253] Per i suoi profili storico-sistematici si rinvia alla nota 193

[254] Si rinvia alla nota 241

comunità[255] o, *rectius, organizzazione di lavoro*[256] e, quindi, l'orizzonte (lavoristico) di analisi risulta ormai compiutamente delineato:

è proprio quello della c.d. *Impresa Istituzione*[257].

---

[255] Corrispondente alla c.d. *Gemeinschaft* di matrice tedesca, essa (i.e., comunità) sarebbe tale che "…*il rapporto di lavoro rileverebbe non solo come rapporto esterno di mercato, e quindi, di scambio, ma lo stesso concetto di impresa, al contrario, rileverebbe quale fonte di un rapporto organico di collaborazione tra imprenditore e lavoratori";* in tale ottica, peralro, si realizzerebbe (solo formalmente) un (utopico) risultato assai apprezzabile nel contesto teorico in cui le stesse tesi istituzionalistiche vorrebbero poter operare.

In particolare – secondo le argomentazioni del Planitz (*Die Stimmrechtsaktie*, Lipsia, 1922, trad. it. 1950) – la concezione dell'impresa quale *comunità* sarebbe tale che (sic) *" il processo di alienazione del lavoratore descritto da Marx (Das capital) – tale per cui tutti i fenomeni sociali, e, segnatamente, l'attività dell'impresa e il suo prodotto, vengono entificati in qualche cosa di estraneo ai lavoratori, esistente al di fuori di essi e su cui essi non hanno alcuna possibilità di controllo – risulterebbe peculiarmente invertito in una progressiva reintegrazione della persona del lavoratore nell'attività produttiva…che gli restituisce il senso di una partecipazione creativa al mondo in cui vive "*

[256] In tal senso, *mutatis mutandis*, anche Greco (*Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile., op. cit.,*) per il quale – così, testualmente – alla tradizionale categoria dei rapporti obbligatori "…*dove un soggetto, o ciascun soggetto..reciprocamente è costretto a subire la limitazione di un proprio interesse a favore dell'interese dell'altro… restando entrambi nelle loro reciproche posizioni, l'una contrapposta all'altra…."* , se ne potrebbe aggiungere una altra ulteriore – definibile come *"istituzionale, di comunità, o di organizzazione – "…caratterizzata da una mutua e reciproca interdipendenza o correlazione…tale per cui ciascuno dei membri, entrando nella istituzione, non contrae un vincolo semplicemente con la persona che vi esercita il potere preminente ma, nella posizione che va ad assumere, entra automaticamente in rapporti di cooperazione e di gerarchia con tutti gli altri soggetti che vi appartengono…."*.

[257] Si tratta del fondamento dogmatico più autentico che regge la intera teorica istituzionalistica del rapporto di lavoro; di matrice tedesca, rinviene le sue radici essenziali nella dottrina del Gierke (*Genossenscaftsrecht, op. cit.,*) che ha riconosciuto nell'impresa una delle più antiche espressioni della organizzazione gerarchica o di dominazione (c.d. *Herrschaft*) dell'età moderna, di natura personale e tale che ogni potere *regolamentare, direttivo e disciplinare* farebbe capo all'imprenditore il quale – in omaggio al *Fuhrerprinzip* di chiara eco nazional socialista – andrebbe considerato quale capo dell'impresa, secondo una logica ermeneutica che ha avuto eco anche nel nostro codice civile all'art. 2086 c.c.

L'imprenditore, seguendo questa logica ermeneutica, sarà titolare di un potere giuridico nei confronti della propria comunità aziendale di cui sarebbe, nel contempo, *tutore*, *legislatore* e *giudice* (così Gierke., *op. cit.,)* con il solo limite del legittimo esercizio delle sue facoltà in funzione dei risultati e degli scopi del corpo sociale che egli stesso sovrintende e, in caso contrario (i.e., deviazione dei suoi atti dal fine) ne potrebbe derivare la decadenza dai propri suddetti poteri per cattivo uso degli stessi; ciò, però – come attentamente nota il Gazin., *De la nature juridique du reglement de travail*, Parigi, 1913 – accadrà soltanto nelle c.d. *imprese costituzionali*, ovvero in quelle che prevedono determinati organi sovraordinati che siano in grado di sindacare le condotte dell'imprenditore e di comminarne le relative sanzioni.

Quanto alle specifiche *prerogative* del capo dell'impresa, si impone un distinguo concettuale; più in particolare, se il c.d. potere ordinativo sarebbe da configurare in termini di *diritto potestativo di comando* (c.d. *Befehlsrecht*) che spetterebbe all'imprenditore come capo (c.d. *Herr*) della comunità di lavoro, diversa, invece, sarebbe la natura del c.d. potere di direzione (c.d. *Direktionsrecht*) il quale potrebbe dipendere da un qualsiasi rapporto (non necessariamente di lavoro subordinato) avente ad oggetto il compimento di una qualche attività, anche in posizione autonoma, e spetterebbe all'imprenditore non già nell sua qualità di capo ma, piuttosto, in quella diversa di *creditore* (c.d. *Glaubiger*).

In tal senso, tra tutti, cfr. Sinzheimar (*Grundzuge des Arbeitsrechts., op. cit.,*) per il quale " *..il diritto di comando avrebbe un contenuto più ampio del diritto di direzione..in quanto riguarderebbe non solo l'oggetto ma anche la modalità della prestazione… esso, poi, si realizzerebbe in un ordine anziché in una pretesa creditizia…*" ;al riguardo, però, (a parer mio), l'autore sopracitato (i.e. Sinzheimer., *op. cit.,*) sembra cadere in una irimediabile "*contradictio in terminis"* che scalfisce lo stesso rigore logico della

tesi istituzionalistica come fin qui sostenuta. Questi, infatti - con il riconoscere (implicitamente) che il fondamento del potere di comando dell'impenditore è da rinvenire nella sua stessa qualità di proprietario degli stessi strumenti di produzione – finisce con il tradire le sue dichiarate premesse logico-teoriche (in *Grundzuge des Arbeitsrechts., op. cit.,*) per le quali la figura dell'imprenditore doveva essere studiata sotto un duplice profilo, ovvero, in relazione a due distinti "ordinamenti giuridici" (sul punto, ampiamente, in proseguo) di riferimento: da un lato, quello *privato* – che si fondava su una posizione di pieno dominio – e, dall'altro, quello *statale* che sottolineava, invece, l'esclusiva importanza del rapporto *a prescindere dalla proprietà (o meno) degli strumenti di produzione* che poi, però (cfr. sopra) giunge a presupporre come *condicio sine qua non* legittimante l'esercizio dello stesso potere direttivo .

Altro importante profilo della *Impresa Istituzione* è rappresentato dal c.d. *obbligo di fedeltà* che farebbe da *pendant logico* ai suddetti (e già analizzati) poteri *ordinatori e di direzione* dell'imprenditore; in termini generali, secondo la concezione istituzionalistica, si tratterebbe di un *concetto giuridico variabile e decrescente per gradi*. Ovvero – essendo una diretta conseguenza della particolare relazione che vincola i soggetti stretti in comunanza di vita – l'obbligo di fedeltà andrebbe ad assumere dei significati differenti a seconda della natura della stessa comunità di appartenenza, via via dileguandosi allorchè la "*societas"* di riferimento abbia natura meramente patrimoniale come, fra tutte, la comunità incidentale e quella fra eredi (in tal senso anche Haurioiu – *La theorie de l'Institution et de la fondation,* in *Cahiers de la Nouvelle Journee,* Parigi, 1925 – per il quale "…*la fedeltà dovuta allo Stato è diversa da quella dovuta alla famiglia come, nei confronti dello stesso pater familias, diversa sarà l'obbedienza richiesta, rispettivamente, dalla moglie, dai figli e dai domestici"*).

Ciò premesso, nell'ambito lavoristico – secondo la logica istituzionale – l'obbligo di fedeltà andrebbe ad assumere una propria ed autonoma rilevanza *reciproca* fra le parti ; ovvero, – a differenza di tutti gli altri contratti per i quali si impone una condotta informata alla mera fiducia e alla lealtà nell'adempimento dei singoli impegni assunti – nel nostro campo di indagine (i.e., rapporto di lavoro), esso (i.e., obbligo di fedeltà) andrebbe a rilevare secondo una peculiare caratterizzazione *continuativa* (e non puntuale), nel senso che sarebbe dovuto per tutto l'intero arco della prestazione lavorativa.

In sì termini inteso, il dovere di fedeltà (c.d. *Treupflicht*) è stato considerato come una forma di espansione (*Erweitung*) del *dovere di lavoro* (così, tra tutti, Sinzheimer., *Grundzuge des Arbeitsrechts*, Jena, 1927), secondo una logica ermeneutica che, poi successivamente ripresa anche dalla dottrina italiana (tra tutti, cfr. Casanova., *Studi sul diritto del lavoro, op. cit.,),* aprirà (non voluti ma inequivoci) orizzonti negoziali laddove il sopracitato autore (Casanova., *op. cit.,*) si esprimerà nel senso che "….*l'obbligo di fedeltà… si identifica con l'obbligazione di lavoro…quale risulta disciplinata dal creditore di lavoro…ovvero… in termini di …dovere di dedicare se stesso all'azienda cui si appartiene…"*; in termini parzialmente simili, cfr. Bassanelli., (*L'obbligazione negativa del prestatore di lavoro,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1939) per il quale "…*l'obbligo di fedeltà si limita a garantire che l'interesse di chi si debba avvalere dei servizi altrui… sia soddisfatto nella maniera più esauriente… costituisce, in tal modo, un obbligo necessario ed accessorio e per se stesso espansivo nella determinazione logica del rapporto di lavoro…".*

Cercando di sintetizzare quanto fin qui globalmente considerato, si ritiene poter rinvenire la caratterizzazione più autentica della nozione stessa di *Impresa-Istituzione* nella sua valenza concreta in termini di *comunità chiusa,* con un numero di membri determinato dall'impenditore tra persone scelte di sua fiducia, quasi a configurarsi (tale impresa-istituzione) come una sorta di strumento di lotta economica con comunità affini, ed in continuo allarme, a difesa – così Bobbio., (*Società chiusa e società aperta* in *Ponte,* 1946) – "…*della sua autarchia contro gli attacchi e le insidie di altre comunità interferenti che tendono a minarne la struttura ed a costringerla verso nuove forme…".*

Tuttavia – grazie ai fecondi interventi più *moderati* della contestuale dottrina francese (tra tutti, cfr. Hauriou., *Precis de droit constitutionnel, op. cit.;* Renard., *La theorie de l'Institution,* Parigi, 1930) e di quella italiana (tra tutti, cfr. Cesarini-Sforza., *Il diritto dei privati,* in *Riv. It. Scienz. Giur.,* 1929), progressivamente, anche la più rigorosa teorica tedesca ammise che un sistema siffatto (i.e., quello della Impresa –Istituzione) potesse configurarsi anche in assenza del riconoscimento dell'imprenditore quale *sovrano assoluto*; piuttosto, sarebbe stata compatibile anche con *forme costituzionali* che attribuissero a quest'ultimo (i.e., imprenditore) poteri supremi da esecitare, però, entro limiti posti dallo stesso ordinamento dell'impresa.

Quest'ultima (i.e., impresa), a sua volta, dovrebbe garantire al lavoratore una " *certa sfera di libertà che elimini un frequente stato psicologico di insofferenza nel sentirsi tollerato in casa altrui*" e, nella sua ottimale (ed utopica) configurazione giuridico-sociale, dovrebbe esser tale da "…*spingersi sino a*

riservare ai lavoratori un qualche potere di controllo sulle direttive generali della politica imprendi tizia ed uno più concreto e pressante (controllo) sulle decisioni che li riguardano direttamente" (così, tra tutti, Tourraine., *Sur les trasformations des travailleurs a la gestion des entreprises privees dans les principaux pays de l'Europe occidentale*, in *Travaux de la facultè de Strasbourg*, 1954); in questa (ultima e altrettanto utopica) prospettiva, peraltro, l'Impresa-Istituzione sarebbe persino capace di un *paternalismo filantropico* che renderebbe uguali i propri componenti "lavoratori" secondo un fisiologico principio di uguaglianza di cui sarebbe espressione concreta nei dinamici modelli dei differenti sistemi economici di riferimento.

Quanto alla tenuta logica del sistema (istituzionalistico) sin qui dipinto nel nostro ordinamento giuridico, ne rilevano i primi (ed insanabili, come vedremo) profili di critica.

Essa (i.e., tesi istituzionalistica), in primo luogo, è stata sostenuta in forza della già citata disposizione di cui all' art. 2086 c.c. ai sensi del quale "…*l'imprenditore è capo dell'impresa…"* nonché, come accennato, alla luce del già analizzato argomento sistematico (i.e., disciplina del lavoro nel Libro V e non IV del Codice Civile; cfr. retro); tuttavia, personalmene, non ritengo si tratti di un argomento dirimente se si consideri, da un lato, la natura *meramente programmatica* della disposizione in oggetto (così Balzarini in *Atti del convegno su la tutela della libertà nei rapporti di lavoro., op. cit.*,) e, dall'altro, che essa (i.e., tale disposizione ex. art. 2086 c.c.) – lungi dal celare una effettiva *volontà precettiva cogente* – "…*si limita a riproporre, con non molta convinzione, il contenuto della VII Dichiarazione della Carta del lavoro…..*" (in tal senso, tra tutti, Sabine., *Storia delle dottrine politiche*, Milano, 1953) di chiara espressione e logica corporativa

Più in particolare, il dibattito circa la legittima configurabilità (o meno) di una concezione istituzionale dell'impresa, nei nostri orizzonti normativi di riferimento, dipende, necessariamente, dalla soluzione che si va a preferire a riguardo della *vexata quaestio* per la quale si discute se il legislatore, con la nozione in esame (i.e., impresa), abbia voluto riferirsi all' *attività organizzata dell'imprenditore* ovvero alla *comunità produttiva*. La dottrina più autorevole, sul tema, ha sposato la prima opzione interpretativa (i.e., attività organizzata), in mancanza di argomenti normativi e sistematici che andrebbero a supportare la seconda (i.e., comunità produttiva, in favor alle tesi istituzionalistiche) la quale, pur tuttavia, è stata sostenuta in base al dato positivo di cui all'art. 1330 c.c. (in tal senso, tra tutti, Bigiavi., *La piccola impresa., op. cit;* Id., *Considerazioni su di un libro in tema di impresa*, in *Studi in onore di De Gregorio*, Città di Castello., 1955; Ferrara., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949); tale posizioni teorica, però è densa di equivoci.

In primo luogo, a parer mio, è curioso che per dimostrare una tesi squisitamente anticontrattuale (quale quella istituzionalistica) debba farsi riferimento ad una disposizione di natura chiaramente *negoziale* (art. 1330 c.c.) che disciplina, in materia di contratto, *la proposta e l'accettazione* nella peculiare ipotesi di morte o incapacità dell'imprenditore; così operando, infatti, si andrebbe a determinare un vizioso "*circuito" logico* in forza del quale si pretenderebbe di poter dimostrare *ciò che non è contratto* (perché istituzione) in base a ciò che espressamente è qualificato come tale (i.e. contratto nelle sue componenti costitutive *sub specie* di *proposta e accettazione*) *ex lege* (i.e. art. 1330 c.c.), secondo una impostazione teorica in cui la tensione verso una *probatio diabolica* (nei termini in cui appena espressi) sembrerebbe davvero irrimediabile.

Al ciò sia aggiunga una altra considerazione che concerne la *ratio* stessa della disposizione or ora richiamata (art. 1330 c.c.); secondo la Relazione al codice civile, infatti, la norma in esame (art. 1330 c.c.) dovrebbe interpretarsi nel senso di presupporre due comportamenti analoghi – compiuti, rispettivamente, l'uno da un comune *civis* e l'altro da un imprenditore – a guisa che il secondo (comportamento dell'imprenditore) dovrebbe risultare più vincolato (in forza della disposizione *de qua*, i.e, art. 1330 c.c.) del primo (comportamento del civis) alle vicende del suo autore (imprenditore), per lo meno in via di principio e salvo che la natura dell'affare od altre circostanze non suggeriscano in maniera diversa. Da ciò si evincerebbe che il legislatore abbia dato una caratterizzazione soggettiva alla proposta e alla accettazione, concedendo, alle parti, una possibilità di *pentimento*, sino alla conclusione del contratto, solo quando tali dichiarazioni negoziali non costituiscano un mezzo per realizzare una attività economica di una certa importanza (quale sarebbe l'impresa), poiché, in questi casi, la decisone si andrebbe a spersonalizzare, svolgendosi, piuttosto, in base a valutazioni obiettive e tecniche (così, tra tutti, anche Allara., *La Teoria generale del contratto*, Torino, 1955).

Quindi, la nozione di "impresa comunità" non sarebbe in alcun modo richiamata dal legislatore e, in ogni caso, non sembrerebbe avere rilevo decisivo prevalendo, su di essa, la considerazione circa la natura dell'affare e le altre circostanze dalle quali possa desumersi che la decisione era informata a valutazioni

Sotto questo profilo di indagine, la dottrina tedesca[258] è giunta a negare il *fondamento contrattuale*[259] del rapporto di lavoro sostenendo, piuttosto, che esso[260] andrebbe a derivare da un mero *rapporto fattuale di occupazione*[261] il cui presupposto, a sua volta,

---

squisitamente personali ed era vincolata alla volontà del suo autore e all'esercizio, da parte di costui, del potere di recesso (in tal senso, tra tutti, anche Pestalozza., *La società occulta nella vecchia e nella nuova legge* in *Riv. Dir. Comm.*, 1950).

Contra quanto sostenuto, però, Bigiavi (*L'imprenditore occulto*, Padova, 1954) osserva che "*…l'interprete, nel ricostruire la mens legis, non può prescindere da quei rilievi di carattere economico che hanno ispirat il legislatore nella regolamentazione e nella sistemazione della materia trattata*…".

Ma anche quest'ultima impostazione del (pur) autorevole autore (Bigiavi) non sembra convincere; la previsione normativa ex. art. 1330 c.c., infatti, compie una *valutazione* senz'altro peculiare che non può essere, *sic et simpliciter*, intesa quale principio di carattere generale, contrastando, essa stessa, con altre disposizioni codicistiche quali, tra tutte, quelle ex. artt. 1368 e 1722 c.c., n. 4, nelle quali non si presenta il distinguo tra imprenditori (grandi, medi e piccoli,) e, pertanto, la singola *valutazione normativa* potrà anche variare senza che ciò importi una qualsivoglia (e presunta) eccezione ad una regola generale.

Tutto ciò premesso e considerato – rinviando, per gli ulteriori aspetti dell'indagine, al proseguo della trattazione – ancora una volta, la nozione di Impresa Istituzione sembra lontana dai nostri orizzonti giuridici e, con ciò, prelude a "vittorie" sempre più decise del *contrattualismo sulle opposte ricostruzioni teoriche della fattispecie lavoristica.*

[258] In tale prospettiva, tra gli esponenti più autorevoli, Nikisch., *Arbeitsrecht.*, Tubingen, 1961; Haupt., *Ueber faktische Vertragsverhaltnisse* in *Leipziger rectswissenschaftlichen Studien*, Leipzig, 1941; Molitor., *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Leipzig, 1925; Pothoff., *Ist das Arbeitsverhaltnis ein Schuldverhaltnis?* in *Arbeitsrecht*, 1922; Siebert., *Arbeitsverhaltnis und vertrag* in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht*, 1936; Rhode., *Arbeitsverhaltnis und Arbeitsvertarg ., op. cit.*, Siebert., *Der Arbeitsvertag* in *Handbuch der Sozialen Wikssenschaft*, I, 1954; Id., *Entwicklungslinien in neuen Individualarbeitsrecht* in *Recht der Arbeit*, 1958

[259] E' stato, infatti, proprio sul terreno dell' *acontrattualità* che la dottrina in esame ha ritenuto di dover superare le difficoltà logiche della teorica (negoziale) tradizionale incapace – a detta degli istituzionalisti – di coniugare e spiegare taluni elementi del rapporti di lavoro – tra tutti, quello della *collaborazione*, del *vincolo gerarchico* e della *subordinazione* – con una concezione dello stesso (rapporto di lavoro) in termini di *contratto di scambio*, secondo i tradizionali modelli convenzinali (cfr. retro, paragrafo che precede) della locazione e della compravendita (in tal senso, tra tutti, cfr. Pothoff., *op. cit.,)*

In questa logica interpretativa, il fondamento concettule dell'*anticontrattualismo* rileverebbe proprio nella volontà di individuare nel "*…fatto naturale della partecipazione ad un medesimo interesse*" l'unica *ratio* sottesa al fenomeno della giuridicità dell'impresa, sino a giungere ad indicare la stessa (impresa) come "*…somma di rapporti essenzialmente giuridici, del tutto autonomi nella dimensione formale della giuridicità..*" (così, testualmente, il Nikisch., *op. cit.,*)

[260] I.e., rapporto di lavoro

[261] Si tratta della c.d. *Beschaftigungverhaltnis* di matrice tedesca; in particolare, *tale rapporto fattuale di occupazione* rappresenterebbe il *dato formale* dell'inserimento del lavoratore nell'azienda (o, *rectius*, nella comunità di lavoro) e, per ciò solo, non si limiterebbe, *sub specie di contratto di assunzione*, a costituire tra le parti rapporti obbligatori ma, piuttosto, sarebbe tale da determinare senz'altro (anche) attribuzioni di poteri idonei a costituire quella situazione istituzionale che si rinviene nell'impresa; in questa logica, cioè, il *comportamento effettivamente prestato* andrebbe a confondersi *con il comportamento dovuto*, in mancanza di uno specifico modello legale al quale "conformare" il fatto stesso posto in essere

Questa posizione teorica, peraltro, risultò ulteriormente rafforzata alla luce della Legge 20 gennaio 1934 sul c.d. "*ordinamento nazionale del lavoro tedesco* (c.d. *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) che giustificava la configurazione del rapporto di lavoro come *atto di inserzione* (o, *rectius*, assunzione*)* del lavoratore nell'ordinamento dell'impresa, a guisa che la stessa prestazione di lavoro era da intendere quale forma di espressione della fedeltà del lavoratore alla comunità cui egli stesso (prestatore) apparteneca; in tal senso, tra tutti, cfr. Siebert., *Das Arbeitsverhaltnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburg, 1935; Hueck-Nipperdey-Dietz., *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, Berlino,

sarebbe da riconoscere nella effettiva *incorporazione*[262] *del lavoratore nell'impresa*[263]: sono questi i fondamenti speculativi della *c.d. teoria istituzionalistica*[264] altrimenti

---

1937; Dietz., *Die Pflicht der Festschrift fur J.W. Hedemann,* Jena, 1938; Nikisch., *Betrieb, Betriebsgemeinschaft und Betriebsfuhrung* in *Zeitschrift fur die gesammte Staatswissenschaft,* 1943

[262] In forza della c.d. dottrina dell' *incorporazione* (c.d. *Eingliederungstheorie*) essa (i.e. incorporazione del lavoratore) viene assunta come elemento *reale* della fattispecie (lavoristica) mentre il relativo *contratto* (di lavoro) è concepito come un "*…puro negozio del diritto delle obbligazioni… estraneo al rapporto di lavoro….* " (più moderata, in questo senso, la concezione di Maus., *Das deutsche Arbeitsund Sozial recht, I, Das Arbeitsverhaltnis, Grundfragen und Grundlagen,* Bleckede, 1948, che riconduce la costituzione del rapporto di lavoro ad una peculiare figura di *"negozio a due gradi",* ovvero al *contratto* meramente obbligatorio e all'*incorporazione* come *atto di adempimento; Contra* qualsivoglia profilo negoziale dell'incorporazione, invece, tra tutti, cfr. Nikisch., *Arbeitsvertrg und Arbeitsverhaltnis, op. cit.,*); da qui, un duplice corollario logico che ci porta sul terreno dei *diritti reali,* in piena conformità con le teoriche del già analizzato *anticausalismo tedesco* (si rinvia al capitolo che precede) di cui le tesi istituzionalistiche sono *coerente eco speculativa* sul piano dogmatico.

Da un lato, l'omissione dell'incorporazione impedirà il costituirsi del rapporto di lavoro e genererà, soltanto, una responsabilità per danni a carico della parte inadempiente, attesa la sua senz'altro incoercibilità in forma specifica; dall'altro, l'incorporazione che dovesse avvenire in presenza di un contratto di lavoro invalido o inesistente – similmente a quanto avveniva con riguardo alla *traditio* di fronte al contratto di vendita (cfr. retro) – produrrà egualmente la costituzione del rapporto di lavoro nei suoi essenziali aspetti di carattere *lato sensu* reale, salva solo la possibilità di farlo cessare (tale rapporto di lavoro), con effetto *ex nunc*, e, quindi, con un rimedio che, quanto al modo di operare in ordine ai connessi profili attuativi e di disciplina, non sembra azzardato avvicinare alla più tradizionale figura della *condictio* (si rinvia al paragrafo del capitolo che precede dedicato all'anticausalismo tedesco) di indole romanistica.

[263] E' opportuno precisare che questa prospettiva di studio – senz'altro preliminare e fondativa della tesi istituzionalistica – prende origine da un assai peculiare tentativo dogmatico, di matrice civilistica, volto ad accostare il *contratto di lavoro* allo schema negoziale del *contratto di società* ; al riguardo, si possono distinguere due essenziali posizioni teoriche.

Secondo taluni, il *rapporto associativo aziendale* dovrebbe essere distinto dal *rapporto individuale di lavoro* poiché, ciascuno, caratterizzato da una differente natura giuridica; più in particolare, se il primo (i.e., *rapporto associativo aziendale*) andrebbe a nascere dall' *effettiva appartenenza ad una azienda* – e, pertanto, dovrebbe qualificarsi quale *rapporto di diritto pubblico* – il secondo (i.e., *rapporto individuale di lavoro*), invece, avrebbe natura squisitamente *contrattuale* e, pertanto, sarebbe da intendere quale *rapporto di diritto privato*. Tuttavia, fra i due rapporti vi sarebbe una *reciproca* influenza sul piano della disciplina concretamente applicabile in quanto quello (i.e. rapporto) *individuale e contrattuale di lavoro* sarebbe "regolato" alla luce di quello *associativo aziendale* (e viceversa) e, pertanto, sul piano esecutivo, ciascuno (rapporto) di essi andrebbe a condividere le medesime prerogative dell'altro sotto il profilo specificatamente interpretativo ed attuativo; in tal senso, tra tutti, Hueck-Nipperdey-Dietz., *Kommentar,* Monaco, 1934; Mansfeld-Pohl., *Die Ordnung der nationalen Arbeit,* Berlino, 1935; Sitzler., in *Sozial Praxis,* 1936.

Secondo un'altra corrente teorica (tra tutti, cfr. Mansfeld., *Vom Arbeitsvertrag* in *Deutsches Arbeitsrecht,* 1936) , invece, il rapporto individuale di lavoro sarebbe da intendere quale *substrato materiale fondativo* sul quale si innesterebbe il *rapporto associativo collettivo dell'azienda;* ergo, il primo (i.e., rapporto individuale), in questa opzione interpretativa, andrebbe esso stesso a rilevare in termini di rapporto associativo individuale fra singolo imprenditore e lavoratore e, quindi, – nella prospettiva che a noi più interessa – (andrebbe a rilevare) come indice di *sussistenza* di una *piccola comunità (di lavoro) "compresa" nella più ampia relazione associativa esistente fra l'imprenditore e tutti i lavoratori dell'azienda globalmente considerata,* a guisa che – così, testualmente, Mansfeld., *op. cit.* – "*…sarebbe soltanto in questa più piccola comunità che i principi della più ampia comunità aziendale sarebbero in grado di effettivamente realizzarsi"*. Similmente, cfr. Siebert., *op. cit.,* per il quale "*…il rapporto individuale di lavoro è solo una parte del rapporto associativo di guisa che…i reciproci diritti e doveri scaturiscono dal rapporto associativo e non già da un comune rapporto di scambio…",* infatti, prosegue l'appena citato autore, "*…esso* (i.e., comune rapporto di scambio) *sarebbe un mero elemento accidentale del rapporto individuale di lavoro…e sussisterebbe solo quando l'effettiva assunzione del lavoratore*

nell'azienda sia stata preceduta dall'accordo contrattuale…avente per oggetto la reciproca promessa di prestare lavoro nell'azienda dell'imprenditore e di corrisponderne il salario"

[264] Si tratta di una delle "*conquiste concettuali"* più peculiari e dogmaticamente complesse, originate dal vigoroso risveglio del pensiero giuridico germanico avvenuto alla fine del secolo scorso soprattutto per opera dello studioso Otto von Gierke (*Dauernde Schuldverhaltnisse, op. cit.,*) il quale, come accennato *retro,* individuò nell'*organizzazione del lavoro* operante nell'impresa una *comunione di scopo* ordinata su base gerarchica (c.d. *Herrschaft*) anziché – come nella società – su base paritaria (c.d. *Genossenschaft*); seguendo questa logica ermeneutica, pertanto, *non il contratto ma , piuttosto, l'incorporazione del lavoratore nell'organizzazione creata dal datore sarebbe il fondamento immediato del rapporto di lavoro.*

In questo contesto teorico di riferimento, dunque, la *realtà sociologica* dell'*impresa istituzione* andrebbe ad emergere sul piano della *realtà normativa,* qualificandosi essa stessa come *fonte autonoma di rapporti giuridici* che , in quanto tali – e, quindi, quali *rapporti istituzionali* – sarebbero disciplinati da una sorta di (autonomo) *statuto unitario dell'organizzazione* considerata (sul punto, si rinvia al proseguo*)* mentre lo strumento *contrattuale* andrebbe ad esaurire i suoi effetti nel (meramente ed eventuale) preliminare obbligo (assunto dal lavoratore) di occupare nell'organizzazione un determinato "ruolo" e nel corrispondente diritto del datore di tenerlo a quel posto (concordato) di lavoro .

I più rigorosi assertori della teoria in esame (i.e., quella *acontrattuale*) ne sostengono una valenza generale e diffusa asserendo che, negli ordinamenti moderni, l'istituzione avrebbe del tutto soppiantato il *negozio* nella chiara volontà normativa – sotto il profilo *pragmatico* della concreta disciplina positiva applicabile – di apprestare, in favore del lavoratore, una tutela completa e (quanto più possibile) *omnicomprensiva,* indipendentemente dalla validità (o meno) del contratto di assunzione che, a sua volta, andrebbe ad assumere un valore meramente residuale in quanto l'elemento caratterizzante del rapporto sarebbe da rinvenire (non già nel suo *negozio costitutivo* ma, piuttosto) nella semplice occupazione in azienda; quest'ultimo profilo (i.e., tutela del lavoratore anche in presenza di un contratto invalido) , però, ci porta – a conferma della connessione reciproca tra gli argomenti trattati – ad una ulteriore caratterizzazione dogmatica della tesi istituzionalistica che noi si affronterà nel paragrafo che segue – nei termini del c.d. *anticontrattualismo positivo* – al quale si rinvia.

Tornando all'area di indagine che ci occupa in tal sede, invece, è da precisare che, sotto il *profilo teorico,* le tesi anticontrattualistiche si sono basate su analogie, vere o presunte, di disciplina tra la comunità della famiglia e quella dell'impresa sostenendo, in entrambi i casi, l'esistenza di *statuti fondamentali aprioristici* che l'autonomia negoziale non potrebbe in alcun modo modificare; anche a riguardo di tali considerazioni, però, non possono tacersi delle critiche sul *bonum giuridico* delle posizioni speculative affermate .

In particolare, non sembrerebbe sufficiente osservare – così, testualmente, Greco., *Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile,* in *Giornale dell'economia ed Annali di economia* – che "*…è comune alla famiglia ed all'impresa il fatto di costituire due gangli essenziali del sistema sociale … due centri collettori di interessi e propulsori di attività…che sviluppando ed integrando la funzione fondamentale degli individui si pongono come intermediari tra questi e lo Stato…in quanto…. forme di organizzazione costitutive di unità o nuclei sociali….";* sul punto, infatti, almeno duplici i dubbi interpretativi più eclatanti.

In primo luogo, quelle sopra riportate sembrano considerazioni di natura *sociologica* piuttosto che *giuridica* e, in quanto tali, sembrerebbero inidonee a fondare un qualsivoglia distinguo di rilievo normativo – come pretenderebbe di essere quello tra istituzione e contratto – che le tesi in esame, purtuttavia, vorrebbero poter sostenere; in secondo luogo – quanto meno nei nostri orizzonti positivi – sarebbe *utopico,* sotto un profilo più specificatamente privatistico, poter sostenere che la famiglia o l'impresa (in forza dell'assimilazione concettuale di cui si è detto) siano costruite come *comunità unitarie,* in una accezione semantica e concettuale tale da doversi (senz'altro) celare ogni pur minima distinzione (e/o, a maggior ragione, contrapposizione) tra *rapporti individuali e centri autonomi collettivi* globalmente considerati (in materia, tra tutti, si rinvia alle complesse ma incisive osservazioni del Rescigno., *op. cit.,).*

Infatti, la concezione istituzionale della famiglia (che andrebbe a fondare quella dell'impresa; cfr. retro) , pur se autorevolmente sostenuta (tra tutti, Cicu., *Il diritto di famiglia,* Roma, 1915; Id., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1939; Gierke., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts,* Berlino, 1889) si mostra carente sul piano scientifico in quanto non si è mai chiarito quale ne sia il fondamento giuridico e razionale, essendosi limitati, i suoi sostenitori (così, soprattutto, Cicu.,

definita, in questa specifica accezione logica[265], *sub specie* di *anticontrattualismo teorico*[266].

---

op. cit.,), a considerare e rilevare che le comunità naturali più rilevanti dell'ordinamento statale (famiglia e Chiesa tra tutte) sono valutate dalle norme come un "tutto organico," di (presunta) tal valenza, quest'ultimo, da riuscire a "sottrarre" ai singoli individui che le compongono le loro libertà ed autonomie, consideradoli (tali singoli), piuttosto, quali meri membri di una entità superiore e trascendente a loro (membri) sovraodinata e in funzione della quale essi stessi dovrebbero agire ed operare; in tal senso, anche Barassi., *La famiglia legittima,* Milano, 1941; Ferrara., *Diritto delle persone e di famiglia,* Napoli, 1941; Santoro Passarelli., *Status familiae,* in *Studi urbinati*, 1948; Jemolo., *La famiglia e il diritto,* Napoli, 1949

Infine, al riguardo, non sembra in alcun modo convincente la tesi per la quale la concezione istituzionalitica andrebbe a giustificare due fenomeni ritenuti peculiari del diritto di famiglia quali, fra tutti, *l'esclusione dell'autonomia negoziale,* da un lato, e l' *esistenza*, accanto ai rapporti giuridici, *di situazioni diverse aventi natura potestativa,* dall' altra ; tale argomento, infatti, si potrebbe senz'altro superare osservando che il *diritto civile non ha una disciplina generale del negozio giuridico patrimoniale.* Pertanto, non risulterebbe così strano ed eccentrico, rispetto al sistema privatistico, affermare che la disciplina dei negozi di diritto familiare abbiano caratteristiche peculiari a tutela degli interessi pubblicistici ad essi sottesi; *in favor* alla prospettiva or sopra sostenuta, peraltro, sembrano rilevare le autorevoli considerazioni di Jemolo., (*op. cit).* per il quale la nozione logica del negozio giuridico non è contraddetta nè "*…dall'annullamento pressocchè integrale del dominio della volontà dei soggetti nel disporre circa le conseguenze dei negozi giuridici che vanno a porre in essere…"* né dal principio "*…della volontà che non può dissolvere ciò che volle … sicchè neppure tutti i soggetti interessati possono porre nel nulla il vincolo che concorsero a far nascere…"*.

In finale, la tesi istituzionalistica non sembra in alcun modo potersi accogliere in quanto fondata su argomenti di mero *richiamo sociologico* o su prospettive politico-ideologiche di esclusiva valenza programmatica (*de iure condendo)* che non sono sufficienti a definire un *fenomeno giuridico* (quale il principio della *natura istituzionale dell'impresa*) che richiede, piuttosto, solidi presupposti dogmatici testualmente e sistematicamente apprezzabili nonché scientificamente plausibili e rigorosi;difettando quest'ultimi (i..e, presupposti dogmatici, come dimostrato nel corso della nota), ciò equivale ad "affermare" una ulteriore "vittoria" , sempre meno "timida", delle tesi negoziali alla cui dimostrazione, come detto, si sta progressivamente tendendo

[265] Per distinguerlo da quello che, invece, individueremo in termini di *anticontrattualismo positivo (*cfr. paragrafo successivo)

[266] Nonostante il rigore "*formale*" della presunta *"vocazione a-contrattuale"* delle tesi istituzionalistiche (cfr. retro), a parer mio, è possibile sostenere una ricostruzione dogmatica "*mediana"* ed "*adeguatrice"* che tenti di conciliare le estreme posizioni in esame (non negoziali) con la più rigorosa tradizione sistematica privatistica; ovvero – pur affermando che atto decisivo e fondativo del rapporto di lavoro sia non già la conclusione di un valido contratto ma, piuttosto, la c.d. *incorporazione del prestatore di lavoro* nell'impresa – andrebbe a residuare, purtuttavia, un ineliminabile *profilo negoziale* rilevante nel *preliminare* accordo (i.e., *negozio-contratto*) delle parti circa la *futura costituzione del rapporto stesso* che, a sua volta, avrebbe ad oggetto, rispettivamente, l'obbligo del lavoratore di mettersi a disposizione dell'impenditore per lo svolgimento delle concrete prestazioni di lavoro, da un lato, e quello di assumere il prestatore, per impartirgli le necessarie disposizioni al fine della corretta esecuzione dell'attività (lavorativa) promessa, dall'altra.

In questa logica ermeneutica, pertanto, all'origine del rapporto di lavoro vi sarebbe pur sempre un *prius logico fondativo* di chiara derivazione negoziale rilevante in termini di *contratto preliminare* – o, *rectius,"atecnicamente" normativo* , in quanto idoneo a fissare le regole stesse alle quali le parti si rifaranno per determinare la successiva prestazione esecutiva del rapporto – *di cui l'assunzione sarebbe essa stessa un mero adempimento; ergo,* seguendo questa concezione teorica – divenuta (solo) formalmente *anticontrattuale* in forza dei *correttivi ermeneutici* appena proposti – *le tesi istituzionalistiche andrebbero a rilevare come mera variante operativa delle stesse teorie negoziali* (del rapporto di lavoro) nel senso che all'atto unitario (fondativo del rapporto) costituito dal contratto di lavoro (come tipicamente sostenuto dalle seconde, i.e., teorie negoziali) si dovrebbe sostituire un più complesso *iter negozial-istituzionale a formazione progressiva* e di *triplice ed ibrida valenza*. Più in particolare, si dovrebbe presumere la sussistenza di un: a) accordo bilaterale *preliminare all'assunzione*

Seguendo questa logica ermeneutica, pertanto, il *proprium* dogmatico del *fenomeno lavoristico* – lungi dal potersi riconoscere nella nozione di *causa* del *contratto*[267], al pari di qualsivoglia disciplina negoziale – andrebbe individuato, piuttosto, nell'elemento

---

(c.d. *elemento negoziale primario o di prima generazione*)*;* b) (di un) *accordo conformante le condizioni di lavoro* (c.d. *elemento negozial-normativo secondario o di seconda generazione*)*;* c) solo in ultima istanza, (sussistenza di una) componente *anti* (o, *rectius*, non)– *negoziale sub specie* di *incorporazione nell'impresa* la quale, però, potrebbe (pur sempre) essere (comunque) ricondotta ad una qualche prospettiva *contrattuale* in forza della sua intima *e genetica derivazione convenzionale* nei termini in cui *retro* delineati, a guisa da poterla "leggere" (tale incorporazione) *come* attuazione *di un precedente e presupposto vincolo (pattizio) di assunzione di cui* (anche *la suddetta incorporazione nell'impresa*) *sarebbe mera esecuzione sotto il profilo attizio e pragmatico* (così Bianca., *op. cit.,) del rapporto* .

In questa *personale ricostruzione* teorica, dunque – lungi dal potersi sostenere una qualche valenza autonoma delle tesi *anticontrattuali* del rapporto di lavoro – l' *alma mater* di rilievo scientifico resterebbe pur sempre la disciplina privatistica del negozio giuridico di cui le eventuale tesi istituzionalistiche finirebbero per essere una mera derivazione logica da essa derivante e a questa (teoria negoziale) necessariamente confluente; così opinando, ancora una volta, si registrerebbe una vittoria del *contratto* sul *rapporto* e, quindi, una vittoria delle tesi negoziali su ogni avverso tentativo (quale quello istituzionalistico) speculativo volto ad "accantonare" le prospettive di indagine civilistiche senza, però, mai riuscirvi del tutto.

A conferma della linea interpretativa come sopra presentata, un argomento *in favor* sembrerebbe potersi trarre anche dalla dottrina del Siebert (*Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhaltnis im Jahre* 1936, in *Deutsches Arbeitsrecht*, 1937, trad. it. 1960) per il quale il rapporto individuale di lavoro sarebbe costituito da un duplice fondamento: da un lato, vi sarebbe – così, testualmente – un *" contratto preliminare di diritto creditorio avente per oggetto la futura assunzione…e detto accordo conformante il rapporto di lavoro.."* e, dall'altro, (sic) "*…un rapporto associativo di diritto personale scaturente dallo stato di fatto dell'inserzione del lavoratore nell'organismo aziendale"*.

Questa *ricostruzione dogmatica* della questione, peraltro, sembrerebbe confermata anche da una ulteriore (nonché autorevole) elaborazione teorica, sempre di matrice tedesca, riconducibile al Leser (*Tariftliche Ausschlubfrist und Anspruche aus unerlaubter Handlung* in *Der Betriebs Berater*, 1968) il quale – rilevando che nella prassi (nonché nella giurisprudenza) i concetti di *contratto* e *rapporto* sono spesso utilizzati in valenza reciprocamente fungibile – tenta di superare il distinguo semantico tra le due nozioni (contratto vs. rapporto) sotto il profilo *negoziale* della c.d. *responsabilità per inadempimento di una delle parti;* più in particolare, seguendo il percorso logico dell'autore citato, non potrebbe operarsi una valida distinzione tra *obblighi nascenti dal contratto* e *obblighi nascenti dal rapporto* in quanto lo strumento negoziale non dovrebbe essere considerato quale mero *atto creativo* (c.d. *Schopfungsakt*) del rapporto – in quanto tale ad esso estraneo – ma, piuttosto, ne andrebbe a rappresentare una componente costitutiva implicitamente presupposta.

Così argomentando, la dottrina in esame (i.e., quella del Leser., *op. cit.,)* giunge a fornire una spiegazione negoziale (forse estrema!) anche dei connessi obblighi (tipicamente lavoristici) di *fedeltà* e di *protezione* che andrebbero a rilevare come corollari logici del divieto legale di *negozio illecito* ai sensi del par. 823 BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*) che fissa la disciplina dell'*obbligo risarcitorio* in conseguenza di un danno ingiusto; sul punto, però – per esigenze di completezza argomentativa – si dia atto della critica sollevata – sotto questo specifico profilo – da un elaborato studio privatistico di Etzel (*Tariftliche Ausschlubfrist und Anspruche aus unerlaubter Handlung* in *Recht der Arbeit*, 1968) il quale rileva come, nell'ottica *retro* esposta (i.e., quella del Leser., *op. cit*.,), si andrebbe a legittimare un *pericoloso circolo vizioso logico:* ovvero, seguendo tale teorica, si dovrebbe affermare che qualsivoglia *violazione (anche comportamentale*) di una delle parti andrebbe ad integrare, per ciò solo, un *inadempimento contrattuale* in quanto ogni condotta vietata sarebbe riflesso precettivo del più generale obbligo *convenzionale* , gravante sulle parti, *sub specie* di *divieto di ogni attività dannosa nei confronti della propria controparte negoziale* o, rectius – in termini più vicini alla nostra esperienza giuridica – in termini di *obbligo di fedeltà e/o protezione.*

[267] In piena coerenza dogmatica con quella corrente teorica *anticausalistica* che si è già analizzata come intrinsecamente caratterizzante l'ordinamento giuridico e la tradizione dogmatica tedesca (si rinvia al capitolo che precede)

pragmatico e concludente[268] della c.d. *collaborazione delle parti*[269] o, *rectius*, nel *reciproco riconoscimento*[270] tra le stesse (parti) *di un legittimo potere*[271] *di dettare regole di condotta in vista di un fine comune*[272].

Quest'ultimo,[273] andrebbe a rappresentare quel *peculiare profilo teleologico* che – concordato e perseguito "*intra moenia*" degli insindacabili confini[274] dell'impresa – andrebbe esso stesso a rilevare in termini di *interesse istituzionale*[275] o, *rectius*, di *funzione*[276] la quale, a sua volta – poiché comune ad in *intero corpo sociale*[277] – sarebbe

---

[268] In tal senso, tra tutti, cfr. Hueck., *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaltnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze* in *Jherings Jahrbucher*, 1924. Per l'evoluzione della dottrina germanica in Italia, vedi D'eufemia., *Costituzione del rapporto* in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971; Smuraglia., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963

[269] In questa peculiare accezione teorica, il profilo della *collaborazione* andrebbe a colmare il fisiologico *deficit operativo* dello strumento contrattuale che porterebbe ad una irrimediabile *divergenza* di interessi tra le parti, enfatizzata dal perseguimento, ad opera di ciascuna, (parte), della propria *finalità soggettiva.* In particolare, *lavoro e mercede* – secondo la logica istituzionalistica – non sarebbero in alcun modo conciliabili nella prospettiva negoziale: infatti, anche a livello empirico, (si presume) palese che tanto più alta è la mercede, tanto minore sarà il guadagno dell'imprenditore e viceversa. Diversamente, invece – si argomenta in *favor* alla teoria anticontrattuale – accadrebbe alla luce della nozione di istituzione in quanto – *inserito il lavoratore nell'impresa – il rapporto istituzionale vedrebbe l'imprenditore e i lavoratori collaborare uniti nell'intento comune* che sarebbe tale da sintetizzare ogni *conflitto di interessi* tra i singoli nella prospettiva globale del risultato unitariamente perseguito (in tal senso, cfr. Siebert., *op. cit.,).*

[270] Tale "reciproco riconoscimento", peraltro, presuppone (quasi *in re ipsa*) un (quanto meno) *implicito consenso* e, quindi, "*accordo – contratto*" tra i membri dello stesso organo sociale considerato; ergo, emerge un qualche profilo negoziale pur nell'ambito di una posizione teorica decisivamente (e formalmente) orientata in senso contraria (i.e., istituzionalistica). Quanto considerato, quindi, dimostra, ancora una volta, la fisiologica equivocità delle tesi anticontrattuali

[271] In capo all'imprenditore nella qualità di *Fuhrer* della comunità da esso "governata"; cfr. retro

[272] In tal senso, tra tutti, cfr. Hueck., (*L'obbligo di fedeltà nel diritto privato moderno* in *Nuova rivista del diritto commerciale, 1949)* per il quale "*…nel rapporto di lavoro…il lavoratore mette la sua energia lavorativa a disposizione del datore di lavoro sotto la sua direzione… egli non impegna soltanto singole e concrete prestazioni di opera ma la posta della sua persona… Anche per questa ragione si fonda una stretta obbligazione personale, un rapporto di comunione che viene dominato in modo corrispondente ad un antico concetto giuridico tedesco: il principio di fedeltà bilaterale…".*

[273] I.e., potere di *dettare regole di condotta in vista di un risultato comune*

[274] In forza del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Carta Fondamentale, infatti, deriverebbe (come già accennato) il principio della c.d. *insindacabilità, nel merito delle scelte imprenditoriali* o, *rectius* – seguendo una più usuale terminologia di eco anglosassone – quello rilevante in termini di *judgment businnes rule;* sui rapporti tra la suddetta disposizione della Grundnorm e gli orizzonti dell'autonomia dispositiva si rinvia allo studio di cui al capitolo che precede

[275] Questo, a sua volta, sembrerebbe coniugabile in termini di *interesse alla produzione* che rappresenta la *causa stessa* del *riconoscimento dell'istituzione* e, quindi, la *funzione sociale* dell'impresa; in questa prospettiva, infatti, si realizzerebbe compiutamente quella omogeneità di interessi e volontà che rappresenta, come ampiamente dimostrato *retro*, la caratterizzazione più autentica del fenomeno in esame (i.e., istituzione) globalmente considerato.

Quello alla *produzione*, infatti, rappresenta un *risultato comune* congiuntamente perseguibile dai lavoratori e dall'imprenditore; rispettivamente, per i primi, una certa *produzione* che tende al massimo raggiungibile sarà causa di *sicurezza della mercede* e di *stabilità del lavoro*, mentre, per l'imprenditore, sarà motivo di *sicurezza del guadagno* e della sua *continuità*

[276] Si rinvia alla nota 241 nonché a quelle che seguono

[277] I.e., nel caso di specie, quello rappresentato dall'impresa

idonea a configurarsi come inequivoco indice ermeneutico senz'altro esplicativo della sussistenza di un *istituto giuridico*[278] *stricto sensu inteso*[279].

Questa[280], in finale, la nozione di *ordinamento costituzionale*[281] *dell'organizzazione di lavoro*[282] al quale (ordinamento) si sarebbe assoggettati in forza della mera appartenenza [283]ad un *microcosmo giuridico autonomo*[284] la cui disciplina sarebbe dettata da *regole di governo*[285] senz'altro *eccentriche*[286] nella loro natura rilevando,

---

[278] In questa ottica di indagine si "capta" già l'ulteriore difficoltà logica, sottesa alle tesi istituzionalistiche, che noi affronteremo alla luce della *teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici;* si rinvia alle pagine che seguono

[279] Alla luce di quanto sin qui considerato (si rinvia, in particolare, alle note 241-245), si ritiene si abbiano i necessari strumenti concettuali per (quanto meno) intuire il rigoroso ragionamento sillogistico che dovrebbe completare e limitare gli ampi confini prospettici della complessa questione in oggetto; ovvero, seguendo l'iter logico del Carnelutti (*Il problema concettuale., op. cit.,*), "*…per vedere se il contratto viene prima del diritto e della istituzione "* dovrebbe rispondersi che "*…la forza del contratto è l'accordo che sottende l' istituzione"*. Sembrerebbe trattarsi di una inconcludente *tautologia concettuale* ma – anche in considerazione dell' autorevolezza del giurista – non si ritiene (essere) la giusta opzione interpretativa; piuttosto, è da sostenere che il suddetto autore , con l'espressione sopra riportata (i.e., *la forza del contratto è l'accordo che sottende l'istituzione*), voglia riferirsi proprio all' *accordo istituzionale* che andrebbe a rilevare come posizione mediana (c.d. vox media) tra le due componenti costitutive del distinguo "concettuale" *de qua* (i.e., contratto/istituzione) a guisa che lo stesso (autore) giungerà ad affermare che "*…il contratto viene prima del diritto…e non urta con l'istituzione.…".*

Concludendo, sembrerebbe doversi affermare che *contratto* (*accordo*) e norma (*istituzione*) non sono due strumenti tra loro *ontologicamente* inconciliabili e *giuridicamente* configgenti;piuttosto, potrebbero considerarsi *analoghi* seppur distinti nelle loro *condizioni* legittimanti rilevanti, rispettivamente, *sub specie* di *parità delle parti e contemperamento dei loro rispettivi voleri*, nel primo caso (contratto), e *disparità delle parti e prevalenza di un volere sull'altro,* nel secondo.

Così opinando, ancora una volta, il *bonum logico* dell'istituzionalismo verrebbe irrimediabilmente compromesso;infatti, anche a concepire l'impresa come istituzione, essa andrebbe pur sempre a celare profili negoziali in forza dell'intima e reciproca *interdipendenza concettuale* tra le due nozioni tali "*…in fondo da non escludersi necessariamente a vicenda.…"* (così Carnelutti., *op. cit.,).*

In sintesi, si tratta della medesima conclusione logica cui noi si è già giunti seguendo altri percorsi speculativi (cfr. retro) e che ora rileva quale diretta (e necessitata) conseguenza *ermeneutica* di un autorevole ragionamento giuridico quale quello dell'autore sopracitato; *nell'ottica scientifica che a noi concerne*, il *risultato "da registrare" non cambia ed è sempre quello che mostra, sotto un ulteriore profilo di analisi (e di crisi del sistema) la intrinseca debolezza dogmatica delle tesi anticontrattualiste.*

[280] Si rinvia al globalmente inteso "quadro sistematico" proposto

[281] In tal senso, tra tutti, cfr. Renard., (*La nature institutionelle de l'enterprise*, in *Anticipations corporatives,* Parigi, 1937, trad. it.) per il quale "*….l'impresa istituzione avrebbe la prestesa di configurarsi come un ordinamento supremo, apicale…auto referenziato.…"*

[282] Secondo il corrispondente concetto germanico di *Betriebsverfassung;* in tal senso, cfr. Nikisch., *op. cit.,*

[283] Secondo il nucleo concettuale del c.d. *rapporto fattuale di occupazione;* cfr. nota 261 e ss

[284] Quale quello dell'impresa nell'ottica istituzionalistica *retro* esposta; così, tra tutti, Desqueyrat., (*op. cit.,* trad. it.) per il quale*….ogni istituzione vorrebbe valere come un microcosmo giuridico…. ma non sempre vi riesce.…"*

[285] In tal senso, tra tutti, anche l'autorevole Hauriou., (*op. cit.,) "…in quanto istituzione… anche l'impresa vorrebbe poter legiferare…o, meglio dettare regole..comportamenti…. dire come agire ai suoi componenti.…"*

[286] Rilevando (le suddette regole) in termini di intrinseca ed esclusiva genesi *endoaziendale*, essendo dettate dallo stesso capo della comunità di impresa (eco del c.d. *Fuhrer Prinzip,* cfr. retro)

quest'ultime[287], in termini di unitario "*statuto dell'imprenditore e dei prestatori di lavoro*[288]*"* di, ancora una volta, palese eco *corporativa*[289].

Una simile ricostruzione dogmatica, però, non sembra in alcun modo convincere; a parte i già rilevati profili di *carenza interna* di cui si è detto[290], si riscontra una ulteriore difficoltà logica di non facile soluzione. Ovvero, la tesi istituzionalistica del rapporto di lavoro, nella sua valenza sostanziale più autentica, va a rilevare come *applicazione*[291], *all'impresa*[292], della stessa dottrina della *pluralità degli ordinamenti giuridici*[293],

---

[287] I.e., regole di governo

[288] Ciò a dimostrare – a dire degli istituzionalisti – la (presunta) insufficienza dell'*autoregolamento* degli interessi reciproci attraverso il contratto individuale di lavoro la cui *efficacia* sarebbe attenuata dalla circostanza di dover tutelare, in maniera specifica, un superiore interesse generale quale quello costituito dalla tutela del *lavoratore nell'impresa* (ancora una volta si rinviene il nucleo logico del c.d. *favor lavoratoris* che, non casualmente, si lega proprio alla ricostruzioni speculative di indole *non negoziali*; rinvio anche al successivo paragrafo); secondo questa teorica, pertanto, risulterebbero legittimi eventuali interventi esterni di natura pubblicistica che, non ricollegabili direttamente (e in alcun modo) alla volontà delle parti (e, quindi, al contratto), andrebbero a derivare, piuttosto, dall'ordinamento giuridico di inerenza della singola materia lavoristica considerata; in tal senso, tra tutti, cfr. D'Eufemia., *Diritto del lavoro,* Napoli, 1969, per il quale "*…tale intervento eteronomo…può esprimersi attraverso la vigilanza di appositi organi precostituiti…oppure attraverso la emanazione di atti che, accertata la presenza delle predeterminate condizioni, autorizzano le parti stesse all'esplicazione della propria capacità negoziale o costituiscono, nei loro confronti, nuove situazioni soggettive…".*

In questa prospettiva indicata, infine, si adopererà anche la terminologia di "diritto sociale" o "legislazione sociale" a voler indicare, in maniera omnicomprensiva, tutte le norme che, sostanzialmente, pongono limiti alla capacità contrattuale delle parti private; al riguardo, per una costruzione unitaria della problematica, cfr. Scognamiglio., *Diritto del Lavoro,* Bari, 1969

[289]Quanto detto, infatti, sembrerebbe potersi concettualmente legare alla già analizzata scelta sistematica del legislatore del 1942 che ha disciplinato il rapporto di lavoro (e non già il contratto) nel Libro V e non IV del codice civile; per quanto attiene alle connesse problematiche sottese si rinvia alle considerazioni di cui al paragrafo che precede.

Tra i più autorevoli assertori di questo orientamento teorico, cfr. Venturi., (*Il diritto fascista del lavoro,* Torino, 1938) per il quale "*…l'insieme dei doveri accessori del prestatore di lavoro costituiscono una pluralità di aspetti di un unico obbligo unitario e complesso… quello di dare all'impresa la propria collaborazione subordinata…";* similmente, Bassanelli., (*L'obbligazione negativa del prestatore di opera,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1939) il quale, a riguardo del rapporto di lavoro, si esprime nel senso che "*…si tratta di una obbligazione essenzialmente unitaria, consistente in un fare qualificato, da esplicarsi, quindi, secondo gli ordini avuti (c.d. ordini positivi) e tale da non consentire alcun altro atto che con quel fare possa essere in contrasto (*c.d. *doveri negativi).*

[290] Si rinvia al complesso delle considerazioni come sin qui svolte, con particolare riguardo alle connesse note

[291] In tal senso, tra tutti, cfr. Renard., (*La theorie de l'institution, Essai d'ontololologie juridique,* Parigi, 1930, trad. it., 1960) per il quale "*….istituzione …in riferimento all'impresa significa … palesare i confini del pluralismo giuridico…."*

[292] Quest'ultima, infatti, verrebbe ad essere qualificata come una sorta di *indice esplicativo* di una *concezione pluralistica* dello Stato e della *società* in una accezione "*…ideologizzata che vada ad enfatizzare (e a snaturare) la stessa nozione di autonomia istituzionale ed organizzativa dei privati…"* (così Gurvitch., *L'idee du droit social,* Parigi, 1932, trad. it., 1965)

[293] Si tratta di una complessa (e assai affascinante) problematica speculativa di ampio respiro e *trasversale* ai più tradizionali rami della scienza giuridica al punto che – così Paladin., *Diritto Costituzionale., op. cit. – ".tale nozione è riuscita a superare lo spartiacque teorico tra pubblicisti e privatisti inerendo e attinendo agli uni e agli altri…";* rinviando, per l' impostazioni generale della questione, alle apposite ed "imponenti" trattazioni sul tema (tra tutti, cfr. Romano Santi., *L'ordinamento*

giuridico, Pisa, 1918; Capograssi., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Studi Sassaresi*, 1936), in tal sede, ci si limiterà – per ragioni di attinenza all'oggetto del nostro studio – a individuare l'essenza della problematica *de qua* in riferimento allo specifico profilo giuslavoristico che a noi concerne.

Più in particolare, si tratterà di capire se, e in caso affermativo, quali siano le *relazioni esistenti* tra "*ordinamento dell'impresa"* – nell'ottica della dogmatica istituzionale (cfr. retro) – ed *ordinamento statale*, allo scopo di individuare, a sua volta, se, fra le due componenti or ora enucleate, vi sia un rapporto di *piena autonomia ed irrimediabile alternatività logico-giuridica* ovvero (se), al contrario, non si tratti di una "*…mera ed apparente formalità distintiva che nascondi, invece, una identità di ratio, genesi e funzione…"*(così, tra tutti, Chiarelli., *Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, IV*, Bologna, 1953); in termini diversi ma *sostanzialmente* equivalenti, si dovrà stabilire se l'organizzazione del lavoro possa essere considerata come un autonomo sistema di produzione di norme giuridiche e, quindi, (in termini speculari) se le posizioni assunte dai soggetti organizzati debbano essere riferite alla stessa organizzazione di impresa o all'ordinamento statuale.

Sintetizzando le questioni appena poste – anche per non anticipare, in alcun modo, quanto seguirà nelle successive note – ritengo si possa argomentare nel modo che segue: innanzitutto si impone una fondamentale premessa metodologica nel senso che, in ottica giuslavoristica, si dovrànno, *preliminarmente*, individuare i caratteri della eventuale istituzione e, solo in un secondo momento, "leggerne" e "valutarne" la (eventuale) corrispondenza al diritto tale da poterne far presumere si tratti di un ordinamento giuridico.

Diversamente opinare – (e, quindi, all'opposto, nel senso di

di cercare (*prima)* i caratteri che l'istituzione presenta nella realtà economica e sociale per affermare, poi, che essi sono i caratteri del diritto) –, infatti, rileverebbe come *operazione ermeneutica logicamente scorretta* in quanto "*….si cadrebbe in una irrimediabile ed inconcludente petizione di principio…."* (così, Desqueyrat., *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Parigi, 1933)

Ciò premesso, la risposta ai quesiti di cui sopra non tarda a scorgersi; ovvero – posto che la funzione essenziale del diritto consiste nell' attuazione dell'ordine che rende possibile la vita umana come vita sociale (rinvio alla nozione di *societas iuris* di cui alle note introduttive) – ne consegue che "*….i caratteri dell'ordinamento giuridico devono essere desunti alla stregua di tale funzione… onde è ordinamento giuridico solo quell'istituzione che ha come scopo l'ordine sociale…"*(così Chiarelli., *op. cit.,).* Pertanto, anche ammettendo organizzazioni dotate di un ordinamento interno (come l'impresa), *quest'ultimo sarà pur sempre condizionato da quell'ordinamento che tende, fisiologicamente, alla realizzazione della funzione sociale generale* (i.e., quello che abbiamo definito "giuridico") in quanto, in ultima analisi, è solo quello (ordinamento) giuridico che "*…coordina, a priori, le sfere di azione e i possibili rapporti tra i componenti la collettività…."* (così De Giovanni., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958); *ergo*, risulterebbe utopico configurare quello di impresa come un ordinamento *autonomo ed alternativo a quello statuale* in quanto, al contrario, *da quest'ultimo* (i.e., ordinamento statuale) andrebbe necessariamente a prendere "*natura e linfa"* (così Renard., *op. cit.,)* e, in generale la sua stessa *legittimazione ed ammissibilità normativa.*

Quindi, concludendo, sembra potersi ritenere che il rapporto tra *ordinamento giuridico e ordinamento di impresa debba leggersi in chiave di condizionamento necessario unilaterale*:ovvero, se quello giuridico sarà autonomo ed indipendente da qualsivoglia altra "variabile" logico-concettuale, quello di impresa, invece, rileverà in termini essenzialmente *relazionali e strettamente consequenziali* dal primo (i.e., ordinamento giuridico statuale) che ne sarà, quindi, *requisito presupponente ma non presupposto.*

Rerbus sic stantibus, le posizioni giuridiche soggettive assunte in forza dell'esercizio dell'attività di impresa dovranno esere riferite *immediatamente e direttamente* all'ordinamento statuale e soltanto in via mediata e riflessa all'eventuale "regolamento paranormativo" della comunità produttiva di riferimento; *ergo*, in alcun modo, l'impresa-istituzione potrebbe rilevare come un ("preteso") *quid sostanziale* che, in termini di *ordinamento,"… pretenda* di *anteporsi o emanciparsi dallo Stato…."* *(*così Desqueyrat., *op. cit.,).*

posizione, quest'ultima, non sostenibile nei nostri orizzonti normativi di riferimento[294] in quanto lo Stato ignora ogni *autorità precostituita*[295] che pretenda di *autodeterminarsi*[296] al suo interno secondo propri *modelli di comportamento*[297] o

---

[294] In tal senso, tra tutti, cfr. Romano Santi.,(*L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918) per il quale – testualmente – "*…in nessun caso si potrebbe considerare una istituzione…. lo stesso rapporto di lavoro in quanto… l'istituzione non si risolve mai in un singolo rapporto o in più rapporti giuridici determinati… essa, piuttosto, implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questa preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici…".* Sul tema, cfr. anche Chiarelli., *Il problema dei caratteri differenziali ell'ordinamento giuridico,* in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, IV, Bologna, 1953

[295] Al riguardo, non possono non ricordarsi le magistrali riflessioni di Crisafulli., (*op, cit.,)* per il quale "*…lo Stato è autorità… e per un principio di fisiologica prevalenza ed affermazione di se…., avrà sempre problemi a riconoscere altra autorià al di fuori di se stessa… e, normalmente, una diversa autorità, di fronte allo Stato…, finirà per perdere tale carattere di autorità che pretendeva di far valere…."*

[296] Sotto questo ulteriore profilo di indagine rileva, ancora una volta, la *inconsistenza dogmatica* della tesi *istituzionalista* attraverso un argomento c.d. *ad abundatiam* ; infatti – anche a voler ritenere che la comunità di lavoro possa essere intesa come un complesso unitario del quale fanno parte tutti i soggetti organizzati dell'impresa – essa (i.e., comunità di lavoro) non andrebbe (comunque) a costituire un " *mondo giuridico a sé ed indipendente da quello statuale"* (così Chiarelli., *op. cit.,)* atteso che il coordinamento dell'attività dei soggetti organizzati si realizzerà (pur sempre) attraverso *effetti giuridici* derivanti dagli inequivoci (e presupposti) orizzonti *negoziali e normativi* (quali quelli dischiusi agli artt. 2094 e ss. c.c.) fissati al "*… livello generale del diritto costituito….in termini di lex…"* (così, tra tutti, Renard., *op. cit.,).*

In tal senso, tra tutti, le autorevoli considerazioni del Persiani., (*Contratto di lavoro e organizzazione* , Cedam, 1966) per il quale "*…non varrebbe osservare come tra le posizioni che i soggetti assumono nell'ambito di una organizzazione di lavoro ve ne possano essere alcune non previste dall'ordinamento giuridico statuale o non corrispondenti alle valutazioni accolte da quest'ultimo… Infatti... pure prescindendo dal problema della riferibilità o meno di tali posizioni all'esercizio dell'autonomia privata, e da quello connesso alla possibilità o no di configurarle come posizioni giuridiche… è certo che la loro esistenza non è sufficiente a far ritenere che l'organizzazione dell'impresa costituisca, sia pure limitatamene a queste ipotesi, un sistema autosufficiente di valutazioni normative….A ben guardare si tratterà pur sempre di aspetti secondari ed eventuali dell'organizzazione di lavoro altrui… Questa, nelle sue caratteristiche essenziali, è già regolata e prevista dall'ordinamento giuridico statuale….L'organizzazione dell'impresa, quindi, pur potendo essere considerata una organizzazione di persone, non costituisce un sistema autonomo di produzione di norme, né tanto meno di rapporti giuridici..".*

Similmente, non sembrerebbe convincente – a difesa delle teoriche *de qua* (istituzionalismo) – individuare l'impresa quale *ordinamento giuridico "secondario ma pur tuttavia autonomo"* (in tal senso, tra tutti, cfr. Siebert., *Das Arbeitsverhaltnis in der Ordnung der nationalen Arbeit., op. cit.,*); anche in tal caso, infatti, si tratterebbe di una vana "complicazione concettuale" esente, però, da qualsivoglia contenuto precettivo giuridicamente e scientificamente plausibile.

Piuttosto, una simile conclusione logica si manifesterebbe essa stessa come estremo tentativo dogmatico (in termini di "*extrema ratio"* si esprime lo stesso Chiarelli., *op. cit.,)* di sostenere una tesi (quale quella anticontrattuale) in sé irrimediabilmente infondata; sul punto, incisivo l'intervento del Persiani (*Contratto di lavoro e organizzazione ., op. cit.,*) per il quale "*…se con tale espressione* (i.e., ordinamento giuridico derivato) *si vuole designare un ordinamento… il contenuto e l'efficacia del quale sono stabilit da un ordinamento ad esso superiore, quello statuale, e che è autonomo solo per quanto riguarda la sua esistenza… è evidente che si tratta di una qualificazione meramente descrittiva… in realtà, in questo caso, si ha solo una organizzazione posta in essere nell'esercizio di un potere di autonomia… conferito ai privati dall'ordinamento giuridico statuale…."*

precetti normativi[298] che esulino dalla sua[299] unica ed assoluta legittimità costituita a "*dettare regole*"[300].

A ciò si aggiunga una ulteriore e finale considerazione; progressivamente,[301] si assiste ad una *timida*[302] (ma pur sempre *percepibile)*[303] *inversione di tendenza sistematica*[304]

---

[297] In tal senso Pitruzzella., (*Diritto Costituzionale., op. cit.,*) per il quale "…*ogni autorità che pretende di essere tale si organizza…. ed impone se stessa sia sotto il profilo pragmatico del contegno di assumere….."*

[298] Continuando la nota precedente…" *sia sotto quello più peculiarmente simile all'elemento normativo..in termini di fissazione ex ante delle regole che dovrebbero sottendere lo svolgimento della vita del corpo sociale di riferimento…."*

[299] Ci si riferisce allo Stato

[300] E'peculiare di ogni *istituzione stricto sensu* intesa (in termini di *determinazione comune di regole strumentali volte al raggiungimento di un fine*; cfr. retro), infatti, il problema inerente il rapporto tra la sua organizzazione interna e la relativa proiezione *esterna (*rappresentata dall'ordinamento giuridico di riferimento) in quanto, astrattamente, potrebbe anche non realizzarsi la tendenziale presunzione (il c.d. "*optimum giuridico*", così, similmente, Pothoff., *op. cit.,*) per cui *all'interno della istituzione il diritto statuale venga ad essere regolarmente realizzato*; coniugando il tutto nell'ambito degli orizzonti lavoristici che a noi interessano, però, la questione va a rilevare ulteriori deficienze logiche della tesi in esame (i.e., istituzionalismo) nonché la sua debole *capacità euristica*.
Infatti, a parer mio, l'applicazione della teoria istituzionalistica all'impresa e al rapporto di lavoro non contribuisce in alcun modo a chiarire la struttura di quest'ultimo (i..e, rapporto di lavoro) sia che si concepisca l'istituzione come *fenomeno sociale* di rilevanza unitaria per l'ordinamento statuale, sia che – prescindendo dalla suddetta rilevanza unitaria – lo si intenda come *ente* o *corpo sociale* in sé concluso e, in quanto tale, *portatore di un proprio ordinamento giuridico.*
Sotto il primo profilo di indagine (i.e., istituzione come fenomeno sociale di rilevanza untaria) – la nozione di Impresa istituzione, infatti, non sarebbe in grado di fornire e garantire una *concezione unitaria di ciascun rapporto di lavoro* preso in considerazione ma, piuttosto, realizzerebbe un mero *collegamento dell'insieme di rapporti da cui risulta la comunità di lavoro dell'impresa*, nel senso che ciascuno di esso (i.e., rapporto di lavoro) non starebbe a sé, come vincolo che lega il prestatore di lavoro all'imprenditore, ma sarebbe come rapporto (appunto) *istituzionale* che vincola il prestatore di lavoro all'impresa, in relazione alle altre posizioni (ugualmente istituzionali) degli altri membri (lavoratori) della (medesima) comunità di lavoro (i.e., impresa).
Sotto il secondo profilo, l'attribuire all'impresa la nozione di *ordinamento giuridico* – oltre a porre i problemi di cui nel testo – rileverebbe di scarso interesse anche sul piano *pragmatico-applicativo* in quanto non sarebbe in grado di fornire dell'impresa una nozione più ampia di quella che l'interprete potrebbe già rilevare a partire dal dato normativo codicistico di riferimento ex. art. 2082 c.c.
Ergo, anche a voler ammettere, per assurdo, i presupposti della tesi in esame (i.e., quella istituzionalistica), essa non riuscirebbe a "salvarsi" dalle ormai davvero plurime critiche che le sono state mosse al riguardo (si rinvia al complesso delle considerazioni di cui retro) e, in ogni caso, non sarebbe "capace" di alcunché di nuovo sotto il profilo conoscitivo e scientifico di riferimento; pertanto, ancora una volta le tesi negoziali "riemergono" come l'unica ipotesi alternativa davvero plausibile, in pieno omaggio a quanto si voleva dimostrare.

[301] E, più in particolare, "…*allorchè l'istituzionalismo o, meglio la teoria dell'incorporazione fu intesa, a poco a poco, nella sua insufficienza….."*; così Siebert.,(*op. cit.,)*

[302] In tal senso, lo stesso Siebert.,(*op. cit.,* trad. it*)* si esprime nel senso che "…*tuttavia..si assiste ad una latente emersione da parti di alcuni, …., di eco negoziali… che hanno animato la nostra teorica…"*

[303] In tal senso anche lo stesso Botticher., (*op. cit.,* trad. it. 1950) per il quale "… *a poco a poco la matrice negoziale tende sempre più ad affermarsi… che tutti la percepirono anche se, da parte di alcuni, si volle tacere per omaggio alla tradizione…"*

[304] A conferma della intima e imprescindibile "*reciproca presupposizione dogmatica"* tra quanto studiato nella parte generale della trattazione (privatistica) dedicata alla "causa" in generale e la presente "sezione" della ricerca che concerne, esclusivamente, il rapporto di lavoro, si osservi quanto segue; ovvero, la suddetta *inversione di tendenza* (che come vedremo, riporta in auge la tesi del contratto in

nell'ambito della stessa dottrina tedesca[305] la quale – pur non negando (*formalmente*[306]) le proprie *ragioni* teoriche di natura *anticausalistica*[307] – è giunta ad affermare una posizione dogmatica più moderata[308] volta a coniugare[309] il *rigore* della *tesi istituzionalistica*[310] con i principi fondativi del diritto privato[311].

---

riferimento alla disciplina del lavoro) trova un *perfetto corrispondente logico* nella già esaminata (e coeva) rivoluzione copernicana che interessò la stessa dottrina tedesca in materia di anticausalsimo in generale.
Si è già detto, infatti, (si rinvia al capitolo I, pagg. 32 e ss) come la cultura alemanna, progressivamente, iniziò ad elaborare il concetto di *negozio obbligatorio causale* il cui fondamento giuridico fu individuato nella nozione di *scopo tipico perseguito* in "formale" contrasto (che si è avuto cura di spiegare in tal sede) con le presupposte nozioni di astrattezza e di anticontrattualismo che animavano il dibattito teorico del tempo; *mutatis mutandis,* qualcosa di simile avviene nell'ambito della fattispecie (lavoro) che a noi interessa nel senso che questo *filone teorico (anticausale) che riguarderà (*cfr. anche paragrafo che segue) *il rapporto di lavoro deriva, ontologicamente, proprio dalla (sopra ricordata) articolazione dogmatica che ha interessato la cultura privatistica alemanna globalmente intesa.*
Ergo, ne deriva un altro "punto di conquista" in termini inequivoci e assai conformi a quella che è la matrice scientifica di questo studio; ovvero, *la elaborazione teorica di matrice lavoristica "risente" e rileva essa stessa come una assai affascinante modulazione concettuale della rigorosa elaborazione privatisitca cui appartiene e di cui rappresenta una autonoma (ma altrettanto rigorosa) applicazione logico giuridica di intrinseco valore negoziale.*
In altri termini, giungiamo alla tanto attesa *"reductio ad unum", sotto il profilo genetico, tra contratto di lavoro e contratto in genere* e – si ricordi – era questa la propettiva di indagine cui, sin dall'inizio del presente lavoro, si è teso nell'iter argomentativo gradualmente sviluppato
[305] In tal senso, tra tutti, Mansfeld., *Vom Arbeitsvertrag eine Arbeitsrechtliche Selbstbesinnung* in *Deutsches Arbeitsrecht,* 1936; Schnorr von Carolsfeld., *Arbeitsrecht,* Gottingen, 1954; Botticher., *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie,* in *Recht der Arbeit,* 1956; Herschel., *Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts* in *Recht der Arbeit,* 1956; Id., *Arbeitsrecht,* Stuttgart, 1968; Simitis., *Die faktischen vertragsverhaltnisse,* Frankfurt, 1957; Farthmann., *Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsvertragen* in *Recht der Arbeit,* 1958, Brox., *Grundbegriffe des Arbeitsrechts,* Stuttgart, Berlin, Koln, Mainz, 1967; Gaul., *der Arbeitsvertrag mit Fuhrungskraften,* Monaco, 1968
[306] Si ricordi, infatti, come "*…nonostante tutto… vi fu pur sempre la salvezza formale del fisiologico atteggiamento dogmatico in termini di anticausalismo…..*"; sul punto, si rinvia, ancora una volta, alle studio generale di cui al capitolo che precede
[307] Così anche Herschell.,(*op. cit.,*) per il quale "*…ciò non equivale a negare l'anticausalismo ma, piuttosto, pur se vi sono dei rilevanti aspetti apparentemente confliggenti… nasce e si situa alll'ombra della tematica generale della dogmatica della causa e, quindi, dell'astrattezza di essa ….*"
[308] Non a caso indicata ed assimilata, concettualmente, alla c.d. *Vertragstheorie* (i.e., *teoria del contratto)* ; per taluni si è trattato di una "*…affascinante vox media tra negozio ed istituzione"* (così Siebert., *op. cit.,).*
[309] In conformità al tentativo speculativo già personalmente perseguito; tra tutte, si rinvia alla nota 266
[310] Nei termini in cui, *retro,* ampiamente analizzata
[311] Seguendo tale posizione dogmatica, infatti, risulterebbe assai ridimensionata la stessa valenza concettuale del distinguo tra *contratto* e *istituzione* (cfr. retro) che sembrerebbe, piuttosto, infondato e frutto di "*mere e artificiose costruzioni teoriche"* (così Mansfeld., *op. cit.,)* andando, esso stesso, a prescindere dalle problematiche connesse alla tesi della *pluralità degli ordinamenti giuridici* (cfr. retro) trattandosi di "*…formula sintetica* (quella di istituzione) *con valenza meramente descrittiva…."* (così Mansfeld., *op. cit.,)*

Tale tendenza dogmatica[312], infatti, va a "concepire" il *rapporto giuridico*[313] come *proiezione sintetica*[314] *e sistematica* della presupposta[315] ipotesi *contrattuale*[316] ad esso[317] sottesa, in omaggio ai principi costituzionali[318] della *libera estrinsecazione*[319] *della personalità*[320] cui si informa il *dogma s*tesso della *libertà negoziale;*[321] *mutatis*

---

[312] I.e. *teoria del contratto* (*Vertragstheorie*) – nei termini in cui precisati *sub specie* di *inversione sistematica di tendenza* – in contrapposizione con la distinta (e formalmente opposta) *teoria dell'incorporazione* (c.d. *Eingliederungstheorie*, cfr. retro)

[313] E segntamente, quello di lavoro

[314] Si osservi, ancora una volta, il "link" concettuale con la nozione causale già individuata ampiamente (cfr. capitolo che precede) nella sua *vocazione sintetica fra le plurime caratterizzazioni ontologiche del negozio giuridico*

[315] In tal senso, assai incisive le riflessioni di Simitis., (*op. cit.,* trad. it.) per il quale "*…è da temere la logica coerenza del tentativo operato, in extremis…. per salvare il concetto di istituzione..per sottrarre la sua valenza semantica al contratto…"*

[316] In termini più concreti, ciò equivale ad affermare, ancora una volta, inequivoci *orizzonti negoziali* della fattispecie (lavoristica) in esame*;* si andrebbe a determinare, infatti, un "complesso" (e forse *inconcludente*) *dualismo logico* tra *contratto* (non negato ma) presupposto in termini di *dimensione formale della giuridicità* (c.d. *contratto di ammissione*) e *rapporto di lavoro* affermato come *giuridico per la sua essenza* ed avente il proprio fondamento *nell'incorporazione nell'impresa* (c.d. *rapporto di occupazione).*

Ciò premesso, seguendo l'insegnamento di Hueck., (*Teoria del contratto e teroia dell'incorporazione*, in *Nuova Riv. Dir. Comm.,* 1955) , si potrà concludere nel senso che…*"ancora una volta si assiste all'eterna antitesi tra sostanza e forma…, conclusa qui con la vittoria della sostanza, che rifiuta, per la propria essenza, la mediazione della forma"*, in piena coerenza con il principio romanistico per cui "*…forma dat esse rei…"*; *rebus sic stant bus,* ancora una volta si determina l'impossibilità teorica di attribuire rilievo giuridico (anche formale) al rapporto che intercorre fra i membri dell'impresa senza, con ciò, dover transitare necessariamente attraverso (un qualche) vincolo negoziale tra essi presupposto.

[317] Ci si riferisce al rapporto giuridico

[318] In tal senso anche la moderna dottina civilistica per cui "*…quello di lavoro è un contratto…che apre anche scenari costituzionali non perché negozio non sia…. ma in forza degli elementi personalistici sottesi allo svolgersi del suo sinallagma negoziale…."* (in tal senso, tra tutti, cfr. Zago-garelli., *op. cit.)*

[319] Limitandoci ad un riferimento "diacronico" al nostro ordinamento giuridico, tra tutti, si pensi agli orizzonti normativi "palesati" dall'art. 2 della carta Fondamentale che "*….riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo…sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità…"*; in tal senso, anche l'autorevole Rescigno., (*op. cit.,)* che si esprime nel senso di *"…precetto di valenzza omnicomprensiva…che finisce per essere irrimediabilmente compreso, quanto al suo valore di sostanza, nell'obbligo di assumere lavoro….."*

[320] La posizione teorica in oggetto (quasi "*….a metà strada tra contratto e istituzione,* così Simitis., *op. cit.,)* infatti – pur condividendo il principio generale per cui il rapporto di lavoro non *sarebbe un mero rapporto negoziale di scambio ma, piuttosto, un rapporto di comunione del diritto delle persone,* mantenendosi, così, in *formale coerenza* (cfr. note 306-307) con i principi della teoria istituzionale e/o anticontrattualistica (rinvio al capitolo che precede) – compie un importante passo in avanti nel senso che dalla già analizzata concezione "*personale*" e "*comunitaria*" dell'impresa fa derivare la possibilità o, *rectius*, la "necessità" della costituzione (del rapporto di lavoro) mediante contratto, sottolineando, al riguardo, che sarebbero proprio i principi della *libera estrinsecazione della personalità a porre l'esigenza di un atto di volontà per la creazione di vincoli personali come quello di lavoro* (in tal senso, tra tutti, cfr. Hueck., *Teoria del contratto e Teoria dell'incorporazione ., op. cit.* per il quale "*….è il negozio lo strumento del consenso…chi si obbliga a lavorare presta anche parte della sua personalità… e quindi, essa non potrà essere dovuta se non consti il consenso del titolare….."*).

Ergo, ne andrebbe a derivare una conclusione logica assai "forte", concettualmente, ma altrettanto coerente e *conforme* all'iter logio sin qui tracciato; ovvero, *la scelta dello strumento negoziale non sarebbe un mera alternativa logica discrezionale in termini di disciplina applicabile ma, piuttosto, rileverebbe quale "opzione obbligata" per leggere e "coniugare" il rapporto di lavoro alla luce dei*

mutandis, qualcosa di simile[322] avverrebbe anche in prospettiva *lavoristica*[323] nel cui ambito, pur in presenza della *impresa*[324], ciascuna delle parti andrebbe a considerare il *contratto*[325] (e non già il *rapporto*[326]) la *fonte costitutiva* e *genetica*[327] delle proprie situazioni giuridiche soggettive di cui[328] eventualmente[329] risulti titolare[330].

---

principi supremi (quali quelli costituzionali) del singolo sistema giuridico di riferimento; ergo, mutatis mutandis – in termini parzialmente diversi ma di assoluta identica sostanziale – ciò equivale a giungere alla prospettiva del "*negozio giuridico"* come *condicio sine qua non* peculiarmente caratterizzante il nostro oggetto di studio e tale "intuizione", come vedremo, sarà ulteriormente confermata in proseguo seguendo distinti percorsi argomentativi in tal senso concludenti.

[321] In materia, si rinvia allo studio civilistico di cui al primo capitolo e alle premesse introduttive; in particolare, cfr. gli orizzonti speculativi connessi alla disposizione ex. art. 1322 c.c., comma secondo

[322] Secondo questa più moderata dottrina tedesca (di cui sopra) che giustifica la così nominata *inversione di tendenza sistematica;* cfr. retro

[323] A conferma del *bonum logico* circa lo studio privatistico del fenomeno *de quo* (i.e., quello del lavoro) che si sta perseguendo

[324] Si rinvia, al riguardo, alle ampie considerazioni di cui *retro* in relazione alla nozione di *impresa* nei suoi profili istituzionali

[325] Di lavoro, si intende

[326] Come, invece, vorrebbero poter sostenere gli istituzionalisti secondo il modello logico già ampiamente analizzato e al quale si rinvia

[327] Secondo questa teoria in esame (*Vertragstheorie*), infatti, si andrebbe a delineare una assai peculiare forma di *obbligazione (contrattuale) di lavoro* da intendere, però, non già secondo le tipiche accezioni "*pan negoziali"* di matrice pandettistica (cfr. cap. 1) ma, piuttosto, *sub specie* di "*obbligazione largamente personale,"* ad indicare quel vincolo *soggettivo ed infungibile* ad esso (contratto di lavoro) necessariamente presupposto; la suddetta e diversa configurazione, però, poco importa ai nostri fini di *inquadramento ontologico della fattispecie.*

Infatti, come si comprenderà ancor meglio alla luce della riflessioni di cui al paragrafo che segue e alle note successive, *potrà variare il quomodo (*i.e., modus operandi della disciplina negoziale) *ma non già l'an che rileverà, piuttosto,* l'intima natura contrattuale (e non già istituzionale) del *fenomeno lavoristico* globalmente considerato.

[328] (Si sottointende) ciascuna delle parti

[329] In caso di conclusione (sul tema si rinvia al paragrafo che segue) di un *bilaterale vincolo negoziale* di matrice lavoristica

[330] Quasi a voler "sintetizzare" i diversi punti di conquista come fin qui raggiunti, ne consegue che la nozione di *Impresa Istituzione* non è in alcun modo idonea a scalfire il dogma dell'*autonomia contrattuale* – e, quindi, le connesse tesi negoziali del rapporto di lavoro – non ponendosi (la nozione di Impresa Istituzione), in relazione a quest'ultima (i.e., autonomia contrattuale), in termini ontologicamente inconciliabili come, invece, le dogmatiche *anticontrattualistiche* vorrebbero, pur tuttavia, poter sostenere; infatti, anche alla base della eventuale volontà di istituire una *comunità di lavoro* vi sarebbe pur sempre una *volontà soggettiva* volta a raggiungere un determinato interesse (i.e., impresa istituzione) non già ex ante previsto dalla legge ma, purtuttavia, suscettibile di essere "creato" dai soggetti di diritto nell'ambito del sistema legale di riferimento.

Quanto detto – si osservi – altro non è che la nozione stessa di *autonomia privata* in relazione alla quale la libertà dispositiva dei singoli finirà necessariamente per "comprendere" – nel significato più primo ed etimologico del termine – anche il *fenomeno* (i.e. impresa istituzione) in esame, rilevando essa stessa (i.e., libertà dispositiva) *sotto un triplice profilo*: a) *libertà di usare gli strumenti predisposti dall'ordinamento in ordine alla tutela di interessi sociali tipizzati ed anche (libertà) di determinare il contenuto e le modalità delle singole fattispecie che costituiscono i negozi giuridici* (art. 1322 c.c., comma 1); b) laddove non esista una tipicità sociale di interessi – e, quindi, l'odinamento non abbia potuto predisporre lo strumento relativo (c.d. fattispecie legale tipica) – *libertà di creare nuove fattispecie tipiche nei limiti della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti* (art. 1322 c.c., comma secondo) ; c) *libertà di creare nuovi strumenti, sotto forma di nuove norme, quando la tutela di interessi economico-*

Ancora una volta una medesima *eco concettuale*[331]; ancora una volta il (presunto[332]) rigore *istituzionalistico* non riesce a cancellare del tutto gli *orizzonti negoziali*[333] che, sotto diversi profili di indagine[334], finiscono pur sempre per essere *sottesi*, *emergere* ed, infine, *imperare* nella valenza e sostanza giuridica del nostro oggetto di studio[335]; ancora una volta, si registra una *vittoria* – forse a questo punto definitiva[336] – del *contrattualismo*[337] rispetto a qualsivoglia tentativo *anticausalistico*[338] di ricostruzione del fenomeno lavoristico globalmente inteso[339].

---

sociali relativi ad una fattispecie tipica (istituzione o rapporto istituzionale) *non sia riconducibile né regolabile secondo uno schema tipico generale*.
Segnatamente, la nozione di *Impresa-Istituzione* rileverà proprio nell'ambito delle suddette funzioni - sub b) e c) – inerenti al concetto di *autonomia contrattuale* globalmente intesa (per più ampie analisi sul tema si rinvia alla studio del capitolo che precede).
Ergo, alla base della Istituzione vi sarà pur sempre l'autonomia negoziale; *ergo*, alla base del rapporto di lavoro vi sarà sempre un contratto; *ergo*, i profili causali dell'indagine negoziale non sembrano essere in alcun modo compromessi nel loro *bonum* logico- scientifico di riferimento.

[331] I.e. quella della prevalenza del *contratto* sul *rapporto;* si rinvia alle ampie considerazioni, al riguardo, di cui *retro*

[332] In forza dei tanti profili di *carenza dogmatica* già individuati nel corso delle argomentazioni sin qui rese

[333] Infatti, alla luce di quanto (retro) considerato, consegue che – anche ammettendo che l'impresa costituisca una *istituzione* – non se ne potrebbe comunque inferire che il *rapporto* di lavoro non abbia la sua fonte in un *contratto*, e ciò sotto un diverso (ed ulteriore) profilo di indagine rispetto a quelli già analizzati nelle note precedenti.
Da un lato, sul piano del supposto ordinamento giuridico originario dell'impresa, le singole valutazioni dell'imprenditore andrebbero, infatti, comunque accertate ed indagate per individuarne il sotteso profilo *convenzionale* che, *sub specie* di *negozio*, sarebbe alla base del rapporto obbligatorio tra lo stesso capo dell'impresa e i propri lavoratori; dall'altro, sul piano del diritto statuale, le decisioni della (eventuale) *Impresa-Istituzione* non potrebbero in ogni caso sottrarsi al vaglio del *giudizio di compatibilità* tra le regole della stessa (Impresa-Istituzione) con l'eventule sistema giuridico di riferimento.
Ergo, non vi sarebbe alcuna irrimediabile incompatibilità logica; piuttosto, si potrebbe senz'altro attribuire all'impresa natura di *istituzione* e, al tempo stesso, riconoscere al rapporto di lavoro origne *contrattuale* sia dal punto di vista dell'ordinamento dell'impresa, sia dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato che, come visto, non potrebbero intendersi *sub specie* di *poli ideologicamente orinetati e reciprocamente inconciliabili tra loro* (così Santi Romano., *op. cit.,)*

[334] In considerazione delle differenti prospettive di studio scientifico come fin qui perseguite; cfr. retro

[335] Si rinvia ai singoli "passaggi logici" come "acquisiti", gradualmente, alla luce dell'*iter logico-speculativo* posto in essere

[336] Dopo le tante già raggiunte (e parziali) nel corso di questo paragrafo e di quelli che precedono; cfr. retro

[337] Nei termini in cui sin qui precisati

[338] E/o, *rectius, istituzionalistico*; si rinvia alle apposite considerazioni al rigurado

[339] In epoca più recente – ma in stretta continuità logica con quanto sin qui osservato – è stata sostenuta una ulteriore posizione *anticontrattualistica* che configura lo strumento negoziale come "*…inadeguato a render conto del diritto del lavoro"* (così, testualmente, Scognamiglio., *Diritto del lavoro., op. cit.,*) argomentando, in tal senso, dalla concreta esperienza positiva della scienza giuslavoristica che conoscerebbe forme di tutela del prestatore (di lavoro) di intensità ed ampiezza sconosciuti al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti.
La posizione avanzata, pur se autorevolmente sostenuta (cfr. Scognamiglio., *op. cit.,*), non sembra, però, persuasiva e tale da sconfessare, in alcun modo, la natura squisitamente negoziale del rapporto di lavoro come fin qui analizzata; piuttosto, a parer mio, si registra un (apparentemente) strano risultato paradossale tale per cui ogni tentativo di sostenere una posizione istituzionalistica (o, comunque, non

negoziale) del rapporto di lavoro si risolve, al contrario, proprio nella direzione opposta, ovvero, nel senso di apportare un qualche argomento (logico-sistematico) (ulteriore) *in favor* alla sua natura squisitamente *contrattuale* della fattispecie *de qua* (i.e., quella del lavoro).

Più in particolare, così argomentando, si giunge a risolvere, *naturaliter*, anche una distinta questione (già accennata retro sotto distinti profili) che ci si era prefissi di analizzare (cfr. retro), ovvero quella inerente la *compatibilità logico sistematica* tra la *natura negoziale di un rapporto giuridico* e la c.d integrazione *extracontrattuale* del suo contenuto; al riguardo, coniugando il tutto nell'ottica che a noi concerne, ne deriva quanto segue.

Ovvero, non parrebbe sostenibile poter affermare che il fatto costitutivo del rapporto di lavoro non sia un contratto sol perché i suoi effetti sarebbero in larga misura sottratti alla disponibilità dei paciscenti *sub specie* di *intervento imperativo della legge e della contrattazione collettiva*, o, alternativamente, (*sub specie)* di *unilaterale imposizione del regolamento negoziale ad opera di uno dei contraenti* (c.d. parte forte del rapporto, secondo la logica preferita dai sostenitori del c.d. *favor lavoratoris*, i.e., datore di lavoro) *nei confronti dell' altro* (c.d. parte debole., i.e. lavoratore).

Sotto il primo profilo (i.e., intervento regolativo della legge), infatti, la natura *negoziale* della disciplina giuslavoristica non sarebbe in alcun modo ridimensionata in forza della disposizione normativa ex. art. 1374 c.c. in cui si prevede testualmente che "…*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso… ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità…"*; *ergo,* l'eventuale intervento *correttivo della legge* sarebbe caratteristica *fisiologica e non patologica* della *lex contractus,* in alcun modo suscettibile, quindi, di inficiarne il suo *bonum giuridico* privatistico e negoziale *(*sulla *ratio* logica dell'istituto della *integrazione* del contratto ex. art. 1374 c.c. si rinvia al capitolo che precede nonché, soprattutto, alle premesse introduttive); similmente, sotto il secondo profilo (i.e, eventuale imposizione del contenuto negoziale da una parte all'altra) – lungi dal potersi configurare una qualche eco *anticausalistica* – la natura contrattuale del rapporto di lavoro risulterebbe ulteriormente ed inequivocabilmente confermata sulla base delle seguenti considerazioni.

Si immagini che il datore di lavoro voglia regolare *uniformemente* (come, del resto, normalmente accade) i propri rapporti *negoziali* con i propri lavoratori e, per ciò solo, si avvalga, *mutatis mutandis,* delle condizioni generali di contratto ex. art. 1341 c.c. imponendo, di fatto, *il contenuto del regolamento negoziale al prestatore;* in tal caso, sarà possibile, per ciò solo, affermare una *intima cesura* con i principi dell'autonomia privata a guisa da dover dare la stura ad (improbabili) tesi istituzionali del rapporto di lavoro?

La risposta è negativa perché altrimenti non potrebbe essere alla luce del rigore civilistico che ha guidato il presente lavoro di ricerca; infatti, al riguardo, la soluzione da fornire alla questione fondamentale sottesa – i.e., natura *negoziale* o *normativa* delle c.d. condizioni generali di contratto – è senz'altro univoca ed in *favor alla matrice contrattuale delle stesse* (i.e., condizioni generali di contratto)

La tesi della natura normativa, infatti, era (pur) stata prospettata dalla dottrina francese in base alla considerazione – simile a quella cui giungono gli istituzionalisti – per cui solo in apparenza il c.d. *contratto per adesione* sarebbe risultato della volontà delle parti in quanto, piuttosto, "…*il predisponente… datore di lavoro… andrebbe ad esprimere una volontà unilaterale… che detta la sua legge ad un individuo (il prestatore)… e pertanto, non vi sarebbe contratto…."* (così, Saleilles., *op. cit.;* similmente, cfr. Pizzorusso., - *Fonti del diritto,* in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca, op. cit.* – per il quale "…*le condizioni generali sarebbero da accostare ad una sorta di comando giuridico… che tende a risolversi in una consuetudine…, anche per il particolare significato e per la rinomanza sociale che esse acquistano all'interno della cerchia dei soggetti che ne sono parte…")*; questa opzione interpretativa, tuttavia, non è da accogliere per una duplicità di motivi.

Ovvero, da un lato, sarebbe da obiettare che "…*il contratto non richiede necessariamente una trattativa dei singoli punti…"*(così Costanza., *Le condizioni generali di contratto., op. cit.,)* e, dall' altro, – per quel che a noi più interessa in funzione della fattispecie lavoristica che ci concerne – è da osservare che *la posizione (eventualmente) economicamente più forte di una parte (datore di lavoro) sull'altra (lavoratore) è una mera circostanza di fatto che non snatura il contratto e non ne inficia in alcun modo la sua matrice negoziale;* piuttosto, è da concludere nel senso che *le eventuali clausole negoziali fissate unilateralmente da parte datoriale abbiano comunque titolo nel contratto di lavoro e, pertanto, saranno efficaci non già perché così vuole la legge (derivandone, per converso, una matrice a-negoziale del rapporto) ma, piuttosto, perché l'aderente (prestatore) ha accettato il regolamento dell'altra parte (datore di lavoro);* in tal senso, tra tutti, cfr. Genovese., (*Le condizioni generali di contratto., op. cit.,)*

secondo il quale "*…il contratto che include condizioni generali di contratto non prescinde dalla volontà delle parti… ma tale volontà viene in considerazione sotto l'aspetto tipico e, quindi, relativamente astratto…che la legge riconosce esistere nella vita sociale… e ch'essa rende legittimo ricollegandovi effetti giuridici…."*.
Ciò considerato ne consegue che – anche allorquando vi sia una *effettiva imposizione del contenuto del contratto* da una parte *(creditore della prestazione lavorativa)* all' altra (lavoratore) – sarebbe eslusa a *priori* qualsivoglia indebita interferenza sia delle *teoriche del favor (lavoratoris)* sia di assimilabili pretese istituzionalistiche in quanto il rappoto di lavoro posto in essere andrebbe comunque a fondarsi su un *contratto* il quale, a sua volta, rientrerà pienamente negli orizzonti giuridici di cui agli artt. 1321 e ss. c.c. atteso che "…ciò che distingue i contratti di adesione da tutti gli altri è soltanto un dato estrinseco , giuridicamente privo di rilievo…e non tale da celare la natura contrattuale dello stesso…*"* (così, testualmente, Genovese., *Contratto di adesione,* voce dell*'Enciclopedia del diritto, X,* Milano, 1969) .
Ergo, pur seguendo un altro percorso speculativo, il risultato logico è sempre il medesimo: il profilo negoziale del rapporto di lavoro è senz'altro salvaguardato.
Al massimo potrà variarne il *quomodo* (sub specie di contratto per adesione ex. art. 1341 c.c., anziché normale ipotesi di "piena e bilaterale negoziazione"; così Bessone., *op. cit.,*) ma non già l'*an – sub specie* di natura giuridica – che ne individua, ancor una volta – ed in termini difficilmente contestabili perché privatisticamente *sillogistici* in forza delle premesse rese – la sua immutabile e più intima *essenza contrattuale*.
Ugualmente, infine, dovrà concludersi in riferimento alla disciplina ex. art. 1342 c.c. dal momento che – così Mazzoni., *op. cit.* – "*…in materia di rapporti di lavoro si riscontrava, spessissimo, specie in passato, il cosiddetto contratto tipo di lavoro…che si aveva quando un datore di lavoro predisponeva uno schema contrattiale di lavoro e ne offriva le condizioni ivi contenute ai vari lavoratori dell'azienda…i quali dovranno darvi la loro approvazione…."*
In questo caso, secondo le regole generali, troverà applicazione la regola codicistica per cui (ex. art. 1342 c.c.) "*…le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevarrano su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse… anche se queste ultime non sono state cancellate…";* pertanto, qualora datore di lavoro e prestatore concordino clausole "ad hoc" non presenti nel regolamento negoziale prestabilito da una delle parti (i.e., ceditore della prestazione lavorati va) esse entreranno automaticamente nel contenuto della *lex contractus* raggiungendo, così, un risultato (eventaulamente *in favor al lavoratore)* in rigorosa applicazione della disiplina privatistica in materia.
E' da osservare tuttavia che – quand'anche il risultato logico (e lavoristico) che si raggiunge è il medesimo (i.e., anche in questo caso, ne deriverà la *matrice negoziale del rapporto di lavoro*) – sul piano civilistico è da distinguere tra la ipotesi ex. art. 1341 c.c. e quella ex. art. 1342 c.c.; segnatamente, le condizioni generali di contratto sono il *regolamento destinato a disciplinare uniformemente i rapporti contrattuali (nel caso in esame, di lavoro) mentre il contratto-tipo è uno strumento utilizzabile per la conclusione di una serie indefinita di contratti* (così Bianca., *op. cit.,)*
Normalmente, il contratto *tipo* conterrà (anche) una parte regolamentare che integra vere e proprie condizioni generali di contratto; tuttavia, il distinguo, nei termini come sopra precisato, non è in alcun modo suscettibile di essere taciuto.
Sul piano della disciplina (in relazione alla disposizione ex. art. 1342 c.c.) , però, il legislatore utilizza una efficacia tecnica redazionale della fattispecie *per relationem,* espressamente stabilendo che "*… si osserva la disposizione del secondo comma dell'art. 1341 c.c."* ovvero quella che concerne la *specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie (*sulla specifica questione, si rinvia alle pur affascinanti tematiche civilistiche che qui non si possono affrontare per questioni di attinenza all'oggetto del nostro studio).
Anche in questo caso, l'applicazione della normativa sarà assai "coerente" con eventuali esigenze di protezione del prestatore contro abusi del datore di lavoro che, però, troveranno ragione e fondamento (anche questa volta) *nella disciplina civilistica* (e non in presupposte regole di *favor lavoratoris);* infine – per esigenze di completezza argomentativa – si precisi che taluno (così Grandi., *I soggetti del contratto collettivo di impresa,* in *Studi in onore di L. Barassi,* 1966) in dottrina, ha ipotizzato una "*lettura sindacale* "della fattispecie in esame (art. 1342 c.c.) assimilando i c.d. *contratti-tipo* (di lavoro) agli accordi conclusi dalla *commissione interna*.
Più in particolare, seguendo questa logica – così Grandi., *op. cit.* – "*…non si tratterebbe di un contratto vero e proprio ma, piuttosto, di semplici proposte di contratto tipo che l'imprenditore si impegna ad osservare nei confronti di tutti i dipendenti presenti e futuri….*";

E questo, si ricordi, era l'obiettivo scientifico che si voleva, al riguardo, perseguire.

Tuttavia, anche seguendo questa ricostruzione teorica, la matrice negoziale del rapporto di lavoro non sarebbe in alcun modo inficiata in quano si andrebbe a transitare nell'ambito concettuale della *proposta* che, come vedremo (cfr. nota 380) rappresenta l'espressione più piena della *manifestazione volitiva convenzionale* e, quindi, (rappresenta) "*…un indice inequivoco di negozialità…*" (così Genovese., *op. cit.,).*

3.2) Anticontrattualismo positivo: rapporti di fatto e dogmatica civilistica. Alla ricerca degli orizzonti negozial-lavoristici della diciplina normativa ex. art. 2126 c.c: la definitiva conquista scientifica della matrice esclusivamente contrattuale e causale del rapporto di lavoro

Lo studio del "*fatto"* ha sempre assunto una posizione essenziale nell'ambito della scienza giuridica e delle singole discipline ad essa sottese; per rendersi conto della sua straordinaria *polivalenza funzionale,* basta considerare l' *inerenza* della nozione in oggetto[340] ai più diversi rami[341] dell'ordinamento giuridico che[342] è tale da giustificarne la sua[343] attitudine a porsi al centro non solo della parte generale del diritto civile[344] ma anche della stessa teoria generale del diritto.[345]

---

[340] I.e., quella di "fatto"

[341] Tra tutti, si pensi al diritto penale in cui il *fatto* (c.d. *Tatbestand* di matrice tedesca che anche in questo ambito ha influenzato la successiva dottrina italiana) rappresenta uno degli elementi fondamentali della teoria generale del reato;.
Sulle origini squisitamente *penalistiche* del concetto in esame (i.e., fatto), tra tutti, cfr. Beling., *Die Lehre vom Verbrechen,* Tubingen, 1906; Schweikert., *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling,* Karlsruhe, 1958; per la dottrina italiana, sul punto, cfr. Delitala., *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1930; Bettiol., *Diritto penale,* Palermo, 1945; Id., *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione,* in *Riv. It. Dir. Penale,* 1932; Pagliaro., *Il fatto di reato,* Palermo, 1960; Id., voce (*fatto)* (diritto penale) in *Enc. Del diritto,* Vol. XVI, Milano, 1967; Gregori., *Adeguatezza sociale e teoria del reato* , Padova, 1969

[342] Ci si riferisce alla suddetta inerenza del tema in esame ai più diversi rami del diritto

[343] Ci si riferisce alla nozione di fatto

[344] Nell'ambito della pluralità di significati in cui il termine è stato inteso, i civilisti lo hanno assunto prevalentemente come *fatto giuridico* o, *rectius,* come *evento*, *avvenimento o azione* che, in presenza di determinate circostanze, produce conseguenze *riconosciute dall'ordinamento* (e, quindi, giuridiche) tra cui (per limitarci alle ipotesi più *caratterizzanti) l'acquisto,* la *perdita* o la *modifica* di un diritto soggettivo; in questo senso, il collegamento logico tra le due nozioni (i.e., fatto/diritto) risulta ancor più rafforzato al punto che – così, testualmente, Cesarini Sforza., *Ex facto oritur ius,* in *Saggi Filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio, nel XXV anno di insegnamento,* vol. I, Modena, 1930) – "*…se il fatto senza diritto è privo di senso…il diritto non sorge se il fatto non si compie…"*. *Ergo,* il "fatto", nell'accezione classica, è correlato logico dell'*effetto* e, quindi, è "*fatto giuridico"*tutto ciò cui una norma attribuisce *effetto giuridico*: pur se, apparentemente, mera *tautologia concettuale*, si tratta, piuttosto, di un importante spunto di riflessione che (come vedremo ampiamente in proseguo) servirà da presupposto teorico allo studio giuslavoristico che si sta per condurre.
Più in particolare, l'aver individuato nel "fatto" il presupposto di applicazione astratta della norma, ha permesso alla dottrina civilistica di individuare *fatti o situazioni tipo* al cui verificarsi si ricollegano gli effetti giuridici previsti dalla disposizione stessa (in tal senso, cfr. Scognamiglio., *Fatto giuridico e fattispecie complessa, considerazioni critiche alla dinamica del diritto* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1954); si parla così di "fattispecie" - da intendere come complesso di fatti a cui la norma giuridica, dato il suo carattere condizionale o ipotetico, ricollega la vicenda del rapporto – che potrà essere, a sua volta, semplice o complessa, a seconda del numero e della posizione dei fatti giuridici che sono necessari al suo costituirsi. In tal senso, tra i contributi più autorevoli, cfr. Falzea., voce (*fatto giuridico*) in *Enc. del diritto,* Vol. XVI, Milano, 1967 *;* Pugliatti., *I fatti giuridici,* Messina, 1945; Romano Salvatore., *Ordinamento sistematico del diritto privato,* Napoli, 1970; Betti., *Teoria generale del negozio giuridico,* in *Trattato Vassalli,* Torino, 1950; Cariota Ferrara., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano,*

Più in particolare, la problematica rileva, in tutta la sua *urgenza normativa,* allorchè si consideri che tra *ciò* che è "diritto" e *ciò* che è "fatto[346]" – e, quindi, rispettivamente, tra quanto è regolato dalla legge e quanto non lo è – è individuabile una affascinante[347] *zona di confine*[348] al cui interno rilevano una serie di *fenomeni* o *situazioni* che – pur non essendo disciplinati (quanto meno espressamente) da una norma "legale" di riferimento in quanto non idonei a costituire una *fattispecie tipica*[349] – pur tuttavia, sono accomunati, nella loro pur *fisiologica* distinta natura[350], dalla medesima idoneità a

---

Napoli, 1948; De Giovanni., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1958; Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1957; Cataudella., *Note sul concetto di fattispecie giuridica,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1962; Rubino., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari,* Milano, 1939

[345] Sotto il profilo filosofico, la dottrina tedesca ha dato origine ad un attento e fecondo dibattito sulla c.d. *Natur der Sache* (i.e., *natura dei fatti*) che ha avuto importanti eco (teoriche) anche presso la nostra tradizione speculativa; più in particolare, il fatto è stato individuato come il fondamento stesso del diritto naturale e, più in generale, come la pima fonte ispiratrice di ogni sistema giuridico; in tal senso, tra tutti, cfr. Radbruch., (*Die Natur der Sache als Juristische Denkform* in *Festschrift zur Ehren von Prof. R. Laun,* Hambur, 1948) che considera il fatto come "*das Substrat, das Material, der Stoff, den das Recht zu formen hat";* Maihofer., *Die Natur der Sache.,* in *Archiv. Fur Rechts und Sozialphilosophie,* 1958; Id., *Droit naturel et nature des choses dans la philosophie allemande du droit,* in *Droit et nature des choses,* Parigi, 1965; Radbruch., *Die Natur der Sache als Juristische Denkform,* Darmstadt, 1964. Per la dottrina italiana su "*la natura dei fatti e della cosa",* Cfr. Bobbio., *Uber den Begriff der Natur der Sache,* in *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie,* 1958; Baratta., *Natura del fatto e diritto naturale,* in *Riv. Intern. di filosofia del diritto,* 1959; Bobbio., *La natura delle cose,* in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* Milano, 1965; Opocher., *Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico della nozione di "natura della cosa",* in *Riv. Intern. di filosofia del diritto,* 1967

[346] Nell'accezione sin qui delineata; si rinvia alle note 341 e ss

[347] Ne è prova la molteplice speculazione teorica di natura penalistica, civilistica e filosofica; cfr., rispettivamente, note 341, 344, 345

[348] L'analisi del tema in esame, da un punto di vista civilistico, imporrà un notevole sforzo argomentativo e sistematico in quanto il nostro oggetto di studio (i.e., rapporti di lavoro di fatto) si lega ad una pluralità di istituti privatistici (ad esso intimamente sottesi e connessi) che non si potrà fare a meno di analizzare nei loro aspetti più peculiarmente caratterizzanti la "fattispecie " *de qua* (rapporti di lavoro fatto); si rinvia alle pagine che seguono e, in particolare, alle relative note (358-365)in cui si affronteranno le questioni più problematiche (solo apparentemente più "distanti" dal tema ma, come vedremo, assolutamente pertinenti ed indispensabili allo studio *scientifico* del *contratto di lavoro dal punto di vista causale*) per esigenze di celerità e speditezza nel testo della trattazione

[349] Nell'accezione in cui delineata alla nota 344 cui si rinvia

[350] Una situazione di fatto potrebbe rilevare anche sotto un profilo essenzialmente *storico,* a voler indicare il *substrato teorico* sotteso alla formazione della stessa *norma* giuridica; in tal senso, sarebbe configurabile una sorta di "*diritto potestativo"* – inteso in una accezione assolutamente *atecnica* di cui si è perfettamente consapevoli – in capo all'ordinamento stesso che potrebbe (liberamente) determinare – (*sub specie* di *atto politico,* in quanto tale insindacabile secondo la più autorevole dottrina amministrativistica; tra tutti, sul punto, cfr. Cerulli Irelli., *Lezioni di diritto amministrativo,* Roma, 2000) – se attribuire rilevanza giuridica (o meno) ad un *fenomeno sociale,* regolandolo e, per ciò solo, trasformandolo in un *rapporto di diritto stricto sensu inteso.*
Personalmente, ritengo che, al riguardo, si possa scorgere un interessante *link logico* concettuale tra *disciplina pubblicistica e privatistica;* infatti, il rapporto tra *fenomeno giuridico* come *stigmatizzato* in un modello legale (c.d. *fattispecie*) e *fenomeno sociale* non coniugato in termini di normativa positiva (c.d. *rapporto di fatto)* sembra equivalere, *mutatis mutandis,* al distinguo logico (squisitamente negoziale) tra, rispettivamente, *tipo legale* e *tipo sociale.* (sul tema, si rinvia all'ultimo paragrafo del capitolo I nonché ai connessi riferimnenti nel capitolo che precede). In questa prospettiva di indagine (i.e., *storica*), cioè, tra

produrre *effetti*[351] *rilevanti per l'ordinamento,* (formalmente) "contraddicendo", *sul piano del diritto positivo applicabile,* la loro orgine e natura *non* (o, *rectius, pre*) *giuridica*[352]*:* si tratta dei c.d. *rapporti di fatto.*[353]

---

fatto e diritto esisterebbe un ciclico rapporto di *reciproca interferenza logica* che può rilevare sotto un duplice profilo; da un lato, è possibile che un fatto (inizialmente non giuridico) diventi tale per la sua *espansione* e *diffusione* nel terreno delle relazioni sociali fra i consociati, e, dall'altro, può ben capitare che un *fatto,* inizialmente *giuridico,* perda tale sua qualificazione normativa in forza di una sua progressiva desuetudine *sul piano fattuale* che ne porti alla sua finale eliminazione sul piano del diritto positivo *sub specie,* persino, di divieto legale; ipotesi paradigmatica – in via meramente esemplificativa e per meglio comprendere la portata concreta della suddetta osservazione – è quella che , sotto il profilo privatistico, ha interessato l'istituto della dote la cui disciplina, dopo una lunga storia di tradizione giuridica (di matrice romanistica), è stata abrogata con la riforma del diritto di famiglia del 1975.

[351] In questo senso, i contributi più importanti derivano proprio dalla dottrina tedesca che operò un collegamento concettuale tra *realtà sociale* e *rapporti di fatto* (nella nota teoria conosciuta sotto il nome di "*Die normative Kraft des Faktischen*") per spiegare l'idoneità di questi ultimi (i.e., rapporti di fatto) a produrre effetti giuridici; la chiave "risolutiva" della questione la si individuò nella c.d. "*forza normativa del fatto"* (c.d. *normative Kraft des Faktischen*) a voler significare la sua (ci si riferisce al fatto) "capacità" a fondare e giustificare, in via autonoma, i propri effetti imponendoli, per ciò solo, all'ordinamento giuridico di riferimento che si limiterebbe "soltanto" a "riconoscerli" in forza della loro *tipicità e diffusione* sul piano sociale; in tal senso, tra tutti, Larenz., *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil,* vol. II, Monaco-Berlino, 1972.
Similmente, anche la più attenta dottrina francese; tra tutti, cfr. Savatier., *Les metamorphoses economiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui,* Parigi, 1959-1964; Id., *Realisme et idealisme en droit civil d'aujourd'hui-structures materielles et structures juruduques* in *Le droit privè francais au milieu du XX siecle (elude Ripert),* Parigi, 1950; infine, si rinvia a Poulantzas., (*Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait at de la valeur,* Parigi, 1965) che conclude la sua attenta analisi in materia affermando che vi sono "*… situtions factuelles qui s'imposent immediatement au droit bien qu'elles apparaissent par fois comme formellement contraires a toute reglementation juridique…"*

[352] Sul piano terminologico, gli istituti giuridicamente rilevanti e produttivi di effetti hanno, usualmente, una denominazione convenzionale che risponde, tra i fini più importanti, ad una prima esigenza di celere individuazione *normativa* cui è connessa una specifica disciplina legale di riferimento; allorchè si aggiunga la locuzione "*di fatto"*, invece, si suole indicare fenomeni che, se ricordano il *rapporto di diritto* richiamato, pur tuttavia non si identificano con quest'ultimo per la *mancanza di un (qualche) elemento* o per un *vizio genetico o funzionale* dello stesso, quasi a voler indicare che il richiamo al rapporto di diritto deve restare tale – e, cioè, un mero richiamo – in quanto la realtà è diversa per una qualsivoglia ragione che ne giustifica il rilievo sul solo *piano non (e/o pre) giuridico*.
In questa categoria di fenomeni (i.e., rapporti di fatto), una caratteristica a tutti comune è quella per cui, tra di essi, (come vedremo), va a delinearsi una specifica relazione con il *rapporto di diritto (* in sé regolato dalla legge) che disciplina l'omologa "*fattispecie" giuridica* ad esso (rapporto di fatto) corrispondente, a guisa che il mantenimento del medesimo *nomen (iuris)* con l'aggiunta della suddetta locuzione "di fatto" (es. *rapporto di lavoro di fatto*) è tale da non respingere il (suddetto) fenomeno (meramente fattuale) nella categoria di quelli senz'altro indifferenti per il diritto a voler significare, piuttosto, che la "*fattispecie* "indicata con il *nomen* (iuris) di riferimento è imperfetta o, *rectius,* parzialmente *perfetta,* nel senso che ha subito talune alterazioni e/o modifiche, sul piano positivo, di cui occorre tener conto per determinarne la portata rispetto all'istituto tipico (e corrispondente) richiamato (per gli ulteriori approfondimenti in materia lavoristica si rinvia alle pagine che seguono)

[353] Quanto alla *origine dogmatica* del fenomeno in esame (i.e., quello dei rapporti di fatto), esso, per la prima volta, è stato studiato dalla dottrina tedesca che, al riguardo, elaborò la teoria dei c.d. *Faktische Vertragsverhaltnisse* della quale uno degli esponenti senz'altro più autorevoli è il giurista alemmanno Haupt G., (*Uber faktische vertragsverhaltnisse,* in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft, 124, Leipzig, 1943) il quale prese atto della progressiva crisi della nozione classica di "negozio giuridico" – nella peculiare accezione pandettistica (si rinvia alle premesse introduttive) – in termini di "*…typische und wichtigste gestaltungsmittel unseres Verkehrsrechts* (così, testualmente, Haupt., *op. cit.,);* la sua complessa costruzione dogmatica fu intesa, inizialmente, come una sorta di "*bomba distorsiva*

dell'ordinamento privatistico" (così, Lehmann., *op. cit.,* che, testualmente, si esprime nel senso di " *Atombombe zur Zerstorung eines gesetzestreuen juristischen Denkens"*) o, comunque, come un "*assalto diretto alla categoria del contratto"* (così lo stesso Lehmann., *Das faktische Vertragsverhltnisse, op. cit.,* per il quale "*…Ansturm auf die alteingeburgente Kategorie des Vertrages…".*

Più in particolare, l'autore sopra citato (Haupt., *op. cit.,)* osservò come il tradizionale meccanismo "negoziale" (in termini di scambio di *proposta ed accettazione;* si rinvia al proseguo, cfr. note 379-381*),* talvolta, si sfuma a tal punto che la stessa manifestazione di volontà (c.d. *Willenserklarung*) è difficilmente percepibile, a guisa che diventerebbe una mera finzione giuridica (l'autore, testualmente, si esprime nel senso di *"Das sind aber nur irklich Fiktionen)* lo stesso *sforzo ermeneutico* volto ad individuare il fondamento di un contratto (necessariamente) in una *chiaro* ed *esplicito* accordo delle parti ; ciò premesso, elaborando la già detta nozione dei *Faktische Vertragsverhaltnisse* (i,e, *mutatis mutandis,* ciò che corrisponde al nostro più familiare concetto di "rapporti di fatto") , (il suddetto autore) ne operò una importante classificazione sistematica distinguendoli in tre grandi categorie concettuali.

In primo luogo rilevavano i c.d. *Sozialer Kontakt* (i.e., rapporti derivanti da *contatto sociale*) che, in determinate circostanze, potevano instaurarsi tra le sfere di interessi di due o più soggetti e si caratterizzavano per la (loro) connessa possibilità di reciproca influenza; ipotesi tipiche erano quelle della *trattativa precontrattuale (*cfr. nota 358), del *trasporto di cortesia* ed, infine, dei *diritti personali di godimento* di cui si proseguiva, *di fatto,* l'esercizio dopo la avvenuta scadenza come, per esempio, poteva accadere in materia di locazione (in tal senso, nella dottrina italiana, tra tutti, cfr. Betti., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto,* in *Jus,* 1957); per una analisi specifica si rinvia alla nota 360.

In secondo luogo, erano da annoverare i rapporti conseguenti da una c.d. *comunanza di interessi* (c.d. *Kraft Einordnung in ein Gemeinschaftverhaltnis*), ovvero derivanti dalla *inserzione* in una *organizzazione comunitaria* - si osservi la già più chiara eco *istituzionalistica* (di attinenza lavoristica) alla luce dello studio affrontato nel paragrafo che precede – rispetto alla quale (inserzione) il peculiare elemento fiduciario *tipizzante* legittimava una parte *"…a fare assegnamento sulla cooperazione promessa dall'altra… quale rapporto non peceduto da un valido o regolare atto costitutivo…"* (così, Betti., *Sui cosiddetti rapporti., op. cit.,*); questa ipotesi comprendeva, da un lato, i c.d. *rapporti di lavoro fondati su un atto nullo* – ovvero, proprio la fattispecie lavoristica che ci occuperà (ex. art. 2126 c.c.) – e, dall'altra, la c.d. *società di fatto,* rilevante allorchè l'atto costitutivo del rapporto giuridico fra i soci si fosse, *posteriormente,* rivelato invalido o irregolare sin dall'origine.

Infine, rilevavano i c.d. *rapporti derivanti dall'obbligo sociale di una prestazione* (c.d. *Kraft Sozialer Leistungsverpflichtung*) nell'ambito dei quali erano particolarmente diffusi quelli inerenti (le prestazioni) (d)i *pubblici servizi* (fattispecie dei c.d. *Massen-und Anschlussvertrage*) - categoria, quest'ultima (i.e., pubblici servizi), propria della cosiddetta *Daseinsvorsorge* – e, più in generale, (tale categoria comprendeva) qualsivoglia offerta al pubblico di una prestazione o servizio di *pubblico interesse* come conseguenza della richiesta o messa a profitto da parte degli utenti.

In materia, nell'ambito della letteratura tedesca, oltre all'opera del già citato Haupt, notevoli i contributi di Lambrecht., *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhaltnis,* Tubingen, 1994; Nikisch., in *Festschrift Dolle,* Tubingen, 1963; Lehmann., in *NJW,* 1958; Simitis., *Die faktischen Vertragsverhaltnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts,* Frankfurt, 1957; Lehmann.H. Hubner., *Allgemeiner Teil des BGB,* Berlin, 1966; Nikisch., *Uber faktische Vertragsverhaltnisse., op. cit., ;* Loning., *Faktische Vertrage oder offentliches Recht?* in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht,* 1942; Spiess., *Faktische Vertarge oder offentliches Recht, oder Tarif?* in *Zeitschrift der Akademie fur deutsches Recht,* 1942; Wieacker., *Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung* in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht.,* 1943; Lehmann., *Bericht uber die Tagung der Zivilrechtsleher in Bad Mergentheim am 9, und 10 Oktober 1957;* Larenz., *Die Begrundung von Schuldverhaltnissen durch sozialtypischen Verhalten,* Berlin, 1897; Id., *Lehrbuch des Schudrechts, I, Allgemeiner Teil., op. cit.. Contra* l'ammissibilità della figura in esame (i.e. *Faktische Vertragsverhaltnisse*), sempre nell'ambito della dottrina tedesca, tra tutti, cfr. Nipperdey., (*Faktische Vertragsvelhaltnisse?*in *MDR,* 1957 *)* per il quale si trattava di una astrazione teorica non conciliabile con il sistema del diritto privato (così, testualmente, l'autore citato "*mit dem geltenden Recht vereinbar"*) e comunque inutile sul piano sistematico (sic, "*…praktisch notwending*)

Fecondi, infine, anche i contributi della dogmatica francese, inaugurati dalle giornate di studio organizzate a Lilla nel marzo-giugno 1957 dall' *Association Henri Capitant pour la culture juridique francaise;* tra tutti, cfr. Noirel., *Le droit civil contemporain et les situations de fait,* in *Reveu Trimestrielle*

In termini generali, per tentarne una (non semplicissima) definizione[354], si potrebbe sostenere che con tale locuzione[355] si vanno ad indicare quei *tipici rapporti*[356] della *vita sociale*[357] che si distinguono dalla *neutrale coesistenza*[358] dei semplici *cives* – secondo

---

de droit civil, 1959; Temple., *Les societas de fait*, Parigi, 1975; Lamand., *Essai d'une theorie generale des situations de fait en droit privè francais,* These univ. De Lyon, Droit, 1965

[354] La difficoltà logica, già evidente sotto un preliminare (e mero) profilo definitorio, deriva dal fatto che, nell' ambito semantico di questa espressione (i.e., rapporti di fatto), confluiscono una pluralità di esigenze delle quali la più emergente è quella che nasce dalla (sempre più diffusa) tendenza ad una progressiva *svalutazione* del rigore del *dogma della volontà* (si rinvia alle premesse introduttive) finalizzata, in estrema sintesi, alla (opposta e, a volte, esasperata) *valorizzazione degli interessi della comunità rispetto a quelli dell'individuo,* a guisa da poter giustificare, in tal modo, il sorgere di *vincoli* (appunto fattuali o, rectius, "*meta giuridici"*) anche a carico di chi, pur non avendo manifestato alcun intento *volitivo* al riguardo, avesse, pur tuttavia, attuato un comportamento di favorevole *impatto sociale.*
Stando così le cose, rileverebbe quasi come *utopico* il tentativo sistematico di procedere ad una definizione g*lobale* e *omnicomprensiva* del fenomeno in esame (i.e., rapporti di fatto) tale da poter comprendere in sé (ed esauire) il novero delle fattispecie astrattamente configurabili; al riguardo, infatti – così, testualmente, Ricca., (*Sui cosiddeti rapporti., op. cit.,*) – "*…l'incertezza che percorre la materia è testimoniata dalla opinione di chi ritiene addirittura contraddittorio parlare di rapporto contrattuale e, allo stesso tempo, riferirne la genesi ad un fatto, piuttosto che ad una dichiarazione di volontà…".*

[355] I.e., rapporti di fatto, nei termini in cui fin qui delineati, cfr. retro

[356] Per l'analisi delle problematiche sottese, si rinvia alle note 360 e ss

[357] Si osservi la palese affinità concettuale e semantica con la nozione privatistica di *tipo sociale* (in antitesi a quella di *tipo legale*) la cui connessa *vexata quaestio* speculativa è stata ampiamente affrontata nell'ambito dei capitoli che precedono ai quali si rinvia; cfr. ,altresì, anche le premesse introduttive in materia

[358] Nell'ottica di indagine civilistica che si sta perseguendo – in coerenza con le "dichiarazioni" metodologiche di cui alle premesse introduttive – ci si chieda, però, quale sia il *valore giuridico* da poter attribuire a questa apparentemente *atecnica* (e quasi di eco *letteraria)* espressione linguistica (i.e., neutrale coesistenza tra i cives); in realtà, però, così non è e, sul punto – proprio in conessione alla tematica dei rapporti di fatto – si è sviluppato un complesso dibattito privatistico di cui occorre dar conto per esigenze di completezza scientifica nella ricerca nonché ai fini delle considerazioni (più marcatamente giuslavoristiche che seguiranno) di cui queste osservazioni sono un preliminare ed insostituibile antecedente logico-concettuale; più in particolare, si è sostenuto che la suddetta *"neutrale coesistenza tra i cives"* sarebbe "regolata" non già da *specifici precetti giuridici di matrice legale o convenzionale* ma, piuttosto, dai c.d. *semplici doveri generici della vita di relazione.*
Al riguardo, ampio lo studio del Bianca (*op. cit.,*) che fa delle due *sfere concettuali* come retro individuate (i.e., *specifici precetti giuridici* vs. *doveri generici*) il presupposto logico delle sue argomentazioni volte a dimostrare l'inerenza sistematica della responsabilità *precontrattuale* al *genus* di quella *aquiliana (*ex. art. 2043 c.c.) e non già *contrattuale* (ex. art. 1218 c.c); lo schema concettuale seguito – di cui ci si avvarrà, per altri fin (in particolare, in materia di responsabilità del datore di lavoro), nel proseguo della trattazione – è di chiaro rigore privatistico e, a parer mio, si può esprimere nei termini che seguono.
La disciplina della responsabilità *ex contractu* presuppone la presenza di una obbligazione posta a carico di *due soggetti* (c.d. *principio di dualità dei soggetti del rapporto obbligatorio), determinati* e/o *determinabili* (c.d. *principio di determinatezza e/o determinabilità dei soggetti del rapporto obbligatorio*), per soddisfare un *particolare interesse individuale* (c.d. *principio della tensione finalistica o, rectius, teleologicamente orientata del rapporto obbligatorio* ex. art. 1174 c.c.); quella aquiliana, invece, si fonda, sul principio del *naeminem ledere* (cfr. nota seguente) e, quindi, su un *obbligo* (non specifico ma) *generico* posto a carico di tutti i consociati per tutelare interessi della vita di relazione suscettibili di essere lesi nei c.d. *contatti sociali* (cfr. nota 360). *Rebus sic stantibus,* per individuare il corretto inquadramento sistematico della responsabilità precontrattuale (nei limiti della duplice alternativa teorica tra *responsabilità da contratto* e *aquiliana*), è necessario andare a fissare l'interesse da essa (i.e., responsabilità precontrattuale) sotteso che è quello volto a garantire la c.d. *libertà negoziale;* quest'ultimo (i.e., interesse alla difesa della *libertà negoziale*), a sua volta, implichera un *dovere*

gli ordinari canoni del *naeminem ledere*[359] – in quanto determinano un peculiare *contatto*[360] tra le parti – rilevante *sub specie* di *rapporto di reciproco*

(generico) di comportamento diligente gravante *non già su due soggetti determinati* (creditore/debitore, in forza del suddetto principio di *dualità* del rapporto obbligatorio) ma, piuttosto, in capo a ciascun componente (della *societas iuris* di riferimento) che sia capace di relazioni intersoggettive di valore giuridico. *Ergo*, dalle premesse logiche fin qui rese, la conseguenza sillogistica da dover trarre è senz'altro univoca: la lesione dell'altrui libertà negoziale (i.e., *responsabilità precontrattuale*) si inquadra nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (i.e., lesione di un dovere generico nella vita di relazione, o, *rectius, "neutrale coesistenza tra i cives"*, per utilizzare e confermare il *bonum giuridico* dell'espressione di cui nel testo) e non già in quella *contrattuale* (specifico rapporto obbligatorio) ex. art. 1218 c.c.

In tal senso, la giurisprudenza maggioritaria; tra tutte, cfr. Cass., 7 agosto 1974 n. 2385 per la quale "…*la responsabilità per culpa in contrahendo ha natura extracontrattuale"*. In dottrina, tuttavia, si registrano anche posizioni differenti, seppur minoritarie; per taluni (tra tutti, Stolfi., in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, II, 22, e in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 429; Scognamiglio., *Dei Contratti in generle*, Commentario., op. cit., *)*, si tratterebbe comunque di *responsabilità contrattuale;* da altri (tra tutti, cfr. Sacco., *Riv. Dir. Comm.*, 1951, II, 86) è stata persino sostenuta la tesi (personalmente improbabile) per cui quella precontrattuale sarebbe da riconoscere come una *forma autonoma di responsabilità* non riconducibile né a quella *contrattuale* né a quella *extracontrattuale* rilevando, essa stessa, quale *tertium genus* (rispetto a quella ex. artt. 2118 e 2043 c.c.) di compiuta ed indipendente valenza dogmatica e speculativa; per ulteriori approfondimenti sulla tematica si rinvia alle tradizionali trattazioni privatistiche.

[359] Si tratta del principio logico fondativo della responsabilità extracontrattuale, secondo la clausola generale (*atipica* a differenza dell'illecito penale) di cui all'art. 2043 c.c. (per i relativi corollari teorici, si rinvia alla nota che precede) ; la disposizione in esame (art. 2043 c.c.), come è noto, richiede un *comportamento umano* (commissivo o omissivo) doloso o colposo – c.d. *profilo soggettivo/fattuale* – che deve essere tale da cagionare un danno – c.d. *nesso di causalità* da intendere , quest'ultimo (i.e., nesso causale) nel senso che *il fatto* (umano) deve essere stato *causa efficiente* del danno – il quale (danno) , a sua volta, è qualificato espressamente dalla legge come *ingiusto.*

E' proprio quest'ultima (i.e., *danno ingiusto*) la caratterizzazione *normativa* più enigmatica che ha da sempre affascinato (e affannato insieme) la dogmatica civilistica; al riguardo, il dibattito teorico più recente – che è opportuno analizzare in via preliminare alle considerazioni giuslavoristiche che seguiranno allorchè, nel proseguo, si tratteranno, sebbene *per incidens,* alcuni profili di responsabilità (*contrattuale* e/o *extracontrattuale*) di parte datoriale – concerne la stessa qualificabiltià dell'ingiustizia del danno, secondo il duplice modello teorico rilevante in termini di (*danno) non autorizzato* (*sine iure*) o *danno scaturente dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante* (*contra ius).*

E, si osservi, che il dibattito non è meramene teorico perché, dall'accogliere l'una o l'altra delle opzioni interpretative come fin qui proposte (*non iure*/*contra ius*), derivano alcuni corollari logici (in termini di disciplina positiva in concreto applicabile) di non poco momento tra i quali – nell'ottica lavoristica che a noi concerne – uno dei più rilevanti potrebbe essere quello inerente la risarcibilità (o meno) del c.d. *danno meramente economico* o – secondo una terminologia più usata di matrice anglofona – del c.d. *pure economic loss.*

Per meglio comprendere l'urgenza della questione, si pensi – ma solo in via meramente esemplificativa – all'eventuale *danno da demansionamento*; con il recento intervento delle SS.UU. della Suprema Corte (Cass., 24 marzo 2006 n. 6572), infatti, è stato definitivamente chiarito come, anche nell'ambito in oggetto (fattispecie ex. art. 2103 c.c.), si verta in ipotesi di *responsabilità contrattuale* con connessa inapplicabilità del c.d. danno *in re ipsa* dovendosi, piuttosto – così, testualmente, i giudici di legittimità – "*seguire gli ordinari principi civilistici in materia che presuppongono il distinguo tra inadempimento e danno risarcibile… a guisa che i danni attengono alla perdita o al mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento….lasciando, così, chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui all'art. 2103 c.c….. da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio…*". Ciò premesso, però – così recentemente anche Bessone., *op. cit.* – residuerebbe (tuttavia) di spiegare un ulteriore (anche se taciuto) profilo privatistico, ovvero quello inerente la responsabilità o, *rectius,* la risarcibilità del danno meramente patrimoniale (subito dal prestatore) allorchè derivante da una condotta di illecito *aquiliano* di parte datoriale ; *rebus sic stantibus…. Quid iuris*….? In tutti questi casi, a parer mio, la risposta normativa al suddetto quesito dipende proprio dalla soluzione della problematica

generale (privatistica, cfr. sopra) sottesa e, in tal senso – ma, si ribadisca, è solo uno dei tanti esempi astrattamente possibili – risulta pienamente dimostrato il collegamento concettuale e logico tra questa tematica di studio (soltanto apparentemente di esclusivo rilievo civilistico) e i profili più concretamente attinenti alla disciplina giuslavoristica (cfr. al riguardo, nota 348).
Tornando alla questione principale (risarcibilità o meno del *pure economic loss*), secondo una prima tesi (c.d. accezione del danno *non iure*, in tal senso, tra tutti, cfr. Maggiolo., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003), sarebbe da accogliere una accezione assai lata della nozione di *danno ingiusto*, tale da ricomprendere qualsivoglia *intervento* nella sfera giuridica altrui *non autorizzato* (e, per ciò solo, *ingiustificato*) dalla legge; seguendo questa logica, però, si andrebbe ad inaugurare una *versione fortemente atipica* dell'art. 2043 c.c. che renderebbe persino superflua la verifica – assai cara ai piu rigorosi civilisti di impostazione romanistica – volta a valutare se il c.d. *danno conseguenza* abbia avuto (o meno) come presupposto la lesione di un interesse giuridicamente *rilevante* e, quindi, il c.d. *danno evento*.
Pertanto – seguendo questa ottica – ne conseguirebbe la piena ammissibilità e risarcibilità del *danno puramente economico* in quanto l'art. 2043 c.c. andrebbe a rappresentare una sorta di *"monade concettuale"* o, in termini più tradizionali, una *clausola aperta* (c.d. *General Klausel*) posta (anche) a tutela del patrimonio e la cui astratta capacità applicativa sarebbe coniugata, in termini concreti, da un *potere ampio* (e quasi creativo) del giudice che sarebbe chiamato a valutare se, nel singolo caso di specie, la condotta "illecita" debba ritenersi autorizzata – e, quindi, idonea, in una ottica comparativa, a giustificare il danno – ovvero se, al contrario, (detto danno) resti privo di giustificazione e debba, quindi, essere *traslato* in capo all'autore della condotta pregiudizievole con l'affermazione della regola concreta di responsabilità.
Diversamente avverrebbe, invece, accogliendo la tesi (più restrittiva) del c.d. danno *contra ius* (in tal senso, con le debite cautele, cfr. Bianca., *Diritto Civile, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2000) per la quale – in forza di una presupposta ed unitaria *concezione normativa* di esso (i.e., danno) – l'area di risarcibilità del *pure economic loss* risulterebbe sensibilmente ridimensionata dovendosi preliminarmente accettare, al riguardo, la effettiva lesione di un interesse giuridicamente rilevante, in mancanza della quale (lesione) non sarebbe immaginabile una qualsivoglia posta risarcitoria fra le parti se non di carattere volontario.
A fronte di questo panorama dottrinale alquanto contrastante, la giurisprudenza italiana ha assunto una posizione *mediana*, asserendo che il carattere di ingiustizia del danno deve essere inteso nella duplice accezione (di danno prodotto) *non iure* e *contra ius*, a voler indicare, con ciò, i due elementi essenziali della fattispecie ex. art. 2043 c.c.: ovvero, da un lato, un presupposto *soggettivo* – che ha, come punto di riferimento, una condotta del danneggiante diretta a realizzare un (proprio) interesse non meritevole di tutela – e, dall'altro, uno (presupposto) *oggettivo* che, invece, specularmente, avrà riguardo all'evento lesivo di un altrui interesse meritevole di tutela.
In tale ottica interpretativa, pertanto – lungi dal potersi configurare una *illimitata creatività del giudice* (come nell'ipotesi *retro* spiegata alla luce della concezione del danno *sine iure*) – ai fini del risarcimento, si porrà in essere un giudizio *sintetico comparativo* di carattere unitario che tenderà di conciliare i due suddetti profili (soggettivo o oggettivo) come retro espressi secondo un criterio di *intima correlazione reciproca*; di tale valutazione (sintetico-comparativo), parametri fondamentali di riferimento saranno, tra tutti, (a) quello inerente *la eventuale rilevanza costituzionale dell'interesse inciso* – in ambito lavoristico si pensi alle molteplici e possibili violazioni dei diritti personali del lavoratore ex. art. 2 Cost. –, (b) la valenza e cogenza della (eventuale) *norma autorizzatrice della condotta lesiva* e, infine, (c) la eventuale contaminazione tra *culpa* e *iniuria.*
Quanto a quest'ultimo profilo (i.e., *culpa/iniuria)*, cioè, la valorizzazione del precetto di buona fede e solidarietà, ai sensi degli artt. 1175 e 1374 c.c. e ss. , fa sì che non possa essere considerato non ingiusto il danno cagionato da una condotta dolosa o addirittura fraudolenta, anche laddove formalmente autorizzata dall'ordinamento e, in certa misura, a prescindere dalla verifica della consistenza dell'interesse leso che assumerà, invece, un diverso e più significativo rilievo laddove la condotta sia incolpevole o meramente colposa; in sintesi, l'adesione ad una concezione *oggettivo-normativa* di colpevolezza lascerà fermo che l'emersione di un profilo squisitamente *subiettivo* – sul piano della riprovevolezza di una condotta gravemente colposa o addirittura dolosa – possa assumere rilievo in una ottica *sintetico-comparativa* quale quella accolta dalla giurisprudenza maggioritaria.
Questi, i confini e le regole della responsabilità *"… nell'ambito del naeminem ledere…"* (così Gazzoni., *op. cit.*,) che troveranno applicazione, *per identità di ratio*, anche in riferimento alle "*residue ipotesi*

aquiliane" (così Zago-garelli., *op. cit.,)* sottese ai rapporti tra datore di lavoro e prestatore; sul tema – ai fini di una "comprensione" più consapevole e globale della problematica – si rinvia all'ampia e connessa trattazione dei c.d. *obblighi di protezione* di cui alle note 361, 362

[360] Si è già chiarito (note 358, 359) come, in termini generali, la responsabilità contrattuale rappresenti la *"sanzione"* (così Bessone., *op. cit.,)* per l'inosservanza di un obbligo specifico e, specularmente, quella extracontrattuale si riferisca, invece, ai c.d. *doveri generici della vita di relazione;* tuttavia, la dottrina civilistica più recente, è andata oltre questa *tradizionale summa divisio* nei termini in cui retro delineata.
Più in particolare, alla luce del principio di *atipicità delle fonti delle obbligazioni* (art. 1173 c.c.), si è affermato che la responsabilità contrattuale possa "sanzionare" anche la violazione di *doveri* che trovano fonte non già nel contratto ma nell'ordinamento giuridico, e ciò in forza di un c.d. *contatto sociale qualificato* (in tal senso, tra tutti, cfr. Roppo., *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto,* in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato,* vol. V, Milano, 1993).
Con la suddetta espressione (*contatto sociale)* si allude ad un rapporto *socialmente tipico* che ingenera nei soggetti coinvolti un *obiettivo affidamento (*cfr. nota 361), in ragione del fatto che si tratterebbe di un *rapporto qualificato e riconosciuto* dall'ordinamento giuridico il quale, a sua volta, vi ricollega una serie di *doveri specifici* di *comportamento attivo*, non ritenendosi sufficienti, al riguardo, meri *doveri passivi* rilevanti in termini *negativi sub specie* di *obblighi di astensione;* tale relazione *socialmente tipica* costituirà, dunque , un *fatto idoneo a produrre obbligazioni* (ex. art. 1173, c.d. *categoria spuria delle fonti dell'obbligazioni) in conformità dell'ordinamento giuridico.*
Per cercare di coniugare, in termini concreti, quanto sopra detto, si pensi, tra tutte, alla ipotesi (privatistica) più paradigmatica, ovvero quella della c.d. *responsabilità medica* in relazione alla quale si è registrato l' intervento giurisprudenziale più importante (cfr. Cass., 22 gennaio 1999 n. 589, in *Foro It.*, 1999, I, 3332) che, finalmente, ha confermato l'adesione, anche della Suprema Corte, agli orientamenti dogmatici (i.e., responsabilità da contatto sociale) come sopra esposti, celando, per ciò solo, importanti profili giuslavoristici di riflessione (cfr. avanti); più in particolare, nella suddetta pronuncia (Cass., 589/1999), i giudici di legittimità hanno "ricostruito" il rapporto tra *medico dipendente e paziente* in termini di *"responsabilità contrattuale… nascente da una obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto "*, nel senso di voler affermare che *(sic) "…quando il paziente stipula un contratto con la struttura di riferimento… e viene affidato alle cure di un medico legato alla stessa da un contratto di lavoro dipendente, sorge un contatto sociale in virtù del quale il medico è tenuto ad osservare i medesimi obblighi che sarebbero derivati da un contratto di opera intellettuale…in quanto sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa..e, pertanto, il vincolo con il paziente esiste nonostante non dia adito ad un obligo di prestazione.. e la violazione di esso si configura come culpa in non faciendo la quale dà origine a responsabilità contrattuale... "* (sul tema in generale, si rinvia alle trattazioni specifiche al riguardo; tra tutti, cfr. Castronovo., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto,* in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto,* Milano, 1995, 197; Id., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso,* in *Europa e Diritto privato,* 2004).
In relazione alla suddetta pronuncia, due i profili di indagine che mi preme analizzare
Da un lato, si precisi che, così statuendo (cfr. sopra), la Suprema Corte ha finito, implicitamente, per condividere la tesi della *natura negoziale dei rapporti (contrattuali) di fatto* (a conferma sia della inerenza dell'argomento – i.e., contatto sociale – al tema in esame – i.e., rapporti di fatto – sia della posizione scientifica, al riguardo, personalmente perseguita in questo studio, cfr. avanti) in relazione ai quali (i.e., rapporti di fatto), espressamente, si esprime nel senso di una *dissociazione "logica" tra la fonte* – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 c.c. – e la connessa *"obbligazione conseguente che ne scaturisce"* a guisa che (sic) *"…quest'ultima* (i.e., obbligazione) *potrà essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale… pur se il fatto generatore non è il contratto…";* dall'altro, si osservi come, seguendo un iter speculativo di stretta dogmatica civilistica (i.e., quello del *contatto sociale*), ci si imbatta (alla luce delle argomentazioni "disegnate" dalla Suprema Corte nella pronuncia come *testualmente* sopra riportata), *naturaliter*, nella più peculiare *summa divisio* (*lavoro autonomo vs. lavoro dipendente,*) fondativa della stessa scienza lavoristica; si tratta di una ulteriore conferma – rispetto a quelle (sempre più numerose) sin qui raggiunte nel corso della trattazione – circa la inscindibile *unità concettuale ed ontologica natura privatistica* o, *rectius, negozial-causale* (obiettivo scientifico della intera ricerca; si rinvia, tra tutte, alla *dichiarazione programmatica* di cui alle premesse introduttive) del nostro oggetto di studio (i.e., rapporto di lavoro), in logica antitesi *scientifica* con le tesi *istituzionalistiche* e *anticontrattuali* (progressivamente) sempre più "comprese" nella loro più intima

carenza sul piano dogmatico e speculativo e delle quali si tratterà, ancora nel proseguo di questo paragrafo, in termini di *anticontrattualismo positivo*

Infine, una ultima precisazione sul piano teorico; tutto ciò premesso, infatti, residua di affrontare la problematica che concerne l'individuazione di un soddisfacente *criterio giuridico formale* che sia in grado di distinguere, tra le astrattamente innumerevoli ipotesi di *relazioni sociali* , quelle (e soltanto quelle) che siano suscettibili di determinare *un contatto sociale qualificato* e, con esso – secondo la logica retro individuata – la conseguente responsabilità *contrattuale;* sul punto, però, non è semplice fornire una soluzione *predeterminata* e *omnicomprensiva*, in quanto la prassi applicativa della responsabilità da *contatto sociale* ha ormai "invaso" un po' tutti i rami dell'ordinamento assumendo, per ciò solo, inevitabili caratterizzazioni normative senz'altro (e necessariamente!) diverse (tra i casi più importanti, si ricordino, in campo pubblicistico, quelli connessi alla *responsabilità da contatto della P.A*, e, in ambito civil-commecialistico, la disciplina della responsabilità per false informazioni, con particolare riguardo all'attività *negoziale* degli intermediari finanziari; si rinvia alle apposite trattazioni in materia).

Di fronte ad un sì incerto panorama interpretativo, la giurisprudenza della Suprema Corte – nell'esercizio della sua funzione *monofilattica* – ha cercato, tuttavia, di operare una (non semplice) *reductio ad unum* delle più svariate ipotesi di *contatto sociale* allo scopo di individuarne un *filone concettuale unitario e un connesso criterio ermeneutico tendenzialmente omogeneo*: quest'ultimo, è stato individuato nel canone anglossassone della c.d. *proximity,* coniugato, dai giudici di legittimità, in termini di *prossimità qualificata.*

Cercando di voler definire la portata sostanziale e pragmatica di questo *enigmatico criterio* di riferimento (i.e., prossimità qualificata) – in assenza di un preciso riscontro pretorio sul punto – personalmente ritengo ci si possa esprimere nel senso che *la tutela contrattuale (da contatto sociale) debba riguardare soltanto soggetti che si trovino in posizione differenziata rispetto al" quidem de populo" che, invece, sarà tutelato esclusivamente in via aquiliana (e non già contrattuale) ; ergo,* ai fini della *configurabilità del contatto sociale* – da cui, come detto *retro,* deriverà la disciplina della responsabilità *contrattuale* – il criterio della *proximity* sarà da riconoscere soltanto nelle ipotesi di *interferenza individualizzata tra le sfere giuridiche di soggetti specifici e determinati (non quisque de populo,) in condizioni di reciproca ed inscindibile pregiudizialità logico-giuridica* , secondo una conclusione ermeneutico- interpretativa di (percepibile) eco *civil processualistica* (si pensi, tra tutti, al distinguo tra *pregiudizialità tecnica e logica* ex. art. 32 c.p.c.; sul punto, tra tutti, cfr. Verde., *Diritto processuale civile,* Napoli, Jovene, 2002).

La problematica sin qui affrontata (i.e., criterio della proximity), peraltro – lungi dal rilevare come mera *speculazione teorica* – ha avuto degli importanti riflessi applicativi proprio in *ambito lavoristico,* sulla base di quello che possiamo senz'altro considerare come il *leading case* in materia (c.d. caso Gasuhrfall), deciso dalla Corte Suprema tedesca nel 1930; nella fattispecie in esame, i giudici federali hanno affermato la *responsabilità contrattuale dell'appaltatore per i danni subiti dalla domestica che era a servizio presso la committente e causati dall'esplosione di un contatore di gas dallo stesso appaltatore installato.*

Così operando – e quasi, *implicitamente, anticipando* le successive elaborazioni teoriche sul c.d. *contatto sociale* – la giurisprudenza alemanna ha applicato il regime della *responsabilità da contratto* pur in assenza di un valido e specifico *rapporto negoziale* tra le parti (e, segnatamente, tra la domestica e la ditta installatrice); ciò, alla luce delle considerazioni come fin qui svolte, si potrebbe spiegare proprio in forza del suddetto criterio interpretativo della c.d. *prossimità qualificata* che imporrebbe di tutelare, *in via negoziale,* tutti coloro che rientrano in quella che, a questo punto, si può definire come l' *orbita giuridico-applicativa del soggetto titolare del contratto.*

In termini pressoche similari, nell'ambio della nostra giurisprudenza, tra tutte, cfr. Corte Appello Roma, 30 marzo 1971 (in *Foro pad.* 1972,I, 552) che ha espressamente affermato la responsabilità *contrattuale* del datore di lavoro nei confronti dei *familiari del portiere* per i danni agli stessi causati dall'insalubrità dell'alloggio; anche in questo caso, infatti, il tacito riferimento ad un concetto di *proximity* sembra senz'altro fondativo della *ratio decidendi* adottata in quanto – così la giurisprudenza del lavoro "*….se è vero che l'ordinamento tutela in modo più incisivo la violazione dell'obbligo specifico proprio in ragione della sussistenza di un vincolo puntuale…. È pur vero che non c'è ragione di riservare un trattamento deteriore a soggetti (come nel caso i familiari del portiere…) che sono lesi in modo identico (al portiere, parte formale del sinallagma nagoziale)… e che, per di più, gravitano stabilmente nell'orbita del soggetto titolare del contratto….(parte datoriale e prestatore)…*".

Infine, coniugando il tutto nell'ambito di indagine che ci interessa ancor più da vicino – quasi ad individuare un "mediano"*link concettuale"* che ci porterà, naturalmente, a transitare nell'ambito di studio di cui alla nota che segue – si osservi che alla problematica (generale) come sin qui affrontata si

affidamento[361] *anche nei confronti dei terzi*[362] – che ne giustificherebbe la loro[363] *assimilazione concettuale e sistematica* alla teoria delle *fonti dell'obbligazione*[364] e del *contratto*[365] in generale.

---

lega anche quella (più specifica) inerente l'eventuale *rilevanza che, verso i terzi*, potrà assumere un *rapporto di lavoro* determinto *da contatto sociale(tra datore di lavoro e lavoratore)* secondo i criteri sin qui considerati.

Al riguardo – nella peculiare accezione di "terzi" in termini di *globalmente intesa collettività sociale di riferimento nei suoi meccanismi di previdenza e assistenza sociale* – la suddetta questione, a parer mio, potrebbe rilevare sotto un duplice profilo di indagine; ovvero, da un lato, si dovrebbe aver riguardo *al diritto del prestatore di fatto al godimento delle previdenze che la legge attribuisce al lavoratore* e, dall'altro, al *diritto dello Stato al pagamento, ad opera di parte datoriale, degli oneri sociali previsti dalla legge a carico dello stesso datore di lavoro*.

Ragionando sulla prassi giurisprudenziale maggioritaria in materia, sembra potersi affermare che, anche per quel che concerne questi specifici aspetti lavoristici, i giudici di legittimità optino per la soluzione nel testo preferita – e, quindi, per la *natura contrattuale* (o, da *contatto*) del rapporto (di lavoro) di fatto posto in essere – e da ciò derivano l'applicabilità della medesima disciplina negoziale prevista per la *fattispecie contrattuale corrispondente* di cui agli artt. 2094 c.c. e ss. (sull'ampio tema, tuttavia, si tornerà – per gli ulteriori profili di indagine che residuano – al proseguo della trattazione)

In tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 6 novembre 1974 n. 3374 (in *Foro It.*, 1975, I) e Cass., 13 maggio 1978 n. 2347 (in *Foro it.*, Rep. 1978); la *ratio decidendi* è, in entrambi i casi, la medesima e si può sintetizzare nel senso che "*… il prestatore di fatto…avrà diritto agli stessi emolumenti, al di là della retribuzione, riconosciuti dalla legge al lavoratore…e, similmente, sul datore di lavoro graveranno gli stessi oneri contributivi nei confronti dello Stato Collettività"*.

[361] Sotto questo particolare profilo di indagine, la tematica dei rapporti di fatto si interseca con uno dei *principi non scritti* più peculiarmente caratterizzanti l'intero sistema giuridico privatistico o, meglio, – per utilizzare una incisiva espressione del Sacco (voce *Apparenza*, DDP, I, Torino, 1987) – con la "*…più importante norma civilistica creata dal giudice in modo preterlegale"* ; si tratta del c.d. principio dell' *apparentia iuris*.

Quanto alle sue origini, la teoria dell'*apparenza* nasce e si sviluppa nell'ambito della dottrina tedesca che studiò il fenomeno in esame (i.e., quello dell'apparenza) in stretta connessione concettuale con quello della *pubblicità* (c.d. *Publizitatprinzip*); in tal senso, tra gli esponenti più importanti, tra tutti, cfr. Meyer., *Das Publizitatprinzip im Deutschen Purgerlichen Recht*, Monaco, 1909; Wellspacher., *Das Vertrauen auf aussere Tatbestande im burgerlichen Recht*, Wien, 1906.

Successivamente, la eco speculativa della tradizione germanica non tardò a farsi sentire anche nell' ambito della nostra dottrina, all'interno della quale la bibliografia è davvero ampia, essendo il tema (dell'apparenza) legato a principi "cardine" del diritto civile quali, fra tutti, quello di buona fede, dell'errore, e, in generale, del possesso e dei diritti. Tuttavia, tra le "pietre miliari" in materia, si ricordino i contributi di Sotgia., *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità*, Roma, 1930; Id., *Ancora in tema di apparenza del diritto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1936, I; Stolfi., *L'apparenza del diritto. Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena*, in *Pubblicaz. della facoltà di Giurisp.*, n. 57, Modena, 1934; Id., *In tema di apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1974, II; Bolaffi., *Le teorie dell'apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I; D'Amelio., voce *Apparenza del diritto*, in *Nuovo Digesto*, Torino, 1937; Verga., *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1940, I; Funajoli., *A proposito dell'apparentia iuris*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1942; Visco., *La efficacia giuridica dell'apparenza del diritto*, in *Il nuovo diritto*, 1969; D'Orsi., *Sui limiti dell'apparenza del diritto* (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970) in *Giust. Civ.*, 1970.

Nell'esperienza italiana, sia nel codice del 1865 che in quello del 1942 (vigente), manca un riferimento normativo che enunci la validità generale di un simile principio (i.e., quello dell'apparenza) ma, piuttosto, il nostro legilslatore, nel solco della tradizione germanica, si è limitato a prevedere singole ipotesi specifiche nell'ambito delle quali ha conferito, in più circostanze, *efficacia* a *situazioni apparenti* (quali sono quelle fattuali) che, diversamente, non sarebbeo state idonee a creare rapporti giuridici.

Più in particolare, sotto l'impero dell'abrogato codice civile, la teoria dell'apparenza aveva trovato prevalente giustificazione nell'art. 933 c.c., in relazione ai rapporti dell'erede apparente con i terzi (in tal senso, tra tutti, Tardivo., *L'erede apparente*, Padova, 1932; Midiri., *L'erede apparente e i diritto dei terzi*

con lui contrattanti, in *Riv. Dir. Civ.,* 1930; Segni., *Osservazioni in tema di erede apparente* , nota ad Appello Roma, 19 luglio 1932, in *Foro It.,* 1935); nell'ambito di quello (codice) vigente,invece, le ipotesi più importanti sono quelle di cui agli artt. 534 c.c., in tema di diritti acquistati a titolo oneroso da terzi in buona fede con l'erede apparente (sul punto, tra tutti, cfr. Casulli.,voce *Erede apparente*, in *Noviss. Digesto,* vol. VI, Torino, 1960; Galli., *Note introduttive ad uno studio sull'erede apparente:l'accertamento della qualità di erede,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1969; Id., *Il problema dell'erede apparente,* Milano, 1971), 1189 c.c., in relazione al pagamento del creditore apparente (cfr. Giorgianni, voce *Creditore apparente,* in *Noviss. Dig.* Vol. IV, Torino, 1959; Id., *In tema di pagamento al creditore apparente,* nota a Trib. Milano, 10 novembre 1952, in *Foro pad.,* 1953), 1415 c.c., sugli effetti della simulazione rispetto ai terzi in buona fede che acquistano diritti dal titolare apparente (cfr. Stolfi., *Teoria del negozio giuridico, op. cit.,*), 1416 c.c., sempe in tema di simulazione, riguardo ai creditori del titolare apparente che hanno compiuto atti di esecuzione (cfr. Nicolò., *Adempimento,* in *Enc. Dir.*,I, Milano, 1958) e, infine, è da menzionare l'art. 1153 c.c., sugli effetti dell'acquisto *a non domino* (tra tutti, cfr. Mengoni., *Gli acquisti a non domino, op. cit.,;* Cariota Ferrara., *L'acquisto a non domino,* Sassari, 1934).

Ciò premesso, nel tentativo di sintetizzare la portata sostanziale del fenomeno in esame, sembrerebbe potersi affermare che il principio dell'apparenza – postulando una divergenza tra *situazione di diritto* e *situazione di fatto* (i.e., si tratta proprio della suddetta *zona di confine* di cui retro,) che rappresenta la caratterizzazione più autentica del nostro oggetto di studio, ovvero i c.d. *rapporti contrattuali di fatto* – viene in rilievo tutte le volte in cui vi sia una situazione che appare all'esterno ma che non corrisponde alla situazione reale; da ciò, deriva chiaramente l'intima *interferenza* e *connessione concettuale* – che ne giustifica, peraltro, la trattazione e lo studio in questo ambito di ricerca (cfr. nota 348) – tra *teoria dell'apparenza* e la "*fattispecie*" dei rapporti (contrattuali) di fatto globalmente intesi.

Ovvero, se – seguendo le autorevoli considerazioni del Falzea., *op. cit.,* che si cita testualmente – "*…la tutela che la teoria (dell'apparenza) fornisce al terzo di buona fede… deve essere specificatamente giustificata da una situazione di fatto non rispondente al vero ma oggettivamente capace di trarre in inganno"*, allora, *naturaliter,* ne consegue che i suddetti rapporti (contrattuali) di fatto – nella loro *fisiologica vocazione ad imitare rapporti di diritto corrispondenti* ma non realmente sussistenti (sul punto, si rinvia al compleso delle note che precedono e seguono) – andranno a costituire senz'altro il più probabile e diffuso *fondamento costitutivo e presupposto* della suddetta teoria dell'apparenza.

Infatti, *apparente* – così, tra tutti, Franceschelli., *op. cit.* – è, per definizione *la cosa non vera, contraria alla realtà, che pure appare al terzo come vera, nella sua connotazione giuridica;* similmente, Falzea., (si cita testualmente, *op. cit.,*) per il quale "*…l'apparenza è un apparire…l'apparire dell'irreale come reale… l'apparenza non è un apparire opaco, un puro fatto che rivela soltanto se stesso… giacchè un fenomeno che si limita a rivelare se stesso non può mai essere apparente..; esso si dà per quello è; solo quandoun fenomeno oltre se stesso fa apparire un altro fenomeno, e lo fa apparire come reale mentre è irreale, sorge l'apparenza…".*

Sotto il profilo più squisitamente *giuridico-normativo* (che maggiormente interessa in uno studio *civilistico* del fenomeno come in tal sede perseguito), nell'ambito *dell'apparentia iuris* convergono due "istituti"; rispettivamente, il principio dell' *autoresponsabilità* e quello dell' *affidamento.*

In forza del primo (i.e., autoresponsabilità) , *colui che*, avventatamente, con il proprio comportamento *ingeneri nei terzi* la convinzione circa l'esistenza di un certa situazione (in realtà non esistente), rimarrà vincolato come se (quella ingenerata) fosse una situazione reale, effettivamente sussistente;in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,* per il quale "*…chi immette o dà causa all'immissione di dichiarazioni nel traffico giuridico è assoggettato alle conseguenze di esse secondo il loro obiettivo significato"*. Quanto al secondo (i.e., affidamento), si tratterà, invece, di tutelare la sfera giuridica dei terzi che siano stati *ragionevolmente* portati a confidare nella situazione apparente; a cio, peraltro, si aggiunga che, con la suddetta locuzione avverbiale (*"ragionevolmente"),* si vuole sottolineare che l'*apparenza* non implica necessariamente la presenza di un errore da parte di uno dei soggetti che ne fosse coinvolto richiedendosi, piuttosto, soltanto la presenza delle *premesse di fatto* idonee a trarre in inganno l'uomo medio (in tal senso, tra tutti, cfr. Sacco., *op. cit.,* per il quale "*…l'apparenza esiste sul piano del fatto…"*.

Coniugando i due principi (i.e., *autoresponsabilità* ed *affidamento)* – come compiutamente avviene nel più ampio fenomeno *dell'apparentia iuris* di cui (i suddetti principi) rappresentano, *mutatis mutandis,* le *componenti costitutive* – ne deriva un fisiologico *trade off* tra due posizioni giuridiche soggettive differenti e reciprocamente inconcialibili; infatti, se, da un lato, vi sarà l' *affidamento* che viene ingenerato in capo al terzo – tale per cui quest'ultimo (i.e. terzo) vorrà far valere non la *realtà* ma la

apparenza (determinatasi) – dall'altro, si registra la posizione del titolare della *situazione reale* il quale, a sua volta, non vorrà vedere pregiudicata la propria sfera giuridica da una situazione meramente *apparente* (e, dunque, non effettiva). *Rebus sic stanti bus…quid iuris?*

Il legislatore, al riguardo, adotta una coerente *vox media*, nel senso di apprestare tutela a colui che ha confidato nella situazione apparente purchè sussistano una duplicità di presupposti e requisiti rilevanti, rispettivamente, l'uno, in termini *oggettivi*, e l'altro, in termini *soggettivi.*

Più in particolare, la prima condizione (i.e., quella oggettiva) è costituita dalla presenza di *elementi univoci* concordanti ed idonei a trarre in inganno una persona di media diligenza – segnatamente, al riguardo, si applica, con i debiti distingui, il criterio penalistico del c.d. *homo eiusdem condicionis et professionis* – circa la corrispondenza di una situazione apparente ad una effettiva.; la seconda (i.e., quella soggettiva), invece, è rappresentata dal comportamento *diligente* e *di buona fede del terzo in ordine alla coincidenza tra la situazione non effettiva* (o, *rectius, apparente*) *e quella reale.*

Ciò, a voler significare che l'*apparenza* non potrà essere meritevole di tutela ogni qual volta colui che in essa (apparenza) abbia confidato avrebbe potuto rendersi conto della non corrispondenza al vero della *situazione formalmente "apparsa"*, allorchè avesse tenuto un comportamento maggiormente diligente nei limiti delle sue concrete possibilità di porlo in essere (c.d. clausola del *"rebus sic stantibus")*; si tratta, essenzialmente, di una *traslazione concettuale, mutatis mutandis, della ratio della disposizione normativa ex. art. 1227 c.c., comma secondo* – (c.d. *causalità giuridica)* che esclude il risarcimento per i danni che il creditore avrebbe *potuto evitare usando l'ordinaria diligenza* – alla *materia* dell' *apparentia iuris*.

Astrattamente, si potrebbe anche discutere circa la legittimità della suddetta *operazione" ermeneutica"* (che procede all' *estensione* dell'ambito applicativo della disposizione in esame, art. 1227 c.c.) in forza della sua dubbia riferibilità, in via interpretativa, a "ipotesi" diverse (i.e., apparenza) da quelle per la quale è stata testualmente prevista dal legislatore (i.e., in tema di risarcimento danno); tuttavia, a parer mio, al riguardo non si pone alcun *problema di compatibilità logico-giuridica* (in tal senso, sebbene implicitamente, anche Bianca., *op. cit.,)*

Infatti, una volta affermata la *natura contrattuale* dei rapporti di fatto (su cui, in proseguo, nel testo) da cui lo stesso fenomeno dell'apparenza (come espresso retro) prenderebbe origine, ci si potrebbe senz'altro rifare al tradizionale brocardo latino per cui *eadem ratio, eadem dispositio* in quanto, in entrambi i casi – così Falzea., *op. cit* – "*…la ratio sarebbe comune… apparenza e negozio andrebbero, paradossalmente a combinarsi…e pertanto… non vi è motivo di distinguo nella disciplina….."; ergo,* si giustificherebbe, per ciò solo, lo schema logico sostenuto e la plausibilità giuridica della (sopra detta) *traslazione concettuale, mutatis mutandis, della ratio della disposizione normativa ex. art. 1227 c.c., comma secondo,* (anche) alla *materia* dell' *apparentia iuris*

Si discute, invece, circa la necessità di una terza condizione (soggettiva) rappresentata dalla *colpa* del titolare della situazione reale; in termini più concreti, cioè, ci si domanda se, ai fini dell'*apparentia iuris*, sia richiesto che questi (i.e., titolare della situazione reale) concorra (o meno), con un comportamento attivo od omissivo, di carattere colposo, a creare una situazione apparente o anche a non rimuovere una tale situazione (apparente) in modo da indurre il terzo a confidare nella effettività della stessa.

Palesi, al riguardo, gli immediati risvolti lavoristici in riferimento alla c.d. *prestazione di fatto (*di lavoro subordinato) su cui ampiamente nel proseguo del testo; ovvero, sarà opponibile (o meno) la situazione *apparente* (rapporto di lavoro ex. art. 2094 c.c.) in presenza di un comportamento *colposo* dello stesso prestatore (o datore di lavoro) che da causa, in maniera negligente, alla stessa situazione solo formalmente sussitente? La risposta al quesito non è univoca e dipende proprio dalla *ratio* che dello stesso fenomeno dell'*apparentia iuris* si voglia preferire.

Più in particolare, se si ritiene che essa (apparenza) miri a tutelare, in via esclusiva, il *ragionevole affidamento dei terzi (e, reciprocamente, di ciascuna delle parti),* allora la presenza (o meno) del profilo colposo (in capo al titolare della situazione reale) risulterebbe senz'altro indifferente e, comunque, ultroneo (c.d. *apparenza obiettiva*); diversamente (e, quindi, per la rilevanza del profilo colposo), invece, si dovrebbe concludere allorchè si reputi che alla base dell'apparenza sia rinvenibile anche una *ratio lato sensu* sanzionatoria.

In tal caso, infatti, rileverebbe anche il profilo dell'*autoresponsabilità* con cui si vorrebbe poter "colpire" il comportamento scorretto e negligente tenuto dal titolare della situazione reale che non si adoperi in alcun modo per evitare che si crei una apparenza dannosa per i terzi (o per l'altra parte del rapporto "di fatto" negoziale); così opinando, pertanto, ne consegue che il profilo colposo del titolare (*de*

iure) della situazione reale sarà un presupposto fondativo essenziale ed ineludibile (c.d. *apparenza colposa*).
Tra le due opzioni ermeneutiche sopra proposte (i.e., apparenza obiettiva e colposa), la giurisprudenza dominante (tra tutte, cfr. Cass., 19 gennaio 1987 n. 423) – al fine di non aggravare eccessivamente la posizione del titolare della situzione reale e, soprattutto, (al fine di) proteggere, *in maniera più adeguata*, il legittimo affidamento dei terzi (e delle parti) indipendentemente da altri condizioni fattuali – tende a ricondurre le ipotesi normative di apparenza nell'alveo di quella obiettiva (cfr. retro); e, questo – si osservi – risulta essere l'indirizzo ermeneutico (più garantistico e) senz'altro preferibile (anche) in ambito lavoristico.
Ovvero – per tornare al quesito di cui sopra – laddove vi sia un rapporto di lavoro di fatto (nei termini in cui retro espressi riconducibile al fenomeno dell' *apparentia iuris*) idoneo a indurre a ritenere il suo formale (ma meramente apparente) *bonum giuridico*, anche sotto un profilo squisitamente civilistico (e non già di mero *favor lavoratoris)* tale situazione giuridica *fattuale* (rapporto di lavoro, nel caso in esame) sarà meritevole di tutela da parte dell'ordinamento indipendentemente da un profilo colposo di una delle parti del rapporto (di lavoro) posto in essere (l'iter logico seguito si compenderà ancor meglio alla luce delle considerazioni che seguiranno e alle quali si sta, gradualmente, per giungere).
Ultimo profilo di indagine, infine, è quello attinente ai rapporti tra *apparenza* e *pubblicità* che, come detto all'inizio della presente nota, ha caratterizzato la prima speculazione dogmatica tedesca sul tema *sub specie* del c.d. *Publizitatprinzip* ; anche al riguardo, i risvolti giuslavoristici della questione sono tutt'altro che secondari.
Ovvero, posto in essere un rapporto di lavoro di fatto, la sua eventuale non registrazione – o, comunque, l'astratta possibilità di verificarne *l'effettività giuridica* attraverso i registri generali di cui alla Camera del Lavoro o agli altri enti previdenziali – sarà idoneo, per ciò solo, a porre nel nulla il *bonum* dell'affidamento *del prestatore* (e dei terzi) sul rapporto (di lavoro) di fatto *effettivamente instaurato?* Sul punto, si possono registrare tre grandi filoni giurisprudenziali.
Secondo quello maggioritario (e più rigoroso), *apparenza e pubblicità sarebbero strumenti alternativi di tutela di una medesima esigenza pratica quale è la conoscenza del terzo e delle parti* e, pertanto, tra i due principi vi sarebbe un rapporto di *reciproca esclusione vicendevole* nel senso che non vi sarebbe spazio per la disciplina *dell'apparenza* in presenza di un compiuto sistema di pubblicità e viceversa (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 16 agosto 1990 n. 8309 in *Mass. Giur. Civ.*, 1990; Cass., 5 luglio 1979 n. 3859 in *Giur. It.*, 1980; Cass., 19 aprile 2000 n. 5122); seguendo questa logica, dunque, ne conseguirebbe una risposta affermativa al suddetto quesito (lavoristico) sopra proposto (nel senso che l'affidamento delle parti e dei terzi non potrebbe essere tutelato)
Secondo l'orientamento più *estensivo* (nonché minoritario), invece, *apparenza e pubblicità sarebbero senz'altro indipendenti l'uno dall'altro* in quanto *l'affidamento delle parti andrebbe comunque tutelato*, non potendosi in alcun modo presumere, a carico delle stesse (soprattutto se in buona fede), un *onere specifico di verifica dei singoli registri pubblici* anche a tutela della celerità, salvaguardia e certezza delle situazioni giuridiche soggettive (in tal senso, tra tutte, Cass., 14 febbraio 1981 n. 907; Cass., 1 settembre 1990 n. 9079); così opinando, deriverebbe, quindi , una soluzione negativa alla problematica (lavoristica) di cui sopra con connessa possibilità di far valere l' *affidamento* sul *bonum* del rapporto di lavoro posto in essere.
Infine, residua un orientamento *intermedio* (di genesi soprattutto dottrinale e seguito da qualche giurisprudenza di merito siciliana e campana) che, nel delineare i generali rapporti tra apparenza e regimi di pubblicità, si esprime nel senso che "…*l'onere di effettuare accertamenti presso gli appositi registri è ravvisabile solo ove il soggetto che invoca l'apparenza nutra un qualche motivo di dubbio circa la rispondenza della situazione apparente a quella reale..*" (in tal senso, cfr. Orestano., *Apparenza colposa: riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di SpA*, in *Corr. Giur.*, 1996)
Così opinando, a sua volta, la soluzione al quesito lavoristico sopra posto non sarebbe univoca ma, piuttosto, *eclettica*, dovendosi valutare, al riguardo, una pluralità di variabili subiettive (in termini di *giustificatezza del dubbio dell'agens)* spesso incontrollabili, con conseguente "macroscopica" violazione dei principi di *chiarezza nell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive* nonché di *persistenza nelle situazioni di diritto e fattuali* (in sì termini, la critica di Bianca., *op. cit.*, in materia).
Recentemente, infine, a fronte di un così aspro contrasto teorico – sulla tematica dell'operatività (o meno) del principio dell'apparenza del diritto nell'ambito del regime di pubblicità – è intervenuta anche la Suprema Corte (cfr. Cass., 26 maggio 2004 n. 10133 in *Danno e Resp.*, 2/2005) che ha sposato l'orientamento (retro definito come il più) *estensivo*, ribadendo che "…*un comportamento univocamente*

diretto ad ingenerare nel terzo e nelle parti… il legittimo affidamento in ordine al potere di disposizione del soggetto con il quale egli contratta, rende il primo responsabile anche se il terzo non ha operato le dovute ricerche possibili in materia di pubblicità…", ergo, nel *trade off* tra i principi di *pubblicità* e *affidamento*, quello dell'affidamento risulterebbe essere l'interesse senz'altro prevalente e da tutelare in via sovraordinata "*….con conseguente vittoria finale della ratio protettiva dei terzi sulla finalità punitiva del soggetto titolare della situazione reale…."* (così Bessone., *op. cit.,)*

Coniugando il tutto nell'ottica lavoristica sopra delineata, questo risulta l'indirizzo preferibile anche ai nostri fini (cfr. quesito retro); *ergo*, ancora una volta, si giunge alle soluzioni (apparentemente) garantistiche del prestatore (di lavoro) applicando la logica e il ragionamento civilistico.

Da ciò ne deriva un duplice corollario; da un lato, si ribadisce, ancora una volta, l'inopportunità (nonché inutilità) (che, ampiamente, sarà ulteriormente spiegata nel proseguo della trattazione) di eventuali ideologie orientate (tra tutti, ci si riferisce alla teoria del c.d. *favor lavoratoris*) nell' affrontare le problematiche giuslavoratistiche in quanto non potrebbero portare (tali logiche orientate) a soluzioni diverse o ulteriori rispetto a quelle già desumibili dalla tradizione privatistica mentre, dall'altro, si giustifica, ancora una volta, il *bonum* dello studio sin qui posto in essere (tema dell'apparentia iuris) in forza dei suoi (tradizionalmente celati ma indefettibilmente connessi e dimostrati) legami concettuali con il nostro oggetto di studio (i.e., rapporti di lavoro di fatto, cfr. retro).

[362] Alla tematica in oggetto attiene anche la complessa e ancora discussa questione dei c.d *obblighi di protezione;* essi rilevano allorchè, durante l'attuazione di un rapporto obbligatorio (quale quello di lavoro), sia cagionato un *danno* e/o un *affidamento* (ed è quest'ultima l'ipotesi che a noi più interessa) che tuttavia non consegue alla violazione di un dovere riconducibile all'oggetto dell'obbligazione dedotto nel sinallagma negoziale; più in particolare, da parte della dottrina (tra tutti, cfr. Di Majo., Obbligazioni in generale, *op. cit*.,) che ne ha sostenuto la loro legittimità giuridica, si è fatto ricorso all'assunto teorico per cui quello obbligatorio sarebbe, per definizione, un *rapporto complesso* che richiede di attendere, oltre all'obbligo principale della prestazione, anche ad una serie di ulteriori obblighi *accessori* volti a tutelare, in primo luogo, *i diritti della persona* ed il suo patrimonio giuridico ed economico (si osservi, la *speculare coincidenza* che, rispetto a quanto affermato in via generale, troviamo in ambito lavoristico e, segnatamente, nelle espressioni del Suppiej.,(*op. cit.,)* e del Corrado (., *op. cit.,)* che considerano il rapporto di lavoro come *"(rapporto) complesso"* a guisa che, ancora una volta, logica civilistica e lavoristica sembrano – non più *misteriosamente* in forza di quanto sin qui considerato – coincidere e risolversi sui medesimi *orizzonti giuridici).*

Sulla base di questa premessa logica, si individua subito l'inerenza del tema in oggetto (obblighi di protezione) con la prestazione lavorativa che, più di ogni altra, "comprende*" profili personalistici intrinsecamente sottesi al vincolo obbligatorio (negoziale) esistente tra parte datoriale e lavoratore*; ciò, pertanto, imporrà – anche per la sua attinenza al profilo della *causa del contratto* (cfr. proseguo della nota) – una analisi e uno studio della problematica *de qua*, sebbene nei suoi aspetti più essenziali e dogmaticamente interessanti ai nostri fini (giuslavoristici).

In primo luogo, a parer mio, si deve operare una essenziale *summa divisio sistematica,* nel senso che bisogna distinguere tra *obblighi di protezione inter partes* ed *ultra partes;* di queste, come vedremo, sarà senz'altro la seconda (*ultra partes*) la categoria concettuale assai più problematica.

Iniziando dalla prima *species* (i.e., obblighi di protezione *inter partes*), si discute già a partire dalla loro stessa ammissibilità *ontologica;* infatti, secondo la tesi più tradizionale e rigorosamente legata alla matrice romanistica del concetto stesso di *"contractus"* (si rinvia alle premesse introduttive nonché al capitolo che precede), la lesione di un *interesse giuridico* diverso da quello che costituisce *oggetto del negozio* non potrebbe essere ricondotto alla *responsabilità contrattuale* in quanto esorbitante dal comportamento dovuto in capo ai paciscenti. In tal caso, infatti, l'eventule parte lesa assumerebbe la posizione di un *extraneus* e, quindi, sarebbe titolare, nei confronti della controparte, non già di un diritto di credito (*ex contractu*) ma, al pari di ogni consociato, di un più generico diritto a non subire *danni ingiusti* secondo lo schema generale del *naeminem ledere* (si rinvia alle note 359); *ergo,* gli orizzonti normativi risultebbero senz'altro quelli di cui all'art. 2043 c.c.

Tale tesi, peraltro – *in favor* alla propria posizione dogmatica *negativa* in ordine all'ammissibilità dei suddetti obblighi di protezione – utilizza anche un argomento letterale per così dire "*rovesciato";* ovvero – in forza del brocardo latino per cui "*…ubi lex voluit dixit"* – è stato osservato che il legislatore, laddove ha voluto, ha espressamente previsto e tipizzato i casi di *responsabilità contrattuale dell'obbligato-danneggiante per lesione di interessi diversi da quelli stricto senso negoziali* (tra le ipotesi più importanti, si ricordino quelle previste all'art. 1681 c.c. – in tema di responsabilità del vettore – e agli artt. 1494 e

1580 c.c. in tema di responsabilità del venditore e locatore per i danni alle persone cagionati dai vizi della cosa venduta o locata). *Ergo,* trattandosi di ipotesi eccezionali, la tesi degli obblighi di protezione non si potrebbe estendere in termini generali essendo precluso – ex. art. 14 delle preleggi – qualsivoglia ragionamento di matrice analogica.
Tale impostazione, tuttavia, presenta non poche carenze logiche.
In primo luogo, si osservi che le parti di un contratto sono esposte ad un "*onere"* di reciproca tutela aggravato e più intenso in forza del già affrontato tema del c.d. *contatto sociale* (cfr. nota 360); a ciò si aggiunga che sarebbe davvero "*concettualmente scomodo"* dover affermare che la controparte si trovi, rispetto al danneggiante (parte del negozio), nella medesima situazione del c.d *quidem de populo* (i.e., extraneus), e ciò, soprattutto, allorchè si tratti di svolgimento di attività *sensibilmente attinenti* alla persona umana in sé considerata, proprio come accade nell'ambito della obbligazione lavoristica *stricto sensu intesa*. Così opinando, infatti, si dovrebbe ritenere applicabile solamente l'istituto della responsabilità aquiliana (e non già di quella contrattuale ex. art. 1218 c.c.) con connesso onere probatorio (ex. art. 2697 c.c.) aggravato in capo al lavoratore secondo lo schema generale di cui all'art. 2043 c.c.
Pertanto, la suddetta tesi avversa alla categoria in esame (i.e., obblighi di protezione) non appare soddisfacente in quanto sembra dimenticare l'importante presupposto teorico (già accennato e dal quale son derivare queste riflessioni) per cui *il rapporto obbligatorio generato da contratto è un rapporto complesso* – così Di Majo., *op. cit.* – "*..in seno al quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata di una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse*"; tra queste, rileverebbero proprio i c.d. *obblighi di protezione* che, a parer mio – lungi dal rilevare quali astrazioni concettuali ingiustificate e giuridicamente non fondate – sembrano riproporre, sul piano *patologico della responsabilità*, l'intimo *trade off concettuale* rilevante, sul piano *fisiologico della struttura stessa del rapporto obbligatorio,* tra *fase strumentale della prestazione (*cui atterebbero proprio gli obblighi di protezione nella loro tutela di interessi *accessori* e *ulteriori* rispetto allo specifico *oggetto contrattuale)* e *fase finale della stessa* (prestazione) che, al contrario, andrebbe a coincidere, salvaguardandole, con le caratterizzazioni giuridiche più strettamente peculiari e sottese all'*in idem placitum* dei paciscenti (c.d. obbligo di prestazione *stricto sensu inteso*); in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., (*op. cit.,)*
Ergo, le disposizioni sopra menzionate (i.e., artt. 1681, 1494 e 1580 c.c.) non dovrebbero essere intese come *eccezione alla regola generale* ma, piuttosto, andrebbero a rilevare quale espressione di un più ampio principio generale che tutela *interessi giuridici diversi da quelli dedotti in contratto allorchè, quano meno, attengano alla controparte e siano suscettibili di essere lesi in executivis.*
Del resto, personalmente ritengo che un importante argomento letterale dal quale derivare l'ammissibilità teorica della categoria concettuale in esame (i..e, obblighi di protezione) la si rinviene proprio nell'ambito della disciplina lavoristica, e, in particolare, in riferimento alla disposizione ex. art. 2087 c.c. ; quest'ultima, infatti, – tradizionalmente conosciuta come espressione del c.d. *obbligo di sicurezza* – in realtà, sembra esprimere proprio quell'esigenza di tutela (contrattuale) al di là del solo (e limitato) oggetto della prestazione lavorativa, avendo riguardo, con ciò solo, a quei profili ulteriori di naura *personalistica* ("*…integrità fisica e personalità morale"* ex. art. 2087 c.c.) che rappresentano, come detto *retro,* il "*valore aggiunto*" ed il *proprium concettuale* più autentico della nozione stessa di "*obbligo di protezione"*.
Da ciò, peraltro, si può costruire un *ulteriore passo in avanti* proprio nell'ottica *causalmente orientata* del contratto di lavoro; andrebbe a risolversi, cioè, *naturaliter,* l'apparente *contradictio in terminis* tra la sussistenza di un tipico *obbligo unilaterale* (quale , nel caso in esame, quello di sicurezza gravante su parte datoriale ex. art. 2087 c.c.) e il rilievo (*necessariamente bilaterale*) del *sinallagma lavoristico di matrice negoziale.* Il primo (i..e, obbligo unilaterale), infatti, rileverà in termini di *stretta derivazione logico-concettuale* o, *rectius,* in termini di *proiezione sistematica, sul rapporto e sulle parti, della ratio (unitaria e) causale del contratto di lavoro posto in essere*; *ergo,* sarà da individuare nella *causa* l'elemento *sintetizzante* le diverse e peculiari caratterizzazioni connesse alla disciplina lavoristica e questo, sebbene in nuce, individua già il *nesso vincente* di quanto – nel proseguo ulteriormente studiato e analizzato – ci si proponeva di dimostrare nell'ambito della presente trattazione (cfr. premesse introduttive).
A ciò si aggiunga che la stessa operazione logica (retro espressa), *mutatis mutandis,* si potrà compiere (per *identità di ratio*) anche con riferimento a tutte le altre *eco normative di rilievo unilaterale* connesse al *vincolo obbligatorio lavoristico stricto sensu inteso* – tra tutte, si pensi all' obbligo di diligenza (art.

2104 c.c., comma primo), obbedienza (art. 2104 c.c., comma secondo) e fedeltà (art. 2105 c.c.) di cui al capitolo IV; sul tema, peraltro, si rinvia (anche) a quanto già considerato nel corso dei paragrafi precedenti) – a guisa che si tratta di una ulteriore conferma sia dell'inerenza del tema in esame (i.e., obbligo di protezione) al nostro oggetto di studio (rapporto di lavoro) sia della sua valenza di carattere generale che ne giustifica una preliminare analisi (come si sta operando) nel corso della nota in oggetto (sul tema si rinvia anche alla nota 348)

Dimostrata, pertanto la loro ammissibilità *ontologica*, residua di fissarne, però, il fondamento *normativo;* al riguardo,a parer mio, sembrano due le strade ermeneutiche astrattamente percorribili ed esse, come vedremo, implicheranno delle conseguenze giuridiche differenti.

Seguendo una prima opzione teorica, si potrebbe ritenere che gli obblighi di protezione trovino il loro *pendant logico* di riferimento nel *dovere di diligenza ex. art. 1176 c.c.,* nel senso che nell'ambito applicativo di questa disposizione (i.e., art. 1176 c.c.) rientrerebbe non solo l'*obbligo di eseguire la prestazione con diligenza* ma anche quello di eseguirla in modo da salvaguardare *gli (ulteriori e connessi) interessi della controparte a prescindere dalla circostanza che siano stati (o meno) espressamente contemplati nella pattuizione contrattuale;* così opinando, dunque, l'obbligo di protezione non andrebbe ad assumere una propria ed autonoma valenza concettuale e giuridica in quanto sarebbe già compreso e sotteso nel più generale precetto normativo ex. art. 1176 c.c.

Tale ricostruzione, però, non sembra convincere del tutto.

Innanzitutto si osservi che il suddetto obbligo di diligenza rileva come *parametro valutativo dell'adempimento* e, pertanto, riguarderà, necessariamente, soltanto il *comportamento dovuto,* non potendosi estendere – per coerenza alla sua stessa *ratio legis* – al di là *dello stretto perimetro delle prestazioni dedotte nel sinallagma;* a ciò si aggiunga che il suddetto canone di diligenza ex. art. 1176 c.c. si riferisce esclusivamente al debitore mentre la categoria dei c.d. *obblighi protettivi* avrebbe rilievo *bilterale,* interessando ambedue le parti del rapporto obbligatorio (e, segnatamente, datore e prestatore di lavoro)

Ciò considerato, personalmente ritengo sia più confacente il riferimento normativo al canone di buona fede (ex. art. 1375 c.c.) alla luce del quale *gli obblighi di protezione non rileverebbero quali caratterizzazioni o mere modalità attuative della prestazione* ma – a differenza di quanto avviene individuando il loro fondamento nell'obbligo di diligenza (ex. art. 1176 c.c.) – *andrebbero ad assumere,* piuttosto, *una propria autonomia strutturale e giuridica rispetto al primario obbligo di "prestare" lato sensu* inteso*;* in questa logica ermeneutica, peraltro, lo stesso canone di buona fede sarebbe da intendere in una accezione del tutto peculiare e, segnatamente, *sub specie* di *buona fede protettiva,* a voler indicare la sua idoneità ad imporre doveri comportamentali non finalizzati alla realizzazione degli interessi dedotti in contratto ma, piuttosto, tesi a proteggere interessi diversi ed ulteriori di alcun (almeno evidente) nesso funzionale con la prestazione.

La distanza "concettuale" tra le due distinte opzioni interpretative proposte (dovere di diligenza vs. buona fede) sarà apprezzabile proprio sotto il profilo della disciplina positiva in concreto applicabile.

Al riguardo, una prima problematica concerne l'*idoneità dell'obbligo di protezione* a sopravvivere alla *caducazione del contratto*; proprio in ambito lavoristico,la questione rileverà in maniera ancor più urgente per la peculiarità degli interessi (di natura essenzialmente *personale; cfr. retro*) sottesi alla stessa prestazione dedotta in obbligazione.

Ovvero, si tratterà di capire se, a causa di una qualche vicenda patologica (in materia cfr. nota 393) che coinvolga il contratto di lavoro, *la reciproca tutela protettiva tra le parti* venga, per ciò solo, immediatamente meno ovvero persista, *mutatis mutandis,* indipendentemente dalla *sorte giuridica del vincolo pattizio posto in essere;* e ancora – ipotesi, questa, che ancor di più interessa ai nostri fini – si tratterà di stabilire se, in presenza di una (apparentemente mera) prestazione (di lavoro) di fatto ex. art. 2126 c.c. (sul punto, ampiamente, in proseguo) non rilevino i suddetti obblighi protettivi *inter partes* sol perché non accedano ad un *valido* rapporto giuridico obbligatorio (contrattuale).

La soluzione, al riguardo, non sarà *univoca* ma, piuttosto, di duplice rilievo; più in particolare, se si ritiene che il fondamento degli obblighi protettivi sia da individuare nel *dovere di diligenza* (ex. art. 1176 c.c.), allora ne dovrebbe conseguire che essi (i.e., obblighi di protezione) non possano "resistere" alla caducazione del contratto in quanto verrebbe meno il titolo in base al quale la prestazione è dovuta e, pertanto, risulterebbero (anch'essi) *sine causa,* rilevando come meri *corollari logici* dello stesso obbligo di *adempimento diligente.* Al contrario, allorchè si opti per la tesi della *buona fede* (personalmente sostenuta) , gli obblighi di protezione sarebbe idonei a poter sopravvivre alla caducazione del vincolo negoziale in quanto essi – assumendo un autonomo ruolo strutturale e giuridico rispetto alla prestazione

stessa (cfr. retro) – andrebbero a rilevare anche in assenza di un (valido) vincolo pattizio presupposto; più in particolare, si dovrebbe distinguere tra *doveri di protezione strettamente funzionali all'interesse creditorio* (o, *rectius*, datoriale, nel caso che a noi interessa) e *doveri di protezione non connessi alla prestazione*. Se per i primi si potrebbe anche immaginare una loro "*decadenza*" in forza del venir meno del contratto, non altrettanto si potrebbe affermare in riferimento ai secondi (i.e., *doveri protettivi* non connessi strettamente alla prestazione) che avrebbero titolo non tanto nel *sinallagma negoziale* ma, piuttosto, nel *contatto sociale generato dalla contrattazione* (cfr. nota 360); così opinando – e coniugando il tutto nell'ottica lavoristica che a noi concerne – ancora una volta, risulterebbero tutelati, *in chiave civilistica* (e non già in forza di una presupposta logica di *favor)*, anche gli (eventuali) ulteriori interessi personalistici del prestatore sottesi al vincolo obbligatorio e non strettamente connessi alla prestazione.

Altra questione concerne, poi, l'applicabilità, in caso di violazione degli obblighi di protezione, di rimedi *diversi ed alternativi* all'adempimento, con particolare riguardo, fra tutti, alle forme di autotutela contrattuale (artt. 1460 e 1461 c.c.) nonché all'istituto della risoluzione in generale; anche in questo caso, la soluzione sarà diversa a seconda di quale delle due opzioni teoriche si accolga riguardo al loro *fondamento giuridico.*

Ovvero, se la risposta, al quesito appena posto (i.e., applicabilità rimedi diversi dall'adempiemento), sarà senz'altro positiva allorchè si ritenga che essi (i.e., obblighi di protezione) rientrino a pieno titolo nel dovere di *prestazione diligente* ex. art. 1176 c.c. – in forza del principio per cui *eadem ratio* (i.e. natura di prestazione)*, eadem dispositio (disciplina dei rimedi diversi dall'adempimento)* – qualche dubbio potrebbe residuare allorchè si sostenga la (nostra) tesi interpretativa che rinviene il loro fondamento teorico nell'ambito dell' art. 1375 c.c.; infatti, in questo caso, gli obblighi di protezione andrebbero ad *eccedere* rispetto al contenuto obbligatorio del *sinallagma negoziale* e, pertanto – in una ottica (forse) troppo rigorosa ma civilisticamente obbligata – si dovrebbe (almeno astrattamente) escludere l'applicabilià di rimedi contrattuali (quali, per esempio, *l'exceptio inadimplendi contractus* o, la risoluzione del contratto*)* tipici di quest'ultimo (sinallagma).

Tuttavia, seguendo la dottrina civilistica più recente, anche questa difficoltà logica potrebbe superarsi in forza di una sempre più condivisa "*accezione lata*" della nozione stessa di *sinallagma* che andrebbe, per ciò solo, a comprendere anche gli obblighi di protezione e la loro violazione, con connessa applicabilità (ai suddetti obblighi di protezione) di tutti i rimedi contrattuali previsti dal sistema privatisitco; in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., (*Diritto Civile, La responsabilità,* Milano, 1994), per il quale "*…ai fini della risoluzione….va sempre verificata la sussistenza del requisito della gravità dell'inadempimento… l'accessorietà dell'obbligo di protezione inattuato non esclude ex. se la gravità…"*.

Ergo, ne deriva un importante risultato scientifico ai nostri fini: ovvero, coniugando le conclusioni raggiunte alla luce del nostro oggetto di studio (i.e., rapporto di lavoro), ne conseguirà che – già *sul piano civilistico* (e, ancora una volta, *non di favor)* – anche in caso di violazione di obblighi *protettivi* (e, quindi, anche di quelli ex. art. 2087 c.c., in forza del ragionamento sillogistico di cui *retro*), il prestatore, al di là delle sue pretese risarcitorie, potrà avvelersi dei suddetti rimedi di *autotela contrattuale* (tra tutti, di quelli ex. artt. 1460 e 1461 c.c.) e, in ipotesi, anche dell'istituto della risoluzione del contratto.

Infine, un ultima questione dogmaticamente interessante concerne l'applicabilià dell'art. 1229 c.c alla eventuale responsabilità per violazione degli obblighi di protezione (si ricordi che il primo comma della disposizione in esame sancisce la nullità dei patti che escludono o limitano la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave mentre il comma secondo si esprime nel senso che "*… è nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico")*; la questione proposta risulta ancor più urgente proprio in ambito lavoristico e nell'ottica di indagine *causalmente orientata* relativa al *contratto in oggetto* (i.e. di lavoro).

V'è da chiedersi, infatti, se il creditore della prestazione lavorativa, a fronte di (sue) violazioni contrattuali che vadano ad incidere sulla *sfera più sensibilmente personale del lavoratore* – ad esempio, in termini di lesione dei suoi stessi diritti inalienabili ex. art. 2 Cost.– possa opporre un eventuale patto limitativo della responsabilità (ex. art. 1229 c.c.) – restringendo, per ciò solo, l'alea del rischio tipicamente gravante su parte datoriale (almeno) nell'ambito del lavoro subordinato (cfr. retro) – anche in forza della non stretta inerenza dell'eventuale obbligo violato (in quanto tipicamente di *protezione*) all'oggetto principale del sinallagma negoziale (di indole lavoristica) posto in essere; è chiaro che la differente soluzione che si adotti (positiva o negativa) andrà ad incidere, in maniera non indifferente, sullo stesso *target* di tutela di cui il prestatore possa beneficiare sotto il profilo più rigorosamente privatisico della fattispecie, non volendoci soffermare – in omaggio alla dichiarazione programmatica che

ha aperto questo studio – su alternativi approcci ideologici che condurrebbero ad improbabili valenze generali di un supposto (ma non dimostrato) principio "paranormativo" di *favor lavoratoris.*
Anche sul tema in oggetto, la risposta è di duplice rilievo secondo il *trade off concettuale* ormai conosciuto; in particolare, se si accoglie la tesi che riconduce gli obblighi di protezione al dovere di diligenza ex. art. 1176 c.c. (con tutto ciò che ne deriva, cfr. retro) se ne dovrebbe senz'altro inferire, per identità di *ratio* alla prestazione (cfr. retro), l'applicabilità della disposizione in oggetto (art. 1229 c.c.), con conseguente maggior tutela del lavoratore in relazione allo schema di riferimento come sopra proposto (i.e., nullità del patto limitativo della responsabilità)
Diversamente, allorchè si sostenga l'autonomia giuridica dei suddetti obblighi di protezione (come derivante dal loro presupposto fondamento giuridico in termini di canone di buon fede ex. art. 1375 c.c., cfr. retro) a rigore, si dovrebbe dare un soluzione negativa (non applicabilità art. 1229 c.c.) secondo i modelli argomentativi già retro espresso e ai quale si rinvia.
Personalmente, però – pur ritenendo più coerente la tesi che riconduce gli obblighi di protezione al canone generale della c.d. *buona fede protettiva* (ex. art. 1375 c.c.) per le ragioni retro esposte – si sostiene che non ne deriverebbe , per ciò solo, una limitazione di tutela del lavoratore (nei termini in cui sopra schematizzati) in quanto la disposizione ex. art. 1229 c.c. risulterebbe comunque applicabile; infatti – in forza della già ricordata premessa circa la *fisiologica natura complessa ed unitaria* del rapporto obbligatorio –, in una ottica costituzionalmente orientata della stessa disciplina privatistica e negoziale (si rinvia all'ultimo paragrafo del capitolo che precede), se ne dorebbe inferire che l'autonomia contrattuale – pur nella sua indefettibile *libertà dispositiva* quanto all' *an* e al *quomodo* degli interessi individuali – debba comunque rilevare in termini di *compatibilità* con il sistema giuridico di riferimento in termini di *meritevolezza di tutela* degli interessi perseguiti (chiara eco normativa è quella di cui al secondo comma dell'art. 1322 c.c.; si rinvia alle premesse introduttive nonché al capitolo che precede).
Rebus sic stanti bus – in forza della loro posizione apicale nella paradigmatica *piramide normativa* di Kelsiana memoria – nei suddetti limiti di *compatibilità* (dell'autonomia negoziale ex. art. 1322 c.c., comma secondo), rientreranno senz'altro i precetti costituzionali e, tra questi, l'eventuale violazione dell'art. 2 Cost. cui, generalmente, si riconduce la tutela dei diritti inalienabili e personali dell'individuo come tale; coniugando il tutto nell'ambito lavoristico, il risultato logico che ne deriva sembra essere di assoluta ed univoca direzione.
Ovvero, allorchè rilevi una violazione contrattuale che vada ad incidere sulla sfera personale del prestatore, questi – al di là di quella che si riconosca quale fonte genetica normativa dei suddetti obblighi di protezione (art. 1176 o 1375 c.c.) – potrà senz'altro far valere pretese risarcitorie di *natura contrattuale anche in presenza di eventuali patti convenzionali contrari* in quanto quest'ultimi rileverebbero in incolmabile contrasto con il secondo comma della disposizione ex. art. 1322 c.c. e, *a fortiori,* con un precetto della Carta Fondamentale (art. 2 nel caso di specie) insuscettibile di alcuna deroga non già in forza di una improbabile funzionalizzazione dell'autonomia privata (insostenibile nel nostro ordinamento giuridico ex. art. 41 Cost.; si rinvia alle ampie considerazioni di cui al capitolo che precede, con particolare riguardo all'ultimo paragrafo) ma, piuttosto, alla luce di un coerente e ragionato *bilanciamento di interessi* (in tal senso, tra tutti, cfr. Nuzzo., *op. cit.,)* che tenga conto della struttura e della stessa *ratio essendi* dell'ordinamento giuridico globalmente inteso .
Ergo, ancora una volta, ne consegue una tutela rafforzata del lavoratore sotto il profilo squisitamento privatistico delle argomentazioni ; *ergo,* (ancora una volta) il *principio del favor lavoratoris* rileva, oltre che nella sua infondatezza, anche nella sua *ultroneità ed inutilità giuridica,* in quanto gli strumenti civilistici restano senz'altro sufficienti e coerentemente applicabili.
Esaurita questa prima parte dell'analisi – e tornando alla *summa divisio* iniziale – residua di affrontare la (ancor più) complessa problematica dei c.d. *obblighi di protezione ultra partes;* al riguardo, l' obiezione principale in ordine alla loro ammissibilità giuridica riposa proprio sul principio di c.d. *relatività del contratto* ex. art. 1372 c.c. (comma secondo) che si scontra, però, con la (sempre più avvertita) esigenza di *giustizia sostanziale* volta a proteggere, *negozialmente,* anche terzi che, pur formalmente estranei al sinallagma, corrano, tuttavia, il medesimo *rischio di lesione* che incombe sulle parti formali del vincolo contrattuale.
Per quel che a noi più interessa, (anche questa volta) la questione è ancor più urgente proprio in materia lavoristica in forza dei già analizzati profili squisitamente *personalistici* della prestazione; tra i casi più rilevanti, affrontati anche in giurisprudenza, si pensi a quello (*civilisticamente più problematico)* che concerne l'applicabilità (o meno) della *tutela contrattuale* a prestatori di lavoro che subiscano lesioni nel corso dell'esecuzione di un contratto di cui, però, *formale* titolare sia solo il datore di lavoro.

Rebus sic stantibus, quind iuris?
Questo tradizionale *trade off* tra rigore civilistico (principio di relatività del contratto) e le suddette esigenze di *tutela sostanziale,* a parer mio, potrebbe superarsi *interpretando* la disposizione di cui all'art. 1372 c.c., comma secondo, in combinato disposto con l'art. 1411 c.c. (in materia di contratto a favore di terzi), per desumerne, così, un principio (più ristretto nel suo ambito applicativo) di mera *relatività negativa* (ex. art. 1372 c.c.), a voler, con ciò, significare che il contratto non può produrre effetti su soggetti (che non siano parti negoziali) salvo che questi (effetti) siano di natura favorevole e in alcun modo pregiudizievoli; più in particolare, si potrebbe affermare che un terzo possa senz'altro acquisire una posizione giuridica attiva per effetto dell'altrui sinallagma negoziale con la sola*"clausola di salvezza"* del sistema rappresentata dal suo potere di rifiuto.
In favor a questa tesi (personalmente sostenuta) sembrano militare, infatti, due *argomenti* (a contrario) di apprezzabile coerenza interna.
Innanzitutto, in tal senso si dovrebbe concludere in forza della fattispecie normativa di cui all'art. 1333 c.c. (per una analisi approfondita si rinvia alla nota 316 dell'ultimo paragrafo del capitolo I); quest'ultima, infatti - ricostruita, nei termini in cui retro esposti, in termini di *negozio unilaterale immediatamente vincolante per il terzo* – sembra confermare il suddetto principio di *relatività negativa* in quanto gli effetti *dispositivi* in capo all' *extraneus* (i.e., terzo rispetto al *negozio/contratto)* si andrebbero a verificare a prescindere da una positiva manifestazione adesiva della sua volontà, ritenendosi sufficiente, al contrario, *il mancato rifiuto "…nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi…."* (ex. art. 1333 c.c.).
In secondo luogo, rileverebbe la stessa disciplina positiva di cui agli artt. 1411 e ss. c.c., secondo il seguente schema logico di riferimento (c.d. argomento *ad abundantiam)*; ovvero, se è ammesso, *ex lege*, il *contratto a favore del terzo* – in forza del quale questi (i.e., terzo) assume un autonomo diritto alla prestazione – *a fortiori* dovrà riconoscersi la (assai meno penetrante) figura del *contratto con effetti protettivi per il terzo* che rileverebbe come un *minus concettuale* rispetto al primo (i.e., contratto a favore del terzo) in quanto questi (i.e., terzo) non vanterebbe *un diritto alla prestazione* (come avviene ex. artt. 1411 c.c. e ss.) ma, piuttosto, il solo diritto *a non essere leso nella sua integrità (personale e giuridica) in forza di eventuali comportamenti altrui legati all'attuazione di un programma negoziale.*
Alla luce dei suddetti argomenti, secondo me, risulterebbe aggirato ogni preteso ostacolo dogmatico alla legittima configurabilità della categoria dei c.d. *obblighi protettivi ultra partes*, con conseguente applicabilità (della stessa categoria) al rapporto di lavoro e, quindi, connessa soluzione favorevole (privatisticamente *vantaggiosa per il prestatore)* al quesito sopra posto (cfr. retro)
Ciò premesso, però, residua di affrontare la problematica inerente il *fondamento normativo del loro riconoscimento giuridico*; al riguardo – dovendosi escludere senz'altro il possibile riferimento all'art. 1176 c.c. che attiene esclusivamente alla prestazione e, comunque, ai reciproci rapporti *inter partes* – ritengo siano (astrattamente) di duplice rilievo le ricostruzioni teoriche sostenibili, rispettivamente, l'una, di carattere più *normativo positiva*, e l'altra (a parer mio più coerente), di natura *logico-sistematica.*
Quanto alla prima, il *contratto con effetti protettivi per i terzi* andrebbe a fondarsi sul *combinato disposto* di cui all'art. 1375 c.c. e art. 2 della Carta Fondamentale, a voler indicare, con ciò, che il canone di buon fede sarebbe idoneo a "*integrare" il contenuto contrattuale non solo sul piano oggettivo delle prestazioni dovute* ma anche *sotto il profilo personalistico,* e, quindi, in relazione al novero dei soggetti protetti dal contratto; questa tesi, però, non sembra (almeno personalmente) convincere del tutto.
In primo luogo, ritengo si possa eccepire un uso "*atecnico*" della nozione stessa di *integrazione del contratto;* quest'ultima, infatti, presuppone, per definizione, una lacuna del regolamento *pattizio* che , però, non potrebbe in alcun modo rinvenirsi con riguardo alla sfera dei terzi in quanto questi (i.e., terzi) sono fisiologicamente al di fuori del concetto stesso di negozio giuridico e, pertanto, è assolutamente normale che il regolamento contrattuale non disponga in relazione ad essi perché, se così facesse, non si tratterebbe più di *contractus (*rilevante inter partes) ma, piuttosto, di *lex* con efficacia *erga omnes.*
In secondo luogo, non mi sembra conferente nemmeno il richiamo al canone di buona fede (ex. art. 1375 c.c.); quest'ultima (i.e. buona fede), infatti, nel nostro ordinamento (ma anche in quello tedesco, cfr. par. 242 BGB), assume il ruolo di integrazione della *lex contractus* solo *in executivis* e, pertanto, non ritengo sia idonea ad ampliare l'ambito soggettivo del rapporto (attraverso un improbabile "ripescaggio" del *terzo extraneus* al sinallagma) che dipende, piuttosto, dalla *fonte genetica dell'obbligazione* (su cui la buona fede non può incidere) e non già dalla sua attuazione .
A ciò si aggiunga una ulteriore *difficoltà logica* che renderebbe quasi "inconcludente" una simile ipotesi teorica (i.e., lettura dell'art. 1375 c.c. nell'ottica costituzionalmente orientata di cui all'art. 2 Cost); ovvero, il "*non senso giuridico"* di questa tesi rileverebbe (ancor di più) anche sotto il profilo

squisitamente processuale allorchè si consideri che l'*extraneus* (i.e. terzo), pur se *formalmente* (c.d. law in books) protetto *ex contractu, non sarebbe legittimato (sotto il profilo del law in practise) a far valere, in via autonoma, un diritto* (quale quello, nel caso in esame, al risarcimento) *derivante da un contratto di cui, però, egli (extraneus) non sia parte formale* (sul tema, tra tutti, si rinvia alle "illuminate" conclusioni di Liebman., *Diritto processuale civile*, Milano, 2000).

Ergo, anche così opinando, *i concreti risvolti applicativi della suddetta impostazione logica sarebbero insuscettibili di alcuna utilità giuridica con conseguente ed inequivocabile contradictio in terminis rispetto alla presupposte premesse teoriche di riferimento.*

Tutto ciò premesso e considerato, pertanto, personalmente ritengo che la *sfida civilistica* – volta a coniugare il suo tradizionale rigore argomentativo con la già analizzata tendenza di *giustizia sostanziale* (di cui si son analizzati gli importanti risvolti lavoristici; cfr. retro) volta a proteggere, *contrattualmente*, anche soggetti estranei al sinallagma negoziale – la si debba giocare proprio sul terreno della *libertà dispositiva* (si giunge, così, alla suddetta seconda tesi, di ricostruzione teorica della questione, di natura logico-sistematica; cfr. retro).

Ovvero – rinviando, per tutti i passaggi logici intermedi, alle ampie considerazioni *retro* svolte e qui globalmente "utilizzate" in via ricostruttiva della fattispecie in esame (cfr. capitolo che precede) – è da ritenere che, se l'autonomia individuale è libera di "*esplicarsi"*, sia sotto il profilo dell'an che del quomodo, con il solo limite della *meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti*, allora nulla osterebbe a che le parti pongano in essere un *contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi* che, però, andrebbe ad assumere una sua autonoma valenza giuridica; esso (i.e. contratto con effetti protettivi *ultra partes*), cioè, andrebbe a "sforare" sul terreno della *atipicità negoziale* rilevando, pertanto, *quale espressione di autonomia contrattuale* che, sebbene (forse anche) *spinta ed estremizzata*, sarebbe pur sempre riconducibile agli schemi normativi dell'ordinamento giuridico di riferimento in forza della valenza *eccentica* (cfr. capitolo che precede) ed essenziale dell'(ampiamente) ormai analizzata *clausola di salvezza del sistema* ex. art. 1322 c.c., comma secondo.

Questa personale ricostruzione teorica, peraltro, - a conferma della (spero apprezzabile) connessione logica tra gli argomenti trattati – si lega, concettualmente, alla ancor più ampia speculazione dogmatica di matrice tedesca rilevante *sub specie* di *Schuldverhaltnisse ohne primaer Leistungspflicht;* si tratta della tematica dei c.d. *obblighi senza prestazione* che ci conduce, *naturaliter*, a transitare (ciclicamente) sui connessi (e già analizzati) orizzonti ermeneutici della c.d. *teoria del contatto sociale* per la quale – con particolare riguardo ai risvolti lavoristici – si rinvia alle note 360 e ss

[363] I.e., ci si riferisce ai *rapporti di fatto*

[364] In tal senso, anche la più autorevole giurisprudenza della Suprema Corte che, sin a partire dalla sua prima pronuncia (al riguardo) significativa (cfr. Cass., 5 agosto 1967 n. 2088 in *Giust. Civ.*, 1967, I, 1744) si è espressa nel senso che "*nella nozione di rapporti contrattuali di fatto sono compresi alcuni rapporti (tra tutti, società di fatto, lavoro subordinato, gestione di fatto) svoltisi come se costituiti su base negoziale ma che tale fonte hanno in maniera oscura per non essere state osservate norme cogenti, relative al concorso di elementi determinati, richiesti a pena di nullità: in tali casi…, tuttavia l'ordinamento intende salvare determinate situazioni costituitesi per effetto del rapporto svoltosi di fatto e stabilisce che, sulla base della specifica attività tenuta nell'ambito di un rapporto di fatto adeguantesi a quello giuridico, nasca una corrispondente obbligazione…Questa, pertanto, deriva da fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico (ex. art. 1173 c.c., ultimo comma)….. e quindi si determina l'esigenza di stabilire caso per caso se nell'ordinamento si trovi una norma che stabilisca, in relazione alla concreta attività svolta, il costituirsi di una obbligazione con contenuto analogo a quella della obbligazione ex contractu…*"

[365] Si tratta di una importantissima "conquista concettuale" (i.e., rapporti di fatto nell'ambito della teoria del *negozio* giuridico) la cui indiscussa *paternità scientifica* è da attribuire alla più rigorosa ed autorevole dottrina *privatistica italiana* che, progressivamente, prende distanza dalla precedente ricostruzione teorica (e, segnatamente, *tripartizione sistematica*) di matrice tedesca (cfr. nota 353) a causa della (sempre più avvertita) inaccettabilità – e comunque *vaghezza semantica* – dei concetti di *contatto sociale* e di *obbligo sociale di prestazione* così come elaborati dalla dogmatica alemanna inaugurata, al riguardo, dal (pur insigne) giurista Haupt (*op. cit.,*; cfr. nota 353); in tal senso, tra tutti, cfr. Betti., (*Sui rapporti contrattuali di fatto., op. cit.,*) per il quale, seguendo la logica speculativa (di matrice tedesca), si sarebbe giunti ad un – così, testualmente – "*…paradossale fenomeno di abbandono dello studio delle ipotesi più significative di rapporti contrattuali di fatto… in favore di altre meno interessanti…ma sottratte all'iniziale attenzione del pensiero germanico…*".

Più in particolare,[366] la *fattispecie*[367] del *rapporto di fatto*[368] non sarebbe tale da negare, in sé, l'esistenza di un *negozio giuridico*[369] e, pertanto, (non sarebbe tale da)

Si osservi, tuttavia, che, in precedenza al Betti, una prima critica nei confronti dello studio di Haupt (*op. cit.*, cfr. nota 353) si era già accennato, nell'ambito della stesa dottrina tedesca, nelle incisive riflessioni del Siebert., (*Faktische Vertragsverhaltnisse., op. cit.,)* per il quale – così, testualmente – "*…Die fehlerhaft begrundeten, aber willentlich in Vollzug gesetzten Gesellschaftsverhaltnisse und Arbeitsverhaltnisse einerseits und Inanspruchnahme von Leistungen der Daseinsvorsorge andererseits bilden zwei funktionnell und rechtssystematisch verschiedene Problemkreise"*
Ciò premesso, si precisi che la civilistica italiana perseguì un autonomo (rispetto a quello tedesco) tentativo dogmatico di *ricostruzione unitaria* (e non già *tripartita*) del fenomeno in esame (i.e., rapporti di fatto) che si fonda sull'essenziale presupposto logico per cui *il comportamento delle parti deve essere valutato nella sua tipica concludenza, quale esplicazione* (o, *rectius,* attuazione) di *" autonomia privata,approvata e protetta dall'ordine giuridico"* (così Betti., *op. cit.,*) e tale, comunque, da integrare un *comportamento negoziale,* in omaggio al principio romanistico che vietava il c.d. "*venire contra factum proprium"* (su cui in proseguo) anche a tutela dei terzi (sul punto, si rinvia alle note 361, 362); sulla base di queste nuove premesse logico-.teoriche, si giunge a quello che, a parer mio, rappresenta il vero e più autentico *punto di svolta nella dottrina dei rapporti di fatto* da individuare, quest'ultimo (i.e. punto di svolta), nell'abbandono (anch'esso progressivo) della tradizionale convinzione teorica tale per cui il *contratto debba essere sostenuto da un accordo necessariamente dichiarato*, per affermarsi, piuttosto, che esso (i.e., contratto) potrebbe senz'altro derivare anche da un "*consapevole contatto tra le sfere di interessi di due consociati…* (unito) alla *statuizione di un regolamento di (interessi) che viene posto in essere da entrambi i portatori delle sfere giuridiche in questione … o da uno soltanto di essi…*(c.d. *negozio unilaterale*)*… e che, dal punto di vista della comunità, viene valutato come congrua e soddisfacente misura per la soluzione del problema pratico relativo alla distribuzione o produzione di beni nell'ambito della vita di relazione.."* (così, testualmente, Betti., *op. cit.,*); in tal senso – e (successivamente) in ottica ancora più estrema – cfr. anche Lipari., (*Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia., op. cit.,*) per il quale "*…si potrebbe rinvenire un vincolo negoziale…sul piano sociale… senza il necessario riferimento alla preventiva esistenza di un atto causativo determinabile nel suo contenuto…."*
In questa prospettiva di indagine, si realizza un apprezzabile tentativo di *sintesi e riconduzione dogmatica* del fenomeno in esame (i.e., rapporti di fatto) ai più rigorosi principi della sistematica privatistica di matrice *negoziale* e, in particolare, mi sembra di poter scorgere una peculiare *"sfumatura concettuale*" che non è indifferente (o di natura meramente accessoria) come, *prima facie,* potrebbe anche apparire.
Segnatamente, seguendo questa ricostruzione logica, si andrebbe a registrare una sorta di (apparentemente minimale) *rivoluzione copernicana* (sistematica) sul *terreno logico* dello stesso elemento volitivo;quest'ultimo, infatti – lungi dal risultare del tutto pretermesso rispetto alla costituzione del *rapporto (contrattuale) di fatto* – andrebbe a rilevare, piuttosto, in relazione *al contenuto precettivo e dispositivo del negozio posto in esser*e e non già – come usualmente avviene nelle tradizionali ipotesi (non *fattuali*) di *autonomia privata* – sotto il profilo *ontologico e normativo* della "*fattispecie- contratto"* in quanto tale. *Ergo,* il suddetto elemento volitivo, pur assumendo un *ruolo parzialmente diverso* da quello ad esso tipico, andrebbe (pur tuttavia) a rilevare come *condicio sine qua non* della fattispecie in oggetto e, per ciò solo, sarabbe tale da confermare la natura negoziale dei rapporti di fatto (secondo l'obiettivo scientifico che ci si proponeva)
Queste considerazioni e riflessioni come sopra svolte – a conferma del loro *necessario studio preliminare* – saranno riprese e ulteriormente approfondite nel proseguo in quanto rappresentano il primo argomento logico-dogmatico – nonché il fondamento teorico presupposto di tutte le "costruzioni speculative" che si proporranno – idoneo a sconfessare le (ulteriori) impostazioni istituzionalistiche che, come vedremo – a partire dal dato letterale ex. art. 2126 c.c. – vorrebbero poter sostenere una concezione anticausalistica del rapporto di lavoro in termini di *anticontrattualismo positivo*
[366] Riprendendo l'iter logico, come già avviato nelle note che precedono
[367] Nell'accezione di cui retro; cfr. note 344 e ss
[368] Nei limiti in cui *retro* ampiamente considerata
[369] In tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *(Diritto Civile, Il contratto,* Giuffrè, Milano, 2000) per il quale i rapporti di fatto sono modellati – così, testualmente – "*…secondo il contenuto di un determinato*

suggerire la irrimediabile conseguenza logica del venir meno di qualsivoglia *orizzonte convenzionale* e *pattizio*[370] per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali[371] quale

---

contratto tipico… e scaturiscono da fatti socialmente rilevanti di valore negoziale ;" tuttavia, al riguardo, la dottrina non è omogenea.

Secondo un primo filone di pensiero (così, tra tutti, Betti., *op. cit.,*), quello dei *rapporti contrattuali di fatto* sarebbe il modello teorico esplicativo proprio del fenomeno dei c.d. *contratti di massa* che si costituiscono mediante (diretta) utilizzazione del servizio o apprensione del bene; secondo questa corrente teorica, infatti, in questi *rapporti* (di massa) non vi sarebbe un *accordo stricto sensu inteso* in quanto il fondamento dello stesso (rapporto) sarebbe da rinvenire non già nello *scambio dei consensi* ma, piuttosto, nel *fatto obiettivo della prestazione;* in tal senso, cfr. anche Irti (in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998) per il quale"…*gli scambi di massa si svolgono senza accordi*", e, quindi, il loro substrato teorico sarebbe costituito dal (sic) "*…contatto con le cose… nel senso che le parti dirigono le loro decisioni sulle merci… e sulle merci si incontrano e ritrovano…. e in questo contatto con le merci….si rinviene il contratto…"*

In particolare, seguendo questa teorica, la matrice negoziale sarebbe pur salva ma si tratterebbe di una peculire *coppia di atti unilaterali (negoziali) distinti e distanti tra loro* (così Gazzoni., *op. cit.,)* accomunati (però) sotto il profilo teleologico, ovvero, in riferimento alla loro *comune tensione* (ci si riferisce ai suddetti atti unilaterali) a realizzare una vicenda giuridica di matrice pattizia.

Altra corrente teorica (in tal senso, tra tutti, cfr. Larenz., *Allg. Teil, op. cit.*,), invece, ha ritenuto che il comportamento dell'*agens* non sia una *dichiarazione di volontà* ma, piuttosto, abbia il significato *socialmente tipico* di una *volontà di accettazione* che prescinde da quella (volontà) effettiva del soggetto; anche seguendo questa teorica, purtuttavia, (ed è questo quello che a noi più interessa) si finirebbe con il ricondurre i rapporti in esame (i.e., quelli di fatto) nell'*area negoziale* perché ciò che rileverebbe per la formazione del contratto non sarebbe (tanto) la *volontà interna della parte* ma, piuttosto, il *significato sociale del suo comportamento quale proposta ed accettazione.*

E' proprio quest'ultima (ovvero quella fondata sul *significato sociale del comportamento dei soggetti*), a parer mio, *la prospettiva di indagine* "vincente" (che si riprenderà proprio nell'ottica dell'art. 2126 c.c. e ss; si rinvia a tutte le considerazioni che seguiranno) alla luce della quale dover risolvere il problema dei c.d. *rapporti contrattuali di fatto;*ovvero, se quest'ultimo (i.e., significato sociale del comportamento) deporrà per l'accettazione di una prestazione o di un servizio resi disponibili verso un corrispettivo, si rientrerà senz'altro nello schema del contratto. Diversamente, il rapporto non sarà contrattuale e le eventuali obbligazioni saranno da ricondurre a fatti extranegoziali quali, fra tutti, la disciplina dell'arricchimento senza causa e quella della gestione di affari altrui (su cui – per gli aspetti che a noi concernono in relazione all'art. 2126 c.c – in proseguo); quest'ultima (i.e. ipotesi extranegoziale), tuttavia, rileverà come ipotesi *meramente residuale* e "quasi" di scuola perché un *incipit negoziale* nel rapporto posto in essere sarà, in concreto, pur sempre rinvenibile nella intrinseca valenza volitiva del *comportamento concludente* (rinvio alle successive note)

[370] Più in particolare, risulterebbe affrettato concludere nel senso che – in mancanza di una espressa dichiarazione volitiva – la capacità di agire, in riferimento ai rapporti contrattuali di fatto, non avrebbe alcuna rilevanza e, pertanto, gli stessi (i.e., rapporti di fatto) dovrebbero essere equiparati ai c.d. *meri atti giuridici (leciti*); al contrario, si dovrà aver riguardo – così, testualmente, Betti., (*Sui rapporti contrattuali., op. cit.,*) – "*…alla situazione degli interessi e del potere di controllo e di influenza che si ricollega alla situazione tipo.."* con la logica conseguenza che la loro diversa *graduazione concettuale* dipenderà da quale (sic) "*…rilevanza si debba riconoscere alla capacità di agire… che l'ordine giuridico conferisce alle parti… in ordine al regolamento di interessi che essi compiono nel foggiare autonomamente rapporti giuridici con altre sfere di interessi…".*

[371] Al riguardo – per esigenze di completezza sistematica – non si taccia, tuttavia, che non mancano, in dottrina, posizioni teoriche che negano la correttezza *logico-giuridica* della opzione dogmatica – come in questo studio sostenuta – volta a ricondurre il *fenomeno dei rapporti di fatto nella disciplina delle fonti dell'obbligazione e del negozio giuridico*; due, in particolare, i profili di critica maggiormente significativi.

Da un lato (a), è stato sostenuto che si sarebbe smarrito "*…il senso della continuità storico-scientifica del problema dei faktische Vertargsverhaltnisse* (cfr. nota 353)…. *rispetto alla categoria dei quasi contratto, la cui ragion d'essere risiede proprio nell'esigenza di giustificare la riconnessione di effetti di stampo contrattuale a fattispecie caratterizzate dalla mancanza di un previo accordo tra le parti…"*(così,

quello di cui all'art. 1325 c.c.[372] rilevante in termini di *accordo delle parti*[373]*;* piuttosto, il loro[374] *riconoscimento teorico*[375] dovrebbe suggerire (o, *rectius*, rappresentare esso

---

Guerrera., *Gestione di fatto e funzione amministrativa nelle società di capitali,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1999; in tal senso, cfr. anche Cannata., *Quasi contratti e quasi delitti (storia),* in *Enc. Dir.* Vol. XXXVIII, Milano, 1987; Pugliatti., *Finzione* in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968); dall'altro (b), si è osservato che l'inserimento dei rapporti di fatto nell'ambito della disciplina contrattuale avrebbe appesantito inutilmente l'impalcatura ricostruttiva di riferimento in quanto, alle medesime *conclusioni* (i.e., natura negoziale dei rapporti di fatto), si sarebbe potuti giungere sia con il ricorso alla categoria dei c.d. *comportamenti concludenti* (così, tra tutti, Campagna., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale,* Milano, 1958) sia con l'uso adeguato del *procedimento analogico* (così Guerrera., *op. cit.,).*
Nessuna delle suesposte argomentazioni, però, è tale da mettere in crisi la posizione teorica, personalmente sostenuta in questa ricerca, *in favor* alla natura contrattuale dei rapporti di fatto nell'ottica argomentativa giuslavorisica che ne seguirà (art. 2126 c.c.); in particolare, quanto alla prima (sub a) , si tratta di un assunto di rilievo *storico ideologico* e, per ciò solo, non è in grado di *descrivere* o *interpretrare* un fenomeno giuridico in termini *cogenti* o scientificamente insuperabili (in tal senso, cfr. Visentini., *Teoria dell'argomentazione* in *Teoria generale del diritto,* Milano, 2002); quanto alla seconda (sub b), essa è una critica più apparente che reale.
Infatti, non si contesta il *risultato dogmatico* (c.d *an*) sostenuto dalla teoria contrattuale (i.e., assimilazione del rapporto di fatto al *modello* negoziale) ma, piuttosto, si propone una *diversa via interpretativa* (c.d. *quomodo) – sub specie* di *comportamento concludente* o *analogia* – per giungere alla medesima implicazione logico giuridica; *ergo,* più che argomento *contrario* alla tesi negoziale dei rapporti di fatto rileva, piuttosto, come *argomento a contrario in favor* alla stessa tesi (i.e., negoziale) che si vorrebbe formalmente poter contraddire.
[372] Ai di là dei profili che si analizzeranno sin dalla nota che segue, per una icastica ma efficace "definizione" del suddetto elemento essenziale del contratto ex. art. 1325 c.c. (numero 1), tra tutti, cfr. Bianca., (*op. cit.,)* per il quale "*…l'accordo può definirsi come il reciproco consenso delle parti in ordine al programma contrattuale…. cioè in ordine alla costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale….*"; pertanto "*…l'accordo integra la fattispecie contrattuale in quanto l'accordo è il fatto nel quale s'identifica il contratto"* a guisa che "*…il contratto è concluso quando si perfeziona l'accordo tra le parti….".*
Ciò premesso si osservi che – *per stabilire se le parti abbiano in concreto raggiunto un accordo* (e, dunque, per concludere circa l'esistenza di un fenomeno negoziale) – la dogmatica civilistica ha individuato due criteri *giuridico-fattuali* di riferimento; piu in particolare, da un lato, *occorrerà accertare se siano stati osservati gli oneri giuridici relativi alla formazione del contratto (*completezza proposta, tempestività accettazione su cui in proseguo)"e, dall'altro, (*occorrerà) accertare se il comportamento delle parti integri una fattispecie socialmente valutabile come accordo* (si rinvia, tra tutti, al tema del c.d. *silenzio negoziale,* cfr. nota 377)
Più in particolare "*…non basterà verificare la congruenza esteriore delle dichiarazioni… "* (così Bianca., *op. cit.,)* ma, piuttosto, dovrà essere valutato il significato del complessivo comportamento delle parti in piena coerenza con il criterio ermeneutico suggerito ex. art. 1362 c.c. che impone "*…di non fermarsi al significato delle parole … e di indagare la loro (delle parti) comune intenzione….*"
Questi principi generali ci guideranno nell'indagine che seguirà in quanto "*….concernono tutte le fattispecie negoziali…"* (così Gazzoni., *op. cit.,)* e, quindi, anche la fattispecie lavorisica in forza della sua matrice esclusivamente contrattuale come, progressivamente, si sta *scorgendo* e dimostrando sotto un profilo di *indagine scientifica.*
[373] Ciò a voler significare che la mancanza di una espressa manifestazione volitiva non allontana i *rapporti di fatto* dagli orizzonti *negoziali*; infatti, se è vero che l'*accordo delle parti* rappresenta un presupposto indefettibile del contratto (vedi nota che precede), è altrettanto legittimo affermare che esso (i.e., accordo) potrà *indifferentemente* rilevare in via *espressa* o *tacita* senza che ciò possa, in qualche modo, incidere sul *bonum "contrattuale" della fattispecie posta in essere.*
Più in particolare, l'accordo sarà *espresso* quando risulta dalle *dichiarazioni di volontà* (delle parti) che, a loro volta, rappresentano una *manifestazione di consenso esternata mediante mezzi di linguaggio* (così Bianca., *op. cit.,*); diversamente, (l'accordo) sarà tacito allorche le parti manifestino la loro volontà mediante *comportamenti concludenti* che – (così il medesimo autore sopra citato, Bianca., *op. cit.,*) –

stesso) un qualche valido *argomento (a contrario)* in forza del quale poter concludere nel senso che sia senz'altro g*iuridicamente legittimo* ammettere ulteriori ed alternativi *schemi logici*[376] di *esplicazione* del *consenso negoziale*[377] rispetto alla ipotesi

---

"*…non costituiscono mezzi del linguggio…ma dai quali, pur tuttavia, secondo le circostanze, si desume l'implicito intento negoziale ad esse* (parti) *sotteso*".
A quest'ultima ipotesi (i.e.,accordo *tacito*) potrebbero senz'altro ricondursi i c.d. *rapporti contrattuali di fatto* che, (anche) in questa logica intesi, non determinerebbero alcuna *frizione interna* nei principi generali del contratto cui, invece, si andrebbero a conformare in termini di piena compatibilità giuridica.
A ciò si aggiunga che, secondo autorevole dottrina civilistica (tra tutti, in tal senso, cfr. Ferrero., *Dichiarazione espressa, Dichiarazione tacita, autonomia privata*, Torino, 1974) le parti potrebbero, in piena libertà ed autonomia, *attribuire convenzionalmente determinati significati concludenti ai loro (più diversi) comportamenti* e, con ciò, si andrebbe ulteriormente a supportare la *configurabilità giuridica dei rapporti di fatto in chiave negoziale*;è questa la teoria dei c.d. *comportamenti contrattualmente tipizzati*.
Si è discusso circa la loro (ci si riferisce ai c.d. *comportamenti contrattualmente tipizzati*) applicabilità in ambito lavoristico; sul tema, la risposta, in omaggio alla (come in questo studio sostenuta) *natura negoziale* del rapporto di lavoro, sarà senz'altro positiva anche se, per taluni (così, tra tutti, D'Allura., in *Dir. Lav.*, 1992), si imporrebbe, al riguardo, una ulteriore precisazione logica; ovvero, secondo l'autore sopra citato (sic) *tale tipizzazione* (dei comportamenti convenzionali) *non potrebbe sottrarre il comportamento all'applicazione delle norme che lo disciplinano imperativamente* (più in particolare – in relazione alla concreta fattispecie presa in esame – il D'Allura (*op. cit.*,) osserva che "*…in materia di lavoro subordinato, la clausola dei contratti collettivi, conferente valore di dimissioni volontarie all'assenza ingiustificata del prestatore di lavoro, si tradurrebbe in una trasposizione dei piani stessi di rilevanza giuridica dei fatti configurati… con conseguente violazione delle norme inderogabili che governano quei fatti*").

[374] Ci si riferisce ai suddetti *rapporti di fatto*

[375] Peculiare, al riguardo, la posizione dogmatica accolta dal Franceschelli (*I rapporti di fatto., op. cit.,)* che ricostruisce la fattispecie (rapporti di fatto) in termini di "*istituto a costituzione alternativa*" secondo il seguente percorso logico. Ovvero, se l'ordinamento attribuisce al rapporto di fatto gli stessi effetti che attribuisce al rapporto di diritto, quest'ultimo finirà per assorbire in sé la sua naturale *proiezione in fatto* e, pertanto, il fenomeno giuridico che ne andrebbe a derivare sarebbe senz'altro di nuova fattura e, più in particolare, individuabile come, appunto,"*…istituto a costituzione alternativa"* e, dunque, *rapporto a contenuto minore di quello di diritto corrispondente.*

[376] In tal senso, tra tutti, cfr. Stella Richter., (*Contributo allo studio dei rapporti di fatto., op. cit.*,) per il quale – così, testualmente – *"…al superamento della costruzione individualistica del contratto come strutturalmente fondato sull'usuale schema proposta-accettazione…quale essenziale scaturigine del consenso…il passo è breve…e, se si ha riguardo alla realtà senza preconcetti, consente di riconoscere il contratto anche laddove non vi è consenso (nella sua usuale accezione di fusione o di incontro delle volontà…), individuando, di conseguenza, nel contratto il risultato di varie tecniche procedimentali che solo in ipotesi possono essere quelle tradizionali costituite dall'accettazione della proposta…"*

[377] In relazione all'*iter* formativo del consenso – in mancanza, come detto, di una *espressa dichiarazione negoziale volitiva* – relativamente ai rapporti di fatto , nella loro (sempre più) ribadita e confermata natura contrattuale, andrebbe ad assumere un ruolo particolarmente importante proprio l' istituto del c.d. *silenzio;* esso, in quanto tale, indica l'*inerzia del soggetto* che non manifesta alcuna volontà, positiva o negativa e, pertanto, non è idoneo a perfezionare l'accordo *negoziale* (in tal senso, l'autorevole espressione romanistica del giurista Paolo (D. 50.17.142) per il quale *"…qui tacet, non utique fatetur…sed tamen verum est eum non negare…."*.
Se questa è la regola generale, si ritiene, tuttavia, che il *silenzio* possa originare una "*lex contractus"* allorchè sia la legge stessa ad attribuirgli *valore di consenso* ovvero, – per quel che a noi più interessa – allorchè esso (i.e. silenzio) rilevi come *silenzio circostanziato*, ossia accompagnato da circostanze tali da *renderlo significativo* (cfr. Cass., 15 gennaio 1973 n. 126) *come autonomo sinonomo rivelatore delle intenzioni delle parti.*
Sarebbe proprio questa, a parer mio, l'ipotesi tipica di *esplicazione del consenso* nell'ambito dei rapporti di fatto nonché la più rilevante chiave di lettura sistematica *in favor* alla *natura essenzialmente contrattuale* degli stessi (i.e., rapporti di fatto); più in particolare, una volta instaurata una certa *relazione*

tradizionale di *formazione del contratto*[378] attraverso lo *scambio*[379] di *proposta*[380] ed *accettazione*[381] ai sensi dell'art. 1326 c.c[382].

(*inizialmente meramente fattuale*, cfr. retro) tra le parti – anche a tutela del legittimo affidamento dei terzi (si rinvia al tema dell'*apparentia iuris*, cfr. note 361, 362) – il comune modo di agire (così Cass., 26 gennaio 1971 n. 190) o il più ampio *dovere di buona fede* (così Sacco., *op. cit.*,) sarebbero tali da "imporre" l'onere di *parlare* (così Cass., 30 ottobre 1981 n. 5743 e Cass., 14 giugno 1997 n. 5363) o, comunque, di porre in essere un qualche *comportamento* (attivo od omissivo) *significativo* a guisa che il mero *tacere* dovrebbe senz' altro intendersi come implicita *adesione alla volontà* (*inizialmente meramente fattuale*) di una delle parti che (volontà), in quanto (implicitamente) *accettata*, però, andrà essa stessa (i.e., volontà) ad assumere, per ciò solo, un qualche (e assolutamente "nuovo") *valore giuridico* di cui prima era assolutamente priva:è questo, a parer mio, il momento *genetico ed eziologico* (nonché il peculiare *modus operandi negoziale*) che segna il passaggio dal *rapporto(meramente) fattuale* a quello (rapporto) *fattual- contrattuale* di, a questo punto,davvero *innegabile e inconfutabile valenza squisitamene negoziale e privatistica*.

Coniugando il tutto in ottica lavoristica, ne deriviamo una importante conseguenza logica che andrà strettamente ad inerire allo stesso *profilo causale* del *contratto de quo* (i.e., quello di lavoro); ovvero – ai fini di poter concludere circa una *modifica per fatti concludenti* dell'iniziale regolamento *negoziale* posto in essere –, non sarà sufficiente che il datore di lavoro, nell'esercizio dello *ius variandi* ex. art. 2103 c.c., stabilisca *unilateralmente* una *variazione* del rapporto che il lavoratore si limiti, a sua volta, a non contestare.

In tal caso, infatti, si tratterà di un mero silenzio *non significativo* in quanto il comportamento del prestatore (in termini di non contestazione) rileverebbe in termini *equivoci* – (potendo questi, ad esempio, voler far valere le proprie ragioni al momento dello scioglimento del rapporto) – e, in quanto tale (i.e., comportamento equivoco), sarà inidoneo a valere come *consenso* (in tal senso, cfr. Cass., 15 gennaio 1973 n. 126., *cit.*, per la quale "*…il silenzio.. di per sé, non vale come consenso attesa la sua naturale equivocità..*"); piuttosto, si richiederà un *quid pluris*, sotto il pofilo *attizio del lavoratore*, tale da poterne derivare, nell'ottica retro espresso, un *onere di parlare* (in capo al prestatore) in mancanza del quale *il tacere possa equivalere ad adesione all'altrui volontà contrattuale* e, quindi, nel caso in esame, ad *accettazione implicita della modifica delle condizioni contrattuali per fatti concludenti come operata da parte datoriale.*

Rispetto al rigore civilistico proposto, tuttavia, è bene ricordare che la Suprema Corte adotta, in materia, un atteggiamento assai più garantistico, forse, in omaggio a quel latente principio del *favor lavoratoris* ormai familiare; più in particolare, i giudici di legittimità (cfr. Cass., 6 luglio 1977 n. 2995) si sono espressi nel senso che "*…il silenzio non può essere valutato in materia di contratto di lavoro subordinato con il medesimo metro che vale ad attribuirgli gli stessi effetti del comportameno adesivo negli altri contratti… a causa dello stato di soggezione economica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro…che impedisce di attribuire al silenzio del primo il significato di accettazione delle condizioni impostegli unilateralmente dall'altra parte…*".

Confrontando i due percorsi ermeneutici proposti, ne consegue che *logica garantistica in favor al lavoratore* (quale quella sottesa nella pronuncia giurisprudenziale appena sopra riportata) e *sillogistico ragionamento giuridico di stretto rigore privatistico* (quale quello *personalmente* proposto applicando la tesi del *silenzio circostanziato*) conducono, pur seguendo percorsi ermeneutici diversi, ad un medesimo risultato logico concettuale che, nel caso in esame, sarà quello per cui *non si potrà concludere circa la modifica tacita del contratto in forza della mera variazione unilaterale (non contestata) del regolamento negoziale ad opera di parte datoriale*; si tratta, a parer mio, di una ulteriore conferma circa la *polivalenza applicativa e funzionale* degli istituti di tradizione civilistica capaci di "imporsi" e resistere, con piena cogenza, anche in relazione a caratterizzazioni contrattuali (e spesso ideologiche) sì peculiari quali quelli sottese nel vincolo obbligatorio *lavoristico in ottica causale inteso*. E'proprio quest'ultimo, si ricordi, il più peculiare e proprio obiettivo scientifico del presente lavoro di ricerca che, in maniera sempre più espressa, si sta progressivamente raggiungendo.

[378]Per l'inquadramento teorico generale della problematica speculativa in esame, si rinvia – per ragioni di attinenza all'oggetto del nostro studio – alle apposite trattazioni privatistiche; tra tutti., cfr. Bianca., *Diritto Civile, Il contratto.*, Milano, 2000; Roppo., *Il contratto.*, Milano, 2000; Santoro Passarelli., *Dottrine genarali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 2002; Ravazzoni., *La formazione del contratto*, I, 1966; Benedetti., *Dal contratto al negozio unilaterale*, 1969; Natoli., *I contratti reali*, 1975

[379] In termini generali, infatti, il contratto si considera concluso quando le parti manifestano validamente il loro consenso *attuale* e *definitivo* e, segnatamente, *nel momento e nel luogo in cui il proponente ha notizia dell'accettazione dell'altra parte* (art. 1326 c.c.)*;* stando così le cose, però, residua di definire, in termini specifici, il *"quando"* in cui si potrà senz'altro affermare che l'una parte abbia avuto notizia dell'accettazione dell'altra.
Al riguardo, si potrebbe (astrattamente) sostenere sia la c.d. *teoria della cognizione* – che richiederebbe l'effettiva conoscenza del destinatario – sia la c.d. *teoria della spedizione* che, invece, si limita a sottendere la *semplice comunicazione dell'atto*.
La soluzione adottata dal nostro legislatore è, però, quella della *ricezione* (e, quindi, una sorta di *vox media* rispetto alle alternative sopra proposte), rilevante nel senso che, ai fini della efficacia dell'atto, sarà sufficiente che esso sia stato *ricevuto* dal destinatario e, cioè, sia pervenuto al suo indirizzo; a questa regola, tuttavia, la stessa disposizione codicistica (art. 1135 c.c.) pone un *temperamento logico*, nel suo rigore, consentendo al destintario la prova di essere stato senza sua colpa nel'impossibilità di prendere conoscenza dell'atto pervenuto al suo indirizzo.
In sì termini rileva la c.d. *presunzione di conoscenza* di cui all'art. 1335 c.c. che la dottrina (tra tutti, cfr. Gianpiccolo., *op. cit.,* in *Enc. Dir.* XII, 388), tuttavia, preferisce indicare come *presunzione di conoscibilità* (e non già, come recita la rubrica della stessa disposizione, di conoscenza) in quanto, si afferma, il destintario (dell'atto) non potrà vincere la suddetta presunzione limitandosi a dimostrare di non aver preso cognizione dell'atto ma, piuttosto, dovrà dare una prova (senz'altro aggravata) in termini di *impossibilità senza colpa della conoscenza dello stesso (atto)*; quest'ultima (i.e., imposibilità senza colpa della conoscenza dell'atto), a sua volta, sarà intesa maniera assai restrittiva e, segnatamente, *sub specie* di *impedimento estraneo alla sfera di organizzazione del destinatario o al suo fatto volontario*
In forza della importanza che (come vedremo nel proseguo della nota) la tematica può rivestire in ambito lavoristico – laddove, proponente ed accettante saranno, rispettivamente, parte datoriale e il prestatore – vorrei soffermarmi soltanto su una peculiare questione che può essere rilevante ai nostri fini, ovvero quella che concerne la revoca dei suddetti atti in relazione alle (formalmente) distinte regole (a seconda che si tratti di proposta ed accettazione) fissate all'art. 1328 c.c.
In termini generali – ma sulla materia si rinvia alle tradizionali trattazioni civilistiche – la revoca è l'atto volto a cancellare un precedente atto giuridico e, applicando il principio generale al tema in oggetto, ne consegue che *fino al momento della conclusione del contratto ciascuna delle parti potrà revocare il proprio consenso.* Fin qui, *nulla quaestio.*
Altrettanto pacifico (nonostante taluno, in dottrina, ancora ne dubiti; tra tutti, cfr. Cicu., *op. cit.,)* è l'assunto per cui la revoca del consenso sarà senz'altro efficace pur se *ingiustificata*, potendo però residuare, in tal caso, una ipotesi di *responsabilità precontrattuale* per violazione dell'altrui libertà negoziale *in termini* di *lesione del ragionevole affidamento (*cfr. note che precedono*) della controparte sulla conclusione del contratto* (sul tema in generale, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,).*
Si giunge,così, al nodo problematico della vicenda le cui eco giuslavoristiche sono tutt'altro che secondarie; in particolare, l'art. 1328 c.c. mentre, da un lato (comma I), si esprime nel senso che *la revoca della proposta può avvenire finchè il contratto non sia concluso",* dall'altro (comma II), recita che *la revoca dell'accettazione deve giungere a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.*
La questione che ne deriva è assai urgente; infatti, interpretando *letteralmente* la disposizione in esame (ex. art. 1328 c.c.), sembrerebbe doversi dedurre che, se, per la revoca della accettazione , varrebbe il criterio della *ricezione* (vedi sopra), solo per quella (revoca) della proposta, invece, andrebbe a rilevare il diverso modello della *spedizione* che, si è detto, non essere accolto, come principio generale, dal nostro legislatore in forza dell'art. 1335 c.c. Da ciò, quindi, parte della più autorevole dottrina (tra tutti, cfr. Gazzoni., *op. cit.,)* e della giurisprudenza (cfr., tra tutte, Cass., 81/4489, in *Riv. Dir. Comm.*, 81, II, 253) hanno desunto la conclusione per cui la revoca della proposta (a differenza di quella dell'accettazione) rileverebbe quale *atto indirizzato ma non recettizio*, a voler significare che, appunto, essa (i.e. *revoca della proposta) non dovrebbe necessariamente giungere a conoscenza dell'accettante prima che l' accettazione pervenga a conoscenza del proponente*, essendo sufficiente, piuttosto, *che essa (revoca della proposta) risulti soltanto inviata (o, rectius, spedita) prima di tale momento* (i.e., conoscenza dell'accettazione da parte del proponente) che individua il *"…tempo cronologico della perfezione del contratto.."* (coì Gazzoni., *op. cit.,)* ex. art. 1326 c.c.
Così opinando, però, il risultato che ne andrebbe a rilevare sarebbe assai grave e distorsivo e, personalmente, non capisco come mai la dottrina giuslavoristica (soprattutto quella più ardente sostenitrice del c.d. *favor lavoratoris*) non abbia mai sollevato la questione che mi propongo di

affrontare; ovvero – sul presupposto per cui, normalmente, parte proponente è il datore di lavoro e accettante è il prestatore – ne deriva quanto segue.
Si immagini che il datore di lavoro abbia conoscenza dell'accettazione del lavoratore in data 5 marzo; in questo momento, secondo la regola generale (ex. art. 1326 c.c.), il contratto di lavoro risulterebbe concluso.
Si prosegua, a questo punto, ipotizzando che parte datoriale *spedisca* la sua revoca (ex. art. 1328 c.c.) in data 3 marzo e che la stessa (revoca) giunga a conoscenza dell'accettante-prestatore in data 11 marzo; *rebus sic stantibus, nulla questio* se si ritiene il carattere recettizio della revoca della proposta.
In tal caso, infatti, essendo giunta (tale revoca) a conoscenza dell accettante (prestatore) posteriormente (11 marzo) alla conclusione del contratto (i.e., conoscenza, da parte del proponente-datore, dell'accettazione dell'oblato-lavoratore e, segnatamente, nel caso in esame, in data 5 marzo), la suddetta revoca non sarebbe idonea a porre nel nulla la fattispecie negoziale (lavoristica) già validamente conclusa e, per ciò solo, irretrattabile.
Diversamente, invece, accadrebbe allorchè si accolga la sopra esposta tesi della *non recettizietà della revoca della proposta;* in tal caso, infatti essa (revoca) risulterebbe senz'altro idonea ad impedire la formazione del contratto in quanto spedita anteriormente (i.e., nel caso in esame, 3 marzo) alla conclusione del contratto (nel caso in oggetto, 5 marzo) pur se pervenuta al lavoratore successivamente (11 marzo) al momento in cui il proponente (datore di lavoro) aveva avuto conoscenza dell'accettazione del prestatore (5 marzo). *Ergo,* il contratto non risulterebbe concluso nonostante il legittimo affidamento sulla perfezione del vincolo negoziale da parte del lavoratore la cui posizione giuridica risulterebbe senz'altro svantaggiata. *Rebus sic stantibus… quid iuris?* Due, astrattamente, le prospettive di analisi perseguibili; o "rifugiarsi" nei fragili (come ormai più volte dimostrato) terreni speculativi del *favor lavoratoris* – ipotizzando "eccentriche" regole diverse solo per il sinallagma lavoristico – ovvero rivedere le suddette premesse civilistiche di riferimento. Personalmente, si ritiene di dovere seguire quest'ultima strada di indagine che, a parer mio, risolverà le conseguenze (apparentemente) paradossali di cui si è detto.
Ovvero, quanto sopra globalmente considerato (cfr. retro) andrebbe a derivare dalla tesi della (presunta) natura *non recettizia* della revoca della proposta fondata (tale tesi), essenzialmente, su due argomenti letterali ex. art. 1328 c.c
Il primo (argomento) lo si è già analizzato e consiste, in sintesi, nella diversa regola prevista, *letteralmente,* dalla disposizione in esame (art. 1328 c.c.) tale per cui *se la proposta può essere revocata finchè il contratto non sia concluso, la revoca dell'accettazione* (invece) *deve giungere a conoscenza del proponente prima dell'accettazione* (per le connese conseguenze logiche derivanti si rinvia a quanto appena sopra già ampiamente considerato); il secondo, invece, si fonderebbe sull'obbligo di indennizzo (previsto dall'art. 1328 c.c., comma 1) a carico del proponente, "*…allorchè l'accettante abbia iniziato in buona fede l'esecuzione della prestazione prima di aver conoscenza della revoca della proposta…*" . Da quest'ultima norma (i.e., obbligo di indennizzo), i sostenitori (tra tutti, in tal senso, cfr. Gazzoni., *op. cit.,)*della già analizzata tesi della *non recettizietà della revoca della proposta* ne hanno desunto una tacita ammissione *ex lege (*circa il suo *bonum* giuridico) affermando che il legislatore – attraverso la suddetta previsione di responsabilità per atto lecito (in termini, appunto, di indennizzo) – si sarebbe preoccupato di "riequilibrare" le posizioni tra i paciscenti (tra tutti, in tal senso, espressamente Gazzoni., *op. cit.,)* non perfettamente assimilabili nei termini in cui retro precisati.
Entrambi gli argomenti, però, non sono decisivi.
Quanto al primo (cfr. retro), esso sarebbe frutto di una interpretazione *capziosa* e *pedante,* contraria al principio generale di buona fede come stigmatizzato ex. art. 1366 c.c.; piuttosto, dovrebbe suggerirsi una logica ermeneutica *sistematicamente orientata* (ex. art. 1363 c.c.), a guisa da dover concludere nel senso che la previsione testuale per cui (almeno letteralmente) *solo la revoca della accettazione* (e non anche della proposta) sarebbe tale da dover giungere al proponente prima che questi abbia avuto conoscenza della accettazione dovrebbe essere letta alla luce del principio generale adottato in materia – ovvero, (cfr. retro,) quello della ricezione – che andrebbe, per ciò solo, ad includere anche la revoca della proposta, sottoponendola (tale revoca della proposta) alla stessa regola espressamente prevista, ex lege, soltanto per la revoca della accettazione. Più semplicemente, non vi sarebbe alcun valido motivo per distinguere fra le due ipotesi "normative" (i.e., revoca proposta ed accettazione) che, piuttosto, esigerebbero una *disciplina omologa* in forza del principio per cui *eadem ratio* (i.e., sia proposta che accettazione sono espressioni del consenso) *eadem dispositio* (ergo, entrambe andrebbero regolate secondo i medesimi criteri di riferimento). *Ergo,* in sintesi, anche la *revoca della proposta (al pari della accettazione) sarebbe da*

*configurare come atto necessariamente recettizio*_con tutti i connessi corollari logici, sul piano della disciplina in concreto applicabile, che ne derivano (cfr. retro)
Quanto al secondo argomento (cfr. retro), invece, si dovrebbe osservare come la disposizione in oggetto (che prevede l'obbligo di indennizzo ex. art. 1328 c.c.) potrebbe giustificarsi anche accogliendo la tesi del carattere recettizio della revoca della proposta; infatti, pur così opinando (recettizietà revoca proposta), sarebbe pur sempre possibile che essa (i.e. revoca proposta) vada a precludere la conclusione del contratto quando l'oblato avesse già iniziato in buona fede l'esecuzione della prestazione legittimando e giustificando, per ciò solo, il suddetto obbligo di indennizzo (ex. art. 1328 c.c.)
Ergo, la corretta chiave ermeneutica per spiegare la scelta legislativa (ex. art. 1328 c.c.) che prevede l'indennizo solo a favore dell'accettante (lavoratore) e non anche del proponente (datore di lavoro) dovrebbe ricercarsi non già sotto il profilo della non recettizietà della revoca della proposta ma, piuttosto, sul piano della diversa meritevolezza dell'affidamento delle parti (cfr. nota 361); ovvero, mentre l'oblato (lavoratore) potrebbe (a buon diritto) "contare" sulla conclusione del contratto come "conseguenza" normale del suo atto di accettazione , il proponente (datore di lavoro) non potrebbe fare ragionevole affidamento su tale risultato (conclusione del contratto) sol perché abbia indirizzato all'oblato la sua proposta richiedendosi, piuttosto, una accettazione (conforme) del destinatario (della proposta) ex. art. 1326 c.c.
Infine, un ulteriore argomento *in favor* alla tesi (come personalmente sostenuta) del carattere recettizio della revoca sia della proposta che della accettazione la si rinviene anche in forza del c.d. *principio di equita pattizia* – tale per cui, così Bianca., *"…proponente ed accettante… devono ugualmente volere e concorrere, in condizioni paritarie alla conclusione del contratto"* – in omaggio al "dogma" civilistico della c.d. *equivalenza negoziale* ; *ergo* – tornando all'ottica lavoristica come *retro* suggerita – l'apparente situazione deteriore del prestatore (relativamente alla questione della revoca, si rinvia al modello logico *retro* delineato) sarebbe senz'altro risolta ma – si badi bene – ancora una volta non già per un principio di *favor lavoratoris* ma, piuttosto, per coerente applicazione di argomentazioni di stretto rigore privatistico come quelle (spero convincenti) sin qui rese.
[380] Come rileva chiaramente nel testo, *proposta ed accettazione* sono gli *atti* "principe" attraverso cui si "snoda" lo schema principale di formazione del contratto e – per quel che a noi più interessa – il vincolo negoziale di matrice lavoristica in riferimento al quale *datore di lavoro* e *prestatore* rileveranno, rispettivamente, quali (normalmente) *proponente ed oblato ;* dimostrata la stretta inerenza all'oggetto del nostro studio – soprattutto in forza delle considerazioni di cui alla nota che precede – si passi ad analizzare la loro *natura giuridica* limitatamente alle questioni più controverse che è bene chiarire nell'ottica delle successive considerazioni giuslavoristiche che che ne seguiranno.
Secondo una prima tesi, proposta ed accettazione sarebbero *atti giuridici in senso stretto* (e, segnatamente, *prenegoziali*) in quanto essi non produrrebbero alcun effetto *contrattuale (*anteriormente alla conclusione del *vincolo pattizio)* ma, bensì, meri *effetti legali*;questa posizione teorica, però, non andrebbe a spiegare *in che modo* il contratto, *atto di autonomia privata per eccellenza*, sia costituito da atti in sé *non negoziali* e, per ciò solo, si risolverebbe in una inaccettabile *contradictio in terminis.* In tal senso, tuttavia, autorevole dottrina; tra tutti, cfr. Mirabelli (*Dei contratti in generale, op. cit.,*) per il quale "*…la proposta e l'accettazione non sono negozi giuridici…ma negozio è il contratto che entrambe le comprende; come porzioni di un negozio, diventano impegnative nel momento in cui il negozio è concluso; prima di tale momento, essendo atti giuridici, producono soltanto gli effetti previsti dalla legge…";* Santoro Passarelli., (*Dottrine gnerali del diritto civili., op. cit.,*) per il quale "*…nella proposta ed accettazione… la volontà, ancora in movimento, è diretta a produrre un effetto provvisorio… che si esaurisce nella predisposizione del negozio";* quanto alla giurisprudenza, cfr. Cass., 17 gennaio 1975 n. 193 in *Temi*, 1975, la quale si esprime nel senso che "*…proposta ed accettazione sono configurabili come atti prenegoziali… vale a dire atti giuridici in senso stretto che precedono la formazione del contratto…".*
Seguendo un secondo filone dottrinale (in realtà, minoritario), invece, proposta ed accettazione andrebbero considerati quali *negozi giuridici, in forza della loro idoneità a produrre effetti (negoziali) anche anteriormente alla conclusione del vincolo contrattuale*; tuttavia, a differenza del contratto (*negozio giuridico bilaterale*), si tratterebbe di *negozi giuridici unilaterali.* Anche in riferimento a questa posizione teorica, però, non si tarda a rilevare una intima *contraddizione logica interna* allorchè i sostenitori di questa tesi non spieghino in che modo, da un punto di vista giuridico, il contratto (di rilievo bilaterale) possa risultare come (una improbabile) *sommatoria* di *negozi giuridici di altra natura e distinta struttura ontologica (*i.e., atti unilaterali)*;* così anche Moscarini., (*Lezioni Accademiche, 1998-*

1999, Roma) per il quale "*…sembra davvero comodo ma illogico dire che la bilateralità del contratto sia risultato di due unilateralità…quella di proposta ed accettazione che si sommano tra loro….".*
Pertanto, sembra doversi concludere che, quanto alla *natura giuridica* , essa non possa prescindere dalla loro caratterizzazione più autentica, ovvero, dal fatto di rilevare (proposta ed accettazione) come *manifestazioni di consenso costitutive del rapporto;* in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca.,(*op, cit*) per il quale "*…mediante la proposta e l'accettazione le parti esprimono la loro adesione al programma contrattuale… manifestando l'intento di costituire, modificare, o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale….esse sono quindi, anche anteriormente alla conclusione del contratto…dichiarazioni contrattuali…. Ergo,* a parer mio, proposta ed accettazione potrebbero definirsi come *atti negoziali ontologicamente autonomi* (quanto all'*an*) *ma teleologicamente orientati* (quanto al *quomodo*) *e strumentali (*quanto al *modus operandi*) *al raggiungimento di un fine ben preciso quale è quello della conclusione della lex contractus inter partes*
Così argomentando, ne consegue che – al di là della loro rilevanza in termini di *manifestazioni attuali di consenso* – proposta ed accettazione avranno, tuttavia, una loro (seppur limitata) *indipendente* (rispetto al contratto) *rilevanza giuridica* in relazione agli effetti da esse stesse prodotti.
Per quanto concerne più specificatamente la proposta – dell'accettazione, per i residui profili, si tratterà nella nota che segue – la sua caratterizzazione giuridica più peculiare consegue dal fatto che essa (i.e., proposta) conferisce al destinatario il *potere di perfezionare una determinata fattispecie contrattuale attraverso l'accettazione che , a sua volta, si configurerà proprio quale atto di esercizio del suddetto potere;rebus sic stantibus,* in dottrina, ci si è persino chiesti se, allora, il potere di accettazione conferito all'oblato non finisca, esso stesso, a costituire un *diritto potestativo.* Non indifferenti (e, anzi, quasi paradossali in quanto non rispondenti alla realtà comune dell'esperienza!) i risvolti in ambito lavoristico; accogliendo la suddetta tesi, infatti, – avuto riguardo allo schema *generale* della *negoziazione* tale per cui il datore di lavoro, normalmente, rileva come proponente e il lavoratore come accettante – si dovrebbe giungere alla conclusione per cui il prestatore sia *titolare di un diritto potestativo* (nei confronti del creditore della prestazione lavorativa) in ordine alla conclusione (o meno) del definitivo vincolo negoziale lavorisitico!
Al riguardo, però, quella sopra espressa mi sembrerebbe una posizione teorica assai estrema e poco sostenibile anche sotto il profilo privatistico.
Vero è che l'esclusione di tale figura (i.e., diritto potestativo) non potrebbe senz'altro argomentarsi, *sic et simpliciter,* dal fatto che il proponente possa far venir meno tale potere (di accettazione) dell'oblato avvalendosi del potere di revoca (ex. art. 1328 c.c., cfr. nota che precede) in quanto – come attentamente osserva Perego (*I vincoli preliminari e il contratto.*, Milano, 1974) – "*…la revocabilità o irrevocabilità della proposta non incidono sul contenuto del potere dell'oblato… che rileverebbe quale posizione giuridica attiva… almeno fino al momento della sua estinzione attraverso la revoca..".*
Similmente, non varrebbe ad escludere la configurabilità di un diritto potestativo la mera considerazione per cui il potere di accettazione dell'oblato difetterebbe di una qualsivoglia autonoma rilevanza patrimoniale configurandosi, piuttosto, quale mera facolta della capacità di agire (così, tra tutti, Rubino., *La fattispecie e gli effetti giuridici patrimoniali,* Milano, 1939); a questa tesi, infatti, si potrebbe senz'altro obiettare che *il potere dell'oblato costituisce una posizione particolare che ha la sua fonte giuridica proprio nell'atto del proponente.*
Infine, da parte di un autorevole civilista (così Gorla., in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I), si è sostenuto che la configurabilià del potere di accettazione in termini di *diritto potestativo* non sarebbe sostenibile in forza del principio di (presunta) *incedibilità di tale potere* (di accettazione); anche al riguardo, però, residua un duplice profilo di dubbio.
Da un lato, nulla (almeno in astratto) osterebbe a che il proponente *facoltizzi egli stesso* l'oblato a cedere ad altri la proposta indirizzatagli (e, con essa, il relativo potere di accettazione) e, dall'altro, si osservi come il problema della cedibilità (o meno) del diritto potestativo dipenda, a sua volta, da quello della trasmissibilità (o meno) della posizione giuridica soggettiva su cui esso (diritto potestativo) è destinto ad incidere. *Ergo,* - coniugando il tutto nell'ottica che ci riguarda – ritengo debbasi sostenere una (distinta) *vox media* rilevante nel senso che *il potere di accettazione sarà cedibile se e nei limti in cui sarà trasmissibile e cedibile il contratto finale che la proposta stessa (e , quindi, il connesso potere di accettazione da essa sotteso) è teleologicamente orientata a concludere*
Sul punto, peraltro, si noti come una *conferma positiva* della soluzione appena sopra proposta la si rinvenga proprio in materia *lavoristica* e, segnatamente, in tema di *trasferimento di azienda,* dovendosi ammettere, ex. art. 2558 c.c., che esso (i..e, trasferimento azienda) comporti non soltanto la cessione (e,

quindi, la cedibilità) dei contratti inerenti all'esercizio dell'impresa ma anche quella (i.e. cessione) delle proposte contrattuali ancora accettabili; *ergo* – sebbene sotto un (totalmente diverso) profilo di indagine rispetto a quelli fin qui trattati – si andrebbe ad ottenere un risultato scientifico di inequivocabile significato, ovvero, tale da suggerire la natura *rigorosamente civilistica e negoziale* della disciplina lavoristica, in relazione alla quale il c.d. *favor lavoratoris* andrebbe a rilevare, ancora una volta, come mero corollario (personalmente inesistente e di nulla utilità) ideologico e *non già sub specie* di (presunta) regola precettiva insuperabile (si rinvia al complesso delle argomentazioni sin qui res) o, comunque, tale da poter fondare una qualche "devianza" rispetto al diritto comune dei contratti.
Tutto ciò premesso e considerato – e, ritornando, così, alla questione principale in esame (i..e, ammissibilità del potere di accettazione *sub specie* di diritto potestativo) – personalmente ritengo si debba adottare, sul punto, una soluzione negativa (ma) per una ragione differente da quelle sopra esposte e sostenute; infatti, è da ribadirsi che contenuto del suddetto potere (di accettazione) non sarà quello di modificare l'altrui sfera giuridica – e, segnatamente, quella del proponente (datore di lavoro), come richiederebbe una sua presunta natura potestativa – che avrà fonte esclusiva nell'accordo ma, piuttosto, quello di formare una data fattispecie contrattuale; in tal senso, cfr. Bianca.,(*op. cit*.,) per il quale, infatti, "*…l'accettazione della proposta rappresenta esercizio di tale potere e , insieme, esercizio del generale potere di autonomia negoziale… nonché esplicazione della capacità di agire…"*
Ultima questione generale da affrontare è , infine, quella che concerne la qualificabilità di proposta ed accettazione quali *negozi preparatori,* secondo l'ampia *categoria concettuale* (a tal fine proposta da Gabrielli., *Il rapporto giuridico preparatorio,* Milano, 1974) che andrebbe a comprendere *tutti gli atti finalizzati alla conclusione del contratto e, pertanto, anche quelli* (tra cui rienterebbero proposta ed accettazione) *costitutivi del negozio finale in termini esplicativi del presupposto consenso*; al riguardo, però, residua un qualche dubbio sotto il profilo sistematico.
Infatti, se verò è che proposta ed accettazione sono *manifestazioni di volontà costitutive del contratto finale,* lo è altrettanto (vero) il considerare che tali atti (proposta ed accettazione), una volta concluso l'accordo, *non si porranno più su un ontologico profilo giuridico distinto rispetto a quello del contratto, risultando, piuttosto, inscindibilmente sottesi e compresi in quest'ultimo (contratto) nel quale andranno a sovrapporsi e, in finale, a fondersi ;* pertanto, sembrerebbe preferibile riservare la qualifica di *negozi preparatori* agli atti che, invece, manterranno una *certa autonomia* rispetto al contratto finale, nel senso che, pur se strumentali ad esso (contratto), non rientreranno nell'ambito della sua stessa (e finale) fattispecie costitutiva (tra gli esempio più paradigmatici, si pensi al *contratto preliminare,* alla *prelazione convenzionale,* alle *autorizzazioni, procure convenzionali sulla forma* e, infine, con le debite cautele, ai c.d. *contratti normativi*).
Alla luce delle ampie considerazioni sopra svolte, la proposta, dunque, la si potrà definire come *manifestazione attuale di volontà contrattuale aperta all'adesione del suo destinatario* (in tal senso, cfr. Bianca., *op. cit.,)*; il suo requisito specifico – oltre a quello generale (valevole anche per l'accettazione) già individuato in termini di *idoneità ad esprimere il consenso costitutivo del contratto* – si rinvenirà nella c.d. *completezza* che indica la *sufficienza del suo contenuto ai fini della formazione del vincolo negoziale.* Più in particolare, una proposta sarà completa quando contiene la determinazione degli elementi essenziali del contratto o quando la loro determinazione sarà rimessa a criteri legali e convenzionali (in tal senso, evidente il chiaro link *concettuale* con l'art. 1346 c.c. per il quale "*…l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito e determinato o determinabile*); diversamente, sarà incompleta allorchè la sua determinazione richiederà un ulteriore accordo fra le parti e, in tal caso, (tale proposta incompleta) potrà rilevare (soltanto) quale mero *invito ad offrire* (insuscettibile di accettazione perché inidoneo ad esprimere un valido consenso negoziale; così Sacco., *op. cit.,)* o, comunque, segnare l'inizio di una nuova trattativa.
[381] Rinviando, per i caratteri generali, alla nota che precede, si precisi che l'accettazione rileva quale *atto di accoglimento della proposta;* suoi requisiti specifici sono la c.d. *conformità* e *tempestività*.
Il primo (i.e., conformità) indica la *totale adesione alla proposta* a guisa che, se l'accettazione presenta delle variazioni (o anche modifiche e/o integrazioni), sia pure su elementi non essenziali del contratto, l'accordo non si perfezionerà e l'accettazione varrà (essa stessa) come *controproposta* (art. 1326, comma V); quest'ultima, a sua volta, rileverà quale *intento di proseguire le trattative sulla base dell'offerta originaria.*
Quanto alla natura della suddetta controproposta, vorrei dar conto di una riflessione suscettibile, a parer mio, di un *peculiare risvolto* in ambito lavoristico; ovvero, se si ritiene che essa (i.e., controproposta) – pur nella sua suddetta inidoneità a concludere il contratto (ex. art. 1326 c.c., comma V) – sia da

considerare non già come *rifiuto dell'offerta* ma, piuttosto, in termini di (mero e) *non (pieno) accoglimento* della stessa (proposta), ne andrebbe a conseguire, sul piano civilistico, che la suddetta *accettazione non conforme* (e, quindi, *controproposta*) non sarà tale da poter senz'altro far caducare l'offerta (non accettata). Piuttosto, a rigore, l'oblato potrebbe sostituire alla controproposta (o *accettazione non confome*) una accettazione (successiva) pienamente *conforme* alla originaria offerta (con conseguente conclusione del contratto) purchè ciò avvenga nei termini di validità di quest'ultima (i.e., offerta) o, *rectius*, "*… in quelli ordinariamente necessari secondo la natura dell'affare o secondo gli usi"* (ex. art. 1326 c.c., comma 2); *ergo*, così opinando, si andrebbe a determinare (sempre in chiave rigorosamente privatistica) un vantaggio in capo al lavoratore (accettante) che potrà, anche in un secondo momento, *"porre rimedio"* alla sua inziale accettazione non conforme (e, quindi, *non conclusione del contratto di lavoro)* con connessa possibilità di avvalersi ancora della proposta (di lavoro) datoriale, purchè nei suddetti termini di vigenza ex. art. 1326 c.c.

Sul punto, però, la poca giurisprudenza sul tema si mostra contraria alla tesi sopra esposta (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 11 marzo 1974 n. 341 e, in dottina, cfr. Gorla., in *Riv. Dir. Civ.*, 1962, I, 220) affermando che la controproposta sia da interpretare come rifiuto dell'offerta; tuttavia, le *rationes decidendi* in tal senso utilizzate sono assai confuse e, spesso, si limitano ad esprimere *tautologici assunti* di poca coerenza (in particolare, nella pronuncia in esame, si recita nel senso che "*…la controproposta è da ritenere rifiuto dell'offerta….*" senza spendere, al riguardo, nemmeno un argomento che possa giustificare la posizione sostenuta). *Ergo*, personalmente, ritengo si tratti di una *petizione di principio (*piuttosto che di una accorta valutazione giuridica) di non chiaro fondamento razionale sotto un profilo squisitamene civilistico; in tal senso, sembra suggerire anche Sacco., (*op,.cit.,)* il quale – pur non derivandone le conseguenze come sopra esposte, assumendo, al riguardo, un atteggiamento più "moderato" – tuttavia si esprime nel senso che "*…la controproposta non può senz'altro..e presuntivamente… interpretarsi come rifiuto dell'offerta…, si tratterà, almeno di una quaestio voluntatis da accertare caso per caso…..".*

Il secondo requisito, infine, è quello della *tempestività ;* esso è garanzia di *efficacia dell'accettazione* atteso che *l'accettazione tardiva è ipso iure inefficace* salvo che il proponente la ritenga diversamente (e, quindi, efficace) ma, in tal caso, ne dovrà dare immediato avviso all'oblato (ex. art. 1326 c.c., comme III); sottesa *ratio* della suddetta disciplina è la tutela dell'accettante che, altrimenti, rimarrebbe in dubbio circa la conclusione (o meno) del vincolo pattizio e, *mutatis mutandis*, la suddetta disciplina rileva assolutamente in coerenza con il sinallagma lavoristico in relazione al quale (tale disciplina) andrebbe a risolversi, piuttosto, in una sorta di "*favor* ex lege" in capo al prestatore (accettante) a garanzia del suo interesse a sapere con esattezza se e quando il contratto di lavoro si sia validamente perfezionato.

[382]Anche sotto un profilo di indagine squisitamente positivo, infatti, vi sono dati normativi dai quali si può desumere – mediante un ragionamento logico *a contrario* – che lo stesso legislatore ha previsto e disciplinato ipotesi di conclusione del *vincolo pattizio* al di fuori del tradizionale (meccanismo di) "scambio" tra proposta ed accettazione, a guisa che quello codificato nella disposizione in esame (i.e., art. 1326 c.c.) dovrebbe rappresentare soltanto *lo schema principale di formazione del contratto* e non già, per ciò solo, una insostituibile *condicio sine qua non* per la sussistenza di un *fenomeno contrattuale globalmente inteso*.

Tra tutte, *l'eccezione* più eclatante alla "regola generale" (i.e. scambio tra proposta ed accettazione ex. art. 1326 c.c.) rileva proprio ai sensi dell'art. 1327 c.c. per il quale "*…il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione";* è da ritenere che la suddetta scelta normativa (ex. art. 1327 c.c.) trovi ragione proprio in una *particolare esigenza del proponente* – rilevante in termini di *speditezza* della prestazione – che potra derivare o dalla sua espressa *richiesta* ovvero dalla "*…natura dell'affare o secondo gli usi"*, allorchè si possa desumere che la migliore realizzazione dell'interesse creditorio dipenda dalla prontezza dell'adempimento.

Si tratta – come pur ha sottolineato Santoro Passarelli., (*op. cit.,)* – di una ipotesi astrattamente suscettibile di verificarsi anche nell'ambito della negoziazione lavoristica anche se, forse, rappresenterà una fattispecie *casisticamente* più rara (sul piano della concreta prassi) in quanto si dovrebbe ammettere una forza negoziale tale (da parte del prestatore) a guisa che questi possa senz'altro "immettersi" *nell'altrui* (quella del datore di lavoro) *sfera giuridica* (svolgendo l'attività lavorativa) senza necessità di una preventiva accettazione; in ogni caso, una volta iniziata la prestazione (nel caso in esame, di lavoro), se ne dovrebbe desumere – in via interpretativa – un obbligo (del lavoratore) di portare a termine la propria attività (così, tra tutti, Bianca., *op. cit.,)* per garantire, al massimo, anche sul piano del risarcimento del danno, il proponente (datore di lavoro) che abbia subito l'altrui ingerenza (i.e., quella del

prestatore) sia pure autorizzata ex. art. 1327 c.c. Da ciò (i.e., obbligo di continuare la prestazione), *mutatis mutandis*, qualcuno, in dottrina (così, tra tutti, Bozzi., *op. cit.*,) è giunto persino a desumere una certa *assimilazione concettuale* della disciplina in esame (ex. art. 1327 c.c.) a quella della *gestione di affari altrui* (ex. art. 2032 c.c.); sul punto, però, non ritengo in alcun modo parificabili le due situazioni negoziali in forza di una palese diversità dei rispettivi presupposti legittimanti (sul tema della gestione di affari altrui, nell'ottica lavoristica intesa, si rinvia al proseguo ed, in particolare, alla nota 646).
In ogni caso, è da ritenersi che l'inizio della esecuzione (da parte del lavoratore) debba avere una *rilevanza esterna* tale da potersi apprezzare (tale esecuzione) , ad opera di parte datoriale, come comportamento inequivoco in termini di accettazione; pertanto, ne consegue che il vincolo negoziale non sia da considerare ancora perfezionato finchè la suddetta esecuzione resti nella sfera di disponibilità del lavoratore in quanto, in questi casi, resterebbe in dubbio se l'atteggiamento da questi (lavoratore) tenuto sia tale da poter produrre effetti *in proprio* (ovvero nella stessa sfera giuridica personale del soggetto-lavoratore che lo ha posto in essere) ovvero per il proponente (datore di lavoro) con conseguente conclusione del sinallagma pattizio.
Diversamente, invece – e, quindi, nel senso della conclusione del contratto di lavoro – ritengo si debba concludere allorchè l'inizio della esecuzione della prestazione lavorativa , pur se rimasto *nella sfera di attinenza dell'oblato (lavoratore),* sia tale, tuttavia, da rendere "*ferma*" (ex. art. 1329 c.c.) la proposta (datoriale) nel senso di bloccare l'operatività di una sua eventuale revoca ; questa tesi (rigorosamente civilistica), peraltro, sembrerebbe assolutamente in linea anche con le pretese esigenze di tutela del lavoratore. Infatti – concludendosi il contratto presso l'oblato (prestatore) – l'eventuale revoca (datoriale) sarebbe senz'altro da intendere come atto recettizio (secondo la tesi sostenuta retro); in tal modo, si verrebbe a garantire pienamente il lavoratore (oblato) al quale spetterebbe di decidere se avvalersi (o meno), pervenuta la revoca, dell'inizio della esecuzione, ciò che, viceversa, non potrebbe fare il proponente (datore di lavoro).
Altra questione interessante che vorrei affrontare è, infine, quella volta a capire se sia possibile configurare una sorta di *protestatio* ad opera del lavoratore, e, cioè, una dichiarazione con cui questi (i.e., lavoratore) dichiari di non voler collegare al proprio comportamento esecutivo della prestazione lavorativa il significato di *accettazione concludente* e, quindi, di conclusione di un contratto di lavoro; sebbene potrebbe sembrare una ipotesi di improbabile applicazione – per il presunto interesse del prestatore ad essere parte di un vincolo negoziale stabile (di lavoro) – il rigore civilistico ne impone l'analisi.
Ebbene, ritengo che, sulla questione (i.e., configurabilità, o meno, della protestatio) la risposta debba essere incondizionatamente positiva per chi attribuisca al suddetto comportamento esecutivo della prestazione (ex. art. 1327 c.c.) il valore di un *negozio di attuazione* (così Santoro Passarelli., *Dottrine generali., op. cit.,* 1987, 137) o quello di un *comportamento concludente* (così, Bianca., *op. cit.,);*tuttavia, a parer mio, si potrebbe aggiungere una ulteriore osservazione al riguardo.
Ovvero, si dovrebbe poter distinguere a seconda che l'ingerenza (determinata dall'inizio della esecuzione della prestazione senza un preventiva risposta in termini di accettazione; cfr. retro) dell'oblato (lavoratore), ex. art. 1327 c.c., abbia prodotto (o meno) effetti dannosi nella sfera giuridica altrui (i.e., quella del datore di lavoro);nel primo caso (i.e., non verificazione di effetti dannosi), sarà senz'altro ammissibile la *protestatio* mentre nel secondo (sussistenza dei suddetti effetti dannosi) si dovrebbe optare per una soluzione negativa (in termini di preclusione della *protestatio*) in omaggio al già analizzato principio dell'autoresponsabilità (cfr. nota 361)
Infine si precisi che – seppur estranea alla conclusione del contratto – si richiederà, a carico dell'oblato (prestatore), una pronta comunicazione (dell'iniziata esecuzione della prestazione) che rileverà quale atto dovuto in mancanza del quale l'accettante (i.e., lavoratore) sarà tenuto non già al pagamento di una *indennità* ma, piuttosto, *a risarcire il danno* (art. 1327 c.c., comm a secondo) *subito dal proponente* (parte datoriale) che dovrà essere tutelato in quanto – a differenza della ipotesi ex. art. 1326 c.c. – non sarà a conoscenza certa circa l' *an* della conclusione del contratto.
Quanto alla fonte del suddetto *obbligo risarcitorio,* si tratterà di un preciso obbligo di legge che è da ricondurre al più generale principio di correttezza e di buona fede fissato dagli artt. 1375 e 1175 c.c. (così Gazzoni., *op. cit.,)*; in riferimento al *quantum*, si farà riferimento alle *eventuali spese sostenute per altre trattative e all' eventuale costo dell'impegno assunto con altri per la stessa prestazione,* con la debita precisazione per cui si dovrà, comunque, applicare la disciplina della responsabilità contrattuale "*…ad onta del fatto che l'inadempienza non riguardi il programma pattizio…ma, piuttosto, un dovere legale…*

dal momento che la contrattualità o la legalità della obbligazione, da questo punto punto di vista sono del tutto indifferenti…"(così, Gazzoni., *op. cit.,)*

Ciò premesso e considerato – per quanto a noi più interessa in relazione al tema trattato – si osservi che anche il *modello di conclusione del contratto* ex. art. 1327 c.c. integrerà, in ogni caso, gli *estremi dell'accordo*; *l'esecuzione*, infatti, rileverà, essa stessa, come *manifestazione tacita del consenso dell'accettante* rappresentando, anzi, il *modello di accettazione tacita per eccellenza.*

Pertanto, non si ritiene di poter concordare con quella dottrina che, sulla eco della esperiena tedesca (si rinvia al capitolo che precede) ha individuato in quello previsto dalla suddetta disposizione normativa (i.e.. art. 1327 c.c.) il paradigma positivo di riferimento su cui "costruire" il distinguo concettuale tra i c.d. *negozi di attuazione* – nel cui ambito rientrebbe anche l'ipotesi del contratto concluso per *esecuzione*, e caratterizzato dalla *immediata realizzazione della volontà negoziale piuttosto che dall'accordo* – e i più classici modelli di *negozi dichiarativi* ai sensi dell'art. 1326 c.c.

Piuttosto, si osservi che *i contratti che si concludono mediante esecuzione* possono anche perfezionarsi mediante *accettazione espressa* (tipico esempio è proprio il contratto di lavoro!) e, pertanto, l'*attuazione immediata della prestazione* è solo uno dei (tanti) modi in cui può manifestarsi la volontà dell'oblato non giustificando, quindi, l'idea di un speciale categoria di negozi a tal fine rilevante; in tal senso, con il suo tipico rigore espositivo, tra tutti, cfr. Bianca (*op. cit.,*) il quale, in riferimento allo shema di conclusione del contratto ex. art. 1327 c.c., si esprime nel senso che "…*non sembra ammissibile il richiamo ad una disciplina diversa da quella che governa l'accordo contrattuale….".*

Altra deroga testuale al modello tradizionale (ex. art. 1326 c.c.) è quella rappresentata dalla assai discussa ipotesi del c.d. *contratto con obbligazioni a carico del solo proponente* di cui all'art. 1333 c.c.; in materia, si rinvia alla seconda parte della nota 316 (nell'ultimo paragrafo del capitolo I) allorchè si è trattato della fattispecie in esame in relazione alla questione del c.d. *pagamento traslativo* nell'ottica *causalmente orientata* del contratto di lavoro.

In tal sede, ci si soffermi soltanto ad analizzare la sua concreta applicabilità (art. 1333 c.c.) nell'ambito lavoristico; seguendo la dottrina del Benedetti., (*op. cit.,)* si dovrebbe distinguere tra *rifiuto impeditivo* e *rifiuto eliminativo.* Se, nel primo caso, il soggetto andrebbe ad *impedire* un acquisto al proprio patrimonio, nel secondo (i.e., *rifiuto eliminativo*, ovvero il caso di cui all'art. 1333 c.c.) si dovrebbe concludere nel senso che si andrebbero a rimuovere *effetti già prodotti ma non ancora stabilizzati.*

Riprendendo tutte le considerazioni già spese nell'ambito della suddetta nota richiamata (n. 316 del capitolo I), la questione rileverebbe ancor più urgente proprio in relazione al nostro oggetto di studio; ovvero – attesa la *implicazione personalistica* connessa al vincolo negoziale dell' obbligazione di lavoro (cfr. retro) – ci si chieda se ci si possa davvero accontentare di un mero *potere di rifiuto* da parte del lavoratore in vece di una sua piena manifestazione volitiva tesa a dichiarare il proprio intento di *mettersi alle dipendenze del datore di lavoro* (i.e., subordinazione) ex. art. 2094. Al riguardo, mi sembra di poter condividere senz'altro la posizione del Gazzoni per cui "….*questa fattispecie negoziale* (i.e., art. 1333 c.c.) *sarebbe poco applicabile e riferibile al vincolo lavoristico….. dal momento che, in relazione allo stesso* (i.e., rapporto di lavoro),…*sembrerebbe già poco immaginabile l'idea di una proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente….* (*datore di lavoro)… e non già per il lavoratore….* "; piuttosto, sarebbe meglio configurare il suddetto art. 1333 c.c. "….*come negozio rifiutabile gratuito* – e quindi non attinente al contratto di lavoro che, per definzione, è oneroso *(*sul punto si rinvia al capitolo che segue allorchè si analizzerà il *sinallagma lavoristico*) – … *il quale, come appunto la donazione, produce effetti sia reali che obbligatori… trattandosi di uno schema aperto… giustificato causalmente dall'interesse patrimoniale del promittente o del tradens… in termini di motivo oggettivato…."*

Infine, si faccia nota (sempre nell'ambito dei modelli alternativi a quello ex. art. 1326 c.c.) della c.d. tecnica di *formazione progressiva dell'accordo,* di matrice giurisprudenziale, che rileva allorchè le parti procedano, *gradatamente* , alla conclusione del vincolo negoziale, nel senso di "approvare", via via, alcuni "aspetti" del loro *regolamento negoziale* per poi procedere nelle trattative rispetto agli altri (profili) ancora residui; in tal senso, tra tutti, cfr. Cass., 7 gennaio 1993 n. 77 (in *Contratti,* 1993) per la quale "…*si ha formazione progressiva del contratto quando le parti si scambiano una serie di proposte e controproposte, raggiungendo gradatamente l'accordo su i vari punti che compongono il contenuto del futuro contratto, fino a giungere ad un atto che, non contenendo modificazioni delle precedenti proposte, può essere considerato accettazione defintiva o perfezionamento del contratto… In un contratto a formazione progressiva vi è un momento nel quale l'accordo raggiunto, anche se incompleto rispetto a tutti gli altri intenti economici e pratici, è voluto dalle parti come fonte dell'obbligazione…".*

Ergo, in relazione ai c.d. *rapporti di fatto,* la loro più intima e peculiare caratterizzazione *ontologica* potrebbe (soltanto) *mutare* [383]sotto il profilo delle *modalità operative*[384] di perfezionamento del *sinallagma (contrattuale) pattizio*[385], ma non già

In questi casi, in termini generali, si deve ritenere che il *contratto non sia concluso* sino a quando rimangano *sospesi* alcuni elementi del regolamento negoziale – si tratti di elementi principali o accessori – salvo che le parti abbiano manifestato chiaramente la volontà di costituire senz'altro ed immediatamente il *vincolo pattizio* e di rimettere ad un momento successivo la determinazione degli altri elementi ancora in discussione; in quest'ultima ipotesi, però, - in omaggio alle disposizioni di cui all'art. 1325 e 1346 c.c. – sarà necessario che vi sia una *determinazione minima* dalla quale risulti , almeno, la *causa* (a conferma della sua valenza essenziale nell'ambito della *lex contractus,* si rinvia al capitolo che precede) e il *genus* delle prestazioni negoziali dedotte nel sinallagma pattizio. Al riguardo, non sembrano porsi ulteriori e peculiari problemi di *compatibilità* con la fattispecie lavoristica tale da poterne giustificare una più particolare attenzione speculativa; così anche Bianca., (*op. cit.,)* per cui "*…si tratta di un modello generale… che non sembra ostare a qualsivoglia contenuto pattizio del vincolo obbligatorio….quale che sia il suo rilievo sostanziale…".*

Sintetizzando quanto fin qui ampiamente considerato, ne deriva che – essendovi *alternative normative* (tra tutte, per quel che a noi più interessa sotto il profilo del raggiungimento del consenso, quelle ex. artt. 1327 e 1333 c.c.) allo schema "classico" di formazione del contratto mediante scambio di proposta ed accettazione – nell'ambito dei rapporti (contrattuali) di fatto si potrà fare (senz'altro) riferimento ad un *procedimento negoziale diverso* da quello previsto ex. art. 1326 c.c. senza che, per ciò solo, possa concludersi circa una (infondata) *alterazione logica* (così, tra tutti, Pothoff., *op. cit.,)* della fattispecie in oggetto (in particolare, per quel che a noi concerne, rapporto di lavoro di fatto) *tale da doverne escluderne la sua intima valenza negoziale;* segnatamente (e sintetizzando), il modello operativo più frequente sarà – al di là di quelli sopra considerati e degli altri riferimenti sul tema di cui *retro* – quello del *silenzio significativo* o *comportamento concludente* di cui, rispettivamente, alle nota precedenti in cui le singole tematiche sono state ampiamente studiate.

[383] In tal senso, efficace l'espressione del Funaioli., (*I rapporti di fatto in materia contrattuale., op. cit.,*) per il quale "*…con riferimento al rapporto contrattuale di fatto… esso sfumerà nel meccanismo di proposta ed accettazione…. in qualcosa dai contorni imprecisi…."*

[384] Ovvero sul piano del *modus operandi* o, *rectius,* del c.d. *quomodo* della *negoziazione sub specie* – come ampiamente *retro* dimostrato – di *schemi perfezionativi del vincolo contrattuale alternativi* a quello tradizionale dello *scambio tra proposta ed accettazione ex. art. 1326 c.c.* (si rinvia al complesso delle considerazioni che precedono).

[385] Sul problema del *sinallagma,* nell'ambito del vincolo obbligatorio lavoristico (prestazione di lavoro/obbligazione retributiva), ci si soffermerà analiticamente nel capitolo che segue e ad esso si rinvia; in termini generali, però, – per meglio comprendere gli orizzonti normativi cui si sta accedendo – si precisi che la *corrispettività delle prestazioni contrattuali* sta ad indicare che *"…la prestazione di una parte trova remunerazione nella prestazione dell'altra"* (così Bianca., *op. cit.,)* a guisa che quest'ultima (i.e., corrispettività), a sua volta, comporterà (normalmente) un *condizionamento reciproco tra le obbligazioni delle parti* (così Bianca., *op. cit.,)*

Al riguardo, si è soliti distinguere tra *sinallagma genetico e sinallagma funzionale* a seconda che si abbia riguardo, rispettivamente, al *momento iniziale* delle prestazioni – nel senso che, ad esempio, l'impossibilità *ab origine* di una (prestazione) renderà nullo l'intero contratto e, quindi, non renderà dovuta la controprestazione – o a quello (momento) *funzionale* che attiene, invece, al profilo *attuativo del regolamento pattizio* ed il cui "difetto" (così Gazzoni., *op. cit.,)* potrà legittimare, ad esempio, le forme di autotutela contrattuale ex. artt. 1460 e 1461 c.c. nonché, in generale, l'istituto della risoluzione.

Una questione connessa che è necessario, già in via preliminare, affrontare in tal sede è quella che concerne il *distinguo tra corrispettività ed onerosità* nel senso che non è sufficiente il dato dell'esistenza di prestazioni a carico di entrambe le parti (i.e., nel caso in esame, obbligazione di prestazione in capo al lavoratore e obbligazione retributiva in capo al datore) per identificare, senz'altro, il nesso di corrispettività; per meglio intendersi, si pensi, ad esempio, all'obbligo che un modo può imporre al donatario il quale (modo), però, non costituisce il corrispettivo dell'attribuzione donativa.

Tuttavia, è difficile, in concreto, passare ad una chiara ed inequivoca argomentazione di *pars construens* che sia in grado di individuare, con esattezza, la portata sostanziale del legame logico-concettuale

esistente tra *prestazione e controprestazione* di un regolamento pattizio, a guisa che la stessa nozione di *corrispettività* va a configurarsi come una sorta di *quid nebuloso* di difficile individuazione dogmatica.
In tal sede, seppur brevemente (in quanto, come accennato, il tema sarà tratto nel proseguo) vorrei "sgombrare" il campo teorico di indagine (c.d. *pars destruens* dell'argomentazione) da tradizionali posizioni dogmatiche non del tutto convincenti per poter inziare il nostro studio sul *sinallagma lavoristico* (cfr. capitolo successivo) in maniera più agevole e *scientificamente vergine* da fuorvianti precomprensioni ideologiche; sul punto, in particolare, tre le tesi maggioritarie che sono state (pur autorevolmente) sostenute
Secondo un primo filone teorico, vi sarebbe corrispettività quando ciascuna prestazione sia causa dell'altra (così Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile, op. cit., ;* Cataudella., *Sul contenuto del contratto, op. cit., ;* Id., *Bilateralità, corrispettività., op. cit.,;)* questa tesi, però, non sembra assolutamente convincente proprio alla luce dello studio sull'elemento causale del contratto come fin qui perseguito (cfr. capitolo che precede) in quanto, così opinando, sembra senz'altro richiamata la concezione speculativa (ormai superata) che ravvisava una causa distinta per ciascuna obbligazione contrattuale (sul punto, si rinvia alle ampie considerazioni di cui al capitolo I).
Secondo una altra ricostruzione teorica, invece, la corrispettività si andrebbe a risolvere, senz'altro, nella *interdipendenza delle prestazioni* (così Messineo., *Contratto, diritto privato,* in *Enc. Dir. IX*, 910; Id., *Contratto in genere,* I; *op. cit., ;* Allara., *op. cit.,*); anche questa posizione logica, però, non sembra convincere in quanto va a capovolgere i termini della questione "scambiando" l' *id est* della nozione (i.e. corrispettività) con quello che ne è l' *effetto* derivante.
Ovvero, la suddetta *interdipendenza* è la *regola* che consegue alla corrispettività ma non ne rappresenta la intima *natura giuridica ed ontologica;* sarebbe come affermare, *mutatis mutandis,* che il contratto *disciplina i rapporti tra le parti* senza nulla dire circa la sua *fisiologica valenza sostanziale* in termini di *accordo negoziale* (cfr. retro).
A ciò si aggiunga che l'interdipendenza (tra le prestazioni) non è una caratterizzazione esclusiva dei contratti a prestazioni corrispettive e non può, quindi, servire a identificare il concetto stesso di *corrispettività*; infatti, una sorta di *interdipendenza reciproca* (tra le prestazioni) *lato sensu* intesa la si potrà senz'altro riscontrare in tutti gli strumenti negoziali in cui la prestazione di una parte assuma una certa importanza nei confronti dell'altra ai fini della stessa determinazione della *causa concreta* (cfr. retro) del contratto posto in essere (ad esempio, si pensi al contratto di società che non è a prestazioni corrispettive ma nell'ambito del quale, però, la prestazione di ciascuno dei soci può essere talmente importante per l'economia del contratto da condizionare l'attuazione del programma sociale e, pertanto, da condizionare la prestazione degli altri).
Del resto, è da osservare che la naturale *tensione* di una prestazione all'interesse dell'altra parte non è elemento scriminate una *peculiare caratterizzazione contrattuale* (quale potrebbe essere la corrispettività) ma, piuttosto (come ampiamente studiato retro nonché ulteriormente approfondito nel capitolo che segue), sarà *elemento fisiologico e coessenziale* di ogni rapporto obbligatorio ex. art. 1174 c.c. ai sensi del quale "*…la prestazione…. deve corrispondere ad un interesse…. del creditore* " e, quindi, *mutatis mutandis,* della controparte negoziale.
Taluni, infine (cfr. Scalfi., *Corrispettività ed alea dei contratti., op. cit.,)* hanno fatto coincidere la nozione in eame (i.e. corrispettività) nella mera *equivalenza tra le prestazioni;* anche sul punto, però non può tacersi almeno un profilo di critica in quanto trattasi di due concetti (i.e., equivalenza e corrispettività) che, quand'anche *pragmaticamente* assimilabili, tuttavia, sono *ontologicamente differenti* attenendo la prima (i.e., nozione di equivalenza) ad un profilo *ulteriore e valutativo* (rispetto alla seconda, i.e., corrispettività) che concerne la *consistenza "qualitativa*" (così Stolfi., *op. cit.,)* delle prestazioni; più in particolare, se la c.d. *equivalenza oggettiva* indica il *"valore economico di una prestazione che corrisponde obiettivamente all'altra"*, quella (equivalenza) soggettiva, invece, va a rappresentare l' *equilibrio iniziale di valori quale risulta fissato nei singoli contratti*" (sul punto, tuttavia, si tornerà meglio nel proseguo, i.e., capitolo successivo).
Cio premesso e considerato, giungiano alla prospettiva di indagine (*pars construens*) che occuperà il nostro successivo studio lavoristico (capitolo IV) sul tema; a parer mio, infatti, anche la *corrispettività* dovrà esser letta alla luce dell'elemento causale .
Ovvero, essa (i.e., nozione di corrispettività) rappresenta la *proiezione sistematica della causa generale del contratto nei singoli atti adempitivi dei paciscenti* a guisa che *– lungi dal potersi configurare una causa parziale di ciascuna obbligazione* – l'elemento causale, piuttosto, sarà unitario e tale, nel contempo, da essere singolarmente "*apprezzabile*" alla luce di ogni prestazione che sarà *corrispettiva*

sul piano dell'_*an* o, *rectius*, della *natura giuridica*[386] che rileverebbe, piuttosto, nella sua più esclusiva e peculiare *essenza privatistica* e *negoziale*[387].

---

all'altra nel senso che ne individuerà *la speculare dimensione parallela* nell'ottica *sintetica e globale* degli interessi perseguiti.
Da ciò deriverebbe, *naturaliter,* la intima *connessione eziologica tra le prestazioni* contrattuali dedotte nel sinallgma*;* pur se autonome, esse (i.e., prestazioni) saranno reciprocamente inseparabili a guisa che ciascuna di esse (i.e., prestazioni) "*si completerà*" con l'altra dando significato più compiuto alla operazione economica posta in essere.
Permettendomi un esempio concreto, le due prestazioni di un contratto potrebbero paragonarsi (con tutte le evidenti cautele del caso!) alle duplici parti di una medaglia; quest'ultime (parti della medaglia) sono (reciprocamente) autonome ed indipendenti a guisa che ciascuna di esse potrà essere apprezzata e individuata singolarmente ma, pur tuttavia, nessuna di esse (i.e., parti della medaglia) potrà essere *naturalisticamente* separata dall'altra in quanto entrambe sono componenti di un "tutto unitario" (i.e.la medaglia) non frazionabile al suo interno o, *rectius*, di un concetto "sovraordinato" (a ciascuna delle parti costituive) che, seppur non "tangibile", è tale da dare significato concreto alle due componenti richiamate (i.e. le singole parti della medaglia) attraverso una globale *reductio ad unum* (che si realizza, appunto, nella *distinta* nozione di medaglia) di (nuova) unitarietà (e valenza) concettuale che le (ci si riferisce alla suddette parti costitutive) comprenderà, presupponendole in via necessaria e "sintetizzandole" nella loro autonoma rilevanza ontologica.
Qualcosa di simile, *mutatis mutandis,* avviene nell'ambito del contratto, e segnatamente, nell' *operare* del vincolo obbligatorio lavoristico; le due sfere della medaglia saranno, da un lato, l'obbligazione del prestatore a lavorare e, dall'altra, l'obbligazione retributiva di parte datoriale. Ciascuna di esse avrà una sua propria *autonomia giuridica* (ex. art. 1174 c.c.) con connessa disciplina che analizzeremo (nel capitolo che segue) ma ambedue troveranno compiuto significato in un "*ulteriore*" elemento *presupponente (*le stesse prestazioni*) e presupposto* (dalle stesse prestazioni) che le renderà (le suddette "singole" obbligazioni di parte datoriale e lavoratore) *giuridicamente apprezzabili* o, *rectius*, più conformi agli interessi perseguiti *nella unitarietà logico- concettuale del concetto stesso di sinallagma* (anche sotto il profilo etimologico, infatti, si ricordi che la nozione in esame – sinallagma – deriva dal greco "sun-lego" che significa proprio "legare insieme")
Tale elemento "unificante" sarà il già individuato "*concetto*" sovraordinato o, *rectius*, la c.d. *ratio essendi* di ogni fenomeno contrattuale e, quindi, in finale, l'elemento della *causa*, ancora una volta – e, forse, in maniera ancor più concreta – confermata nel suo *intrinseco valore sostanziale di condicio sine qua non* di qualsivoglia fattaispecie negoziale *stricto sensu* intesa.

[386] Si rinvia al complesso delle considerazioni svolte di cui nel testo e, soprattutto, alle premesse introduttive quanto al concetto di "natura ontologica" di una *fattispecie giuridica negoziale*

[387] In tal senso, infatti, la dottrina più autorevole (così, tra tutti, cfr. Franceschelli., *Premesse generali sui rapporti di fatto, op. cit.,*) ha osservato che i c.d. *rapporti contrattuali di fatto* nascerebbero proprio "*ad imitazione*" (sul punto, successivamente nel testo) di quelli (i.e., rapporti) tipici disciplinati dalla legge; tale *comportamento imitativo* posto in essere, però, sarebbe da ascrivere al *nucleo funzionale del rapporto* e non già al suo *momento genetico,* e ciò, per una ragione, a parer mio convincente, che potrebbe sintetizzarsi nei termini che seguono. Ovvero, le parti del rapporto contrattuale di fatto adeguano la propria azione direttamente allo *schema attuativo del rapporto tipico*, così valorizzandone l'attitudine a produrre effetti giuridici pur in mancanza di una conforme dichiarazione di volontà; ma ciò – si badi bene – sembra rilevare come il risultato (ex post) della successiva *ermeneutica* della stessa *fattispecie fattuale* posta in essere e non rappresenta, invece, la portata dello stesso *atteggiamento volitivo* delle parti come *ex ante* presupposto dalle stesse (parti) al momento della realizzazione del *fatto/comportamento,* volto a realizzare quel determinato *rapporto di fatto* di cui si tratti nel singolo caso di specie.
Pertanto, ne consegue che, solo allorquando si sia accertata la riconducibilità dell'azione delle parti allo schema attuativo di un contratto tipico, si potrà parlare di *imitazione*; diversamente – ove il comportamento privo della *espressa manifestazione del consenso* (e, per ciò solo, secondo l'ottica già analizzata, *rapporto fattuale*) risulti irrilevante per l'ordine *legale* – non sarà in alcun modo rinvenibile alcun *modello contrattuale* da ritenersi *imitato* e, pertanto, dovrà verificarsi, di volta in volta, la *legittimità giuridica* del *fatto/comportamento* posto in essere in termini di compatibilità (o meno) con gli orizzonti *normativi* del sistema giuridico di riferimento.

Ciò premesso e considerato, la chiara *eco giuslavoristica*[388] (nonché di rilievo *causalmente* orientato) dell'ampia trattazione svolta non tarda a scorgersi.

Sotto il profilo sistematico, infatti, si impone una prima ed importante *summa divisio* a seconda della loro[389] *origine genetica*[390]; più in particolare, si deve distinguere tra *rapporti di fatto derivanti da un comportamento posto in essere dalle parti ad* imitazione[391] del rapporto di diritto corrispondente[392], da un lato, e *rapporti di fatto* conseguenti da un *negozio invalido*[393], dall'altro.

A tal fine (i.e., compatibilità del fatto/comportamento alla luce degli orizzonti normativi del sistema giuridico di riferimento), il parametro valutativo da adottare personalmente ritengo si debba rinvenire, anche in questo caso, nell'ambito applicativo della (già ampiamente studiata , si rinvia alla premessa introduttiva nonché al capitolo I) disposizione ex. art. 1322 c.c, comma secondo, e, quindi, rileverà in termini di *meritevolezza (o meno)* degli interessi perseguiti dai paciscenti attraverso quel determinato rapporto (contrattuale) di fatto posto in essere; giungendo alla suddetta prospettiva interpretativa (i.e., quella ex. art. 1322 c.c., comma secondo) – che, in base a quanto ormai sin qui "costruito", si può senz'altro definire come *indice tendenzialmente esplicativo* della sussistenza di un *fenomeno (giuridico) di indole senz'altro negoziale* – l'iter logico-scientifico volto a dimostrare la riconducibilità dei rapporti di fatto agli *orizzonti contrattuali* sembra ulteriormente e compiutamente definito (si rinvia, come presupposto teorico a quanto sin qui osservato, alle ampie considerazioni di cui *retro)*

[388] Al di là dei singoli profili di indagine già specificatamente individuati al riguardo; cfr. *retro*

[389] I.e., ci si riferisce ai suddetti rapporti di fatto

[390] Sui relativi presupposti teorici cfr. retro, a partire dall'inzio del presente paragrafo con connesse note

[391] Rinvio alla nota 387

[392] Tra le ipotesi più rilevanti, si ricordino – per la maggiore attinenza all'oggetto del nostro studio – *in primis,* quella del *rapporto di lavoro di fatto* (su cui, analiticamente, in proseguo nel testo, alla luce delle premesse generali come fin qui svolte*)* ma anche altri tipici esempi per i quali si rinvia alle apposite trattazioni specifiche; si pensi, tra tutte, alle fattispecie delle c.d. *società di fatto* (cfr. la più recente elaborazione teorica di matrice commercialistica e, in particolare, sullo specifico argomento, Marasà., *Le Società, Le Società in generale,* II ed. in *Trattato di diritto privato,* a cura di Iudica-Zatti, 2000; Natoli., *Riflessioni sulle società di fatto,* Varese, 1972) e degli *amministratori di* fatto, tipica, quest'ultima, della diciplina penal commercialistica (tra tutti, cfr. Minervini., *Gli amministratori., op. cit.,* Bonelli., *La responsabilità degli amministratori di fatto., op. cit*., Ondei., *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto* in *Ann. Dir. Proc. Pen.,* , 1934; Escobedo., *I cc.dd. Amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice,* in *Giust. Pen.,* 1933, III)

A queste , per esigenze di completezza espositiva, si aggiunga l'ulteriore casistica – ancor più apprezzabili sul piano *pragmatico* della concreta attuazione del rapporto – rappresentata dal c.d. *monopolio di fatto* – che rileva allorchè si esercitino, in fatto, poteri monopolistici sul mercato – e dal *marchio di fatto* che sorge con il contraddistinguere merci o servizi con un segno distintivo in assenza di registrazione; in materia si rinvia alle distinte aree di indagine scientifica che volutamente non affronteremo, tra tutti, cfr. Ghidini., *Diritto industriale, op. cit.,* .

[393] E' proprio questo il caso espressamente previsto all'art. 2126 c.c. sul quale ci soffermeremo ampiamente nelle pagine che seguono; a tal fine, però – in via necessariamente preliminare alle considerazioni giuslavoristiche che ne seguiranno – occorre, da un lato, inquadrare la disciplina civilistica di riferimento e, dall'altro, individuare quale sia il "legame concettuale" esistente tra la fattispecie dei *rapporti di fatto* e l'istituto della *invalidità* in generale.

Quanto al primo aspetto (i.e., disciplina civilistica di riferimento) – rinviando, per un analisi *ex professo* della problematica, alle tradizionali trattazioni privatistiche sul tema – in tal sede ci si limiti a ricordare che la nullità rappresenta la più *grave forma di invalidità negoziale* intesa, quest'ultima (i.e., invalidità negoziale) in termini di *irregolarità giuridica del contratto che comporta la sanzione della inefficacia definitiva,* e tale sanzione (i.e., inefficacia definitiva) potrà essere automatica (come nel caso della nullità che opera *ipso iure*) ovvero di applicazione giudiziale (come nella ipotesi di annullabilità del contratto).

Si discute, invece, se tra le forme di invalidità (sulla cui natura giuridica, per altri profili, si rinvia alla nota 507) rientri anche l'ipotesi normativa della rescissione del contratto (ex. art. 1447 c.c. e ss.); in senso favorevole, tra tutti, cfr. Bianca., (*Diritto Civile, Il contratto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2002) alle cui ampie argomentazioni si rimanda per ragioni di attinenza all'oggetto del nostro studio

Per quanto attiene ai tradizionali distingui dogmatici *in generale* (soltanto accennando al tema per meglio comprendere quanto seguirà) , essi sono di triplice rilievo e troveranno, come vedremo, *perfetta corrispondenza logica* (proprio) sul terreno della forma di patologia contrattuale più grave (nullità) che a noi maggiormente interessa; più in particolare, da un punto di vista *oggettivo,* l'invalidità potrà essere *totale o parziale* a seconda che il negozio sia inefficace totalmente o solo parzialmente (cfr. sul punto le precisazioni che seguono). Da un punto di vista *soggettivo,* essa (invalidità) sarà *assoluta o relativa* in considerazione dei soggetti cui potrà essere fatta valere (rispettivamente, *erga omnes,* se assoluta, e nei confronti di determinati soggetti, se *relativa)* e, infine, si distinguerà tra *invalidità attuale o potenziale* a seconda che il negozio sia inefficace *ab origine* (come nel negozio nullo) o a seguito di pronuncia giudiziale (costitutiva) come avviene in caso di annullamento.

Si precisi, però, che la nozione di *invalidità del contratto* non deve in alcun modo confondersi con quella di *inefficacia tout court (*per una più peculiare analisi della questione si rinvia alle note successive, in particolare, cfr. nota 508); la prima (i.e., invalidità), infatti, è una qualifica di *irregolarità del contratto* mentre la seconda (i.e., inefficacia) riguarda il *momento effettuale,* andando ad indicare la *non produttività di effetti giuridici* (tale distinguo, come vederemo, fonderà l'interpretazione *negoziale* dell'art. 2126 c.c. cui ci accingiamo)

Da queste diversità di nozioni consegue, anzitutto, che l'invalidità non comporta sempre l'inefficacia del contratto e, al riguardo, occorrerà distinguere tra *nullità* ed *annullabilità*; segnatamente, il contratto nullo è *definitivamente inefficace* mentre quello annullabile sarà *provvisoriamente efficace* – e, quindi, produttivo dei suoi effetti – sino a quando non intervenga una eventuale sentenza di annullamento

Similmente, la validità di un contratto non comporta necessariamente l'efficacia dello stesso; se questa è l'ipotesi regolare, infatti, è possibile chi si verifichi esattamente il contrario e, segnatamente, che un contratto valido sia *provvisoriamente inefficace* (si pensi, tra tutti, al caso di un negozio sottoposto ad una condizione sospensiva volontaria; si rinvia, nuovamente, alla nota).

Ciò premesso – avendo riguardo, come retro accennato, alla nullità in particolare (in forza di quanto seguirà) – si precisi che essa (i.e., nullità), sotto il profilo squisitamento *patologico* del sinallagma negoziale, consiste in una sorta di *valutazione negativa del contratto ad opera del sistema giuridico di riferimento* (così Bianca., *op. cit.,*) e la disciplina codicistica consente di individuarne tre grandi *specie*s. Più in particolare, la nullità potrà derivare: a) dalla *contrarietà del contratto a norme imperative* (art. 1418 c.c., comma primo, c.d. *nullità virtuale,* in tal modo definita a voler indicare che, in assenza di una espressa *menzione ex lege,* la sua effettiva individuazione sarà rimessa alla non semplice valutazione dell'interprete; sul punto, ampiamente, cfr. nota 682); b) da una *deficienza definitiva e strutturale dello stesso* (contratto) (art. 1418 c.c., comma secondo, c.d. *nullità strutturale,* di non complessa analisi perché caratterizzata da una precisa *tipizzazione normativa*) e, infine, (c) essa (nullità) può essere comminata espressamente da singole disposizioni di legge (art. 1418 c.c., comma terzo, c.d. *nullità testuale* essendo legata, per definizione, alla valutazione discrezionale del legislatore a tutela di interessi che si ritengano meritevoli della sanzione più grave di patologia negoziale; sul tema, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,*).

Si precisi, altresì, il *discrimen* tra *nullità totale* e *parziale* (per una applicazione specifica dell'istituto, in ambito giuslavoristico,si rinvia alla note 455, 456 e, più in generale, a quanto seguirà)*;* se la prima (i.e., nullità totale) investe l'intero programma negoziale posto in essere dalle parti, quanto alla seconda, invece, bisogna ulteriormente distinguere tra *nullità parziale in senso oggettivo e soggettivo* a seconda che essa (nullità) investa *parte del contenuto del contratto (nullità parziale oggettiva)* ovvero *singoli rapporti di partecipazione al vincolo negoziale* (*nullità parziale soggettiva*). Infine, si osservi come la nullità si distingua, ancora, in *assoluta* e *e relativa* (al pari di quanto detto, *supra,* circa l'invalidità in generale); se la prima forma (i.e., assoluta) rappresenta la regola generale ed è tale che potrà essere fatta valere da tutte le parti – e, oltre, da tutti gli interessati – quella relativa designa la nullità che (contrariamente alle regole generali; si rinvia alla manualistica sul tema) potrà essere "eccepita" soltanto da alcuni legittimati ed è tale da trovare sempre più riscontro nel diritto (privato) positivo di derivazione europea (si pensi, al riguardo, all'ampia ed affascinante connessa tematica delle c.d. *nullità protettive* per la quale, per ragioni di attinenza ai nostri obiettivi scientifici, si è costretti a rinviare agli appositi studi in materia; tra tutti, per un analisi generale della *quaestio,* cfr. Cutugno D.E., *Le invalidità negoziali nella legislazione di derivazione comunitaria* in *D & G*, 2003).

Ultima questione da affrontare (tra quelle specificatamente "selezionate" ai nostri fini; cfr. l'inizio della presente nota) – alla quale ci si rifarà, espressamente, in relazione alla connessa ottica lavoristica di cui alla nota 654 – è quella che concerne il distinguo tra *nullità* ed *inesistenza*; nonostante taluni (in tal senso, tra tutti, cfr. De Giovanni., *op. cit.,*) abbiano proposto una perfetta coincidenza tra le due fattispecie (nullità ed inesistenza) in forza di una presunta identità di *ratio*, personalmente ritengo vi sia un *trade off* concettuale insuscettibile di potersi tacere e tale da dover suggerire inequivocabilmente la *non appartenenza* (o, *rectius, estraneità)* della *inesistenza* al *genus sostanziale* della *invalidità contrattuale.* Se la prima (i.e.,nullità), infatti, esprime una *valutazione negativa dell'ordinamento* a riguardo di una determinata fattispecie negoziale, l'inesistenza, invece, rileverà quale *mancanza di un fatto o atto socialmente rispondente alla nozione di contratto*; in tal senso, tra tutti, si rinvia alle magistrali osservazioni di Bianca (*Il contratto, op. cit.,)* che, al riguardo, si esprime nel senso che "*…la distinzione tra contratto inesistente e contratto nullo sembrerebbe poter trarre uno spunto significativo dalle concezioni che vedono nel contratto il fenomeno di una realtà pregiuridica o di un ordinamento dei privati giustapposto all'ordinamento giuridico statale…queste concezioni, tuttavia, appaiono smentite, nell'attuale esperienza, dall'unitarierà del fenomeno socio-giuridico, e, precisamente, dalla identificazione del momento giuridico in un aspetto della realtà sociale…tuttavia…anche alla stregua della realtà sociale del diritto è possibile distinguere adeguatamene tra fenomeni che non sono contratti e fenomeni che rispondono alla nozione di contratto ma che non soddisfano le condizioni alle quali l'ordinamento subordina la loro tutela e che, pertanto, sono inidonei a produrre gli effetti programmati… ergo, il criterio disintivo* (tra invalidità ed inesistenza) *è dato dalla ricorrenza o meno di un atto che alla stregua della valutazione sociale risponda alla valutazione di contratto..e, quindi, di accordo diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico...* Ergo, *la disciplina del contratto nullo troverà il suo limite quando il contratto non esiste e, cioè, quando manca una situazione socialmente qualificabile come contratto…".* similmente, anche Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale "*…la differenza tra atto nullo e atto inesistente rileva già anche sul piano materiale…. nel senso che dire che l'atto nullo è esistente significa affermare che esso esiste come quid facti…. Mentre l'atto inesistente sarà quello non identificabile nemmeno come tale… o che comunque rende anche a livello sociale impossibile l'identificazione dell'interesse che le parti vogliono perseguire…".*
Applicando le suddette *coordinate teoriche generali* rileverà, *naturaliter,* (anche) il distinguo tra *contratto di lavoro invalido (*per cui si applicherà la disposizione ex. art. 2126 c.c.; rinvio al proseguo) e contratto di lavoro *inesistente (*cfr. nota 654); in tal senso, infine, anche Zago-garelli (*op. cit.,*) per il quale è possibile distinguere tra *nullità* ed *inesistenza* (anche del contratto di lavoro) a seconda che ricorra (o meno) una *figura iuris* di riferimento "*…assimilabile alla fattispecie ex art. 2094 c.c. in tema di subordinazione…*".
Quanto al secondo aspetto (i.e., accostamento *invalidità /rapporto di fatto* o, *rectius, idoneità di un negozio nullo ad originare un rapporto di fatto*) – che ci introduce più direttamente nell'ottica speculativa dell'art. 2126 c.c.; si rinvia alle pagine che seguono – i contributi più autorevoli derivano , anche in questo ambito, dalla dogmatica tedesca che si affannò nel tentativo di spiegare – nella maniera più possibilmente coerente con i principi del diritto civile – l'ipotesi della *esistenza, in fatto, di un rapporto nonostante la nullità, e, quindi, invalidità, del negozio presupposto*, elaborando, a tal fine, la teoria dei c.d. "*Faktische Gesellschaft*".
Le disarmonie del sistema sembravano evidenti; infatti, si trattava, almeno *prima facie,*di un insanabile *contradictio in terminis* con la teoria del negozio giuridico (e i connessi corollari in tema di *invalidità contrattuale)* come espressa nell' *Allgemeiner Teil* del BGB; si osservi, inoltre, che la problematica (in oggetto) risultava di ancor più complessa soluzione proprio in riferimento alla cultura giuridica tedesca – soprattutto con riguardo alla fattispecie della c.d. *società di fatto,* relativamente alla nullità del consenso manifestato dal singolo socio – laddove si consideri che il diritto alemanno non conosceva la formula negoziale del c.d. *"contratto plurilaterale"* (c.d. *Wirkungen der Aufechtung der einzelnen Beitrittserklarung von Gesellschaftern*) contenuto, invece, negli artt. 1420 e 1446 del codice civile italiano.
Ciò premesso, si comprende come la questione in oggetto (i.e, rapporto contrattuale derivante da un negozio nullo o, *rectius, Faktische Gesellschaft*) fu abilmente legata a quella (già affrontata e) più generale – e ciò ne ha giustificato il preliminare studio al riguardo condotto sul tema – dei *rapporti di fatto* (*Faktische Vertragsverhaltnisse;* cfr. nota 353) e il *bonum* del legame logico tra queste due categorie concettuali (i.e., *Faktische Gesellschaft* e *Faktische Vertragsverhaltnisse*) è presto detto alla luce di quanto ampiamente considerato relativamente a questi ultimi (i.e., rapporti di fatto); infatti – rinviando

Quanto ai primi[394], è possibile apprezzarne una importante "modulazione" *fisiologica* che è tale da caratterizzare, in via unitaria[395], l'intera categoria in esame[396] in termini *dialetticamente differenziali* rispetto al più tradizionale *genus concettuale* dei *rapporti di diritto*: ovvero – se quest'ultimi[397] sono regolati dalla legge non solo nei loro effetti e nella loro *configurazione funzionale*[398], ma anche nel momento *iniziale*[399] della loro *rilevanza giuridica* – diversamente avviene per i *rapporti di fatto* che – originati ad *imitazione*[400] dei primi[401] – mancheranno di un *momento genetico*[402] giuridicamente determinabile.

---

alla sede più opportuna (cfr. nota 353) per gli ulteriori approfondimenti in materia – si ricordi soltanto che, nell'ampia tripartizione sistematica operata dalla dottrina tedesca, rientrava anche la peculiare categoria dei c.d. rapporti derivanti da una *comunanza di interessi* (c.d. *Kraft Einordnung in ein Gemeinschaftverhaltnis)* nel cui ambito (si è già visto come) la ipotesi paradigmatica più importante era proprio quella del *rapporto di lavoro di fatto derivante da atto nullo.* (i.e., la "nostra" fattispecie ex. art. 2126 c.c.)

In materia, però, non mancarono ricostruzioni alternative che "interpretarono" il "fenomeno giuridico" in oggetto (i.e., rapporti derivanti da negozio nullo) in termini di *limitazione degli effetti della nullità* (c.d. *Beschrankung der Nichtigkeit,* in tal senso, cfr. Hueck., *Gesellschaftsrecht,* Monaco, 1975) ovvero di "*manifestazione volitiva"* socialmente rilevante (c.d. *Sozialrechtliche Willenserklarung,* così, Beitzke., *Nichtigkeit, Auflosung und Umgestaltung bei Dauerrechtsverhaltnissen,* Schloss Bleckede a.d. Elbe, 1948); infine, taluni (tra tutti, in tal senso, cfr. Wiesner., *Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft., op. cit.,*) cercarono di superare ogni qualsivoglia riferimento all'istituto della *invalidità* del contratto valorizzando (e, forse, estremizzando) il *valore organizzativo del c.d. "strumento sociale"*.

Questa ultima tesi – le altre due saranno ben analizzate nelle rispettive sedi di indagine in proseguo – a parer mio, è quella che – sotto un mero profilo di *opportunità pragmatica ma non giuridica* – rileva come la più "*comodamente sostenibile "* nel senso che – nel tentativo di semplificare la complessa questione dogmatica (e privatistica) come sopra esposta – "preannuncia" vie risolutive più agevoli che culmineranno, poi, con le ancor più ricercate opzioni ricostruttive della fattispecie lavoristica in termini squisitamente anticausalistici e la cui eco concettuale è giunta sino ai giorni nostri nell'ancor non sopito dibattito tra *istituzionalisti* e *contrattualisti* (si rinvia al paragrafo che precede e alle considerazioni che seguiranno).

Essa (tale ultima tesi del c.d. *strumento sociale*), quindi – difettando *a priori* di un fondamento civilistico – rientrerà nell'ambito delle teorie del c.d. *favor lavoratoris* e, pertanto – in omaggio alle premesse programmatiche – non atterrà allo studio che si vuole compiere in tal sede.

[394] I.e., rapporti di fatto derivanti da un comportamento posto in essere dalle parti ad imitazione del rapporo di diritto corrispondente

[395] Al di là delle distinte fattispecie (cfr. nota 392) in essa compresa

[396] I.e, rapporti di fatto

[397] I.e., rapporti di diritto

[398] E, quindi, in termini di disciplina positiva in concreto applicabile

[399] Così, tra tutti, cfr. Zagogarelli., *op. cit.,* per il quale "*….ogni fenomeno regolato espressamente dal diritto è individuato in tutti i suoi elementi… non ultimo quello della sua rilevanza dal punto di vista normativo…..."*

[400] Nel senso che deriveranno dal mancato adempimento di *formalità, sostanziali o di mero controllo,* previte dalla legge per l'*istituto tipico contrattuale* corrispondente (cfr. ampiamente *retro*)

[401] I.e., rapporti di diritto

[402] In tal senso, tra tutti, si rinvia al Messineo (voce *Contratto irregolare di fatto e d effetto irregolare, op. cit.,*) per il quale il rapporto di fatto si può assimilare ad una *"…fattispecie imperfetta… precisando che tale imperfezione attiene proprio al momento formativo…";* la suddetta caratteristica, pertanto, varrebbe a spiegare il problema dell'individuazione del *momento genetico, in senso giuridico, del rapporto di fatto* laddove, invece, per quello (rapporto) *di diritto,* esso (i.e., momento genetico) andrebbe

Più in particolare – coniugando il tutto all'ipotesi che più a noi interessa – ne conseguirà che, in relazione al c.d. *rapporto di lavoro di fatto*[403], il preciso *dies a quo*[404] della sua vigenza sarà senz'altro individuabile nel momento il cui un soggetto svolga una prestazione di lavoro *subordinato*[405] alle *dipendenze*[406] di un altro individuo ma esso[407]avrà, per ciò solo, una valenza meramente *naturalistica* e non già *giuridica*; ciò a voler significare che, a parer mio, si potrebbe parlare di una sorta di *fattispecie a formazione progressiva*[408] in relazione alla quale il *mero presupposto fattuale*[409] rileverà quale *condizione necessaria ma non sufficiente*[410] *per la rilevanza giuridica del fenomeno*[411] *in esame.*

---

normalmente a coincidere con il "*tempo cronologico*" (così Gazzoni., *op. cit.,)* dell'adempimento delle connesse formalità costitutive o di controllo richieste dalla legge.

[403] La prima rilevante eco della "figura" in esame (i.e., rapporto di lavoro di fatto), nell'ambito della giurisprudenza italiana, la si registrerà in relazione ad una fattispecie assai tipica quale quella inerente la prestazione di lavoro (di fatto) *dietro promessa di istituzione di erede;* al riguardo, il principio di diritto espresso (per la prima volta) dalla Corte di Appello di Venezia (App.Venezia, 8 luglio 1874, in *Monitore dei Tribunali*, 1874) sarà inequivoco nel senso che "*…le prestazioni di opera, per sé retribuibili a persona che vuole locare la stessa, ma impegnate sotto la promessa di farla erede, importano nel conduttore l'obbligo della mercede, e dove questa non sia convenientemente poscia retribuita con il lascito dell'eredità o di un legato, danno diritto a domandare, in conformità all'eredità ad altri lasciata, la liquidazione o il compimento della mercede…*"
Similmente avverrà in Germania, dove si assiste ad una importante e peculiare "*evoluzione*" sistematica e giurisprudenziale in relazione alla materia in oggetto (i.e., rapporto di lavoro di fatto); infatti, se, in un primo momento, ci si era limitati a concedere al lavoratore di fatto non retribuito la mera azione di *arricchimento senza causa* ai sensi del par. 812 del BGB (in tal senso, cfr. Reichsgericht, in *JW*, 1903, Beil, 312), successivamente, si è giunti ad una soluzione più garantistica per il lavoratore, stabilendo *il pieno diritto del prestatore ai compensi di legge* (in tal senso, cfr. Landsgericht Augsburg, in *ARS,* 35) secondo la elaborata dottrina dei c.d. *rapporti di lavoro di fatto con prestazioni atipiche* (*Faktische Arbeitsverhaltnisse mit atypischer Gegenleistung*; in tal senso, tra tutti, Canaris., *Atypische faktische Arbeitsverhaltnisse* in *Betriebs Berater*, 1967) che, *mutatis mutandis*, anima, ancora oggi, la attuale dottrina giuslavoristica alemanna nei termini in cui accennati e spiegati retro.

[404] I.e., il c.d. *momento genetico della rilevanza giuridica* del rapporto di fatto

[405] In tal senso, tra tutti, cfr. Franceschelli., (*op. cit.,)* per il quale "*….nell'ambito della cultura giuridica italiana e lavoristica in particolare… la questione dei rapporti di lavoro fatto…è stata, quasi naturalmente, legata alla fattispecie della subordinazione… come se ne fosse un intrinseca proiezione sostanziale….*"

[406] Palese, al riguardo, la eco normativa suggerita dalla disposizione codicistica di cui all'art. 2094 c.c.; si rinvia al capitolo successivo nonché, per una prima analisi della nozione in oggetto (i.e., dipendenza) al paragrafo secondo e, segnatamente, alla note 176, 177, 186

[407] I.e., *dies a quo* (inziale) della prestazione lavorativa di fatto

[408] Sulla nozione, si rinvia alla nota 344; tra tutti, sul tema, cfr. Gazzoni., *op. cit.*, per il quale "*…è a formazione progressiva…. quella fattispecie che… consta di fatti che devono seccedersi reciprocamente nel tempo….*"

[409] In termini di *prestazione lavorativa effettivamente resa*

[410] Questa conclusione sembra discendere, in maniera coerente, dalle premesse sopra poste; ovvero, riflettendo proprio sulla più intima *relazione sostanziale* esistente tra *rapporto di diritto* e *rapporto di fatto*, ne deriva che essa (i.., relazione tra rapporto di diritto e rapporto di fatto) è tale da inerire al solo *profilo sostanziale del rapporto* e non anche al suo *momento formativo.* Infatti, se – in riferimento ai *rapporti di diritto – il momento genetico sarà senz'altro immediatamente produttivo dei suoi effetti tipici* legalmente previsti dall'ordinamento, in quelli (rapporti) di fatto ciò non potrà avvenire *in via automatica*

Ovvero, l' *inizio della esecuzione*[412] (in fatto) *della prestazione di lavoro* servirà per "*collocare*" l'evento in un *dato contesto storico di riferimento*[413] ma, ai fini del suo *riconoscimento sul piano legale e normativo*[414], si richiederà una ulteriore[415] *componente costitutiva*[416] rilevante in termini di *persistenza nel tempo*[417] *del rapporto di lavoro (di fatto) posto in essere*; *ergo,* l'orizzonte speculativo *finale* che si prospetta è, a questo punto, ormai completamente definito.

Tra rapporto di *fatto*[418] e rapporto di *durata*[419] vi è una inscindibile *complementarietà logico- concettuale*[420] che, nel suo complesso e globalmente inteso operare[421], garantirà

---

in forza della *mancanza* di un qualche *elemento presupposto o presupponente* (rispetto al rapporto di diritto corrispondente) che ne giustificherà la loro natura *giuridica* in termini di *fattispecie imperfetta* (cfr. nota 402)

[411] I.e., rapporto di lavoro di fatto

[412] Che andrà ad individuare, nell'ottica specificatamente lavoristica, la concreta portata *effettuale e pragmatica* della già individuata e spiegata (in termini generali) caratterizzazione concettuale tipica dei rapporti di fatto in termini di *condizione necessaria ma non sufficiente* (cfr. nota 410)

[413] Rilevando, dunque, in termini meramente descrittivi

[414] Che segnerà il già analizzato *momento genetico della rilevanza giuridica del rapporto (di fatto);* cfr. retro

[415] In termini di *quid pluris* "sostanziale" che giustifica la sopradetta *fattispecie a formazione progressiva* nonché la peculiare caratterizzazione del (mero) rapporto fattuale in termini di *condizione necessaria ma non sufficiente.* (cfr. retro)

[416] Quest'ultima, a sua volta, sarà idonea a colmare l'iniziale *trade off* (in relazione al *momento genetico;* cfr. retro) tra *rapporto di fatto* e (rapporto) di *diritto* per garantirne, piuttosto, una apprezzabile e successiva *"reductio ad unum"(*e/o assimilazione) *concettuale* sotto il profilo *funzionale,* nel senso che, in questa (nuova) ottica (i.e., funzionale), *il rapporto di fatto sarà caratterizzato dagli stessi elementi della fattispecie tipica del rapporto di diritto corrispondente*.

In favor a quanto sostenuto anche Franceschelli., (*op. cit.,)* per il quale *"…ciò che divide rapporto e fatto da un punto di vista genetico non si scorge più sotto il profilo funzionale…quasi che il distinguo si vada a risolvere…progressivamente… in se stesso…"*.

[417] In tal senso, si scorge un ulteriore elemento peculiarmente tipizzante *il rapporto di fatto*; si tratta della sua *fisiologica* natura *dinamica* che è tale per cui esso (i.e., rapporto di fatto) "*…esiste in quanto qualcuno lo ponga in essere…vive finchè prosegue l'attività che lo vivifica…e muore con il cessare di questa"* (in tal senso, tra tutti, l'autorevole Rescigno., *Manuale di diritto privato italiano, op. cit.,*)

[418] Nei termini in cui ampiamente *retro* spiegati

[419] La categoria concettuale dei c.d. *rapporti di durata* (sul tema, per una spiegazione "lavoristica", si rinvia al capitolokj secondo) deriva dalla c.d. *"Dauernde Schuldverhaltnisse"* di matrice tedesca il cui esponente senz'altro più autorevole è il Von Gierke (*Dauernde Schuldverhaltnisse., op. cit.,*); nella successiva elaborazione dogmatica civilistica italiana, duplici, a parer mio, i risvolti concettuali più essenziali della nozione in esame (i.e., rapporti di durata) nell'ambito del diritto comune dei contratti.

Da un lato, (il concetto in esame, i.e., rapporti di durata) ha posto il problema del *potenziale pericolo di variazione, nel corso del tempo, del sinallagma contrattuale,* con i connessi corollari logici nell'ambito dell'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex. art. 1467 c.c. e ss (tra tutti, sul tema, cfr. Terranova., *L'eccessiva onerosità dei contratti*, in *Il codice civile, Commentario Schlesinger diretto da Busnelli,* 1995) e nella ancor più generale teoria della c.d. *sopravvenienze contrattuali* (in tal senso, tra tutti, cfr. Osti., *La c.d. clausola rebus sic stanti bus nel suo sviluppo storico,* in *Riv. Dir. Civ.*, 1912; Id., *Appunti per una teoria della sopravvenienza, ivi,* 1913); dall'altro, ha assunto un ruolo importante nell'elaborazione dei c.d. *"correttivi normativi"* all'istituto stesso della risoluzione in generale allorchè, ai sensi dell'art. 1458 c.c., comma 1, è previsto che essa (i.e. risoluzione) "… *non si estende alle prestazioni già eseguite"*.

il *risultato scientifico* che mi premeva dimostrare e spiegare in termini *civilisticamente coerenti*[422] nonchè ragionevolmente sostenibili nell'ottica *causale*[423] *del contratto di*

Infine, altra chiara *eco codicistica* della nozione in oggetto (i.e., rapporti di durata) la si rinviene all'art. 1373 c.c., comma secondo, in cui il legislatore adotta una peculiare *soluzione normativa* che sembra operare secondo un curioso "circolo vizioso" rilevante in termini di *timida eccezione alla regola con contestuale ritorno (però) alla regola generale apparentemente derogata:* ovvero – in riferimento ai c.d. *contratti ad esecuzione continuata o periodica* – se, da un lato, si *facoltizza il recesso unilaterale anche se il contratto ha avuto un principio di esecuzione* (in deroga alla regola generale ex. art. 1373 c.c., comma primo) dall'altro, si dispone che esso (i.e., recesso) "*..non abbia effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione…"* (in omaggio alle regole generali)
Ciò premesso – quanto al *legame* tra le due "*fattispecie"* (*rapporti di fatto/rapporti di durata)* – esso è ancor più evidente proprio nell'ambito – che a noi maggiormente interessa – della c.d. *prestazione di lavoro di fatto:* il rapporto/contratto di lavoro, infatti, rileva esso stesso, per definizione, quale *negozio bilaterale di durata* . Ugualmente, però, sembra doversi concludere anche in riferimento alle altre più tradizionali ipotesi di *fattispecie* di fatto già individuate alla nota 392 (i.e., si ricordi, società, amministratori, monopolio e marchio di fatto); *ergo,* sembra lecito poter sostenere che, in termini generali, il più delle volte il *rapporto di fatto andrà ad "imitare*" (cfr. retro, nota 387) un *rapporto di diritto* che abbia le caratteristiche di un rapporto di durata e, tra questi, quindi, anche quello di lavoro come fin qui analizzato

[420] Al riguardo, mi sembra di poter sostenere, infatti, che l' elemento della "*durata"* – e, quindi, la *esecuzione protratta del rapporto (di lavoro) di fatto* – operi nel senso di "supplire" al *deficit genetico* (cfr. retro) dello stesso (i.e., rapporto di fatto) sotto un duplice profilo; ovvero, da un lato, sostituisce la "*struttura formale*" che ha dato origine al rapporto di diritto corrispondente – e che (ci si riferisce alla suddetta struttura formale) manca nel rapporto di fatto in forza della sua già analizzata valenza in termini di *fattispecie imperfetta (*cfr. retro) – e, dall'altro, costituisce essa stessa (i.e., durata) la struttura del *rapporto di fatto* posto in essere *in executivis* ; *ergo,* sulla base delle premesse svolte, si potrebbe convenire sulla icastica (ma efficace) conclusione del Funaioli., (*op. cit.,*) per il quale "*…sul piano descrittivo… l'esecuzione e una certa durata…sono necessari per il sorgere del rapporto di fatto…ma l'intensità della durata fa aumentare la carica di giuridicità dello stesso rapporto di fatto…"*.
Infine, per un attento studio analitico (e in generale) circa i legami concettuali tra la categoria dei "*Dauernde Schuldverhaltnisse"* (i.e., rapporti di durata) e dei "*Faktische Vertrageverhaltnisse"* (i.e., rapporti di fatto), si rinvia, tra tutti, alla magistrale opera del Siebert., (*Faktische Vetragsverhaltnisse., op. cit.,* trad. it., 1980)

[421] Si rinvia quanto sin qui precisato in merito; cfr. retro

[422] E non già, quindi, in forza della mera (e più volte ormai citata) esigenza di *tutela del prestatore* secondo la c.d. logica (anch'essa già ampiamente analizzata) del *favor lavoratoris*

[423] E' questo, infatti, il risultato *dogmatico* più importante – alla luce della *naturale vocazione scientifica* di questa trattazione – al quale si perviene al termine del complesso e globalmente inteso *iter logico speculativo* come fin qui perseguito e al quale si rinvia per l'individuazione della *genesi* (nonché spiegazione euristica) dei *singoli passaggi logici intermedi* (già raggiunti e dimostrati) che, in tal sede, saranno utilizzati *in via unitaria* per la ricostruzione globale della fattispecie *de qua* (in particolare, cfr. tutte le argomentazioni di cui al presente paragrafo con le note ad esso connesse).
Ovvero – una volta dimostrata (in generale) la *valenza e natura squisitamente negoziale dei rapporti di fatto* e, in secondo luogo, (una volta) *ricondotto al genus normativo di riferimento* (i.e., rapporti *negoziali* di fatto) *anche la species "concettuale" della prestazione (fattuale) di lavoro in executivis* – il "mosaico" del *sillogismo giuridico* (di espressa matrice privatistica) che si voleva dimostrare e raggiungere è finalmente "ricomposto": a) *premessa major*: la prestazione di lavoro di fatto (avendo natura negoziale al pari dei rapporti di fatto; cfr. retro) rileverà come un *negozio giuridico bilaterale*; b) *premessa minor: (ergo),* si tratterà di un *contratto* e, pertanto, non saranno sostenibili ulteriori eco specultive di natura *istituzionalitica* o, *rectius, acontrattuale* circa la sua (ci si riferisce al rapporto di lavoro di fatto) matrice genetica ; c) *conclusione: ergo,* (in quanto contratto nel suo *singolare* svolgersi; cfr. retro), la sua valenza giuridica più peculiarmente caratterizzante sarà sottesa e compiutamente *sintetizzata* proprio nell' *elemento causale,* nei termini e nei modi in cui esso (i.e., elemento causale) – *anima e fondamento di qualsivoglia fenomeno negoziale* (e, quindi, anche di quello lavoristico che vi appartiene; cfr. premessa major e minor) – si è già scoperto "*rilevare*" alla luce dell' ampio studio sul

lavoro, ovvero, *la tutela della prestazione lavorativa di fatto*[424] *nei limiti delle forme ed applicazioni in cui essa sia stata effettivamente resa*[425].

Alla luce di quanto sin qui esposto, infine – sotto il profilo meramente *applicativo*[426] della fattispecie *de qua*[427] – non residuano[428] ulteriori aspetti problematici e

---

tema come condotto al capitolo I e al quale, *per relationem* ed *identità di ratio*, non resta (nuovamente) che rinviare.

Concludendo, anche nell'ambito del rapporto di lavoro di fatto, la sottesa *ratio essendi* della fattispecie è da rinvenire nell'elemento causale e, si ricordi, era questo quanto, sul tema in oggetto (i.e., rapporto di lavoro di fatto) si voleva dimostrare.

[424] In virtuale "continuazione" logica con l'iter speculativo sin qui proposto, vorrei porre l'attenzione su un ulteriore aspetto che mi sembra confermare, ancora una volta, la *natura contrattuale* della fattispecie in esame (i.e., prestazione lavorativa di fatto); più in particolare, ritengo si possa individuare uno stretto legale "logico-ermeneutico" tra il concetto di "*intento giuridico"* e quello di "*rapporto di fatto."*

Quanto alla prima nozione (i.e., intento giuridico), essa, secondo la tradizionale dogmatica civilistica, deve essere coniugata in due accezioni specularmente opposte, ovvero, in termini *positivi e negativi;* nel primo significato (i.e., positivo) – secondo l'autorevole definizione di Grassetti., (*Rilevanza dell'intento giuridico, op. cit.,*) – rileverà quale "*intento rivolto, nella fattispecie concreta, all'effetto giuridico"*, mentre, nel secondo (negativo), sarà da intendere *sub specie* di *rifiuto di impegnarsi contrattualmente* (in tal senso, tra tutti, cfr. Checchini., *Rapporti non vincolanti., op. cit.*,). Ciò premesso, con riguardo al nostro studio lavoristico, ne deriva quanto segue; ovvero, allorchè le parti (datore di lavoro e prestatore) pongano in essere un rapporto di lavoro di fatto, nel loro *comportamento* si potrà senz'altro leggere un "*intento giuridio positivo* "(e, dunque, non già *negativo* e, quindi, *negozialmente e positivamente orientato*) nel senso che esse (i..e, parti) potranno, al massimo, voler evitare (mantenendo in fatto il rapporto) la *giuridicità del vincolo* in termini di esclusione della connessa applicazione della normativa legale *extranegoziale* di integrazione del rapporto di lavoro (c.d. legislazione sociale) ma non potranno in alcun modo influire (e, dunque, eliminare) (su)gli *effetti naturali* conseguenti ai c.d. *"essentialia negotii"* che deriveranno, piuttosto – *sic et simpliciter* e in via del tutto automatica (sul punto, si rinvia alle premesse introduttive) – dal *rapporto attizio concretamente posto in essere*. *Ergo*, sintetizzando, da ciò deriva una conseguenza inequivoca e conclusivamente appagante ai nostri fini: nel rapporto di lavoro di fatto è sotteso, inevitabilmente, un *implicito intento giuridico positivo dal contenuto negoziale* che ne svela la sua più intima natura contrattuale e, pertanto, la sua completa assimilazione alla teoria e alla disciplina del diritto comune dei contratti, in alcun modo inficiata, nel suo rigore, da qualsivoglia eco di natura ideologica e (sempre più) non giuridicamente fondata *sub specie* di *tesi istituzionalistiche* di ricostruzione della fattispecie (lavoristica) *lato sensu intesa* (si rinvia al paragrafo che precede ma anche alle successive considerazioni che seguiranno)

[425] Così argomentando, peraltro, si giunge ad una conclusione interpretativa che rileva in perfetta sintonia con il precetto costituzionale di cui all'art. 35 della carta Fondamentale; anche ciò, spero rilevi come un valido argomento *a contrario* – sotto il profilo sistematico e di gerarchia della fonti – capace di confermare il *bonum logico* dei *percorsi civilistici* fin qui perseguiti

[426] In forza della loro già analizzata natura *"imitativa"* (cfr. ampiamente retro), si pone l'interessante questione tesa a determinare quale sia la disciplina ad essi (rapporti di fatto) applicabile; stando alla giurisprudenza più prevalente – tra tutti, cfr. Cass., 11 marzo 1975 n. 897 che, sebbene relativa alla tipica fattispecie del marchio di fatto, esprime principi di diritto generali estensibili senz'altro alla intera categoria in esame – bisognerà senz'altro riferirsi alla " norma tipo" del rapporto di diritto corrispondente (c.d. *norma di riferimento*); *ergo*, in relazione al caso che a noi più interessa, nella ipotesi della prestazione lavorativa di fatto dovrà applicarsi la disciplina legale della subordinazione ex. artt. 2094 c.c. e ss (con le connesse leggi speciali che ad essa si riferiscono) ovvero quella del lavoro autonomo (ex. art. 2222 c.c.) a seconda di quale delle due *species* della *summa divisio* (autonomia/subordinazione) or ora richiamata il rapporto (in concreto) posto in essere sia coerente "*emulazione*" (o, *rectius*, imitazione) sul piano fattuale.

Tuttavia, a parer mio, non si potrà parlare di *procedimento analogico* in senso stretto in quanto questa (i.e., analogia) presuppone una *sostanziale similarità delle fattispecie* che qui non esiste del tutto; il rapporto di fatto, cioè, rappresenta una *forma imperfetta* (cfr. retro) rispetto alla corrispondente fattispecie

dogmaticamente interessanti in quanto si tratterà, semplicemente, di *traslare,* in ottica

---

di diritto e, quindi, rileva esso stesso (rapporto di fatto) come un *quid minus concettuale* rispetto al primo (rapporto di diritto). *Rebus sic stanti bus,* sembrano vacillare i presupposti giustificativi dell'applicazione *analogica* che si fonda, piuttosto, sull' (assai rigoroso) assunto teorico del precetto per cui *eadem ratio, eadem dispositivo.* Pertanto, si impone la necessità di elaborare, al riguardo, una peculiare *vox media* che tenti di contemperare due esigenze (apparentemente contrastanti): da un lato, la "necessità" di una qualche forma di *"giustizia" sostanziale* nei confronti di una rapporto che, sebbene di fatto, non può, per ciò solo, essere ignorato dall'ordinamento (in forza delle considerazioni svolte retro e alle quali si rimanda) e, dall'altro, quella (necessità) di "salvaguardare" il *favor legislatoris* per i "regolari" rapporti di diritto *formalmente costituiti* secondo i generali precetti legali.
Una apprezzabile e coerente soluzione (sul tema) potrebbe rinvenirsi nel criterio della c.d. *"norma limite,"* sintetizzabile nel principio per cui *il rapporto di fatto, pur essendo regolato dalla stessa disciplina del rapporto di diritto corrispondente* (i.e., eco della suddetta esigenza di giustizia sostanziale), *non può essere tale da garantire una posizione giuridica più vantaggiosa rispetto a quella spettante a chi abbia scelto di porre in essere il suddetto rapporto di diritto corrispondente* (c.d. *favor legislatoris* per le fattispecie di diritto);la soluzione (privatistica) sopra esposta, a parer mio, è quanto mai brillantemente utilizzabile proprio in ambito giuslavoristico.
Infatti, se, da un lato – nei rigorosi termini civilistici come retro espressi (si rinvia alle pagine precedenti) – la prestazione lavorativa di fatto risulterà idonea ad esplicare gli effetti tipici del *contratto di lavoro* regolarmente costituito quanto meno, soprattutto, in riferimento alla realizzazione del fondamentale interesse del lavoratore alla retribuzione (sul punto si rinvia alle successive considerazioni che seguiranno nonché allo studio di cui al capitolo successivo), tuttavia, una qualche differenza, rispetto al rapporto di diritto *stricto iure* (corrispondente), potrà, cionondimeno, ugualmente rinvenirsi; questa (differenza), però, non inciderà sul *bonum negoziale e causale* del rapporto di fatto posto in essere in forza della già dimostrata riconducibilità sistematica dello stesso (rapporto di fatto) al *genus contrattuale* (cfr. retro) ma, piuttosto, (inciderà) su alcuni aspetti accessori e non irrilevanti ma, comunque, *ultronei ed estranei rispetto agli stretti interessi negoziali(causalmente) sottesi al sinallagma del regolamento pattizio* posto in essere dai paciscenti. Ciò, peraltro, va a svelare uno ulteriore corollario logico della tesi sin qui sostenuta, ovvero quello per cui l'*equiparazione giuridica tra rapporto di fatto e rapporto di diritto è di stretta natura privatisitca e concerne i soli profili negoziali inerenti la genesi dello stesso rapporto di fatto per sconfessare una qualsivoglia ulteriore e pretestuosa tesi di matrice istituzionalistica dello stesso* (i.e., rapporto di fatto)*;* così opinare, dunque, altro non significa che assistere ad una netta ed ulteriore "vittoria" della *tesi contrattualistica e causalistica* su ogni residuo tentativo di ricostruzione *non civilistica* (e, dunque, ispirata al c.d. *favor lavoratoris*) della globalmente intesa fattispecie de qua (i.e. quella del rapporto di lavoro)
Tra le ipotesi più rilevanti della suddetta *equiparazione non assoluta* (ma soltanto *civilisticamente orientata*) – nei termini in cui appena sopra precisati – tra rapporto di diritto e rapporto di fatto, mi sembra di poter individuare, in via meramente esemplificativa, almeno due risvolti applicativi in materia giuslavoristica.
Da un lato, si pensi all'impossibilità, per le parti, di beneficiare di eventuali sgravi o facilitazioni fiscali che il legislatore dovesse prevedere in riferimento a particolari settori di produzione ovvero allo svolgimento di determinate attività (sul versante del prestatore) o all'occupazione di un cero numero di lavoratori (sul versante datoriale); in questi casi, infatti, non sarà sufficiente un mero rapporto di fatto che – pur nella sua matrice negoziale (cfr. retro) – non potrà legittimare, attivamente, in ordine a *previsioni di natura premiale* derivanti dalla legge in forza del già analizzato *favor* per le situazioni di diritto pieno (cfr. retro).
Dall'altro, si consideri l'ipotesi paradigmatica del *trasferimento per riavvicinamento al coniuge*; similmente al caso che precede, un rapporto di lavoro di fatto non potrà rilevare a questi fini in quanto non normalizzato e regolarmente costituito secondo le previsioni legali. *Ergo,* anche nel nostro ambito di studio, l'assimilazione tra *diritto e fatto* non sembra rilevare oltre i confini *genetici e attuativi del sinallagma negoziale ad esso (rapporto di lavoro di fatto) implicitamento sotteso (cfr. retro) ;* ergo, il *bonum* e il rigore *della soluzione civilistica* espressa (criterio della c.d. *norma limite*) troverà coerente applicazione anche in ambito lavoristico.

[427] I.e., prestazione di lavoro di fatto; in materia, tra tutti, cfr. Smuraglia., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro,* Milano, 1963

[428] Al di là delle questioni affrontate nella nota 426

lavoristica, i tradizionali principi generali[429] del contratto[430] in materia di *comportamento concludente.*[431]

La soluzione che ne consegue, dunque, è, ancora una volta, di inequivoca matrice contrattuale: *tacito*[432] o *espresso*[433] che sia, sarà sempre *la volontà*[434] *dei soggetti* il fondamento del vincolo obbligatorio (anche fattuale) lavoristico.[435]

---

[429] Già ampiamente affrontati *retro*

[430] La questione nasce dal fatto che, nel rapporto di lavoro, vige, in omaggio alle tradizioni civilisiche, il principio della c.d. *libertà assoluta della forma* e, pertanto, è giocoforza che il vincolo negoziale si potrà perfezionare anche attraverso una manifestazione della volontà *sub specie* di *comportamento concludente* (si rinvia, ampiamente, retro) ; in temini concreti, ciò equivale ad applicare al rapporto di lavoro l' istituto del c.d. *accordo tacito della negoziazione (*sul punto, similmente, cfr. retro).
Tuttavia, per meglio comprendere la portata sostanziale del "fenomeno" in esame (comportamento concluente/accordo tacito di negoziazione), si ricordino le più autorevoli conclusioni in materia; tra tutti, cfr. Barbero (*Sistema del diritto privato italiano,* Torino, 1962) che nella nozione di "*comportamento concludente"* include "*…qualsiasi atteggiamento del soggetto, diverso dalla parola e dallo scritto, e tuttavia tale da far concludere che il soggetto medesimo, tenendo quell'atteggiamento, ha voluto manifestare un intento negoziale…";* Santoro Passarelli., (*Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1962) per il quale "*…affinchè possa parlarsi di dichiarazione tacita di volontà…è necessario che vi sia un comportamento concludente…, che questo comportamento consista in una dichiarazione di una diversa volontà o di un fatto… che questa dichiarazione dipenda in concreto da una diversa volontà la quale sia da ritenere, attraverso la stessa, implicitamente dichiarata…."*; Barassi (*Teoria generale delle obbligazioni, op. cit.,*) per il quale "*…gli atti concludenti sono una delle forme manifestatrici della volontà, espressa con dichiarazioni, segni o contegni che esprimono primieramente una volontà diversa, in intima correlazione, però, con un'altra volontà del dichiarante, deducibile per logica necessità dalla prima…";* Betti., (*Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1943), il quale ravvisa nel comportamento concludente un "*..dato modo di comportarsi che, pur non essendo diretto a dar notizia di un determinato contenuto precettivo a coloro cui interessa, può tuttavia assumere, nell'ambiente sociale in cui si svolge, valore e significato di dichiarazione";* infine, Cariota Ferrara., (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano,* Napoli, 1949) per il quale "*…è tacita… quella manifestazione che si attua con comportamenti da cui si può desumere una data volontà negoziale..(facta concludentia).*

[431] Con particolare riguardo al *contratto di lavoro* esso (i..e, accordo tacito di negoziazione) riguarda "*…qualunque comportamento negoziale dal quale – per via di interpretazione e tenendo conto del complesso di circostanze in cui esso è attuato – possa trarsi una illazione univoca circa il significato oggettivo del negozio"* (così, testualmente, Smuraglia., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro,* Milano, 1963); due, in particolare, le condizioni necessarie della "fattispecie" in esame.
Da un lato, si dovrà trattare di un *comportamento univoco* nel senso che "*l'illazione da trarre dal fatto considerato… deve essere anzitutto in rapporto di logica coerenza con il fatto stesso…*" (così Smuraglia., *op. cit.,*) e, quindi, ne consegue che l'illazione che si trae dal comportamento dovrà essere *unidirezionale ed inequivoca*; dall'altro, dovrà rilevare la c.d. prova dell' *incompatibilità del contrario*; ovvero, occorrerà che – così Smuraglia., *op. cit.* – "*…l'illazione che si trae dal contegno… sia del tutto incompatibile con un fatto diverso e contrario….a guisa che ogni altra e diversa conclusione deve apparire in insanabile contrasto…deve contraddire, cioè, a quel significato che con una operazione logico-sperimentale rigorosa… appare deducibile verosimilmente e necessariamente dal contegno preso in esame…".*
Sul punto, cfr. anche Suppiej., (*La struttura., op. cit.,)* per il quale "*…l'attuazione del contratto di lavoro tacitamente stipulato"* sarà senz'altro configurabile *secondo le regole generali del diritto civile* purchè si possa desumere, in termini inequivoci, una chiara volontà datoriale "*..che impartisca…le disposizioni determinanti le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa… atteso che la stessa essenza della obbligazione di una attività comporta necessariamente la determinazione di direttive, e cio, è tanto più esatto nella obbligazione di lavorare in cui sussiste la potestà di un soggetto nei confronti di un altro…, per vincolo contrattuale…..".*

Sulla base delle considerazioni rese[436], si giunge, così, al secondo (ed ultimo) profilo di indagine[437] che è ancor più "fecondo" ai nostri fini speculativi[438] in quanto ad esso[439] si sono ispirate residue[440] impostazioni *anticausalistiche*[441] del rapporto di lavoro che sarà

---

[432] In tal senso, anche lo stesso Santoro Passarelli.,(*op. cit.,)* per il quale "…*il consenso delle parti può essere espresso attraverso atti concludenti… tenendo anche conto che è conforme ai principi dell'ordinamento del lavoro….presumere la stipulazione di un contratto valido…."*

[433] Si rinvia al complesso delle considerazioni di cui *retro;* in particolare, per i diversi profili di inerenza, cfr. tutte le note di cui al presente paragrafo

[434] In tal senso, tra tutti., cfr. Hueck., (*Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaltnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze,* in *Jherings jahrbucher,* 1924; D'eufemia., *Costituzione del rapporto* in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro,* padova, 1971; Hueck-Nipperdey., (*Grundiss des Arbeitsrecht,* Berlin-Frankfurt, 1970)

[435] In tal senso, tra gli esponenti più autorevoli, cfr. Barassi., (*Il diritto del lavoro., op. cit.)* ; Zago-Garelli., (*I rapporti di fatto., op.cit.,)* e, soprattutto, Mengoni., (*Il contratto di lavoro., op. cit.,);* peculiari, in materia, le osservazioni di Spagnuolo Vigorita., (*Impresa, rapporto di lavoro, continuità.,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1969, I, 545) il quale conclude le proprie argomentazioni notando, però, "… *una contraddizione tra due distinti indirizzi dominanti…: da un lato, viene ribadito il principio della tipicità del contratto di lavoro la cui caratterizzazione sarebbe data dall'elemento della subordinazione e, dall'altro, si affermerebbe che, al di là della subordinazione, sarebbe la continuità del lavoro a tipizzare il contratto…, attribuendosi, con ciò, rilievo autonomo all'inserimento nell'impresa, che consegue all'instaurazione di un rapporto continuato…"*

In dottrina, tuttavia, sono state sposate anche tesi eclettiche (quasi ispirate ad un modello normativo *de iure condendo)* che tendono di coniugare (con, a parer mio, evidente deficit di carenza logica) *mpostazioni di matrice contrattuale* con altri supposti elementi costitutivi della fattispecie (lavoristica) *posti al di fuori della "civilistica" determinazione convenzionale inter partes;* in tal senso, tra tutti, cfr. Ricca., (*op. cit.,)* per il quale "…*anche se l'ipotesi contrattuale è conforme allo stato attuale del nostro diritto positivo…, in quanto, di norma, il rapporto trae origine dal contratto…, le eccezioni già esistenti a questo principio non escludono che in futuro la fattispecie tipica potrà essere di tutt'altra natura…a guisa che il contratto, oltre a dar vita al rapporto di lavoro, sarebbe tale da determinare il riconoscimento di situazioni soggettive delle parti…. già precedentemente determinatesi…"*.In altri termini, il suddetto autore si esprime nel senso che "…*la nozione del contratto di lavoro, già al momento attuale, non sarebbe rispondente ad una effettiva esigenza giuridica….ma sarebbe determinata da una valutazione di opportunità compiuta dal legislatore… in base a criteri di ordine politico che sfuggono da una ermeneutica scientifica…"* a guisa che (sic) "…*un ulterioe sviluppo legislativo delle situazioni predeterminate rispetto al contratto potrebbe porre la fattispecie negoziale in una crisi definitiva…"*.

[436] Si osservi la *naturale* e *reciproca concatenazione logico-giuridica* dei diversi profili di indagine che sembrano, gli uni, immediatamente presupposti da quelli che precedono e viceversa; spero anche ciò rilevi come una conferma circa il *bonum scientifico* dell'iter speculativo come fin qui perseguito

[437] I.e. – in relazione alla *summa divisio retro* esposta – si tratta di quello (profilo) inerente la questione dei rapporti di fatto derivanti da un negozio *invalido*; per l'impostazione generale della questione, si rinvia alla nota 393

[438] Ovvero quelli volti a dimostrare la *genesi contrattuale* del rapporto di lavoro in quanto, così operando, si giungerà, *naturaliter,* ad individuare il sotteso *bonum giuridico* dell'elemento causale; si rinvia alla "dichiarazione programmatica" di cui, in sintesi, alla pag. 77, nota 12

[439] Ci si riferisce al suddetto profilo di indagine inerente i rapporti tra negozio invalido e rapporti di fatto

[440] Rispetto a quelle già ampiamente affrontate e "superate" nel corso del paragrafo che precede e in questo (paragrafo), nei limiti delle considerazioni sin qui rese

[441] O, *rectius, istituzionalistiche* e/o *anticontrattauli ;* si rinvia ai singoli passaggi logici già analizzati e "compresi" nel paragrafo che precede

nostro obiettivo "sconfessare," nella loro *cogenza* e *coerenza giuridica*, in omaggio alla naturale *vocazione scientifica*[442] di questo studio .

La questione nasce dal fatto che il codice civile italiano del 1942[443], diversamente da altre compilazioni legislative concernenti la materia del lavoro[444], contiene una norma espressa[445] che – rubricata[446] e costruita[447] secondo (a mio parere) una *eccentrica*[448]

---

[442] Si rinvia alle premesse introduttive, allorchè si è descritto il globale iter logico dogmatico che avrebbe ispirato la presente trattazione

[443] Per quanto attiene alla sottesa genesi ideologica e storica (con particolare riguardo alla disciplina lavoristica) si rinvia al paragrafo secondo nonché al capitolo che precede

[444] Sulla singolarità della soluzione italiana, tra tutti, si rinvia a Camerlynck., (*Relazione di sintesi,* in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.,* Milano, 1965) il quale osserva che la questione dell'invalidità del contratto di lavoro "…*in cinque dei sei paesi è stata risolta nell'ambito dei principi generali, mentre è più complessa per il diritto italiano a causa della non facile e controversa interpretazione dell'art. 2126 c.c.";* sul tema, cfr. anche Barassi., *Il rapporto di lavoro e la sua contrattualità,* in *Dir. Lav.*, 1939, I, ; Greco., *Il contratto di lavoro,* in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1939; Santoro Passarelli., *Nozioni di diritto del lavoro,* Napoli, 1969; Riva Sanseverino., *Il contratto individuale di lavoro,* in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Borsi e Pergolesi, II, 3. ed. Padova, 1958; Torrente., *Del Lavoro (artt. 2060-2221),* in *Commentario del codice civile,* a cura di magistrati e docenti, Libro quinto, Torino, s.a., ma, 1962.

[445] I.e., quella ex. art. 2126 c.c.

[446] In termini di *prestazione di fatto con violazione di legge*

[447] La predetta disposizione consta di due commi; al primo si recita che "…*la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa"*. Nel secondo comma, il legislatore prevede che "…*se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione"*.

Sotto il profilo sistematico, si tratta della prima delle *disposizioni finali* della sezione dedicata al *rapporto di lavoro,* la cui disciplina, sebbene inserita nel titolo del *lavoro nell' impresa,* è espressamente dichiarata applicabile, salvo diversa regolamentazione legislativa, ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici (art. 2129 c.c.) e, nei limiti in cui è compatibile con la specialità dei rapporti, ai prestatori di lavoro a domicilio (art. 2128 c.c.) ed ai rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio dell'impresa (art. 2239 c.c.).

Ciò premesso, sembrerebbe poterne conseguire l'assunto logico per cui si tratti di una "fattispecie" di applicazione *tendenzialmente generale* non risultando, per i settori cui si è fatto cenno, la sussistenza di ragioni di incompatibilità né di norme espresse in senso contrario

[448] Ad una primissima lettura della disposizione in esame, infatti, potrebbe sembrare che la stessa rubrica dell'art. 2126 c.c. si riferisca soltanto al secondo comma della norma suddetta – che menziona, espressamente, sia la *prestazione lavorativa* sia la *violazione di norme* – e non già, invece, al primo (comma) che prevede la esecuzione del rapporto e formula la disciplina in termini di *negazione di effetto alla nullità* o all'annullamento del contratto di lavoro.

Tuttavia, la dottrina più autorevole "aggira" abilmente l'apparente ostacolo logico come sopra espresso ricostruendo la nozione stessa di "*esecuzione del rapporto*" sul piano della fattispecie e, quindi, in termini di "*complesso di comportamenti in cui si sostanzia la stessa prestazione di lavoro… escludendone, per ciò solo, altri che pur sarebbero, per sé, esecutivi del rapporto di lavoro tipico…".* (così, testualmente, Andreoli., *Note in tema di contratto nullo., op. cit;* ma, in tal senso, cfr. anche Fedele., *Invalidità del contratto di lavoro, op. cit.;* Novara., *L'invalidità del contratto di lavoro., op. cit.,*)

In termini, *mutatis mutandis,* pressoché similari – pur seguendo una ottica più marcatamente garantistica – anche Balzarini., (*La tutela del contraente debole., op. cit.,*) per il quale "…*la corresponsione della retribuzione non costituirebbe elemento della fattispecie… bensì oggetto di una obbligazione avente a suo presupposto, nell'ordine logico e dispositivo seguito dalla norma, proprio lo svolgimento dell'attività lavorativa… ciò in quanto la funzione protettiva, qui perseguita dall'ordinamento.. deve realizzarsi, innanzitutto, nel senso di garantire al prestatore il pagamento della retribuzione, non solo in quello,*

scelta normativa[449] *– stabilizza* gli effetti connessi alla *prestazione di lavoro*[450] resa in esecuzione di un *contratto*[451] *invalido*[452].

---

evidentemente insufficiente, di una mera ritenzione… questa, in sintesi… la ratio stessa della rubrica della disposizione in oggetto (art. 2126 c.c.)*"*.

[449] Si osservi, altresì, che – anche sotto un profilo attinente la mera *tecnica redazionale* della fattispecie *de qua* – non tarda a scorgersi la suddetta (nel testo) *natura eccentrica della disposizione* in esame; si tratta, infatti, di una norma di legge che, *ad hoc*, dispone essa stessa della sua violazione, quasi presupponendo che quest'ultima (i.e., violazione) possa senz'altro aver luogo e, per ciò solo, debba costituire oggetto di una *fattispecie normativa di proprio rilievo positivo, nonché di autonoma configurazione sistematica*. Ciò considerato, sembra potersi facilmente dedurre la peculiare *opzione "codicistica"* adottata dal legislatore allorchè questi non si sia limitato a prevedere la prestazione di fatto con violazione di legge nell'ambito di una *generale e omnicomprensiva* disposizione di carattere meramente *sussidiario*, non specificatamente *rubricata*, – se non con la più "neutrale" espressione linguistica rilevante (soltanto) in termini di *disposizioni finali* – e collocata, sistematicamente, quale *ipotesi residuale di patologia contrattuale in omaggio ai principi di speditezza e concentrazione legislativa*; in tal senso, tra tutti, cfr. Visentini., *Teoria generale del diritto*, Milano, 2000

[450] I commentatori hanno spesso sottolineato la scelta del legislatore di utilizzare, nell'ambito della disposizione ex. art. 2126 c.c., la perifrasi linguistica *"prestazione di lavoro"*al singolare e non già al plurale; secondo autorevole dottrina (in tal senso, tra tutti, cfr. Suppiej., *op. cit.,*) la suddetta opzione linguistica (i.e., nozione di prestazione al singolare e non al plurale) sarebbe riflesso normativo della *ratio legis* desumibile dalla stessa Relazione al Codice Civile (in particolare, la n. 861) per la quale la "*…norma si giustifica soprattutto per l'esigenza di tutelare le legittime aspettative dei prestatori di lavoro… con il permettere ad essi di realizzare i benefizi inerenti al lavoro compiuto…"*.

Al riguardo, si osservi, peraltro, che, la suddetta espressione utilizzata nella rubrica della norma in esame (i.e., *prestazione* al singolare) non appare smentita nemmeno nell'ambito del relativo testo della medesima disposizione laddove si parla, ancora una volta al singolare, di "rapporto"; stando così le cose, dovrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto riferirsi esclusivamente al rapporto (semplice) che ha per contenuto la prestazione lavorativa e, pertanto, l'atto che, nella formula legislativa, è indicato con l'espressione *"esecuzione del rapporto"* sembrerebbe senz'altro doversi individuare – a conferma di quanto già ipotizzato alla nota 448 – nel compimento della prestazione di lavoro; in tal senso, tra tutti., cfr. Fedele., (*op. cit.,*) per il quale "*…se anche, come sembra, il rapporo considerato dalla norma non è l'intero rapporto di lavoro, ma un rapporto singolo compreso nell'ambito del primo… questo rapporto singolo non può essere che il rapporto che fa capo all'obbligazione di lavoro…onde certamente l'avvenuta esecuzione di lavoro è un presupposto di fatto dell'applicazione dell'art. 2126 c.c.…"*.

[451] Per l'impostazione generale della questione circa i rapporti tra *negozio invalido* e *rapporti di fatto* si rinvia alla nota 393, seconda parte.

[452] In via preliminare – per meglio "inquadrare "gli orizzonti *normativi* cui si accede – ritengo sia necessario, sotto un profilo di completezza sistematica ed argomentativa, dar conto della complessa *genesi storica* della disposizione in esame già a a partire dai lavori preparatori che ne hanno segnato la (successiva) e definitiva codificazione.

La prima formulazione, a livello di progetti legislativi ufficiali, di quello che sarebbe poi divenuto il vigente art . 2126 c.c. la si rinviene nell' art. 520 del *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni* in cui si recita che "*…Ancorchè il contratto di lavoro sia nullo, il datore di lavoro è obbligato a tutte le conseguenze del rapporto di fatto, come se il contratto fosse valido, salvo che la nullità derivi da causa illecita"*; similmente, reciterà il successivo art. 104 del successivo *Progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro* che, rispetto alla precedente formulazione sopra riportata (i.e., art. 520 del *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*) aggiungerà (tra le ipotesi di *esclusione ex lege* della disciplina) anche l'ipotesi della *nullità dell'oggetto* "avvicinandosi", per ciò solo, alla attuale portata normativa della disposizione *de qua* (art. 2126 c.c.).

In materia, peraltro, è assai indicativa la stessa Relazione al suddetto progetto preliminare del libro delle obbligazioni per la quale *"l'esistenza di una norma del genere sorgeva proprio dall'attribuzione di carattere contrattuale al rapporto di lavoro* – si osservi come si possa rinvenire una ulteriore conferma *storico-testuale* alla tesi (in favor alla natura contrattuale del rapporto di lavoro) che si sta dimostrando – *la quale comportava necessariamente la soggezione del contratto alle cause di invalidità previste dal diritto comune e, conseguentemente, apriva l'adito a gravissime questioni…quando la pronuncia di*

Le apparenti disarmonie del sistema, a taluni[453], sono apparse irrimediabili; più in particolare, è stato sostenuto che la suddetta disposizione[454] vada a rilevare in aperto e irrimediabile *contrasto logico* con il generale principio negoziale per cui *quod nullum est*[455] *nullum producit effectum*[456]e, proprio su tale considerazione[457], si è costruita una

---

nullità o di invalidità del contratto fosse intervenuta successivamente all'attuazione del rapporto" (in tal senso, cfr. Commissione reale per la riforma dei codici, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti, Testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927*).
In tutti questi casi, secondo la suddetta Relazione, le soluzioni rinvenibili sul terrreno del diritto comune – con particolare riguardo all'istituto dell'indebito arricchimento – risultavano inappaganti in quanto per la prestazione di lavoro (sic) "*…resta sempre a vedere se il datore di lavoro esaurisca i suoi doveri con la corresponsione al lavoratore di un indennizzo per l'utilità ricavata…o se egli debba essere tenuto…negli stessi limiti in cui lo sarebbe stato se il contratto di lavoro non fosse stato invalido…"*. Ciò premesso, la medesima Relazione continuava nel senso che "*…la legislazione sociale protegge il lavoro anche come attività di fatto… cioè prescindendo dalla sua legittimazione quale prestazione negoziale"* e da ciò si inferiva la deduzione – su cui noi ci si è già ampiamente soffermati nello spiegare la collocazione sistematica della disciplina del lavoro nell'ambito del Libro V (e non IV) del codice civile del 1942 (cfr. capitolo secondo) – per cui "*…la legge considera la fonte contrattuale come una delle fonti del rapporto e non la sola fonte… a guisa che, dunque, l'attuazione di fatto del rapporto stesso dovrebbe condurre il datore di lavoro agli stessi obblighi che egli avrebbe di fronte ad una prestazione che fosse adempimento di un contratto…"*.
Ergo, concludendo – così, testualmente, la suddetta relazione – "*…ferma restando la innegabile genesi contrattuale del rapporto... in caso di invalidità del contratto potrà venire meno la sola disciplina contrattuale…ma non già, per ciò solo, quella della legge… dei contratti collettivi…e dell'uso…"*.
[453] Tra i più importanti contributi sul tema, cfr. Ardau., *Brevi considerazioni sulla disciplina della prestazione di fatto di lavoro con violazione di legge* in *Dir. Lav.,* 1943; Prosperetti., *Sulla esistenza ed invalidità di un contratto di lavoro,* in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1949; Andreoli., *Note in tema di contratto di lavoro nullo,* in *Riv. Dir. Lav.,* 1952; Marazza., *Appunti in tema di contratto di lavoro nullo,* in *Temi Rom.,* 1958; Assanti., *l'art. 2126 del codice civile (Rassegna giur. 1948-1959),* in *Dir. Econ.,* 1960; Perna., *In tema di prestazione di lavoro proibente domino* in *Riv. Dir. Lav.,* 1962; Sinagra., *Istituzioni di diritto del lavoro,* Palermo, 1962; La Loggia., *Lineamenti del diritto del lavoro.,* Padova, 1954; Novara., *L'invalidità del contratto di lavoro,* Milano, 1967; Rossi., *Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale,* Milano, 1968
[454] I.e., art. 2126 c.c., soprattutto allorché si esprima nel senso che "*…la nullità e l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto…"* ; è questo, come vedremo, l'inciso normativo sul quale più ci soffermeremo perché maggiormente attinente agli scopi scientifici (cfr. retro) che si vogliono raggiungere
[455] Al fine di meglio comprendere le considerazioni che seguiranno, ritengo che, in materia, l'esperienza *normativa* (parallela a quella italiana) meritevole di maggiore attenzione sia proprio quella tedesca, in forza degli ormai sempre più palesi stretti legami logico-teorici (si rinvia al complesso dei paragrafi di cui *retro*) esistenti tra la cultura giuridica alemmana e la nostra tradizione speculativa di matrice privatistica; più in particolare, nell'ambito del BGB manca una norma analoga a quella contenuta nell'art. 2126 c.c. – secondo la quale (per limitarci alla parte che , in tal sede, più ci riguarda; cfr, nota che precede) *la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione* – e, a fronte di questa "lacuna" dell'ordinamento, la giurisprudenza tedesca ha "reagito" seguendo un duplice percorso teorico che si è stabilizzato nel tempo.
In un primo momento, è stata seguita una logica ermeneutica più improntata ad esigenze di *giustizia sostanziale* che al tradizionale rigore dogmatico di matrice pandettistica; ovvero, è stata sostenuta – (per la relativa giurisprudenza sul punto, cfr. *Reichsarbeitsgericht,* 36 e le osservazioni, al riguardo, di Wenzel., *Arbeitsrecht,* Berlin-Frankfurt, 1950) – la tesi per cui la nullità, in riferimento al contratto di lavoro, perdesse la sua fisiologica *valenza retroattiva* nella presunta necessità di apprestare una efficace tutela del prestatore (in tal senso, tra tutti, cfr. Hueck-Nipperdey., *op. cit.,*), rilevando, così, in aperto contrasto con i principi generali dell'ordinamento (per i quali, invece, la nullità è sempre retroattiva, cfr. par. 142 BGB) nonostante non sussita alcuna protezione dell'affidamento altrui (par. 122 BGB).

Si tratta, in sintesi, di una ulteriore elaborazione sistematica che, *mutatis mutandis,* si può ricondurre a quella logica garantistica già da noi individuata in termini di *favor lavoratoris;* ma – si badi bene – questa stagione interpretativa, più "indulgente" e "ideologicamente orientata", ebbe poca fortuna (almeno sotto il profilo temporale della sua vigenza) poichè, ben presto, si avvertì l'esigenza di "ritornare" alla più rigorosa e cogente dogmatica della *teoria del negozio giuridico,* con conseguente affermazione del valore retroattivo della nullità anche in riferimento al contratto di lavoro (per una delle prime pronuncie giurisprudenziali in tal senso, cfr. una decisione del *Reichsarbeitsgericht*, in *Arbeitsrechtssammlung, op. cit.,*). Nell'ambito di questo indirizzo ermeneutico, però, le ricostruzioni teoriche proposte dalla autorevole dottrina giuslavoristica tedesca furono le più varie.

Un primo filone dogmatico (tra tutti, cfr. Nikisch., *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaltnis*, Berlin, Leipzig, 1941; Botticher., *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie*, in *Recht der Arbeit,* 1955) riprese la teoria dell' *inserimento* (c.d. *Eingliederungstheorie*) – già ampiamente studiata nel paragrafo che precede (in termini di *istituzionalismo* o, *anticontrattualismo teorico*) al quale si rinvia – distinguendo, al riguardo, tra *contratto e rapporto di* lavoro; ovvero, se il primo (i.e., contratto o, in termini equivalenti, *Arbeitsvertrag*) era cositutivo del rapporto obbligatorio – e, pertanto, non poteva non seguire i principi generali del negozio anche in tema di nullità (necessariamente, quindi, retroattiva) – il secondo (i.e., rapporto di lavoro o *Arbeitsverhaltin*s), invece, non sarebbe, in ogni caso, risultato mai nullo in forza della sua natura non contrattuale. In tal modo, si tentava un contemperamento tra *esigenze garantisitche* e *rigore privatistico* giungendo, *in via interpretativa,* ad una soluzione essenzialmente similare a quella suggerita dall'art. 2126 del nostro codice civile in termini di "*resistenza" del rapporto anche in situazioni di patologia contrattuale (negoziale)* (sul punto, si rinvia alle ampie considerazioni di cui in proseguo).

Altra corrente di pensiero, invece (in tal senso, tra tutti, cfr. Ramm., *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages*, Karlsruhe, 1955), sostenne un triplice fondamento normativo del rapporto di lavoro individuando, al riguado, tre differenti "*entità dogmatiche"* (così, testualmente, Ramm., *op. cit.,)*; più in particolare, si distingueva tra: a) *norme imperative di tutela specifica, esplicative di immutabili diritti del lavoratore ad un minimo necessario;* b) *norme suppletive di tutela generica del lavoratore,* derogabili pur se giuridicamente vincolanti e, infine, c) *clausole su cui, liberamente, datore di lavoro e lavoratore potevano accordarsi attraverso lo strumento contrattuale. Rebus sic stanti bus,* la eventuale sanzione della nullità negoziale (retroattiva) avrebbe potuto riguardare soltanto le ultime due (sub b e c) componenti (sopra esposte) costitutive del rapporto di lavoro obbligatorio ma non già la prima (sub a), di matrice *prettamente legale* e, in quanto tale, *insuscettibile di modifiche per via convenzionale* ; *ergo,* l'eventuale contratto di lavoro invalido (o, meglio, nullo) non avrebbe comunque fatto venir meno il *diritto del lavoratore al minimo necessario* (che, come detto, rappresentava la componente inderogabile sub a) e, quindi l'obbligo del datore di corrispondere la mercede.

Così operando, si otteneva, ancora una volta, lo stesso risultato normativo suggerito dall'art. 2126 c.c. italiano senza, con ciò, "rompere" irrimediabilmente (o, almeno, non in maniera *macroscopica*) con la teoria del negozio giuridico e con il connesso rigore civilistico da essa sottesa.

Altri, infine (e, segnatamente, Haupt., *op. cit.,*) applicò, *sic et simpliciter,* la dottrina (anch'essa già analizzata; cfr. retro) dei rapporti di fatto (c.d. *Faktische Vertragsverhaltnisse)* deducendo – alla luce delle considerazioni al riguardo espresse e alle quali si rinvia (cfr. nota 353 e ss.) – che la *prestazione di lavoro di fatto* avrebbe costituito, per ciò solo, *una fonte autonoma di costituzione del rapporto di lavoro, alternativa al contratto ma pur sempre negoziale* (in tal senso, Haupt., *op. cit.,* per il quale – testualmente – "*…Faktisches und Vertragliches Arbeitsverhaltnis bestehen somit nebeneinander"*); secondo questo filone teorico, peraltro, la disciplina generale della nullità sarebbe stata senz'altro applicabile (anche) in casi di *contratto non eseguito* dalle parti (in tal senso, tra tutti, Beuthien., *Das fehlerhafte Arbeitsverhaltnis als burgerlich rechtliches Abwicklungs-problem*, *op. cit.,* per il quale le norme civilistiche sono applicabili "*…nur fur die Zeit von Antritt der Arbeit…"),* ma non già nelle ipotesi di attuazione del rapporto (in tal senso, Zollner., *Arbeitsrecht*, Monaco, 1977).

In quest'ultimo caso (i.e., attuazione del rapporto), infatti, ciò che si doveva privilegiare non era tanto la mera problematica teorica della fonte genetica (contrattuale o meno) della fattispecie (di fatto) posta in essere ma, piuttosto, la connessa questione *pragmatica* rilevante in termini di effettiva esecuzione della prestazione dovuta che rendeva urgente risolvere, a sua volta, la conseguente problematica della retribuzione da corrispondere (o meno) al lavoratore; in tal senso, tra tutti, Simitis., (*Die Faktische Vertragsverhaltnisse, op. cit.,*) per il quale "*…Im mittelpunkt der Uberlegungen von Lehre und*

Rechtsprechung wird nicht mehr die Frage nach dem, der arbeitet, stehen, sondern, allein die Frage, ob gearbeitet worden ist…".

Sulla base del così dipinto panorama teorico di riferimento, si passi a delineare quelle che, secondo la dottrina giuslavoristica tedesca, rilevavano come le ipotesi più paradigmatiche di nullità del rapporto di lavoro (legittimanti, a loro volta, l'applicazione delle impostazioni dogmatiche come sopra svolte); e si procede a questa analisi non già (o, *rectius*, non solo) per mero interesse speculativo ma, piuttosto, in quanto, a parer mio, si può rinvenire (anche in questo caso) uno stretto legame logico- sistematico – *sub specie* di stretta *corrispondenza biunivoca* – fra la tradizione giuridica alemanna (sul tema) e la nostra *attuale* realtà normativa di riferimento che sembra originarsi, in termini essenzialmente derivativi, proprio dalla prima (esperiena giuridica tedesca)

Al riguardo, in materia, una prima causa di nullità poteva registrarsi per violazione del c.d. *Arbeitsnehmerschutzrecht,* e, in particolare, per violazione delle norme in tema di *orario di lavoro;* in tal caso, la disciplina applicabile sarebbe stata proprio quella della nullità parziale (par. 139 del BGB) che avrebbe colpito la mera clausola illecita con conseguente "*sopravvivenza*" del contratto per la restante parte della disciplina convenzionale posta in essere tra i paciscenti.

Chiara la eco positiva nel nostro "ordinamento" lavoristico; si osservi, infatti, che, *mutatis mutandis*, si tratta della medesima soluzione che la nostra giurisprudenza utilizza, ad esempio, nelle ipotesi delle c.d. *clausole elastiche e/o flessibili* dell'orario di lavoro nell'ambito del rapporto part-time.

Quest'ultime (i.e., clausole elastiche e/o flessibili), infatti , allorchè unilateralmente predisposte – "*…presupponendo una inziale collocazione temporale concordata con il lavoratore…e richiedendo, comunque, la sua disponibilità ai fini di una variazione dell'orario di lavoro"* (così, in ultimo, Trib. Milano, 12 marzo 2006) – saranno senz'altro da considerare nulle per incompatibilità con la *causa* del contratto di lavoro (part-time) che si fonda (tale causa) – così, tra tutte, Trib. Firenze, 23 novembre 2001 (in *Riv. Crit. Dir. Lav.*,2002, 393) – "*…sulla condizione che il lavoratore non possa vedersi modificare senza il suo consenso la cadenza giornaliera e settimanale della prestazione:pertanto, deve considerarsi nulla quella clausola apposta al contratto individuale che consenta al datore di adeguare l'orario del dipendente ad una turnazione preventiva non precisata,…violando, così, il diritto del lavoratore di conoscere ab initio l'esatta collocazione giornaliera e settimanale della prestazione"*. In tutti questi casi, dunque, la sanzione civilistica sarà proprio quella dell'art. 1419 c.c. comma primo, e, quindi, la c.d. *nullità parziale* (al riguardo, cfr. nota 392) che colpirà la singola calusola illecita con salvezza del contratto per la restante parte, in termini analoghi a quanto già ipotizzato dalla dottrina tedesca (cfr. sopra)

Altra ipotesi di nullità era quella rilevante in caso di *elusione dell'obbligo retributivo* (c.d. *Lohnwuchers*) allorchè il datore di lavoro, approfittando dello stato di bisogno o dell'inesperienza del lavoratore, avesso fissato un salario eccessivamente modesto in relazione alla natura della prestazione; in tali casi, la giurisprudenza tedesca prevedeva la sostituzione automatica della *retribuzione collettiva* (c.d. *Tariflohn*) alla clausola difforme.

Anche in questo ambito, la perfetta corrispondenza nell'ambito della tradizione lavoristica italiana è di palese evidenza; infatti, proprio in forza del precetto Costituzionale ex. art. 36 della Carta Fondamentale – si ricordi, per giurisprudenza consolidata, si tratta di norma *immediatamente precettiva* –, sul piano civilistico, l'unica sanzione possibile in caso di violazione dei principi di *proporzionalità e sufficienza della retribuzione* (ex. art. 36 Cost.) sarà proprio quella di cui all'art. 1419 c.c., comma secondo, ai sensi della quale "*…la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto…quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative"*.

Pertanto, la eventuale clausola peggiorativa della retribuzione sarà senz'altro sostituita *ope legis* con conseguente salvezza del contratto per la restante parte della disciplina negoziale; al riguardo, però, vorrei sottolineare e ribadire una personale convinzione che, in materia, è sfuggita, tuttavia, a pur autorevole dottrina (in tal senso, tra tutti, cfr. Balzarini., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Milano, 1965; Simi., *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967)

Ovvero, anche in questo ambito, l'eventuale riferimento a logiche garantistiche ultronee al sistema privatistico è inconferente e, comunque, non idoneo a raggiungere risultati differenti rispetto a quelli che già si dovrebbero riconoscere in forza dei principi civilistici; infatti – quanto al caso in esame – allorchè in un contratto individuale di lavoro venga apposta una clausola *illegittima(* sotto il profilo della retribuzione) per violazione dell'art. 36 Cost., quest'ultima sarà sostituita non già (e, comunque, non solo) in forza di un precostituito *favor lavoratoris* che così imporrebbe ma, piuttosto, in quanto, in tal modo, dispone la stessa norma civilistica sopra richiamata (i.e., art. 1419 c.c., comma secondo).

Tale disposizione, infatti, se prevede la sostituzione automatica di clausole violative di norme imperative, *a fortiori* imporrà la medesima soluzione interpretativa (i.e., sostituzione automatica della clausola e salvezza del contratto per la restante parte) in caso di contrasto con norme di rango costituzionale (ex. art. 36 Cost.) che sono, per definzione, all'apice della piramide normativa di kelsiana memoria e, in quanto tali, saranno insuscettibili di deroghe alcune, nemmeno attraverso lo strumento negoziale che, piuttosto, dovrà rispondere ai criteri e parametri di cui all'art. 1322 c.c., comma secondo, in termini di meritevolezza degli interessi perseguiti; in materia, si rinvia all'ampia trattazione svolta retro.
Ergo, concludendo, ancora una volta, gli strumenti civilistici risultano idonei, *ex se*, a soddisfare e spiegare peculiari *sfumature strutturali (*quali quelle connesse, nel caso in esame, al tema della retribuzione), *sia genetiche che applicative*, del vincolo obbligatorio lavoristico *lato sensu inteso*.
Similmente, infine, avverrà per le cause di annullamento (si ricordi, infatti, che la disposizione ex. art. 2126 c.c. si riferisce anche a quest'ultima ipotesi patologica del sinallagma pattizio); la dottrina lavoristica tedesca, al riguardo, individuò tre essenziali cause di annullabilità del contratto (di lavoro) e, segnatamente, la violenza (c.d. *Drohung*), il dolo (c.d. *Tauschung*) e, infine, l'errore (c.d. *Irrtum*) nel cui ambito si faceva rientrare sia quello (i.e., errore) *soggettivo* inerente la manifestazione delle dichiarazioni (c.d. *Erklarungssauberung*) sia quello *obiettivo* incidente sul valore stesso della manifestazione volitiva.
Al riguardo, la piena conformità delle soluzioni adottate con l'ordinamento privatistico italiano è, ancora una volta, di totale coincidenza sostanziale e giuridica; infatti, ex. art. 1427 c.c. e ss., il contratto (e, quindi, anche quello) di lavoro sarà annullabile per i vizi del consenso che coincidono perfettamente con quelli individuati dalla giurisprudenza e dottrina alemanna (i.e., dolo, errore, violenza). Anche in riferimento all'errore, infine, si osservi come la stessa dialettica interna (tedesca) tra errore *soggettivo* e *oggettivo* (cfr. sopra) sembra corrisponedere all'intimo e tradizionale binomio concettuale (tipicamente italiano) in termini di, rispettivamente, *errore ostativo ed errore vizio* (sul punto, tra tutti, cfr. Torrente., *op. cit.,).*
Ultima ipotesi da analizzare è, infine, quella che concerne la eventuale *incapacità delle parti* che – al pari delle conclusioni raggiunte, sul punto, dalla attenta dottrina alemanna – anche nel nostro odinamento giuridico è causa di annullamento del contratto ex. art. 1425 c.c.; tra tutte, però, la casistica più studiata (al riguardo) fu quella che riguardava l'eventuale contratto di lavoro posto in essere in *mancanza di capacità del minore e di mancato assenso del legale rappresentante. Rebus sic stanti bus, quid iuris?*
Sul punto, la giurisprudenza tedesca adottò una *soluzione* ermeneutica inizialmente *ambigua* nel senso che – pur nella formale affermazione per cui, nel caso di specie, si sarebbe trattato di una inequivoca ipotesi di annullabilità del contratto – coniugò il "rigore" civilistico (della disciplina dell'invalidità) con il principio romanistico del c.d. *divieto di "venire contra factum proprium"* e, pertanto, ne derivò la conclusione per cui il datore di lavoro, se consapevole dell'incapacità del prestatore, (pur se *legittimato ex lege)* non avrebbe potuto eccepire l'annullamento del contratto in quanto, così operando, si sarebbe posto in contrasto con la sua azione precedente (i.e., conclusione del vincolo negoziale).
Contra la suddetta posizione pretoria, tra tutti cfr. Hueck-Nipperdey., (*op. cit.,)* che, a sua volta, analizza la fattispecie opposta, ovvero quella risultante in caso di incapacità datoriale; in tal caso, secondo l'autore sopra citato, al lavoratore sarebbe spettato il mero esperimento dell'azione di indebito arricchimento, restando comunque inalterata la facoltà, per entrambe le parti, di recedere senza preavviso quando lo avessero ritenuto opportuno o, comunque, in presenza delle condizioni legittimanti *ex lege.*

[456] Anche nel nostro ordinamento, la suddetta regola (i.e., *quod nullum est, nullum producit effectum*) è senz'altro recepita con due eccezioni che è opportuno richiamare alla luce delle considerazioni che seguiranno (si rinvia al proseguo) nonché per esigenze di completezza argomentativa.
La prima deroga è rappresentata dalla c.d. *conversione del contratto* ex. art. 1424 c.c. ai sensi del quale "*…il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo alla scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità"*
Sulla base della disposizione normativa in oggetto, sembrerebbero essere quattro le condizioni di operatività della fattispecie *de qua* (i.e., conversione ex. art. 1424 c.c.) e, segnatamente: a) la *nullità del contratto*; b) *l'idoneità degli effetti giuridici modificati a soddisfare in misura apprezzabile gli interessi delle parti*; c) la *presenza, nel contratto stipulato, dei requisiti necessari per produrre i diversi effetti giuridici* e, infine, (d), *l'ignoranza delle parti circa l'invalidità del contratto stipulato*.
Fondamento della conversione è, secondo l'ipotesi maggioritaria (in tal senso, tra tutti, cfr. D'Antonio., *op. cit.,*) il principio di *conservazione del contratto* e, secondo una tesi minoritaria (tra tutti, cfr. De Nova., *op. cit.,*), il principio di *buona fede*.

La lettera della legge sembrerebbe far dipendere tale conversione del contratto da un presunta intenzione delle parti (*…qualora debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità…"*); in giurisprudenza – ed è questa la problematica più interessante su cui vorrei, seppur brevemente, soffermarmi in forza dei connessi profili giuslavoristici che ne possono derivare (cfr. parte successiva della presente nota) – si è molto discusso sui parametri "relazionali" (così Bessone., *op. cit.,)* del suddetto (ed eventuale) *giudizio prognostico ex post* (di matrice pattizia) volto a valutare il probabile esito della contrattazione allorchè fosse stata prevedibile, *ex ante,* la forma più grave (i.e., nullità) della patologia contrattuale e, al riguardo, sono state proposte due alternative ipotesi speculative.
Secondo la c.d. *tesi soggettiva*, si dovrebbe aver riguardo esclusivo alla *effettiva volontà dei paciscenti* mentre per i sostenitori della c.d. *tesi oggettiva* si dovrebbe privilegiare l'analisi inerente *le concrete possibilità di conservare il contratto compatibilmente con il rispetto della pattuizione originaria.*
I sostenitori della tesi soggettiva, poi, si sono (essi stessi) divisi sulla *portata sostanziale* da attribuire all'elemento volontaristico e, sintetizzando, si possono individuare due ulteriori proposte ermeneutiche in materia.
Secondo l'indirizzo teorico più rigoroso ma comunque minoritario (tra tutt, in tal senso, cfr. Cass., 26 giugno 1987 n. 5675 in *Giust. Civ.,* 1988) si dovrebbe considerare la reale volontà delle parti con riferimento alla conclusione del contratto, quale risultante dalle dichiarazioni rilasciate dalle stesse (parti) ovvero inserite nel testo del documento negoziale o, ancora, desumibile dal comportamento complessivo assunto durante e dopo la negoziazione; secondo uno altro filone (Cass., 4 settembre 1980 n. 5100), invece, si dovrebbe aver riguardo non tanto alla *volontà reale* ma, piuttosto, a quella (volontà) *ipotetica* dei contraenti da ricostruire, in via meramente interpretativa, secondo una tecnica essenzialmente presuntiva.
La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, però, accolgono senz'altro la c.d. *tesi oggettiva* per la quale – interpretando in maniera *meramente formale* il riferimento testuale della legge a ciò che le parti "*avrebbero voluto"* – la conversione opererebbe automaticamente, *ope legis,* secondo un giudizio di *obiettiva congruenza tra gli effetti giuridici modificati e lo scopo delle parti* o, *rectius,* la *causa concreta del regolamento negoziale posto in essere* (in tal senso, cfr. Cass., 1 marzo 1995 n. 2340 in *Giust. Civ.*, 1995, p. 1438; Cass., 5 luglio 2000 n. 8970; Cass., 19 luglio 2002 n. 10536; Cass., 5 maggio 2003 n. 6756).
Una rilevante *eco giuslavoristica* di quanto sopra analizzato la si rinviene, a parer mio, in riferimento alla disciplina del contratto a tempo determinato, così come modificata dal d. lgs. 368/2001, in applicazione della direttiva comunitaria n. 1999/70.
Rinviando – per l'impostazione storico-teorica della problematica, al capitolo secondo – in tal sede ci si limiti soltanto a ricordare che il legislatore delegato ha compiuto un importante passo in aventi rispetto alla disciplina previgente (legge 230/1962) che regolava il rapporto tra *contratto a tempo indeterminato e contratto a termine sub specie* di, rispettivamente, *regola /eccezione;* più in particolare, il suddetto d. lgs. (368/2001) abbandona la tradizionale logica definitoria del lavoro a termine in ottica *residuale* e *sussidiaria* (ovvero, in termini *derogatori* rispetto alla regola generale del rapporto di lavoro "*sine die"*) per farne (del lavoro a termine), invece, un *tipo contrattuale autonomo, generale e parallelo* rispetto al modello *sinallagmatico* del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.
Per convincersi di quanto detto, basti pensare alla clausola generale con cui inizia il d.lgs. in esame (368/2001) che sostituisce al c.d. *sistema della lista chiusa* (ex. *lege* 230/1962 in cui, all'art. 1, commi 1 e 2, erano tipizzate le ipotesi tassative legittimanti il ricorso al modello contrattuale del lavoro a termine) una clausola generale quale quella (ex. art. 1 d. lgs. 368/2001) che "facoltizza" il ricorso al tipo contrattuale *de quo* (lavoro a termine) per "*…ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo….".* (sull'analisi della clausola e della loro portata si rinvia alle trattazioni manualistiche sul tema e, per alcune riflessioni di carattere civilistico, alla mia nota a sentenza, (Paladino., *Il contratto a termine nell'ottica della nullità civilistica,* in *Orientamenti,* 3, 2007)
Ciò premesso, ci si deve concentrare su un altro dato positivo (art. 1, comma 2) – che apre la discussione che vorrei, seppur brevemente, affrontare – ai sensi del quale "*…l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni "* legittimanti il ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato.
Rebus sic stantibus, quid iuris nel caso in cui il termine non sia pevisto o non risponda al suddetto carattere di *specificità* (ex. art. 1, comma 2)? Si dovrà optare per la tesi della *nullità totale* del contratto o, piuttosto, per quella della *nullità parziale* ex. art. 1419, comma 1, che, "*colpendo"* la sola clausola illegittima, farebbe salvo il contratto per la restante parte (cfr. nota 393)? Sulla questione – preferendo

questa seconda tesi (i.e., nullità parziale) – mi sono già soffermato nella mia nota a sentenza appena sopra citata (in *Orientamenti,* 3, 2007) e ad essa integralmente rinvio perché sarebbe *scientificamente inutile* una mera ripetizione di quanto già argomentato.
Invece – quasi "idealmente" continuando l'iter logico in quella sede iniziato (cfr. *Orientamenti, op. cit.,)* – vorrei, limitarmi alla seguente osservazione; cioè – anche a non voler accettare la soluzione della nullità parziale con tutte le considerazioni ad essa connesse (rinvio alla suddetta nota) – gli autorevolissimi (tra tutti, cfr. Vallebona., *op. cit.,)* sostenitori della tesi della nullità totale del contratto di lavoro (per illegittimità della clausola appositiva del termine) – i quali argomentano la conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c. (in forza di quest'ultimo richiamo risulta, ancor più evidente, l'inerenza del tema allo specifico argomento, i.e. rapporti di fatto *lato sensu* intesi, di cui al presente paragrafo) – dovrebbero riflettere proprio sulla disciplina della eventuale *conversione del contratto nullo* ex. art. 1424 c.c.
Ovvero se – alla luce di quanto sopra detto sull'istituto in generale (cfr. retro) – la giurisprudenza ritiene che il richiamo alla *ipotetica volontà dei contraenti* (ex. art. 1424 c.c.) sia meramente formale, ritenendosi sufficiente, piuttosto, che *le parti non abbiano previsto e regolato le conseguenze della nullità del contratto* (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 11 ottobre 1980 n. 5451 in *Giust. Civ.*, 1982, I, 1893 che parla, addirittura, di mera necessarietà, ai fini della conversione, di un "*… rapporto di continenza tra negozio nullo e negozio che dovrebbe sostituirlo…"*), ne consegue che – senza dover "scomodare" improbabili logiche di *favor lavoratoris* – se ne dovrebbe inferire, piuttosto, l'applicazione del principio *pacta sunt servanda* (presupposto, come detto sopra, della stessa disciplina ex. art. 1424 c.c.) in presenza di una *obiettiva congruenza sostanziale tra effetti giuridici modificati* (i.e., quelli derivanti da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato) ed *effetti originariamente stabiliti tra le parti* (i.e., quelli conseguenti da un *contratto a termine* con clausola appositiva dello stesso illegittima*). Mutatis mutandis*, infatti – al di là delle fisiologiche distinzioni in termini di disciplina concretamente applicabile – in entrambi i casi (lavoro a termine e lavoro a tempo indeterminato) si potrebbe "leggere" la *medesima volontà di stringere un rapporto giuridico obbligatorio (di lavoro) bilaterale* - quindi, il c.d. *an negoziale* sarebbe comune a tutte e due le ipotesi – tra due persone determinate (i.e., quel datore di lavoro e quel prestatore)*; ergo,* in presenza degli altri presupposti della fattispecie (ex. art. 1424 c.c.) come sopra esposti, la *conversione potrebbe operare senz'altro di diritto* quasi a configurare una sorta di applicazione *legale del più ampio e generale principio di conservazione del contratto* (sul punto, si rinvia anche in proseguo).
Pertanto – concludendo – anche seguendo una strada diversa da quella della nullità parziale (si rinvia alla suddetta nota in *Orientamenti*), si andrebbe, ugualmente, a confliggere con la opposta posizione teorica della nullità totale del contratto in quanto, pur se con percorsi logici differenti, la conclusione cui si giungerebbe sarebbe comunque la medesima, ovvero, la *conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato* ex. art. 1424 c.c.; e, si ricordi, ciò si otterebbe, ancora una volta, in piena e rigorsa applicazione degli istituti civilistici legati alla patologia del contratto.
Infine – per esigenze di completezza argomentativa – si accenni alla seconda eccezione (al principio per cui *quod nullum est nullum producit effectum)* che attiene alla *tardività della trascrizione della domanda di nullità* ex. art. 2652 c.c., n. 6; più in particolare – in omaggio ai principi generali in materia – la sentenza che dichiara nulla l'alienazione, generalmente, travolgerà anche i diritti dei terzi acquirenti e, cioè, i diritti che i terzi hanno acquistato dall'alienatario o dai suoi aventi causa in forza della sua efficacia retroattiva.
Tuttavia, se la trascrizione della domanda di nullità è eseguita dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo, la sentenza che dichiarerà la nullità non sarà idonea a pregiudicare i diritti che i terzi di buona fede hanno acquistato in base ad un atto trascritto o iscritto prima della trascrizione della domanda di nullità; in tali casi, cioè, l'inopponibilità della sentenza di nullità – pur non rendendo valido l'atto impugnato (poiché la trascrizione non ha efficacia *costitutiva)* – sarà tale, tuttavia, da comportare, assieme alla buona fede dell'acquirente, la costituzione di un efficace titolo di acquisto.
Riportando la disciplina ai principi generali, si tratterà di una ulteriore applicazione *combinata* dei principi di *affidamento* ed *autoresponsabilità* (già retro analizzati) che stanno alla base del più generale fenomeno dell' *apparentia iuris (*cfr. note 361-362)*; mutatis mutandis*, infatti, la *voluntas legis* sottesa alla disposizone in esame (art. 2652 c.c. n. 6) sembra esser quella per cui *il titolare di un diritto ha l'onere di rimuovere l'apparenza di un contratto invalido a tutela del ragionevole affidamento dei terzi. (*per gli ulteriori aspetti della disciplina si rinvia, per *identità di ratio,*alle note sopra richiamate).
Alla suesposta costruzione teorica, però, si potrebbe sollevare la seguente obiezione; ovvero, ci si potrebbe chiedere *come sia possibile* che un contratto, in forza della sua esclusiva *"vigenza" inter partes*

ancor più generale tesi dogmatica che ha cercato di supportare e proporre *versioni alternative*[458] di quella stessa matrice istituzionalistica[459] - *retro* sconfessata nel suo

---

(art. 1372 c.c.; c.d. *principio di relatività),* possa essere tale da determinare l'altrui affidamento che ne giustificherebbe, per ciò solo, la suddetta deroga al principio di nullità ex. art. 2652 c.c., n. 6.
Per prevenire eventuali critiche di tal guisa – e "salvare" la coerenza del ragionamento – mi limito ad osservare quanto segue; ovvero, nell'ambito del più generale tema dell' *efficacia* del contratto (tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,)* si deve distinguere fra la sua *proiezione diretta* (c.d. *efficacia diretta*) e quella (*proiezione) riflessa* (c.d. *efficacia riflessa).*
Quanto alla prima, *nulla questio*; essa (i.e., efficacia diretta) è regolata dal suddetto principio di *relatività* per il quale (ex. art. 1372 c.c.) *il contratto ha forza di legge tra le parti (*comma primo) e *non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge* (comma secondo).
Tale principio, però, (i.e., *relatività del contratto*) non concerne il secondo profilo di indagine, ovvero quello della c.d. *efficacia riflessa*, che si coniuga, a sua volta, nei due corollari della c.d. *rilevanza esterna del contratto* e della *opponibilità dello stesso*.
In relazione al primo (i.e., *rilevanza esterna*) si devono distinguere due ulteriori aspetti; ovvero, da un lato, essa (rilevanza esterna del contratto) si manifesta, anzitutto, nella *tutela dei diritti contrattuali nei confronti della generalità dei consociati* (*erga omnes)* nel senso che *"…il contratto…tende a creare, modificare o estinguere posizioni giuridiche che, pur non incidendo sulla sfera giuridica di terzi* (in forza del suddetto principio di relatività)… *devono essere osservate dalla generalità dei consociati secondo il principio del rispetto dei diritti altrui…"*(così, Bianca., *op. cit.,).*
Ergo – leggendo il tutto nell'ottica giuslavoristica – ne consegue che, pur essendo una *lex inter partes,* il contratto di lavoro tra datore e prestatore dovrà essere rispettato da tutti i consociati nel senso che nessuno sarebbe legittimato ad interferirne *"in malam partem"* o, *rectius,* in modo da menomare o alterare le reciproche posizioni giuridiche soggettive come stabilite nel regolamento pattizio.
Dall'altro, la suddetta *rilevanza estrena* del contratto si manifesta nel senso che *le posizioni giuridiche contrattuali possono essere assunte a presupposto di pretese ed obblighi, poteri e soggezioni all'infuori del rapporto contrattuale* (così, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,);* si pensi, al riguardo (e in via meramente esemplificativa), alle fattispecie *trilaterali* nell'ambito delle articolazioni interne al lavoro subordinato (es. interposizione, appalti, somministrazione di lavoro) in cui vi è un intrinseco rapporto di connessione (e/o continenza) tra distinte fattispecie contrattuali legate *funzionalmente* tra loro a guisa da poter legittimare *posizioni giuridiche soggettive* anche ulteriori rispetto a quelle riguardanti le singole parti del singolo sinallagma negoziale (lavoristico) posto in essere (sulle apposite discipline – per questioni di inerenza all'oggetto del nostro studio – si rinvia alla tradizionale manualistica in materia)
In secondo luogo – quanto al corollario della c.d.*opponibilità* – esso, invece, rileverà, soprattutto, nell'ambito dei negozi derivativi (di alienazione) nel senso di stabilire i *criteri di prevalenza di un titolo contrattuale su un altro,* in funzione regolativa dei c.d. *conflitti tra terzi titolari, tra terzi aventi causa e terzi creditori di un sinallagma negoziale;* in materia – in quanto si andrebbero a toccare aree di indagini (assai affascinanti) ma più distanti dal tema in esame che in tal sede ci occupa – si rinvia agli opportuni approfondimenti dottrinali (tra tutti, cfr. la magistrale opera del Carnelutti., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933).

[457] I.e., presunto contrasto con il suddetto principio per cui *quod nullum est nullum producit effectum;* cfr. note 455 e 456

[458] Tra le più recenti (ed autorevoli), cfr. Scognamiglio., (*op. cit.,)* che giunge persino a parlare di "*fuorviante diaframma del contratto…, inidoneo a spiegare il complesso fenomeno lavoristico…";* più in particolare, l'autore sopra citato argomenta – a partire dall'esame della realtà sociale – un concetto di subordinazione che andrebbe a prescindere dalle relazioni intersubiettive per riguardare, piuttosto, *"… la situazione globale dei prestatori di lavoro che apparirebbero esautorati da ogni potere di scelta nella realizzazione dell'attività lavorativa…" ,* essendo, comunque, la *situazione economica* ed il *livello di occupazione* (sic) *"…frutto di scelte formulate già a livello di capitale…"*. Concludendo, il suddetto autore (Scognamiglio., *op. cit.,)* si esprime nel senso che *se è vero che il diritto del lavoro tende all'eliminazione della diseguaglianza tra le parti…, appare di tutta evidenza che non è attraverso lo schema del contratto che tale obiettivo potrà essere perseguito…., essendo la fattispecie contrattuale caratterizzata proprio dallo stato di parità, in tale ipotesi inesistente…." .*

[459] Si tratta della già analizzata teoria dell' *inserimento* (c.d. *Eingliederungstheorie*) di cui al paragrafo che precede cui si rinvia integralmente

rigore scientifico[460] - secondo un *formalmente*[461] *diverso* sistema logico di riferimento che, giungendo ai medesimi risultati[462], oserei definire in termini di *anticontrattualismo*

---

[460] Rinvio alle apposite considerazioni di cui al paragrafo che precede

[461] Ho volutamente scelto questa (apparentemente) forte espressione linguistica perché, a parer mio, non mi sembra vi siano una novità ed autonomia di argomenti (rispetto al c.d. *anticontrattualismo teorico;* cfr. paragrafo che precede) che meriti e giustifichi una analisi *ex novo* della questione dogmatica (generale) inerente l'ammissibilità e la fondatezza delle tesi istituzionalistiche; piuttosto, saranno senz'altro sufficienti ed applicabili al caso in esame (i.e., anticontrattualismo positivo, cfr. in proseguo nel testo) le riflessioni al riguardo spese in merito alla connessa (e, personalmente, assai più apprezzabile pur se non condivisa, cfr. retro) elaborazione tedesca (in termini di teoria dell'inserimento) in quanto (il suddetto) anticontrattualismo positivo, di matrice più prettamente italiana, invece, sembra rilevare come una sorta di *vox media* (tra istituzionalismo teorico e *contrattualismo pieno)* di poca coerenza, cercando di "confondere", ecletticamente, argomenti dell'una e dell'altra posizione speculativa (i.e., contrattualismo ed istituzionalismo) e giungendo, per ciò solo, ad una sintesi finale scarsamente cogente e di inconsistente valore giuridico come si avrà cura di dimostrare.

[462] Tale anticontrattualismo positivo, infatti, (come già accennato) è tale da condividere le medesime conclusioni speculative cui giunge quello (*anticontrattualismo) teorico*, di matrice tedesca, per il quale il fondamento del rapporto di lavoro dovrebbe rinvenirsi non già nel contratto ma, piuttosto, nella mera *occupazione di fatto* del prestatore all'interno dell' azienda (c.d. *Eingliederungstheorie*); si rinvia al paragrafo che precede.

In particolare, i sostenitori della tesi *de qua* (istituzionalismo in termini di anticontrattualismo positivo; cfr. nota 463) hanno ipotizzato una improbabile *incompatibilità insanabile* tra *rapporto di occupazione* e idea del *contratto* (oltre che sulla base del suddetto art. 2126 c.c., su cui ampiamente in proseguo) anche in forza dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369 (ora abrogata dall'art. 85, comma 1, lettera c, del d. lgs. 27672003) il quale, ponendo il divieto di *intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro,* stabiliva che i prestatori di lavoro occupati in violazione dei divieti posti dalla legge stessa dovessero essere considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che si era effettivamente avvalso delle loro prestazioni.

Anche la norma in esame, però, non sembra idonea, a parer mio, a legittimare alcuna (presunta) matrice istituzionale del rapporto di lavoro in quanto il legislatore (nella fattispecie in oggetto ex. lege 1369/90) si limiterebbe a precisare che, a seguito del contratto stipulato tra lavoratore ed interposto, il rapporto verrà a svolgersi tra lavoratore ed imprenditore interponente (in tal senso, sembra suggerire anche Spanò., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, Milano, 1965,* per il quale la normativa *de qua* "*…completa la tutela già predisposta dall'art. 2127 c.c…. che regola l'interposizione nel lavoro a cottimo, sanzionando la nullità di ogni accordo fraudolento…*".

Più in particolare, l'iniziale contratto svolgerà i suoi effetti tra le parti stipulanti finchè, realizzandosi la prestazione nell'impresa dell'interponente, la legge non subentri per surrogare quest'ultimo nella posizione dell'interposto, trasferendo, integralmente, in capo a questi la titolarità del precedente rapporto contrattuale posto in essere; *ergo,* ne deriva che *l'inserzione nell'impresa dell'interponente non varrà da se stessa a costituire il rapporto* in quanto (così Benedetti., *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1965) "*… continueranno ad avere incidenza sul rapporto tra imprenditore interponente e lavoratore subordinato… tutti quei fatti idonei ad incidere sul contratto originario… e sul rapporto da esso derivante…"*. Piuttosto, a parer mio, la fattispecie *de qua* (art. 1 legge 1369/1980) parrebbe riconducibile, *mutatis mutandis,* ad una ipotesi normativa di *conversione negoziale* (cfr. nota 456) o, al più, si potrebbe trattare di una fattispecie di instaurazione, tra le parti, di un *rapporto contrattuale di origine legale* (così, Montuschi., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro,* Milano, 1967).

In ogni caso – per quel che a noi più interessa – nel caso in esame (art. 1 legge 23 ottobre 1960 n. 1369), alla base della *ratio legis,* vi sarà, comunque, un atto di natura squisitamente negoziale (i.e., il contratto di lavoro) che – andando a fondare il rapporto originario – così Mazzoni., *op. cit.* – "*…renderebbe impossibile configuare la costituzione acontrattuale del rapporto… potendosi ammettere, al massimo, che il rapporto di lavoro, pur avendo una origine ed una base contrattuale, si distacchi da essa (base contrattuale) e viva di vita propria…. Ma nulla cambierebbe, ontologicamente, sul piano giuridico…. in quanto… la costituzione del rapporto rimarrebbe pur sempre contrattuale….".*

positivo[463] in quanto fondato, a differenza del precedente[464], su un dato normativo-testuale[465] quale quello desumibile ex. art. 2126[466] c.c.

Ergo, la disposizione in oggetto (art. 1, legge 23 ottobre 1960 n. 1369) sembra senz'altro riassorbibile nel generale principio dell'origine negoziale del rapporto di lavoro e, pertanto, anche seguendo questa via speculativa (i.e., quella derivante dall'art. 1 della legge 1369 del 1960) le tesi anticontrattualistiche sembrano, ancora una volta, inconferenti

[463] Il ragionamento logico che si è seguito al riguardo è sintetizzabile nel modo seguente; se la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro *non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione* (ex. art. 2126 c.c.) ciò equivale ad affermare che esso (i.e., rapporto di lavoro), pur nell'invalidità del suo (presunto) atto negoziale fondativo, continuerà a *spiegare* effetti (e a "sopravvivere") tra le parti, in contrasto con il principio per cui *ciò che è nullo è insuscettibile di produrre effetti* (cfr. retro). Da ciò, gli anticontrattualisti positivi hanno desunto la conclusione per cui, dunque, fonte del rapporto di lavoro (che continua nonostante la nullità del negozio) sia non già lo strumento contrattuale (perché, se così fosse, anche il rapporto di lavoro dovrebbe risultarne inesorabilmente coinvolto) ma, piuttosto, la *mera e fattuale occupazione in azienda,* come già sostenuto alla luce dell'istituzionalismo teorico (c.d. *teoria dell'inserimento* o, *Eingliederungstheorie*) di matrice tedesca; si rinvia al paragrafo che precede.

Al riguardo, però, mi sembra di poter rilevare già un primo profilo di critica che, ancor prima di essere di natura giuridica (al riguardo, si rinvia alle considerazioni che seguono), mostra l'inconferenza del ragionamento (appena espresso) sotto il profilo meramente strutturale; ovvero lo (pseudo)-sillogismo (nei termini in cui sopra dipinto) che regge tale anticontrattualismo positivo non è accettabile.

Esso, infatti, si fonda su due *premesse negative* ; a), (premessa major) *quod nullum est nullum producit effectum;* b) (premessa minor) se fonte del rapporto di lavoro fosse il contratto *esso* (se invalido) non potrebbe produrre effetti.

Così opinando, si porrebbe, però, in (insanabile) contrasto con la logica aristotelica per cui "*…non si ha sillogismo ove entrambe le pemesse siano negative perché la doppia relazione negativa in cui starebbe in tal caso il medio verso gli estremi non produce tra questi, alcuna sintesi necessaria"* (così Caramella., *Sillogismo,* in *Enciclopedia Filosofica,* IV, Venezia, 1957); *ergo,* la conclusione che si deriva (in termini anticontrattuali) dalle suddette premesse (sub a e b) non sarà eziologicamente necessitata e, quindi, non sarà idonea a sconfessare la tesi negoziale del rapporto di lavoro che, si ricordi, è la prospettiva che in questo studio si vuole dimostrare e definitivamente affermare. *Rebus sic stantibus*, una prima "vittoria", sul punto, sembra già essersi raggiunta.

[464] Che, per la suesposta ragione, si è definito, coerentemente, di matrice *teorica* (si rinvia al paragrafo che precede)

[465] Più in particolare (riprendendo il filone di origine tedesca già analizzato; cfr. retro) il ragionamento *istituzionale* proposto è stato (da parte di taluni) fondato su un netto distinguo tra *contratto* e *rapporto* argomentato nel senso che – quand'anche il primo (i.e., contratto) risulti *in itinere* "difettoso" (o, *rectius,* invalido) ma abbia comunque avuto esecuzione attraverso *l'incorporazione* – sarebbe, per ciò solo, sorto un *rapporto di lavoro* che continuerebbe a "*vivere*" e sussistere (nonostante le vicende della *lex contractus)* perchè determinato e regolato (non più dal negozio ma) dalle norme di legge e da quelle collettive (od altre riguardanti l'appartenenza del lavoratore all'impresa o la sua attività) che andrebbero a contenere, altresì, disposizioni talmente peculiari e specifiche – così, testualmente, Frey., *Die Auflosung des Arbeitsverhaltnisse,* in *Die Quelle*, 1950, trad. it. 1960 – " *per cui non si vede come tali norme si possano non ritenere applicabili…ad un rapporto fondato sulla occupazione continuata del lavoratore nella comunità di impresa cui appartiene…pur senza contratto…..".*

[466] In dottrina, nel tentativo di proporre una interpretazione "*adeguatrice"* della disposizione in esame (i.e., art. 2126 c.c.) con i (presunti violati) principi civilistici, sono state proposte, essenzialmente, tre ricostruzioni teoriche (due delle quali, almeno) non sembrano per nulla convincere.

Una prima posizione dogmatica (tra tutti, cfr. Sacco., *Nullità e Annullabilità (diritto civile)* in *Noviss. Dig. It.,* Vol. IX, 1965) la si potrebbe definire come *tesi del contratto extraconsensuale*; secondo questa autorevole dottrina, la validità del contratto perfezionato con la esecuzione sarebbe pienamente compatibile con la sua nullità in termini di *negozio consensuale* in quanto, con la norma in esame (i.e., art. 2126 c.c.), il legislatore avrebbe sovrapposto, all'idea di un *contratto consensuale nullo,* quella (idea) di un *contratto extraconsensuale* produttivo di effetti a guisa che – così, testualmente, Sacco., *op. cit.* – "*…gli effetti dell'esecuzione accepta dal datore di lavoro sono quelli di un vero contratto di lavoro*".

Questa teoria, a parer mio, pur fondata, è di scarso *valore euristico* in quanto finisce per giungere al medesimo risultato che noi si è già ottenuto ragionando sul c.d. *accordo tacito della negoziazione* (cfr. retro) – e, quindi, sulla c.d. *conclusione del contratto per comportamento concludente* – nell'ambito della tematica più generale dei rapporti di fatto (si rinvia al complesso delle considerazioni di cui al presente paragrafo.); *ergo*, pur se apprezzabile da un punto di vista dogmatico, nulla aggiunge al nostro iter logico conoscitivo come fin qui tracciato e, forse – anche in considerazione dell'autorevolezza del civilista citato – il fatto che si sia giunti, con percorsi logici differenti, alle medesime conclusioni del Sacco potrebbe confermare o, quanto meno, incoraggiare nel continuare lo schema logico razionale come fin qui tracciato.

Si giunge, così, alle altre due ricostruzioni teoriche che, come accennato, sono le più problematiche e meno coerenti sul piano squisitamente privatistico.

Secondo un (pur seguito) filone dottrinale, l'art. 2126 c.c. andrebbe a fondare la c.d. *teoria della sanatoria del negozio nullo* nel senso che – a differenza dell'art. 1444 c.c., comma secondo, che va ad attribuire all'esecuzione del negozio efficacia sanante dell'atto, con conseguente rilevanza del contratto anche *pro futuro* – la disposizione in esame (i.e., art. 2126 c.c.), invece, andrebbe ad incidere, *direttamente*, sul rapporto *di lavoro considerato*, per tutto il periodo della sua esecuzione, *come se* (mera *fictio iuris) si fosse svolto sulla base di un contratto valido*

In tal senso, tra tutti, illustri giuslavoristi quali Andreoli., (*Note in tema di contratto nullo., op. cit*) che, al riguardo, si esprime in termini di "*…delimitazione cronologica della nullità";* Corrado., (*Il contratto di lavoro, op. cit.,*) per il quale si tratterebbe di "*nullità sanante a carattere progressivo"* e, infine, Fedele., (*Invalidità del contratto di lavoro, op. cit.,*) che parla di "*..sanatoria parziale*".

Al riguardo, però, si impongono alcune precisazioni.

Questa tesi, cioè, prende le mosse da un presupposto teorico (tutt'altro che scontato) quale quello della *sanabilità del negozio nullo*; sul punto, però – sotto un profilo civilistico – la premessa deve essere totalmente invertita in quanto "*…la sanatoria è la rimozione legale o volontaria dell'invalidità dell'atto e concerne, in via generale, soltanto il contratto annullabile… in quanto il nostro ordinamento non concosce, invece, una generale figura di sanatoria del contratto nullo…"* (così, testualmente, Bianca., *Il contratto, op. cit.,*). *Ergo*, la posizione dogmatica sopra sostenuta risulterebbe solo *parzialmente sostenibile* nel senso che non avrebbe carattere generale potendo, al massimo, spiegare le ipotesi (ex. art. 2126 c.c.) conseguenti al *negozio di lavoro annullabile* (per cui la sanatoria è ammessa ex. lege ai sensi dell' art. 1444 c.c.) e non già quelle inerenti al *contratto nullo* che, invece, rappresenta la questione teorica più problematica e più rilevante (ex. art. 2126 c.c.) sotto il profilo dell'indagine in cui ci si muove.

Del resto, non sarebbe altrettanto conferente il tentativo di supportare la tesi in oggetto (i.e., *sanatoria del contratto ex. art. 2126* c.c.) – come pure è stato da alcuni autorevoli esponenti implicitamente paventato (così, tra tutti, Andreoli., *op. cit.,* e Riva sanseverino., *op. cit.)* – muovendo da (improbabili) argomenti testuali quali quelli ex. artt. 590 c.c. (in materia di *conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle)* e 799 c.c. (in tema di *conferma ed esecuzioni volontaria di donazioni nulle*); in tali casi, infatti, non si tratterebbe di una *mera deroga* al principio della *non sanabilità* del negozio nullo ma, piuttosto, rileverebbe una problematica civilistica assai più complessa che non potrebbe, in alcun modo, essere ridotta alla conclusione per cui, applicando analogicamente le suddette disposizioni (artt. 590 e 799 c.c.), si potrebbe senz'altro giungere all'estensione dell'istituto della sanatoria anche al *contratto di lavoro invalido.*

In primo luogo, infatti, si tratterebbe di *ipotesi eccezionali espressamente previste dal legislatore* e, in quanto tali, insuscettibili di applicazione analogica (c.d. *argomento formale,*); a questo (argomento), però, secondo me, se ne potrebbe aggiungere uno altro ancora più cogente. Ovvero – in relazione alle fattispecie suddette (artt. 590 e 799 c.c.) – la c.d *"conferma"*(di disposizioni testamentarie nulle o di donazioni nulle) non dovrebbe intendersi come unica fonte degli effetti negoziali da essa derivanti, quasi ad immaginare una sua (ci si riferisce alla conferma) *artificiosa sostituzione* al negozio (testamento o donazione) invalido (o, *rectius*, nullo); piuttosto, essa (i.e., conferma) sarebbe da considerare quale *atto tipico unilaterale* che si aggiunge al negozio nullo e, in tal modo – originandosi una *nuova fattispecie normativa complessa* (i.e., conferma + negozio originario nullo) – essa stessa (i.e., conferma) risulterebbe idonea, per ciò solo, a produrre effetti ulteriori rispetto a quelli suscettibili di verificarsi (ovvero, nessuno) in riferimento e in conseguenza del mero e singolarmente inteso *negozio invalido originario.*

Rebus sic stantibus, la tesi speculativa proposta (i.e., sanatoria del contratto nullo) sembrerebbe senz'altro poco coerente per due essenziali ragioni.

A parer mio, però, il risultato cui si giunge è esattamente contrario a quello suggerito dalla dottina in esame[467]: ovvero, non è la disposizione *de qua*[468] a derogare all'istituto della *nullità del contratto*[469] ma, piuttosto, sarà il rigore civilistico di quest'ultima

---

Innazitutto, residuerebbe di dimostrare quale possa in essere, in relazione all'art. 2126 c.c., questo *atto di conferma tipico* che, aggiungendosi al contratto di lavoro nullo, sia tale da determinarne l' *efficacia* attraverso una sua *presunta sanatoria "legale"*; in secondo luogo, si osservi come il suddetto tentativo (volto ad individuare un atto di conferma *tipico)* si risolverebbe, per ciò solo, in una irrimediabile *probatio diabolica* .Tale tipicità (della conferma), infatti, sarebbe esclusa *a priori* dal fatto che il legislatore, pur potendo (nell'esercizio del suo insindacabile potere politico), non abbia voluto disciplinare una ipotesi di *conferma espressa* in riferimento al contratto di lavoro, esprimendo, in tal modo, una inequivoca *volontà normativa negativa* (al riguardo), desumibile in forza del brocardo per cui "*ubi lex non dixit non voluit*".

Critico, rispetto alla tesi della sanatoria, anche l'autorevole Santoro Passarelli., (*Nozioni di diritto del lavoro., op. cit.,*) il quale – ritenendo l' art. 2126 c.c. semplicemente *sostitutivo* della disciplina convenzionale – recita, testualmente, che "*…la legge stabilisce opportunamente una indennità che potrebbe definirsi in forma specifica: ciò che corrisponde all'opinione indicata che la disciplina sia in definitiva legale e solo storicamente convenzionale…"*

Infine, ultima posizione teorica sostenuta è quella che si potrebbe definire in termini di *irretroattività delle pronunce giudiziali concernenti l'invalidità del contratto di lavoro*; la tesi proposta, però, sembrerebbe confliggere, irrimediabilmente, con il rigore della disciplina civilistica per cui la sentenza accertativa della nullità è *dichiarativa* e, in quanto tale, idonea a produrre i suoi effetti *ex tunc* e non *ex nunc* a differenza di quella (sentenza) di annullamento che, invece, è di natura *costitutiva.*

Ergo, anche in questo caso, al pari del precedente, si registra il medesimo *deficit di operatività* della posizione dogmatica esposta che risulterebbe (parzialmente) idonea ed applicabile al solo caso del contratto di lavoro annullabile e non già (anche) a quello nullo che, come si è detto, rappresenta il problema teorico più urgente da risolvere.

Tuttavia – quasi a voler individuare una eccentrica soluzione della questione – i sostenitori della tesi in esame (tra tutti, cfr. Novara., *L'invalidità del contratto di lavoro., op. cit.,*) hanno proposto una (improbabile) estensione della disciplina dell'annullamento all'istituto della nullità, in considerazione delle peculiari esigenze di tutela sottese al vincolo obbligatorio lavoristico e, soprattutto, al fine di giustificare la corresponsione, in ogni caso, della retribuzione al prestatore (sul punto, si rinvia alle personali considerazioni che seguiranno)

A parer mio, si tratta di una proposta teorica *infondata ed assurda;* in primo luogo, è chiara eco di quella *formula semplificante – sub specie* di *favor lavoratoris* – che, per dichiarazione programmatica, ci si è proposti di non accogliere per tendere, piuttosto, ad un rigoroso studio civilistico sul tema in esame.

In secondo luogo, si tratta di una tesi *strutturalmente* e *ontologicamente* insostenibile in quanto finisce per tradire i suoi stessi presupposti fondativi, risolvendosi, per ciò solo, in una irrimediabile e viziosa *contradictio in adjecto* nel suo globale svolgersi; così opinando, infatti, si giungerebbe ad una *equiparazione delle due forme tipiche di invalidità* (nullità e annullabilità) *al livello di quella minore* (i.e., annullabilità; cfr, al riguardo, nota 393) *comportando – in piena assenza di qualsivoglia, anche minimo, sussidio normativo in tal senso legittimante – uno sconvolgimento dei principi generali del diritto privato ancor più grave di quello che,* proponendo la suddetta tesi, *si voleva risolvere nell'ottica interpretativa* (civilisticamente orientata) *volta ad adeguare la suddetta disposizione in esame* (art. 2126; si rinvia alla impostazione generale di cui all'incipit della presenta nota e nel testo) *con i (presunti) violati "dogmi" teorici in tema di nullità (*secondo il già più volte incontrato brocardo di tradizione romanistica per cui *quod nullum est nullum producit effectum….;* cfr. *retro*).

Ergo, la dottrina tradizionale non convince e, pertanto, si dovrà tendere a diverse ipotesi ricostruttive del "fenomeno" normativo in oggetto (ex. art. 2126 c.c.); proprio a questo fine risponderanno le argomentazioni che seguono

[467] I.e., anticontrattualismo positivo; si rinvia alle precedenti considerazioni sul tema

[468] I.e., art. 2126 c.c.

[469] Quanto considerato presuppone affermare che, nell'ambito della previsione normativa in esame (i.e., art. 2126 c.c.), *i termini nullità ed annullamento sono richiamati nel loro significato tecnico e privatisticamente più autentico,* ovvero, l'uno (i.e., nullità), come *piena e completa inidoneità alla*

disciplina[470] a mostrare l'intima carenza logica della errata interpretazione[471] suggerita, in merito all'art. 2126 c.c., dalle suddette tesi di matrice anticontrattualistica[472].

Ciò a voler significare che, personalmente, ritengo sia frutto di un irrimediabile *equivoco ermeneutico*[473] il rinvenire, nella suddetta (e pur *eccentrica*[474]) previsione normativa in oggetto[475], una (assai improbabile) *paternità dogmatica*[476] *di eco*

---

produzione di effetti , e l'altro (i.e., annullamento), in termini di *reazione (o rimedio), offerto all'interessato, contro il contratto (sorto) viziato.*

Pertanto, non appare in alcun modo condivisibile la tesi, da qualcuno pur implicitamente sottesa (in tal senso, cfr. Corrado., *op. cit.,*), per cui *nell'ipotesi de qua* (art. 2126 c.c.) *si avrebbe una trasformazione* (fatta eccezione per l'illiceità dell'oggetto e della causa; cfr. in proseguo) *delle normali forme di patologia contrattuale in semplici cause di risoluzione del rapporto, con conseguente (loro) irretroattività, rispetto alle prestazioni già eseguite, come è tipicamente previsto per i contratti di durata;* si tratterebbe, anche in questo caso, di una posizione dogmaticamente comoda ed agevole (in quanto risolverebbe le problematiche sottese al tema in oggetto; cfr. retro e successive considerazioni) ma *civilisticamente insostenibile e razionalmente infondata;* in sintesi, una ulteriore eco teorica fondata sul c.d. *favor lavoratoris*

[470] Ci si riferisce all'istituto della nullità

[471] Si rinvia alle note che precedono, tra tutte, cfr. nota 463

[472] In termini ancor più chiari (anticipando quanto si argomenterà nel testo), si vuol sostenere che la deroga ai principi della nullità (cfr. retro) non è *reale e sostanziale* - e, quindi, rinvenibile *ex lege* (segnatamente, art. 2126 c.c.) – ma, piuttosto, *meramente artificiosa e formale* in quanto frutto di una incoerente ed *ideologicamente orientata* prassi interpretativa senz'altro criticabile (si rinvia alle note precedenti nonché, soprattutto, alle considerazioni che seguono).

[473] Né, ritengo, possa essere, in alcun modo, convincente il *riferimento alla legislazione sociale in materia di assicurazione e tutela del lavoratore*; infatti – per gli anticontrattualisti – dal campo delle suddette normative (sociali) potrebbe desumersi il fondamento istituzionale (e non già negoziale) del rapporto di lavoro in quanto esse (i.e., leggi sociali) sembrerebbero riferirsi ai prestatori che, *di fatto*, si trovano occupati nell'azienda, indipendentemente dalla esistenza (o meno) di un valido contratto di lavoro. Anche al riguardo, però, la tesi sostenuta mi sembra di debole spessore scientifico; infatti – per quanto *adducere inconveniens non est resolvere argumentum* – mi sembra assolutamente adeguata e puntuale la icastica (ma efficace) osservazione del Barassi., (*Il rapporto di lavoro e la sua contrattualità., op. cit.,*) il quale, in riferimento alle suddette legislazioni sociali, si esprime nel senso che "*…esorbita dall'obiettivo di quelle leggi il determinare se esista o non un valido rapporto giuridico di lavoro… il loro obiettivo è molto più limitato… dove c'è un lavoratore di fatto occupato… là la legge deve osservarsi… insomma quella legge deve essere crudelmente logica sino ad essere in un certo senso illogica… deve essere applicata, cioè, anche se manca un rapporto giuridico….".*

In altri termini – cercando di "parafrasare" il significato più importante desumibile dal citato ed autorevole Maestro – ciò equivale a significare che (così, Savino., *La subordinazione nel rapporto di lavoro., op. cit.,*) *"… anche se le suddette leggi si applicano nonostante la mancanza di un valido contratto, questo non significa che esse presuppongano (anche in assenza di un vincolo negoziale) l'esistenza di un perfetto rapporto tutte le volte che vi sia un prestatore che svolga di fatto il suo lavoro…. ma significa solo che, per necessità pratiche, esse si applichino tutte le volte che c'è di fatto una prestazione di lavoro…, s'inquadri oppure no, questa prestazione di fatto, in un rapporto di lavoro legittimamente derivato…da un contratto di lavoro…"*.

*Ergo,*concludendo, ne deriva che il tema della c.d. *legislazione sociale* non è idoneo a mettere in crisi il *fondamento negoziale* del rapporto di lavoro, attenendo ad un (completamente) differente profilo di indagine ; pertanto, superata anche questa obiezione (proposta dalle suddette tesi anticontrattualistiche positive), si può proseguire nella nostra ricostruzione teorica (*negoziale)* della fattispecie in esame (art. 2126 c.c.)

[474] Cfr. note 448, 449

[475] I.e., art. 2126 c.c.

istituzionale[477] idonea, per ciò solo, a "limitare" – o, ancor peggio, a *escludere*[478] – i profili negoziali della fattispecie lavoristica[479] in forza di un (presunto[480] ma) non esistente contrasto con uno dei suoi[481] *presupposti teorici*[482] più essenziali quale potrebbe essere quello della nullità[483]; al contrario, saranno i sostenitori[484] del c.d. *anticontrattualimo positivo*[485] a dover spiegare la logica, ancor oggi insoluta[486], delle loro pretese teoriche[487].

Queste[488] le più essenziali critiche che si muovono.

Innanzitutto, essa[489] è costruita su una fondamentale *incongruenza ed incoerenza sistematica*[490] che deriva, a sua volta, dalla stessa *imperfezione legislativa*[491] insita nella

---

[476] In tal senso sembra suggerire lo stesso Roberti.,(*Il rapporto di lavoro e l'azienda,* in *Il diritto del lavoro,* 1940, I, 33) per il quale "*…tutta la costruzione giuslavoristica elaborata fino ad oggi… non potrebbe resistere ad un tale (i.e., istituzionale) mutamento radicale di concezione… venuto meno, infatti, il concetto di un rapporto contrattuale di scambio…tutti gli istituti giuridici creati per tutelare e garantire i reciproci interessi e diritti delle parti contraenti verrebbero meno…. e non si saprebbe davvero come sostituirli adeguatamente…*"

[477] Si rinvia al paragrafo che precede

[478] In tal senso – fra le ricostruzioni più "estreme" – cfr. Ferrari., (*Inesistenza e nullità del negozio giuridico., op. cit.,*) il quale, nella fattispecie ex. art. 2126 c.c., ravvisa un vero e proprio *rapporto di lavoro acontrattuale* fondato su due momenti costitutivi essenziali: a) *assunzione di una obbligazione legale* che andrebbe a sostituire quella (i.e., obbligazione) di natura *negoziale* a guisa di permettere il conseguimento di un effetto analogo a quello cui si giungerebbe con la esecuzione di un valido contratto di lavoro; b) *successiva e conseguente esecuzione della controprestazione* configurabile in termini di mero *atto giuridico in senso stretto*

[479] In tal senso, tra tutti, anche Greco., (*op. cit.,)* per il quale, espressamente, "*…in riferimento al diritto italiano…, anche in riferimento all'art. 2126 c.c., il fondamento costitutivo del rapporto non può non essere ricercato che nel contratto individuale di lavoro…*."

[480] Secondo la tesi del c.d. *anticontrattualismo positivo;*cfr. retro

[481] Ci si riferisce alla teoria del negozio giuridico

[482] O, *rectius, "dogmi"*del negozio giuridico; per la corretta accezione della perifrasi normativa utilizzata, si rinvia alle premesse introduttive e al primo capitolo

[483] Sul tema, per l'impostazione generale, si rinvia alla nota 393

[484] Per la bibliografia essenziale sul tema, si rinvia alla nota 453

[485] Nei termini in cui *retro* inteso; tra tutti, cfr. nota 463

[486] In tal senso, lo stesso Roberti., (*op.cit.,*) per il quale "*…la concezione acontrattualistica… verrebbe a porre in essere uno stato di diritti che contrasta con la reale esistenza del fenomeno materiale…mentre è buona regola nella costruzione giuridica tener presente il fatto materiale che il diritto deve regolare… ora, nella vita ci sono due parti che contrattano… e che con il contratto intendono vincolarsi… ed è il loro accordo che precede e determina l'inserzione dell'operaio nell'azienda…*"

[487] Si rinvia a tutte le considerazioni di cui *retro*

[488] Al di là di quelle già espresse sulle tesi istituzionalistiche in generale (cfr. paragrafo che precede) che risultano senz'altro applicabili per *identità sostanziale della logica giuridica sottesa* ; in tal senso, si rinvia alla nota 461

[489] I.e., tesi anticontrattualistica (nella suddetta accezione "positiva")

[490] Si rinvia a quanto già, sul punto, ampiamente considerato *retro*

[491] Vorrei sottolineare, al riguardo, come lo stesso termine "*effetto"* (allorchè, ex. art. 2126 c.c., si recita che "*…la nullità….non produce effetto…)* sia utilizzato, nella disposizione in esame (art. 2126 c.c.), in maniera *atecnica e civilisticamente imprecisa* dal legislatore del 1942 che sembra aver, impropriamente, traslato il concetto *de quo* (i.e., quello dell'efficacia) *dal piano della fisiologica contrattuale* cui *ontologicamente* inerisce *a quello della patologia negoziale* che concerne, invece, il distinto profilo della

tecnica redazionale[492] della fattispecie in esame[493]; ovvero, una qualsivoglia tesi di matrice *istituzionalistica*[494] dovrebbe dimostrare – sotto il profilo squisitamente *civilistico*[495] e non già ricorrendo ad espedienti *semplificanti* ed *ideologicamente* orientati[496] – quale significato e valenza euristica possa avere la paradossale statuizione[497] dogmatica per cui *la nullità (non) possa produrre effetti*[498].

---

invalidita del contratto (sul tema generale degli istituti privatistici richiamati, si rinvia alla nota 393 e alle considerazioni che seguono)

In tal senso, sembrano suggerire – quali inequivoci *argomenti a contrario* – alcune disposizioni in cui, invece, il richiamo agli *effetti tipici* di determinati atti o negozi è formulato in maniera precisa e sufficientemente appropriata (e, dunque, in relazione al profilo *fisiologico* e non già *patologico* del sinallagma); tra tutti, cfr. l'art. 128 c.c. per il quale "*…il matrimonio dichiarato nullo.. ha gli effetti del matrimonio valido…"* e, in ambito lavoristico, l'art. 2076 c.c. (pur se da ritenere implicitamente abrogato per l'avvenuta soppressione degli organi corporativi centrali – con r.d.l. 9 agosto 1943 n. 721 – e delle associazioni sindacali fasciste – d. lg. Lgt. 23 novembre 1944 n. 369 –) ai sensi del quale "*…il contratto collettivo annullabile conserva efficacia fino a che intervenga una sentenza di annullamento passata in giudicato…"*.

Si tratta di considerazioni che verranno riprese in sede di *pars construens* dell'argomentazione sulla fattispecie normativa in esame (art. 2126 c.c.), già a partire dalla pagina seguente e nell'ambito delle connesse note

[492] Su queste imperfezioni legislative, tuttavia, "riposa" il nucleo argomentativo delle tesi anticontrattualistiche; tra tutti, in tal senso,cfr. Rossi (*Rapporto di lavoro., op. cit.,*) per il quale "*…al solo riferimento dell'esecuzione del rapporto… non può attribuirsi il valore di una implicita affermazione dell'esistenza di un rapporto giuridico…per il periodo indicato… nonostante l'annullamento o la nullità del contratto…"*.

Ne consegue che, una tesi fondata su presupposti equivoci (quali quelli sopra accennati) non potrà non essere essa stessa *equivoca* per semplice applicazione della *proprietà transitiva* che riguarda, per definizione, ogni statuizione logica; anche sotto questo profilo, la fondatezza dell'anticontrattualismo positivo sembrerebbe, ancora una volta, inesorabilmente sconfessato *già sul piano meramente logico delle argomentazioni* (in tal senso., cfr. Roberti., *op. cit.,)*

[493] I.e., art. 2126 c.c.

[494] Nella peculiare accezione teorica del suddetto *anticontrattualismo positivo*; si rinvia alle considerazioni generali di cui *retro*

[495] In omaggio a quello che è stato l'unitario ed univoco criterio di indagine sin qui perseguito

[496] Tra tutti, mi riferisco alla più volte incontrata tesi del *favor lavoratoris*

[497] Essa, come abbiam visto, fonda, tuttavia, la suddetta opzione teorica (i.e., anticontrattualismo positivo) sulla base dell'argomento testuale ex. art. 2126 c.c. (cfr. retro) ma, ancora una volta, mi sembra di poter individuare una ulteriore contraddizione interna del "sistema" ermeneutico proposto.

Infatti, anche a volerla (per assurdo) ammettere (ci si riferisce alla suddetta paradossale statuizione per cui la nullità possa produrre effetti) , ne deriverebbe un risultato esattamente contrario a quello che si vorrebbe poter dimostrare; ovvero – sotto un profilo meramente *concettuale – affermare che la nullità o l'annullamento possano produrre effetto, almeno ex nunc, significa, per ciò solo, dimostrare e tacitamente ammettere il nesso genetico fra contratto e rapporto di lavoro."*

*Ergo,*lo sviluppo speculativo della tesi in esame giungerebbe, nel suo svolgersi, a sconfessare (esso stesso) i suoi presupposti fondativi; *rebus sic stantibus,* la scarsa *cogenza scientifica* risulterebbe troppo palese per meritare, sullo specifico profilo analizzato, ulteriori commenti ed osservazioni.

[498] In tal modo – si rinvia (anche) a quanto già anticipato alla nota che precede – i sostenitori del c.d. *anticontrattualismo positivo* (come accennato *retro)* interpretano la disposizione codicistica ex. art. 2126 c.c. desumendone, per ciò solo, un irrimediabile contrasto con il principio chiave in materia di nullità, ovvero quello per cui *quod nullum est nullum producit effectum.*

Si osservi come, però – anche sotto un profilo meramente *formale* e *testuale* – l'opzione ermeneutica suggerita si mostri, ancora una volta, errata; la disposizione in oggetto (art. 2126 c.c.), infatti – lungi dall'affermare che la *nullità possa produrre effetto* – recita proprio il contrario disponendo,

Tale assunto[499], infatti, non può rilevare né come argomento contrario alla tesi contrattuale (del rapporto di lavoro) né come fondamento *positivo* di opposte ricostruzioni teoriche di matrice istituzionale[500] per il semplice fatto che si tratta di un irrimediabile (e, pertanto, non sostenibile) "*non senso giuridico*[501]*";* una situazione di *patologia contrattuale*[502]*,* infatti, non è un *fatto*[503] ma una *qualità*[504] *di un fatto* e, in

---

espressamente, che "…*la nullità o l'annullamento del contratto non produce effetto…per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione… ". Ergo,* l'interpetazione proposta dagli anticontrattualisti (positivi) sembrerebbe addirittura "rovesciare" il dato normativo codicistico.

In tal senso, tra tutti, sembra suggerire anche lo stesso dell'Olio (*op. cit.,*) per il quale, in relazione all'art. 2126 c.c., "…*la concezione dell'invalidità del contratto come situazione complessiva è la migliore e forse l'unica base possibile per l'impostazione delle problematica concernente gli effetti dell'invalidità stessa…in quanto il rapporto di causalità, evocato dalla stessa nozione di effetto, presuppone, appunto, l'esatta determinazione di una situazione causale…"*. Così affermando, a sua volta, l'autore citato sembra rifarsi alla nozione di *causalità giuridica* propria del Falzea., (*Fatto giuridico,*in *Enc. del Diritto.,* XVI, Milano, 1967) per il quale, relativamente alla nozione in oggetto (i.e., *causalità giuridica*), è da distinguersi fra due componenti costitutive la cui individuazione è rimessa, caso per caso, all'attenta esegesi ermeneutica dell'interprete; più in particolare, da un lato, vi sarà la c.d. *situazione causale* da intendere come "…*complesso di elementi ipotizzanti"* (così., Falzea., *op. cit.,*) e, dall'altro, il c.d. *effetto giuridico* inteso (sic) come "*..valore condizionato, nello schema della norma…., dalla presupposta situazione causale"*.

Coniugando il tutto nell'ambito della fattispecie lavoristica che a noi interessa (i..e, art. 2126 c.c.), ritengo di poter concludere nel senso che il suddetto *rapporto di causalità* (di cui sopra il Falzea., *op. cit..,)* non risulti delimitato espressamente dal legislatore ma, piuttosto, dovrà essere ricostruito, in via interpretativa, soprattutto per quanto concerne "…*l'individuazione dell'effetto su cui la norma è del tutto anonima…"* (così, Dell'Olio., *op. cit.,*); a ciò, peraltro, sembra aggiungersi una ulteriore (rispetto a quelle già individuate) *valenza atecnica e poco concludente* della fattispecie in oggetto (art. 2126 c.c.). Essa, infatti, si limita a negare la produzione di un non meglio determinato o precisato *effetto* (cfr. retro) che è difficile coniugare, nel suo esatto significato precettivo, in quanto, nel caso di specie, il termine *causale* del rapporto non consisterebbe (così Falzea., *op. cit.) "….come dovrebbe, in un fatto… ma in qualcosa di giuridico.. quale l'invalidità del contratto…"* ; *ergo,* ne conseguirebbe che il legislatore abbia utilizzato una *proposizione negativa* ("non produce") "…*di due soggetti grammaticali che, a loro volta, descrivono concetti negativi... nullità ed annullamento* e, quindi, *non validità…*" (così Funaioli., *op. cit.,).*

In questo groviglio logico, l'unica ricostruzione razionale sostenibile sembrerebbe essere la seguente: si dovrebbe supporre (a) un *fatto* (i.e., il contratto di lavoro), (b) una *valutazione giuridica* (e, quindi, una *qualità di quel fatto* in termini di *nullità ed annullabilità;* cfr. pagina che segue) ed, infine, (c) un ulteriore ed eventuale elemento oggettivo in termini di *effettiva dichiarazione di nullità e/o annullamento*, per ipotizzarne una loro globale valenza in termini di *sommatoria* (a+b+c) idonea a determinare, per ciò solo, una situazione complessivamente atta a "…*essere assunta, se non proprio come puro fatto…. , come dato in sé concluso; da qui, l'unica possibilità di impostare un problema di effetti di quella situazione…"* (così, Delitala., *Il contratto di lavoro., op. cit.,)*

[499] I.e., tesi per cui la nullità possa produrre effetti

[500] *Ergo,* quest'ultime (i.e., tesi istituzionali), risulterebbero (ancora una volta) sconfessate nel loro *bonum dogmatico* in quanto fondate unicamente (cfr. retro) su una *premessa* che non le supporta adeguatamente sul piano teorico essendo, quello della nullità, un *argomento neutrale* che, come si spiega nel testo, è assolutamente compatibile anche con una contraria ricostruzione *negoziale* della fattispecie lavoristica.

[501] In tal senso, tra tutti, cfr. Suppiej (*op. cit.,*) che, in riferimento alla suddetta espressione (*nullità non produttiva di effetti…* ex. art. 2126 c.c.) parla di "…*improprietà della formula… tale da scoraggiare ogni tentativo di interpretazione piana e diretta…. e (tale da) suggerire l'idea di una non semplice ricostruzione testuale della fattispecie ….";* similmente Corrado., (*op. cit.,)* per il quale "… *l'art. 2126 c.c. mostra un non sempre apprezzabile tecnicismo… non adeguato al progresso della nostra scienza giuridica…"*

[502] Quale è quella della nullità o della annullabilità; si rinvia, al riguardo, alla nota 393

quanto tale, non è idonea, *ontologicamente,* né a determinare conseguenze sul piano effettuale né[505] a negarle, attenendo,[506]piuttosto, ad un profilo sostanziale – quale quello dell'*invalidità contrattuale*[507] – totalmente *distinto*[508] dall' *efficacia*[509] la quale, a

---

[503] In tal senso, tra tutti, cfr. Betti., *op. cit.,*

[504] In tal senso, tra tutti, cfr. Stolfi., *Teoria del negozio giuridico., op. cit.,*

[505] In forza della sua già analizzata valenza quale *elemento neutrale;* cfr. retro, tra tutte, nota 500

[506] Ci si riferisce alla suddetta situazione di patologia contrattuale, e/o, *rectius,* nullità/annullabilità; cfr. nota 393

[507] Rinviando a quanto già precisato nella nota 393 (i.e., invalidità n termini di *irregolarità giuridica del contratto che comporta la sanzione dell'inefficacia definitiva;* sul tema, tra tutti, cfr. Bianca., *Il Contratto., op. cit.,),* in tal sede vorrei affrontare, seppur brevemente, la questione della sua *natura giuridica,* per le connesse conseguenze (lavoristiche) che deriveranno ai fini della nostra trattazione; al riguardo, la dottrina è sostanzialmente divisa.

Secondo l' *opinio major* (c.d. *tesi monistica_)* l'invalidità dovrebbe configurarsi quale *categoria autonoma ed unitaria* che, pur descrivendo situazioni tra loro eterogenee come la nullità e l'annullabilità (cfr. retro, nota 393), cionondimeno, sarebbe caratterizzata da una " *sorta di elasticità teorica"* (così, testualmente, Mazzoni., *Invalidità., Enc. Giur. XVII*, Treccani, Roma, 1989) in grado di operare una *reductio ad unum* fra le diverse ipotesi astrattamente ad essa connesse; per altri (c.d. *tesi pluralistica)* invece, non sarebbe possibile, sotto il profilo civilistico, ipotizzare una definizione dell'istituto (dell'invalidità) in termini globali ed omnicomprensivi in quanto – così, testualmente, Majello., *La patologia discreta dell'atto annullabile., op. cit., – "…l'invalidità sarebbe nozione di carattere riassuntivo, usata nella dottrina non per indicare una categoria di per sé giuridicamente rilevante… ma per accomunare diverse categoria giuridiche (tra tutte, nullità ed annullabilità)… in una categoria superiore di carattere nozionistico, sulla base di parametri convenzionali, cioè di parametri scelti con la condivisione della dottrina prevalente, perché ritenuti più idonei ad esprimere il significato della ipotizzata nozione riassuntiva…".*

Personalmente, ritengo di condividere la sopra definita *tesi monistica;* infatti – secondo la posizione dogmatica *retro* accolta, cfr. nota 393 – l'invalidità (quanto meno nella sua forma patologica più grave) è diretta conseguenza di un *giudizio di dis-valore* formulato dall'ordinamento giuridico rispetto ad un negozio considerato non meritevole di tutela. Pertanto, il suo (ci si riferisce alla invalidità) fondamento "dogmatico" *caratterizzante"* risiederà proprio in tale *qualifica negativa;* in tal senso, tra tutti, cfr. Gazzoni., *op. cit.,* per il quale "*…la nozione di qualificazione negativa potrebbe sembrare contraddittoria essendo il termine qualificazione già espressione autonoma di una qualificazione positiva… eppure ha un senso così argomentare in quanto…. con tale espressione* (qualificazione negativa) *si vuole intendere che la invalidità non indica la mancata realizzazione del negozio ma la negazione dello stesso… ovvero, una forza negativa che si oppone a quella positiva costituita dalla rilevanza del negozio come atto di autonomia…."*

Ne consegue che l'invalidità, a buon diritto, potrà essere considerata una categoria non solo unitaria –e tale da porsi in un rapporto di *genus* a *species* rispetto alla nullità ed annullabilità – ma anche autonoma *rispetto sia all'inesistenza sia all'inefficacia* (cfr. retro). E ciò, si osservi, non rileva ,soltanto, come mera *riflessione teorica;* piuttosto, così argomentando, risulta confermato un ulteriore presupposto fondativo della ricostruzione dogmatica che, in merito all' art. 2126 c.c., si sta progressivamente operando nel testo (sul punto, cfr. anche la nota che segue)

[508] Al fine di meglio comprendere e dimostrare il distinguo tra i due profili di indagine (invalidità ed efficacia) sui quali si sta "costruendo" il nostro percorso dogmatico di rilievo *esclusivamente giuslavoristico* (ex. art. 2126 c.c.), ritengo sia speculativamente interessante – seguendo la logica aristotelica della c.d. *coincidentia oppositorum* (efficacia vs. inefficacia) – studiare l'intimo rapporto relazionale (e dialettico) tra la nozione di patologià contrattuale (*invalidità*) e quella di *in-efficacia ;* si è già detto (cfr. nota che precede) come, personalmente, si preferisca la tesi della invalidità in termini di *categoria unitaria* autonoma.

Ma – si badi bene – in che senso la *nullità*, nella sua fisiologica incapacità a produrre effetti, si differenzia dall'inefficacia? anche quest'ultima, infatti , indica l'inidoneità o, *rectius,* l'inettitudine del negozio a produrre effetti giuridici. *Ergo, quid iuris?* Vi è comunque un *discrimen logico* ovvero bisogna

condividere la tesi di coloro (cfr. parte finale della presente nota) che sovrappongono (a parer mio, indebitamente) la valenza sostanziale dei due "istituti" (invalidità/inefficacia)?
Per risolvere la questione, è necessario, in via preliminare, osservare come la categoria *dell'inefficacia* rappresenti (essa stessa) un *concetto giuridico assai variegato* al punto che, sotto il profilo civilistico, è possibile distinguerne due distinte *sfere di analisi*, ovvero, la c.d. *inefficacia remediale* (o *in senso stretto),* da un lato, e quella *non remediale* (o in senso ampio), dall'altro.
Nel primo caso (i.e., inefficacia in senso stretto), è l'ordinamento giuridico che vuole, appunto, "*rimediare"* a tutte quelle situazioni che rendono impossibile la conservazione del contratto (tra tutte, le ipotesi della nullità, della annullabilità o delle sopravvenienze genericamente intese) mentre, nella seconda accezione (i.e., inefficacia in senso ampio) , essa (inefficacia) non deriverà dal sistema giuridico di riferimento ma, piuttosto, dalla *volontà delle parti* (ad esempio, previsione di un termine o condizione) a guisa che quest'ultima (i.e., inefficacia in senso ampio) si distinguerà, ulteriormente, in *originaria* e *sopravvenuta* a seconda che derivi contestualmente alla stipulazione del contratto ovvero da situazioni intervenute successivamente.
Ciò premesso, si impongono due ulteriori osservazioni.
In primo luogo, l'inefficacia potrà (anch'essa al pari della invalidità, cfr. nota 393) distinguersi in *assoluta e relativa;* nel primo caso (assoluta) potrà farsi valere da chiunque, *subordinatamente al limite dell'interesse ad agire,* mentre, nel secondo (relativa), il legislatore introduce dei limiti al novero dei soggetti che possono eccepirla (non saranno, indistintamente, tutte le parti o tutti i terzi) e nei cui confronti potrà essere fatta valere.
In secondo luogo – ed è questo l'aspetto più interessante ai nostri fini (i.e., distinguo invalidità/inefficacia) – è opportuno ricordare che particolare *figura* di inefficacia relativa è proprio quella comunemente individuata in termini di *inopponibilità,* a voler significare, con questa (spesso male intesa) formula linguistica, quella peculiare *situazione giuridica* tale per cui un contratto, pur essendo pienamente efficace tra le parti, non produce effetto alcuno nei confronti di un terzo, esplicitamente individuato, e, quindi, protetto dall'ordinamento giuridico; ma – si osservi – *tale inopponibilità (species della inefficacia* in forza di quanto appena detto) *andrà (comunque) a distinguersi, ontologicamente, dalla invalidità relativa* (ed eccoci al nodo della questione che si voleva affrontare) sotto un duplice profilo, l'uno, di carattere *sostanziale* e, l'altro, di rilievo *processuale.*
Quanto al primo aspetto (i.e., profilo sostanziale), a parer mio, è da precisare, infatti, che *l'inefficacia deriva da un vizio intrinseco del contratto, nell'ipotesi di inefficacia relativa, e da circostanze estrinseche nella ipotesi della inopponibilità;* quanto al secondo aspetto (i.e., quello di rilievo processuale), invece, *l'invalidità relativa permette di individuare i soggetti che sono legittimati attivamente a far valere la patologia contrattuale mentre l'inopponibilità (permette di individuare) i soggetti nei cui confronti non è possibile far valere l'efficacia del contratto.*
Rebus sic stantibus, la soluzione alla nostra indagine si fa, ormai, sempre più chiara; ovvero, i rapporti tra *invalidità e inefficacia remediale* non sono di necessaria *connessione ed identità in riferimento al quomodo* (infatti non tutti i contratti invalidi sono inefficaci – ad esempio, contratto annullabile; cfr. nota 393 – e, viceversa, non tutti i contratti inefficaci sono invalidi – es. contratto sottoposto a condizione sospensiva –) ma, al contrario, (tali rapporti invalidità/inefficacia) rileveranno in termini di *tendenziale complementarietà unilaterale (ma non uguaglianza) sul piano (dell'an) eziologico e derivativo,* a voler indicare, in termini ancor più semplici, che è l'invalidità a determinare l'inefficacia e non viceversa.
Ergo – alla luce del percorso logico proposto – ne consegue il *bonum giuridico* del distinguo tra *inefficacia* e *invalidità* (come nel testo sostenuto) e, pertanto, non sembrano potersi accogliere posizioni teoriche opposte (ma, ormai minoritarie) tra cui si ricordi quella di Scognamiglio., (*Inefficacia, dir. priv.*, in *Enc. Giur.,* XVI, Treccani, Roma, 1989) per il quale…. *non è da distinguere tra invalidità ed inefficacia… che rileverebbero, appunto, come sinonimi di una lata nozione di inefficacia o di invalidità…*"); in tal senso, tuttavia, anche la Suprema Corte (cfr. Cass., 7 maggio 1948 n. 675 in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1948) che, però, pochi anni dopo, ha mutato il suo orientamento giurisprudenziale (in *favor* alla tesi da noi sostenuta, i.e., distinguo tra invalidità ed inefficacia) con una storica pronuncia (cfr. Cass., 29 luglio 1950 n. 2156 in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1950) in cui si recita che "….*se è esatto che un vizio intrinseco alla struttura del negozio giuridico e producente, perciò, nullità…, si risolva anche in una improduttività dei suoi effetti… sicchè sia consentito, in tal caso, parlare, in senso ampio, di negozio inefficace…, non è esatta la proposizione contraria, e, cioè, che un negozio inefficace (intesa l'inefficacia in senso stretto come inettitudine del negozio alla sua concreta funzione non per vizio intrinseco ma per fatti estrinseci…) sia nel contempo sempre nullo…* ".

sua volta, è l'unica legittimata[510] a condizionare[511] la produttività di effetti giuridici[512] nell'ambito del sistema (giuridico) di riferimento[513]

Alla luce delle considerazioni sin qui rese, ne consegue un ulteriore profilo di critica; ovvero, sostenere che l'art. 2126[514] c.c. possa legittimare tesi che rinvengano il fondamento del rapporto di lavoro non già in un *contratto*[515] ma, piuttosto, nella *mera*

In tal senso, infine, anche la dottrina più recente (cfr. Valle., *La categoria dell'inefficacia del contratto* in *Contratto ed Impresa,* 1998) che si concentra sulla – (così, testualmente, Valle., *op. cit.,)* – *"diversa rilevanza degli elementi essenziali o costitutivi..(che sono intrinseci al contratto) nella invalidità… e dei presupposti di efficacia (che sono estrinseci al contratto) nell'inefficacia…."*; *ergo,* concludendo, il contratto è colpito *dall'invalidità* nella sua *rilevanza giuridica* e *dall'inefficacia* nella sua *funzionalità* e, in particolare, ricorrerà l'inefficacia nel caso di *assenza e precarietà di effetti giuridici* (in tale ultimo senso, cfr. Santoro Passarelli., *op. cit.,).*

Ancora una volta, risulta confermato e chiaramente esplicitato il *fondamento teorico* su cui si ragiona e, pertanto, ritengo si possa proseguire nell'indagine giuslavoristica di cui nel testo.

[509] In tal senso, tra tutti, cfr. Gazzoni., (*op. cit.,*) per il quale "*…l'efficacia…o, il suo contrario… (inefficacia) riguarda, a differenza dell'invalidità, non la fase statica della formazione della fattispecie negoziale… ma quella dinamica del rapporto giuridico… pertanto… l'inefficacia dovrà intendersi come fatto impeditivo o successivo che si inserisce tra il momento della rilevanza (collegato all'esistenza di una fattispecie valida)… e quello dell'efficacia…"*. Sul tema, cfr. anche Bianca., *Il contratto., op. cit.,*

[510] Rinvio alle note di cui retro

[511] Sul piano dell' *an*

[512] Tra tutti, in tal senso, cfr. Bianca (*I. contratto., op. cit.,*) per il quale"*… l'efficacia è una nozione distinta rispetto alla validità…. La validità indica la mera regolarità del contratto…. mentre è solo l'efficacia che attiene alla produzione dei suoi effetti… intesi in termini di vicende giuridiche….e, quindi, di mutamento di una situzione di diritto…"*

[513] Al riguardo, però, si impone una ulteriore ed importantissima precisazione teorica volta a prevenire le eventuali critiche che si potrebbero muovere alla tesi personalmente sostenuta nel testo; ovvero, affermare che l'invalidità – in quanto *non fatto* ma *qualità* – è inidonea sia a produrre che a negare effetti giuridici, non significa porsi in contrasto con il principio (apparentemente contrario ed) implicitamente presupposto nel tradizionale brocardo romanistico per cui *quod nullum est nullum producit effectum* (i.e., nel senso che la nullità, se non idonea a *produrre* effetti, almeno sarebbe senz'altro atta a *negarli*, in termini di *non produttività degli stessi*); e, similmente, (quanto sopra sostenuto) non equivale a contraddire la tradizionale *caratterizzazione positiva* della suddetta forma di *patologia contrattuale* (i.e., nullità) in termini di *insuscettibilità di produrre effetti giuridici* (anche sotto questo aspetto, infatti, più che un profilo neutrale (cfr. retro) andrebbe a rilevare quello più *marcatamente orientato in negativo* in termini di *non produttività di effetti*).

In tutte queste ipotesi, infatti – secondo una logica di estremo rigore civilistico – l'assimilazione concettuale della nullità alla (non) *produttività di effetti (giuridici)* è di natura *indiretta e mediata* (e, non già, di matrice *diretta e immediata*) nel senso che il riferimento al *mancato effetto* derivante dalla nullità è inteso in termini *riflessivi* o, *rectius*, quale *eco causata* (e non *causante)* di una situazione giuridica *non mutata* (e, pertanto, in termini di *non effetto*) già sul (differente) piano sostanziale (e *fisiologico*) dell'efficacia e, per ciò solo, *proiettata,successivamente ed in termini essenzialmente derivativi e non autonomi, sul (distinto) profilo dell'invalidità negoziale nella sua accezione concettuale di patologia contrattuale* (cfr. retro, nota 393 e quelle che precedono)

Si è perfettamente consci della "lievissima" sfumatura concettuale;del resto, però, si è altrettanto consapevoli di come un ragionamento scientifico *di indole privatistica* possa (e debba) fondarsi su distingui dogmatici "*…apparentemente impalpabili ed astrusi…. ma, per ciò solo, intimamente coessenziali agli istituti giuridici di riferimento….nascondendone la più vera ed intima natura giuridica…..*" (in tal senso, tra tutti, cfr. Betti., *Teoria del negozio giuridici, op. cit.,*).

[514] Nei termini in cui *retro* inteso

[515] Si rinvia alle considerazioni di cui *retro*

occupazione[516] *di fatto del lavoratore nell'azienda*[517] non sembrerebbe *scientificamente*[518] *sostenibile* (anche) in quanto la "parificazione[519]" tra contratto

---

[516] Si tratta di un corollario logico della già studiata teoria dell' *inserimento* (c.d. *Eingliederungstheorie)*; si rinvia al paragrafo che precede

[517] Si tratta, come detto, del contenuto ed insegnamento dogmatico più autentico della stessa teoria istituzionalistica; più in particolare, gli *anticontrattualisti positivi* hanno individuato nella (errata) interpretazione (ovvero, come negazione del principio di nullità) della disposizione in esame (i.e., art. 2126 c.c.) una *presunta* conferma della *specifica non contrattualità* del *vincolo lavoristico* sulla base dei tre seguenti argomenti principali: a) la (fisiologica) *natura durevole* del rapporto (c.d. *Dauernde Schuldverhaltnisse;* cfr. nota 419); b) la *rilevanza essenziale dell'elemento personalistico* (concetto di matrice tedesca in termini di *das personenrechtliche Element);* c) la *particolare tutela sociale del lavoratore* che andrebbe a permeare il diritto del lavoro nel suo insieme esprimendone la sua *valenza e natura legale* piuttosto che pattizia (si tratta, ancora una volta, di una ulteriore modulazione concettuale del medesimo principio, *ideologicamente orientato,* del *favor lavoratoris,* assai caro alle tesi *non negoziali* e in relazione al quale varranno le ampie considerazioni come sin qui espresse al riguardo).

[518] Si osservi, infatti, che – anche immaginando un improbabile fondamento *non negoziale* del rapporto di lavoro – residuerebbe una questione (squisitamente interpretativa) da risolvere a cui gli anticontrattualisti non hanno ancora dato una soluzione adeguatamente persuasiva; più in particolare, *quid iuris* allorchè dalla volontaria interruzione dell'occupazione (da parte del prestatore) derivi un danno a carico del datore di lavoro? In tal caso – in ottica civilistica – le tesi sostenibili (in termini di *aut-aut)* potrebbero essere di duplice rilievo in quanto *tertium non datur.*

Più in particolare , da un lato, si potrebbe configurare la complessiva condotta del lavoratore che instaura l'occupazione di fatto (e poi la interrompa) in termini di violazione dei precetti del *neminem laedere* (con conseguente applicazione della disciplina dell'illecito extracontrattuale; cfr. note 358, 359 e ss) mentre, dall'altro, si potrebbe preferire una sorta di scissione tra le due componenti (della suddetta condotta del prestatore di lavoro) a guisa da considerare l'occupazione come *fonte di una obbligazione di lavorare* e la successiva interruzione della stessa (occupazione) in termini di inadempimento della connessa (e presupposta) obbligazione derivante dall'occupazione medesima.

Accogliendo questa'ultima posizione ermeneutica, però, (*soltanto apparentemente)* potrebbe considerarsi *confermata* la tesi anticontrattualistica (per cui fonte del rapporto di lavoro è non già il contratto ma l'occupazione nell'azienda) che, in realtà, rileverebbe, ancora una volta, in una ulterore ed insanabile *contradictio in terminis* sotto il profilo scientifico.

Segnatamente, la carenza logica della costruzione sopra esposta (ed affermata dai suddetti anticontrattualisti) risulta brillantemente sintetizzata ed espressa – a guisa da non richiedere ulteriori "aggiunte" rispetto a quanto osservato dai celebri Maestri – in forza di un peculiare "combinato disposto" (nella sua più *atecnica* e *figurata* accezione semantica) non già di matrice giurisprudenziale ma, piuttosto, di natura dottrinale; ovvero, si dovrebbero coniugare due "geniali" osservazioni di (due) autorevoli civilisti e lavoristi (nel contempo) – quali Mengoni (*Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi., op., cit.,*) e Barassi (*Teoria delle obbligazioni., op. cit.,*) – che sembrano rilevare (ci si riferisce alla suddette geniali osservazioni) in una inscindibile continuità logico-giuridica.

Segnatamente, se (così Mengoni., *op. cit.,*) "*…la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043 c.c…. è tale da creare una serie parallela di obblighi relativi…e, come tali, soggetti alle norme della responsabilità contrattuale….",* ne deriva che (così, Barassi., *op. cit.,*) "*…allora bisognerebbe considerare soggette all'art. 2043 c.c. anche le violazioni di doveri legali… (quali quelli di correttezza)…. allorchè non vi sia l'espresso richiamo a specifiche previsioni legislative (quale è quella ex. art. 1337 c.c.) in presenza delle quali la suddetta violazione* (dei doveri legali di correttezza) *dovrebbe considerarsi obbligazione in senso tecnico….".*

Coniugando il tutto alla luce dell'ambito di indagine che a noi concerne, si "recupera" (al di là dei tanti profili già affrontati, cfr. retro) la prospettiva di studio dei c.d. *obblighi di protezione* (cfr. note 361, 362 e ss. cui si rinvia) in ambito giuslavoristico, a guisa da poter giustificare e comprendere la conclusione logica per cui a determinare il contenuto del contratto (di lavoro) concorreranno anche "*…i doveri principali di prestazione di obblighi strumentali e di preparazione all'adempimento… e, dunque, di obblighi ausiliari e di protezione…*" (così, Betti., *Teoria delle obbligazioni., op. cit.,*) nell'ambito dei quali, tra tutti, rientrerà anche quello espressamente previsto *ex lege* all'art. 2087 c.c. (come dimostrato alla nota 362 cui si rinvia) in termini di tutela delle condizioni di lavoro. Quest'ultima disposizione,

valido[520] e (contratto) invalido[521] che la suddetta norma[522] sembrerebbe, *prima facie*[523], suggerire è da intendere soltanto *quoad effectum*[524] e non già *quoad naturam*[525] atteso

---

infatti, rileverà quale *obbligazione accessoria riconducibile all'unico e inscindibile sinallagma negoziale lavoristico* (obbligazione di lavorare/obbligazione di retribuzione) *di cui rappresenta una peculiare modulazione concettuale e proiezione sistematica positiva nell'ottica causalmente orientata dell'interesse sotteso al contratto di lavoro globalmente considerato.* (rinvio alla nota 385 e al capitolo successivo)

Alla luce di quanto sopra argomentato, pertanto, deriva, ancora una volta, che la tesi per cui l'*obbligazione di lavorare* derivi dal mero fatto dell'*occupazione* (e non già dal contratto, come sostengono gli anticontrattualisti positivi) è frutto di irrimediabili contraddizioni logiche interne che non ne permettono una ricostruzione teorica coerente sotto un profilo di indagine speculativa;tornando all'impostazione generale della questione come schematizzata all'inizio della presente nota (cfr. sopra), infatti, ne conseguirà che dalla suddetta *occupazione* potrà derivare, al massimo, *una mera obbligazione (negativa) di astenersi dall'intempestiva interruzione della stessa (occupazione) in danno del datore di lavoro*. A sua volta, però, questa *obbligazione negativa* (di astensione dall'interruzione dell'occupazione) andrà a configurarsi quale mera *conseguenza negoziale necessitata* di una presupposta e implicitamente sottesa *obbligazione positiva di contegno* presupponente (quale , appunto, quella di lavorare) e rilevante, appunto, in termine di *accordo pattizio* e, dunque, di *contratto* (in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit*., per il quale "*… l'accordo è… il fatto nel quale si identifica il contratto…");* di quest'ultima (i.e., obbligazione *positiva di contegno* di lavorare), pertanto, la mera occupazione potrebbe rappresentare un *prius logico meramente mediato ed indiretto* perché quello (i.e., *pruis logico*) *immediato e diretto* sarebbe da riconoscere senz'altro in un *autentico atto di autonomia privata* (i.e., il sopra individuato *accordo pattizio* e, quindi, contratto).

Rebus sic stantius, la tesi istituzionalistica – pur seguendo un diverso filone di indagine – risulterebbe, ancora una volta, totalmente negata e (insanabilmente) sconfessata nel suo *bonum argomentativo.*

[519] In tal senso, tra tutti, cfr. Dell'Olio., (*op. cit.,*) per il quale "*…il paragone o la parificazione tra contratto invalido e contratto valido…condurrebbe al rilievo di una mera somiglianza estrinseca di taluni aspetti di trattamento…. "*

[520] In tal senso anche Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale "*…non si tratta di una omonomia tra contratto valido ed invalido…piuttosto, nell'art. 2126 c.c. dovrà riconoscersi più un rapporto contrattuale di fatto che…una convalida di contratto invalido che diventa valido…"*

[521] Anteriormente alla codificazione del 1942, di invalidità del negozio si parlava ben poco e, in particolare, ancor meno il profilo patologico del sinallagma negoziale veniva riferito alle c.d. "*locazione di opere"* cui, come si è ampiamente dimostrato *retro* (cfr. primo e secondo paragrafo), si assimilava il vincolo obbligatorio lavoristico in omaggio alla tradizione romanistica (cfr. retro).

La ragione è da rinvenisi nel fatto che il maggior numero dei contratti di lavoro erano risolubili *ad nutum* con il semplice recesso unilaterale (in tal senso, tra tutti, cfr. Barassi., *Il contratto di lavoro., op. cit.,* vol. II, p. 211) e, pertanto, non vi era alcun interesse a promuovere un giudizio di invalidità; la prima giurisprudenza al riguardo (i.e., invalidità), infatti, concerne la violazione dell'art. 1628 del codice civile abrogato che, si ricordi, si esprimeva nel senso che "*…nessuno poteva obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa.."* (sul tema, si rinvia alle apposite considerazioni di cui al paragrafo secondo).

Più in particolare, la prima sentenza che espressamente si esprime nel senso della invalidità del contratto di lavoro è una "storica" pronuncia della Corte di Appello di Genova (App. Genova, 14 luglio 1902 in *Monitore dei Tribunali,* 1902) che dichiara la "*…nullità del patto con cui una fantesca si obbligava a lavorare tutta la vita…*" per violazione del suddetto art. 1628 del codice civile del 1865; al riguardo, però, nulla si disponeva in riferimento alla retribuzione per il periodo eseguito.

Proprio in questo contesto giuridico si deve collocare, a parer mio, l'importantissima questione (che riprenderemo anche nel proseguo) sollevata, per la prima volta, dal Barassi (*Il contratto di lavoro., op. cit.,*) il qiale si chiede (sic) "*…come si possa restituire il lavoro speso…"* rispondendo, al riguardo, nel senso che "*….se anche l'invalidità sia dichiarata giudizialmente… le conseguenze del contratto non si possono cancellare… così come non si possono cancellare le conseguenze attuative di una obbligazione di fare…non essendo possibile… non potendosi nemmeno concepire… che il lavoratore ne esca senza che, in qualche modo, l'equilibrio si ristabilisca tra le parti… con il surrogare al lavoro speso un valore economico equivalente…*".

che un contratto, se *nullo*[526], non potrà non restare tale[527] e, pertanto, risultare, per ciò solo, inidoneo[528] a fondare l'obbligazione[529] di lavorare ed il conseguente rapporto[530] tipico in questa incentrato[531].

La sopra riportata riflessione dell'autorevole Maestro ha avuto una importanza essenziale nella futura evoluzione della problematica; una prima concreta eco applicativa la si rinviene in una pronuncia giurisprudenziale dell Corte di Appello di Milano (App. Milano, 2 marzo, 1909 in *Monitore dei Tribunali*) che, a differenza della precedente (Corte Appello Genova., sopra citata), affronta espressamente anche la questione della retribuzione statuendo che "*…l'effetto della nullità non può deteriorare la condizione dei locatori di opera… cosicchè essa nullità non toglie al locatore di opera il diritto di conseguire, per il periodo di prestazione di opera effettivamente avvenuta, gli utili riconosciutigli dal contratto…."*. Anche la dottrina si occupò della sempre più emergente problematica in oggetto e, riferendosi ai principi dell'ingiustificato arricchimento, invocava, *de iure condendo*, l'intervento del legislatore che, appunto, si avrà con la successiva codificazione del 1942 in forza della norma in oggetto (art. 2126 c.c. vigente); in tal senso, cfr. Riva Sanseverino.,(*Contratto di impiego pivato e contratto di lavoro manuale* in *Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi*, vol. I, Padova, 1938) per la quale "*…atteso che le conseguenze del contratto non si possono cancellare... era necessario ricorrere ai principi dell'illecito arricchimento…e, in particolare, all'applicazione analogica dell'art. 450 c.c.…."*. Ciò premesso, l'autore sopracitato – in relazione al dovuto vantato dal prestatore – concludeva nel senso che "*…il lavoratore aveva diritto alla restituzione del lavoro prestato sotto forma di un equivalente somma di denaro, corrispondente alla somma minore tra il compenso cui il lavoratore avrebbe avuto diritto se il lavoro fosse stato contrattualmente dovuto… e l'effettiva utilità che la prestazione di lavoro ha rappresentato per l'azienda…."*. Sotto quest'ultimo aspetto (i.e. compenso dovuto al lavoratore parametrato all'utilità conseguita dall'azienda), in particolare, si apprezza l'importanza sistematica e (soprattutto) sostanziale della vigente disposizione *de qua* (i.e., art. 2126 c.c.); in tal senso, icastico ma assai efficace, la considerazione del Trabucchi (*L'arricchimento senza causa., op. cit.,*) per il quale "*…il nuovo art. 2126 del codice civile…. semplificò un aspetto importante del problema… evitando che la pretesa del prestatore di lavoro dipendesse dal risultato economico della sua prestazione… a guisa, pertanto, che il rischio che la stessa prestazione non produca un risultato utile… viene addossata al datore di lavoro…..".*

[522] I.e., art. 2126 c.c.

[523] A voler, con ciò, indicare tutte le debite "limitazioni" concettuali con cui la suddetta nozione di "parificazione" (tra contratto valido ed invalido) deve essere intesa; si rinvia al complesso delle argomentazioni sin qui rese

[524] In tal senso, semberebbe suggerire anche Dell'Olio., (*op. cit.,*) per il quale "*…l'art. 2126 c.c. … assume la situazione del contratto invalido come tale… cioè come qualificata e regolata da altre norme e da altri prinicipi dell'ordinamento… , e non investe i profili interni di essa, né quindi esclude o limita l'applicazione di quelle norme e principi generali (negoziali)… al contratto di lavoro,…riguardando soltanto gli effetti, vale a dire i riflessi esterni della situazione…sul trattamento di altri atti e fatti giuridici, diversi dal contratto…"*

[525] Al riguardo, infatti, mi sembra assolutamente condivisibile l'osservazione di Funaioli.,(*op. cit.,*) per il quale "*…anche nell'ambito della diposizione in esame…* (i.e., art. 2126 c.c.)*…gli effetti contrattuali si plasmano pur sempre in base al contenuto specifico dell'accordo contrattuale e delle singole clausole convenute dalle parti…"*

[526] Ci si vuol concentrare, infatti, sulla ipotesi della *nullità* (ex. art. 2126 c.c.) perché è questa la problematica senz'altro più complessa da risolvere; infatti, in caso di contratto di lavoro annullabile, a rigore, la questione potrebbe anche "aggirarsi" in forza della natura costitutiva della sentenza che dichiara la suddetta forma (minore) di patologia contrattuale (i.e., annullabilità) con conseguente salvezza dei diritti quesiti *anteriormente* alla eventuale pronuncia giudiziale; pertanto, le considerazioni che concernono la nullità (e cui si giungerà) varranno, *a fortiori*, anche per l'ipotesi della annullabilità essendo, quest'ultima, *un minus presupposto* (sotto il profilo patologico) che rientrerà, necessariamente, nel *maius concettuale presupponente* (nullità).

[527] In tal senso, tra tutti, cfr. Ricca., (*Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto., op. cit.,*) per il quale "*…nell'ambito applicativo dell'art. 2126 c.c…. il contratto è invalido e resta tale…" Rebus sic stantibus*,

Pertanto – contrariamente a quanto sostenuto[532] – a parer mio, la disposizione in esame[533] andrebbe a *dischiudere* ulteriori *orizzonti negoziali*[534] non ancora

---

anche sotto questo profilo, il fondamento teorico dell'anticontrattualismo positivo risulterebbe, ancora una volta, inesorabilmente negato.

[528] In tal senso, espressamente, cfr. D'Eufemia., (*op. cit.,)* per il quale "*…il contratto di lavoro nullo è invalido e invalido resta…. E non produce effetti per il futuro… mancando un obbligo positivo alle parti…."*

[529] Al riguardo, incisiva l'osservazione di Dell'Olio.,(*op. cit.,*) per il quale "*…perché si possa riscontrare l'esistenza di una obbligazione e, soprattutto, perché si possa utilizzare concretamente, a qualsiasi fine, l'obbligazione stessa, invero, sembra comunque essenziale la distinzione tra il momento della posizione e quello dell'adempimento… ora, con riferimento all'art. 2126 c.c., non può nemmeno dirsi che tali momenti siano logicamente, seppur non sensibilmente, distinti… perché è proprio sul piano logico che si manifesta una totale inversione tra i due momenti… la prestazione, invece di essere riguardata come adempimento dell'obbligazione, viene dalla legge sottratta a tale qualificazione e collocata nella posizione, logicamente del tutto antitetica, di presupposto per l'applicazione della disciplina prevista dalla norma stessa….."*.

[530] La norma in esame, (art. 2126 c.c.) peraltro – e in ciò mi sembra di poter individuare un altro profilo della (già analizzata) *imperfezione legislativa* della disposizione *de qua* (cfr. nota 491 e ss) – non chiarisce espressamente se il rapporto cui essa fa riferimento sia il *rapporto di lavoro globalmente inteso* ovvero quello *"parziale"* che, riferito ai soli profili esecutivi della prestazione, attiene, da un lato, all' *obbligazione di lavoro* (sul versante del prestatore) e, dall'altro, *alla pretesa al lavoro* (nell'ottica datoriale).

Il distinguo non è di poco momento in quanto, se si accoglie la prima opzione interpretativa (i.e., *rapporto di lavoro globalmente inteso*), la disposizione in oggetto (i.e., art. 2126 c.c.) avrebbe un ambito di applicazione ancora più esteso finendo (essa stessa) per inerire alla nozione di *rapporto fondamentale di lavoro* nella sua ampia valenza semantica in termini di "*….relazione giuridica continuativa tra due soggetti… che non consiste, come è per la nozione classica di rapporto giuridico, nella relazione fra un diritto e il dovere corrispondente – o, più in generale, fra una posizione attiva e una posizione passiva – ma, bensì in un vincolo con riguardo al quale non si può parlare di lato attivo né di lato passivo,e, perciò, in questo senso, neutro, ma la cui esistenza, tuttavia, costituisce, il presupposto per la produzione, al verificarsi di determinati fatti, di una pluralità di effetti, cioè, per la costituzione, la modificazione, o l'estinzione di ulteriori rapporti…".* (in tal senso, testualmente, Suppiej., *Il rapporto di lavoro, op. cit.,*)

[531] In tal senso, anche Suppiej.,(*Il rapporto di lavoro., op. cit.,*) per il quale "*…il rapporto non potrà derivare dal contratto invalido… ma farà capo all'obbligazione presupposta…a guisa che l'avvenuta esecuzione del lavoro è un presupposto di fatto dell'applicazione dell'art. 2126 c.c. …e non solo del secondo comma che, configurando una fattispecie che sembra comprensiva di ipotesi rientranti fra quelle escluse dall'applicazione del primo commo, parla semplicemente di lavoro prestato…ma anche del primo comma che vi allude con l'equivoco riferimento all'esecuzione del rapporto….".*

[532] Ci si riferisce alla suddette tesi di matrice istituzionale *sub specie* di *anticontrattualismo positivo;* cfr. *retro*

[533] I.e., art. 2126 c.c.

[534] Più in particolare, l'asserzione dogmatica per cui il legislatore si interessi soltanto dell'inserimento del lavoratore in azienda – attribuendo ad esso (i.e., inserimento) una valenza equivalente ed *alternativa* al contratto – risulterebbe smentita anche sotto il profilo meramente *empirico ed applicativo* della *fattispecie de qua* (art. 2126 c.c.),utilizzando una *argomentazione a contrario* c.d. *"per esclusione"* (in tal senso, cfr. Visentini., *op. cit.,)* (art. 2126 c.c.); ovvero, (I ipotesi), allorchè sia stato stipulato un contratto nullo per la deficienza di taluni elementi o requisiti essenziali e gli impegni assunti dal lavoratore siano stati tuttavia eseguiti, si determinano determinati effetti (ex. art. 2126 c.c.) *anche se la natura dell'attività non abbia implicato l'inserzione del lavoratore nell'impresa*; similmente (II ipotesi) – (così Corrado., op. cit.,) "*…accadrà se il contratto di lavoro abbia determinato con la sua esecuzione una illegittima inserzione nell'impresa per essere stato stipulato con persona, che aveva agito in nome del datore di lavoro, senza averne i necessari poteri rappresentativi…"*Al contrario (III ipotesi) – e in ciò si dovrebbe rinvenire una irrimediabile *contradictio in terminis* della suesposta tesi – "*…l'inserzione nell'impresa, indipendentemente dal contratto di lavoro, non concederebbe al lavoratore nemmeno la protezione delle assicurazioni sociali… senza che sia dato distinguere fra inserzione arbitraria (es. occupazione di*

compiutamente raggiunti e sarebbe, per ciò solo, ricostruibile, in termini *rigorosamente civilistici,*[535] secondo il seguente percorso logico che si delinea[536].

In termini generali, corollario dogmaticamente necessario[537] al principio dell'invalidità del contratto[538] è quello che attiene all' *efficacia retroattiva*[539]della nullità[540] a guisa che, in ogni caso, le parti saranno tenute a restituire,[541] *reciprocamente,*[542] le prestazioni

---

fabbrica e fondi) e inserzione autorizzata (occupazione giustificata da relazioni di beneficienza o di cortesia..). Ergo, ciò suggerirebbe la *insufficienza dogmatica del concetto di inserzione* a fondare qualsivoglia effetto positivo in via autonoma e *autoreferenziale,* e, quindi, senza la necessaria *interposizione logica di un qualche (anche minimo) quid negoziale (*così Pugliatti., *op. cit.,)*

[535] In piena coerenza con l' *iter speculativo* che ci si è prefissi di seguire; in tal senso, si rinvia alle premesse introduttive

[536] Nell'impostare la seguente *pars construens* dell'argomentazione, ci si avvarrà di tutte le "conquiste" concettuali sin qui raggiunte come risultato scientifico dell'indagine dogmatica perseguita; *ergo* – per la "comprensione," nonché spiegazione *euristica,* dei singoli "passaggi logici intermedi" – si rinvia alle apposite trattazioni di cui ampiamente *retro* in quanto, in tal sede, essi (i.e., passaggi logici intermedi) verrano utilizzati in *via unitaria e omnicomprensiva* ai fini di una ricostruzione globale della fattispecie *de qua* (art. 2126 c.c.)

[537] In tal senso, tra tutti, si rinvia a Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, Jovene, 2002

[538] Si rinvia alla nota 393

[539] In tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., (*Il contratto., op. cit.,)* per il quale "…*a fronte di un contratto invalido o, ancor meglio, nullo…. bisognerebbe mirare a ristabilire lo status quo ante….essendo, quanto negozialmente avvenuto,….tamquam non esset…."*

[540] Per considerare, delle due (nullità ed annullabilità) le forma di invalidità negoziale più grave (i.e., nullità); al riguardo, si rinvia alle spiegazioni e alla *ratio* di cui alla nota 526.

In materia, però, estremizza troppo Corrado., (*Il contratto di lavoro., op. cit.,*) per il quale "…*l'equiparazione, contenuta nell'art. 2126 c.c., fra contratto nullo e annullato, induce a credere che sia posta una unica disciplina e si attribuisca all'attuazione del rapporto una pari rilevanza rispetto a ciascuno di essi…"*; sul punto, si rinvia alle considerazioni di cui alla nota 466

Sul punto, infine – quanto alla prassi giurisprudenziale – si faccia nota di una "storica" sentenza della Suprema Corte (Cass., 31 luglio 1962 n. 2286, in *Foro It.,* 1963) la quale – per la parte che a noi più interessa – recita nel senso che "…*il legislatore, pur sanzionando penalmente la violazione delle disposizioni concernenti la disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro per meglio garantirne il rispetto, ha, d'altro canto, sancito il principio che il contratto di lavoro, anche se stipulato senza l'osservanza di qulle disposizioni, vincola, tuttavia, i soggetti contraenti a darvi esecuzione… e ciò è reso palese dal fatto stesso che solamente al PM è attribuita la facoltà di proporre domanda giudiziale per il suo annullamento, senza che, peraltro, l'eventuale accoglimento di questa domanda possa comunque incidere sugli effetti, già verificatasi, giusto il disposto dell'art. 2126 c.c.…*."

[541] Ciò in forza del principio generale per cui *ogni effetto negoziale deve essere giustificato , ovvero deve avere una propria causa ritenuta meritevole di tutela,* presupposto, quest'ultimo (i.e., meritevoleza della causa) che non ricorrerebbe, però, in caso di *invalidità negoziale* in forza della già esaminata sua (ci si riferisce all' invalidità) valenza in termini di *dis-.favore dell'ordinamento giuridico riguardo ad un contratto posto in essere* (si rinvia alle ampie considerazioni di cui retro) a guisa che, pertanto, la prestazione effettuata risulterebbe *sine titulo*; *ergo,* ancora una volta, scorgiamo e troviamo conferma della stessa nozione dell'elemento causale in termini di *ratio essendi* del sinallagma contrattuale (si rinvia alle premesse introduttive, al capitolo primo nonché ad ulteriori riflessioni nel proseguo di questo paragrafo).

Dalla logica appena espressa, l'applicabilità dell'istituto della ripetizione dell'indebito sembrerebbe derivare, a sua volta, dalla ancor più tradizionale figura della *condictio indebiti sine causa* o *condictio indebiti ob causam finitam* per indicare, rispettivamente, l'assenza o il venir meno della giustificazione causale; si rinvia, per una ampio studio delle problematiche civilistiche sottese, alla nota 544

già eseguite[543] secondo le regole dell'indebito oggettivo[544]; *rebus sic stantibus*, si tratterà di *coniugare*[545] il suddetto *assunto logico*[546] alla luce della *peculiare natura*[547] del nostro oggetto di studio[548].

---

[542] In forza del c.d. *principio di equivalenza negoziale fra i paciscenti;* in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *Il contratto., op. cit.,*

[543] In tal senso., tra tutti, cfr. Bianca., (*op. cit.,)* per il quale "…*in ogni caso… le prestazioni eseguite in tutto o in parte costituiscono un indebito oggettivo…. in quanto prive di titolo…. e devono essere restituite…";* in giurisprudenza, tra le più pronunce piu incisive, cfr. Cass., 6 ottobre 1976 n. 3303

[544] Ex. art. 2033 c.c. si recita nel senso che "…*Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato…. Ha inoltre diritto ai frutti, agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda"*.

Sugli aspetti della mera disciplina si rinvia agli appositi studi in materia in quanto non si pongono problematiche di rilievo scientifico che meritino ulteriori approfondimenti (tra tutti, cfr. cfr. Moscati., *Del pagamento dell'indebito* in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 2033-2040, 1980; Zuddas., in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2429; Breccia., *La ripetizione dell'indebito,* Milano, 1974; Rescigno., voce *Ripetizione d'indebito* in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1957); in tal sede, piuttosto, vorrei affrontare la diversa questione che concerne il *fondamento dogmatico dell'azione di ripetizione* in quanto connessa (tale questione) sia alla tematica della causa in generale sia alla costruzione lavoristica che, sul tema, si sta poponendo (per ulteriori approfondimenti si rinvia la proseguo) .

Al riguardo, mi sembra di poter individuare quattro essenziali (e astrattamente) possibili *linee interpretative* della problematica *de qua.*

In primo luogo (I ipotesi) si potrebbe seguire un *percorso ermeneutico di esclusivo rilievo negoziale* fondato sull'asserita *natura contrattuale dell'atto solutorio;* così opinando, duplici i corollari logici civilisticamente sostenibili.

Da un lato, la ripetizione di indebito potrebbe trovare fondamento in un accordo di volontà contenuto in una *clausola contrattuale tacita* e, precisamente, in una *condizione risolutiva implicita in ogni pagamento* a guisa che la permanenza degli effetti dello stesso (i.e., pagamento) dovrebbe ritenersi *necessariamente subordinata* all'esistenza del debito che si intende estinguere; *ergo,* seguendo questa ottica, *il pagamento indebito sarebbe valido ma risolubile.*

Dall'altro, si potrebbe ritenere che *ratio* della disciplina della ripetizione d'indebito sia una sorta di *conversione interpretativa legale dell'intento solutorio del solvens*; ovvero – sul presupposto per cui il pagamento non dovuto è finalizzato ad estinguere un rapporto obbligatorio ritenuto sussistente – la legge andrebbe a *mutare la volontà adempitiva del solvens* (finalizzata ad attuare il sinallagma contrattuale) generando, in luogo della *controprestazione erroneamente supposta*, l'obbligazione restitutoria in capo all'*accipiens.*

Si tratta di *ipotesi di ricostruzione teorica* dogmaticamente interessanti e, personalmente, assai condivisibili se non fosse per la *fisiologica equivocità* della premessa speculativa presupposta; segnatamente, circa la natura dell'atto solutorio, o, *rectius*, dell' *adempimento*, la dottrina più autorevole (tra tutti, cfr. Bianca., *Diritto Civile, L'obbligazione, op. cit.,)* e la giurisprudenza della Suprema Corte accolgono una nozione *reale e non negoziale* sull'assunto per cui (così Bianca., *op. cit.,)* "…*l'atto solutorio è vicenda attuativa di un rapporto obbligatorio e, dunque, è da inquadrare nella categoria del fatto giuridico inteso come vicenda materiale o giuridica cui l'ordinamento riconosce determinati effetti…";* similmente, cfr. Cass., 14 marzo 1962 n. 530 (in *Foro Pad.*, 1962, I, 719) per la quale "…*il pagamento è un atto giuridico unilaterale….e non ha esclusivo rilievo negoziale perché diretto all'attuazione di un obbligo….".*

Ergo, l'adempimento sarebbe da qualificare come *atto dovuto* in cui la volontà del debitore sarebbe irrilevante interessando, piuttosto, *l'obiettiva realizzazione dell'interesse creditorio o, rectius, l'obiettiva corrispondenza tra prestazione eseguita e prestazione dovuta.*

Per sopperire alle suddette difficoltà logiche della tesi appena esposta, si potrebbe affrontare (II ipotesi) la questione in oggetto (i.e., fondamento dell'azione di ripetizione) nell'ottica della *nullità del pagamento per mancanza di causa solvendi;* ma anche questa impostazione teorica sembrerebbe carente e andrebbe a "cadere" nello stesso errore logico che, *formalmente,* vorrebbe (potere) risolvere creando, peraltro, "*distorisioni concettuali*" ancora più gravi.

In primo luogo, affermare che il pagamento effettuato in difetto dell'obbligo sarebbe *privo di causa* significherebbe configurare, seppur tacitamente, l'atto solutorio in termini negoziali e, al riguardo, varranno le stesse critiche sopra considerate; inoltre, ritengo si possa sostenere che, qualificando il pagamento di indebito in termini di *nullità,* si andrebbe a cozzare con lo stesso *dato letterale* della disciplina in esame.
Più in particolare, il riferimento normativo è quello di cui al comma 1 dell'art. 2036 c.c. (indebito soggettivo) secondo cui il pagamento (indebito) *ex latere solventis* è irripetibile in due casi e, segnatamente, se eseguito consapevolmente ovvero se il creditore si sia privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito; in tali ipotesi, pertanto, resteranno fermi gli effetti del pagamento salva l'azione personale di ripetizione.
Ma ancora, così opinando, mi sembra di poter individuare ulteriori due profili di "crisi" del sistema; da un lato, si incorrerebbe in una antinomia tra la *nullità del pagamento per difetto di causa* e il *carattere personale dell'azione di ripetizione* e, dall'altro, sarebbe da osservare come la domanda volta ad ottenere la ripetizione non presupponga (necessariamente) l'impugnazione del pagamento richiedendo, piuttosto, la mera percezione dell'indebito.
In terzo luogo (III ipotesi) – a fronte del sempre più complesso panorama speculativo che ne andrebbe a derivare (cfr. retro) – , si potrebbe opinare nel senso di configurare la *ripetizione di indebito* come una sorta di ipotesi particolare di *arricchimento senza causa,* quasi a suggerire una sorta di assimilazione logica tra le fattispecie ex. artt. 2033 e 2041 c.c.; personalmente, però, nemmeno questa ricostruzione teorica mi convince e, piuttosto, ritengo sia sconfessata dalla stessa lettera della legge.
Più in particolare, la disciplina della ripetizione dell'indebito e quella dell'ingiustificato arricchimento avrebbero presupposti *normativi diversi;* ovvero, se l'indebito oggettivo (per limitarci all'ipotesi che più a noi concerne) accede ad una fattispecie negoziale *invalida* (o, rectius, nulla), l'azione di arricchimento ha *carattere sussidiario* ed è diretta ad eliminare gli effetti della ingiustificata locupletazione di una parte in danno dell'altra.
Detta azione (i.e., quella ex. art. 2041 c.c.) presuppone, dunque, un arricchimento nel patrimonio dell' *accipiens* ed una correlativa diminuzione patrimoniale nella sfera del *solvens,* ciò che, invece, non è richiesto nella ripetizione di indebito ove la reazione (normativa) prescinde dai riflessi patrimoniali (e, quindi, dal *quantum* della iniquità dello spostamento ingiustificato) poiché è da ristabilire lo *status quo ante* in conseguenza di una obbligazione (o, contratto) da ritenere *tamquam non esset;* a ciò fa risconto, peraltro, anche il diverso meccanismo restitutorio atteso che nell'art. 2041 c.c., infatti, l'arricchito è tenuto soltanto a corrispondere un indennizzo determinato nella minor somma tra il valore del vantaggio conseguito e il valore dell'impoverimento altrui.
Tutto ciò premesso e considerato, si giunge all'ultima *posizione teorica* (IV ipotesi) che è quella (personalmente preferibile ed) ultimamente condivisa anche nell'ambito dei più recenti dibattiti civilistici sulla tematica de *qua* nonchè da alcuni orientamenti generali espressi dalle SS.UU. Civili della Supema Corte di Cassazione.
Ovvero, a parer mio, si dovrebbe emancipare la disciplina dell'indebito oggettivo dallo studio delle fonti delle obbligazioni per valorizzarne, piuttosto, *il profilo della causa dell'attribuzione* (ed ecco una nuova connessione con il tema della nostra indagine; si rinvia allo studio di cui al capitolo I) allo scopo di coglierne le più rilevanti implicazioni di teoria generale.
In sì termini intesa, cioè, la disciplina normativa (i.e., ripetizione di indebito oggettivo) ex. art. 2033 c.c. andrebbe a rappresentare un *rimedio giuridico di carattere generale, con funzione recuperatoria, fisiologicamente volto ad eliminare dal mondo giuridico ogni spostamento patrimoniale ingiustificato; in favor* a questa tesi, inoltre, due argomenti, l'uno, di natura logica e, l'altro, di rilievo sistematico.
Quanto al primo, è già stato osservato che *la ripetizione prescinde, a differenza dell'azione di arricchimento, dai riflessi patrimoniali (in termini di iniquità) dello spostamento ingiustificato;* quanto al secondo, è da considerare che, secondo la dottrina più autorevole sul tema, *l'obbligazione restitutoria non è condizionata da fattori di natura soggettiva quale, ad esempio, l'errore del solvens.*
In altri termini, il legislatore (con l'istituto della ripetizione) farebbe riferimento non ad una mera pretesa di *nullità del pagamento (sub specie di atto negoziale privo di un suo elemento costitutivo)* ma, piuttosto, alla *mancanza di un presupposto legale dello spostamento materiale che ne impedirà, per ciò solo, la conservazione degli effetti.*
Ciò premesso e considerato, spero che il circuito argomentativo proposto risulti compiutamente dimostrato.

In relazione a quest'ultimo[549], infatti, una delle due prestazioni – e, segnatamente, quella del lavoratore – non è di carattere squisitamente (o, *rectius*, esclusivamente) *patrimoniale*[550] e, per ciò solo, risulterà (tale prestazione del lavoratore non esclusivamente di rilevo patrimoniale) non *"recuperabile*[551]*"* – in *rerum natura*[552] – in

---

[545] Tale conclusione è risultato coerente e necessitato di quanto sin qui argomentato (cfr. retro): ovvero – dimostrata la natura negoziale del rapporto di lavoro – è giocoforza che si dovrà applicare, con il medesimo rigore, la *disciplina del contratto anche al sinallagma negoziale di matrice lavoristica* in forza del non "derogabile" (come, invece, potrebbe suggerire una diversa tesi di ispirazione ideologica in termini di *"favor lavoratoris")* principio generale per cui *eadem ratio* (in questo caso intesa in termini di *fondamento contrattuale del rapporto*) *eadem dispositio* (i.e., applicazione dei principi generali in materia del negozio giuridico)

[546] I.e., *effetti retroattivi della nullità;* si rinvia a quanto sin qui considerato nel testo e nelle precedenti note

[547] Sul tema – con particolare riguardo alla peculiare sintesi tra *elementi personalistici e patrimoniali* dedotti nell'obbligazione lavoristica – si rinvia, *retro,* soprattutto al capitolo II e alle ampie note connesse al riguardo

[548] I.e, il vincolo obbligatorio lavoristico *stricto sensu* inteso.

[549] I.e, vincolo obbligatorio lavoristico

[550] Sull'argomento si rinvia al Carne lutti., *Studi sulle energie., op. cit.,* e all'ampio studio sul tema di cui ai già richiamati paragrafi primo e secoindo

[551] In tal senso, tra tutte, si ripropone l'illuminata osservazione del Barassi (*op. cit.,*) per il quale è da chiedersi *"…come possa restituirsi il lavoro speso….?"*Si rinvia, per l'impostazione generale della questione, alla nota 521

[552] Ovvero, secondo le regole dell'indebito oggettivo di cui *retro* (cfr. nota 544)*;*questa disciplina, infatti, concerne le prestazioni patrimoniali e, in particolare, quelle effettuate in danaro. Dal momento che , come spiegato nel testo, la prestazione del lavoratore non è di rilievo esclusivamente patrimoniale (ma , piuttosto, si caratterizzerà per la sua *fisiologica* natura *personalistica*), si tratterà di "leggere" e "*traslare", mutatis mutandis,* la medesima *ratio "restitutoria" (*come individuata alle note 541-544) sottesa alla disciplina ex. art. 2033 e ss c.c. alla luce del peculiare svolgersi del sinallagma lavoristico.
A conferma della tesi personalmente sostenuta, peraltro, sembra rilevare la stessa (e più recente) giurisprudenza civilistica che ha affrontato e risolto positivamente il problema della applicabilità, *mutatis mutandis,* della disciplina dell'indebito anche in riferimento alle c.d. *prestazioni di fare* alle quali appartiene anche quella di lavoro; in tali casi – così Bianca., *op. cit.* – "*…la pretesa restitutoria non potra che consistere, per una ragione logica prima ancora che giuridica, in una somma di danaro equivalente….."* (conformemente a quanto detto rileverà la successiva osservazione sul tema in termini di *retribuzione come tantundem eiusdem generis*, rinvio, pag. 224*).*
Del resto, una opposta ricostruzione teorica – che voglia limitare l'istituto in esame (ripetizione di indebito) alle *mere prestazioni di dare,* suscettibili di recuperare la "cosa" consegnata nella sua più autentica dimensione *"reale e fisiologica"* – sembrerebbe poco attendibile e di poca "lungimiranza nomativa"; questa tesi, infatti, risulterebbe già confutata allorchè si ponga mente all'ampio studio di cui alla nota 544 (sul fondamento dogmatico dell'azione di ripetizione) nonché alla stessa evoluzione del panorama legislativo e giurisprudenziale in materia che è giunto a configurare l'istituto ex. art. 2033 c.c. in termini di *rimedio unitario* diretto a reagire al fatto "obiettivo" dell'attribuzione patrimoniale ingiustificata (cfr. retro).
Peraltro, è da ribadire – in *favor* a quanto nel testo sostenuto – che la nozione di "pagamento" ex. art. 2033 c.c. è *comprensiva* di ogni prestazione derivante da un vincolo obbligatorio che risulti *a posteriori* non dovuto – abbia essa (i.e., tale prestazione) ad oggetto un *dare* o un *facere* – e ciò *sia* alla luce della disciplina dell'istituto, chiaramente concernente anche cose diverse dal danaro, *sia* in base alla stessa *ratio* degli artt. 2033 c.c. e ss. diretta ad apprestare (cfr. note 541, 544) , come già accennato, un *dinamico strumento giuridico rilevante sub specie* di *valvola generale omnicomprensiva teleologicamente orientata a "regolare" tutte le astrattamente ipotizzabili situazioni giuridiche di prestazione sine titulo.*
Quanto appena considerato, infine, sembra ulteriormente confermato da un altro argomento *a contrario* di rilievo sistematico; ovvero, comparando la disposizione in esame (art. 2033 c.c.) con quelle successive

quanto attinente all'esercizio di una precisa attività umana e personale[553] che , per definizione, sarà da considerare *consumabile*[554] e, in quanto tale, non "*restituibile*[555]" – se non (generalmente[556]) nel *tantundem eiusdem generis*[557] – una volta spesa[558].

In questa prospettiva di indagine, si può scorgere, a parer mio, la *naturale vocazione privatistica*[559] *e negoziale* della disposizione in esame[560] che – *lungi dal rappresentare*

---

sotto un profilo "*topografico*" (i.e., artt. 2034 e 2035 c.c.), ritengo si possa sostenere, in via interpretativa, che *la nozione di pagamento di cui all'art. 2033 c.c. ecceda (anche letteralmente) la dazione di somma di danaro in quanto lo stesso legislatore, agli articoli 2034 e 2035 c.c., ha "avuto" l'esigenza di "rettificare" il rigore semantico della prima disposizione (art. 2033 c.c. in termini di dazione di danaro) facendo riferimento ad un concetto più ampio quale quello di prestazione ex. artt. 2034 e 2035 c.c.*

Anche così opinando, il fondamento teorico su cui si sta "lavorando" sembra, ancora una volta, *scientificamente coerente.*

[553] Palese, al riguardo, la eco costituzionale di cui all'art. 2 della Carta Fondamentale; sul tema, si rinvia, altresì, alle ampie considerazioni di cui al capitolo II

[554] In tal senso, tra tutte, valga la acuta osservazione di Gazzoni (*op. cit.,*) per il quale "…*sono consumabili le cose e/o attività… (in senso traslato)…. che esauriscono la loro utilità in una unica soluzione…. Mutatis mutandis…. ciò avverrà anche per la prestazione lavorativa lato sensu intesa….*"

[555] *In favor* alla tesi sin qui sostenuta, tra tutti, cfr. Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale " *anche la prestazione di lavoro… avendo ad oggetto un facere e non un dare…, non permette una restitutio in senso stretto…...*"

[556] Ho volutamente scelto questa "*precisazione avverbiale"* (i.e., generalmente) poiché – a differenza di quanto spiegato nella nota che segue e alla quale si rinvia – il concetto in esame (i.e.,, tantundem eiusdem generis) subirà delle inevitabili alterazioni sostanziali allorchè venga coniugato nell'ambito dell'obbligazione lavoristica; in tal caso, infatti, la prestazione dedotta nel sinallagma (come già accennato) non sarà una mera *cosa* ma, piuttosto, si tratterà di una *attività umana* e, pertanto, il medesimo carattere della "*consumabilità"* (cfr. nota 554) sarà da "leggere" in una accezione ancor più particolare (sul punto, si rinvia al proseguo del testo) rispetto a quella *generalmente* rilevante.

La *prestazione lavorativa* resa, infatti, non sarà restituibile (ancora utile risulta il richiamo all'espressione del Barassi di cui alla nota 521) nemmeno in termini di *stessa identità di specie e qualità* (secondo il normale significato di *tantundem eiusdem generis*) (quanto meno) nella sua più rigorosa accezione *naturalistica e materiale* (cfr. nota 552); *ergo*, in questi casi, si potrà parlare di *tantundem eiusdem generis* soltanto in *ottica traslata* e, quindi, *atecnica*, a voler significare, con ciò, che la nozione è "riletta" alla luce della peculiare situazione giuridica obbligatoria (i.e., quella lavoristica) cui, nel nostro ambito di studio, essa (i.e., nozione di *tantundem eiusdem generis*) finisce per accedere.

In altri termini – secondo una espressione assai cara ai privatisti – si tratterebbe di una nozione *condizionata* dai presupposti normativi ad essa coessenziali e, quindi, *"funzionalizzata"agli specifici fini scientifici perseguiti o, rectius*, in finale, (si tratterebbe) di nozione *"rebus sic stantibus";* proprio in quest'ultima accezione (atecnica), come or ora precisata, rileverà nel nostro studio

[557] Infatti, da un punto di vista civilistico, si ricordi come alla natura *consumabile* (cfr. nota 554) della prestazione oggetto del sinallagma si lega, concettualmente, la restituzione *non già* delle stesse cose (in quanto, come accennato, sarebbe *naturalisticamente impossibile)* ma, piuttosto, quella (i.e., restituzione) di *cose identiche a quelle ricevute per specie e qualità*"(è questa la nozione del c.d. *tantundem eiusdem generis*); tra tutti, per un esempio paradigmatico, si pensi alla disciplina del mutuo (ex. art. 1813 c.c.) in cui – essendo consegnata una "*determinata quantità di danaro o di altre cose… "* – il mutuatario si obbliga a "…*restituire altrettante cose della stessa specie e qualità…*". Diversamente avverrà, invece, nel comodato (art. 1803 c.c.) in cui – avendo ad oggetto soltanto *beni inconsumabili ed infungibili* – dovrà essere restituita *la stessa cosa consegnata.*

[558] In tal senso, tra tutt, cfr. Carnelutti., (*Studi sulle energie, op. cit.,*) per il quale "…*sarebbe utopico pensare di restituire il lavoro prestato perché il lavoro è parte di una attività della persona….sarebbe quasi volere restituire parte della persona stessa… e ciò sarebbe, evidentemente, un paradosso….*"

[559] In tal senso, espressamente, Santoro Passarelli., (*Nozioni., op. cit.,)* per il quale "….*la norma dell'art. 2126 c.c. non può costituire un dato a sostegno della prospettiva anticontrattualistica… nel nostro diritto positivo….*"

una insanabile cesura[561] *con gli assunti logici dell'invalidità*[562] *contrattuale*[563] – ne esprimerà, piuttosto, una rigorosa applicazione anche nella materia di indagine[564] che a noi interessa; ovvero, con *l'apparentemente forte*[565] *formula linguistica*[566] utilizzata[567], il legislatore vorrà, semplicemente, *traslare*[568] e *ribadire*, nell'ottica specifica del vincolo *obbligatorio* lavoristico[569], i rigorosi principi negoziali[570] *retro* espressi in termini generali.

Più in particolare, se *l'effetto retroattivo*[571] conseguente all'invalidità del sinallagma negoziale deve avere *efficacia e valenza* bilaterale[572], allora, l'unico modo[573] per realizzarla[574] nella fattispecie *de qua*[575] sarà proprio quello di *garantire*[576] *al prestatore*

---

[560] I.e., art. 2126 c.c.

[561] In tal senso, tra tutti, cfr. lo stesso Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale "*…i dubbi concettuali circa la contrattualità del rapporto di lavoro…. in forza dell'art. 2126 c.c….. sono condizionati da un approccio di politica di diritto….ma non da logica giuridica"*

[562] Peculiare, sul punto, la riflessione di Zago-Garelli., (*op. cit.,*) per il quale, nell'ottica dell'art. 2126 c.c., "*…il concetto di invalidità si presenta come espressione riassuntiva ma non già atecnica … di una determinata disciplina normativa….attraverso determinati fatti, sono resi rilevanti (come) elementi di valutazione della concreta efficienza del contratto…"*

[563] In termini di irrimediabile *deroga* al principio per cui "*quod nullum est… nullum producit effectum"*, come sostenuto dalla tesi dell'anticontrattualismo positivo di cui in oggetto; si rinvia al complesso delle considerazioni di cui *retro.*

[564] I.e., quella del lavoro

[565] In termini di "*non produzione di effetti"* ad opera della nullità e dell'annullabilità; si rinvia al complesso delle considerazioni di cui retro

[566] Della cui fisiologica *incongruenza ed incoerenza sistematica* – nonché *imperfezione legislativa insita nella stessa tecnica redazionale della fattispecie* – si è già discorso (cfr. pagg. 211 e ss. note 490-492 e ss); si osservi la connessione logica tra gli argomenti sin qui trattati e, in tal sede, utilizzati in via globalmente ricostruttiva della fattispecie *de qua*

[567] In riferimento alla disposizione in esame (i.e., art. 2126 c.c.)

[568] In ottica *meramente sillogistica* e, per ciò solo, *logicamente necessaria e necessitata;* in tal senso, tra tutti, cfr. Caramella., *Sillogismo,* in *Enciclopedia filosofica,* IV, Venezia, 1957

[569] In tal senso anche Bianca., (*op. cit.,)* per il quale "…..*con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato di fatto ex. art. 2126 c.c….. il codice dichiara che la nullità non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione…., in realtà…si vuole semplicemente indicare che il datore di lavoro….sarà tenuto alle obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro…. con particolare riguardo al profilo della retribuzione….."*.

[570] Si rinvia all'ampio studio di cui retro (cfr. note che precedono) quale substrato logico presupposto per il successivo "passo in avanti" che si sta per compiere

[571] Si rinvia alle ampie considerazioni di cui retro

[572] I.e., nel senso che ciascuna parte deve restituire ciò che abbia ricevuto dall'altra; cfr, ampiamente, quanto retro considerato

[573] In forza della: a) *peculiare natura del vincolo obbligatorio lavoristico* nel cui ambito almeno una delle prestazioni (i.e., quella del lavoratore) non avrà carattere esclusivamente patrimoniale inerendo all'esercizio di una *attività personale umana; b) peculiare accezione sostanziale della nozione* di *res consumabile* nei termini in cui riferita alla prestazione di lavoro ;c) *conseguente* (ed altrettanto peculiare) *portata del concetto di "tantundem eiusdem generis"* nell'ottica lavoristica intesa; d) *ratio generale ed omnicomprensiva* della disciplina sottesa all'istituto della ripetizione dell'indebito. Si rinvia, in relazione a ciascuna delle quattro componenti enucleate, al complesso studio di cui *retro*

[574] Ci si riferisce alla suddetta *efficacia e valenza bilaterale* dell' effetto retroattivo conseguente all'invalidità contrattuale

la corresponsione della retribuzione[577] *(per l'attività da questi*[578] *eseguita*[579]*)* che[580], però, sarà da intendere non già quale eco normativa di un improbabile e presupposto principio garantistico di *favor lavoratoris*[581] ma, piuttosto, rappresenterà soltanto[582] *il*

---

[575] I.e., quella lavoristica

[576] Si rinvia alla puntuale osservazione di Bianca di cui alla nota 569

[577] Anche in relazione al tema in esame, le questioni che si porranno saranno quelle tipicamente connesse all'obbligazione retributiva *lato sensu* intesa e, pertanto – per una analisi approfondita – si rinvia al capitolo successivo dedicato allo studio *del sinallagma negoziale lavoristico* (prestazione di lavoro/corresponsione della retribuzione)*;*solo in sintesi, si precisi che la disposizione in esame (art. 2126 c.c.) porrà anch'essa il distinguo concettuale tra valutazione della *spettanza della retribuzione* (c.d. profilo dell'*an*) e sua determinazione quantitativa (c.d. *profilo del quantum*).

In tal senso, anche Dell'Olio., (*op. cit.,)* per il quale "…*le complementarietà di questi due momenti (*an e quomodo) *risulta, del resto, dal carattere poco significativo che averbbe il rilievo della sola spettanza, a seguito della prestazione di fatto, della retribuzione, in quanto si tratterebbe di una obbligazione di dare… come tale, inidonea, di per sé, a palesare la propria natura contrattuale…tanto più ove la determinazione quantitativa dovesse essere operata con criteri esclusivamente legali… e, quindi, senza alcuna concreta rilevanza delle esplicazioni della autonomia individuale, né per l'an né per il quantum…"*

Una ulteriore osservazione, tuttavia, merita proprio quest'ultimo profilo di indagine (i.e., quello del *quantum*); esso, infatti – nell'ambito che a noi interessa – dovrà coniugarsi nell'ottica interpretativa come sopra proposta, ovvero, alla luce della sua (globale) *valenza restitutoria* quale conseguenza *della bilaterale efficacia retroattiva conseguente alla invalidità del contratto di lavoro* (cfr. retro).

Infine, si analizzi il caso in cui ricorra la fattispecie di cui al comma secondo dell'art. 2126 c.c. (i.e., violazione di norme protettive del lavoro); in tal caso, secondo la dottrina più autorevole, il valore della prestazione si stabilirà ad un livello pari alla *retribuzione contrattuale* nel senso che la determinazione del *quantum debeatur* non potrà essere in alcun modo inferiore alla valutazione fatta dalle parti interessate con l'unico "limite" per il quale "…*vale anche in materia di lavoro la norma che la ripetizione di indebito è esclusa se la prestazione urti contro il buon costume….facendo logicamente rientrare, in questa eventualità, sia il caso in cui la prestazione sia solo contraria ad un principio morale, sia l'altro in cui il principio morale abbia una importanza sociale tale da essere riaffermato o tutelato da una norma penale, sicchè la sua violazione importa anche una violazione di un precetto normativo…"* (così Corrado., *op. cit.,)*

Tale secondo comma (ex. art. 2126 c.c.), concludendo, nella sua parte precettiva si preoccupa di tutelare "*in ogni caso"* il diritto alla retribuzione; cercando di "parafrase" la portata sostanziale sottesa dalla suddetta *formula avverbiale* (in ogni caso), mi sembra di poter convenire con la coerente interpretazione di Dell'Olio., (*op. cit.,)* per il quale "… *sia laddove manchi la pevisione della retribuzione, sia laddove l'esclusione di questa si inquadri in schemi complessivi non diretti a perseguire interessi meritevoli, ex se, di tutela…, la vis attractiva dello schema tipico del contratto di lavoro si esplica, appunto, nella attrazione della fattispecie entro l'ambito di quel contratto… e, quindi, nella statuizione dell'effetto consistente nel diritto alla retribuzione, malgrado l'insusistenza di un corrispondente elemento del contenuto…."*

[578] I.e., ci si riferisce al prestatore

[579] Non potendosi restituire l'attività lavorativa prestata *in rerum natura* (cfr. retro), dunque, la corresponsione della retribuzione andrà a rappresentare – quasi a configurare una sorta di *alter aliquid ontologicamente corrispondente* – una "*restituito" ideale di quanto* (energia lavorativa prestata; cfr. retro) *fisicamente non è più recuperabile sul piano delle cose sensibili suscettibili di concreta e materiale apprensione naturalistica*; sul tema , tra tutti, cfr. De Martino., *Dei beni,* in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca,* 1976; Pugliatti., *Beni immobili e beni mobili,* 1967; Scozzafava., *Dei Beni,* in *Il codice civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli,* 1980

[580] Ci si riferisce alla suddetta corresponsione della retribuzione

[581] Tale da interpretare il *modus operandi* della disposizione in esame (art. 2126 c.c) in termini di mero *escamotage normativo* volto ad escludere la "sopraffazione" del contraente più forte nei confronti di quello più debole (in tal senso, tuttavia, Scognamiglio., *op. cit.);* al riguardo (e *contra* le suddette impostazioni *di favor lavoratoris*), interessanti le osservazioni di Mazzoni., (*Manuale di diritto del*

coerente *tantundem eiusdem generis*[583] o, *rectius, la mera proiezione*[584]*, in termini patrimoniali*[585]*, di una prestazione*[586] *che, fisiologicamente, tale*[587] *non è ab initio*[588].

Così argomentando, si giunge, *naturaliter,* al proprium del *sinallagma lavoristico*[589] e, per ciò solo, al connesso orizzonte *normativo- contrattuale* di cui all'art. 1174[590] c.c. che sembrerebbe compiutamente definire il *circuito negoziale*[591] insito nella disposizione in esame[592]; ma v'è di più.

Alla luce di quanto sopra considerato, infatti, ritengo si possa scorgere un ulteriore profilo di indagine che andrebbe a confermare le tesi sopra sostenute; ovvero, la

---

lavoro., op. cit.,) il quale sostiene che – pur volendo ipotizzare si tratti (ci si riferisce alla previsione ex. art. 2126 c.c.) di *legge e norma protettiva* del lavoratore – non si potranno in alcun modo "celare" o "nascondere" le connesse e imprescindibili propettive negoziali in quanto "*.. pur rafforzando i diritti del lavoratore… è evidente che si presupporrebbe sempre, per la sua applicazione, l'esistenza di un contratto di lavoro..anche ridotto alla più semplice espressione di rapporto giuridico che prevede una obbligazione di lavoro…. (senza di che non avrebbe senso la tutela pubblicistica la quale implica l'esistenza di un consenso inziale) e, quindi, la principale controprestazione patrimoniale in corrispettivo alla prestazione subordinata di lavoro, e, cioè, la retribuzione…..*"

[582] Volendo ribadire, con tale uso avverbiale, l'esclusione di qualsivoglia *impostazione teorica* ideologicamente orientata che non sia quella scientificamente "neutrale" di matrice privatistica

[583] Nella sua accezione lata ed atecnica cfr. note 556, 557; si rinvia al complesso delle argomentazioni sin qui svolte.
In tal senso, tra tutti, anche Carnelutti., (*Studi sulle energie., op. cit.,)* per il quale "*….la restituzione di una attività ricevuta a titolo di godimento non può avvenire se non in termini del tantundem eiusdem generis.…*"

[584] In tal senso, il nostro ragionamento civilistico sembrerebbe rilevare in perfetta coerenza con quello (squisitamente lavoristico) di Riva Sanseverino., (*op. cit.,)* per la quale "*…il lavoratore avrebbe diritto alla restituzione del lavoro prestato sotto forma di un equivalente somma di denaro*; ancora una volta, gli strumenti negoziali ci hanno portato a conclusioni assolutamente sostenibili anche nell'ambito del nostro oggetto di studio (rapporto di lavoro) in forza della (sempre più dimostrata) loro *comune identità genetica* (i.e., fondamento contrattuale del rapporto di lavoro). Questo, si ricordi, era proprio l'obiettivo scientifico che ci si proponeva di raggiungere

[585] Si osservi il legame logico-concettuale con la disposizione di cui all'art. 1174 c.c.; rinvo alla nota 590

[586] Quale quella lavorativa

[587] Ovvero di natura meramente patrimoniale

[588] In forza delle suddette implicazioni personalistiche che rappresentano il *proprium* caratterizzante del vincolo obbligatorio lavoristico *lato sensu inteso;* si rinvia al complesso delle argomentazioni sin qui rese nonché allo studio di cui al capitolo II

[589] Che, come vedremo nel capitolo che segue, presupporrà due obbligazioni principali che si studieranno, *analiticamente,* nell'ottica causale del contratto *de quo* (i.e., quello di lavoro): da un lato, quella di lavorare gravante sul prestatore e, dall'altro, quella *retributiva* in capo a parte datoriale

[590] La disposizione in esame recita nel senso che "*… la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*";coniugando il tutto nell'ottica lavoristica che a noi concerne, la norma in oggetto – nel suo globale svolgersi (di cui ci si occuperà nel capitolo che segue) – assicurerà, *mutatis mutandis,* il necessario rapporto di *strumentalità "reciprocamente presupponente"* tra l'obbligazione primaria del prestatore (debitore ex. art. 1174 c.c.) e quella (obbligazione primaria) del datore (i.e., creditore ex. art. 1174 c.c.) in termini di *idoneità della prima* (i.e., obbligazione di lavorare del prestatore) *a realizzare gli interessi di parte creditrice* e/o, il che è lo stesso, di parte datoriale.
Si rinvia all'ampio studio di cui al capitolo che segue.

[591] E non già di matrice istituzionale

[592] I.e., art. 2126 c.c.

previsione legislativa in oggetto[593]sembrerebbe rilevare quale espressione *normativa,* in ambito lavoristico[594], del più ampio e generale principio di *conservazione del contratto*[595] in forza del quale "*pacta sunt servanda*[596]" salvo che la modifica del *contenuto negoziale*[597] sia tale da non poterne giustificare obiettivamente il

---

[593] i.e., art. 2126 c.c.

[594] In tal senso cfr. Zago-Garelli.,(*I rapporti di fatto., op. cit.,)* per il quale "…*non sembra convincente la tesi per cui in ambito lavoristico non abbia rilevanza il principio di conservazione….. che acquista, piuttosto, valore e dignità di regola informatrice la disciplina (*del lavoro *)…*".

[595] Tale principio, dal punto di vista dogmatico, trova fondamento nell'assunto romanistico per cui *utile per non inutile non vitiatur,* secondo il celebre passo di Ulpiano (libro XXXXVIII) in Dig. 45.1.1.5.
A conferma della sua (ci si riferisce al suddetto principio di conservazione del contratto) portata generale, si prendano in considerazione – per citare i soli esempi più paradigmatici – i riferimenti normativi di cui agli artt. 1424 c.c. (in materia di conversione del contratto nullo; cfr. nota 456) e l'art. 1367 c.c. in materia di interpretazione del contratto (tra tutti, in materia, cfr. Carresi., in *Silloge in onore di Oppo,* I, 1992, 351)

[596] In particolare, mi sembra potersi affermare, *mutatis mutandis,* che, nell'ambito dell'art. 2126 c.c., avvenga qualcosa di simile a quanto previsto nella fattispecie normativa ex. art. 2332 c.c laddove, al secondo comma, si prevede che "…*la dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società… dopo l'iscrizione nel registro delle imprese"*. Anche in questo caso, a rigore, si potrebbe ipotizzare una *ultrattività del negozio invalido* (quello di società) che – lungi da poter fondare ulteriori argomenti in *favor* alle tesi istituzionalistiche – sarà da spiegare, piuttosto, alla luce del suddetto principio di conservazione del contratto (anche a tutela dell'affidamento dei terzi; cfr. note 360, 361) che impone – in forza del connesso corollario logico della c.d. "*vincolatività negoziale", (*cfr. nota 629) – il rispetto degli impegni assunti in forza del regolamento pattizio (si rinvia al proseguo della trattazione).
In tal senso anche Buonocore., *Diritto Commerciale., op.cit.,* per il quale "… anche *l'art. 2332 c.c. si inquadra nella sistematica della conservazione della situazione giuridica soggettiva posta in essere….";* Santoro Passarelli., *Nozioni., op. cit.,* per il quale "…*la norma dell'art. 2126 c.c. potrebbe trovare un correlativo nella ratio di quella ex. art. 2332 c.c.…."*. Coniugando le due autorevoli osservazioni (Buonocore e Santoro Passarelli) si ottiene, in via ermeneutica, una ulteriore conferma alla tesi sopra sostenuta (i.e., art. 2126 c.c. come espressione del principio di conservazione del contratto in ambito lavoristico) nel senso che: a) se le previsioni normative ex. artt. 2126 c.c. e 2232 c.c. hanno, *mutatis mutandis,* la stessa *ratio* (così Santoro Passarelli., *op. cit.,)* e (b) quella (ratio) ex. art. 2332 è espressamente individuata (così Buonocore., *op. cit.,*) nel principio di *conservazione,* allora ne consegue (c) che *anche l'art. 2126 c.c. sarà improntato alla regola del principio di conservazione per cui pacta sunt servanda* . Quest'ultima conclusione deriva sia in forza del brocardo per cui *eadem ratio, eadem dispositivo,* sia in forza del sillogismo (nei termini in cui) sopra esposto, sia, infine, per applicazione della *regola transitiva* in forza della quale se a=b=c allora a=c; sostituendo alle variabili i concetti come sopra (singolarmente) delineati, la soluzione che ne consegue è, ancora una volta, troppo evidente per spendere ulteriori osservazioni al riguardo.

[597] Al tema in esame si è legato anche quello della c.d. *presunzione legale* della *continuità dei contratti di lavoro* (così Mazzoni., *Manuale di diritto del lavoro., op. cit.,)* che è stato individuato (tale tema) come la più importante conferma, *ex lege,* circa la valenza, anche in ambito lavoristico, del principio in esame (i.e., *conservazione del contratto).* Al riguardo – come ipotesi paradigmatica – tradizionalmente, si è presa in considerazione la disciplina (ormai abrogata) del contratto a tempo determinato (ex. lege 230 del 1962) per cui: a) in caso di violazione del precetto normativo della forma *ad substantiam,* il rapporto (posto in essere) si sarebbe reputato *a tempo indeterminato;* b) la continuazione del rapporto di lavoro "*dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato"* importava trasformazione, con effetto *ex tunc,* del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato"; c) in caso di riassunzione del lavoratore entro un breve termine dalla data di scadenza del contratto e nelle ipotesi di successive assunzioni a termine era prevista una ulteriore *conversione legale del rapporto* (a tempo indeterminato) intesa ad evitare elusioni fraudolente del dato normativo. Similmente, anche alla luce

mantenimento[598] (in essere) quale "*legge inter partes*[599]*,"* secondo l'enfatica disposizione normativa ex. art. 1372[600] c.c.

Per meglio esplicitare quest'ultima osservazione resa[601], occore soffermarsi sull'inciso normativo[602] per cui la *stabilizzazione*[603] degli effetti conseguenti al contratto invalido non sarà *sine die*[604] ma, piuttosto, concernerà un arco temporale rigorosamente ristretto[605] quale quello inerente " *al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione*[606]*";*

---

della nuova disciplina sul contratto a termine (d.lgs. 368/2001) il principio di conservazione del contratto avrà ampia portata; si rinvia alla specifica questione studiata ed analizzata alla nota 456.
In tutti questi casi "*…la ratio implicitamente sottesa è pur sempre comune… è il principio per cui pacta sunt servanda…* " (in tal senso, Zago-garelli.,. *op. cit.,)*

[598] In quanto non più rispondente all'interesse effettivo perseguito dai paciscenti o, *rectius* – per il caso che ci riguarda – datore di lavoro e lavoratore

[599] Proprio sul presupposto per cui la disposizione in esame (art. 2126 c.c.) rileverebbe quale espressione del principio di *conservazione del contratto*, ritengo si debba dare risposta negativa alla tradizionale *querelle* volta a stabilire se sia configurabile (o meno) una prestazione di fatto ex. art. 2126 c.c. "*prohibente domino";* infatti, accogliendo una concezione negoziale della previsione in oggetto (art. 2126 c.c.), si dovrebbe rinvenire pur sempre un atto di autonomia dispositiva che, nel caso in esame (prestazione *prohibente domino*) sarebbe da escludere *a priori* in presenza di un *divieto* (c.d. *atto dispositivo negativo espresso;* così, tra tutti, Bozzi., *Diritto Civile, op. cit.,)* manifesto *a porre in essere un rapporto contrattuale di fatto.* In tal senso, anche la giurisprudenza più attenta; tra tutte, cfr. Cass., 17 agosto 1963 n. 2330 in *Mass. Giust. Civ, 1963 .;* App. Bologna., 8 luglio 1960 in *Riv. Dir. Lav.,* 1961; Trib. Milano 7 dicembre 1959 e Trib. Milano 14 dicembre 1959 in *Giur. It.,* 1962)

[600] Ai sensi del quale il *contratto ha forza di legge tra le parti;* c.d. *principio di relatività del contratto.*
Sul punto, tra tutti, cfr. Gazzoni., (*op. cit.,*) per il quale (così, testualmente) "….*questa regola è logica conseguenza del principio di libertà su cui poggia l'autonomia privata ,,, ma va anche sottolineato come, in realtà, questo principio vada contemperato con quello che fa divieto di intromettersi nell'altrui sfera giuridico- economico ove l'attività sia produttiva di effetti non incrementativi…"*; in materia, soprattutto per quanto attiene ai risvolti applicativi giuslavoristici, si rinvia alle note 360, 361

[601] I.e., art. 2126 c.c. come espressione del principio di conservazione del contratto

[602] Ex. art. 2126 cc.

[603] Secondo l'espressione linguistica più cara agli anticontrattualisti positivi per sottolineare il presunto (ma dimostrato come *non esistente)* contrasto con i principi negoziali (cfr. retro e le considerazioni che seguono) della nullità

[604] Infatti – ne deriva il Suppiej (*op. cit.,*), testualmente – "*…l'applicazione della norma in questione non solo è condizionata all'esecuzione del lavoro…ma, essendo limitata al periodo in cui tale esecuzione è avvenuta… non può riguardare che gli effetti relativi a questo periodo… cioè effetti che, pur essendo successivi all'emanazione del lavoro…comportano condotte che, se fosse esisitito il rapporto considerato, avrebbero dovuto tenersi nel periodo in cui il lavoro è stato eseguito…."*

[605] In tal senso, cfr. Suppiej., (*Il rapporto di lavoro., op. cit.,*) per il quale l'inciso normativo "*per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione"* (ex. art. 2126 c.c.) sta a significare – così, testualmente, l'autore sopra indicato – "*…che non si è inteso privare di effetto i fatti indicati illimitatamente ed incondizionatamente…. avendo la funzione (tale inciso)…. di circoscrivere gli effetti negati e di completare la fattispecie… cioè di descrivere compiutamente l'ipotesi di fatto cui il trattamento giuridico disposto dalla norma è destinato a trovare applicazione…".*

[606] Proprio in forza di questa considerazione, infatti, mi sembra di poter scorgere un ulteriore profilo di crisi delle suddette tesi anticontrattualistiche; più in particolare, risulterebbe infondato (e, comunque, sanato) ogni qualsivoglia e presunto *contrasto* (in realtà non esistente; cfr. retro) della previsione in esame (art. 2126 c.c.) con la disciplina civilistica in quanto, a parer mio, è da sostenere che – per il periodo di tempo già decorso (ovvero quello cui fa riferimento la norma in oggetto) – *l'interesse contrattuale sia da ritenere senz'altro e compiutamente soddisfatto nell'ottica privatistica a guisa che l'obbligazione adempiuta possa senz'altro essere letta alla luce del tradizionale principio romanistico per cui "quod*

così disponendo, infatti, il legislatore disciplina l'eventuale *rapporto di fatto derivante da negozio nullo*[607] solo in *termini retroattivi*[608] e non già *pro futuro*[609], con ciò tacitamente suggerendo due importantissimi corollari logici.

Da un lato, ne conseguirà che l' apparente[610] *ultrattività*[611] del *negozio* alla sua *irregolarità giuridica*[612] sarà *funzionalmente limitata*[613] e *strumentalmente volta*[614] soltanto alla compiuta *definizione*[615], *inter partes*, degli *effetti restitutori*[616] conseguenti alla *patologia contrattuale*[617] e, dall'altro,(ne conseguirà) che nel suddetto *contratto (di lavoro) invalido*[618] non potrà rinvenirsi – a meno di non voler arbitrariamente violare la

---

factum est , infectum manere impossibile est…" Ergo, lungi dal potersi immaginare irrimediabili cesure con i principi negoziali, si assisterebbe, piuttosto, ad una loro (ulteriore) rigorosa e coerente applicazione proprio in ambito lavorisitico

[607] E/o annullabile secondo la dizione normativa ex. art. 2126 c.c.; per l'impostazione generale della problematica si rinvia alla nota 393 e 526

[608] Ciò, dunque, a voler significare che la norma in esame avrebbe la funzione di *regolare la posizione tra le parti soltanto per il passato, in caso di nullità o annullamento del contratto, avendo una portata meramente retrospettiva e non proiettiva;* in tal senso, anche Nicolini., (*op. cit.,)* per il quale…."*è da chiarire che la tutela predisposta dalla disposizione esaminata è statica…rivolta, cioè, al passato…"*

[609] In tal senso sembrerebbe suggerire anche lo stesso Funaioli (*op. cit.,*) per il quale "…*in relazione all'art. 2126 c.c…. non sorgono gli effetti e non si applicano le regole che riguardano il momento genetico del contratto valido… onde… non può sussitere alcun vincolo giuridico od impegno di continuare il rapporto per l'avvenire… né coercibilità della prestazione di lavoro…*

[610] In forza di quanto già, sul punto, ampiamente illustrato

[611] Volendo così parafrasare la lettera della legge allorchè si esprime nel senso che "… *la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto…";* sul punto, si rinvia a quanto retro considerato

[612] O, *rectius, invalidità;* si rinvia a quanto, al riguardo, espressamente considerato e, tra tutte, alla nota 393 e seguenti

[613] Similmente sembrerebbe suggerire anche la dottrina dominante; tra tutti, in tal senso., cfr. Zagogarelli.,(*op. cit.,*) per il quale "… *nel testo definitivo del codice… le nozioni di prestazioni di fatto e di esecuzione del rapporto… sostituiscono, rendendola più aderente alla realtà, l'allusione al rapporto di fatto, mentre la negazione di effetto all'invalidità del contratto ha la funzione di riassumere e rendere in forma più dotta (ma, in realtà, solo pretenziosa) la statuizione secondo cui il datore è obbligato alle conseguenze del rapporto di fatto come se il contratto fosse valido…. in termini retroattivi…."*

[614] In tal senso – a conferma della interpretazione proposta – sembrerebbe suggerire lo stesso Dell'Olio., (*op. cit.,)* per il quale "… *quali siano i fatti ed atti giuridici sul cui trattamento l'invalidità del contratto di lavoro non produce effetto risulta chiaramente, in primo luogo, dallo stesso art. 2126 c.c. giacchè nell'ambito di questo la fattispecie ipotizzata è identificabile in maniera sufficientemente sicura, malgrado una certa ambiguità espressiva, nella prestazione effettiva di fatto del lavoro… quasi che il contratto invalido vada ad assumere il rilievo di un elemento di quella fattispecie…."*

[615] In tal senso, espressamente, una importantissima pronuncia della Suprema Corte in materia: cfr. Cass., 24 gennaio 1987 n. 685 in *Foro It.,* 1988, I, c. 220, e in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.,* 1987; II, p. 58

[616] Si tratta della medesima conclusione (ancora una volta confermata) cui noi si è già giunti seguendo l'*iter logico conoscitivo* che ha preso le mosse dalle *conseguenze restitutorie* derivanti dalla nullità (cfr. pag. 220 e ss. con connesse note richiamate) e che, nel contesto in esame, rileva in piena coerenza (anche) con l'affermata *valenza retroattiva* (e non già *pro futuro*) della fattispecie *de qua* (i.e., art. 2126 c.c.)

[617] i.e., *invalidità,* nelle sue forme tipiche di *nullità* ed *annullabilità;* cfr. nota 393

[618] I.e., nullo e/o annullabile ex. art. 2126 c.c.

chiara *ratio legis*[619] al riguardo sottesa – alcuna sua tacita idoneità[620] a fondare un nuovo rapporto di lavoro[621] o a legittimarne una ulteriore *prosecuzione*[622] tale da doverne necessariamente inferire[623] un fondamento non già *negoziale*[624] ma, bensì, di genensi fattuale o, *rectius, istituzionale*[625].

---

[619] In tal senso, cfr. Prosperetti., (*La posizione professionale del lavoratore subordinato., op. cit.,)* per il quale – così, testualmente – "*…la voluntas legis in materia (art. 2126 c.c.) è assolutamente chiara…. Ed è quella per cui non sorge, in sostanza, alcun obbligo tra le parti….per la prosecuzione del rapporto… ma solo l'effettuata prestazione riceve la sua adeguata protezione contrattuale….*"

[620] Al riguardo – osserva Suppiej., (*op. cit.,*), testualmente – "*…se per l'art. 2126 c.c. la prestazione di fatto non può mai produrre una obbligazione di lavoro da mero inserimento in azienda…deve altresì ritenersi che non può produrre un rapporto di lavoro… posto che non è certamente configurabile come rapporto di lavoro una situazione giuridica che non comporti l'obbligazione del lavoratore di lavorare…*"

[621] Pertanto, risulta assolutamente infondata (nonché artificiosa) la tesi per cui *l'obbligazione di lavoro si andrebbe a costituire nel momento stesso in cui si estingue* (così, tra tutti, cfr. Andreoli., *Note in tema di contratto di lavoro nullo., op. cit.,*); piuttosto – come attentamente osserva il Suppiej., *op. cit.* – è da sostenere che "*…tale disposizione non prevede la costituzione di alcuna nuova obbligazione di lavoro ma, soltanto… ricollega alla prestazione di fatto taluni effetti giuridici che si sarebbero prodotti se fosse esistita una obbligazione e l'esecuzione del lavoro fosse stata adempimento della stessa… "*

[622] Proprio sotto questo profilo di indagine, il fenomeno normativo di cui all'art. 2126 c.c. è stato legato a quello dell' *adempimento dell'obbligazione naturale* (ex. art. 2034 c.c.) sulla base dell'argomento per cui "*…non è concepibile una obbligazione giuridica il cui adempimento non possa essere giuridicamente proseguito a guisa da non impegnare per il futuro ma solo per il passato…"* (così, tra tutti, cfr. Suppiej., *op. cit.,*); in tal senso si è espresso anche l'autorevole Carnelutti (*Diritto e Processo nella teoria delle obbligazioni., op. cit.; Rapporto giuridico naturale.,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1936*)* il quale – in riferimento ai progetti preliminari (cfr. nota 452) che hanno portato all'attuale diposizione normativa in oggetto (art. 2126 c.c.) – aveva suggerito la proposta interpretativa per cui la presunta "*ultrattività" del contratto di lavoro alla sua invalidità* - soprattutto in relazione alla retribuzione da corrisponedere al lavoratore – poteva "leggersi" e giustificarsi alla luce dell'art. 2034 c.c. (in materia di obbligazioni naturali) ai sensi del quale " *…non è ammessa la ripetizione di quanto spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali…".*

Tale posizione dogmatica, tuttavia, non ha mai avuto grande eco nella nostra cultura giuridica in forza di una palese diversità di *ratio* tra l' ipotesi normativa ex. art. 2034 c.c. e quella ex. art. 2126 c.c.

Tra tutti, per una critica coerente alle tesi suesposta, cfr. Dell'Olio., (*La prestazione di fatto del lavoro subordinato,* Cedam, 1970) per il quale "*…l'art. 2034 c.c. ipotizza un dovere morale o sociale e giustifica, in relazione ad esso, la mera conservazione della prestazione effettuata spontaneamente…. All'art. 2126, viceversa, è del tutto estranea la previsione di un dover essere, sia pure solo morale o sociale…. L'irretrattabilità della prestazione di lavoro è in rerum natura e non si pone, quindi, come conseguenza di una statuizione legale…bensì, se mai, … come presupposto materiale in relazione al quale viene disposto il prodursi di effetti giuridici diversi ed ulteriori rispetto all'obbligazione di lavorare….".*

[623] Come sostiene, invece, il suddetto anticontrattualismo positivo

[624] In quanto, secondo i principi dell'autonomia dispositiva, un contratto (originario) di lavoro invalido non potrebbe produrre ulteriori effetti ed essere fonte legittimante di un rapporto negoziale; si rinvia al complesso delle argomentazioni rese sul punto nonché alle connesse critiche alla suddetta tesi istituzionale

[625] In tal senso, l'autorevole Suppiej (*op. cit.,)* osserva che "*….sembra derivare un ostacolo insuperabile ad ogni tentativo di dedurre dall'art. 2126 del codice civile una autonoma ipotesi di costituzione di obbligazioni di lavoro per mero inserimento del lavoratore..e quindi, di sostituire l'occupazione di fatto… al contratto nella fattispecie che costituisce la fonte delle obbligazioni…. Ovvero… il condizionare la costituzione di una obbligazione al suo adempimento equivale a negare il mero rapporto fattuale… giacchè non può negarsi l'esistenza di una obbligazione, né comunque di un obbligo giuridico,*

In quest'ultima prospettiva euristica, peraltro, mi sembra di poter scorgere una ulteriore *valenza sostanziale* la cui eco normativa, nuovamente di matrice *negoziale*[626], si lega agli orizzonti speculativi connessi al divieto del c.d. *venire contra factum proprium*[627] che, a sua volta, rileverà quale *esplicazione concettuale*[628] del più ampio *principio di vincolatività*[629] del contratto: il legislatore, cioè – quasi *presupponendo*[630] che *le parti abbiano voluto costituire*[631]*, nel momento genetico*[632] *del sinallagma*[633]*, un rapporto*

---

se il diritto non impone al soggetto un certo comportamento, considerando il comportamento contrario come antigiuridico o illecito…."

[626] Peculiare, al riguardo, la posizione di Lipari., (in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 68, 430) per il quale – pur muovendosi nell'ambito della autonomia privata – l'art. 2126 c.c. andrebbe a delineare uno "*…schema bilaterale intersoggettivo tipicamente contrattuale e tale da mettere in evidenza, in primo piano, non già l'atto… ma il rapporto…, nella sua qualificazione sociale prima ancora che giuridica…";* similmente, Stella Richter., (*op. cit.,)* il quale si esprime nel senso che "*… in varie circostanze l'ordinamento prende in considerazione direttamente il rapporto… magari sembrando di prescindere da un correlato atto negoziale… ma così non è… un accordo sarà pur sempre rinvenibile e individuale nell'ambito del globale comportamento pattizio…."*.

[627] Sul ricordato principio, si rinvia, in primo luogo, al classico studio di Riezler., *Venire contra factum proprium, Studien im romischen, englischen und deutschen Zivil recht*, Lipsia, 1912; per una impostazione generale della problematica, cfr. Diez-Picazo Ponce de Leon., *La doctrina de los proprios actos*, Barcellona, 1963.

Per il diritto italiano, tra tutti, cfr. Rescigno., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950; Cattaneo., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971

[628] L'appena richiamato assunto logico del c.d. *divieto* del *venire contra factum proprium* si fonda, infatti, sulla combinazione di due principi che, nelle opportune sedi (cfr. note 361, 362) cui si rinvia per *identità di ratio*, si sono già ampiamente analizzati: si tratta di quello dell' *autoresponsabilità* e di quello dell' *affidamento. Ergo*, ancora una volta sembra potersi apprezzare l'intima correlazione e presupposizione reciproca degli argomenti via via trattati e ciò spero rilevi come ulteriore conferma circa il *bonum* scientifico dell'iter logico come globalmente sin qui perseguito e proposto

[629] Tale principio (i.e., vincolatività) è da intendere in termini di *irrevocabile soggezione delle parti al rapporto contrattuale* ed avrà una *fisiologica* natura *statica e continuativa* nel senso che essa (i.e.. tale vincolatività) non verrà meno tra i paciscenti anche in situazioni di *inefficacia provvisoria* del sinallagma negoziale, essendo riflesso (normativo), necessariamente presupposto, del connesso principio per cui *pacta sunt servanda*; in attesa che il contratto diventi efficace tra le parti, cioè, le stesse (parti) saranno vincolate all'accordo stesso e, per ciò solo, potranno svincolarsi sono nei modi usuali di scioglimento del contratto.

Si badi bene, però, che tale nozione di *vincolatività* (del contratto), nei termini in cui sopra spiegato, è da distinguersi dall' (apparentemente) affine (ma distinto) concetto di *impegnatività (del negozio)* da intendere, quest'ultimo, in termini di *obbligo alla realizzazione del programma contrattuale;* il *trade off* sostanziale tra i due *principi* (i.e., *vincolatività/impegnatività*) è peculiarmente sintetizzato, rispettivamente, (proprio) nello scarto semantico esistente tra la nozione di *inefficacia* e quella di *efficacia*.

Nel primo caso (inefficacia), infatti, l'una parte dovrà ritenere integre le ragioni dell'altra (*vincolatività*) ma, per ciò solo, non sarà tenuto ad eseguire (*impegnatività*) il regolamento negoziale che (ci si riferisce alla suddetta impegnatività) conseguirà, piuttosto, alla piena efficacia inter partes del suddetto vincolo pattizio posto in essere

[630] Si osservi come si andrebbe a determinare una sorta di *giudizio prognostico ex post* simile a quello che, pur in contesti diversi (e, dunque, con la tradizionale clausola di salvezza "*mutatis mutandis*"), è idoneo a fondare una tacita ipotesi di *conversione del negozio nullo (invalido)* in contratto valido ex. art. 1424 c.c.; al riguardo, si rinvia alle ampie considerazioni di cui alla nota 456

[631] In tal senso sembra suggerire lo stesso Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale "*…nel caso di contratto di lavoro nullo è, infatti, pur sempre ravvisabile, all'origine, uno schema di consenso..."*

giuridico contrattuale[634] *conforme al diritto*[635] *anche se poi, però, "viziato"*[636] *da invalidità*[637] – con la disposizione in esame[638] ha voluto evitare che i paciscenti non *rispettino*[639] *i propri impegni negoziali assunti*[640] strumentalizzando[641], *in malam partem*[642], l'eventuale nullità del contratto posto in essere[643].

---

[632] Ovvero, in relazione al c.d. *momento dell'an* dell'autonomia dispositiva

[633] Si rinvia alla nota 385

[634] *Ergo,* così opinando, si dovrebbe giungere ad "*ammettere*", quasi *naturaliter*, la necessità di dover rinvenire "*… comunque ed in ogni caso, un qualche atto di rilievo negoziale… pur se privo di qualche requisito richiesto…"*; in tal senso, tra tutti, cfr. Santoro Passatelli., *op. cit.,*

[635] Il legislatore, cioè – per quel che a noi più interessa – andrebbe a considerare di primario interesse che il rapporto di lavoro non sia regolato secondo l'arbitrio delle parti ma che nasca da un contratto stipulato secondo le forme e le modalità previste dalla legge, nel rispetto dei diritti attribuiti al lavoratore e delle norme che l'ordinamento pone a tutela dei reciproci *rapporti inter partes*

[636] Sotto questo profilo di indagine, quindi, la sanzione della nullità andrebbe a rilevare nel quadro di una *situazione di tensione tra rapporto di fatto e rapporto di diritto* e, quindi, come un (apparentemente paradossale) *strumento di protezione dello stesso strumento di diritto*;a parer mio, cioè, la reazione dell'ordinamento (*sub specie di nullità)* al mancato adempimento di determinati formalismi previsti *ex lege* (ad esempio, si pensi alla ipotesi di cui al comma secondo dell' art. 2126 c.c., in termini di violazione della norme poste a tutela del prestatore di lavoro), finirebbe per rappresentare la prima forma di tutela posta a salvaguardia della disciplina positiva relativa all'istituto tipico di riferimento e alla connessa e sottesa *voluntas legis* in materia.

[637] Al riguardo – nel tentativo di trovare una qualche autorevole tesi che possa (in qualche modo) confermare la posizione sopra esposa – mi sembra di poter rinvenire un valido sostegno "dogmatico" nella stessa ricostruzione teorica del Nikisch (*Uber Faktische Vertragsverhaltnisse, op. cit., ,* trad. it. 1965) secondo il quale, così testualmente, "*…Was die beiden Beispielsfalle gemeinsan haben und was sie von den anderen faktischen Vertargsverhaltnissen unterscheidet ist die unbezweifelbare Tatsache, dab die Parteien einen regelrechten Gesellschafts oder Arbeitsvertrag abschlieben wollten, nur dab dieser Vertrag Mangel aufweist, die ihm nach den allgemeinen Vorschriften nichtig oder anfechtbar machen…"*

[638] I.e., art. 2126 c.c.

[639] In omaggio ai già richiamati e (reciprocamente) connessi principi di *conservazione del contratto e vincolatività negoziale,* nonché del conseguente corollario ermeneutico rilevante in termini di *divieto del venire contra factum proprium ;* si rinvia alle specifiche considerazioni e riflessioni (di cui retro) sulle singole tematiche di studio

[640] I.e., il contenuto della *lex contractus* (di indole lavoristica) posta in essere

[641] Se così fosse, infatti, si andrebbe a determinare l'assurdo paradosso per cui una forma di patologia contrattuale – perdendo ogni qualsivoglia sua funzione "*latamente sanzionatoria*" – sarebbe tale da rilevare (essa stessa), piuttosto, come una sorta di *"felix occasio"* o, *rectius, legittimo escamotage giuridico* per sottrarre le parti, *a buon diritto* (e, quindi, senza le connesse conseguenze *normative* sul piano della responsabilità e del risarcimento), all'adempimento e al connesso comportamento *ex bona fide in executivis* (tra tutti, in tal senso, cfr. Santoro Passarelli., *op. cit.,).*

[642] Ho volutamente scelto questa forte espressione di indubbia matrice penalistica – e della cui accezione *atecnica* si è perfettamente consci – per sottolineare (o, meglio, enfatizzare) l'eventuale "elusione fraudolenta", ad opera delle parti, degli obblighi derivanti dal raggiunto "*in idem placitum* " come poi *"formalizzato"* nel contenuto del sinallagma negoziale

[643] Così opinando, peraltro, lo stesso obbligo di corresponsione della retribuzione ex. art. 2126 c.c. risulterebbe spiegabile, ancora una volta (i.e., si rinvia alla ricostruzione teorica di cui alle pagine che precedono) , in termini squisitamente negoziali: parte datoriale, cioè, non potrebbe opporsi alle pretese del lavoratore (tra tutte, quella alla mercede) – se di fatto abbia accettato le sua prestazioni – in omaggio al suddetto divieto del *venire contra factum proprium* e del connesso principio per cui *pacta sunt servanda.*

Da queste notazioni ne discende che la *chiave di volta*[644] della *fattispecie*[645] vada individuata proprio nella nozione di *prestazione lavorativa*[646] che verrà in

---

[644] In tal senso sembra suggerire lo stesso Dell'Olio.,(*op. cit.,*) per il quale "…*l'inefficacia dell'invalidità… si atteggia essenzialmente, come salvezza della rilevanza giuridica della prestazione lavorativa…*".

[645] I.e., quella ex. art. 2126 c.c.

[646] Ciò a voler significare che quest'ultima (i.e., prestazione di lavoro) – andando a rilevare quale *esecuzione del contratto (di lavoro)* – implicherà, per ciò solo, l'attuazione di tutti gli *impegni assunti nell'esercizio dell'autonomia privata* e, così operando, rileverà (essa stessa) come il *punto di arrivo* di un connesso e presupposto *processo di negoziazione articolato* (c.d. *Schuldverhaltinis im Ganzen*) che andrà a "comprendere" l'insieme di una pluralità di rapporti *semplici* configurantisi, a loro volta – e nell'ambito che a noi interessa (i.e., quello lavoristico) – come una sorta di *sintesi* tra posizione creditoria (i.e., quella di parte datoriale) e connessa situazione debitoria propria, quest'ultima, del prestatore.
Sotto questo profilo di indagine, vorrei analizzare una connessa questione interpretativa che, astrattamente sostenibile, è però necessario analizzare nel suo *bonum giuridico.*
Ovvero, nell' ottica del suddetto principio generale del c.d. *venire contra factum proprium,* ci si potrebbe chiedere se alla prestazione di lavoro ex. art. 2126 c.c. sia applicabile l'istituto (con i connessi corollari causali) della *gestione di affari altrui* ex. art. 2028 e ss. c.c. nel senso di interpretare l'attività del prestatore in termini di *ingerenza del lavoratore* nella sfera giuridica datoriale e, quindi, altrui; per rispondere al quesito , però, risulta necessario, preliminarmente e in via assolutamente sintetica, richiamare la disciplina civilistica di riferimento.
In termini generali, si ha *gestione di affari altrui* allorchè un soggetto assuma, *consapevolmente e senza esservi obbligato,* la cura dell'interesse di chi non sia in grado di provvedervi; essa (i.e., disciplina della gestione di affari altrui) è regolata dalla legge tra le fonti *non contrattuali delle obbligazioni* e, in particolare, si tratterà di un *fatto giuridico volontario* o, *rectius,* di una attività cui la legge riconnette determinati effetti (in tal senso, tra tutti, cfr. Sirena – *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto,* Torino, 1999 – per il quale "…*nella gestione di affari altrui… ciò che viene direttamente ed immediatamente in rilievo sul piano giuridico è l'attività che un soggetto compie… nella sfera giuridica di un altro soggetto….pertanto… proprio perché la gestione di affari altrui è giuridicamente formalizzata come attività… l'atto compiuto dal gestore, se puntualisticamente considerato, non assume uno specifico rilievo nella conformazione della disciplina legale dell'istituto…rispetto alla quale è del tutto indifferente che l'intervento si sia realizzato medinte un negozio giuridico, un atto giuridico in senso stretto… ovvero, addirittura, un atto illecito….*" .
Quanto ai suoi presupposti, essi sono, essenzialmente, di quadruplice rilievo.
Innanzitutto, rileverà il c.d. *impedimento dell'interessato* (c.d. *absentia domini*) inteso, generalmente, in termini di *impossibilità* di provvedere; quest'ultima (i.e., impossibilità), tuttavia, non sarà di valenza *assoluta* e necessariamente *insuperabile* ritenendosi necessaria, piuttosto, una mera *difficoltà relativa – sub specie di non opposizione dell'interessato* – per legittimare l'attività ex. art. 2028 e ss. c.c. (in tal senso, cfr. Cass., 7 gennaio 1970 n. 35 per la quale "…*se è vero che il requisito essenziale dell'utile gestione – che cioè l'affare sia intrapreso absente et inscio domino – non deve intendersi in modo rigoroso… occorre, tuttavia, che risulti l'impossibilità, sia pure relativa, dell'interessato, o, quanto meno, che questo non si sia opposto all'intromissione del gestore… che, ciòè, non vi sia stata la c.d. prohibitio domini espressamente prevista dall'art. 2031 c,c, comma secondo….")* .
Secondo requisito sarà quello della c.d. *consapevolezza del gestore di curare un interesse altrui* (c.d. *alienità dell'affare che caratterizza la gestione,* o, *rectius, animus aliena negotia gerendi)* che si spiega alla luce del *fondamento solidaristico* dell'istituto ex. art. 2028 e ss. c.c.; infine, rileverà la c.d. *spontaneità dell'intervento* (in termini di *assenza di obbligo alla cura dell'affare dell'interessato*) e la c.d. *utilità iniziale della gestione* (*utiliter coeptum)* ex. art. 2031 c.c., comma secondo.
Rebus sic stantibus, la prestazione di lavoro di fatto può inquadrarsi nello schema normativo in esame (i.e., gestione di affari altrui)? A parer mio, al riguardo, residuano molti dubbi.
In primo luogo, risulterebbe difettare il primo (e più importante) requisito dell'*absentia domini*; ovvero, il prestatore di lavoro compirà una attività (i.e., la prestazione lavorativa) nell'interesse del creditore (i.e. datore di lavoro) *non già* per un *impedimento* di quest'ultimo (i.e., parte datoriale) a provvedere ai suoi affari ma, piuttosto, perché così deriverà da un *contratto* (i.e., quello di lavoro subordinato ex. art. 2094 c.c.) concluso tra le parti in forza di un *accordo espresso* ovvero di un *comportamento concludente* (i.e.,

esecuzione della prestazione lavorativa in riferimento all'ampio tema dei rapporti di fatto cui inerisce anche la disposizione ex. art. 2126 c.c.; si rinvia al complesso delle considerazioni di cui retro) idoneo, per ciò solo, ad integrare i presupposti del c.d. *accordo tacito della negoziazione*.
Dovendosi individuare, pertanto, un vincolo negoziale presupposto, anche l'elemento della c.d. *spontaneità dell'intervento* verrebbe meno: l'intervento del lavoratore, infatti, non sarebbe *libero e spontaneo* ma dovrebbe valutarsi in termini di *adempimento del vincolo obbligatorio* con evidente negazione della *ratio* stessa dell'istituto in esame.
Similmente, la sopra individuata *consapevolezza di gestire un affare altrui* perderebbe la sua *specificità normativa* (come retro spiegata nell'ambito della fattispecie ex. artt. 2028 c.c. e ss, soprattutto per quel che attiene al suo *fondamento solidaristico*) finendo per rilevare (e ridursi), piuttosto, in termini *fisiologicamente coessenziali* a qualsivoglia vincolo obbligatorio; in relazione a quest'ultimo (i.e., vincolo obbligatorio), infatti, è normale che il debitore miri a realizzare un interesse *altrui* (e, precisamente, quello del creditore-datore di lavoro) secondo lo schema logico di riferimento ex. art. 1174 c.c. ai sensi del quale "… *la prestazione* (del debitore)…. *deve corrispondere ad in interesse del creditore*" e, quindi *altrui.*
Infine, anche l'ulteriore requisito della *utilità della gestione* (cfr. sopra) – tale per cui *in tanto* si giustificherà l'intervento di un soggetto nella sfera giuridica di un terzo *in quanto* non solamente l'interessato sia impedito a curare il proprio interesse ma (anche) allorchè il suddetto intervento (del gestore) si presenti utile per l'interessato – verrebbe irrimediabilmente compromesso; infatti, trattandosi di una obbligazione (pur se conclusa per *facta concludentia*) il debitore dovrà adempiere sino alla fine la propria prestazione lavorativa e solo in via successiva si potrà valutare la legittimità del suo comportamento (in termini di diligenza ex. art. 1176 c.c.) alla luce dei tradizionali parametri civilistici in materia di *esatta esecuzione della prestazione dovuta* (i.e., adempimento). Ma v'è di più.
Mi sembra di poter individuare un ulteriore (e, anch'esso insanabile) *contrasto* con la disciplina ex. art. 2030 c.c. ai sensi del quale "…*il gestore è tenuto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato*"; ovvero – quand'anche (e per assurdo) si volesse individuare nella prestazione di fatto una gestione di affari altrui (e, al riguardo, si sono espresse sopra le personali critiche) – il prestatore (di lavoro) di fatto sarebbe tenuto alle obbligazioni da essa (gestione) derivanti ex. art. 2094 c.c. (*lavoro subordinato*) e non già in forza della disciplina del mandato (ex. art. 1703 c.c. e ss). *Ergo,* si andrebbe a determinare una *interferenza* di un altro *tipo contrattuale legale* (quello ex. art. 2094 c.c. cfr. capitolo secondo) all'unico pevisto dalla normativa *de qua* (i.e., quello del mandato ex. art. 2030 c.c.) e ciò – in assenza di un qualsivoglia fondamento normativo legittimante in tal senso – risulterebbe una *arbitrarietà ermeneutica non sostenibile sul piano logico e giuridico.*
Infine, ci si potrebbe chiedere – in ottica costituzionalmente orientata – se sia possibile inquadrare la eventuale prestazione di lavoro nell'ambito della fattispecie ex. artt. 2028 c.c. e ss. (i.e. gestione di affari altrui) allorchè si accolga la prospettiva ermeneutica ex. art. 46 della Carta Fondamentale per la quale "…*la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare nei modi e nei limi stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende…*" ; in tali casi, infatti – immaginando un presunto intervento *collaborativo* e *paritario* del prestatore nell'impresa di riferimento – si potrebbe modulare la disciplina *de qua* (gestione di affari altrui) in termini di *gestione di affare comune.*
Si giunge, così, alla questione civilistica presupposta. Ovvero, è possibile far rientrare nell'alveo applicativo dell'istituto in esame (gestione di affari altrui) la c.d. *gestione di affari comuni?* Anche al riguardo, ritengo si debba dare una risposta negativa per mancanza dei requisiti legali come retro espressi; in tal senso, anche la giurisprudenza della Suprema Corte che , circa la sua configurabilità (i.e., gestione di affari altrui in presenza di un affare comune), ha dato una risposta nettamente *contraria* – nonostante le opposte opinioni di pur autorevole dottrina (tra tutti, in tal senso, cfr. Mastropaolo.,*op. cit.,*) – affermando che il *rilevante interesse del gestore non consentirebbe di giustificare la sua attività in base alla causa solidale della gestione di affari altrui.* Tra tutte, in tal senso, cfr. Cass., 6 agosto 1997 n. 7278 (in *Giust. Civ.,* 1998) per la quale "…*l'istituto della negotiorum gestio…postula uno svolgimento di attività, da parte del gestore, diretta al conseguimento dell'esclusivo interesse dell'altro soggetto, e non è, pertanto, configurabile in tutte le ipotesi in cui ricorra, invece, una contrapposizione dei rispettivi interessi di cui risultino portatori, rispettivamente, il negotiorum gestor e il negotiorum gestus….*"; *ergo,* anche seguendo questa linea logica, il tentativo di configurare la prestazione di lavoro di fatto in termini di *gestione di affari altrui* rileverebbe, ancora una volta, infondata e privadi fondamento giuridico.

considerazione come se si trattasse di una sorta di *tramite*[647] *logico-concettuale*[648] tra *contratto ed effetti*[649] finendo per rilevare[650], per ciò solo, come *il dato in base al quale l'ordinamento ammetterà*[651]*, riconoscendoli*[652]*, la produzione* dei suddetti *effetti contrattuali*[653] *nonostante l'invalidità*[654] *del negozio*[655].

---

[647] Sulla complessa problematica civilistica al riguardo sottesa si rinvia alle ampie considerazioni di cui, sul punto, alle premesse introduttive, in funzione volutamente preliminare a quanto, anche in relazione al tema in tal sede trattato, sarebbe stato necessario "puntualizzare" al momento iniziale del percorso speculativo, quasi si trattasse di una sorta di *background conoscitivo* da dover portare necessariamente con noi per la miglior "comprensione" delle strutture logico-scientifiche che si sarebbero, progressivamente, costruite.

[648] Sotto il profilo metodologico, in tal senso sembra suggerire, pur nella sua criptica affermazione, anche dell'Olio (*La prestazione di fatto., op. cit.,*) per il quale "*…sembra opportuno… considerare l'art. 2126 c.c. nella più generale materia della prestazione… sotto il profilo delle applicazioni e conseguenze concrete delle impostazioni generali…e non come elementi per quelle impostazioni….".*

[649] In sostanza, una volta compiuta la prestazione lavorativa (nel che s'identifica l'esecuzione del rapporto), *il contratto di lavoro spiegherà la propria efficacia che sembrerebbe, cronologicamente, circoscritta in un determinato periodo di tempo corrispondente al periodo in cui la prestazione è stata effettivamente eseguita* (in tal senso, tra tutti, cfr. Riva Sanseverino., *op. cit.,*)

[650] Ci si riferisce alla suddetta nozione di prestazione lavorativa

[651] Sulla questione della corrispondenza tra *contenuto del contratto* ed *effetti* si rinvia alle premesse introduttive; per una bibliografia di base si rinvia a quella che, proprio sul tema e al fine di costruire la tesi sopra proposta, si è personalmente consultata. Tra tutti., cfr. Santoro Passarelli., *Atto giuridico, op. cit., ;* Id., *Dottrine generali del diritto civile., op. cit., ;* Betti., *Teoria generale del negozio giuridico., op. cit.,* ; Id., *Atti giuridici* in *Noviss. Dig. It.,* I, 2, Torino, 1958; Cariota Ferrara., *Il negozio giuridico., op. cit., ;* Stolfi., *Teoria del negozio giuridico., op. cit., ;* ScognamIglio., *Contributo., op., cit., ;* Id., *Atto giuridico.,* in *Enc. forense,* I, Milano, 1958; Cataudella ., *Fattispecie.,* in *Enc. Dir.,* XVI, Milano, 1967; Id., *Sul contenuto del contratto., op. cit.,* ; Id., *Note sul concetto di fattispecie giuridica.,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1962; Barcellona., *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici.,* Milano, 1969;

[652] In tal senso anche Zago-garelli(*op. cit.,)* per il quale "*…il riconoscimento giuridico si ricollega ad un fenomeno provvisto di un peculiare atteggiamento dinamico e, tecnicamente, si realizza attraverso l'importanza dello strumento, considerato nella sua funzione dimensionale…. Al riconoscimento, quindi, corrisponde la valutazione della funzione contrattuale, rispetto ad alcuni (tipici) indici di riferimento, i quali permettono in seguito di stabilire la corrispondenza dell'interesse regolato all'interesse reale o tipico…"*

[653] Una conferma del *bonum* civilistico di quanto sopra sostenuto sembrerebbe potersi desumere, *a contrario,*dalle autorevoli riflessioni di Bianca (*Il contratto., op. cit.,)* per il quale – così, testualmente – "*…"gli effetti contrattuali sono effetti prodotti dal contratto…comprensivi anche di quelli integrativi purchè conformi alla legge o ad altre fonti esterne…. che concorrano a disiplinare un rapporto che ha nel contratto la sua fattispecie costitutiva….*"; in ogni caso, precisa lo stesso autore (sic) "*…quand'anche gli effetti contrattuali richiedano altri presupposti… si tratterà di fattori che assumono un ruolo accessorio rispetto all'atto di autonomia privata… saranno cioè concause di effetti che devono pur sempre imputarsi all'atto decisionale delle parti….".*

Similmente anche Dell'Olio.,(*op. cit.,*) per il quale "*…gli eventuali effetti che l'ordinamento determini autonomamente…e non già in corrispondenza al contenuto del negozio… possono bensì essere considerati ancora come negoziali, in quanto rientranti nella risposta che l'ordinamento dà all'atto di autonomia privata…. , ma solo ove si aggiungano, nel trattamento complessivo della fattispecie, ad un nucleo essenziale di effetti corrispondenti al contenuto stabilito dalle parti….*

[654] In dottrina – anche a prescindere dall'inquadramento dogmatico della fattispecie in esame (i.e., art. 2126 c.c.) – si sono aperti, al riguardo, peculiari problemi interpretativi sui quali, per completezza argomentativa, è opportuno, seppur brevemente, soffermarci ; più in particolare, si sé sostenuto che – nonostante, in linea di principio, il contratto di lavoro possa essere colpito da tutte le cause di invalidità

Ergo, concludendo, il momento *attuativo* della prestazione,[656] cui fa riferimento la disposizione normativa ex. art. 2126 c.c., è da intendere come un *posterius*[657] rispetto al

---

previste dal diritto comune dei contratti – la disciplina della sua patologia sarebbe caratterizzata, pur tuttavia, da una certa "*specialità*" (in tal senso, tra tutti, cfr. Ghera., *Diritto del lavoro*, Bari, 1996)
In primo luogo – seguendo questa teorica – risulterebbe difficile – sotto un profilo di indagine meramente pragmatica – ritenere il contratto di lavoro concluso e perfezionato in presenza di un vizio del consenso dei paciscenti; infatti, se, da un lato, la natura generalmente imprenditoriale del datore di lavoro renderebbe poco plausibile che questi (i.e., parte datoriale) incorra in errore essenziale e riconoscibile (ex. art. 1428 c.c.), ovvero sia indotto a negoziare per violenza e dolo ovvero in stato di incapacità (si tratta, in sintesi, delle più rilevanti cause di annullamento del contratto previste dal nostro sistema codici stico), dall'altro (così il già citato Ghera., *op. cit.*,) il consenso del lavoratore, di regola, andrebbe a ridursi nella (mera) accettazione di una proposta (negoziale) di assunzione.
Analogamente, sarebbe difficile che il contratto risultasse nullo per *indeterminatezza* (o indeterminabilità) della prestazione lavorativa (ex. art. 1346 c.c.); sul punto, tra tutti, cfr. Giugni., (*Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963) per il quale "*…si tratterebbe di una ipotesi limite… in quanto l'indicazione delle mansioni da svolgere, normalmente collegata al momento dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione di impresa, dovrebbe essere talmente generica da causare l'invalidità del contratto….*"
Infine, vorrei porre l'attenzione su una peculiare ipotesi che – sebbene forse di scuola, in considerazione della sua (rara) *frequenza* nella prassi applicativa – tuttavia è necessario esaminare sotto un profilo di stretto rigore scientifico; ovvero, *quid iuris* in caso di *contratto di lavoro inesistente?*
In sintesi, due i nuclei del problema; da un lato, stabilire quando questa fattispecie (i.e., contratto di lavoro inesistente) sia suscettibile di verificarsi e, dall'altro, individuare se, in tale ipotesi (i.e., contratto di lavoro inesitiente) sia applicabile (o meno) la fattispecie normativa ex. art. 2126 c.c (per l'impostazione generale della questione si rinvia alle apposite considerazioni preliminari di cui alla nota 393)
Quanto al primo aspetto, per potersi configurare come inesistente, tale contratto di lavoro dovrà risultare talmente incompleto da non consentire la sua identificazione come negozio di quella specie (così, tra tutti, Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 2002); quanto al secondo aspetto, ritengo si dovrà concludere per l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 2126 c.c. Infatti – quale che sia la opzione ermeneutica che si preferisca in ordine alla appartenenza (o meno) della categoria dell'inesistenza al *genus* della invalidità (cfr. nota 393) – la previsione normativa in esame (i.e., art. 2126 c.c.) *tipizza* le cause di patologia contrattuale da essa (norma ex. art. 2126 c.c.) presupposte (i.e., *expressis verbis*, *nullità* e *annullamento*) e, pertanto, una applicazione estensiva (che vada ad includere anche l'inesistenza) risulterebbe contraria alla *ratio legis* e al connesso principio per cui *ubi lex non voluit non dixit*

[655] In tal senso, tra tutti, anche dell'Olio.,(*op. cit.,)* per il quale "*…la figura del negozio giuridico non comporta l'assoluta conformità, su ogni punto e ad ogni fine, tra la regolamentazione statuita dalle parti e il trattamento giuridico…, né quindi l'ipostasi di una volontà degli effetti giuridici… come caratteristica del negozio o come fonte degli effetti medesimi…. Significa solo che l'ordinamento muove, appunto dalla regolamentazione che le parti dettano ai loro interessi e, considerando questa regolamentazione come una soddisfacente soluzione del problema pratico su cui essa incide… applica il trattamento idoneo a realizzarla, nel quadro delle scelte fondamentali operate dall'ordinameno medesimo…., e, quindi, entro i limiti e nei modi da questo stabiliti….".*

[656] I.e., il c.d. *quomodo* o, rectius, *modus operandi* della *lex contractus;* si rinvia, ampiamente, al capitolo primo e alle premesse introduttive. Sul punto, tra tutti, cfr. Zago-Garelli., (*op. cit.,)* per il quale "*…nell'esecuzione del rapporto… si individua l'atto in presenza del quale l'invalidità non può produrre nessun effetto….*

[657] In altri termini, *l'esecuzione* o *attuazione* del contratto (ex. art. 2126 c.c.) presupporrà un *quid negoziale* (in termini di peculiare *prius logico* dal quale deriverà) che ha già esistenza; ciò equivale ad affermare che il rapporto di lavoro, una volta costituito, sarebbe tale da considerarsi già *posto in essere* (*efficacia retroattiva ex ante;* cfr. retro) nel momento (logicamente distinto) in cui è stata eseguita la prestazione che ha concorso a costituirlo e che lo ha, per ciò solo, attuato

momento *costitutivo*[658] del sinallagma[659] logicamente presupposo che[660], a sua volta, per espressa dizione normativa[661], sarà proprio un contratto[662] (e, segnatamente, *di lavoro*) il quale, sebbene nullo o annullabile, sarà pur sempre espressione di un *autentico atto di autonomia privata*[663] *stricto sensu*[664] intesa[665].

Quest'ultimo,[666] rileva, *fisiologicamente*[667], come l'indice inequivocabilmente più sicuro per poter concludere circa il *bonum negoziale* di qualsivoglia *fenomeno giuridico*[668]*; ergo,* ricorrendo[669] anche nel caso di specie[670], la conclusione che ne deriva è, ancora una volta, troppo *scientificamente*[671] *palese* – nonché *logicamente necessitata*

---

[658] I.e., lo *spazio principe* (così Cariota Ferrara., *op. cit.,*) dell riserva *dispositiva* delle parti; c.d. *area dell'an dell'autonomia negoziale;* si rinvia al capitolo primo e alle premesse introduttive

[659] In tal senso, tra tutti, Zago-garelli., (*op. cit.,)* per il quale "*…… ne discende che presupposto dell'applicabilità della norma in esame (art. 2126 c.c.) è pur sempre una vicenda sinallagmatica di matrice negoziale…."*

[660] I.e., ci si riferisce al suddetto momento costitutivo del sinallagma

[661] I.e., ex. art. 2126 c.c.

[662] In tal senso, anche le magistrali osservazioni del Pugliatti., (*Proprietà e lavoro nell'impresa., op. cit.,)* per il quale "…*la tesi per cui, se il contratto è nullo o annulato, non esiste più… e rimane esclusivamente il fatto dell'occupazione a giustificare gli effetti previsti dall'art. 2126 c.c. non è convincente… anzi sembra scolastico…. Il contratto, come fatto, non è eliminabile…e come strumento di assunzione di impegni umani è, per se stesso, fonte normativa… anche se non riconosciuto come tale dallo Stato…., sul piano degli ordinamentio privati…..…".*

[663] E' questo, a parer mio, l'elemento essenziale, caratterizzante e fondativo, della suesposta *lettura negoziale* dell'art. 2126 c.c.; ovvero – sintetizzando il globale iter logico personalmente proposto – il rapporto di lavoro (ex. art. 2126 c.c.) non potrà comunque prescindere da una *fattispecie contrattuale minima* consistente (almeno) nell' *accettazione* della prestazione lavorativa altrui.

In altre parole, la nullità (o annullamento) del contratto (ex. art. 2126 c.c.) – se, da un lato, esclude che il rapporto di lavoro abbia in esso (contratto invalido) il titolo per una sua prosecuzione *pro futuro* (cfr. argomentazioni di cui retro) – dall'altro, non legittima l'opposta tesi che, per ciò solo, ne individua la fonte (del suddetto rapporto di lavoro) nel mero *fatto della attuazione (del rapporto);* piuttosto, il fondamento del rapporto dovrà rinvenirsi *nel fatto della prestazione in quanto accettata dal datore di lavoro* (si capta, ancora una volta, una eco normativa del già analizzato principio di conservazione del contratto). Si tratterà, pertanto, di un *fatto che assume il significato sociale dell'accordo e che, in quanto tale, è sufficiente a ricondurre la costituzione del rapporto nell'ambito dell'autonomia privata*. E, questo, si ricordi, era l'obiettivo che si voleva dimostrare.

[664] In tal senso sembrerebbe suggerire lo stesso Santoro Passarelli., (*Dottrine generali del diritto civile., op. cit.)* per il quale "*…nell'art. 2126 c.c…. pur se ancora spinta, e seppur al limite, è pur sempre ancora rinvenibile un atto di autonomia privata…."*

[665] *Ergo,* concludendo, ciò andrà a significare che l'invalidità di un contratto presupporrà, comunque, un "*qualche elemento negoziale intrinsecamente ad essa (invalidità) inerente…"* (così Gazzoni., *op. cit.,)* che integra, per definzione, un *inequivoco atto volitivo* (e, quindi, negoziale) rispondente allo schema del tipo di contratto previsto dalla legge (i.e., nel nostro caso, quello di lavoro) e, per ciò solo, sarà espressione del principio di autonomia dispositiva alla stregua delle norme che lo regolano (tra tutte, art. 1322 c.c.).

[666] I.e., atto di autonomia privata

[667] Si rinvia, al riguardo, alle ampie considerazioni (di cui alle premesse introduttive) circa la valenza dell'elemento *volitivo* nell'ambito della teoria del negozio giuridico in generale

[668] In tal senso, tra tutti, cfr.,Bianca., (*Il Contratto., op. cit.,*)

[669] Ci si riferisce al suddetto atto di autonomia privata (cfr. nota 663)

[670] I.e., art. 2126 c.c., secondo lo schema logico appena *retro* esposto

[671] In forza del globale *iter logico- speculativo* come sin qui costruito

alla luce della (inconfutabile) *proprietà transitiva*[672] - per potersi non accogliere o tentare, invano, di ulteriormente contestare: anche gli orizzonti normativi sottesi all'art. 2126 c.c. conducono alla *matrice esclusivamente*[673] *contrattuale*[674] *del fondamento genetico*[675] *del rapporto di lavoro*[676].

A ciò si aggiunga una ultima considerazione[677]; quale finale *clausola di salvezza*[678] *del sistema,* il legislatore prevede che la disciplina in esame[679] non troverà applicazione[680] allorchè tale *forma di patologia negoziale*[681] dipenda da *illiceità*[682] *della causa*[683] o dell' *oggetto*[684].

---

[672] Quest'ultima, in termini sintetici e simbolicamente matematici, è sintetizzabile nell'equazione *trinomia* per cui se a=b= c, allora a=c; coniugando il tutto alla luce di quanto attiene per il nostro studio ne deriva quanto segue.
La variabile a) indicherà la fattispecie normativa ex. art. 2126 c.c.; la b) indicherà l'atto di autonomia privata e la c), infine, l'essenza negoziale di un fenomeno giuridico; *rebus sic stantibus,* applicando la regola suddetta (a=b=c), la conclusione che rileva è esattamente quella proposta nel testo ed è troppo palesemente evidente per meritare ulteriori commenti e spiegazioni rispetto a quanto già ampiamente argomentato nel corso della trattazione

[673] Con conseguente negazione di qualsivoglia profilo istituzionale e/o anticontrattualistico di ricostruzione della fattispecie lavoristica

[674] In tal senso, tra tutti, cfr. Gazzoni., (*op. cit.,)* per il quale "*…anche nell'ambito dell'art. 2126 c.c.…. si sarà pur sempre in presenza di un contratto (o rapporto contrattuale)…. consensuale, a prestazioni corrispettive…., necessariamente di durata…., la cui disciplina, se a volte particolare, non sarà tale perché non sia contratto ma in forza della rilevanza costituzionale degli interessi ad esso sottesi….".*

[675] In tal senso,anche l'autorevole Barassi., (*Il rapporto di lavoro e la sua contrattualità.*, in *Il diritto del lavoro,* 1939) per il quale "*…il diritto del lavoro, a parte le questioni sulla sua autonomia, affonda le sue radici nel vasto terreno del diritto civile…. ed a questo sono estranee tali nuove e nebulose concezioni di matrice acontrattualistica…"*

[676] E questo, si ricordi, era il fine scientifico al cui raggiungimento si tendeva nel presente capitolo; in particolare, cfr. pag. 78, nota 12

[677] Che rileva come una sorta di ulteriore *argomento a contrario* (di natura testuale) in *favor* agli obiettivi scientifici sin qui raggiunti

[678] Ci si riferisce alla locuzione normativa, ex. art. 2126 c.c., allorchè si recita che "…(*la nullità o l'annullamento del contratto non produce effetto) ….salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa…"*

[679] I.e., quella ex. art. 2126 c.c. già definita in termini di *stabilizzazione degli effetti contrattuali conseguenti ad un negozio invalido;* sulla portata della nozione si rinvia all'ampio sudio di cui retro

[680] In tali ipotesi, infatti – secondo la giurisprudenza prevalente – al lavoratore che abbia prestato la propria opera spetterà l'azione di arricchimento ingiustificato (art. 2041 c.c.) o l'azione di ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.) con il limite rappresentato dall'eventuale offesa al buon costume; in tal senso, tra tutti, cfr. Cass., 18 giugno 1987 n. 5371; Cass., 14 settembre 1965 n. 2001; Cass., 25 ottobre 1972 n. 3222; Cass., 21 luglio 1979 n. 4398

[681] In termini di nullità e/o annullabilità del contratto di lavoro ex. art. 2126 c.c.

[682] E' necessario – in forza dei rilievi giuslavoristici che ne seguiranno (cfr. parte successiva della presente nota) e della sua connessione al tema della causa in generale – individuare l'esatta portata sostanziale della nozione in esame (i.e., illiceità) nell'ambito della teoria del negozio giuridico; essa (i.e., illiceità), in termini generali, rileva allorchè – *sotto il profilo strutturale e/o sostanziale* – l'ordinamento reagisce negativamente nei confronti di una operazione privata nel senso di derivarne un giudizio di *disfavore normativo.* (in tal senso, tra tutti, cfr. Gazzoni., *op. cit.,).*
L'ipotesi della *illiceità* va distinta dalla più generica (e apparentemente similare) ipotesi di *illegalità* che si configura, ad esempio, quando il contratto è contrario a norme imperative secondo il disposto di cui

all'art. 1418, comma primo, c.c. (in tal senso, cfr. Cass., 8787/2000); e il distinguo – si osservi – non è di poco momento.
Piuttosto, esso rileva nella sua ancor più grave urgenza normativa, proprio in relazione al nostro oggetto di studio in quanto la distinzione tra *illegalità* ed *illiceità* andrà a segnare il già "labile" confine, rispettivamente, tra l'area di applicazione (nel primo caso, i.e., *illegalità*) o meno (*illiceità*) – cfr. art. 2126 c.c.,– della disciplina normativa in esame (ex. art. 2126 c.c., cfr. retro) ; ma ancora, si precisi che l'illiceità del contratto non permetterà l'applicazione di altre (ed altrettanto importanti) fattispecie normative già analizzate (a conferma , ancora una volta, della loro inerenza al nostro tema di studio!) quali, tra tutte, quelle ex. artt. 799 c.c. (confrema delle donazione nulle), 1367 c.c. (conservazione del contratto) e, infine, 1424 c.c. (in materia di conversione del contratto nullo).
A ciò, infine, si lega un ulteriore profilo di indagine; ovvero, se l' *illiceità* non può non condurre, in ogni caso, alla nullità, egualmente non potrà dirsi per illegalità in quanto l'art. 1418 c.c. (comma primo) statuisce che la nullità è bensì comminata quando il contratto viola una norma imperativa – pur se tale norma non la preveda espressamente – *"…salvo che la legge disponga diversamente…"*.
Rebus sic stantibus… quid iuris? E quali i concreti risvolti giuslavoristici della questione in esame?
Al riguardo, a parer mio, si pone un duplice problema; ovvero, in primo luogo, è da stabilire in quali casi la norma possa essere qualificata come imperativa e, successivamente, è necessario individuare *se* dalla violazione di norma imperativa derivi sempre la nullità e non anche una diversa sanzione.
Quanto al primo profilo (i.e., distinzione tra contratto violativo di una norma imperativa e contratto violativo di una norma non imperativa), la soluzione che, in passato, si forniva alla questione era di assai agevole fattura in quanto si riteneva che una disposizione potesse essere qualificata *imperativa* – e, in quanto tale, *inderogabile* – soltanto laddove fosse stata preordinata *alla tutela di un interesse pubblico* (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 4 dicembre 1982 n. 1983 – in *Riv. Not.*, 1983, II, p. 726 – per la quale "*….ai sensi dell'art. 1418 c.c…. la violazione di una norma imperativa produce la invalidità del contratto soltanto se il divieto è posto a tutela di un interesse di carattere pubblico e generale;* più recentemente, cfr. Cass., 27 febbraio 1998 n. 2155; Cass., 14 maggio 1999 n. 4774; Cass., 20 luglio 1999 n. 7768; Cass., 4 febbraio 2000 n. 1228; in dottrina, sul punto, cfr. De nova., *op. cit., ;* Ferri., *Appunti sulla invalidità del contratto,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, I, p. 385; Mantovani M., *op. cit.*, ; Villella., *op. cit.*, in *L. Ferroni, op. cit.*, pp. 623-625).
Negli ultimi anni, tuttavia, i termini del distinguo son diventati sempre più complessi – almeno laddove non ci sia una *testuale auto qualificazione in tal senso (i.e.,come imperativa)della norma* (così, Gazzoni., *op. cit.,)* – in forza della sempre maggiore influenza della disciplina europea che fa ricorso al concetto di *"imperatività"* anche in relazione alla tutela di *interessi privati (o di parte)* a guisa che qualcuno, in dottrina, è giunto ad ipotizzare una *eccentrica* tendenza dell'ordinamento tale da dover – così, Villella., *op. cit.* – dare "*… la stura ad una categoria , per certi versi nuova, delle nullità relative (e, più in particolare, di protezione,) virtuali"*. (sull'ampio tema, per ragioni di attinenza all'oggetto del nostro studio, si rinvia alle ampie trattazioni civilistiche più recenti in materia, con particolare riguardo alla disciplina consumeristica di derivazione comunitaria).
In ogni caso, la Suprema Corte – per evitare estremizzazioni concettuali e (pericolose) strumentalizzazioni idelogiche e ideologizzanti (tra cui, *mutatis mutandis*, potrebbero rientare quelle già ampiamente analizzate in tema di *favor lavoratoris*) – assume un atteggiamento assai rigoroso volto a prevenire *irrimediabili frizioni interne con i principi generali dell'invalidità negoziale* nei termini in cui individuati e studiati, per i profili che a noi più interessavano, nel corso della presente trattazione; più in particolare, i giudici di legittimità – ai fini dell'applicazione della disciplina della nullità – richiedono "*..un nucleo di interessi protetti che sia (quantomeno) latamente di interesse generale…."* (così Cass., 12067/2000 in *Giur. It.*, 2002, 69) *e, comunque, non già meramente settoriale* (cfr. Cass., 5114/2001 in *Corr. Giur.*, 2001, 1062; Cass., 11351/2001 in *Corr. Giur.* 2002, 349), *ovvero di carattere meramente amministrativo* (cfr. Cass., 7547/1993 in *Giur. Civ.*, 1993, I, 2940) e, in aggiunta, si precisa che dovrà optarsi, senz'altro, per la sussistenza della più grave forma di patologia contrattuale (i.e., nullità) in caso si *discipline inderogabili, in senso assoluto, per tutti i soggetti di diritto* (così, tra tutti, cfr. Cass., 118/1995 in *Le Società.*, 1995, 1164).
Quanto al secondo profilo (cfr. retro) – una volta individuati i criteri *teorici* generali in forza dei quali una norma potrà considerarsi imperativa (o meno) – si tratta di risolvere una questione più *pragmatica* nel senso che è da stabilire se, *in assenza di esplicite previsioni legislative*, la sanzione applicabile (a fronte della violazione di una norma imperativa) sia pur sempre quella della nullità ovvero si possa ipotizzare anche una "reazione" *diversa* e meno grave da parte dell'ordinamento giuridico.

Prima facie, la problematica posta potrebbe sembrare di poco momento; infatti – da un punto di vista letterale – la risoluzione della questione appare (fin troppo agevole) in quanto,*ex lege* (ex. art. 1418 c.c.), si evincerebbe che, se c'è violazione di una norma imperativa e il legislatore non prevede alcuna sanzione, si applicherà senz'altro la disciplina della nullità mentre, in caso contrario (i.e., espressa pronuncia ex lege), si dovrebbe applicabile la diversa sanzione all'uopo prevista.

Tuttavia – *contra* la (appena sopra proposta) ricostruzione (semplicistica) della questione – mi sembra possa obiettarsi un (spero fondato) profilo di critica rilevante nel senso che *non risulterebbe sempre chiaro ed inequivoco se l'eventuale diversa sanzione prevista dal legislatore (ex lege) sia da intendere in termini totalmente sostitutivi e non già meramente aggiuntivi rispetto alla sanzione della nullità;* al riguardo, piuttosto, ritengo si debbano distinguere due profili di indagine.

Ovvero (I ipotesi), *nulla quaestio* se la legge, espressamente, esclude l'applicazione della nullità *ovvero prevede una diversa forma di invalidita (o altra sanzione dell'ordinamento) che sia incompatibile, sul piano funzionale, con la suddetta disciplina in oggetto* (i.e., nullità); per fare un esempio persuasivo, si pensi al regime del divieto di acquisto di azione proprie (ex. art. 2357 c.c.) in cui, pur trattandosi di norme imperative, si prevede (ex. lege) l'obbligo di alienazione delle azioni così acquistate a guisa che la sanzione prevista rileva senz'altro in termini di *piena alternatività (ed incompatibilità)* con la nullità (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 5 aprile 2003 in *Mass. Giust. Civ.,* 2003, in cui i giudici di legittimità hano ribadito che "*…nal sancire la nullità del contratto, per contrasto con norme imperative, l'art. 1418 c.c. fa salvo il caso in cui ^la legge preveda altrimenti^….ne consegue che tale nullità va esclusa sia quando risulta espressamente prevista una diversa forma di invalidità … sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi…quali la decadenza da benefici fiscali e creditizi…."*.)

Diversamente (II ipotesi) avviene, invece, allorchè il suddetto nesso di *incompatibilità* tra sanzione (alternativa) prevista (ex lege) e nullità (ex. art. 1418 c.c.) non rilevi *ictu oculi* essendo affidato, piuttosto, alla prassi ermeneutica dell'interprete; in tali casi, infatti, ritengo che – lungi dal potersi ipotizzare *regole generali ed assolute di soluzione della problematica* – l'unica e coerente *chiave risolutiva* della questione proposta (cfr. retro) la si debba individuare e rinvenire alla luce della *ratio legis* (o, *causa normativa;* rinvio alle premesse introduttive) della disposizione imperativa di volta in volta violata

Più in particolare – indipendentemente dalla *previsione testuale (o meno) di sanzioni alternative alla nullità* – si dovrà verificare, *con giudizio ex post ed in concreto,* se, di fatto, *il contratto abbia violato (o meno) il nucleo centrale fondativo degli interessi sostanziali sottesi alla norma imperativa violata nel singolo caso di specie;* in caso affermativo (i.e., violazione nucleo essenziale di interessi tutelati dalla norma imperativa) *la sanzione alternativa alla nullità si accompagnerà a quest'ultima (*i.e., *nullità*) mentre, in caso contrario (i.e., non violazione del nucleo essenziale di interessi tutelati dalla norma imperativa), non avrà luogo l'applicazione della disciplina sull'invalidità negoziale (i.e., quella della nullità ex. art. 1418 c.c.) con conseguente *natura totalmente sostitutiva* della eventuale sanzione alternativa prevista (in tale ultimo senso, peraltro, sembra suggerire anche la più recente giurisprudenza civilistica; tra tutti, cfr. Cass., 24 maggio 2003 – in *Mass. Giust. Civ.,* 2003 – per la quale "*…ai fini di poter concludere per l'applicabilità della disciplina ex. art. 1418 c.c., comma primo, …si dovrà valutare la sussistenza, nel caso concreto, di altri rimedi idonei a garantire l'effettività della norma imperativa violata dal regolamento contrattuale…. In modo da reliazzare gli effetti voluti dalla norma….indipendentemente dalla sua effettiva esperibilità…. e dal conseguimento reale degli effetti voluti…."*.

Il rilievo giuslavoristico di queste riflessioni è tutt'altro che marginale; a questo contesto giuridico, infatti, è da ricondurre, *per identità di ratio,* anche la stessa previsione normativa di cui al secondo comma della disposizione ex. art. 2126 c.c. in cui si fa riferimento proprio alla "*violazione di norme (imperative) poste a tutela del prestatore di lavoro"* (per una analisi più approfondita si rinvia alle considerazioni di cui *retro*)

Segnatamente, alla luce degli strumenti civilistici come fin qui illustrati, la fattispecie in esame (i.e., comma secondo ex. art. 2126 c.c.) dovrebbe potersi ricostruire nei termini che seguono; ovvero, nulla prevedendo la lettera (art. 2126 c.c., comma secondo) della legge in termini di *sanzioni alternative alla nullità* – attenendo, il solo riferimento alla "salvezza della retribuzione", ad un profilo distinto quale quello inerente *l'efficacia retroattiva bilaterale conseguente alla invalidità del contratto di lavoro* (si rinvia all'ampio studio di cui retro nonché alle connesse note) – dovrà ritenersi applicabile la regola generale ex. art. 1418 c.c. (nei termini in cui *retro* delineati).

Più in particolare, in caso di contratto individuale di lavoro posto in essere *in violazione* di norme di legge a favore del prestatore, si dovrà optare nel senso della *nullità virtuale della fattispecie negoziale* posta in essere non già in forza di un *aprioristico* presupposto teorico di *favor lavoratoris* ma, piuttosto, perché così è da concludersi alla luce della rigorosa applicazione della discipina civilistica in tema di *patologia contrattuale* ex. art. 1418 c.c.

A ciò si aggiunga una ulteriore osservazione costruita in termini di *argomentazione a fortiori* ; ovvero – anche a voler ritenere che il riferimento alla "salvezza" della retribuzione sia tale da dovesi intendere quale una (a mio parere improbabile; cfr. retro) *previsione testuale sanzionatoria alternativa a quella della nullità* (cfr. la ricostruzione teorica di cui retro) – la conclusione non sarebbe comunque diversa da quella sin qui raggiunta (i.e., applicazione della nullità virtuale ex. art. 1418 c.c.).

In ogni caso, infatti – alla luce di quanto *retro* argomentato (si rinvia alla parte precedente della presente nota) – si dovrebbe ugualmente andare a verificare, *con giudizio ex post ed in concreto*, se il contratto abbia violato (o meno) *il nucleo centrale fondativo degli interessi sostanziali sottesi alla norma imperativa (violata)*; nell'ipotesi sopra presupposta (i.e., contratto di lavoro violativo di norme poste a tutela del lavoro ex. art. 2126 c.c., comma secondo), i suddetti *interessi tutelati dalla norma imperativa violata* (i.e., quella a tutela del prestatore di lavoro) sarebbero senz'altro "incisi" ed offesi *in re ipsa*, risolvendosi gli stessi (i.e., interessi della norma imperativa violata) nella protezione (*normativa)* violata dell'oggetto giuridico connesso alla c.d. *legislazione sociale* posta a garanzia della disciplina del lavoro *costituzionalmente garantito* (tra tutti, cfr. art. 1, 4 e, soprattutto art. 35 della Carta Fondamentale); *ergo* – applicando lo schema logico *retro* espresso in termini generali – ne conseguirà che l'eventuale *sanzione alternativa alla nullità* (in termini di *salvezza della retribuzione* nell'ultima ottica di indagine personalmente non condivisa; cfr. retro) si accompagnerà (e non già sostituirà) alla disciplina dell'*invalidità negoziale* con conseguente applicazione, in ogni caso, della disciplina della nullità virtuale ex. art. 1418 c.c., comma primo. Anche in relazione a quest'ultimo profilo di ricostruzione della fattispecie, si osservi, è estraneo alle argomentazioni rese ogni qualsivoglia profilo di *favor lavoratoris;*piuttosto, quanto sostenuto sarebbe "frutto speculativo" di un rigoroso studio *esclusivamente privatistico* della problematiche lavorisiche. E questo, si ricordi, era quanto (sul punto) si voleva dimostrare.

Ultima questione (strettamente connessa) che vorrei affrontare è , infine, quella che concerne il rapporto tra *invalidità civile* e *violazione di normative penali;* al riguardo, la importante eco giuslavoristica è presto detta. Ovvero, *quid iuris* in caso di violazione, ad opera di un contratto individuale di lavoro, delle disposizioni di cui al d. lgs. 626 del 1994 (in materia di *tutela penale sulla sicurezza del lavoro)*? Troverà applicazione (o meno) la disciplina già studiata della *nullità virtuale* ex. art. 1418 c.c., comma primo?

Al riguardo, in dottrina, si scontrano due distinte opzioni teoriche.

Secondo la tesi c.d. *"pan penalistica",* l'illiceità penale non potrebbe non comportare anche quella (illiceità) civile in forza del c.d. *principio di non contraddizione* " ai sensi del quale non sarebbe ipotizzabile che una fattispecie che integri un reato (ergo, la c.d. *extrema ratio* sul piano sanzionatorio) non sia tale da comportare una qualche *reazione , sotto il profilo della patologia negoziale,* (anche) ad opera del sistema privatistico.

Il ragionamento seguito al riguardo, del resto, sembrerebbe, *prima facie,* piuttosto lineare e convincente

Ovvero – atteso che l'art. 1418 c.c. prevede la sanzione della nullità per il contratto contrario a norme imperative e (posto che) la norma penale ha carattere imperativo *ex se* – ne dovrebbe conseguire che il contratto posto in essere in violazione di una norma penale (nel nostro caso, le disposizioni ex. d.lgs.626/1994) sia senz'altro da considerare *nullo salvo che la legge civile preveda diversamente.*

Questa tesi, tuttavia, risente di impostazioni teoriche ormai superate e, in particolare, della tradizionale concezione *ancillare dell'illecito civile* rispetto a quello *penale* in termini di stretta *dipendenza del primo (*civile) dal *secondo* (penale); si tratta, però, di orizzonti teorici che appartengono al *passato* della nostra cultura giuridica e – come argomento *in favor* alla *rivoluzione copernicana* al riguardo avvenuta – si può prendere in considerazione il nuovo codice di rito penale che, in materia, ha sensibilmente modificato o, *rectius*, eliminato la c.d. *pregiudizialità penale (*rispetto al giudizio civile) ad eccezione dell'unico caso previsto ex. art. 75 c.p.p. sulla cui *ratio,* comunque ben nota, si rinvia alle apposite trattazioni sul tema.

Piuttosto – per limitarmi ai soli aspetti più importanti che possono servire ai nostri fini – la distinzione tra *illecito civile e penale* rileverebbe sotto un triplice aspetto.

Innazitutto, *sul piano della tecnica redazionale della fattispecie ,* si dovrebbe concludere nel senso che se il primo (illecito civile) è tradizionalmente *atipico* (art. 2043, c.d. *General Klausel*, si rinvia alle note

358,359) quello penale, invece, è *rigorosamente tipico* e non potrebbe essere altrimenti in forza del *principio di legalità (*in tutti i suoi corollari logici) vigente in materia.
Quanto alla struttura, se la norma penale è posta a tutela di *interessi generali e di rilevanza pubblicistica* , quella civile, invece – salvo i già analizzati casi della c.d. *nullità protettiva* (cfr. nota 393 e la prima parte della presente nota) – è funzionale alla salvaguardia di *interessi generali di rilevanza privatistica;* a ciò, poi – sempre sotto il profilo strutturale – andrebbe aggiunta l'ulteriore osservazione (discretiva) tale per cui *se la norma penale ha ad oggetto il comportamento, quella civile, fisiologicamente, concerne,* invece, *l'atto.*
Infine, *quanto alla rilevanza dell'elemento soggettivo,* la differenza è in *re ipsa* e non merita ulteriori commenti; ovvero se esso (i.e., elemento soggettivo) è *componente strutturale del reato* (in forza del principio di colpevolezza), assai meno importanza andrà ad assumere sul terreno privatistico laddove sono ammesse anche forme di responsabilità oggettive (cfr. artt. 2048 e ss) e, in ogni caso, il suddetto elemento psicologico – così Bessone., *op. cit. – "…più che ai fini dell'an del giudizio di responsabilità…. sarà necessario soprattutto ai fini del quantum debeatur in sede risarcitoria…."*.
Tutto ciò premesso e considerato, la dottrina più recente (tra tutti, cfr. Rabitti., *Contratto illecito e norma penale*, Giuffrè, Roma, 1999) sostiene (anziché la suddetta tesi *pan penalistica;* cfr. retro) quella (i.e., tesi) della c.d. *autonoma riqualificazione, in sede civilistica, della rilevanza del comportamento integrante reato* da cui deriverebbe che la sanzione della nullità dovrebbe essere applicata guardando non già al mero dato letterale delle norme penali violate ma, piuttosto, al fondamento sostanziale del divieto in esse previste.
In altri termini, dovrebbe verificarsi se, dalla *ratio* della norma imperativa violata, possa conseguirsi – oltre alla specifica sanzione esplicitamente prevista dal diritto penale – anche la nullità dell'atto in quanto – così Rabitti., *op. cit. – "…a seguito della stipulazione di un contratto in violazione di una norma imperativa, il diritto penale prevede una sanzione che, in quanto accessoria ed estranea al negozio giuridico, non può assumere alcun rilievo decisivo ai fini del giudizio di validità dell'atto stesso… ben potendo un contratto essere valido nonostante l'incriminazione penale…"*.
Ergo, sembrerebbe doversi concludere nel senso che *la sostanziale autonomia dei rimedi giuridici apprestati dal diritto civile e dal diritto penale* è tale da esigere la "rilettura" o, *rectius,* " *riqualificazione" civilistica* del comportamento sanzionato penalmente allo scopo di verificare se *si sia concretizzata (*o meno) *una qualche patologia del negozio giuridico idonea, per ciò solo, a giustificare l'applicazione della disciplina della nullità;* in tal senso, peraltro, sembra suggerire anche una "magistrale" sentenza della Suprema Corte (Cass., 17 giugno 1960 n. 1591) che rappresenta una imprescindibile "pietra miliare" in materia recitando, testualmente, che "…*è necessario rilevare che la finalità antisociale non sempre può desumersi dalla comminatoria di sanzioni penali perché, se è vero che in alcuni casi il negozio contrario a norme imperative può assumere aspetti di tale gravità da integrare gli estremi di un vero e prioprio reato e da determinare la conseguente sua invalidità inter partes….talora la previsione di penalità, rivolta a colpire il comportamento illecito posto in essere da una delle parti anteriormente o anche successivamente alla costituzione del negozio, non si ripercuote sulla validità di esso dal punto di vista civilistico, ben potendo, nel campo dei rapporti privati, soccorrere i rimedi dalla legge predisposti per l'inadempimento contrattuale….Correlativamente, neppure sembra accettabile l'opinione accolta da una precedente pronunzia di questa Suprema Corte (*Cass., 16 luglio 1946 n. 892) *secondo cui, ogni qualvolta sia comminata una sanzione penale o disciplinare a carico del trasgressore, dovrebbe ritenersi, per ciò stesso, esclusa la più grave sanzione della invalidità del contratto…. Piuttosto, al riguardo, la verità è che illiceità penale e illiceità civile non sempre coincidono onde non è possibile riconoscere a priori, in linea generale, la incidenza dell'una sull'altra, ma è necessario accertare, di volta in volta, se e quando la trasgressione di determinati comandi o divieti acquisti rilevanza sulla economia dei rapporti privati…."*.
Alla luce delle suddette considerazioni mi sembra di poter sostenere quanto segue, distinguendo, al rigurado, tre grandi "macroipotesi"
(I IPOTESI) Allorchè il comportamento penalmente illecito determini *illiceità della causa* e dell' *oggetto,* il contratto sarà nullo perchè il giudizio di disvalore su cui si fonda la nullità riguarderà direttamente gli elementi strutturali del negozio (ex. art. 1325 c.c.) in base al comma secondo dell'art. 1418 c.c. (c.d. *nullità strutturale*); da quanto considerato, a sua volta, deriva un *triplice* ed importante corollario logico di rilievo *esclusivamente giuslavoristico.*
Da una lato (I rilievo), nel caso in esame (i.e., illiceità della causa e dell'oggetto come conseguenza di un comportamento penalmente illecito) *non troverà applicazione la norma ex. art. 2126 c.c., comma primo,*

in forza della già individuata "clausola di salvezza" (cfr. testo) tale per cui la stabilizzazione degli effetti conseguenti ad un contratto invalido (cfr. retro) – così si è già sintetizzata la valenza precettiva ex. art. 2126 c.c., comma primo – avrà luogo "*…salvo che la nullità derivi da illiceità dell'oggetto e della causa…*"; dall'altro (II rilievo), nella medesima ipotesi (i.e., illiceità della causa e dell'oggetto come conseguenza di un comportamento penalmente illecito), l'eventuale contratto individuale di lavoro che abbia violato norme penali (ad esempio ex. d. lgs. 624/96) sarà nullo (oltre che ex. art. 1418, comma secondo, cfr. sopra) anche in forza dell'art. 1418 c.c., comma primo perché, in tali casi, la fattispecie negoziale (lavoristica) posta in essere andrebbe (senz'altro) ad incidere sul *nucleo essenziale degli interessi tutelati dalla norma imperativa violata* (i.e., quella penale) e, pertanto, troverà applicazione (anche) la disciplina della *nullità virtuale* alla luce delle conclusioni cui si è giunti sul tema (*retro)* e alle quali si rinvia.
Infine (III rilievo), quanto al secondo comma della disposizione ex. art. 2126 c.c. – essendo anche quelle ex. d. lgs. 626/1994 norme *imperative* poste a tutela del prestatore di lavoro – si determinerà, *mutatis mutandis*, la stessa *situazione giuridica* già *retro affrontata (*a riguardo del rilievo II) e, pertanto, varranno le stesse considerazioni al riguardo spese e alle quali si rinvia per *identità di ratio.*
(II IPOTESI) Allorchè il legislatore consideri reato il contratto in quanto tale (c.d. *reato-contratto*) – e, quindi, nel caso in cui la stessa stipulazione contrattuale integri la fattispecie penale – questo (i.e. contratto) sarà nullo perché contrario a norme imperative (di tipo penale) in base al comma primo dell'art. 1418 c.c. (c.d. *nullità virtuale*); tra le ipotesi più paradigmatiche al riguardo, mi sembra di poter individuare quella per cui una fattispecie negoziale "formalmente" di lavoro (ed inerente ad una società) abbia per oggetto un *eventuale prestito* (sanzionato con la nullità) contratto dagli amministratori, dai sindaci e dai liquidatori con la stessa compagine sociale che a vario modo essi amministrano (in tale caso, peraltro, rileverebbe anche il divieto civile ex. art. 2624 c.c.). Ovvero, si immagini un contratto individuale di lavoro che regoli una prestazione lavorativa resa in condizioni similari a quelle sanzionate dall'ordinamento penalistico ai sensi dell'art. 600 c.p. (c.d. riduzione in schiavitù); anche in questo caso, quello di lavoro rileverà quale reato-contratto nei termini in cui retro espresso e, pertanto, si dovrà concludere per la nullità (virtuale) del negozio posto in essere.
Similmente, sempre in ottica lavoristica, riguardo ai "tre" rilievi sopra considerati (rispettivamente indicati con i simboli I, II, III) si andrebbero a determinare le medesime condizioni nei termini e nei modi in cui considerati e, pertanto, si rinvia a quanto già, al riguardo, agomentato.
(III IPOTESI) Infine, si dovrebbe pensare al caso in cui il legislatore – pur considerando assolutamente lecito un contratto (quale è quello di lavoro) – sanzioni il comportamento tenuto dalle parti nel corso delle trattative finalizzate alla stipulazione di un determinato negozio (c.d. *reato in contratto);* più in particolare, in materia, si possono distinguere due ulteriori *casistiche applicative di rilievo giuslavoristico.*
Da un lato, si immagini il caso in cui *sia parte datoriale* che *prestatore* pongano in essere comportamenti *penalmente* sanzionabili nella fase delle trattative volte alla conclusione di un contratto di lavoro; in tali casi, *quid iuris?*
L'unica riposta che, al riguardo, mi sembra sostenibile è quella che opti per una *nullità virtuale del contratto (di lavoro) posto in essere per il giudizio di disvalore (tipico della patologia negoziale) che entrambe le condotte integrano.*
Dall'altro, si ipotizzi che (non già entrambe ma) *soltanto una parte* (datore di lavoro o lavoratore) assuma un comportamento - nelle fasi di trattativa volte alla conclusioni del vincolo negoziale lavoristico – integrante una fattispecie penale mentre l'altra ne sia completamente ignara e in alcun modo abbia concorso al comportamento illecito della propria controparte negoziale; *rebus sic stantibus, quid iuris?*
In questo caso – si osservi bene – *contrario a norme imperative* (di matrice penale) sarà il comportamento posto in essere da una delle parti e non già *il negozio posto in essere* (si tratterebbe, infatti, di un "lecito" contratto di lavoro); pertanto, "rileggendo" la fattispecie nell'ottica privatistica – in forza della già analizzata (cfr. retro) e preferita *tesi dell'autonoma riqualificazione, in sede civilistica, del comportamento integrante reato* rispetto a quella (tesi) *pan penalistica* – si ritiene, in questo caso, doversi preferire la disciplina della forma di patologia negoziale *minore*, ovvero quella dell' *annullabilità*, atteso che risulterebbe troppo eccessivo prevedere senz'altro la *nullità del contratto;* così opinando (i.e., in favor alla nullità), infatti, si andrebbe ad incidere sulla sfera giuridica del soggetto leso (datore di lavoro o prestatore, a seconda di chi abbia "subito" l'illecito penale) che abbia interesse, però, al mantenimento della stipulazione negoziale.

Sintetizzando, in queste ipotesi, il contratto di lavoro sarà da considerare *annullabile* rimettendo all'altro contraente – ovvero, il soggetto passivo del reato – la valutazione del caso concreto circa l'opportunità (o meno) di far valere l'invalidità del negozio che, secondo i principi generali, continuerà a produrre effetti fin quando non intervenga una *sentenza costitutiva* in tal senso (i.e., annullamento) concludente.

[683] In materia, la norma principale di riferimento è quella ex. art. 1343 c.c. ai sensi della quale "*la causa è illecità quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume".*

La prima ipotesi di illiceità (i.e., contrarietà a norme imperative) trova un espresso *pendant logico* nella disciplina generale della nullità del contratto ex. art. 1418 c.c., comma primo (cfr. nota 393); come già accennato, in tal caso di tratterà di *nullità virtuale* ad indicare che tale forma di patologia contrattuale si verificherà a prescindere da una espressa comminatoria sancita dalla singola disposizione di legge violata (sul tema, si rinvia all'ampio studio di cui alla nota che precede).

Quanto all'ordine pubblico, esso indica i *principi basilari del nostro ordinamento sociale* (in tal senso, tra tutti, cfr. Lonardo., *Ordine pubblico e illiceità del contratto., op. cit.,* Napoli, 1993; Ferri., *Ordine pubblico (diritto privato),* in *Enc. Diritto.,* XXX., *cit;* Broggini in *Melanges, Schonenberger,* Friburgo, 1968; Paladin., *Ordine publico,* in *Noviss. Dig. It.,* XII, 135; Simitis., *Gute Sitten und ordre public,* Marburg., 1960) ed ha un valore *non già ricostruttivo ma piuttosto descrittivo* (così Ferri., in *Riv. Dir. Comm.,* 63, I, 464)

Infine, *il buon costume* esprime i *canoni fondamentali di onestà pubblica e privata alla stregua della coscienza sociale*; in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,* per il quale "*…il buon costume rientra nella nozione di morale sociale ma non la esaurisce…. la morale sociale indica, infatti, l'insieme dei doveri morali generalmente riconosciuti nei rapporti di convivenza… il buon costume, invece, indica, più particolarmente, i precetti negativi dell'onestà sociale, e, cioè, i precetti che impongono al soggetto di astenersi dal compiere atti contrari al comune senso di onestà…";* a differenza dell'ordine pubblico, *è criterio di giudizio che si pone dalla parte della realtà sociale…e non dalla parte dell'ordinamento giuridico…* (così Ferri., *Buon Costume, Enc. Giur., V, 2)*

Ciò premesso si precisi che "*…l'art. 1343 c.c. enuncia la triade ben nota (norme imperative, ordine pubblico e buon costume) senza accennare ad un ordine gerarchico ma è palese che là dove intervenga la legge in modo espresso, è escluso che possa intervenire il giudice se non in funzione meramente applicativa della singola regola…"*

Infine, sul tema (illiceità causa), altra disposizione da esaminare (brevemente) è quella ex.art. 1344 c.c. ai sensi della quale "*…si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa";* in tal senso, si ricordi la celebre definizione di Paolo (in Dig. 1.3.29) per il quale "*…contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit…"*

La frode alla legge può definirsi come *l'utilizzazione di un contratto in sé lecito per realizzare un risultato vietato mediante la sua combinazione con altri atti giuridici* (in tal senso, tra tutti, cfr. Di Marzio., in *Giust. Civ.,* 1998, II, 573, per il quale "*… i contraenti utilizzano un dato schema contrattuale al fine di pervenire ad un concreto risultato economico difforme da quello tipico del contratto concluso e per di più vietato dalla legge…")*; *ergo,* sarà in frode alla legge il contratto di lavoro che si leghi ad altre pattuizioni contrattuali a guisa da celare, ad esempio, una prestazione lavorativa resa in condizioni servili o, comunque, violativa dei più indefettibili principi di *autodeterminazione* tutelati dalla Carta Fondamentale.

Quanto al distinguo tra *illiceità* e *frode,* pertanto, se, nel primo caso (i.e., illiceità), la violazione della legge *è diretta,* nella seconda ipotesi, invece, si tratterà di *violazione indiretta* o, *rectius,* di "*manovra di aggiramento"* (così Gazzoni., *op. cit.,)* del dato normativo; ultima precisazione – rinviando, per i meri aspetti della disciplina, alle apposite trattazioni manualistiche sul tema – è quella che concerna la *natura* della fattispecie in esame (art. 1344 c.c.)

Coniugando il tutto alla luce della nostra materia di indagine, l'alternativa teorica da risolvere è la seguente: ovvero, ai fini della configurabilità di un contratto individuale di lavoro *in frode alla legge* sarà sufficiente la *obiettiva violazione (indiretta) del dato normativo* ovvero (si richiederà) una *compartecipazione soggettiva* di una delle due parti (datore di lavoro o prestatore) del rapporto (di lavoro) in termini di *intenzionale animus fraudis*?

La questione è da risolvere alla luce della disciplina privatistica generale di riferimento in merito alla quale la dottrina è divisa tra la c.d. *tesi subiettiva* (necessità dell'*animus fraudis*; tra tutti, in tal senso, cfr. Carraro., in *Noviss. Dig,* VII, 647; Cass., 84/6444) e la c.d. *impostazione obiettiva* che, invece, richiede il solo *aggiramento del divieto di legge* (così, tra tutti, Giacobbe., in *Enc. Dir.,* XVIII, 84; Bianca., *op. cit.,*

per il quale "…*la illiceità dell'operazione in frode alla legge non può dipendere dalla consapevolezza delle parti di sfuggire ad una norma di legge…*").
Sul punto, mi sembra di dover preferire quest'ultima ricostruzione teorica (i.e. tesi obiettiva) in forza di come abbiamo impostato il problema della causa in generale nei suoi termini civilistici ; ovvero – rinviando, in toto, all'ampio studio sul tema (cfr. capitolo I) – ritengo che la fattispecie in esame (art. 1343 c.c.) sia da legare, *mutatis mutandis*, al distinguo tra *causa* e *tipo* (cfr. capitolo I, 54 e ss. con connesse note).
Più in particolare, se, come argomentato retro, alla nozione di *tipo* concerne il solo giudizio di meritevolezza ex. art. 1322 c.c., comma secondo, e non già quello di *illiceità in concreto* (ex. art. 1343 c.c.) che riguarda, invece, la (sola) nozione di causa – a guisa che, dunque, il *tipo*, in sé, non potrà essere *contra legem* – allora è da ritenere che il legislatore, con la norma in esame (art. 1343 c.c.), abbia voluto prevedere una sorta di ulteriore *valvola di sicurezza* che permetta di comminare comunque la nullità nel caso in cui, in concreto, il risultato perseguito e raggiunto dai privati urti contro un divieto di legge ad onta della *formale liceità* del mezzo (tipo) prescelto; *ergo*, in tali casi – così Giacobbe., *op. cit.* – "…*la causa si reputa illecita…. perché non si può ammettere che essa è illecita….*".
Vero è che alla luce della già studiata nozione di causa in concreto (cfr.capitolo I, par. 4, pag. 53 e ss) il distinguo tra la portata sostanziale degli artt. 1343 e 1344 c.c. si è molto più ridimensionata rispetto a quanto rilevava in riferimento alla precedente concezione dell'elemento causale in termini di *causa astratta* o, *rectius, sub specie di funzione economico-sociale* (si rinvia *retro);* tuttavia, secondo lo schema or ora precisato, una *linea di discrimen* può ancora configurarsi nonostante qualcuno in dottrina (così Carraro., *op. cit.,)* si sia espresso nel senso che "…*l'ipotesi della frode alla legge si sia riassorbita in quella della illiceità della causa…*".
Ergo, ritornando al quesito lavoristico da cui hanno preso spunto le seguenti considerazioni, è da concludersi che *ai fini della configurabilità di un contratto di lavoro in fraudem legis* sarà necessaria la mera violazione di un dato normativo (cogente) a prescindere dalla volontà (contra legem) di partre datoriale o del prestatore
Infine, quanto all'ultima disposizione in materia di *illiceità (*art. 1345 c.c.), si rinvia al capitolo I nel corso del quale si è studiato il rapporto logico-normativo tra le nozioni di *causa* e quella di *motivo*.
[684] Oltre alle ipotesi di cui alla note che precedono, sui casi di illeceità dell'oggetto, tra tutti, si rinvia alle magistrali considerazioni di Gazzoni.,(*op. cit.,*) per il quale – così, testualmente – "…*l'illiceità dell'oggetto va valutata nel momento in cui il contratto è stipulato ed in base alle leggi a quel momento vigente… cosicchè in caso di illiceità sopravvenuta si porrà, eventualmente, solo un problema di successione delle leggi nel tempo…da risolversi con riferimento al criterio dei diritto quesiti… ovvero un problema di impossibilità sopravvenuta per factum principis… con riferimento all'adempimento della prestazione… "*; si ricordi, altresì, che la stessa *liceità* rientra tra i *requisiti* ex. art. 1346 c.c. ai sensi del quale "…*l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinto e determinabile…"* (in giurisprudenza, tra tutte, cfr. Cass., 94/10779; Cass., 96/8). Sull'ampia materia si rinvia a quanto già affrontato nel corso delle premesse introduttive e del capitolo I.

Ci si chieda quale sia la *ratio*[685] sottesa a questa testuale limitazione[686] dell'ambito operativo[687] della norma *de qua*[688]*;* al riguardo, l'unica risposta plausibile la si dovrà

---

[685] Al di là dei tanti profili di indagine già studiati al riguardo; si rinvia alla ampie considerazioni di cui retro

[686] Tra le ipotesi casisticamente più diffuse in giurisprudenza, è stato considerato illecito il contratto di lavoro che prevedeva l'inserimento della retribuzione nella promessa di adozione o istituzione ad erede (in tal senso, Cass., 19 aprile 1956 n. 1187 in *Foro It.,* 1956; Cass., 10 aprile 1964 n. 835 in *Riv. Giur. Lav., Prev. Soc.,* 1964; Cass., 8 marzo 1985 n. 1896) e, con riguardo all'oggetto, l'attività di una prostituta in una casa di tolleranza (ma non anche quella di pulizia all'interno di essa, cfr. Cass., 19 aprile 1956 n. 1187 in *Foro It.,* 1956; Cass., 20 novembre 1962 n. 3148; Cass., 19 luglio 1965 n. 1622; Cass., 7 maggio 1969 n. 1549) a meno che le inservienti non avessero agevolato la prostituzione (Cass., 2 agosto 1969 n. 2913 in *Foro It.,* 1969; Cass., 2 agosto 1969 n. 2914 e 2915; Cass., 4 agosto 1969 n. 2928 e 2929.) e, infine, quella di un *croupier* in una bisca clandestina.
Sotto quest'ultimo profilo, sono innumerevoli le fattispecie analizzate dalla Suprema Corte; tra tutte, si segnala la ritenuta illiceità delle seguenti attività: 1) quella di vendita al banco di prodotti di farmacia da parte dei commessi non farmacisti ed in assenza del titolare (Cass., 8 luglio 1986 n. 4461 in *Foro It.,* 1987; Cass., 23 luglio 1983 n. 5093 in *Giust. Civ.,* 1983); quella di preparazione e manipolazione di sostanze alimentari da parte del lavoratore sprovvisto di libretto sanitario (Cass., 3 giugno 1985 n. 3302, in *Foro It.,* 1986). Parimenti, è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. nel caso di assunzione di personale docente precario all'Università in violazione dell'art. unico, comma 12, d.l. 871/1978 (conv. in legge n. 54/1979) (così Cass., SS.UU. 25 marzo 1981 n. 3409 in *Giust. Civ.,* 1981; Cass., 12 novembre 1996 n. 9893 in *Dir. Prat. Lav.,* 1997).
Per ulteriori approfondimenti, sempre in riferimento alla casistica giurisprudenziale, cfr. Rigon., *L'invalidità del contratto* in *Diritto del Lavoro,* commentario diretto da Carinci F., *Il rapporto di lavoro subordinato:costituzione e svolgimento* , a cura di Cester, Torino, 1999

[687] Ultima questione teorica – connessa a quanto sin qui trattato – è quella inerente la possibilità (o meno) che la disposizione in oggetto (art. 2126 c.c.) si applichi anche a rapporti che, pur diversi da quello del lavoro (l'unico espressamente previsto *ex lege* dalla norma *de qua,* i.e., art. 2126 c.c.*),* ne condividano, tuttavia, la medesima *natura giuridica.*
La problematica è stata affrontata soprattutto in Germania sul presupposto dogmatico del c.d. *Gleichbehandlung* o *Gleichmassige Behandlung,* corrispondente, *mutatis mutandis,* al nostro principio di *uguaglianza* e/o *parità di trattamento*; più in particolare, la dottrina alemanna – in piena coerenza con i propri fondamenti teorici di matrice *istituzionale* (si rinvia *retro* e, in particolare, al paragrafo che precede) in termini di *Eingliederungstheorie* (i.e., teoria dell'inserimento, cfr. *retro)* – ha analizzato la tematica delle c.d. *freiwillige Sozialleistungen* dell'imprenditore, ovvero quella (tematica) delle c.d. *prestazioni spontanee* dello stesso (imprenditore)
In altri termini – configurando il *rapporto lavorativo* in termini di *comunità d'azienda* (cfr. *retro)* – la cultura giuridica tedesca ha elaborato un presupposto principio di *parità di trattamento* in forza del quale l'imprenditore, quale capo dell'impresa (eco, ancora una volta, del già analizzato *Fuhrerprinzip,* si rinvia al paragrafo che precede), non potrebbe porre in essere comportamenti diversi a vantaggio di uno o più lavoratori (anche in termini di prestazioni volontarie o gratifiche) senza, per ciò solo, essere obbligato anche nei confronti degli altri che, a loro volta, potrebbero far valere un diritto al medesimo trattamento.
D'altro canto – al fine di individuare, nel rapporto di lavoro, i casi (effettivi) di obbligo di *Gleichbehandlung* (i.e., parità di trattamento) – si è distinto tra *atti compiuti dall'imprenditore come soggetto del contratto individuale di lavoro* e *misure adottate dallo stesso quale capo dell'impresa*, concludendo, al riguardo, nel senso che solo in quest'ultimo caso le c.d. prestazioni volontarie (*Freiwillige Sozialleistungen*) avrebbero assunto "*…carattere aziendale-collettivo… quando il datore di lavoro si fosse comportato in modo riconoscibile… secondo determinati criteri…"*(così Hueck., *op. cit.,).*
Tutto quanto detto è premessa indispensabile per giungere ai risvolti applicativi di cui all'art. 2126 c.c.; ovvero, la dottrina alemanna ha *concettualmente* "assimilato" la fattispecie della prestazione (di fatto) di lavoro subordinato all'esistenza di vincoli "comunitari" e, per ciò solo, ha desunto, per *identità di ratio,* l'estensione della disciplina *de qua* (nei termini in cui realizzata dalla giurisprudenza tedesca in mancanza di una norma espressamente concludente in tal senso; cfr. nota 455) a tutti i rapporti associativi a carattere aziendale o fondati su una comunanza di interessi o attività sociale, con particolare riguardo alle ipotesi applicative di rilievo commercialistico.

rinvenire nella insopprimibile e naturale *vocazione conformativa*[689]della *societas iuris*[690] che non potrà spingersi sino a proteggere[691] – tramite la loro sottoposizione al diritto

---

Nel nostro ordinamento, però, la suddetta ottica (estensiva) di matrice germanica non è in alcun modo accoglibile in forza della natura *contrattuale(* e non già *istituzionale*) del rapporto di lavoro; piuttosto, nei nostri "orizzonti" giuridici, il tema delle c.d. *Freiwillige Sozialleistungen* (prestazioni spontanee dell'imprenditore) - lungi dall'inerire alla tematica del rapporto di lavoro ex. art. 2126 c.c. – si legherà, alla distinta e assai complessa tematica degli *usi aziendali* sui quali – per questioni di attinenza all'oggetto del nostro studio – si rinvia, tra tutti, al Maestro più autorevole in materia (cfr. Liebman., *op. cit.,*).
Ergo – in forza delle ampie differenze tra *rapporto di lavoro* (in termini di *rapporto di scambio)* e *rapporto associativo lato sensu* inteso (si rinvia al capitolo II) – si ritiene di dover suggerire una applicazione della norma in esame (i.e., art. 2126 c.c.), *ratione materiae,* limitata alla specifica disciplina (lavoristica) espressamente regolata dal legislatore tranne che per i connessi principi generali di diritto civile (quale, ad esempio, quello di conservazione del contratto) da essa (i.e., disposizione ex. art. 2126 c.c.) sottesi che, in quanto tali (i.e., generali), saranno suscettibili di applicazione analogica ed *estensione diffusa* (così Gazzoni., *op. cit.,)*; in tal senso, anche Funaioli.,(*op. cit.,)* per il quale "*…le funzione della norma e gli elementi generali della fattispecie prevista dalla legge non possono limitarsi solo a quanto risulta da una interpretazione puramente letterale….".*
[688] I.e., ex. art. 2126 c.c.
[689] In tal senso, sembra suggerire Zago-Garelli.,(*I rapporti di fatto, Padova, Cedam, 1964)* per il quale "*…. La valutazione della liceità del contratto si pone sotto l'aspetto della contrarietà (o meno) ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico… al riguardo, si prendono, come è noto, alcuni momenti del processo formativo del contratto…. la libertà, riconosciuta ai privati, di dar vita ad un regolamento pattizio, e l'obbligatorietà della lex contractus, il cui fondamento risiede nella volontà dei privati che la pongono in essere…. A queste determinazioni si attribuiscono effetti conformi agli intenti che di regola le animano…ma solo in quanto il contratto assolva ad una funzione socialmente utile…(c.d. condicio iuris sine qua non);* sull'argomento, altresì, si rinvia alle ampie considerazioni di cui alle premesse introduttive
[690] Sui rapporti tra *societas iuris* e sistema giuridico di riferimento si rinvia alle ampie considerazioni di cui alla premesse introduttive
[691] In tal senso – in virtuale continuazione dell'iter logico sin qui proposto – la non applicabilità della fattispecie in esame (i.e., art. 2126 c.c.) in caso di *illiceità della causa e dell'oggetto* (cfr. retro) rileva in piena *coerenza interna* con la ricostruzione teorica sin qui suggerita anche in relazione a quanto argomentato in merito alla c.d. *corresponsione della retribuzione* (cfr.retro); la illiceità della causa (cfr. nota 683), infatti, rileva come "*violazione di norme imperative, ordine pubblico e buon costume"* (ex. art. 1343 c.c.) e, *rebus sic stantibus,* è civilisticamente d'obbligo affermare che, in tali casi (i.e., illiceità causa), non potrà aver luogo quella *partita restitutoria inter partes* delle prestazione rese (cfr. retro) – con cui noi si è già "letta" la *natura negoziale della fattispecie in esame* (art. 2126 c.c.) – secondo la regola della ripetizione dell'indebito ex. art. 2033 c.c atteso che la stessa *ripetibilità delle prestazioni è esclusa , expressis verbis, allorchè esse (prestazioni) rilevino in termini di contrarietà al buon costume* ex. art. 2035 c.c. (e, dunque, *sub specie* di *illiceità della causa,* ex. art. 1343 c.c., sottesa alla medesima prestazione di cui si tratti).
Ergo, l'eccezione alla regola del 2126 c.c. (che non si applica in caso di illiceità della causa e dell'oggetto) trova perfetto *pendant logico* di riferimento nella (altrettanto corrispondente) *eccezione alla regola della ripetizione dell'indebito* (che, similmente, non ha luogo in caso di prestazioni illecite). Evidenti, duplici e *scientifcamente confortanti,* ai nostri fini, le conseguenze (strettamente sillogistiche) che ne derivano: a) l'art. 2126 c.c. si fonda sui principi della invalidità negoziale, in alcun modo ad essa (invalidità) derogando (con connessa sconfitta finale del presupposto logico del c.d. anticontrattualismo positivo; cfr. retro); b) la chiave ermeneutica della fattispecie ex. art. 2126 c.c. (come personalmente proposta) in termini di *traslazione, in ottica lavoristica, dei principi generali, in materia di contratto, conseguenti all'efficacia retroattiva della nullità* (si rinvia all'ampio ragionamento di cui retro) sembra *implicitamente* "confermarsi" sotto i più diversi profili di indagine *sistematica* della disposizione in esame in quanto, forse, si è davvero raggiunta e "dischiusa" la più autentica (e solo apparentemente *non contrattuale) ratio legis* ad essa (disposizione ex. art. 2126 c.c.) sottesa.
Scorgere la *ratio legis* di una determinta disciplina giuridica – nel caso in esame, si tratta di quella ex. art. 2126 c.c. – significa, a sua volta, scorgere il *verum ontologico* del più ampio "fenomeno giuridico" cui

contrattuale[692] – i rapporti che nascono dalla violazione delle *valutazioni fondative che informano l'ordinamento giuridico*[693] di riferimento e, quindi, (i rapporti che nascono dalla violazione) dei c.d. *essentialia elementa*[694] di qualsivoglia fenomeno negoziale[695]

---

essa (i.e., tale disciplina) inerisce; coniugando il tutto nella nostra ottica di indagine, si tratta *di un ulteriore (e ancor più importante) obiettivo euristico che, in forza di quanto appena sopra premesso* (rapporti tra disciplina e fenomeno giuridico di riferimento) *è tale da svelare, in modo ancor più incontrovertibile, la natura squisitamente negoziale e causale che "informa" l'intero e globalmente inteso sinallagma contrattuale giuslavoristico* il cui studio si completerà nel capitolo che segue.

[692] Al quale (diritto contrattuale) è da ricondurre anche la fattispecie ex. art. 2126 c.c. in forza di quanto sin qui ampiamente dimostrato

[693] In tal senso, tra tutti, cfr. Betti., (*Sui rapporti contrattuali di fatto., op. cit.;)* che, proprio nei termini di cui nel testo, (*valutazioni fondative che informano l'ordinamento giuridico)* coniuga, in ottica pragmatica, la valenza concettuale del termine "*illiceità"* della causa; similmente, cfr. anche Haupt., *Uber Faktische., op. cit.,*

[694] In tal senso, tra tutti, cfr. Betti., *Teoria del negozio giuridico., op. cit.,*

[695] Peraltro, si osservi che l'ottica interpretativa sopra proposta è, a parer mio, l'unica idonea a spiegare l'icastico capoverso di cui all'art. 2126 c.c., comma secondo, in cui il legislatore si limita a dire che "*…se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione";* anche in questo caso, infatti – lungi dal potersi immaginare una improbabile natura *extracontrattuale* (o, *rectius, istituzionale)*del rapporto di lavoro (alla luce delle ampie considerazioni di cui *retro*) – l'unica *chiave di lettura (negoziale)* della fattispecie in esame (art. 2126 c.c., comma 2) è quella desumibile alla luce delle accorte riflessioni del Betti, (*Teoria generale del negozio giuridico.,* Milano, 1957) il quale osserva come sia "*…di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli scopi pratici da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi….* e, invece, *di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla strgua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire… prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità ed efficacia… e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue…*tanto che…*rispetto all'iniziativa privata, l'ordine giuridico non ha alcuna funzione negativa limitatrice e disciplinatrice.*…onde…*la concordanza degli effetti giuridici con l'intento normale diretto al risultato pratico è puramente oggettiva: vale a dire, essa non ha bisogno di essere a sua volta consapevole e voluta…"*

Rebus sic stantibus, è questa, sulla questione (i.e., art. 2126 c.c., comma secondo), la personale posizione ermeneutica che mi sembra di poter sostenere in forza dei singoli profili di analisi già, al riguardo, analizzati e ai quali si rinvia.

Normalmente – e, quindi, anche in relazione al rapporto di lavoro – sarà sufficiente, in virtù dei principi generali del negozio giuridico, la determinazioni fra le parti degli scopi pratici da raggiungere affinchè si abbiano gli effetti giuridici propri del contratto (si rinvia alle premesse introduttive), ricadendosi, per ciò solo, nelle ipotesi di cui all'art. 1321 c.c.; tuttavia, non è escluso – e lo confermerebbe proprio il capoverso ex. art. 2126 c.c., comma secondo – che si possa anche configurare, di fatto, la ipotesi della prestazione di lavoro *non riconoscibile dall'ordinamento* (cfr. retro) in quanto rilevante in termini di violazione *macroscopica* di norme di legge diversamente configurate (si pensi, ad esempio, all'eventuale prestazione di lavoro in condizioni servili ex. art. 600 c.p.; cfr. retro)

In tali casi – vertendo *in illicito* – l'intento pratico e giuridico delle parti non potrà tradursi, *sic et simpliciter*, nel corrisponendente schema contrattuale e legale del rapporto (in forza degli orizzonti normativi connessi all'ampiamente analizzata disposizione normativa ex. art. 1322 c.c., comma secondo, in termini di *meritevolezza degli interessi perseguiti*; si rinvia alle premesse introduttive), non essendo giuridicamente ammissibile un accordo che, in astratto, *sia volto a far perdere ad una delle parti (nel caso in esame il prestatore) quella posizione di autonomia e di libertà che, come presupposto per lo svolgimento di una attività, le è riconosciuto dall'ordine generale*.

Ergo, sia nella suddetta clausola finale di salvezza ex. art. 2126 c.c., comma primo (i.e., l'inciso "…*salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa…"),* sia nel capoverso (comma secondo) della medesima disposizione (art. 2126 c.c.) in oggetto, la *ratio legis* sottesa sarà legata – pur nei debiti distingui come *retro esplicitati* – alla suddetta *vocazione conformativa* della *societas iuris* (che non potrà spingersi sino a proteggere rapporti che nascono dalla violazione delle *valutazioni fondative che*

che[696] noi – alla luce del percorso logico svolto nei capitoli che precedono e ai quali si rinvia – si è già individuati come la portata *sostanziale* più autentica connessa al "*proprium"* giuridico della nozione di *causa*[697] (del contratto) ex. art. 1325 c.c.

Sulla base di questa impostazione teorica, ritengo si possa costruire un conclusivo *ragionamento sillogistico*[698] la cui *sintesi finale* sembra compiutamente *proiettare*[699] e "comprendere" tutte le conquiste dogmatico-concettuali sin qui raggiunte, per coniugarle alla luce dell' *elemento causale*[700] del contratto di lavoro secondo il seguente *modello* di riferimento[701].

[702]Ogni fattispecie normativa[703]– e, *a fortioti*, speculazione teorica[704], in materia lavoristica – dovrà essere preliminarmente vagliata[705] alla luce della sua *compatibilità*[706] (o meno) con la implicita *ratio essendi*[707] da essa[708] sottesa; [709]a sua

---

informano l'ordinamento giuridico, cfr. testo) nei limiti e con le medesime connessioni concettuali come espressamente esplicitate al riguardo.

Ciò premesso, anche in riferimento al comma in oggetto (secondo, ex. art. 2126 c.c.), la salvezza della retribuzione sarà *coerentemente (nonché civilisticamente) spiegabile* alla luce delle riflessioni come, sul tema, già ampiamente rese; ovvero, nel caso in esame, l'eventuale contratto di lavoro stipulato sarà nullo per *contrarietà al diritto costituito,* (così, Gazzoni., *op. cit*., in riferimento alla fattispecie ex. art. 1418 c.c.) in termini di violazione di norme poste a tutela del lavoratore (rinvio alle note che precedono). *Ergo,* si determinerà la medesima *efficacia retroattiva bilaterale* conseguente all'invalidità del contratto (cfr. retro) e, pertanto – in forza del principio per cui *eadem ratio, eadem dispositio* – il rinvio alla analisi della questione (i.e., corresponsione della retribuzione) come già affrontata (cfr. retro) nei suoi termini privatistici, risulta, ancora una volta, scientificamente sostenibile.

[696] Ci si riferisce ai suddetti *essentialia elementa* del negozio giuridico

[697] Si rinvia all'ampio studio di cui alle premesse introduttive e al capitolo I

[698] In materai, tra tutti, cfr. Caramella., *Sillogismo.,* in *Enc. Filosofica,* IV, venezia, 1957

[699] In tal senso, anche Prosperetti., *Il problema della causa nel contratto di lavoro,* in *Annali Università Firenze,* 1960 per il quale "*…è necessario ridurre ai principi sistematici fondamentali, e tra di essi, a quello della causa in particolare, …. le molteplici questioni sul contratto di lavoro….*"

[700] Nostro obiettivo finale (già *alternativamente* raggiunto) in forza della premessa programmatica (di cui alla pag. 78 nota 12) per la quale *dimostrare la piena contrattualità del rapporto di lavoro* (come fin qui ampiamente fatto) *significa, naturaliter, esprimerne il suo bonum causale essendo questo (i.e., elemento della causa) l'anima di ogni fenomeno negoziale che ne sintetizza l'essenza e lo stesso "id est" ontologicamente ad esso connesso sul piano delle valutazioni globali del sistema giuridico di riferimento*

[701] Si rinvia ai singoli passaggi logici sin qui raggiunti nel corso dell'intera trattazione che – presupposti come già acquisito e dimostrato *background conoscitivo* – in tal sede si utilizzeranno in ottica unitaria per una ricostruzione globale ed omnicomprensiva della fattispecie lavoristica *lato sensu* intesa.

[702] Premessa major del sillogismo "*in costruendo"*

[703] Quale quella ex. art. 2126 c.c.

[704] In tal senso, tra tutti, cfr. Visentini., (*op. cit.,)* pe il quale "*….i limiti operativi che valgono per il legislatore non potranno che rilevare, in maniera rafforzata, anche per la dogmatica giuridica che non spingersi , per definizione, sin dove la stessa lex non è legittimata a d andare…..…*"

[705] In forza degli orizzonti speculativi già ampiamente studiati ex. art. 1322 c.c., comma secondo; si rinvia alle premesse introduttive nonché al capitolo I

[706]In tal modo, infatti, si spiega, come detto *retro,* la esclusione della disciplina *de qua* (art. 2126 c.c.) nel caso di *illiceità dell'oggetto e* – per quel che a noi più interessa – *della causa ;* si rinvia a quanto, ampiamente, considerato retro, cfr. nota 691

volta, la *ratio essendi*[710] di una qualsivoglia disciplina negoziale[711] la si è riconosciuta ed identificata nell'ambito della *valenza causale*[712] del singolo contratto posto in essere.

[713]*Ergo,* coniugando le due precedenti premesse[714] ne deriva che anche di esso[715] è la *causa*[716] l'unico presupposto infugibilmente necessario e insuscettibile di alcuna *variazione* né sul piano normativo[717] nè sul piano pattizio[718] e, quindi – in termini assolutamente corrispondenti e di valenza sinonimica – ciò equivale a sostenere che, anche con riferimento al nostro oggetto di studio,[719] sarà la *causa l'unica vera ed insostituibile condicio sine qua non*[720] *per la legittima configurabilità di un vincolo negoziale lavorisitico stricto sensu inteso.*

E questo, si ricordi, era quanto si voleva dimostrare.

---

[707] O, *rectius,* i già individuati *essentialia elementa* di ogni fenomeno giuridico (o, ancor meglio, negoziale)

[708] Ci si riferisce alla suddetta disciplina (normativa) lavoristica ex. art. 2126 c.c.

[709] Premessa minor del sillogismo *"in costruendo"*

[710] Rinvio alla nota 707

[711] Alla quale è da ricondurre anche la *disciplina lavoristica* , in forza della già dimostrata *matrice esclusivamente contrattuale del rapporto di lavoro;* cfr. retro

[712] Si rinvia, ancora una volta, all'ampio studio di cui ai capitoli che precedono

[713] Conclusione finale del sillogismo *"costruito"*

[714] Rispettivamente quella major (cfr. nota 702) e minor (nota 709)

[715] I.e, contratto di lavoro

[716] In termini di *"funzione economica e social-individuale del contratto… quale risulta dalla sintesi dei suoi elementi essenziali e che, così intesa, non si presenta come contrapposta al contenuto… bensì, da un certo punto di vista, identificata con esso…";* in tal senso Zago-garelli., (*op. cit.,)*. Sul tema, si rinvia, *in toto*, al capitolo I

[717] Al punto che, come detto, il legislatore esclude l'applicabilità della disciplina in esame (art. 2126 c.c.) nel caso di illiceità della causa e dell'oggetto (cfr. retro, in particolare nota 691)

[718] Alla luce della già ampiamente analizzata *clausola di salvezza del sistema* ex. art. 1322 c.c., comma secondo; si rinvia alle premesse introduttive

[719] I.e., contratto di lavoro

[720] In tal senso – si ricordi – ci si era già espressi nell'ambito delle premesse introduttive (rinvio) per indicare il più importante obiettivo scientifico (finalmente raggiunto) cui si sarebbe teso in questo lavoro di ricerca

CAPITOLO IV

Le "vicende" del sinallagma negoziale lavoristico

4.1) Subordinazione e suoi corollari negoziali, in executivis, in relazione al soggetto passivo del rapporto obbligatorio-negoziale di matrice lavoristica: prestazione di lavoro, obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà alla luce della dimensione causale del contratto

Dimostrata la *matrice e natura esclusivamente causale*[721] del rapporto di lavoro, si proceda a studiarne i suoi caratteri essenziali a partire da quello che si è già individuato come il *tipo legale negoziale*[722] di riferimento, ovvero, la fattispecie della *subordinazione* ex. art. 2094 c.c.

Non si pretende, *ex ante*, di proporne una compiuta definizione – in quanto tale tentativo di *schematizzazione omnicomprensiva* del concetto in esame[723] rileverà quale conseguenza (logica) necessitata della conclusione scientifica cui si giungerà al termine di questo lavoro di ricerca – ma, piuttosto, in via preliminare allo studio "negoziale" che ne seguirà, se ne vorrebbero stabilire i limiti applicativi al fine di delimitare, almeno in via tendenziale, l'oggetto del nostro studio.

A questo fine, ritengo che la prima indagine da compiere sia quella sull'origine[724] della subordinazione e, sul punto – quale presupposta *pars destruens* dell'argomentazione – è necessario sgombrare gli orizzonti speculativi dalle plurime tesi[725] che, pur

---

[721] In piena aderenza al fine scientifico perseguito in questo studio; si rinvia, *in toto*, alla premessa e al capitolo che precede

[722] Si rinvia, per la genesi normativa della fattispecie *de qua*, al capitolo II

[723] I.e, quello della subordinazione

[724] In piena coerenza con le premesse metodologiche chiaramente individuate nel corso di questo lavoro di ricerca (cfr. pag. 77, nota 12) laddove si è detto che ogni *istituto* giuridico lo si può comprendere nella sua più globale valenza positiva e sistematica solo in ottica *relazionale* e *differenziale* con i parametri comparativi che ne hanno costituito il *prius logico* fondativo implicitamente sotteso.

[725] Una prima ed importante ricostruzione teorica è stata quella che ha ha fatto derivare la nozione di subordinazione dalla c.d. *natura pubblica della impresa* derivandone, per ciò solo, una peculiare figura dell'imprenditore in termini di *munus publicum* esercitato per conto e nell'interesse dell'ordinamento giuridico di riferimento (in tal senso, tra tutti, cfr. Arena., *Nuovi orizzonti del diritto del lavoro e dell'economia* in *Annali dell'Università di Camerino,* Napoli, 1934; Mazzoni., *L'esercizio dell'impresa*

nell'ordinamento corporativo, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario,* Firenze, 1935; Zanobini., *Corso di diritto corporativo,* Milano, 1937; Levi Deveali., *Il rapporto di lavoro,*Milano, 1937; Gasparri., *L'azienda nel diritto del lavoro.,* Padova, 1937; Arena., *La Carta del Lavoro,* Milano, 1938; Pergolesi., *Nozioni, sistema e fonti del diritto del lavoro,* in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Borsi e Pergolesi, Padova, 1939; Miglioranzi., *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda,* in *Il diritto del lavoro,* 1940; Roberti., *Il rapporto di lavoro e l'azienda,* in *Il diritto del lavoro,* 1940; Ardau., *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapproto di lavoro,* Milano, 1940; Buzzelli., *La concezione della proprietà privata nella concezione degli studiosi fascisti,* in *Il diritto del lavoro,* 1940); di una simile posizione ermeneutica è palese la matrice corporativa e, in tal senso, chiaramente suggeriscono le stesse riflessioni di Ardau.,(*op. cit.,*) per il quale "…*Se è vero che l'impresa corporativa rappresenta un primo passo dell'organizzazione privata a quella pubblica ed il suo esercizio è uno dei casi di esercizio privato di funzioni pubbliche… non v'ha dubbio che l'imprenditore, ancorchè privato, partecipa di alcuni poteri non privati od almeno indirizzati a perseguire uno scopo non privato… in quanto pubblico è il fine remoto cui tende perseguendo il proprio interesse economico… quello della dichiarazione IV della Carta del Lavoro…".*

Una simile impostazione logica, però – pur se storicamente interessante – non sembra potersi condividerein forza di *tre* essenziali *difficoltà logiche* non agevolmente risolvibili: a) la non *perfetta coincidenza semantica* tra la nozione di *attività imprenditoriale* e quella di *esercizio di una pubblica funzione;* b) in ogni caso, pur volendo ammettere e superare la suddetta critica (sub a), sarebbe ugualmente da condividere l'assunto logico per cui, comunque, *non tutte le imprese in cui, astrattamente, può attuarsi un rapporto di lavoro sono tali da celare l'esercizio di una pubblica funzione* e, infine, (c) residuerebbe di spiegare la presunta *regola generale* per cui *tutte le volte che c'è un rapporto di lavoro vi sarebbe, necessariamente, una impresa.*

Quanto al primo aspetto (sub a), sembra una enorme forzatura logica quella volta a definire l'impresa come un *munus pubblicum* in quanto – affinchè sia integrata quest'ultima fattispecie – occorrerà che l'attività del privato implichi una partecipazione all'attività propria e caratteristica dello Stato; orbene, non sembra sostenibile che l'ordinamento giuridico generale consideri l'organizzazione della produzione quale una *sua funzione* atteso che la stessa dichiarazione VII della Carta del Lavoro (che proclama l'interesse nazionale dell'impresa e dalla quale si vorrebbe desumere la sua funzione pubblica) la definisce (funzione) di *interesse* (e non già di natura) *nazionale* dimostrando, per ciò solo, che lo Stato Corporativo la considerava (ci si riferisce alla suddetta organizzazione della produzione) di fisiologica *vocazione e natura privata.*

Similmente sembrerebbe potersi dedurre – in ottica argomentativa *a contrario* – dalla stessa dichiarazione IX (della Carta del lavoro) in cui si dispone che "…*l'intervento dello Stato…..nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato…".*

In ogni caso – giungendo, così, al secondo profilo (sub b) – anche a voler ritenere che la impresa costituisca una ipotesi di esercizio privato di funzioni pubbliche, non per questo risulterebbe fondata una giustificazione giuridica della subordinazione in termini essenzialmente derivativi rispetto alla *natura di pubblica funzione dell'impresa corporativa* in forza della già accennata considerazione per cui *non tutte le imprese in cui, astrattamente, può attuarsi un rapporto di lavoro sono tali da celare l'esercizio di una pubblica funzione*; tra tutte, si pensi alle ipotesi di imprese che abbiano ad oggetto attività che, pur se astrattamente non illecite, non siano, tuttavia, meritevoli di una protezione di carattere pubblicistico rilevando, piuttosto, (quali attività) di rilevanza *neutrale* per l'ordinamento o, addirittura tali da poter soltanto essere tollerate e non già perseguite (tra tutti, per citare un celebre esempio di Mazzoni., (*op. cit.,*) si pensi alle imprese aventi ad oggetti attività meramente edonistiche come quelle da ballo o di gioco);

Infine (profilo sub c), si osservi come è senz'altro plausibile la *configurabilità di rapporti di lavoro* (in perfetta situazione di subordinazione) non collegati, in alcun modo, al fenomeno impresa; quanto detto, peraltro, risulta confermato dalla stessa struttura sistematica del codice civile vigente che, nell'ambito del Libro V (Del Lavoro),distingue un titolo (il II) in cui si tratta del lavoro nell'impresa e un titolo (il IV) dedicato ai lavori subordinati in rapporti particolari non collegabili ad una impresa. In tal senso, suggerisce lo stesso art. 2239 c.c. che, in riferimento ai *rapporti di lavoro subordinato non inernenti all'esercizio dell'impresa*, dispone che questi siano regolati dalle stesse norme che disciplinano il lavoro nell'impresa salvo che vi sia incompatibilità in forza della specialità del rapporto.

Altro filone teorico è quello che lega la subordinazione alla matrice istituzionalistica del rapporto di lavoro; si tratta di una prospettiva di studio già ampiamente studiata (capitolo III) e alla quale si rinvia

ricordando, al riguardo, che le osservazioni operate per la fonte genetica del rapporto non potranno non essere applicabili (anche) alla subordinazione, *mutatis mutandis,* come suo presunto effetto e per identità di ratio

Ugualmente, nemmeno, in tale senso (subordinazione derivante dall'inserzione nell'impresa), potrebbe rilevare l'argomento letterale ex. art. 2086 c.c. per il quale "*l'imprenditore è il capo dell'impresa… e da esso dipendono gerarchicamente il suoi collaboratori";* rinviando a quanto, sul tema , già ampiamente considerato retro, si ribadisca la natura più politica che giuridica della disposizione in esame che, peraltro, va raccordata con le altre norme del Libro V la cui interpretazione sistematica va a suggerire, in termini inequivoci, che (così Savino., *op. cit.,*) "*i lavoratori entrano legittimamente a far parte dell'azienda attraverso un contratto e non già attraverso la semplice occupazione... che deve ritenersi, a sua volta, riferita ad una situazione derivata da un complesso di validi contratti…*".

Infine, un certo rilievo ha avuto la tesi che ha individuato la genesi della subordinazione nella c.d. *esistenza di un ordinamento giuridico aziendale;* in tal senso, caposcuola indiscusso è il Miglioranzi.,(*Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'impresa,* in *Il diritto del lavoro,* 1940, I, 47) il quale, testualmente, si esprime nel senso che "…*il principium individuationis della dipendenza non va ricercato in un mero assoggettamento del lavoratore alla volontà di chi lo ha assunto al suo servizio… ma nella ammissione della sua persona nella sfera dei rapporti gerarchici che formano l'ordinamento giuridico aziendale… se l'azienda è ordinata unitariamente a svolgere la sua azione nel campo produttivo, deve avere un suo regime di vita, una sua interna autonomia di governo… L'ammissione, comunque avvenuta, nell'azienda importa il riconoscimento da parte di chi vi è inserito di un simile regime e, quindi, di una potestà inerente alla funzione di capo o governante dell'azienda… E'scarsamente conclusivo, sotto tale riflesso, che si parli di adesione ad una istituzione o di contratto di assunzione…*".

Relativamente a questa ipotesi ricostruttiva, sembrerebbero potersi distinguere due ulteriori ipotesi; la prima rileverebbe allorchè si affermi che la subordinazione derivi dalla *accettazione,* da parte del lavoratore, di entrare a far parte dell'organizzazione aziendale. In tal caso, in realtà, il *trade off* con la natura contrattuale della subordinazione(di cui in proseguo) è più formale che sostanziale in quanto si tratterà pur sempre di un *vincolo giuridico,* di impicita matrice negoziale, in riferimento al quale si potrebbe discutere circa la sua *species negoziale* (i.e, contratto associativo o di scambio, fra tutti; c.d. *quomodo* della negoziazione) ma non già in relazione alla sua natura (c.d. *an* della negoziazione).

La seconda ipotesi , invece, è quella ancora più estrema (nonché di difficile disamina) in quanto si dovrebbe ammettere che il lavoratore risulti inserito nell'organizzazione aziendale non già in forza di un suo anche implicito consenso ma, piuttosto, in conseguenza dello stesso *ordinamento giuridico aziendale*; al riguardo, la questione – per i profili attinenti la teoria istituzionalistica – si è già affrontata (cfr. capitolo terzo) in riferimento alla c.d. teoria della pluralità egli ordinamenti giuridici ed a esso si rinvia

In tal sede, però, mi preme sottolineare quelle che, a parer mio, sono le *essenziali ragioni* per cui ritengo che la suesposta tesi non sia in alcun modo condivisibile; in primo luogo, anche ad ammettere l'unitarietà del concetto di azienda, da essa non si potrebbe (comunque) far discendere un presunto concetto di *subordinazione* salvo che ricorrendo ad un improbabile (e già sconfessato) concetto di *ordinamento giuridico aziendale* ; quest'ultimo, a sua volta, (quand'anche ammesso), rileverebbe quale argomento di carattere pratico, sociale e politico ma non già *giuridico* come a noi interessa in forza della disposizione ex. art. 2094 c.c. e ss. Infine, si osservi come *non tutte le volte che vi è subordinazione è possibile riscontrare un ordinamento giuridico;* piuttosto, è facile riscontrare una enorme quantità di rapporti di lavoro subordinato (ad esempio, si pensi a quelli in cui non vi è che un datore di lavoro e un solo lavoratore che magari, addirittura, presti il suo lavoro per la soddisfazione di bisogni personali del datore) che non sarebbe possibile, anche volendo, collegare a nessun (presunto) ordinamento giuridico aziendale. *Ergo,* sembrerebbe potersi ritenere che, se vi sono dei rapporti di lavoro nei quali si può riscontrare la subordinazione ma non un ordinamento giuridico, è giocoforza concludere che la subordinazione non deriva dall'esistenza di un ordinamento giuridico aziendale e, dunque, (come si farà nel testo) se ne dovrà rinvenire altrove la giustificazione; in tal senso., cfr. anche Greco., (*Il contratto di lavoro,* Torino, 1939) per il quale "*…pensare d'altra parte che la teoria istituzionale possa servire anche a spiegare l'origine del rapporto di lavoro che venga a crarsi tra padrone e domestico… fra ciabattino e garzone… fra bottegaio e commesso…, significa vuotare do ogni contenuto apprezzabile il concetto di istituzione per identificarlo con lo stesso concetto generale di rapporto giuridico..*".

tradizionalmente sostenute, non sempre risultano, però, perfettamente cristalline nel loro *iter argomentativo.*

Più in particolare, nella nostra prospettiva di indagine – conformemente ai risultati scientifici sin qui raggiunti – noi si ritiene di dover sostenere la fonte *negoziale*[726]della subordinazione, nella piena consapevolezza *scientifica* per cui questa *scelta di campo*[727] si rivela (assolutamente) insufficiente in quanto in essa[728] si annidono e confondono diverse articolazioni e proposte ermeneutiche non sempre convincenti nel loro rigore logico – tra tutte, le più rilevanti, sono la c.d. tesi dello *status*[729], quella del *contratto associativo*[730] e, infine, quella della c.d. *dipendenza di fatto*[731] - e, pertanto, si renderanno necessario delle ulteriori specificazioni al riguardo.

---

[726] Tale prospettiva di indagine rileva in piena sintonia con quanto sin qui argomentato in riferimento alla natura esclusivamente *contrattuale* e *causale* del rapporto di lavoro escludendendo (e dimostrando), per ciò solo, l'infondatezza di qualsivoglia tentativo dogmatico di ricostruzione della fattispecie in esame in termini *a negoziali e/o pubblicistici;* per una apposita trattazione sul punto si rinvia al capitolo che precede

[727] In favor alla genesi negoziale della stessa (subordinazione)

[728] I.e., nell'area speculativa della subordinazione come *quid* (o, *rectius, fenomeno*) *negoziale*

[729] Tale tesi rinviene il suo più illustre mentore nel Barassi., (*Il contratto di lavoro*, I, Milano, 1915) per il quale "*…prima di tutto va rilevato che questa subordinazione ha per substrato la volontà delle parti, cioè ha base contrattuale… essendo uno stato liberamente voluto dal lavoratore, non è che un atteggiamento del suo status libertatis; non vi è neppure l'ombra di una supremazia quale può essere data, ad esempio, dal rapporto di sudditanza verso lo Stato…nfatti, vi sarà una limitazione di libertà ma, come in ogni contratto, essa avrà causa nella libertà stessa individuale…e, quindi, nella responsabilità…*"; in altre parole, stipulando il contratto di lavoro, le parti vorrebbero porre (e pongono in essere) uno *status subiectionis* dal quale deriverebbe, a sua volta, l'obbligo del lavoratore di uniformarsi agli ordini del datore di lavoro (così sembra suggerire lo stesso Barassi., *op. cit.,* che, al riguardo, si esprime nel senso che "*…la subordinazione non è un diritto… né un fascio di diritti o rapporti giuridici… ma il loro presupposto…*)

Questa autorevole posizione ermeneutica, tuttavia, non sembra quella accolta dal nostro sistema giuridico di riferimento e, in particolare, sono due i profili più problematici che vorrei sottolineare.

In primo luogo, una simile nozione di subordinazione in termini di *status subiectionis* sembrerebbe echeggiare, *mutatis mutandis,* la lontana (nel tempo) tradizione romanistica (cfr. capitolo II) che inquadrava la fattispecie lavoristica nel *trade off* concettuale tra *locatio operis e locatio operarum* da cui derivava, a sua volta, il connesso diritto sulla stessa persona del lavoratore locato; infatti, accogliendo questa tesi, a carico del lavoratore, *ex contractu,* rileverebbero rapporti obbligatori dai quali, sebbene indirettamente, andrebbero a discendere, a loro volta, limitazioni convenzionali della libertà tali da costituire l'oggetto stesso del rapporto di lavoro in termini assai più stringenti rispetto a quanto previsto dal vigente *dovere di ubbidienza* ex. art. 2105 c.c. di cui in proseguo

In secondo luogo, si tratterebbe di una costruzione teorica assai lontana dalla prassi negoziale concreta in quanto "*..le parti non vogliono altro che dare ed avere lavoro contro mercede…e non vogliono concedere ed avere uno stato di subordinazione contro mercede…*" (così Corrado., *op. cit.,*) ; *ergo,*in altri termini, ciò, a parer mio, equivale ad affermare che *la subordinazione dovrà essere intesa come conseguenza inevitabile dell'obbligo di lavorare e, come tale, dovrà essere collegata al contratto con il quale si è promesso il lavoro in quanto le parti, al momento della stipulazione, non vogliono e non intendono individuare uno stato di dipendenza subiettiva come oggetto principale del loro contratto.*

[730] Secondo questa tesi, dal contratto di lavoro deriverebbe un *vincolo associativo* tale da poter legittimare una sorta di *potere di imperio* del datore di lavoro funzionalmente volto al raggiungimento di fini comuni; al riguardo, la critica non sembra in alcun modo superabile in forza dell'assunto per cui *il contratto di*

Segnatamente, allorchè si affermi che la subordinazione deriva dal *contratto* si vuol significare non tanto che dal *regolamento pattizio* derivi uno stato di *soggezione*[732] *e/o dipendenza economica*[733] - con il connesso diritto del creditore di lavoro di *comandare*

---

lavoro è un contratto di scambio che si delinea proprio nello schema sinallagmatico per cui *se il lavoratore da il suo lavoro, il datore si impegna a corrispondere una mercede fissa.*
La differenza tra le due *species* (contratto di scambio/ contratto associativo), con particolare riguardo alla materia lavoristica, non è di poco momento; una prima differenza attiene alla *struttura.*
Ovvero, nel contratto di lavoro (nella sua valenza *commutativa*), *il datore di lavoro fa suo il lavoro prestato dal lavoratore e lo utlizza per suoi fini esclusivi e particolari mentre il lavoratore, come corrispettivo, riceverà una somma di danaro* che – si badi bene – "…*sarà staccata ed indipendente dai risultati ottenuti mercè il lavoro stesso..*" (così, Savino., *op. cit.,*).; al contrario, nei contratti associativi, il lavoro non viene destinato ad uno scopo esclusivo e particolare del socio di capitale ma è destinato a fini comuni di tutti i contraenti il cui corrispettivo dipenderà dalla complessiva *utilità economica* raggiunta dall'intero corpo sociale.
A questo distinguo or ora accennato ne corrisponde un altro che concerne proprio il *terreno causale* che a noi maggiormente interessa; ovvero, se nel contratto di lavoro la causa sarà da individuare nell' *apporto reciprocamente connesso* di *lavoro e danaro,* nell'ambito del vincolo associativo, invece, essa (causa) dovrà rinvenirsi nella c.d. *assimilazione di lavoro e danaro (o di altri beni) per un determinato fine.* Più in particolare – a riguardo delle singole obbligazioni – ne deriverà quanto segue; nell'ambito del vincolo lavoristico, il *beneficio negoziale* (in tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,*) si individuerà, rispettivamente, nella *esclusiva disponibilità della mercede* (per il lavoratore) e nella *esclusiva disponibilità del lavoro* per la parte attiva del rapporto obbligatorio. Al contrario, invece – per quanto attiene al vincolo associativo – esso (i.e. *beneficio negoziale)* avrà valenza *unitaria* nel senso che rileverà, per ciascuno dei contraenti, nell'*aiuto reciproco per il raggiungimento dei fini comuni.*
A quanto esposto si aggiunga un ulteriore *discrimen* che concerne l'*incombenza* dell'alea *del rischio* fra le parti del *sinallagma negoziale;* ovvero, se, nel contratto di lavoro, il prestatore sarà estraneo ai rischi dell'impresa in quanto avrà diritto ad una mercede fissa, normalmente invariabile sia in condizioni patrimoniali favorevoli che sfavorevoli – e, si badi bene, anche in caso di fallimento le ripercussioni sul lavoratore saranno di carattere *mediato ed indiretto,* in termini di riflesso della situazione patologica che colpirà, in primo luogo, l'intera compagine produttiva – nei rapproti associativi, invece, il prestatore parteciperà direttamente ai rischi dell'azienda.
Infine, personalmente ritengo che una simile accezione "*associativa"* della nozione di subordinazione non sia conforme alla stessa lettera della legge (art. 2094 c.c.) che si esprime nel senso della *collaborazione nell'impresa,* con ciò volendo *tacitamente* suggerire che la *retribuzione resta pur sempre in rapporto di equivalenza e di scambio con l'attività prestata* anche considerando che, laddove ha voluto configurare una struttura associativa, il legislatore lo ha chiaramente espresso *apertis verbis* (tra tutti si pensi al caso della mezzadria).

[731] Quanto a questa posizione teorica, essa fa leva sulla presunta *inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore* e sulla *conseguente dipendenza del lavoratore dal creditore di lavoro;* due sul punto, le personali obiezioni che – ancor meglio comprensibili alla luce delle considerazioni che seguiranno – ci si limiterà ad esplicitare nella loro valenza sostanziale.
In primo luogo, così opinando, la subordinazione si ridurrebbe ad una conseguenza *puramente pratica ed estranea al vero rapporto obbligatorio* mentre, come si è già dimostrato (cfr. retro), per noi essa (i.e., subordinazione) rileverà quale *potere giuridico di comando dalla cui violazione deriveranno delle conseguenze normativamente disciplinate;* in secondo luogo – nella suddetta accezione di *dipenenza tecnica* – essa finirebbe per essere una caratterizzazione sostanziale comune anche ai rapporti di opera perdendo, così, il suo carattere discretivo nell'ambito della *summa divisio* tra *subordinazione ed autonomia.*

[732] Si rinvia alla nota 186 del capitolo secondo

[733] La nozione di dipendenza economica, dal significato oscuro ed indeterminato, esprime, in linea generale, la condizione di *debolezza di potere contrattuale* che caratterizza alcuni soggetti (tra i quali , tradizionalmente, si fa rientare anche la figura del lavoratore subordinato ex. art. 2094 c.c.) a causa di determinati fattori o condizioni di mercato quali, fra tutti, l'asimmetria fra la domanda e l'offerta dei beni, le asimmetrie informative, l'esistenza, nel mercato, di situazioni di monopolio o, infine, (ma in via

ed il (conseguente) dovere del lavoratore di ubbidire[734] - ma, piuttosto, si vorrà intendere che dal *sinallagma lavoristico* deriverà l'*obbligo di lavorare*[735] nel tempo, nel

---

meramente esemplificativa), la c.d. monocommittenza intesa come svolgimento della propria attività lavorativa in modo durevole e continuativo, per uno unico committente; secondo tale tesi (i.e., quella che legge la subordinazione in termini di *debolezza economica*), quando un soggetto (a causa dei richiamati fattori) è dotato di un potere economico inferiore rispetto a quello della sua controparte negoziale, la sua libertà contrattuale (nella sua più globale valenza sostanziale in termini di determinazione alla conclusione del contratto – c.d. *an* della negoziazione – e determinazione delle condizioni del regolamento contrattuale – c.d. *quomodo* della negoziazione –) sarebbe puramente formale atteso che, nei fatti, questi risulterà esposto al rischio di abusi e prevaricazioni da parte del soggetto dotato di superiore potere economico. In queste ipotesi, dunque, la legge interviene a tutelare l'intangibilità della libertà negoziale del contraente "debole" per diverse vie, ad esempio, imponendo *obblighi di informazione* (secondo l'orizzonte normativo della c.d. *responsabilità pre-contrattaule* ex. art. 1337 e 1338 c.c.), o determinado, in via *eteronoma* o *per relationem*, elementi essenziali del contenuto del regolamento contrattuale o, infine, moltiplicando le ipotesi di nullità assoluta, relativa o *di protezione* così nominata, quest'ultima, perché funzionale al perseguimento ed alla tutela di interessi di matrice particolare o, comunque, individuale.

Come detto, economicamente dipendente, nell'accezione descritta, è, innanzitutto, il lavoratore subordinato; ma tale (ovvero economicamente dipendente) potrà essere anche il lavoratore autonomo nonché l'imprenditore. Al riguardo, di consideri la legge 192 del 1998, in materia di subfornitura industriale, che si compone di una serie di disposizioni normative rivolte a tutelare la libertà contrattuale dell'imprenditore (subfornitore) collocato in una condizione di dipendenza economica rispetto al committente e, dunque, dotato di potere negoziale inferiore.

Di tale opzione ermeneutica ed interpretativa (ovvero subordinazione in termini di dipendenza economica) non è stata immune la stessa giurisprudenza di merito; tra le sentenze più caratterizzanti al riguardo, cfr. Pret. Milano 20 giugno 1986 nella quale si recita che – attesa la tecnica definitoria alquanto generica di cui all'art. 2094 c.c. – "*…l'interprete, quanto meno nei casi limite e in quelli nuovi, …. Si vedrà costretto ad operare le qualificazioni richieste … con l'ausilio di strumenti di valutazione socio-economica che …ricevono dignità di canoni giuridici.*". Proprio su tali argomenti si fonderà, però, la critica della sentenza in esame in grado di appello (Trib. Milano 10 ottobre 1987) nell'ambito della quale si contesterà l'applicazione di " *…strumenti di valutazione socio-economica*" e di " *canoni di valutazione sociale"* a discapito dei *"canoni tradizionali di valutazione giuridica"*. Da ciò, secondo l'iter logico del Tribunale in esame, deriverebbe un giudizio di qualificazione del rapporto di lavoro disancorato " *dai principi di diritto"* e, di contro, rivolto ad "*…apprezzare la bontà della subordinazione"*, cioè (volto a) a collegare gli effetti protettivi peculiari del tipo legale ex. art. 2094 c.c. ad un rapporto di lavoro che, seppure privo dei caratteri giuridici della fattispecie lavoro subordinato, apparirebbe, cionondimeno, meritevole della stessa tutela e considerazione nel contesto economico e nella coscienza sociale.

In dottrina – ma si tratta di una opzione interpretativa senz'altro minoritaria – per una "lettura" della subordinazione in chiave di dipendenza economica, cfr. Roccella., *Manuale di diritto del lavoro., op. cit.* il quale sostiene che "*…l'idea del lavoro alle dipendenze coincide con una condizione di doppia alienità del lavoratore…ovvero l'alienità dei mezzi di produzione e del risultato…"* aguisa che sarebbe quest'ultima (i.e., la c.d. doppia alienità) e non già l'eterodirezione a caratterizzare la fattispecie negoziale della subordinazione ex. art. 2094 c.c.

[734] Secondo la tradizionale eco concettuale tipicamente connessa alla figura (romanistica) negoziale della *locatio servi*

[735] Così opinando, peraltro, sembrano rispettati i c.d. *requisiti necessari presupposti* (in tal senso, con riferimento al contratto di lavoro, cfr. Gazzoni., *op. cit.,)* di qualsivoglia *tipo negoziale* quale è quello ex. art. 2094 c.c. (si rinvia al capitolo che precede); le parti, cioè, nello stipulare il contratto di lavoro quale *negozio di scambio*, vorranno promettere il lavoro contro la mercede e, per ciò solo, si *accorderanno* (ex. art. 1321 c.c. – ancora una volta emerge la prospettiva negoziale –) nel senso di attribuire a parte datoriale la facoltà di precisare meglio, *in executivis*, l'esecuzione delle singole prestazioni di lavoro ed, eventualmente, altre modalità secondarie.

Tale "lettura sistematica" della subordinazione, peraltro, sembra rispettare anche le *esigenze della personalità umana* connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa (si rinvia al capitolo II) "limitando" la propria rilevanza giuridica al campo delle *obbligazioni* con conseguente estraneità di

luogo, nel modo e nella direzione che il datore di lavoro avrà *interesse*[736] ad ottenere, secondo *precisazioni e delimitazioni progressive*[737] dell'*area di debenza della prestazione*[738] le quali[739], a loro volta, verranno determinate con successivi e progressivi atti di *manifestazione volitiva*[740] *finalisticamente orientati*[741] alla piena realizzazione dell'interesse negoziale del soggetto attivo del rapporto obbligatorio ex. art. 1174[742] c.c.

E' questa la prospettiva *logica* adottata nell 'ambito della nostra sistematica privatistica laddove è definito *prestatore di lavoro* colui che "…*si obbliga, mediante retribuzione, a*

---

qualsivoglia profilo diverso da quelli fondati sul diritto comune dei contratti e, comunque, tale da determinare un qualsivoglia ed incontrollabile allargamento dei confini negoziali (ed applicativi) ex. art. 2094 c.c secondo le già analizzate e studiate *formule giuridiche* (di tradizione romanistica) che inquadravano il rapporto di lavoro secondo i canoni della *locatio servi* e successive modificazioni in termini di *locatio-conductio* (cfr. cap. II)

[736] Ancora una volta rileva la eco normativa ex. art. 1174 c.c.

[737] In tal senso, ritroviamo una ulteriore eco della natura intrinsecamente negoziale di quanto individueremo come *posizioni di potere dell'imprenditore;* in particolare, l'esercizio del potere direttivo rileverà come condizione necessaria e sufficiente per escludere l'ipotesi della c.d. *mora credendi* in capo al datore di lavoro il quale, conformando, di volta in volta, le prestazioni dovute al suo interesse all'adempimento, *realizzerà quel comportamento doveroso di collaborazione e cooperazione all'esecuzione della prestazione dovuta* gravante, in generale, sulla parte attiva del rapporto obbligatorio (nel nostro caso, appunto, parte datoriale) ex. art. 1206 c.c. in forza dell'obbligo di *correttezza* (ex. art. 1175 c.c.) che regola i comportamenti reciproci dei paciscenti nella realizzazione e nel perseguimento dei loro rispettivi interessi negoziali connessi alla *lex contractus* posta in essere (sul tema si rinvia al paragrafo che segue)

[738] Sul punto, tra tutti, cfr. D'Eufemia., *Sul concetto di diritto del lavoro,* in *Riv. It. Sc. Giur.* 1935; Barassi., *Il diritto del lavoro,* I, Milano, 1935; D'Eufemia., *Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro,* in *Trattato di diritto del lavoro,* diretto da Borsi e Pergolesi, I, Padova, 1939; Miglioranzi., (*Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda,* in *Il diritto del lavoro,* 1940, I, 125) per il quale "…*il rapporto di subordinazione deve avere una sostanza interamente giuridica… deve essere, cioè, un carattere che, imprimendo al rapporto fra datore di lavoro e lavoratore una una particolare fisionomia, abbia rilevanza per l'ordinamento giuridico, che quel rapporto contempla….esso (i.e., rapporto di subordinazione) non può quindi confondersi con la dipendenza economica che è comune aanche a molte categorie di lavoratori autonomi… e che trae la sua origine unicamente dalle condizioni della domanda e dell'offerta sui mercati del lavoro….*".

[739] Ci si riferisce alla suddette precisazioni e delimitazioni progressive dell'area di debenza della prestazione

[740] Si tratta del complesso di obblighi accessori e strumentali al sinallagma lavoristico che esamineremo, nel paragrafo che segue, in termini di *poteri dell'imprenditore,* con particolare riguardo, per quel che a noi maggiormente interessa in tal sede, al c.d. *potere direttivo del "capo dell'impresa"* ex. art. 2086 c.c.
In tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 7 agosto 1998 n. 7755 secondo la quale "…*nel corso del rapporto… l'individuazione del comportamento dovuto dal lavoratore viene rimessa anzitutto al potere direttivo del datore…ossia alle disposizioni per l'esecuzione..oltrechè per la disciplina del lavoro…*".

[741] In tal senso, tra tutti., l'autorevole Mengoni., (*Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana., op. cit.,)* per il quale "…*la subordinazione non appare più come uno status subiectionis distinto dalla obbligazione di lavoro e indotto, al di fuori del contratto, dall'appartenenza del lavoratore a una organizzazione di persone gerarchicamente ordinata…ma fa corpo con l'obbligazione di lavorare, ne espriem un elemento essenziale funzionalmente collegato al risultato tecnico dell'organizzazione prestabilito dal datore di lavoro… e al cui raggiungimento il lavoratore, mediante il contratto, si obbliga a collaborare…*"

[742] Ai sensi del quale "…*la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore…*".

collaborare[743] *nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*[744]*"*, a voler con ciò significare che il suddetto *obbligo di collaborare*[745] (gravante sul prestatore) *nell'organizzazione di lavoro di cui è capo l'imprenditore di lavoro viene esplicitamente collegato, in via di effetto immediato,*[746] *ad un contratto di scambio*[747] (i.e., quello di lavoro) *stipulato dalle parti negozianti*[748].

---

[743] In materia, tra tutti, cfr. Mengoni., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana., op. cit.,* per il quale "*…la collaborazione non può essere interpretata in funzione di un interesse comune…posto che un contratto di scambio non è idoneo a dar vita ad una comunione di scopo giuridicamente qualificata, né tanto meno ad un gruppo organizzato per il conseguimento di un interesse collettivo superiore…"* in quanto tale concetto (i.e., quello di collaborazione) "*…trova uno svolgimento negli articoli 2103, 2104 e 2109… i quali ne rendono esplicito il riferimento all'interesse oggettivo (o meglio oggettivamente valutato) dell'impresa quale criterio di determinazione dei diritti e dei poteri dell'imprenditore e di corrispondenti doveri del prestatore di lavoro…Tale riferimento, tuttavia, non implica affatto l'identificazione di una comunione di interesse; (piuttosto), coordinate con il principio della libertà di iniziativa economica privata, sancito dall'art. 41 della Costituzione, del quale è corollario il principio della libertà di organizzazione dell'impresa, le norme in esame significano che, ferma la libertà dell'imprenditore di scegliere gli obiettivi dell'organizzazione produttiva da lui creata, ed escluso, quindi, qualsiasi sindacato sullo scopo tecnico dell'organizzazione da lui predeterminato, l'interesse dell'imprenditore (ed esclusivamente suo) al raggiungimento di tale scopo viene assoggettato ad una valutazione oggettiva e, in questo senso, tipica, condotta in relazione alla data struttura organizzativa dell'impresa, e destinata a fornire sia una misura di controllo dei motivi di determinati provvedimenti dell'imprenditore nei confronti del prestatore di lavoro…. sia una misura della qualità e della quantità della prestazione dovuta dal lavoratore, cioè della diligenza cui egli è tenuto…."*.

[744] Per l'analisi della fattispecie si rinvia allo studio di cui al capitolo secondo; in particolare, cfr. nota 186 Per la nozione ex. art. 2094 c.c. (i.e. *alle dipendenze e sotto la direzione di)* in termini di endiadi logica cfr. Spagnuolo Vigorita., *op. cit.*

[745] Sul punto, tra tutti, cfr. Napoli., *Contratto e rapporti di lavoro oggi,* in *Studi in onore di L. Mengoni,* II, Milano, 1955 per il quale la parola "collaborazione" serve per connotare "*…il profondo coinvolgimento personale nell'esplicazione dell'attività lavorativa…";* in altri termini, cercando di parafrasare quanto espresso dall'insigne autore sopra citato, la collaborazione sarebbe da intendere in maniera "evocativa", a voler, con ciò, indicare l'interazione che si sviluppa tra creditore e debitore nell'ambito dei rapporti (quale quello di lavoro) che non sono (esclusivamente) riconducibili ad uno scambio tra utilità economiche ma i quali (rapporti), purtuttavia, non sono suscettibili di essere (nemmeno) considerati come fonte di *conflittualità permanente* potendo, piuttosto, trovare la loro (naturale) *dimensione giuridica regolatrice proprio negli orizzonti negoziali* (si rinvia all'ampio studio che precede) che presuppongono, per definizione, una *eterogeneità* (iniziale) *di interessi* "ricondotta ad unità" attraverso *l'eclettico* (così Bessone., *op. cit.,*) *strumento della lex contractus mediata dal presupposto elemento del reciproco consenso pattizio.*

[746] In tal senso Mengoni., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana,* (in *Riv. Soc.* 1965, 674) il quale, a riguardo, sostiene che *" la collaborazione qualifica l'obbligazione assunta dal prestatore di lavoro… introduce dunque un criterio di determinazione delle posizioni giuridiche passive in cui il lavoratore viene a trovarsi nel rapporto di lavoro… mentre nei confronti dell'imnprenditore lo scopo dell'impresa al cui raggiungimento l'imprenditore collabora costituisce soltanto un limite all'abuso di certe posizioni attive di potere…."*

[747] Al riguardo, assai peculiare è la posizione dell'autorevole Mengoni., (*Contratto e rapporto di lavoro., op. cit.,)* che segnala l'originalità del codice civile italiano a fronte del dibattito tra concezione contrattualistica ed istituzionalistica del rapporto di lavoro di cui ci si è già ampiamente occupati nel capitolo che precede; più in particolare, per il sopracitato autore – si cita testualmente – "*…il codice* (civile italiano) *rifiuta la tendenza a modificare la stessa natura del rapporto* (di lavoro)*…innestandolo in una comunione di scopo tra datore e prestatore di lavoro…ma nemmeno rimane adagiato nella*

Così argomementando si giunge, *naturaliter,* al *proprium* più autentico del *sinallagma causale*[749] lavoristico che rileva, appunto, nello *scambio*[750] tra *lavoro e retribuzione*[751] alla cui analisi ci accingiamo[752].

---

concezione contrattualistica tradizionale la quale nega rilevanza giuridica alla destinazione del rapporto ad integrarsi in una organizzazione di lavoro…e, quindi, a vincolare il lavoratore allo scopo dell'organizzazione, senza peraltro renderlo partecipe di tale scopo e del rischio corrispondente". Ciò premesso, lo stesso Mengoni osserva che "*…dagli altri schemi negoziali di scambio il contratto di lavoro si distingue per la peculiare caratteristica consistente nella rilevanza giuridica che, ai fini della qualificazione causale del contratto, cioè della sua funzione tipica, è attribuita al riusultato finale che il datore di lavoro si propone, ossia al risultato tecnico da lui prestabilito, dell'organizzazione produttiva, della quale il rapporto di lavoro è destinato a svolgersi come elemento costitutivo…";* da questa affermazione deriva una importante conseguenza sotto il profilo della *valenza causale del contratto di lavoro*. Più in particolare, l'attenzione sarà da concentrare sul *risultato dell'attività di impresa* che "*…non è confinato nella sfera dei motivi individuali irrilevanti…ma, piuttosto, viene attratta nella causa del contratto, diventando, così, criterio di determinazione degli effetti e, insieme, criterio di interpretazione oggettiva, secondo buona fede, del contratto…".*

Così opinare, altro non significa che sostenere un *ampliamento della causa del contratto (di lavoro)* a guisa che – così, ancora testualmente, Mengoni., *op. cit. – "…il lavoratore non si obbligherà semplicemente a prestare la propria attività di lavoro…ma si obbligherà a svolgere le sue mansioni in vista dello scopo dell'organizzazione creata dal datore di lavoro…"*; *ergo,* ne consegue che *"…l'allargamento della causa del contratto di lavoro si risolve in un vantaggio del lavoratore…in quanto l'interesse dell'imprenditore – sottratto a valutazioni soggettive ed arbitrarie e, quindi, incontrovertibili – è assoggettato alle valutazioni oggettive e tipiche proprie della causa negoziale… in vista di un controllo dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'imprenditore…."*.

Quanto sostenuto dall'insigne autore sopracitato significa, ancora una volta, giungere ad affermare la valenza esclusivamente negoziale del rapporto di lavoro; infatti, optare per un allargamento della sfera causale equivale a sottolinearne, in termini alternativi, la sua importanza essenziale e prevalente (sia sotto un profilo quantitativo che qualitativo) così confermando, per altra via, la *natura esclusivamente contrattual/causalistica* del rapporto di lavoro nei termini in cui "dipinta" e spiegata nel capitolo che precede.

[748] I.e., datore di lavoro e prestatore.

[749] Sulla nozione generale di sinallagma si rinvia all'ampia analisi di cui alla nota 385; sul tema, tra tutti, cfr. Treu., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968

[750] In tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 17 maggio 1996 n. 4570 per la quale, *expressi verbis*, "*…il contratto di lavoro conserva nell'ordinamento giuridico italiano…la natura di un contratto di scambio…in cui ha rilevanza causale l'interesse dell'imprenditore alla prestazione lavorativa del dipendente e l'interesse di costui alla retribuzione…"*

[751] Della quale ci occuperemo nel paragrafo che segue attenendo (la retribuzione) alla prestazione (principale e) contrattuale gravante sulla parte attiva del rapporto obbligatorio negoziale lavoristico

[752] In tale prospettiva e per esigenze di completezza argomentativa, si tratti – sebbene *per incidens* e in via volutamente sintetica per ragioni di inerenza all'oggetto del nostro studio – del problema della qualificazione del rapporto di lavoro in riferimento al quale la giurisprudenza ha elaborato due essenziali criteri di riferimento. Una parte della prassi pretoria considera la nozione di subordinazione come un concetto normativo "chiuso", cristallizzato nel tipo di cui all'art. 2094 c.c., a guisa che il giudizio di qualificazione dovrà necessariamente fondarsi sul riscontro che in un determinato caso concreto sussistano tutti i tratti distintivi del tipo legale (ex. art. 2094 c.c.) che ne consentano la riconduzione all'interno della fattispecie in esame (i.e., subordinazione): è questo il c.d. *metodo sussuntivo* che postula, quindi, un giudizio sillogistico di identità tra fattispecie astratta e fattispecie concreta

Altra parte della giurisprudenza, invece, privilegia una interpretazione orientata ai valori e ai fini piuttosto che ai concetti dogmatici e, pertanto, considera il tipo legale della subordinazione quale un *modello normativo aperto e duttile* i cui elementi caratteristici sono espressi in termini generali ed elastici; così opinando, dunque, il giudizio di qualificazione si fonderà sul riscontro che nel caso concreto sussistano (non tutti ma) sufficienti elementi che consentano la riconduzione, *per approssimazione*, del caso concreto nella fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. (c.d. metodo tipologico).

La prestazione di lavoro, cioè, si configura come *la prestazione*[753] *propriamente specifica e conformatrice*[754] *del rapporto,* rappresentando, in tal modo, il *parametro di riferimento negoziale*[755] per cui il rapporto stesso si costituisce; sotto il profilo *ontologico* della natura giuridica, si tratterà di un *obbligo primario*[756] *di fare*[757] che impone un *comportamento specifico* ritenuto dall'ordinamento, *ex se,* come idoneo a soddisfare *l'interesse*[758] protetto dalla sua imposizione.

Ad esso[759] non corrisponderà, però, una *facoltà* ma una mera *pretesa*[760] in capo al soggetto attivo del rapporto obbligatorio a guisa che il datore di lavoro non potrà, con il suo comportamento, soddisfare l'interesse che il diritto protegge con l'imposizione

---

Evidentemente, il rischio sotteso a tale ultima prospettiva è quello di favorire una incontrollata tendenza espansiva della nozione di subordinazione e degli effetti normativi ad essa collegati privilegiando, in tal modo, *indici sociali e fattuali* (o esigenze di coscienza sociale) piuttosto che rigorosi parametri normativi caratterizzanti *ex lege* il tipo contrattuale in oggetto (art. 2094 c.c.).
In materia, per ulteriori approfondimenti dottrinali, cfr. Del Conte M., *Lavoro autonomo e lavoro subordinato: la volontà e gli indici di denotazione* in *Orient. Giur. Lav.*, 1995; De Nova., *Il tipo contrattuale,* Cedam, Padova, 1974; Nogler., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1990; Id., *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa* in *Arg. Dir. Lav.*, 2002; Proia., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categoria definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.,* 2003; Castelvetri., *Perché discutere (ancora) di alternativa tra contratto e rapporto di lavoro?* in *Dir. Rel. Ind.*, 2002

[753] In riferimento alla determinazione della nozione stessa di *"prestazione" del lavoratore* nel contratto di lavoro subordinato, peculiare la posizione della Suprema Corte (Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755) per la quale "…*occorre soffermarsi sui caratteri concreti del facere incombente sul prestatore… interpretando e, se occorre, integrando (artt. 1374 e 1375 c.c.) la fonte dell'obbligazione legale o negoziale..E può non essere sufficiente la ricostruzione dell'originaria volontà negoziale quando, come per lo più avviene, venga programmata la rilevanza di successivi eventi: in tal caso, interpretazione ed applicazione riferite al tipo contrattuale e alla categoria dell'obbligazione permettono, insieme ai criteri di correttezza e di buona fede oggettiva (art. 1175, 1366, 1375 c.c.) di determinare il comportamento dedotto in obbligazione…".*

[754] Così Santoro Passarelli., *Nozioni di diritto del lavoro., op. cit.,*

[755] In tal senso, tra tutti, cfr. Cavallo., *Lo status professionale,* Milano, 1967

[756] Secondo la teoria generale del diritto, sono *obblighi primari* i c.d. *obblighi di comportamento* direttamente indirizzati alla soddisfazione dell'interesse creditorio; quest'ultimi (i.e., obblighi primari) si "contrappongono" ai c.d. *obblighi secondari*, ovvero quelli che "…*si risolvono nella necessità di non svolgere il proprio interesse… che ha sempre un carattere essenzialmente negativo…*a guisa che *ogni obbligo… ha per contenuto una astensione… o meglio una patientia: in particolare, l'obbligo di dare veramente si risolve in un lasciar prendere… e l'obbligo di fare, ugualmente, in un lasciar godere, in certi modi o forme, l'uomo creditore…"* (così Carnelutti., *Teoria gen. del dir. civ., op. cit.,).*

[757] Così opinando si ha riguardo alla tradizionale concezione romanistica che assegnava alle obbligazioni la triplice funzione di vincolare "…*ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum…"* (D. 44, 7, 3); sull'artificiosità della suddetta tripartizione sistematica nonché in relazione alla sua controversa matrice storica, cfr. Grosso., (voce) *Obbligazione* ,Torino, 1947; Albertario., voce *Obbligazione,* in *Enc. Italiana,* vol. XXV

[758] Ancora una volta rileva la eco normativa di cui all'art. 1174 c.c. in termini di *suscettibilità di valutazione economica della condotta obbligatoria* e di *proiezione finalistica della prestazione alla soddisfazione dell'interesse creditorio*; sul punto, tra tutti, cfr. Giorgianni., *L'obbligazione., op. cit.,*

[759] I.e., obbligo primario di fare (prestazione lavorativa)

[760] Da ciò deriverà il complesso dei poteri (unilaterali) di prerogativa datoriale sui quali ci soffermeremo nel paragrafo che segue (potere direttivo, potere di controllo e potere disciplinare)

dell'obbligo ma, piuttosto, a fronte alla *obbligazione di lavorare* del prestatore, (il suddetto datore di lavoro) rileverà in semplice posizione di *attesa.*[761]

Ciò premesso, residua di fissare l'*oggetto*[762] della *obbligazione di lavoro*[763] che, al di là dell'assai controverso panorama teorico di riferimento, dovrebbe potersi individuare nella c.d. *assegnazione delle mansioni*[764] in quanto in essa si andrebbe a realizzare il

---

[761] Sull'ampio tema si rinvia al capitolo secondo nell'ambito del quale si è analizzata la caratterizzazione della prestazione lavorativa nei suoi aspetti differenziali rispetto al modello negoziale della locazione (locatio- conductio) e della compravendita (emptio-venditio)

[762] Sul tema, ampia la bibliografia di riferimento; tra tutti, cfr. Carnelutti., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916; Id., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1928; Mengoni., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952; Falzea., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947; Schlesinger., *Riflessioni sulla restazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, Milano, 1967; Cattaneo., *La cooperazione del creditore nell'adempimento*, Milano, 1964;Ghezzi., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; Persiani., *Rapporto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; Aranguren., *La qualifica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1961; Giugni., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963; Cassì., *La durata della prestazione di lavoro*, Milano, 1956

[763] Per analizzare la questione si impone, in via preliminare e assolutamente sintetica, una breve disamina sullo stato dell'arte in materia di *oggetto dell'obbligazione* in generale.

Secondo la impostazione teorica più risalente e tradizionale, la configurazione dei diritti di credito avrebbe dovuto necessariamente modellarsi su quella dei diritti reali in quanto "*…tutti gli obblighi…altro non sarebbero che articolazioni correlativi di una facoltà attiva…*" (così Savigny., *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1851; Binder., *Der Gegenstand* in *Zeitschrift Handelsr*, 1907); tale tesi – seguendo la quale si dovrebbe concludere nel senso che oggetto dei diritti di credito sia la stessa persona del debitore – risulta (però) ormai del tutto superata in quanto la dottrina civilistica più moderna considera oggetto dell'obbligazione (e, insieme, del diritto di credito che le corrisponde) la *condotta obbligatoria* cui si da il nome di *prestazione* (in tal senso, tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.;* Giorgianni., *L'obbligazione., op. cit;* Scuto., *Teoria generale delle obbligazioni., op. cit.;* Andreoli., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937; Barassi., *Obbligazioni*, Milano, 1934; Coviello., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano,1929; Macchia., *Il dovere giuridico del debitore*, in *Scritti in onore di A. Ascoli*, Messina, 1929).

In tale prospettiva di indagine, pertanto, l'obbligazione di lavoro finisce per rilevare come una tipica *obbligazione di contegno* che impone al prestatore di tenere un certo comportamento e non già di raggiungere, tramite lo stesso (comportamento), un risultato ulteriore e diverso da quello dedotto in contratto; stando così le cose ne consegue che – salvo casi ed ipotesi eccezionali (tra tutti si pensi alla fattispecie del lavoro ripartito ex. art. 41 e ss. D. lgs. 276/2003) – in forza della c.d. *infungibilità soggettiva* della prestazione non dovrebbero trovare applicazione le norme sull'adempimento del terzo, sull'esecuzione forzata e, in generale, tutte le disposizioni dettate per i casi in cui l'obbligazione abbia per oggetto, anziché la condotta obbligatoria, il suo risultato.

In tal senso, tra tutti, cfr. Suppiej., *Il rapporto di lavoro, op. cit.,* per il quale "*…l'oggetto della obbligazione di lavoro soddisfa un interesse che, dal punto di vista naturalistico, è strumentale e può definirsi primario o finale solo dal punto di vista della qualificazione giuridica…perché giuridicamente protetto indipendentemente dala sua correlazione con un interesse ulteriore….*".

[764] Al riguardo, la Suprema Corte (cfr. Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755) ha precisato che "*…quanto alle mansioni… esse possono consistere in una determinata attività oppure possono essere scomposte in attività più specifiche o, viceversa, raggruppate secondo criteri di omogeneità… nei contratti collettivi si parla spesso di profili come insieme di mansioni normalmente attribuite, a volte talmente vasti da configurare veri e propri mestieri… stando così le cose ne consegue che…nei casi in cui la prestazione sia molto semplice ed inserita in una organizzazione del lavoro estremamente divisa, il mutamento di attività comporta facilmente il mutamento di mansione…dove, invece, le mansioni siano complesse, il che avviene frequentemente con la diffuisione e il perfezionamento delle macchine,esse possono comprendere*

(dialettico) *punto di convergenza*[765] tra l'*esigenza*[766] *(e/o opportunità) del lavoratore* di svolgere una attività per la quale ritiene di possedere le competenze e le esperienze richieste, da un lato, e l' *esigenza (e/o interesse)* del datore di lavoro di "adibire" il dipendente all'espletamento di una attività in cui, secondo la sua discrezionale valutazione, possa collaborare, nel miglior modo, nella realizzazione dei fini dell'azienda[767], dall'altro.

In tal senso, sembrerebbe doversi affermare la valenza *elastica*[768] del contenuto giuridico dell'obbligazione del prestatore, a voler con ciò indicare che l'oggetto specifico del sinallagma lavoristico si andrebbe a caratterizzare per la sua *valenza bifasica*_in termini di *determinabilità ex ante*[769] *e determinatezza ex post*[770] della

---

più attività e più facile è il passaggio a manioni equivalenti…. In tal caso suole parlarsi di mansione polivalente …"

[765] Infatti, è proprio in questo contesto di riferimento che, astrattamente, potrebbe verificarsi *l'attrito* fra il potere del datore di lavoro di conformare alle sue direttive e al raggiungimento dei suoi obiettivi la prestazione lavorativa, eventualmente modificandone il contenuto, e l'interesse e il diritto del lavoratore di espletare le mansioni pattuite o altre che non risultino lesive della sua posizione in azienda o, addirittura, ne segnino il miglioramento

[766] A tal riguardo è interessante capire se si possa configurare, in capo al lavoratore, un vero e proprio interesse all'esecuzione della prestazione cui è stato adibito; al riguardo, ritengo che la risposta debba essere senz'altro positiva anche sotto un profilo di stretto rigore civilistico; più in particolare, l'interesse del lavoratore allo svolgimento delle sue mansioni può leggersi in chiave "comparatistica" (e per analogia) con l'interesse di ogni debitore all'adempimento desumibile, quest'ultimo – mediante una argomentazione *a contrario* – ex. art. 1180 c.c., comma secondo, allorchè si recita che "….*il creditore…può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione…".* Sul punto, tra tutti, si rinvia a Bianca., *Diritto Civile, L'obbligazione, op. cit.,*

[767] In altri termini, in tal modo risulta coniugato, nella prospettiva lavoristica, il significato precettivo ex. art. 1174 c.c. che stigmatizza ed enuclea le caratterizzazioni necessarie ed insostituibili di qualsivoglia rapporto oblligatorio vincolante per legge:_si tratta della a) *suscettibilità di valutazione economica della prestazione* in riferimento alla quale già si è detto (cfr. capitolo che precede, in particolare il paragrafo secondo) trattando della retribuzione come *proiezione patrimoniale* di una *prestazione non esclusivamente tale* (ovvero di rilievo ecomico/patrimoniale) e della b) *rispondenza della stessa prestazione ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*.

Quest'ultimo aspetto (sub b) "regge" il sinallagma lavoristico a guisa da permettere lo "scambio" tra lavoro e retribuzione in conseguenza dell'interesse del datore di lavoro a "ricevere" la prestazione nel perseguimento dei suoi obiettivi di impresa; sul punto si rinvia a quanto sin qui considerato nel corso del presente paragrafo.

[768] In forza dello *ius variandi* ex. art. 2103 c.c. riconosciuto in capo al datore di lavoro; si rinvia al proseguo

[769] Tale caratterizzazione normativa dell'oggetto del contratto è tipica, del resto, dei c.d. *rapporti contrattuali di durata* quale è quello di lavoro ed è tale (la suddetta caratterizzazione dell'oggetto negoziale in termini di *determinabilità ex ante e determinatezza ex post*) da giustificare e "fondare", come vedremo nel paragrafo che segue, la stessa *ratio* del *potere direttivo* dell'imprenditore come *determinazione, a posteriori, del singolo contenuto concreto della prestazione da eseguire nei limiti della variabilità concordata ed* intrinsecamente caratterizzante il concetto stesso di mansioni.

In tal senso, anche Suppiej., *op. cit.*, per il quale "…*l'oggetto della obbligazione di lavoro è determinato solo nel genere…essendo destinato ad essere poi specificato dal datore di lavoro nel corso dell'esecuzione del rapporto…."*

prestazione dedotta nel titolo obbligatorio, in piena conformità con la previsione (generale) normativa in materia di diritto comune dei contratti allorchè, all'art. 1346 c.c., il legislatore fissa espressamente i *requisiti minimi*[771] dell'oggetto contrattuale *sub specie*, appunto di *determinabilità* e/o *determinatezza* dello stesso[772].

Più in particolare, il parametro normativo di riferimento è quello ex. art. 2103 c.c.[773] che utilizza l'espressione "*mansioni"* desunta dalla pratica aziendale e dalla contrattazione collettiva anteriori;[774] tale disposizione – stabilendo che il *prestatore di lavoro deve*

---

[770] In tal senso anche Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755 la quale, con riferimento alle mansioni, si esprime nel senso che "*…l'oggetto del contratto deve essere determinato o almeno determinabile, ai sensi dell'art. 1346 c.c.….ma date le peculiari caratteristiche , di regola tale requisito viene specificato in ogni momento di attuazione del rapporto mentre, quando esso venga indicato nel documento contrattuale, è sufficiente una previsione generica…tanto più che è difficile immaginare la nullità diun contratto di lavoro per indeterminabilità dell'oggetto…"*

[771] Oltre alla *possibilità e liceità* (sempre) ex. art. 1346 c.c.

[772] Al riguardo è da considerare che la giurisprudenza non è ancora giunta a definire le condizioni minime di determinatezza dell'oggetto, lasciando, quindi, alla formula del contenuto "determinabile" un significato estremamente generico ed elastico; si spiega così la diffidenza di quella dottrina che constata l'impossibilità di tradurre la "regola" in questione (determinatezza e/o determinabilità) in una tecnica di giudizio sufficientemente univoca, allo scopo di costituire un utile strumento operativo a disposizione delle parti. In tal senso, tra tutti, cfr. Roppo.,(in *Giur. It.*, 1979, I, 2, 146) il quale denuncia anche il pericolo che la pretesa "indeterminatezza" dell'oggetto possa prestarsi a facili elusioni *in malam partem* della disciplina positiva e pattizia posta in essere.

Ciò premesso – e tentando una sistemazione unitaria della questione – è possibile affermare che *il rapporto contrattuale può dirsi determinabile (solo) quando i criteri convenzionali o legali ne consentano di fissarne il contenuto;* in ogni caso è da precisare che, secondo la giurisprudenza più consolidata, la determinabilità del rapporto rimessa ad elementi esterni all'atto negoziale non potrà , tuttavia, essere totale in quanto *il nucleo essenziale del rapporto contrattuale deve essere direttamente stabilito dalle parti.*

Più in particolare – così Bianca., *op. cit.* – "*…occorre rilevare che il requisito della determinabilità o determinatezza dell'oggetto espime una elementare esigenza di concretezza dell'atto contrattuale e, cioè, l'esigenza che le parti sappiano , fondamentalmente, quale è l'impegno che assumono…*"; *ergo* – così continua il sopracitato autore – "*..non basta che il contratto indichi i criteri per la determinazione del rapporto…ma occorre che risulti già la causa e la natura delle prestazioni principali….*".

[773] In tal senso anche la Suprema Corte (Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755) per la quale "*…entro i limiti stabiliti dall'art. 2103 c.c. può esercitarsi il potere determinativo del datore di lavoro il quale deve altresì, nel corso del rapporto, cominicare per iscritto al lavoratore le modifiche degli elementi della prestazione… non derivanti direttamente da legge, regolamento o contratto collettivo…tali limiti assumono, così, un carattere decisivo e servono, da una parte, a tutelare l'interesse del lavoratore a cui la controparte non può richiedere la collaborazione ad libitum… e, dall'altra, …l'interesse del datore di lavoro i cui doveri di cooperare per l'esecuzione del contratto non possono superarne i limiti oggettivi…."*

[774] Sotto un profilo di indagine *storico-sistematica*, si osservi come l'articolo 89 del Progetto Preliminare del libro V del codice civile non parlava di mansioni ma, piuttosto – sotto la rubrica "*attività convenuta"* – utilizzava la distinta perifrasi normativa in termini di *esecuzione del lavoro per cui (il prestatore) è stato assunto"* e di "*…attività…pattuita.";* l'odierna (e vigente) espressione "mansioni", dunque, fu successiva e, segnatamente, è stata introdotta dalla Commissione Ministeriale nel testo definitivo del Codice e poi, con la modifica apportata dallo Statuto dei Lavoratori, è passata anche nella rubrica dell'articolo.

essere adibito[775] *alle mansioni per le quali è stato assunto*[776] – non fa altro che sancire il principio della c.d. *contrattualità delle mansioni*[777] in forza del quale dovrà concludersi nel senso che, per identificare il *tipo di attività*[778] che costituisce oggetto dell'obbligazione di lavoro di ogni prestatore, bisogna fare riferimento alla *comune volontà delle parti*[779] e, quindi, ancora una volta – sebbene per diverse vie di indagine – la *dimensione negoziale* ex. art. 1321 c.c. finisce per rilevare come l'unica *possibilità*

---

[775] Si ricordi, al fine di evitare equivoci interpretativi nell'ambito di quanto segue, che la nozione di *mansione* non equivale in alcun modo a a quella di *qualifica* anche se spesso i due termini si usano con valenza sinonimica; sotto un profilo di rigore scientifico, infatti, è da precisare che *le mansioni stanno ad indicare i modelli o tipi in base ai quali le prestazioni lavorative si forgiano, secondo le esigenze aziendali, mentre la qualifica sta ad indicare l'inquadramento del lavoratore per le mansioni assegnategli in una categoria o grado o livello, a seconda la terminologia adottata, che costituisce il dato di riferimento per le condizioni di trattamento economico e normativo alla stregua della fonte regolatrice del rapporto di lavoro*

[776] Al riguardo, la Suprema Corte (Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755) precisa che "*…l'art. 2103 c.c.…. individua l'oggetto del contratto non solo nelle mansioni indicate al momento dell'assunzione ma anche in quelle corrispondenti alla categoria superiore successivamente acquisita o in quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte…"*

[777] In tal senso, tra tutti, cfr. Persiani., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori,* in *Dir. Lav.*, 1971, I; Traversa., *L'assegnazione delle mansioni,* in *L'applicazione dello Statuto dei Lavoratori, tendenze e orientamenti,* Milano, 1973.*Contra,* fra tutti, cfr. Scognamiglio., (*Mansioni e qualifiche dei lavoratori; evoluzione e crisi dei principi tradizionali,* in *Riv. Giur. Lav*., 1973) per il quale tale principio (della contrattualità delle mansioni) proporrebbe "… *una immagine riduttiva e parziale di una realtà ben più complessa…"* e, così opinando, il sopracitato autore giunge, per altra via, ad una ulteriore eco speculativa della concezione *acontrattualistica ed acausalistica* del rapporto di lavoro. In tal senso, sempre dello stesso autore (Scognamiglio) cfr. *Osservazioni sull'art. 13 dello Statuto dei diritti del lavoratore,* in *Orientamenti,* 1972; Id., *Professionalità e carriera: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali,* in *Ist. Studi Sindacali e del Lav. di Firenze, Professionalità e carriera nel rapporto di lavoro subordinato,* Milano, 1978

[778] In forza del suddetto principio della c.d. *contrattualità delle mansioni,* è da precisare, tuttavia, che è necessario avere riguardo alle *mansioni effettivamente assegnate* e non già a quelle risultanti dalla qualificata formalmente indicata o dalla categoria di inquadramento eventualmente non corrispondenti alle mansioni realmente svolte dal prestatore.

Rebus sic stantibus, ci si chieda cosa accada nel caso in cui si dovesse registrare un (effettivo) scostamento tra *mansioni contrattuali apparenti e fittizie e mansioni effettivamente svolte?* Al riguardo, anche in siffatte ipotesi, non sembra in alcun modo vacillare il principio della c.d. contrattualità delle mansioni; piuttosto, in applicazione delle regole generali in materia di simulazione ex. art. 1414 c.c., è da concludere nel senso che *dovranno prevalere le mansioni contrattuali reali in quanto soltante queste avranno valore giuridico nei rapporti inter partes nella stessa misura in cui, mutatis mutandis, il contratto simulato non ha effetto tra le parti* (ex. art. 1414 c.c., comma primo) *rilevando, purchè ne sussistano i requisiti di forma e di sostanza, il contratto dissimulato tra i paciscenti* (ex. art. 1414 c.c., comma secondo).

Ergo, concludendo, il principio della c.d. *effettività delle mansioni* si coniuga con quello (già analizzato) della *contrattualità delle stesse* a guisa da realizzare e "sancire", ancora una volta, il "dogma" di *preminenza del contratto reale su quello apparente* e, quindi – in ottica traslata e ai fini che a noi interessano – *una ulteriore affermazione della tesi contrattualistica e causalistica del rapporto di lavoro* rispetto a qualsivoglia tentativo opposto (e, quindi, di matrice istituzionale o, *rectius, anticausale*) di ricostruzione teorica della fattispecie in esame.

[779] In piena conformità con la previsione normativa principale in materia di *interpretazione del contratto* ex. art. 1362 c.c. e ss.

normativa[780] idonea a spiegare (in concreto) il sinallagma lavoristico anche nella sua proiezione *attuativa* o, *rectius,* nel suo *fisiologico profilo "pragmatico" in executivis.*[781] *Rebus sic stantibus*, però, residua di individuare il *limite oggettivo* che rende *ammissibile* la determinazione dell'oggetto della prestazione lavorativa *per relationem* o, in altri termini, *sub specie* di *determinabilità* (e non già, senz'altro, *determinatezza ex ante*) della stessa; al riguardo, la soluzione teorica alla questione che ci occupa è da rinvenire nella nozione stessa del c.d. *ius variandi*[782] (ad opera di parte datoriale) che opera come una sorta di *valvola negoziale intermedia*[783] tra *riserve costituzionali in favor alla libertà della iniziativa economica privata ex. art. 41 della Carta Fondamentale*[784] e *prospettive negoziali* di riferimento[785] che "esigono", per definizione,[786] una *preventiva e concordata fissazione dell'alea di rischio*[787] *incombente su ciascuno dei paciscenti nonché una (altrettanto concordata) individuazione del contenuto "precettivo" del proprio obbligo negoziale dedotto nella lex contractus*[788].

Proprio in questi termini, a parer mio, è da leggere la *ratio essendi* del potere modificativo[789] della prestazione riconosciuto, *ex lege*, in capo al datore di lavoro, a

---

[780] Si tratta di una (ulteriore) "vittoria" della tesi *causalistica* del rapporto di lavoro che si è fin qui cercato di dimostrare

[781] In tal senso, tra tutti, cfr. Gazzoni., *op. cit.,*

[782] Si tratta del potere di variare le mansioni o allo scopo di realizzare l'utilizzo ottimale della capacità ed esperienza del dipendente o allo scopo di fronteggiare esigenze organizzative di carattere temporaneo o permanente; come risulta da quanto sin qui argomentato, la base materiale della legittimazione del potere modificativo è il c.d. *dinamismo della realtà tecnico-organizzativa dell'impresa* a cui deve poter corrispondere una adeguata flessibilità nella gestione della forza lavoro

Tale ius variandi, dunque, è da considerare come una *articolazione e/o declinazione funzionalmente orientata* del ben più ampio *potere direttivo* dell'imprenditore di cui ci occuperemo nell'ambito del paragrafo che segue

[783] O, in altri termini, *sub specie* di *appendice contrattuale di seconda generazione*, seguendo una alternativa (ma di valenza sinonimica) caratterizzazione teorica di matrice civilisitica; tra tutti, in tal senso, cfr. Caringella., *Studi di diritto civile, op. cit.,*

[784] Da tale disposizione costituzionale deriva, si ricordi, il principio della c.d. *insindacabilità, nel merito, delle scelte imprenditoriali* altrimenti conosciuto, con terminologia anglosassone, *sub specie* di *businnes judgment rule* (sul punto, si rinvia al cap. I, par. 4, pagg. 53 e ss)

[785] Quali quelle insite nel rapporto di lavoro, nella sua *dimensione contrattuale,* nei termini in cui sin qui argomentati; si rinvia allo studio di cui al capitolo che precede

[786] A meno di non voler concludere circa la sussistenza di una fattispecie negoziale *aleatoria*, di difficile compatibilità logico-giuridica con le caratterizzazioni normative più peculiari del tipo legale contrattuale ex. art. 2094 c.c.

[787] Tipica dei contratti commutativi

[788] Quanto affermato rileva in piena conformità con il principio dogmatico della c.d. *certezza negoziale del regolamento pattizio;* sul punto, tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.,*

[789] O, *rectius, ius variandi*

guisa che esso,[790] quindi, risulterà di *matrice negoziale* non già per *genesi*[791] ma (piuttosto) per *funzione*[792] nella misura in cui sia idoneo, in concreto, a "sanare" l'eventuale *contrasto* tra l'interesse del lavoratore ad espletare le mansioni pattuite o acquisite nel corso del rapporto di lavoro e la *facoltà* del datore di lavoro di conformare la prestazione lavorativa secondo le esigenze e la possibilità dell'organizzazione aziendale[793].

In questo complesso quadro teorico, il parametro di riferimento più certo[794] lo si dovrà individuare nella nozione di *equivalenza*[795] *delle mansioni* da intendere, quest'ultima[796],

---

[790] I..e., il suddetto potere modificativo del datore di lavoro o, *rectius, ius variandi*

[791] In quanto trattasi di potere ad esercizio unilaterale di (soltanto) una parte del contratto, id est, il creditore della prestazione lavorativa

[792] Ho volutamente utilizzato questa "peculiare" espressione (i.e., *negozialità non per genesi ma per funzione)* ad indicare che, personalmente, lo *ius variandi* del datore di lavoro andrebbe ad acquisire una qualche "valenza pattizia" nel senso che sarebbe quello *strumento negozialmente accessorio (*nonché *strumentalmente necessario)* per "attuare" il principio civilistico generale in materia di oggetto del contratto ex. art. 1346 c.c. atteso che, come sostenuto *retro,* le mansioni si caratterizzano per la loro *fisiologica caratterizzazione concettuale* in termini di *determinabilità ex ante* e *determinatezza ex post;* lo ius variandi, cioè, potrebbe leggersi in chiave negoziale in quanto andrebbe ad "assicurare", nei limiti previsti dall'art. 2103 c.c., il legittimo passaggio dalla nozione di *determinabilità* a quella di *determinatezza* e, almeno personalmente, non ritengo si possa opporre, a tale ricostruzione, l'eventuale obiezione di un potere unilaterale *sfuggente* al controllo delle parti e, in quanto tale, necessariamente in contrasto con la natura negoziale del contratto. Piuttosto, lo *ius variandi* opererebbe nell'ambito di "parametri" ben negoziati dalle parti (in termini di *determinabilità* delle mansioni) e rigorosamente garantiti dalla legge ai sensi dell'art. 2103 c.c.; il datore di lavoro, infatti, eserciterà il suo potere unilaterale nell'ambito del *genus contrattato* (ancora una volta, determinabilità ex. art. 1346 c.c.) potendo, di volta in volta, modificarne soltanto la *species* (in termini di determinatezza) nell'ambito del suddetto ed intangibile *genus* convenuto e negoziato.
E nemmeno risolutiva sembra essere la tesi per cui, così opinando, il lavoratore sarebbe soggetto ad una *inaccettabile alea* (in forza dell'esercizio unilaterale del suddetto ius variandi) nell'ambito di un rapporto negoziale commutativo (e non già aleatorio) quale quello di lavoro; piuttosto, si tratterebbe di quella *minima entità di rischio* che è *fisiologicamente connaturata a qualsivoglia fattispecie negoziale* nella sua naturale *vocazione giuridica di sintesi* di un *conflitto (iniziale) di interessi (fra le parti)* poi "risolto" nella *lex contractus* pattiziamente concordata.

[793] Così argomentando si riesce a spiegare, peraltro, – per altre vie rispetto a quelle già seguite (cfr. capitolo II e III – il problema della *compatibilità logico-giuridica* tra *potere unilaterale* e natura *contrattuale della fattispecie negoziale di riferimento* (ovvero, nel caso di specie, quella del contratto di lavoro)

[794] Al di là del principio della c.d. *irriducibilità della retribuzione* ex. art. 2103 c.c. allorchè il legislatore, nel disciplinare lo *ius variandi,* prevede espressamente che esso non possa in alcun caso comportare "*…alcuna diminuzione della retribuzione…"*

[795] Al fine di delimitare il concetto di "mansioni equivalenti" (di cui all'art. 2103 c.c.) alle quali può essere legittimamente adibito il lavoratore, la giurisprudenza ha proceduto sotto un duplice versante; da un lato, sotto il profilo *oggettivo,* ha richiesto che le mansioni iniziali e quelle di destinazione debbano essere incluse nella stessa area professionale e salariale e, dall'altro – ovvero sul versante *soggettivo* – si è precisato che le mansioni devono essere professionalmente affini nel senso che le nuove (mansioni) devono essere tali da armonizzarsi con le capacità professionali già acquisite durante il rapporto lavorativo "*…consentendone ulteriori affinamenti e sviluppi…e impedendo, di contro, qualsiasi degrado o mortificazione della persona del dipendente"* (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 19 luglio 1990 n. 7370).
Al riguardo, tra tutte, peculiare la posizione assunta da Cass., 1 settembre 2000 n. 11457 per la quale "*…equivalenza non significa identità di mansioni…ben potendo essere chiesto al lavoratore – nel caso*

non già in maniera *formalistica ed elusiva*[797] ma, piuttosto, in termini *finalisticamente orientati* all'interesse tutelato dalla norma in esame; pertanto, atteso che *l'oggetto giuridico protetto* è la *professionalità*[798] *del prestatore*, il *discrimen*[799] tra legittimo ed

---

che le vecchie e nuove mansioni presentino un tasso non marginale di omogeneità – di utilizzare l'esperienza pregressa in una distinta funzione e di esercitare, quindi, anche compiti diversi che consentano – unitamente ad una utilizzazione delle già acquisite capacità – un accrescimento della sua professionalità, garantendone una più articolata e qualificata collocazione nell'ambito della organizzazione produttiva….il tutto in una doverosa lettura del dato normativo che risponda… ad una nozione di professionalità dinamica che, dovendo necessariamente presentarsi in forme più articolate ed arricchite, lungi da arrecare un pregiudizio alla persona del lavoratore, ne salvaguardi e valorizzi, invece, la sua dignità…."

[796] Ci si riferisce alla suddetta equivalenza delle mansioni

[797] A guisa da legittimare "…*ingiustificate inerzie, pigrizie ed ingiustificati rifiuti che, oltre ad incidere negativamente sull'organizzazione produttiva dell'impresa, si traducono in un preconcetto rifiuto a processi di aggiornamento e affinamento della professionalità già acquisita…"* (cos' Cass., 1 settembre 2000 n. 11457)

[798] Così la giurisprudenza, ormai consolidata, della Suprema Corte per la quale "…*coerente con lo spirito informatore il vigente articolo 2103 c.c. è, pertanto, l'affermazione che detta norma sia tesa a far salvo il diritto del lavoratore all'utilizzazione, al perfezionamento ed all'accrescimento del proprio corredo di nozioni di esperienza e di perizia acquisita nella fase pregressa del rapporto… ed a impedire, conseguentemente, che le nuove mansioni determinino una perdita delle potenzialità acquisite o affinate sino a quel momento o che per altro verso comportino una sottoutilizzazione del patrimonio professionale del lavoratore…avendosi riguardo non solo alla natura intrinseca delle attività esplicate dal lavoratore…ma anche al degrado di autonomia e discrezionalità del loro esercizio…nonché alla posizione del dipendente nel contesto dell'organizzazione aziendale del lavoro…." (*in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 10 aprile 1996 n. 3340; Cass., 5 ottobre 1995 n. 10405; Cass., 13 novembre 1991 n. 12088; Cass., 10 febbraio 1988 n. 1437; Cass., 5 ottobre 1995 n. 10405; Cass., 14 luglio 1993 n. 7789).

In altri termni, la "professionalità" può essere definita come il *bagaglio di esperienza tecnico professionali* accumulato dal lavoratore nel corso del rapporto di lavoro e dallo stesso utilizzato per l'esecuzione della prestazione lavorativa; essa (i.e., professionalità), dunque, costituisce un bene autonomo del lavoratore, degno di protezione *ex se* e suscettibile di essere leso dalla adibizione allo svolgimento di mansioni richiedenti l'impiego di una professionalità di livello inferiore a quella necessaria per lo svolgimento delle mansioni di assunzione.

Concludendo, dunque, il concetto di professionalità assume una duplice rilevanza: a) è criterio della comparazione volta ad appurare il rapporto di equivalenza, superiorità o inferiorità fra le mansioni originariamente concordate e quelle di successiva assegnazione; b) è il bene giuridico cui è teso il sistema di limiti dettato dall'art. 2103 c.c.

[799] Tale *discrimen* è reso ancora più rigoroso nella sua valenza sostanziale ed ontologica dalla previsione di cui all'ultimo comma del citato art. 2103 c.c. ai sensi del quale "… *ogni patto contrario è nullo…"* ; si tratta di una previsione normativa assai importante perché rileva in termini di *limitazione dell'autonomia negoziale in conformità con il carattere inderogabile della disciplina lavoristica.*

Per completezza argomentativa si precisi, tuttavia, che – in via giurisprudenziale – la Suprema Corte ha individuato dei "casi limite" in cui sarebbe possibile, tuttavia, operare il c.d. demansionamento; si tratta di ipotesi in cui l'alternativa allo stesso (demansionamento) sarebbe senz'altro (ed inevitabilmente!) il licenziamento individuale per ragioni di impresa (c.d. *giustificato motivo oggettivo)* ex. art. 3 della legge 604/1966 (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755). In siffatte circostanze, infatti, l'ammissibilità del demansionamento (concordato con il lavoratore) si spiega in termini funzionali alla tutela di un interesse altrettanto rilevante (per lo stesso prestatore) quale è quello del mantenimento del posto di lavoro.

Sul piano legislativo, infine, diverse sono le norme che, sempre a tutela di interessi specifici e di pari rango, ammettono la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori a quelle di assunzione: a) in materia di licenziamenti collettivi, l'art. 4, comma 11, della legge 223/1991 prevede che accordi sindacali, stipulati nel corso delle procedure di mobilità, possano stabilire, in deroga all'art. 2103 c.c., l'assegnazione a mansioni diverse ed inferiori a quelle svolte in precedenza; b) l'art. 7 del D. Lgs. 26

illegittimo esercizio dello *ius variandi*[800] sarà da rinvenire nell'effettiva lesione della

---

marzo 2001 n. 151, consente di adibire le lavoratrici, durante la gestazione e fino a sette mesi dopo il parto, a mansioni inferiori a quelle abituali, conservando la retribuzione e la qualifica originale; c) l'art. 8 del d. lgs. 15 agosto 1991 n. 277, prevede l'allontanamento temporaneo del lavoratore per motivi di salute dalla esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici, con l'eventuale assegnazione di mansioni inferiori; d) l'art. 4, legge 12 marzo 1999 n. 68, infine, dispone che i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle mansioni per infortunio o malattia – con una diminuzione della capacità lavorativa inferiore al 60%, o per violazione, da parte del datore di lavoro, delle norme sulla sicurezza e l'igiene – possono essere addetti a mansioni inferiori

[800] Prima della modifica del vigente art. 2103 c.c. ad opera dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori, la disposizione in esame (art. 2103 c.c.) poneva due limiti all'esercizio dello *ius variandi:* uno concerneva le esigenze del datore di lavoro e si esplicitava nel richiamo alle c.d. *"esigenze dell'imprese"* mentre l'altro, relativo al prestatore, concerneva la tutela della c.d. *"posizione sostanziale"* dello stesso (prestatore).
Quanto al primo aspetto (i.e., le c.d. *"esigenze dell'impresa"*), si aveva riguardo alla carenza del personale per l'espletamento di determinate mansioni che potevano essere integralmente soddisfatte solo con lo spostamento di lavoratori da mansioni diverse; più in particolare, rilevavano le esigenze aziendali dipendenti da una situazione tecnico-organizzativa relativa all'unità produttiva nella quale il lavoratore fosse inserito e, pertanto, (le suddette esigenze di impresa) attenevano al sopravvenire di una situazione che imponesse un intervento decisionale dell'imprenditore e giustificasse il ricorso allo *ius variandi* come ad uno degli strumenti tecnicamente (più) idonei alla realizzazione degli obiettivi economici (imprenditoriali) ex. art. 41 della carta Fondamentale.
Stando così le cose, quali circostanze potessero giustificare, in concreto, l'esercizio dello *ius variandi* non era chiarito dalla norma il cui contenuto, quindi, doveva essere (necessariamente) integrato da regole di esperienza che non erano peraltro codificate ed il cui accertamento implicava una ampia dose di discrezionalità nel giudizio a guisa che, secondo l'interpretazione maggioritaria, si giungeva al paradosso logico per cui *il ricorso alla ius variandi era giustificato anche in caso di sciopero per attenuare le conseguenze dello stesso.*
L'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori recepisce la illustrata nozione di "esigenze dell'impresa" attraverso la più congrua espressione rilevante in termini di *"ragioni tecniche, organizzative e produttive"* e, anche in caso di assegnazione a mansioni superiori, legittima l'esercizio dello *ius variandi* solo in caso di *sostituzione di lavoratore assente per un evento che importi la conservazione del posto*.
Quanto al secondo profilo di indagine (i.e., il rispetto della c.d. *posizione sostanziale* del lavoratore), esso implicava quattro aree di riferimento.
La prima concerneva il c.d. *limite relativo alla natura delle nuove mansioni ed alla loro affinità con quelle (mansioni) di assunzione;* in tal senso, è da ricordare come l'area di estensione della esigibilità delle nuove mansioni varia a seconda delle circostanze di fatto sussistenti ed implica, in ogni caso, una prudente valutazione del caso concreto.
In particolare, l'esercizio dello *ius variandi* può determinare sia una *modifica quantitativa* delle mansioni sia una *variazione qualitativa* delle stesse in termini di *assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte all'inizio del rapporto* e ciò potrebbe astrattamente implicare sia la permanenza nella stessa posizione nell'organizzazione della comunità di lavoro sia il "trasferimento" ad una posizione diversa, con conseguente maggior rigore, in quest'ultimo caso (i.e., trasferimento), nella valutazione circa il legittimo esercizio dello *ius variandi.*
Il secondo criterio concerneva il *limite attinente alle attitudini tecniche del lavoratore* ed operava esso stesso come limitazione della prestazione contrattuale gravante sullo stesso (prestatore); su questi, infatti – allorchè venga richiesto di attività non rientranti nella sua qualifica di assunzione e per le quali è privo di attitudine tecnica – graverà una sorta di *onere di denunciatio* nel senso che dovrà far presente tali deficienze se non vuole ricorrere in ipotesi di responsabilità contrattuale in caso di inadempimento atteso che il mero esercizio dello ius variandi *non potrà valere, per ciò solo, come scusante e/o determinazione all'inadempimento* che, pertanto, continuerà a gravare sul prestatore.
Il terzo parametro di riferimento ineriva, invece, al c.d. *limite attinente all'idoneità fisiopsichica del lavoratore*; secondo autorevole dottrina (in tal senso, tra tutti, cfr. Greco., *op. cit.,)* "*…la posizione sostanziale del lavoratore risulterebbe modificata senz'altro se l'imprenditore potesse assegnargli, in sostituzione delle mansioni contrattuali, mansioni diverse per le quali manchi la richiesta idoneità… sicchè il loro espletamento potrebbe arrecare pregiudizio alla sua integrità fisica… senza che abbia*

suddetta *professionalità*[801] in quanto il lavoratore sarà titolare di un *interesse* (giuridicamente rilevante) non solo ad eseguire la prestazione dovuta – onde percepire la retribuzione (corrispettiva) e sottrarsi ad ogni responsabilità per l'inadempimento – ma anche alla realizzazione dei *valori professionali e personali*[802] inerenti alla propria attività (lavorativa) che assumerà (anch'essa), a sua volta, rilevanza giuridica come effetto *mediato* (o, *rectius, riflesso*) dell'obbligo primario di prestare la sua opera[803].

Ciò premesso, è da osservare che concorrono a determinare il contenuto della prestazione (lavoristica) dovuta anche ulteriori "fonti" solo apparentemente *extranegoziali* quali, fra tutte, i c.d. obblighi di *diligenza ed obbedienza* ex. art. 2104 c.c. [804] atteso che quest'ultimi[805] - costituendo specificazioni della stessa obbligazione

---

alcun rilievo la conoscenza, da parte dell'imprenditore, della idoneità a compiti eccedenti le mansioni comprese nella qualifica di assunzione…."

Infine ultimo criterio previsto era quello attinente al c.d. *aggravamento dei rischi*; sul punto, tra tutti, cfr. Giugni., *op. cit.*, per il quale "*…il limite in esame va ricondotto..alla volontà delle parti e ben può intendersi, a questo proposito, che nel rispetto della posizione sostanziale del lavoratore rientri anche la garanzia da eventi pregiudizievoli, non ragionevolmente prevedibili come inerenti all'oggetto dell'accordo contrattuale…";* infatti, continua lo stesso autore, "*…chi abbia dato il proprio consenso per lo svolgimento di una determinata attività, a preferenza di altra meno sana o rischiosa, non può subirne l'imposizione per volontà unilaterale della controparte se non nei limiti di tempo entro i quali la stessa si presenti affatto innocua…."*.

[801] In tal senso, tra tutte, si rinvia alla recente sentenza delle Sezioni Unite Civili (Cass., 12 ottobre/24 novembre 2006) in cui si recita espressamente che "*…il baricentro della disposizione in esame* (art. 2103 c.c., *nella formulazione introdotta dallo Statuto dei Lavoratori* (legge 300/70) *è la proiezione della professionalità acquisita dal prestatore di lavoro…*".

[802] In materia, è palese la eco di natura Costituzionale così come "stigmatizzata" all'art. 2 della Carta Fondamentale e, più in generale, è possibile legare la questione in oggetto alla tematica della c.d. *formazione continua* del lavoratore che parte della recente dottrina (tra tutti, in tal senso, cfr. Roccella., *Manuale di diritto del lavoro., op. cit.,)* continua ad individuare come *elemento caratterizzante ed infungibile nella tutela del lavoro e del prestatore,* quasi si trattasse di un corollario logico di genesi e rango (anche) "sovraordinato" allorche, all'art. 35 della Grundnorm, si recita che "*…la Repubblica cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori…."*.

[803] In tale prospettiva di indagine, pertanto, l'esecuzione della prestazione finisce per rilevare in una peculiare natura *bivalente* nel senso che, da un lato, essa rappresenterà l' *id est* dell'obbligo contrattuale (ex. art. 2094 c.c.) gravante sul lavoratore e, dall'altro, potrebbe anche "leggersi" in chiave di *diritto-interesse* (ex. art. 2103 c.c.) del lavoratore a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto in relazione alla sua *pretesa*, giuridicamente rilevante, a "*…far crescere le proprie competenze e a sviluppare, nel modo migliore, le diverse proiezioni della sua personalità che si trovano coinvolte, a qualsiasi titolo e ragione, nel vincolo obbligatorio-contrattuale stipulato con parte datoriale…"* (così Bettini., *Appunti di diritto del lavoro,* A.A. 2000/2001, Luiss, Roma, Ceradi).

[804] Così recita la disposizione in oggetto: Comma I "*…Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale";* comma II "*…Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende…."*.

[805] I.e., obblighi di diligenza ed obbedienza

lavorativa e non già posizioni *negoziali* autonome[806] – rientrano nell'alveo dei *doveri giuridici*[807] gravanti in capo al prestatore subordinato.

Quanto alla diligenza, di cui alla sopracitata disposizione normativa,[808] essa, al pari di quanto previsto dall'art. 1176 c.c.[809] per le obbligazioni in generale, rappresenta il criterio di *misura*[810] della prestazione (dovuta) del lavoratore a guisa che, dunque, l' *oggetto dell'obbligazione lavorativa* potrebbe sintetizzarsi nella nozione *onnicomprensiva* di *prestazione diligente;* al riguardo, il primo e più importante parametro di riferimento utilizzato dall'art. 2104 c.c. è la c.d. *natura* della prestazione (dovuta) che rinvia, *per relationem*, alla *qualità del lavoro prestato* così come desumibile dalle qualifiche o dai profili professionali che la definiscono. [811]

Non si tratta, tuttavia, dell'unico criterio normativo previsto dal legislatore; la disposizione in oggetto, infatti, richiama anche *l'interesse superiore della produzione nazionale* e l' *interesse dell'impresa* .

Se, in riferimento al primo,[812] si può concludere nel senso che si tratti di una evidente eco[813] storica del regime corporativo che ha segnato la *genesi*[814] della nostra codificazione[815], più controverso resta il significato da attribuire all'ultimo parametro ex. art. 2104 c.c. rilevante, come sopra accennato, in termini di *interesse dell'impresa*[816]*;* sul punto, personalmente – esclusa qualsivoglia *appendice teorica* di rilievo istituzionale[817] – si ritiene doversi affermare che esso[818] sta ad indicare che la

---

[806] In tal senso, tra tutti, cfr. Suppiej., *op. cit.;* Greco., *op. cit.,*

[807] O, rectius, *obblighi giuridici contrattuali* ex. art. 2094 c.c.

[808] Ex. art. 2104 c.c.; cfr. nota 804

[809] La disposizione normativa in esame recita nel senso che "*…nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia…*" (comma I); nel secondo comma si prevede che "*…nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale…la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata…".*

[810] C.d. *diligenza in senso oggettivo*

[811] In tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 20 giugno 2003 n. 9898 in *Mass. Giur. Civ.,* 2003; Cass., 7 gennaio 1995 n. 208 in *Lav. Giur.,* 1995; Cass., 21 marzo 2002 n. 4083 in *Mass. Giur. Civ.,* 2002

[812] Ci si riferisce all'interesse superiore della produzione nazionale

[813] Non si ritiene, infatti, (almeno personalmente), che tale criterio possa in qualche modo equivalere a quello dell'*utilità sociale* di cui all'art. 41 della Carta Fondamentale

[814] Si rinvia all'ampio studio di cui ai capitoli II e III

[815] Al riguardo, però, assai apprezzabile l'interpretazione di Vallebona (*op. cit.,)* per il quale il suddetto riferimento all'*interesse superiore della nazione* può, ancora oggi, conservare un significato "attuale" nel nostro ordinamento non già in relazione all' *utilità sociale (*ex. art. 41 della Carta Fondamentale) – che è un limite all'attività dell'imprenditore – ma, bensì – si cita testualmente – come "*proiezione del generale dovere di solidarietà che riguarda anche i lavoratori subordinati…"*

[816] Si rinvia, al riguardo, all'ampio studio in materia di cui al capitolo che precede

[817] In tal senso anche l'autorevole Mengoni (*Contratto e rapporto di lavoro., op. cit.,*) per il quale si tratta di norme che "*…innegabilmente, sono indici di rilevanza giuridica assegnata dal nuovo codice*

prestazione dovuta dal lavoratore va rapportata, oltre ai caratteri dell'attività lavorativa in senso stretto, (anche) alle particolari esigenze dell'organizzazione in cui il rapporto si inserisce.

In altri termini, il richiamo all'interesse dell'impresa fa sì che la diligenza sia valutata con riguardo alla complessiva attività da svolgere nell'organizzazione e alla possibilità di integrare in questa il comportamento del lavoratore; *ergo,* il suddetto riferimento all'*interesse* dell'impresa sarà da "leggere" (anch'esso) *nell'ottica negoziale di cui all'art. 1174 c.c.*[819] in quanto, rendendo specifico il parametro (nonché il *quantum*) della diligenza richiesta, andrebbe a "correlare" il *modo in cui svolgere la prestazione lavorativa* all'effettivo *interesse del creditore all'adempimento* secondo i principi generali di correttezza e buona fede[820] contrattuale nei rapporti convenzionali *inter partes.*

L'altra "perifrasi normativa" cui fa riferimento l'articolo 2104 c.c., comma secondo, viene usualmente definita in termini di *dovere* di *obbedienza;* quanto alla sua natura giuridica, non si tratta di un *obbligo in senso stretto*[821] ma, piuttosto, di una *posizione di soggezione*[822] atteso che il prestatore, a fronte del potere direttivo[823] del datore di lavoro,

---

all'interesse oggettivo dell'organizzazione nella quale il rapporto di lavoro è integrato dal datore di lavoro…e, in questo senso… si può riconoscere che il rapporto assume, nella considerazione legislativa, carattere di rapporto di organizzazione..Ma ciò non basta per convalidare la tesi…secondo cui la disciplina del lavoro organizzato nell'impresa non si scompone nella disciplina dei singoli contratti di lavoro..bensì assume la struttura unitaria ed organica di statuto dell'imprenditore e dei prestatori di lavoro, cioè di ordinamento costituzionale dell'organizzazione di lavoro (secondo il concetto germanico di Betricbsverfassung) cui si è assoggettati per il fatto dell'appartenenza all'organizzazione….".

[818] I.e., il suddetto parametro "normativo" ex. art. 2104 c.c. in termini di *interesse dell'impresa*

[819] Conformemente a quanto ci si proponeva di dimostrare nell'ambito di questo capitolo al fine di giungere ad una ulteriore conferma della natura *squisitamente negoziale e causale* del rapporto di lavoro

[820] In tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 2 febbraio 2002 n. 1365 in *Giust. CIv.*, 2002

[821] Taluno, in dottrina, ha, pur tuttavia, sostenuto la tesi della valenza giuridica dell'obbedienza in termini di *obbligo di subordinazione;* tra tutti, in tal senso, cfr. Cassì., *La subordinazione., op. cit.,* Napoletano., *Il lavoro subordinato,* Milano, 1956; Lega., *Il potere disciplinare., op. cit.,* Barassi., *Il diritto del lavoro., op. cit.,.;* Riva-Sanseverino., *Dir. del Lav., op. cit;* Id., *Il lavoro nell'impresa., op. cit;* Mazzoni., *Manuale di diritto del lavor., op. cit.,;* Ghidini., *Diritto del lavoro,* Padova, 1981; Angiello., *Autonomia e subordinazione, op. cit; Contra,* tra tutti, cfr. Gasparri., *Osservazioni sulla c.d. subordinazione dei lavoratori, op. cit;* Santoro Passarelli., *Nozioni di diritto del lavoro., op. cit;*

[822] E necessario chiarire che l'imputazione al prestatore di lavoro di una posizione giuridica che si qualifica in termini di *soggezione* non realizza, di per sé, alcuna menomazione della sua personalità o dignità; infatti, in termini tecnici, la *soggezione* indica la posizione giuridica del soggetto nella cui sfera di interessi si producono gli effetti giuridici dell'esercizio di un potere.

In tale accezione intesa, pertanto, la nozione in oggetto (i.e., quella di soggezione) ha valenza *neutrale* a voler con ciò indicare che non si tratterà, necessariamente, di una posizione svantaggiosa in senso economico o tale, comunque, da importare, per sua natura, un generico *assoggettamento alla signoria altrui* (secondo le antiche "formule" della *locatio servi* di tradizione romanistica) lesiva dei diritti inalienabili del soggetto che ne sia investito (in tal senso, tra tutti, cfr. Ferri., *L'autonomia privata., op.*

non può e non deve fare nulla[824] ma, semplicemente, "soggiace[825]" agli effetti giuridici della dichiarazione di volontà[826] dell'imprenditore abilitata, *ex lege,* a modificare la sua sfera giuridica[827] o, *rectius,* a determinare il concreto *quid facere* dovuto ai fini dell'esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto[828]

Più in particolare, l'o*bbedienza*[829] implica l'osservanza delle direttive impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali il prestatore dipende (art. 2104 c.c.) per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro a guisa che l'effetto che si produrrà in capo al lavoratore si potrà senz'altro "sintetizzare" nell' *obbligo* di eseguire tali

---

cit:; e, con specifico riguardo alla posizione del prestatore di lavoro, cfr. Cassì., *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro,* Milano, 1947). Piuttosto, si danno casi in cui la soggezione si connette a situazioni nelle quali chi ne è titolare è investito – per effetto dell'esercizio del potere cui è soggetto o nel quadro della complessiva situazione nella quale il potere altrui si inserisce – di una eminente posizione di supremazia; tra i casi più paradigmatici si pensi, ad esempio, alla s*oggezione* del giudice a fronte del *potere delle parti* di promuovere il processo nonché di consentirne lo svolgimento sotto il profilo probatorio, con particolare riguardo agli ordinamenti ispirati al principio dispositivo (sul punto, tra tutti, cfr. Micheli., *Corso di diritto processuale civile,* Milano, 1959; Carnelutti., *Diritto e Processo., op. cit.,*)

[823] Di cui ci si occuperà nel paragrafo che segue

[824] In tal senso Suppiej., *op. cit.,*

[825] In tal senso, tra tutti, cfr. Giorgianni., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940, per il quale *"…al potere giuridico di un soggetto non corrisponde dunque mai un obbligo giuridico di un altro soggetto";* similmente – sempre con riferimento alla teoria generale del diritto – cfr. Miele., *Potere, diritto soggettivo e interesse., op. cit;* Romano., *Frammenti di un dizionario giuridico, op. cit.,* Levi., *Teoria generale del diritto,* Padova, 1953; Allorio., *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale,* in *Problemi di dir., op. cit;* Messina., *Diritti potestativi,* voce del *Nuovo Digesto It.,* Torino, 1960.

Conforme la più autorevole dottrina tedesca; sul punto, tra tutti, cfr. Seckel., *Die Gestaltungsrechte des burgerlichen Rechts, Festgabe der njuristichen Gesellschaft zu Berlin fur R. Koch,* Berlin, 1903; Sohm., *Der Gegenstand,* Leipzig, 1905; Laband., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches,* Tubingen, 1911

[826] In termini di esercizio del potere direttivo ex. art. 2104 c.c.

[827] Così, tra tutti, cfr. Greco., *op. cit.,*

[828] In tal senso è evidente come il dovere di obbedienza rilevi come una sorta di *proiezione concettuale* dell'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore sulla sfera giuridica del prestatore; in tal senso, tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., *op. cit.,*

[829] Si osservi come il dovere di obbedienza, per la sua stretta correlazione al potere direttivo datoriale (cfr. nota che precede), "risentirà", direttamente, dei limiti *legali e contrattuali* posti all'esercizio di quest'ultimo; al riguardo, un cenno particolare merita lo Statuto dei Lavoratori in forza del suo decisivo contributo a favore di un processo di "*spersonalizzazione*" del rapporto di lavoro tale da ridimensionare gli aspetti di soggezione giuridica del prestatore stesso

In tal senso, anche la giurisprudenza ha più volte sottolineato la necessità di ridimensionare il dovere di obbedienza gravante sul prestatore in forza del principio generale della c.d. *autotutela contrattuale*; seguendo questa logica interpretativa, infatti,.il prestatore di lavoro dovrebbe ritenersi legittimato a rifiutare l'esecuzioni di disposizioni datoriali illegittime o comunque contrastanti con i suddetti limiti legali e contrattauli del potere direttivo del capo dell'impresa.

A ciò si aggiunga che sul dovere di obbedienza influiscono anche le modifiche introdotte nell'organizzazione dell'impresa a seguito della evoluzione dei rapporti tra le parti collettive verificatesi (soprattutto) negli ultimi decenni prevalentemente con il sostegno legislativo; si tratta di un esempio di "razionalizzazione" dell'esercizio discrezionale dei poteri e, quindi, di un "allentamento" della concezione esclusivamente gerarchica (e istituzionale!) della impresa a favore di una sempre più favorita ed auspicata *contrattualizzazione delle iniziative di autoregolazione del lavoratore* o, più spesso, dei lavoratori organizzati.

disposizioni e, quindi, in altri termini, nell'obbligazione (stessa) di lavoro[830] quale specificata dall'esercizio del potere direttivo;[831]*ergo* – nella prospettiva euristica che a noi maggiormente interessa[832] – quanto considerato significa che anche il dovere di obbedienza ci riporta alla dimensione *negozial-causalistica* del rapporto di lavoro nella sua proiezione sinallgmatica, *in executivis,* come ci si proponeva di dimostrare al riguardo.

Infine, residua di analizzare la disposizione di cui all'art. 2105 c.c. la quale, sotto la rubrica *obbligo di fedeltà*[833], impone al prestatore di lavoro il dovere di non "*trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore*[834]*, né divulgare notizie*[835] *attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio"*.

---

[830] Che si è già detto rilevare nella sua caratterizzazione peculiare in termini di determinabilità ex ante e determinatezza ex post e nella quale (obbligazione di lavoro) vanno a "risolversi" le direttive impartite dall'imprenditore nella loro *tensione finalistica* alla realizzazione dell'esatto adempimento della prestazione dovuta

[831] Sul tema si rinvia al paragrafo che segue

[832] Si rinvia, *retro*, alle premesse scientifico-metodologiche che hanno accompagnato il presente lavoro di ricerca

[833] In materia, tra tutti, cfr. Mancini., *La responsabilità contrattaule del prestatore di lavoro,* Milano, 1957; Familiari., *L'obbligo di fedeltà nella struttura del rapporto di lavoro,* Messina, 1968; Prosperetti., in *AIDLaSS, L'obbligo di fedeltà, op. cit;* Cessari., *Fedeltà, Lavoro, Impresa,* Milano, 1969; degni di nota, infine, gli spunti di riflessione derivanti dal Seminario di Studi di Salsomaggiore (25-27 aprile 1969) documentata dal volume dell'Ass. It. di Dir. Lav. e della Sic. Soc., *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro,* Milano, 1970.

[834] Si tratta del c.d. *obbligo di non concorrenza* che implica l'astensione del lavoratore da ogni atto (di concorrenza) che possa arrecare danno all'impresa (c.d. *concorrenza differenziale*; in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 15 dicembre 2003 n. 19132 in *Mass. Giur. Civ.*, 2003, 12); rispetto al divieto di concorrenza sleale ex. art. 2598 c.c., la previsione normativa ex. art. 2105 c.c. dovrebbe avere una più ampia *capacità applicativa* in quanto essa comprende anche comportamenti del lavoratore che, valutati secondo i parametri dell'art. 2598 c.c., sarebbero da considerare (senz'altro) obiettivamente leciti.

In ragione del suo fondamento contrattuale, l'obbligo di non concorrenza ha vigore solo per la durata del rapporto di lavoro; qualora si voglia estenderlo anche ad un periodo successivo, è necessaria una apposita pattuizione (c.d. *patto di non concorrenza*) di cui l'art. 2125 c.c. stabilisce i requisiti legittimanti a tutela dell'interesse del lavoratore a non essere indebitamente condizionato nella libera esplicazione della sua attività professionale al termine del rapporto.

Tali limiti, si ricordi, sono *la fissazione della durata massima del vincolo* (tre anni e cinque per i dirigenti), la *necessità della forma scritta ad substantiam,* la *delimitazione della durata e dell'oggetto dello stesso* e, infine, la *previsione di un corrispettivo a compenso della ridotta possibilità del lavoratore di utilizzare le proprie capacità professionali* (sul punto, tra tutti, cfr. Trib. Milano, 16 giugno 1999 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, 728; Pret. Milano., 22 febbraio 1999, *ibidem*, 2000, 329; Trib Bologna., ord. 29 gennaio 2002 in *Lav. Giur.*, 2003, 12, 1095).

[835] E' questo il c.d. *obbligo di riservatezza aziendale* che tutela il c.d. *segreto aziendale* nell'ambito del quale dovrebbero farsi rientare tutte le notizie di carattere organizzativo e produttivo conosciute dal dipendente in ragione della sua occupazione nell'impresa, vietandone, così, la divulgazione in via assoluta – ovvero indipendentemente dal verificarsi di un danno – e l'utilizzo (delle suddette notizie riservate) solo in caso di potenziale e conseguente pregiudizio per la stessa impresa.

Quanto alla natura giuridica di questo dovere, si tratta senz'altro di un *obbligo*[836] *primario*[837] *in senso tecnico* che si distingue, però, dall'obbligazione di lavoro *in senso*

La giurisprudenza (tra tutte, cfr. Cass., 2 marzo 1993 n. 2560 e Cass., 11 gennaio 1993 n. 215 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993), peraltro, si è occupata di fissare il *discrimen* tra *segreto aziendale* e *segreto professionale o industriale* penalmente rilevante ex. artt. 622 e 623 c.p.: se il primo (i.e., segreto aziendale) rileva nella divulgazione di notizie conosciute *in occasione* della esecuzione della prestazione di lavoro, il secondo (*segreto professionale o industriale*) richiede una ben più rigoroso *nesso eziologico* tra condotta e notizia divulgata nel senso che *deve trattarsi di informazioni conosciute dal prestatore a causa* (e non già in mera occasione) delle proprie mansioni.
Senz'altro escluse dal divieto di cui all'art. 2105 c.c. sono, invece, le *competenze professionali* acquisite dal lavoratore nello svolgimento della propria prestazione lavorativa e, dunque, facenti parte del patrimonio *personale* dello stesso; quest'ultime (competenze), infatti, non potrebbero essere oggetto di un *patto di non concorrenza* in quanto, così opinando, si andrebbe a determinare un grave *vulnus* nella tutela dei diritti indisponibili dello stesso prestatore attinenti l'esercizio della propria personalità individuale garantita dall'art. 2 della Carta Fondamentale.
In materia, però, la questione più complessa da affrontare è quella che concerne le c.d. *aziende di tendenza*, ovvero quelle organizzazioni caratterizzate dal perseguimento di un obiettivo politico, religioso o comunque implicante definite scelte ideologiche o culturali; in tali casi, troverà applicazione il disposto normativo ex. art. 2105 c.c.?
In mancanza di una specifica regolamentazione legale, è da ipotizzare, in primo luogo, che un dovere di fedeltà (nel senso in cui sin qui precisato) sia previsto dal contratto collettivo o individuale; ciò premesso, si tratta di verificare se una clausola negoziale di tal guisa (ovvero contenente un dovere di fedeltà) sia compatibile con una condotta che è esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero ex. art. 21 della Carta Fondamentale.
Al riguardo, a mio parere, bisogna ricorrere alle c.d. *regole di bilanciamento* tra interessi in conflitto di pari rango e, pertanto, la soluzione alla questione che ci occupa non potrà essere di valenza *generale* ma, piuttosto, dovrà verificarsi, di volta in volta,l'ipotesi ricorrente nel singolo caso di specie; ad esempio, la garanzia costituzionale dei fini perseguiti dai partiti politici (art. 49 Cost) e dalle comunità religiose (artt. 7 e 8 Cost.) supporta validamente la legittimità di una simile clausola pattizia che vieti agli associati condotte pregiudizievoli al prestigio della linea politica perseguita dal partito o alla diffusione della dottrina religiosa professata dalla comunità; diversamente, invece – così Suppiej., *op. cit.*, - "*…non poterbbe salvarsi la clausola che imponga positivamente una pubblica professione di fede politica o religiosa perché tropo penetrante la lesione della libertà individuale ch'essa realizzerebbe e troppo ampia la sfera di tutela dell'interesse dell'organizzazione che essa pretenderebbe.…*".
Sull'argomento, la stessa giurisprudenza ha espresso posizioni non univoche; ad esempio, occupandosi del licenziamento di insegnanti di scuole cattoliche conseguente a celebrazione di matrimonio soltanto civile, in un caso (cfr. Cass., 21 novembre 1991 n. 12530 in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 422) ha sancito senz'altro la legittimità del licenziamento medesimo mentre, in altra fattispecie (cfr. Cass., 16 giugno 1994 n. 5832 in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 404) ha ritenuto di dover distinguere tra mansioni c.d. *portatrici di tendenza* e mansioni c.d. *neutre* del lavoratore, conseguentemente accordando tutela alla tendenza confessionale della scuola solo con riguardo alle prime.
In dottrina, sull'affascinate tematica., cfr. De Santis Ricciardone., *Licenziamento da una scuola privata*, in *Giur. It.*, 1975, I, 2, c. 901 e ss; Pedrazzoli., *Poteri di gestione e tendenza nell'impresa d'informazione*, in *Giur. It.*, 1977, IV, c.1 e ss; Romboli., *Libertà di insegnamento e organizzazioni di tendenza*, in *Foro It.*, 1978, IV, c. 315.
Completamente diverso, infine, il panorama normativo d'Oltralpe nel quale, con particolare riguardo all'ordinamento tedesco, esiste una regolamentazione normativa specifica (c.d. *Betriebsverfassungsgesetz* 11 ottobre 1952, trad. it in *Riv. Dir. Lav.*,. 1954, III, p. 359 e ss) che subordina al limite della *compatibilità* l'applicazione delle norme in materia di fedeltà anche alle c.d. aziende di tendenza con la sola ed esplicita esclusione delle *comunità religiose* e delle connesse istituzioni educative e ricreative; in materia, tra tutti, cfr. Dietz., *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar*, Monaco-Berlino, 1955 e, più diffusamente, cfr. Frey., *Der tendenzschutzim Betriebsverfassungsgesetz* 1972, Heidelberg, 1974

[836] E quindi, non si tratta di soggezione come concluso in relazione al dovere di ubbidienza ex. art. 2104 c.c.

stretto atteso che – se quest'ultima[838] rileva sempre in un *facere*[839] - il dovere di fedeltà si qualifica in termini essenzialmente negativi e/o di *non facere*[840].

E'agevole intuire come fra la *dizione letterale* dell'art. 2105 c.c. e la *formula* (sintetica) della "*fedeltà*" usata nella rubrica della medesima disposizione esista un vistoso divario.

Infatti, se, da un lato, il testo dell'articolo in esame vieta al prestatore alcuni specifici comportamenti[841] che rilevano, a loro volta, quali *articolazioni puntuali e dettagliate* delle più generali direttive della *correttezza*[842] e della *buona fede*[843] in ambito contrattuale ,dall'altro, invece, la parola "*fedeltà*[844]" evoca una nozione pregnante di *significato etico*[845] che dovrebbe comportare un vincolo giuridico particolarmente

---

[837] Nel senso retro chiarito a proposito della obbligazione di lavoro; cfr. nota 756

[838] I.e., obbligazione di lavoro in senso stretto

[839] Si rinvia, al riguardo, all'ampio studio di cui al capitolo II e alle connesse note

[840] In tal senso, tra tutti, cfr. Suppiej., *op. cit.,*

[841] Quali, ad esempio, l'attività in concorrenza e la divulgazione o l'uso pregiudizievole di notizie riservate (cfr. pag. 275)

[842] Ex.. art. 1175 c.c.

[843] Ex. art. 1375 c.c.

[844] A conferma della "*valenza eccentrica*" del dovere del prestatore ex. art. 2105 c.c., si osservi come – estranea, nel nostro ordinamento, alla disciplina giuridica di ogni altro rapporto del diritto privato contrattuale a contenuto patrimoniale – in campo civilistico la fedeltà trova riscontro soltanto nel vincolo coniugale (art. 143 c.c., comma secondo) mentre, in ambito pubblicistico, essa (i.e. fedeltà) caratterizza rapporti come quello di cittadinanza (art. 54 Cost.) e, più specificatamente, *fattispecie* collegate all'esercizio di pubbliche funzioni e comportanti l'attribuzione di particolari *status* di rilievo istituzionale; in tal senso, tra tutti, cfr. Lombardi., (*Fedeltà, I, diritto costituzionale,* voce dell' *Enc. del diritto)* il quale, al riguardo, distingue tra *fedeltà qualificata* (quella connessa al'esercizio delle potestà pubblicistiche) e *fedeltà meramente negativa* con riferimento esplicito alla suddetta ipotesi ex. art. 54 della Carta Fondamentale.

[845] Quanto alla fedeltà del prestatore di lavoro, sì è già accennato (cfr. capitolo che precede) al suo collegamento, presso la dottrina tedesca, con la posizione teorica che sostiene la derivazione del moderno contratto di lavoro dal *Treudiensvertrag* dell'antico diritto germanico nell'ambito del quale *dovere di fedeltà* (*Treuepflicht*) verso il signore e dovere di assistenza (*Fursorgepflicht*) di questi nei confronti dei sottoposti si componevano in un inscindibile e reciprocamente connesso rapporto comunitario; in tale ottica interpretativa (di matrice istituzionale), dunque, la fedeltà non rileva più come *dovere complementare* che si aggiunge all'obbligazione di lavoro ma, piuttosto, rileverà essa stessa (i..e., tale fedeltà) come *obbligo fondamentale del prestatore di lavoro*, di contenuto positivo e negativo insieme, che caratterizza l'intero rapporto di lavoro come "*rapporto di fedeltà*" (in tal senso, tra tutti, cfr. Gierke., *Deutsches Privatrecht,* Leipzig, 1895)

Ciò a significare che, nella comunità aziendale (c.d. *Betriebsgemeinschaft*) cui appartengono, prestatore e datore di lavoro (secondo la teoria istituzionalistica) saranno tenuti ad una fedeltà reciproca della quale le varie e distinte prestazioni *inter partes* saranno "*soltanto particolari espressioni*" di un ben più ampio *vincolo di reciproca fiducia;* in tal senso, tra tutti, cfr. Huck., *Der Treuegedanke in modernen Privatrecht,* in *Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, phil. U. hist. Klasse,* 7, Munchen, 1947 (trad. it. in *Nuova Riv. Dir. Comm.,* 1949, I, p. 57 e ss); similmente, del medesimo autore (Hueck), cfr. *Lehrbuch des Arbeitsrechts,* I, Berlin, 1955; Nikisch., *Arbeitsrecht,* Tubingen, 1961, I, 445; Maus., *Handbuch des Arbeitsrecht,* V, Baden, Baden, 1963.

intenso e, in ogni caso, *esteso ad ogni condotta attiva ed omissiva richiesta dalla tutela dell'interesse che la reclama.*[846]

Personalmente ritengo si tratti [847] di una *formula di sintesi* che cela un ben più ampio e rigoroso *substrato normativo* di indole squisitamente *civilistica* allorchè si consideri che la disposizione in esame[848] si riferisce ad una *pluralità* (non tassativamente indicata[849]) di *obblighi accessori (*rispetto alla prestazione di lavoro) ascrivibili alla categoria dei c.d. *obblighi di protezione*[850] gravanti sulle parti del rapporto obbligatorio per la tutela di interessi ulteriori (ma *causalmente* connessi) a quelli espressamente dedotti nella *lex contractus;* ciò a dire che, concludendo, (anche) l'obbligo di *fedeltà* sarebbe da "leggere" in termini di *proiezione negoziale causalmente orientata* dello stesso *sinallagma lavoristico* in quanto, insieme ai già analizzati *doveri* di *diligenza ed obbedienza*[851], andrebbe a "parafrasare", (ulteriormente ed) in termini essenzialmente dichiarativi, il *quomodo* in cui la prestazione principale del debitore deve essere resa per soddisfare adeguatamente l'interesse negoziale del creditore.

Si giunge, quindi, a dimostrare, ancora una volta, l' *id est* del rapporto obbligatorio lavoristico alla luce dell'art. 1174 c.c.[852] che *compendia* e sintetizza *l'elemento causale* di ogni *fattispecie negoziale*[853] *giuridicamente rilevante*[854]*;* e, questo, si ricordi, era quanto si voleva dimostrare[855].

---

[846] In tal senso, Suppiej., *Il rapporto di lavoro., op. cit.,*

[847] Ci si riferisce al c.d. *obbligo di fedeltà*

[848] I.e., quella ex. art. 2105 c.c.

[849] Si discute, infatti, se l'obbligazione accessoria ex. art. 2105 c.c. (i.e., dovere di fedeltà) precluda al prestatore di lavoro soltanto le specifiche (e "tipizzate") condotte indicate dal testo della norma in oggetto ovvero, se , piuttosto, si tratta di un elenco (concorrenza e divulgazione o abuso di notizie) meramente esemplificativo che richiede un necessario ed "estensivo" intervento ermeneutico dell'interprete.
Nonostante autorevole dottrina opini in maniera diversa (tra tutti, in tal senso, cfr. Suppiej., *op. cit.,* per il quale "…*deve ritenersi che la fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. non comprenda se non le condotte omissive indicate nel testo dell'articolo…*"), personalmente ritengo si debba preferire una interpretazione *sostanziale* (e non già meramente formalistica) della disposizione de *qua* (art. 2105 c.c.) *funzionalmente orientata alla realizzazione dell'interesse perseguito;* stando così le cose, non vi sarebbe motivo di escludere dall'ambito applicativo della norma in oggetto quel novero di comportamenti che, non espressamente tipizzati, siano, cionondimeno, "*idonei, per la loro natura e le loro conseguenze a contrastare con le finalità e gli interessi dell'impresa"* (in tal senso, tra tutte, cfr. Cass., 16 giugno 1994 n. 5833 in *Giur. It.,* 1995, I, 1, 424; Cass., 25 febbraio 1986 n. 1173 in *Foro It.,* 1995, I, 3493)

[850] Sul punto si rinvia all'ampio studio di cui al capitolo III

[851] Si rinvia alle considerazioni di cui retro

[852] In forza del quale la prestazione deve sempre corrispondere ad un *interesse, anche non patrimoniale, del creditore;* cfr. retro

[853] Quale è quella (i.e., fattispecie) di lavoro nei termini in cui sin qui studiata e scientificamente analizzata; tra tutti, si rinvia al capitolo III

[854] In tal senso, tra tutti, cfr. *Bianca., Diritto Civile, L'obbligazione,* Giuffrè, Milano, 2003;

[855] Si rinvia al globale iter logico speculativo come fin qui percorso nell'ambito di questo lavoro di ricerca

4.2) Subordinazione e suoi corollari negoziali, in executivis, in relazione al soggetto attivo del rapporto obbligatorio-negoziale di matrice lavoristica: retribuzione e posizioni di potere (direttivo, disciplinare e di controllo) di esclusiva pertinenza datoriale alla luce della dimensione causale del contratto

Esaminato il contenuto "precettivo[856]" dell'obbligo contrattuale gravante sul prestatore subordinato ex. art. 2094 c.c., si proceda ad analizzare la *valenza negoziale del sinallagma[857] lavoristico* sul versante della parte attiva del rapporto negoziale di riferimento[858], ovvero il creditore della prestazione lavorativa.

Il testo normtivo ex. art. 2094 c.c., come già accennato nel corso del paragrafo che precede, individua il *proprium* della prestazione principale gravante sul datore di lavoro nella *retribuzione[859]* che rappresenta *la proiezione*, in termini economici, *di una prestazione* – quale è quella del lavoratore[860] – *non squisitamente patrimoniale[861]* involvendo, piuttosto, caratterizzazioni peculiari di rilievo *personalistico[862]* che rendono la fattispecie negoziale *de qua[863]* senz'altro peculiare nella sua *valenza giuridica* che si è comunque dimostrata di matrice essenzialmente contrattuale[864] in forza del percorso logico fin qui condotto e al quale si rinvia per meglio comprendere le premesse teoriche già acquisite le quali, in tal sede, verranno utilizzate in via presupposta e

---

[856] Utilizzando, in maniera "figurata" ed "atecnica," la nozione in oggetto (contenuto precettivo) in riferimento al significato del termine contratto *sub specie* di *legge inter partes* ex. art. 1372 c.c.

[857] Sul concetto di sinallagma e circa i suoi rapporti con la nozione di *corrispettività* e/o *onerosità* si rinvia al capitolo che precede; tra tutti, cfr. nota 385

[858] I.e., il contratto di lavoro

[859] Sotto un profilo di indagine storica si precisi che il termine "retribuzione" entra a piena titolo nella "letteratura giuridica" attraverso il decreto legge 13 novembre 1924 n. 1825 il quale, in materia di impiego privato, all'art. 5 recitava che "*…l'impiegato ha diritto al pagamento della retribuzione entro termini convenuti"* mentre nei successivi articoli (rispettivamente artt. 6 e 10) si prevedeva, rispettivamente, "*…una indennità mensile pari alla retribuzione"* e, infine, in caso di mancato preavviso, "*…una indennità pari alla retribuzione corrispondente al periodo di preavviso…*".
Diversamente, invece, nel codice del 1865, si preferisce il termine *mercede* a guisa che l'art. 1570 c.c., in materia di locazione, così recita:"*…la locazione delle opere è un contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede….*".
Infine – per ulteriori spunti speculativi al riguardo – sull'origine delle parole "retribuzione" e "salario" cfr. Guidotti., *La retribuzione nel rapporto di lavoro,* Milano, 1956

[860] Sul punto si rinvia all'ampio studio di cui ai capitoli II e III

[861] Rinvio alla nota che precede; in particolare, sotto altro profilo, si rimanda allo studio della retribuzione nell'ambito della fattispecie normativa ex. art. 2126 c.c. (cfr. cap. III, pagg. 221 e ss con connesse note)

[862] Anch'esse ampiamente analizzate; si rinvia, in particolare, ai capitoli II e III del lavoro di ricerca in oggetto

[863] I.e., quella lavoristica

[864] Si rinvia, *in toto,* al capitolo III

sistematicamente cumulativa per precisare residui aspetti dell'indagine scientifica che ci si è posti di svolgere.

Sotto il profilo tecnico-giuridico, la *retribuzione* – costituita, quale entità materiale, da una somma di danaro od (eccezionalmente) da altri beni di diversa natura[865] – è *l'oggetto* (principale) *dell'obbligazione contrattuale del datore di lavoro* e la sua *essenzialità giuridica* è tale che lo *scambio*[866] *tra lavoro e retribuzione* – individuandone il *proprium causale più autentico* – andrà a caratterizzare *ontologicamente* il *contratto di lavoro*[867] a guisa che – ai fini della riconduzione al *tipo contrattuale-legale* ex. art. 2094 c.c. – una fattispecie negoziale non potrà *qualificarsi* come *rapporto negoziale subordinato* se non consti[868] l'intrinseco *nesso (logico) di valenza corrispettiva*[869] *ed onerosa*[870]tra l'*obbligo* di *prestare* le proprie energie

---

[865] In tale ultimo caso si parlerà di *retribuzione in natura*; al riguardo, però, ne deriva una ulteriore questione. Più in particolare, *quid iuris* se la suddetta retribuzione in natura corrisponda alla prestazione caratteristica di un altro contratto nominato?
L'unica soluzione *scientificamente* (nonché privatisticamente) corretta sarebbe quella per cui, in tali ipotesi, dovremmo concludere circa l'esistenza di un *contratto misto* che comporterà, secondo le regole generali, l'applicazione, alla prestazione di lavoro, delle norme ad essa relativa; più complessa sarà, invece, l'individuazione delle norme da applicare non tanto alle singole prestazioni delle parti ma, piuttosto, al rapporto nel suo insieme e, quindi, al c.d. *rapporto fondamentale di lavoro* (sul punto, ampiamente, si rinvia ai capitoli II e III). A riguardo, a parer mio, si giunge, ancora una volta, a prospettive squisitamente *negoziali* in piena conformità con le "conquiste" scientifiche cui sin qui si è giunti; ovvero, rispetto a tali fattispecie (i.e., contratti misti), non potranno che soccorrere le tradizionali *teorie civilistiche* che prospettano il c.d. *criterio della prevalenza* (che prevede l' applicazione della disciplina del tipo prevalente), quello della *combinazione* (in forza del quale ciascun elemento negoziale è regolato dalla disciplina legale cui attiene) e, infine, quello dell' *analogia* come avviene, in generale, per tutti i contratti innominati.
In materia, tra tutti, cfr. Suppiej il quale – pur dando atto della questione nei termini in cui sopra – conclude nel senso che "*…dovrebbero trovare applicazione le norme sul rapporto di lavoro.. per il preminente rilievo anche costituzionale ad esso assegnato nel nostro ordinamento…rispetto ad ogni altro rapporto patrimoniale…*".
[866] In tal senso, tra tutti, cfr. Gazzoni., *op. cit.*, per il quale "*…l'obbligo retributivo connota il contratto di lavoro come contratto oneroso di scambio o a prestazioni corrispettive…*"
[867] In tal senso, tra tutti, cfr. Ardau., *Sistema ist. dir. lav., op. cit.;* Barassi., *Dir. Lav., op. cit.,;* Mazzoni., *Manuale di diritto del lavoro, op. cit;* Riva sanseverino., *Il lavoro nell'impresa, op. cit.,;* Santoro Passarelli., *Nozioni di dir. lav, op. cit;*
[868] In caso contrario, infatti, si tratterà di una *attribuzione negoziale sine causa* la cui ammissibilità, nel nostro ordinamento, è assai discussa in forza del principio di *causalità (*e non già di *astrattezza sostanziale)* peculiare del nostro sistema privatistico; si rinvia all'ampia analisi di cui al capitolo I e III in particolare.
[869] Il requisito della corrispettività va inteso in senso ampio e, quindi, esso dovrà riferirsi non già alle singole prestazioni lavorative ma, piuttosto, alla permanenza del rapporto di lavoro; stando così le cose, dunque, esulano con certezza dalla nozione di retribuzione i rimborsi delle spese sostenute dal lavoratore nell'interesse del datore di lavoro (in tal senso, cfr. Cass.,10 aprile 1981 n. 2095 in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, II, 593; Cass., 14 aprile 1986 n. 2618 in *Orientamenti*, 1987, 102) mentre – se non creano alcun problema i c.d. *rimborsi a piè di lista* – quelli (i.e., rimborsi) forfettari, sovente, includeranno (anche) una quota compensativa della qualità della prestazione.

lavorative a vantaggio di altri[871], da un lato, e il *diritto* a ricevere, come controprestazione[872], una retribuzione, dall'altro.[873]

---

[870] Sul tema, tra tutte, si rinvia ad una risalente ma importante sentenza della Suprema Corte (cfr. Cass., 23 maggio 1960 n. 1356 con nota di Rabaglietti., in *Dir. Lav.*, 1960, II, p. 406) che si esprime nel senso che "*…perché una attività lavorativa possa… assumersi quale…esecutiva di un rapporto di lavoro così come configurata dagli artt. 2094 c.c. e ss, non basta che essa si coordini ad un incarico conferito dal soggetto che se ne giova, che implichi una collaborazione nell'impresa esercitata dal medesimo e sia esplicata in regime di subordinazione,,,ma occorre, altresì, che il rapporto sia caratterizzato dall'estremo dell'onerosità… E questo elemento ricorre allorchè le parti abbiano inteso assumere obbligazioni reciproche, per modo che, sussistendo tra la prestazione di lavoro e l'obbligo della controparte di corrispondergli una retribuzione un nesso sinallagmatico e funzionale… ciascuna delle due prestazioni si giustifica quale causa giuridica dell'altra…mentre quell'elemento non ricorre quando, come non è in pratica infrequente, una attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro, sia esplicitata a titolo gratuito…."* In materia, per la dottrina, cfr. Treu., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro,* Milano, 1968; Zoppoli., *La corrispettività nel contratto di lavoro,* Napoli, 1991

[871] In sintesi, si tratti dell' *id est* giuridicamente più rilevante in riferimento alla nozione stessa di subordinazione; si rinvia al paragrafo che precede e al capitolo II

[872] Stando così le cose, le ipotesi in cui il lavoro venga svolto in forme giuridiche diverse rispetto a quelle sopra espresse (i.e., scambio lavoro/retribuzione) saranno senz'altro residuali; più in particolare, la questione interessa, essenzialmente, il c.d. *lavoro (subordinato) gratuito.*

Riguardo la sua ammissibilità ritengo che, in linea teorica, non la si possa escludere *a priori* dovendosi ipotizzare, in tali casi (i.e., lavoro gratuito), un eventuale contratto *innominato* ex. art. 1322 c.c., comma secondo, al quale (contratto innominato), però, – esulando dai confini della subordinazione ex. art. 2094 c.c. – non si applicherà la disciplina legislativa del rapporto tipico di lavoro salvo quella che riguarda l'integrità fisica e morale del prestatore per la sua valenza *generale* in forza del rilievo (anche) costituzionale ex. art. 2 della Carta Fondamentale.

Sul punto, però, si deve dare atto di un atteggiamento assai rigoroso della Suprema Corte la quale – ritenendo l'onerosità un carattere normale del lavoro subordinato – ammette con molta cautela ed in circostanze peculiari che prestazioni, rese *apparentemente* nella forma legale tipica ex. art. 2094 c.c., siano svolte a titolo *gratuito* in termini di *affectionis vel benevolentiae causa*; segnatamente, gli ermellini sostengono che la (eventuale) *gratuità* di una prestazione deve essere ricavata da specifici elementi soggettivi ed oggettivi e, comunque, non potrà essere senz'altro presunta vigendo, in materia, l'opposta presunzione generale di *onerosità* della suddetta prestazione lavorativa.

Se questo è l'orientamento tradizionale della Suprema Corte, la stessa Cassazione ha individuato degli "eccezionali" casi limite in cui potrebbe anche rilevare una presunzione (contraria), comunque *iuris tantum,* di *gratuità* del lavoro svolto: si tratta delle prestazioni rese nell'ambito delle *convivenze familiari* (Cass., 28 novembre 2003 n. 18284 in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 768), delle *comunità religiose* (Cass., 2 dicembre 2002 n. 17096 in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, 749) ed, infine, nelle organizzazioni di *volontariato* nei cui confronti la legge quadro 11 agosto 1991 n. 266 impone soltanto determinati obblighi assicurativi e di rimborso spese in favore dei soggetti agenti (volontari).

[873] In via preliminare alle considerazioni che seguiranno, vorrei dar conto (nel tentativo scientifico di risolverlo) di un *rebus semantico- concettuale* di cui spesso non si è nemmeno consci allorchè, con valenza squisitamente sinonimica, si utilizzano i termini *retribuzione, obbligazione retributiva e prestazione retributiva.*

Iniziando dalla prima nozione (i.e., *retribuzione*), essa è una entità *materiale* (somma di danaro o complesso di altri beni) che si distingue dalla *obbligazione retributiva* la quale rileva, invece, come *proiezione sinallagmatica del rapporto* e, quindi, in chiave necessariamente *immateriale* e/o astratta *sub specie* di relazione giuridica tra due soggetti titolari, rispettivamente, l'uno, di una *pretesa giuridica* (in termini di diritto soggettivo) e, l'altro, di un *comportamento dovuto* in termini di *obbligo*.

Per semplificare il discorso, basti pensare alla struttura giuridica del rapporto obbligatorio romano nel cui ambito è possibile "scomporre" la nozione (di obbligazione) in tre componenti costitutive: a) *il comportamento dovuto* (c.d. *vinculum iuris*) e, quindi, obbligatorio (*quo necessitate adstringimur*); b) il beneficio di uno altro soggetto (elemento del c.d. *alicuius solvendae rei*) e, infine, (c), la garanzia ad opera del diritto (*secundum nostrae civitatis iura*).

Ciò premesso, si proceda ad una *parallelismo concettuale* tra *obbligazione principale del prestatore*[874] e *obbligazione (principale) retributiva* di parte datoriale: come la prima[875], abbiam già dimostrato[876], rileva in termini *bivalenti sub specie* di *obbligo* (contrattuale) ex. art. 2094 c.c. ed *interesse*[877] ex. art. 2103 c.c. , similmente, avrà duplice valenza *qualitativa* anche l'obbligazione retributiva gravante sull'imprenditore nel senso che essa[878] è sì *termine negoziale essenziale del sinallagma privatistico di matrice lavoristica*[879] ma, nel contempo, rileverà (anche) sotto un profilo *sovraordinato* ed *indisponibile*[880] *(*dalle parti) quale è quello di matrice *costituzionale* ex. art. 36 della Carta Fondamentale allorchè si recita che "*…il lavoratore ha diritto ad una*

Leggendo il tutto nell'ottica del *sinallagma* negoziale lavoristico, dunque, l'obbligazione retributiva è il *vincolo* che si pone tra le parti del rapporto di lavoro in forza del quale il creditore (di lavoro) sarà obbligato a corrispondere al debitore di esso una cera utilità allorchè siano adempiuti certi presupposti (in tal senso, tra tutti, cfr. Barassi., *La teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1948; De Ruggiero., *Istituzioni di diritto civile, op. cit.,;* Messineo., *Manuale di diritto civile e commerciale,* vol. III, Milano, 1959) .

Secondo questo schema logico di riferimento, infine, la *prestazione retributiva*, a sua volta, sarà costituita dal comportamento dovuto e, quindi, dalla *effettiva corresponsione della retribuzione* che realizza l'interesse negoziale del creditore ex. art. 1174 c.c; ciò precisato sotto un profilo di rigorosa analisi scientifica, è palese che i concetti di obbligazione (in termini di *vinculum iuris*), di prestazione (*sub specie* di *comportmento dovuto*) e di *retribuzione* (nei suoi termini pragmatici di scambio tra lavoro ed alta utilità) sono correlativi tra loro a guisa che, sotto il profilo civilistico, sembrerebbe assolutamente logico poter configurare la prestazione dovuta come contenuto del vincolo obbligatorio. *Rebus sic stantibus,* la retribuzione potrà considerarsi sia *oggetto dell'obbligazione* in quanto questa (obbligazione) è assunta in funzione dell'ottenimento di quella (retribuzione) – si tratta del c.d. *vincolo corrispettivo funzionale*) – sia *mezzo* per la esecuzione della prestazione dovuta atteso che renderà possibile ed attuale l'obbligo di adempiere in capo a ciascuna delle parti del vincolo obbligatorio

[874] In termini di *esatta esecuzione della prestazione lavorativa dedotta in contratto*; si rinvia al paragrafo che precede

[875] I.e., obbligazione principale del prestatore

[876] Si rinvia al paragrafo che precede e, più in generale, alle ampie considerazioni di cui ai capitoli II e III

[877] A tutela della professionalità del prestatore e del suo "diritto" alla formazione continua in termini di *sviluppo e crescita della sua globale personalità umana;* si rinvia allo studio di cui al paragrafo che precede

[878] I.e., obbligazione retributiva

[879] Si rinvia al complesso iter logico-conoscitivo come fin qui condotto

[880] Tale garanzia *extranegoziale* (e, addirittura, costituzionale) della retribuzione la si può spiegare considerando che essa (i.e., retribuzione) non è solamente il contenuto della controprestazione datoriale – scambiata in un contratto a titolo oneroso, al fine di operare l'equilibrio tra le reciproche attribuzioni patrimoniali – ma è anche (e soprattutto) il mezzo con cui la maggior parte degli uomini provvede a soddisfare i bisogni della vita propria e di quella dei propri familiari, onde la considerazione del lavoro (oltre che come contratto nella cui esclusiva valenza a noi interessa per i fini scientifici di questo studio) anche come diritto del cittadino che l'organizzazione statale deve rendere sempre più diffuso ed effettivo.
A tali principi, del resto, sembra ispirata la stessa Carta Costituzionale che, al di là del solenne *incipit* per cui "*…L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro…* (art. 1 Cost.)", si preoccupa di riconoscere a tutti i cittadini tale diritto (al lavoro) e di "*…promuovere le condizioni che possano renderne effettivo l'esercizio..*", precisando, al riguardo, che "*…ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo la propria possibilità e la propia scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spiritale della società….*" (art. 4 della Grundnorm).

retribuzione proporzionata[881] *alla qualità e quantità del suo lavoro e, in ogni caso, sufficiente*[882] *ad assicurare a sé e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa…*[883]*."*

---

[881] Solo accennando alla questione – e limitandomi, volutamente, agli aspetti in qualche modo attinenti alla dimensione squisitamente *negoziale* e *causalistica* del rapporto di lavoro in conformità con la *vocazione scientifica* cui è improntato tale lavoro di ricerca – in relazione al principio di *proporzionalità*, in dottrina, si è sostenuto che esso vada a derogare allo schema generale della libera contrattazione nel senso che – se, in qualsiasi negozio a prestazioni corrispettive, l'equivalenza delle stesse (prestazioni) andrebbe a dipendere da valutazioni soggettive dei contraenti – nel contratto di lavoro subordinato, invece, in forza del suddetto criterio di proporzionalità, si dovrebbe pensare ad una sorta di rapporto oggettivo (in relazione al *quantum*) fra lavoro e retribuzione già *ex ante* fissato dalla legge e, per ciò solo, escluso *a priori* dall'ambito delle trattative negoziali.
Una simile tesi, tuttavia, sembrerebbe troppo estrema nel suo rigore e, comunque, poco coerente con i principi della *autonomia dispositiva* cui, in questo lavoro – in sintonia con le premesse scientifico-metodologiche di cui retro (cfr. premesse introduttive) – non si vuole rinunciare; pertanto, personalmente, ritengo preferibile adottare una *vox media* in forza della quale, anche con riguardo alla fattispecie contrattuale ex. art. 2094 c.c., si dovrebbe concludere nel senso che il corrispettivo delle prestazioni di lavoro sarebbe frutto di concordata negoziazione pattizia in termini squisitamente soggettivi – e, quindi, in termini conformi ai principi generali del contratto – con la unica particolarità per cui, accanto alle libere pattuizioni individuali, vi sarà (anche) l'ulteriore parametro di riferimento, pur sempre di genesi negoziale, quale è quello rappresentato dalla fisiologica dimensione *collettiva* della contrattazione sindacale.
Così ricostruendo la questione, i limiti alla autonomia individuale deriverebbero da una presupposta e preliminare manifestazione volitiva operante su un diverso piano (quale quello collettivo) ma pur sempre di indole *pattizia* e, pertanto – trattandosi di *criteri negoziali di autoregolamento della sfera individuale* (o, *rectius*, per utilizzare una espressione squisitamente privatistica ma di valenza sinonimica, rilevando quali *limiti negoziali di seconda generazione*) – in alcun modo risulterebbe violato o scalfito il rigore della costruzione *contrattuale e causale* del rapporto di lavoro (nei termini in cui fin qui resa) anche nella sua dimensione attuativa, *in executivis, sulla sfera sinallagmatica di parte datoriale*

[882] Per quanto attiene al principio di sufficienza, esso, *prima facie*, sembrerebbe suggerire che la retribuzione non dovrebbe comunque scendere al di sotto di un certo livello minimo e, a rigore, – per commisurare la retribuzione anche ai bisogni familiari del lavoratore che la percepisce (ex. art. 36 della carta Fondamentale) – bisognerebbe ipotizzare una sorta di individualizzazione dei trattamenti retributivi i quali, però, sono fissati secondo *valori medi* a guisa che, al rispetto del suddetto precetto costituzionale di sufficienza, sembrerebbero più idonei, almeno astrattamente, altri istituti di carattere previdenziale (quali, ad esempio, il c.d. assegno per il nucleo familiare) piuttosto che la retribuzione (in senso stretto) che sarà stabilita, in concreto, anche considerando la *capacità di pagare delle imprese marginali* con attenta ponderazione degli andamenti di mercato in un dato contesto.
Ciò premesso, si segua, sebbene assai sinteticamente, il percorso giurisprudenziale in materia – noto sotto il nome di *"giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente ex. art. 36 Cost."* – derivato dalla riconosciuta (e sostenuta) *immediata precettività* alla disposizione della Carta Fondamentale in oggetto (art. 36 Cost.); l'evoluzione della prassi pretoria, al riguardo, ha preso avvio dalla concreta necessità di fissare, in sede processuale, il salario da applicare al singolo rapporto di lavoro dedotto in giudizio.
A tal fine si è fatto spesso riferimento a criteri di tipo equitativo individuati dal giudice, caso per caso, in relazione alla specifica *res iudicanda;* assai più frequentemente, però, la giurisprudenza si è rifatta ai valori retributivi fissati dai contratti collettivi nazionali di lavoro assunti nell'insieme delle voci di cui la retribuzione si compone o, molto più spesso, tenendo in considerazione le voci retributive fondamentali correlate ai diveri livelli di inquadramento.
Tale prassi pretoria, però, ha scatenato violente critiche da parte della dottrina la quale ha sostenuto che, così operando, si era finito per determinare, *in concreto,* una sorta di *estensione erga omnes* dell'ambito di efficacia soggettiva dei contratti collettivi, in contrasto con la mancata attuazione dell'art. 39 della Carta Fondamentale che non permette una vincolatività, almeno *de iure,* dello stesso contratto collettivo al di fuori dei soggetti paciscenti; tuttavia, a parer mio, la suddetta critica si può superare sulla base di una duplice argomentazione.

Volendomi soffermare – per ragioni di attinenza all'oggetto del presente lavoro – soltanto sugli aspetti[884] più specificatamenti connessi alla *matrice causalistica e contrattualistica* del rapporto di lavoro[885], in questo studio sulla retribuzione ci si occuperà, in termini estremamente sintetici[886], di tre questioni fondamentali attinenti, rispettivamente, le *fonti,* la *nozione* e l'adempimento dell' *obbligo retributivo.*

Quanto al primo aspetto,[887] sul piano del rapporto individuale, i parametri normativi (più importanti) di riferimento sono quelli di cui agli artt. 2094 e 2099 c.c.; se la prima disposizione[888] è già nota e, come detto, rinvia alla nozione tipica di subordinazione[889], la seconda,[890] invece, fonda la *summa divisio* tra *retribuzione a tempo[891] e retribuzione a cottimo[892]* quanto alle connesse ed effettive modalità di corresponsione della stessa.

Più in particolare, a ben vedere, solo in maniera *impropria* si potrebbe parlare di estensione, per via giudiziale, della relativa sfera di efficacia soggettiva dei contratti collettivi in quanto, da un lato, *l'eventuale richiamo alla contrattazione collettiva non avviene in toto ma soltanto in relazione al solo aspetto retributivo* (c.d. profilo *quantitativo* del richiamo in parte e non all'intero contratto collettivo) e, dall'altro, è da considerare che *tali parametri retributivi sono considerati come criteri meramenti orientativi e tendenziali dell'adeguatezza della retribuzione nel contesto dato* (c.d. profilo *qualitativo del libero convincimento del giudice*) a guisa che questi (i.e., il giudice) potrà senz'altro discostarsi (cfr. Cass., 5 aprile 1990 n. 2835 in *Rep. Foro. It.,* 1990) con adeguata motivazione (cfr. Cass., 25 febbraio 1994 n. 1903 in *Riv. It. Dir. Lav.,*1995) dai parametri negoziati in sede sindacale per rimodulare i criteri retributivi collettivi alla luce della specificità del singolo caso di specie dedotto in giudizio.
Ergo, in forza delle considerazioni sopra rese, la c.d. *giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente ex. art. 36 Cost.* non sembra in alcun modo configgere con i "limiti" costituzionali della Grundnorm e, in particolare, con la disposizione (inattuata) dell'art. 39 della Carta Fondamentale

[883] Al riguardo, autorevole dottrina lavoristica (cfr. Vallebona., *Istituzioni di diritto del lavoro, op. cit;)* – al fine di coniugare la prospettiva costituzionale ex. art. 36 della Carta Fondamentale con la dimensione negoziale del rapporto di lavoro – si è espressa in termini di *corrispettività sui generis* ad indicare che, quale che sia il negoziato tra le parti, si dovrà comunque rispettare una misura minima della retribuzione per la tutela della posizione del lavoratore quale contraente debole implicato nel rapporto.

[884] Rinviando, per gli altri (aspetti), alla tradizionale manualistica di riferimento, non essendovi particolari profili problematici sotto il profilo dogmatico ed interpretativo

[885] In piena coerenza con la vocazione scientifica di questo lavoro di ricerca

[886] Ovvero nei limiti che strettamente ci interessano alla luce delle finalità euristiche di questo studio

[887] In relazione, quindi, alle fonti della retribuzione

[888] I.e., quella ex. art. 2094 c.c.

[889] Si rinvia al paragrafo che precede e, per ulteriori approfondimenti, al capitolo II con particolare riguardo alla nota 183

[890] I.e., quella ex. art. 2099 c.c.

[891] Si tratta della tipologia di retribuzione più diffusa in quanto, tradizionalmente, più idonea ad assicurare costanza e certezza del reddito del lavoratore subordinato in omaggio al (già analizzato) precetto costituzionale ex. art. 36 della Carta Fondamentale; tale forma di retribuzione (a tempo), infatti, presuppone che *il corrispettivo dell'attività lavorativa sia determinato in forza di un criterio di calcolo meramente basato sulla quantità di tempo richiesta al lavoratore per il suo svolgimento* (in tal senso, tra tutti, cfr. Vallebona., *Istituzioni di diritto del lavoro, op. cit.,)*

[892] La retribuzione a cottimo ha rappresentato (soprattutto nel secolo XIX) una determinazione del corrispettivo tipica del lavoro autonomo e, forse, anche per questo, si è tradizionalmente continuato a ripetere che nel sistema del cottimo l'elemento caratterizzante (per determinare l'entità del corrispettivo del lavoro svolto) sarebbe dato dal risultato dell'attività lavorativa; più in particolare, con l'avvento dell'industrializzazione e la trasformazione del cottimo in forma retributiva del lavoro subordinato, è

Più in particolare, sul piano della disciplina applicabile, si registra, quindi – come è tipico, del resto, di tutta la materia lavoristica[893] – una *coordinazione ragionata* (e *reciproca)* dell'autonomia *collettiva*[894] con l'autonomia individuale alla quale spetterà – secondo i classici moduli del rapporto tra contratto collettivo e individuale di lavoro –

---

venuto meno, in realtà, il legame tra cottimo e risultato (in quanto, come è noto, nella fattispecie ex. art. 2094 c.c. il rischio della prestazione grava, tendenzialmente, sul prestatore) mentre emerge con evidenza il nesso logico "concettuale" tra retribuzione e rendimento.
Ciò premesso ne deriva che il cottimo rappresenta una forma retributiva funzionale a stimolare una maggiore produttività del lavoro in quanto nel sistema a cottimo la quantità della prestazione, e la connessa e relativa retribuzione, non dipendono dalla mera durata (come nella retribuzione a tempo) ma, piuttosto, dalla c.d. *intensità dell'impegno del lavoratore nell'unità di tempo*.
E' da precisare, tuttavia, che, come forma retributiva del lavoro subordinato, il *cottimo puro* (come sopra descritto) ha ceduto il passo a forme di *cottimo a tempo* (o *cottimo misto*) nelle quali, alla parte di retribuzione fissa commisurata alla durata della prestazione, si affianca il c.d. *guadagno di cottimo* calcolato in percentuale della parte fissa della retribuzione.
Il codice civile, al riguardo, non solo indica le ipotesi in cui è obbligatorio ricorrere al sistema del cottimo (art. 2100 c.c.) ma affida anche alla contrattazione collettiva sia il compito di stabilire quando tali ipotesi (legittimanti la retribuzione a cottimo) concretamente ricorrano, sia i criteri per la formazione delle tariffe di cottimo, anche se è da precisare che la suddetta autonomia collettiva, però, si è comunque spinta al di là delle indicazioni legali regolando l'istituto non solo sotto il profilo strettamente economico ma anche con particolare attenzione ai contenuti della prestazione lavorativa di volta in volta resa.
Guardando, infine, alle più attuali articolazioni del sistema retributivo, sembra dovresi concludere, però, che l'importanza del cottimo (tipica dell'organizzazione del lavoro nella produzione manifatturiera di tipo fordista) sia in declino in quanto la funzione di incentivazione del lavoro è ormai assegnata a tecniche retributive più sofisticate e collegate a parametri di produttività e/o redditività aziendale attribuite ai dipendenti in funzione del raggiungimento degli obiettivi programmati. Ciò pone in rilievo il carattere di retribuzione *variabile* di tali erogazioni (in linea di principio soggette ad oscillazioni sia nell'*an* che nel *quantum*) e spiega, altresì, la circostanza che il loro peso percentuale, rispetto alla consistenza complessiva del lavoro dipendente, sia tuttora assai contenuto a guisa che le associazioni sindacali tendono a voler negoziare il consolidamento in cifra fissa di compensi sorti inizialmente con carattere di retribuzione variabile.
Al di là della *summa divisio* come nel testo indicata, tra le altre forme retributive ex. art. 2099 c.c. – per esigenze di completezza argomentativa – si ricordi la *provvigione* che costituisce un compenso ragguagliato in percentuale al valore degli affari conclusi e/o andati a buon fine; diffusa nel lavoro autonomo, la retribuzione a provvigione è conosciuta anche nell'area del lavoro subordinato ove riguarda figure particolari di lavoratori assunti con il compito di procurare affari all'impresa da cui dipendono.
Marginale rilievo hanno le c.d. *prestazioni in natura*; a parte il caso tipico dei servizi di mensa – sulla cui qualificazione come retribuzione in natura si è attribuito, in via legislativa, rilievo determinante alle valutazioni della contrattazione collettiva (art. 6, comma 3, legge 8 agosto 1992 n. 359) – si ricordino alcuni benefici spesso riconosciuti al personale di qualifica più elevata, usualmene denominati *fringe benefits*; di carattere residuale anche la retribuzione in termini di *partecipazione agli utili* da determinarsi, ex. art. 2102 c.c., "…*in base agli utili netti dell'impresa … e per le imprese soggette alla pubblicazione del bilancio, in base agli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato…"*. Non costituisce, invece, *forma retributiva* il c.d. *azionariato* dei dipendenti; prefigurato dal codice civile (artt. 2349 e 2441 c.c.) e, da ultimo, incentivato fiscalmente dal legislatore (art. 48 del T.U. delle Imposte sui Redditi), esso (i.e., azionariato dei dipendenti) rappresenta una forma di *democrazia economica* fortemente controversa e criticata anche per la sua idoneità a determinare una impropria commistione di ruoli e, in ogni caso, una *partecipazione subalterna* dei lavoratori all'andamento dell'impresa

[893] In tal senso, tra tutti, cfr. Giugni., *op. cit.*,

[894] Ancor più rigorosa e di più estesa applicazione, in materia, in forza dell'operare dei principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione ex. art. 36 della Carta Fondamentale; cfr. note 878, 879

un ruolo di *miglioramento*[895] (degli standar retributivi stabiliti in sede sindacale) che assumerà portata diversa a seconda delle variabili ricorrenti quali, fra tutte, la qualificazione dei lavoratori, la loro capacità contrattuale, la maggiore o minore tensione del mercato di lavoro e, infine, la presenza ed il controllo sindacale sui *superminimi individuali;*[896] infine, sempre sotto il profilo delle fonti, è da precisare che – se limitato e secondario è stato il contributo della legislazione ordinaria[897] - una funzione storicamente importante, come già si è accennato, hanno assunto, invece, i "parametri" costituzionali[898] in forza di una graduale ed intensa opera di interpretazione

---

[895] Una interessante questione teorica, di rilevante eco civilistica e *negozial-causalistica*, è quella che attiene all'ipotesi in cui il contratto individuale di lavoro non rispetti i canoni di sufficienza e proporzionalità di cui al già più volte citato articolo 36 della Carta Fondamentale; *rebus sic stanti bus… quid iuris?*
In tali casi sembrerebbe doversi approdare negli orizzonti della nullità virtuale per violazione di una norma imperativa (quale è quella di rango costituzionale, i.e., art. 36 Cost.) ex. art. 1418 c.c., comma primo ed, in particolare – argomentando dalla disposizione successiva, in materia di nullità parziale, ex. art. 1419 c.c. – si dovrebbe concludere per la nullità *totale* dell'intero contratto di lavoro dovendosi ritenere *essenziale* la clausola negoziale in materia di retribuzione ai fini della globale conclusione del vincolo pattizio (lavoristico)
Per scongiurare tale ipotesi (i.e., nullità totale del contratto individuale di lavoro), la giurisprudenza ha fatto riferimento alla disposizione normativa ex. art. 2099 c.c. allorche si stabilisce che, in mancanza di norme di contratti collettivi o di accordi individuali tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice; tuttavia – almeno sotto un profilo di indagine rigorosamente giuridica– tale percorso interpretativo non sembra convincere del tutto perché in tali casi il giudice non andrebbe ad intervenire in assenza di una definzione consensuale della retribuzione – al fine di integrare una lacuna del contratto secondo criteri oggettivi – ma, piuttosto, in ipotesi in cui la retribuzione risulta concordata (anche in modo tacito) quand'anche in misura insufficiente. Pertanto, a parer mio, la soluzione preferita dalla giurisprudenza (i.e., quella volta ad evitare la nullità totale del contratto) dovrebbe spiegarsi alla luce di un differente parametro di riferimento (civilistico) normativo quale è quello ex. art. 1339 c.c. (e non già quello ex. art. 2099 c.c.) ai sensi del quale, a fronte di un regolamento contrattuale difforme, il rimedio proposto dall'ordinamento non è quello della nullità totale del contratto – che lascerebbe una delle due parti (il lavoratore) sprovvisto di tutela e privo della sua controprestazione – ma, piuttosto, quello alternativo (e più efficace) rilevante in termini di *inserzione automatica di clausole, prezzi di bene o di servizi "… che sono di diritto inseriti nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti…";* così opinando, quindi, la retribuzione individuale concordata dai paciscenti (ma insufficiente ai sensi del più volte citato parametro costituzionale) sarebbe sostituita, di diritto, dalla retribuzione minima legale risultante dall'art. 36 Cost. che ha, appunto, carattere di norma *"più che imperativa poichè di rango costituzionale"* (così Paladin., *Diritto Costituzionale., op. cit;)* in riferimento al c.d. *corrispettivo minimo del lavoro* (così Scognamiglio., *op. cit;* Treu., *op. cit.,)*

[896] Si tratta di emolumenti che incrementano il livello retributivo standard definito in sede di contratto nazionale e possono essere frutto sia di accordi collettivi aziendali sia di accordi individuali o, più spesso, di erogazioni unilaterali del datore di lavoro; in questi ultimi casi si parla anche di *aumenti di merito* o *assegni ad personam* e la concessione degli stessi è tradizionalmente osteggiata dalle organizzazioni sindacali che vedono in essi uno strumento di gestione arbitraria del personale, di divisione fra i lavoratori e di compromissione del proprio ruolo di autorità salariale.

[897] Almeno sino ai provvedimenti sul costo del lavoro con i quali, a partire dal 1977 in poi, si è realizzato un sempre più praticato controllo eteronomo delle dinamiche retributive

[898] Tra tutti, quelli ex. art. 36 Cost; cfr. retro

giurisprudenziale[899] mentre, per converso, il contributo di matrice europea è stato soltanto *parziale* e (quantitativamente) *residuale* in quanto la materia retributiva esula dalle (espresse e dirette) competenze comunitarie[900] salvo per quanto concerne i principi generali presupposti quali, fra tutti, quello della parità (retributiva) tra uomini e donne[901].

Sul piano della *nozione,*[902] si giunge ai complessi orizzonti ermeneutico-teorici che riportano alla ben più ampia questione rilevante in termini di ammissibilità (o meno) del principio di *onnicomprensività della retribuzione*[903] rispetto alla quale (questione) è

---

[899] Si rinvia alle note 881 e 882 con particolare riguardo alla già analizzata *giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*

[900] Ex. art. 137, comma 6, TCE

[901] In materia di *parità retributiva,* il riferimento costituzionale è quello ex. art. 37 della Carta Fondamentale che garantisce alle donne e ai minori gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore di sesso maschile; altra questione è quella che attiene, invece, all'esistenza (o meno) di un più generale principio di parità di trattamento retributiva al di là delle specifiche ipotesi (lavoratrici e minori) previste dalla suddetta (art. 37 Cost.) norma costituzionale.
Tale posizione teorica (i.e., esistenza di un principio di parità retributiva) è stata sostenuta in base all'art. 36 Cost, argomentandosi, al riguardo, nel senso che, se deve esistere un rapporto di proporzionalità costituzionalmente necessario tra retribuzione e lavoro, allora – si è detto – questo rapporto (di proporzionalità tra retribuzione e lavoro) va fatto logicamente oggetto di eguale apprezzamento a parità di prestazioni lavorative.; sul punto, però, la giurisprudenza ordinaria ha ritenuto che la proporzionalità ex. art. 36 Cost. attiene all'equilibrio fra le prestazioni del singolo rapporto di lavoro e non implica, invece, un rapporto "orizzontale" di parità fra retribuzione di diversi lavoratori che si trovano in situazioni analoghe a guisa che, dunque, un lavoratore non potrebbe rivendicare una retribuzione maggiore sol perché altri prestatori, con analoghe qualifiche e mansioni, godano di un trattamento più favorevole (in tal senso, tra tutti, cfr. Cass., 25 febbraio 1988 n. 2027 in *Nuov. Giur. Lav.*, 1988, 344; Cass., 18 novembre 1988 n. 5142 in *Orientamenti*, 1989, 111)
La questione, a sua volta, si lega alla problematica (ancor più generale) inerente i rapporti tra parità di trattamento e principio di non discriminazione rispetto alla quale (questione) vi è stato un importante arresto della Corte Costituzionale (Corte Cost. 9 marzo 1989 n. 103 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989, II, 389) di così dubbia (e criptica) interpretazione a guisa che, dopo tale pronuncia del Supremo Giudice delle leggi, la dottrina si è divisa in due parti a seconda che si sostenesse l'esistenza (o meno) del controverso principio di parità (di trattamento).
In ultimo, la questione è stata risolta – sebbene non siano mancate decisioni difformi ad opera delle Sezioni Semplici – anche dalla Suprema Corte di Cassazione (cfr. Cass., 29 maggio 1993 n. 6030 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 653) che ha "dimostrato" l'infondatezza della regola di parità di trattamento alla luce dei principi di correttezza e buona fede; né potrebbe invocarsi, a sostegno della tesi contraria (i.e., quella *in favor* alla parità di trattamento retributivo), il divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori previsto dall'art. 16 dello Statuto dei Lavoratori.
Si tratta, infatti, di un divieto (i.e., quello ex. art. 16 St. Lav.) che ha omogeneità di *ratio* con quello in materia di atti e patti discriminatori previsto all'art. 15 della stessa legge; pertanto esso (art. 16 St. Lav.) rileverà in negativo, nel senso, cioè, di evitare differenze retributive di trattamento illegittime perché motivate da una delle ragioni che non possono essere poste a base di un provvedimento datoriale ex. art. 15 della suddetta legge 300/1970. *Ergo,* ancora una volta, si tratta (con specifico riferimento all'art. 16 dello Statuto dei Lavoratori) di una *appendice esplicativa* del divieto di non discriminazione e non già di una affermazione *tout court* di una valenza onnicomprensiva di un non esistente (ma preteso) principio di parità di trattamento anche in materia retributiva.

[902] Transitando, così, al secondo profilo di indagine

[903] Si tratta della *vexata quaestio* che concerne l'esistenza (o meno), nel nostro ordinamento, di una *nozione legale unitaria* del concetto stesso di retribuzione; tale nozione (onnicomprensiva di retribuzione)

ormai *ius receptum* l'indirizzo giurisprudenziale negativo[904] dopo ampi e contrastanti

---

era stata sostenuta dalla giurisprudenza (soprattutto di merito) più tradizionale sulla base di alcuni "indici" strutturali che avrebbero caratterizzato, in termini generali, l'obbligazione contrattuale principale di parte datoriale (ovvero la corresponsione della prestazione retributiva).
In particolare, si trattava degli elementi della *determinatezza e/o determinabilità* (ex. artt. 2099 e 1346 c.c.), della *obbligatorietà* (che escluderebbe le prestazioni eventuali rientranti nella discrezionalità o liberalità del datore di lavoro), della *corrispettività* (in termini di *riconducibilità causale della retribuzione al rapporto di lavoro*), e, infine, della *continuità* intesa, quest'ultima, in termini di corresponsione (della retribuzione) ricorrente nel tempo, con carattere di regolarità, anche per compensi non configurati *ex ante* come stabili ma erogati, di fatto, in modo continuativo.
La teoria della omnicomprensività, in sintesi, si basa su due accezioni differenti della stessa nozione in esame: la c.d. *retribuzione corrispettivo,* da un lato, e la c.d. *retribuzione parametro,* dall'altro.
Sotto il primo profilo (c.d. *retribuzione corrispettivo*), si tratta di stabilire se certe prestazioni del datore di lavoro – qualificate a vario titolo come gratifiche liberali o prestazioni assistenziali – debbano ritenersi ricomprese nell'area della *contrattualità* e, quindi, dovute a titolo retributivo e non modificabili (discrezionalmente) sia nell' *an* che nel *quantum*; in questa accezione, dunque, il concetto omnicomprensivo di retribuzione sarebbe da utilizzare e riferire sul piano della individuazione della stessa obbligazione retributiva.
Sotto il secondo aspetto (c.d. *retribuzione-parametro*), invece, la nozione di onnicomprensività è stata utilizzata nell'ambito di istituti che hanno la retribuzione (o una parte di essa) come base di computo; è il caso, per esempio, delle indennità di fine rapporto e dei contributi previdenziali, ovvero degli elementi per così dire differiti della retribuzione, ovvero, ancora, della retribuzione feriale e festiva, delle maggiorazioni dovute per il lavoro straordinario e per il cottimo. Da questo punto di vista, dunque, il concetto onnicomprensivo di retribuzione serve ad individuare la base da prendere in considerazione per il calcolo dei diversi istituti.
Concludendo sul punto, pertanto, sembrerebbe potersi affermare che l'elaborazione del principio di omnicomprensività ha portato ad ampliare enormemente la nozione stessa di retribuzione; altro è, infatti, ritenere che che una determinata indennità è *retributiva* nel senso che non è *discrezionale* ma *dovuta* dal datore o nel senso che deve essere assoggettata a contributi previdenziali e altro è, invece, sostenere che per questo motivo va computata in una serie di istituti costruiti su una (variabile) base di calcolo retributiva.

[904] Il revirement giurisprudenziale, a fronte del precedente indirizzo positivo, può farsi risalire ad un gruppo di sentenze delle Sezioni Unite; tra tutte, cfr. Cass. 13 febbraio 1984 n. 1081 in *Foro It.,* 1984, I, 677. Sul piano strettamente giuridico, queste le critiche più importati che hanno portato alla sopra riportata *inversione di tendenza* da parte dei giudici di legittimità.
In primo luogo, la critica più radicale è quella per cui un (presunto) concetto onnicomprensivo e onnivalente di retribuzione non ha un fondamento normativo in quanto è costruito su caratteri eterogenei stabiliti per finalità diverse e non può comunque avere valore assoluto al di fuori delle fattispecie nelle quali risulta recepito (tra tutti, l'art. 2121 c.c. e l'art. 12 della legge 153/1969 nella versione originale); le suddette disposizioni (art. 2121 c.c. e art. 12 legge 153/1969), infatti, rispondono non già ad una presunta *omogeneità strutturale della retribuzione* ma, piuttosto, *ad esigenze particolari legate a peculiari fattispecie* e, quindi, la determinazione quantitativa (c.d. *retribuzione parametro*) di cosa sia retribuzione andrà ricercata, di volta in volta, sulla base degli elementi strutturali e della *ratio* risultanti dalle fonti, legali o contrattuali, del singolo istituto.
A ciò è da aggiungersi la valutazione di ulteriori effetti indiretti nel senso che l'aumento di ogni singola voce retributiva andrebbe a riflettersi sull'intero sistema in quanto andrebbe a moltiplicare il suo peso su tutti gli istituti retributivi, con particolare riguardo agli elementi differiti o indiretti della retribuzione; e il risultato che ne verrebbe a derivare – si osservi – sarebbe tanto più grave quanto più sia idoneo a depauperare la contrattazione collettiva, realizzandosi al di fuori (o contro) le aspettative delle parti sociali che hanno concordata quella singola voce retributiva.
Concludendo, dunque, la Cassazione (Cass. SS.UU. 1081/1984) ,come accennato, ha definitivamente risolto la questione affermando che "*…la onnicomprensività non costituisce un principio dell'ordinamento… e che l'individuazione dell'ammontare della retribuzione si risolve in un problema interpretativo delle formule utilizzate dal legislatore…"; ergo* – fatte salve specifiche nozioni legali – la fissazione delle componenti retributive rientranti nella base di calcolo ai fini degli altri istituti contrattuali

dibattiti in materia[905]; a ciò si aggiunga che, sotto il profilo delle definizioni legislative, il più importante parametro normativo[906] di riferimento è quello ex. art. 2121 c.c. ai sensi del quale, ai fini del computo dell'indennità di mancato preavviso, devono essere inclusi "*…tutti i compensi corrisposti al lavoratore dal datore di lavoro… aventi carattere continuativo e con esclusione delle sole prestazioni erogate a titolo di rimborso spese…"*[907].

Ciò considerato, si proceda all'analisi dell' ultimo profilo di indagine in materia, ovvero quello attinente all'*adempimento dell'obbligo retributivo*[908]; in termini generali, si tratterà di applicare le tradizionali norme civilistiche in tema di *obbligazione di dare*[909] e, pertanto, le disposizioni codicistiche di riferimento saranno quelle di cui agli artt. 1176 e 1218 c.c. con le relative e connesse questioni interpretative[910].

(retributivi) sarà rimessa alla contrattazione collettiva nel rispetto dei precetti costituzionali di cui al già esaminato art. 36 della Carta Fondamentale.

[905] Sul punto, in dottrina, tra tutti, cfr. Zoli., *Il principio di onnicomprensività della retribuzione tra legge e contratto,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1983, 326

[906] Così come individuato relativamente alle *fonti* della retribuzione nell'ambito del combinato disposto ex. artt. 2094 e 2099 c.c.; cfr. retro

[907] Sul piano teorico, l'applicazione della norma in oggetto (i.e., art. 2121 c.c.) determina frequenti dibattiti dogmatici soprattutto a riguardo della tendenza dottrinale tesa ad includere nella nozione di *rimborso spese* anche le indennità corrisposte a sollievo di particolari disagi sopportati dal lavoratore in occasione della prestazione di lavoro (sulla questione, tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., *Mance dei giocatori vincenti e retribuzione* in *Giur. It.,* 1955, IV; Muracchia., *Mancia*, voce dell' *Enciclopedia del diritto,* XXV, Milano, 1975); l'acceso dibattito sul tema, tuttavia, potrebbe risolversi tenendo presente che la misura della retribuzione viene stabilita, *ex ante,* anche in riferimento alla fatica e al disagio che comporta l'attività richiesta.

Stando così le cose, nell' ambito della nozione di "rimborso spese" non dovrebbero computarsi le indennità corrisposte per tener conto dei disagi connessi al lavoro in quanto quest'ultime (i.e., indennità a fronte dei disagi di lavoro), sebbene in via implicita e *per tabulas*, sarebbero già parte integrante del totale del corrispettivo a favore del prestatore.

Né, personalmente, si ritiene probante la tesi eclettica per la quale l'inclusione nei rimborsi spese (delle indennità corrisposte a sollievo di particolari disagi sopportati dal lavoratore) muterebbe *secundum eventum litis*, a seconda, cioè, del tipo di documentazione che il prestatore è solito allegare ovvero (a seconda) dei criteri adottati dall'imprenditore per accertarne l'effettività; questi parametri, infatti, potranno, al massimo, rilevare agli effetti fiscali o contributivi ma non potranno incidere sulla natura dell'attribuzione nel rapporto fra le parti.

[908] Sul tema, tra tutti, cfr. Di Majo., *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva,* in *Riv. Giur. Lav.*, 1982; Dell'Olio., *La retribuzione*, in *Trattato di diritto privato,* diretto da Rescigno, Utet, Torino, 1986

[909] In materia, tra tutti, cfr. Caruso-Zoli-Zoppoli., *La retribuzione: Struttura e regime giuridico,* Jovene, Napoli, 1994; Roma., *Le funzioni della retribuzioni,* Cacucci, Bari, 1997; Perone., *Retribuzione* in *Enc. Dir. XL*, Giuffrè, Milano, 1989; Persiani., *I nuovi problemi della retribuzione,* Cedam, Padova, 1982

[910] Limitandoci alle problematiche di più evidente rilievo lavorisico si osservi quanto segue.

Il diritto alla retribuzione sorge dopo il compimento del lavoro, secondo la regola della c.d. *post-numerazione;* quanto al luogo del pagamento, si applicheranno le regole generali in materia di *obbligazioni portable* a guisa che, quindi, l'obbligazione retributiva dovrà essere adempiuta al domicilio del prestatore creditore ex. art. 1182 c.c., comma 3. Normalmente, esso (i.e., luogo del pagamento) coinciderà con la sede del lavoro ove il dipendente già si trova e, pertanto, la comodità per il datore di lavoro non comporterà particolare disagio per il lavoratore.

Al riguardo, però, vorrei aggiungere una ulteriore e finale considerazione; si è già detto del *nesso di corrispettività* che lega e caratterizza le due principali obbligazioni[911] derivanti dal sinallagma lavoristico[912].

Cionondimeno, sul punto, si osservi – in una prospettiva *strettamente funzionale* alla dimensione *causale* del contratto di lavoro – che esso[913] subisce *alterazioni significative,*[914] ma tassativamente previste, in una serie di casi di *sospensione* del

---

Quanto alle modalità di pagamento, il datore di lavoro, per evitare rischi di furti e rapine, preferisce, solitamente, pagare la retribuzione con assegni circolari e bonifici bancari e si discute se, in mancanza di apposite clausole collettive o individuali, si possa pretendere il pagamento in moneta ex. art. 1277, comma 1, c.c. ; (sul punto, in senso negativo, cfr. Cass., 3 luglio 1980 n. 4205 in *Foro It.,* 1980, I, 2113; *contra,* cfr. Cass., 5 maggio 2003 n. 6815 in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2004, II, 72)

Infine, l'ultima questione civilistica (interessante ai nostri fini e) connessa al tema della retribuzione è quella che concerne l'obbligatoria consegna al lavoratore, unitamente alla stessa (retribuzione), di un prospetto paga con indicazione analitica delle diverse voci retributive e delle trattenute effettuate; la consegna della busta paga, infatti – sotto il profilo privatistico – ritengo si possa affermare vada a determinare l' *imputazione del pagamento* ex. art. 1193 c.c. ma, pur tuttavia, presuppone pur sempre un debito e, pertanto, non è idonea a costituirne il titolo (cfr. Cass., 9 novembre 1985 n. 5498 in *Mass. Giur. Lav.*, 1986, 51) restando possibile, quindi, la ripetizione dell'eventuale indebito (cfr. Cass., 27 febbraio 1998 n. 2209 in *Mass. Giur. Lav.,* 1998) anche nei confronti del dipendente pubblico con irrilevanza dell'eventuale affidamento (cfr. Cass., 2 marzo 2001 n. 3066 in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2002, II, 99)

In ogni caso, è da ribadire che la consegna del prospetto paga non sposta l'onere della prova del pagamento delle somme dovute che continuerà a gravare, piuttosto, sul datore di lavoro il quale deve provare, mediante quietanza eventualmente apposta sulla stessa busa paga o altrimenti, l'effettiva esecuzione della prestazione dovuta.

Infine si precisi che l'eccezione di pagamento non è eccezione in senso stretto sicchè, se la prova del pagamento è in atti, il giudice dovrà tenerne conto anche d'ufficio (cfr. Cass., 7 febbraio 1997 n. 1154 in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, 365) mentre, in caso di ricevuta sottoscritta dal lavoratore in bianco e poi riempita dal datore di lavoro, occorrerà la *querela di falso* solo per il riempimento *absque partis* e non già per il riempimento *contra pacta* (cfr. Cass., 28 novembre 1984 n. 6200 in *Giur. Civ.*, 1985, I, 3152; Cass., 23 dicembre 1992 n. 13598 in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 513)

[911] Rispettivamente, quella avente ad oggetto l'esecuzione della prestazione lavorativa, sul versante del debitore-lavoratore, e quella concernente la corresponsione della retribuzione sotto il profilo (attivo del rapporto e, quindi) datoriale

[912] Si rinvia all'ampio studio di cui *retro*

[913] Ci si riferisce al suddetto sinallagma lavoristico

[914] Sulla *ratio* di queste "*differenziazion legali"* sul piano della disciplina lavoristica, ampia la letteratura in materia; tra tutti, cfr. Santoro Passarelli., (*Nozioni., op. cit.,;*) per il quale "*…la corrispettività è andata e va sempre più assumendo un significato particolare in relazione a quella funzione della retribuzione di mezzo normalmente esclusivo di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia… corrispettivo non soltanto dell'attività di lavoro oggettivamente riguardata ma anche, soggettivamente, dell'attività del prestatore di lavoro secondo le necessità di vita personali e familiari del medesimo…*". Similmente (e, anzi, in maniera più rigorosa ed estrema) cfr. Mazzoni., *op. cit.,;* per il quale "*…la retribuzione non è pura e semplice contropartita per la prestazione di lavoro… ma è ciò che si deve dare dal datore di lavoro in costanza di rapporto…";* Riva Sanseverino., *Il lavoro nell'impresa., op. cit.,* per la quale "*…il salario … da corrispettivo delle attività che vengono attribuite al lavoratore nell'unità di tempo… viene sottoposto ad una valutazione complessa la quale… dà un rilievo decisivo allo stato di bisolgno del lavoratore e perviene a porre, a carico del datore di lavoro, ogni rischio normale inerente in concreto alla sua esistenza…"* a guisa che, secondo l'ultimo autore citato, "*…la corrispettività non ha carattere assoluto nel senso che la retribuzione seguita ad essere pagata… in veste di controprestazione relativa allo status di appartenenza a quella particolare comunità determinata dall'organizzazione del lavoro dell'impresa…*". Tale ultima posizione teorica, però, non è personalmente condivisa in quanto rileva

rappporto di lavoro, con particolare riguardo ai motivi attinenti alla persona stessa del prestatore.

Si pensi, tra tutte, alle ipotesi normative previste dagli artt. 2110 e 2111 c.c,[915] nonche ai casi di più stretta rilevanza sindacale[916]; in siffatte "ipotesi", la disciplina legale o contrattuale, infatti, imporrà al datore di lavoro di adempiere, in tutto o in parte, all'obbligo retributivo *nonostante l'assenza di controprestazione* e, per ciò solo, (la suddetta disciplina legale o contrattuale) si porrà in contrasto con la regola generale in materia di contratti sinallagmatici[917]; similmente, un analogo "*allentamento*[918]" del nesso di corrispettività si riscontra (anche) nella disciplina di una serie di istituti

---

quale chiara eco della concezione istituzionalistica del rapporto di lavoro che si è avuto modo di confutare nel suo bonum logico-giuridico e alle cui argomentazioni si rinvia (cfr. capitolo III)

[915] In materia di malattia, infortunio, gravidanza o puerperio e richiamo alle armi

[916] Derivanti dallo statuto dei lavoratori; si pensi, tra tutte, alla disciplina in materia di permessi sindacali, per motivi di studio, di esercizio del diritto di assemblea, referendum ed affissione ex. artt. 20, 21 e 25

[917] Come è noto, infatti, il contratto sinallagmatico (cfr. nota 385) è caratterizzato da un peculiare rapporto di *presupposizione reciproca* tra le prestazioni delle parti, ognuna delle quali (parti) è, al tempo stesso, creditore (della prestazione) e debitore (della controprestazione); le prestazioni tra le quali si opererà lo scambio saranno, pertanto, *duplici* (nel caso specifico, il lavoro e la retribuzione), *contrapposte* tra loro ed *eterogenee* (in quanto lo scambio avviene per consentire a ciascun contraente di acquisire un bene più adatto, rispetto a quello ceduto, alla soddisfazione dei propri bisogni) ma, soprattutto, (tali prestazioni) saranno legate da un nesso di *interdipendenza o di causalità* inteso sia in senso *genetico* (ovvero a guisa che l'impegno a fornire una prestazione è assunto in vista del beneficio ottenibile dalla prestazione dell'altro contraente) sia sotto il profilo *strutturale*, a voler così intendere che l'adempimento di una prestazione condizionerà quello dell'altra (secondo la regola per cui *inademplenti non est adimplendum*) atteso che, salvo che il titolo contrattuale diversamente preveda, le prestazioni (sinallagmatiche), normalmente, si caratterizzanno per la loro *modalità esecutiva "manum contra manum"*; sull'ampio tema civilistico si rinvia alle tradizionali trattazioni sul tema. Tra tutti, cfr. Torrente-Schlesinger., *Manuale di diritto privato,* Milano, 2003; Trabucchi., *Ist. Dir. Civ., op. cit;*

[918] Nonostante le precisazioni di cui alla nota che precede e nel testo, la retribuzione non perderà in alcun modo la natura di *controprestazione negoziale*, di valenza essenziale nel rapporto di lavoro, in quanto ne manterrà tutte le caratteristiche più peculiari; essa, infatti, *è collegata da un nesso di interdipendenza* con il comportamento del lavoratore, è *eterogenea* rispetto al bene scambiato e pone il datore di lavoro, nel contempo, in posizione, rispettivamente, di debitore (della retribuzione) e creditore (della prestazione lavorativa).

A tal proposito, pertanto, il problema sarà, al massimo, quello di capire quale sia il comportamento cui è tenuto il prestatore di lavoro nei cui riguardi la retribuzione è corrispettivamente dovuta e quali elementi influiscano sulla sua determinazione; su quest'ultima questione ci siamo già occupati allorchè abbiam trattato del parametro costituzionale ex. art. 36 della Costituzione e del coordinamento ragionato tra autonomia individuale ed autonomia collettiva mentre sulla prima (questione) vorrei procedere alle ulteriori considerazioni che seguono.

Più in particolare, a mio parere, il sinallagma lavoristico , nel suo profilo genetico, (che è poi quello più evidente nella costituzione del rapporto) si pone non già con la collaborazione (nei termini in cui individuata ex. art. 2094 c.c.) o con la sussistenza del rapporto (che è permanenza del diritto del datore a pretendere e dell'obbligo del prestatore a fornire il lavoro) o con lo stato di disposizione (che è presupposto necessario perché possa operarsi lo scambio) ma, bensì con la *prestazione di lavoro* che è il bene (immateriale) dovuto dal lavoratore e quello onde discende l'utilità pretesa dal datore di lavoro; *ergo*, la retribuzione va intesa come la *controprestazione* di un *comportamento* del lavoratore consistente, essenzialmente, nell'utilizzazione delle proprie energie di lavoro in predeterminate condizioni di tempo e di luogo, a beneficio (scambio), nell'interesse (collaborazione) ed alle dipendenze (subordinazione) del datore di lavoro.

retributivi cosiddetti *differiti*[919] che tendono a compensare la prestazione complessiva fornita nell'anno, o nel corso dell 'intero rapporto, senza un rigoroso riferimento al lavoro effettivamente svolto.

Quanto osservato, tuttavia, non allontana in alcun modo dagli orizzonti negoziali già ampiamente studiati nel corso della trattazione; infatti, anche tali *modulazioni peculiari*[920] dell'obbligazione retributiva (nei suoi rapporti sinallagmatici con la prestazione principale gravante sul prestatore) attengono *al modus operandi*[921] della *corrispettività* e non già all' *an* che ci conduce, piuttosto – e ancora una volta – a "transitare" nei più autentici e peculiari "confini" dell'*autonomia dispositiva* e, quindi, del negozio giuridico[922].

Esaurita, così – limitatamente ai profili che maggiormnente interessano nell'ottica euristica del nostro studio – l'analisi giuridica della *obbligazione principale*[923] gravante sul creditore della prestazione di lavoro, si passi ad esaminare – sempre in via sintetica[924] e negli aspetti che più a noi concernono[925] - la tematica dei c.d. *poteri unilaterali,*[926] di prerogativa datoriale, in quanto essi andranno a "completare" l'indagine sul sinallagma lavoristico *lato sensu* inteso.

La questione nasce in quanto, come è noto, la configurazione tradizionale del rapporto di lavoro[927] attribuisce al creditore della prestazione una posizione attiva di *iniziativa* (o, *rectius,* di *preminenza)*[928] a cui fa fronte una posizione passiva di *soggezione*[929] del

---

[919] In particolare, rilevano le ipotesi della gratifica natalizia, delle mensilità aggiuntive, della retribuzione feriale e della indennità di anzianità o, per meglio dire, del trattamento di fine rapporto

[920] In termini di *alterazioni significative* del sinallagma; si rinvia a quanto considerato nelle pagine che precedono nonché alle note 914 e ss

[921] E, quindi, al c.d. *quomodo*

[922] In piena conformità a quanto, si ricordi, ci si proponeva di dimostrare

[923] I..e, quella relativa alla corresponsione della retribuzione, cfr. retro

[924] Il tema della compatibilità *logico-giuridica* tra *natura negoziale* del rapporto di lavoro e *prerogative unilaterali* gravanti su una parte (soltanto) del contratto, infatti, è già stato ampiamente sviluppato nel corso della trattazione nei suoi più diversi e principali profili di rilevanza teorica e dogmatica e, pertanto, in tal sede, ci si limiterà a riprenderne, nei suoi aspetti più caratterizzanti, la disciplina normativa ai fini di una migliore "comprensione" delle modalità attuative, *in executivis,* dell'obbligazione lavoristica *lato sensu* intesa

[925] E, quindi, alla luce della dimensione " *causale*" del contratto di lavoro

[926] Ci si riferisce, in particolare, al c.d. *potere direttivo, di controllo e disciplinare* di esercizio unilaterale ad opera della parte attiva del rapporto obbligatorio lavoristico e alla cui analisi si sta per giungere

[927] Il tutto rileva apertamente già a partire dalle norme codicistiche sul lavoratore subordinato il quale collabora nell'impresa prestando la propria opera "*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore* " (art. 2094 c.c.) che è "*capo dell'impresa"* (ex. art. 2086 c.c.) e dal quale (capo dell'impresa) "*dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori"*.

[928] Si rinvia, al riguardo, allo studio di cui ai capitoli che precedono con le connesse note; in particolare, cfr. capitolo II

lavoratore; sotto il profilo squisitamente teorico, tradizionalmente, si è parlato di posizioni di *poteri giuridici in senso proprio*[930]*, esercitabili in modo discrezionale per la tutela di un interesse proprio,*[931] finchè, con l'avvento dello Statuto dei Lavoratori[932]

---

[929] Sul concetto di *soggezione* si rinvia all' ampia analisi di cui al paragrafo che precede nonchè (si rinvia) al capitolo II con particolare riguardo alla nota 186

[930] In questa prospettiva di indagine, la dottrina più autorevole ha fatto riferimento, al riguardo, alla c.d. figura dei *negozi per relationem* che sono stati definiti come quelli nei quali "…*si ha una determinazione non autonoma (i.e., mediata, indiretta e/o per elementi accidentali) della volontà…"* (così, testualmente, Allara., *Il testamento, op. cit;* similmente Di Pace., *Il negozio per relationem., op. cit*) a voler con ciò indicare che in tali negozi "…*il contenuto della disposizione dipende da una situazione estranea alla medesima…che funziona da mezzo per determinare il contenuto della volontà…. a guisa che il concreto contenuto della disposizione non è direttamente stabilito dal soggetto della volizione.."* (così lo stesso Allara., *op. cit;).*

Leggendo il tutto nell'ottica dell'oggetto di studio che a noi concerne, il contratto di lavoro rileverebbe come *negozio per relationem* in quanto "…*in esso gli impegni non sono individuati direttamente..ma sono circoscritti con riferimento alla qualifica di assunzione ed all'orario di lavoro…, con riserva di ulteriori specificazioni attraverso ordini di servizio… sicchè al perfezionamento del contratto segue una situazione di incertezza destinata a risolversi con il verificarsi dell'evento o dei successivi eventi determinativi,,,"* (così Corrado., *Il contratto di lavoro, op. cit;*).

Così qualificare il contratto di lavoro (ovvero in termini di negozio *per relationem*), a certa (ed autorevole) dottrina è sembrato un comodo "escamotage" teorico per sfuggire dalla nozione di *potere giuridico* in quanto, in tal modo, l'effetto al quale ogni atto di esercizio (di un presunto potere datoriale) sarebbe indirizzato risulterebbe ricondotto alla volontà espressa dalle parti del contratto atteso che "….*la visione integrale del fenomeno della dichiarazione per relationem…esclude che, quando la determinazione sia rimessa ad un atto di scelta delle parti o di un terzo, occorra il deferimento di particolari poteri e la scissione fra contratto e relatio, ciascuno con rilevanza autonoma.."* (così Corrado., *La nozione unitaria del contratto di lavoro, op. cit.,*)

Personalmente, però, ritengo che la ricostruzione del contratto di lavoro come contratto *per relationem* non sia decisiva e, in tal senso, sembra suggerire lo stesso Suppiej., (*op. cit.,)* per il quale "…*per negare che al datore di lavoro sia attribuito uno speciale potere…non basta affermare che il contratto di lavoro è un contratto per relationem… tale affermazione, di per sé, non dice nulla…sull'entità e sulla natura degli effetti che da esso scaturiscono…occorrerebbe sostenere, infatti, che la posizione di colui che, in virtù di una norma, ha la possibilità di provocare con una sua unilaterale espressione di volontà la produzione di un certo effetto giuridico nell'altrui sfera… non è posizione giuridica… quella posizione giuridica soggettiva che si qualifica, appunto, come potere giuridico…".*

In tal senso, assai incisivo lo studio e la prospettiva di indagine del Barbero., (*Il diritto soggettivo,* in *Foro It.,* 1939, IV, ripubblicato in *Studi di teoria generale del diritto,* Milano, 1953; Id., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958; *Contra* Giuliano., *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico,* Bologna, 1952) per il quale la nozione di "potere giuridico" rileverebbe quale *formula di sintesi* di *duplice e binaria composizione giuridica interna;* più in particolare, da un lato, vi sarebbe un *agere licere*, ovvero una facoltà in tutto analoga a quella che costituisce il contenuto di ogni diritto soggettivo assoluto e, dall'altro, acquisterebbe valenza determinante non tanto la prospettiva del "*poter agire*" ma, piuttosto, quella dell' *aver agito* in termini di *rilevanza giuridica riconosciuta all'atto compiuto dal soggetto facoltizzato* secondo le regole dell'ordinamento (giuridico) di riferimento.

Accogliendo questo indirizzo teorico, dunque, risulterebbe assai controversa la stessa esistenza di una nozione di "*posizione di potere giuridico soggettivo in senso stretto"* in quanto indice di *statica giuridica* che si contrappone "…*al complesso delle regole di condotta… che rendono, quella giuridica, una realtà fisiologicamente dinamica…"* (così, testualmente, lo stesso Barbero., *op. cit.,*)

[931] Quale quello dell'imprenditore

[932] Anteriormente alla legge 300/1970, infatti, erano rimasti senza seguito i tentativi di leggere i suddetti (o, meglio, così considerati) *poteri giuridici dell'imprenditore* alla luce dei principi costituzionali (tra tutti, quelli di *non discriminazione* e di *libertà sindacale*) in forza della convinzione teorica per cui si trattava di limiti (quelli derivanti dalla Carta Fondamentale) non attinenti ai poteri giuridici (quali quelli

(e, in parte, della contrattazione collettiva[933]), si sono gradualmente ridotti i suddetti aspetti di *soggezione* del lavoratore, attribuendo, a quest'ultimo, posizioni attive di controllo[934] in ordine ai più diversi aspetti dell'attuazione del rapporto e limitando, [935] in tal modo, l'esercizio dei già richiamati "poteri" imprenditoriali[936].

---

dell'imprenditore) di rilievo squisitamente *interprivatistico* e, comunque, non *immediatamente connessi* alle funzioni di più diretta valenza giuspubblicistica (in tal senso, tra tutti, cfr. Paladin., *op. cit.,*)

[933] Per evitare l'incertezza derivante dalle norme generali, infatti, il legislatore, talvolta, rimette proprio alla contrattazione collettiva una regolamentazione più precisa, a volte anche in via di specificazione di una norma generale; tra tutti, si ricordino i rinvii (legali) in materia di *criteri di scelta* nel *licenziamento collettivo* (ex lege 223/91), in relazione alle *mansioni equivalenti* nel settore pubblico e privato (sul punto, cfr. Cass., SS.UU. 12 ottobre-24 novembre 2006 n. 25033) o, ancora, per la predisposizione del codice disciplinare o per la disciplina del lavoro a tempo parziale.

[934] In tal senso, si rinvia, in particolar modo, alla disciplina prevista dallo Statuto dei Lavoratori (Titolo III, artt. 19 e ss.) in relazione ai *poteri/diritti* riconosciuti in capo alle RSA e, con il Protocollo Giugni-Ciampi del 1993, alle Rsu; tra le diverse ipotesi previste, si pensi alle c.d. *"regole del caso concreto"* (così Vallebona., *Ist. di diritto del lavoro., op. cit;*) che sottopongono l'esercizio (in concreto) del potere imprenditoriale ad una autorizzazione preventiva dell'autonomia collettiva o della pubblica amministrazione come, ad esempio, accade in materia di installazione di impianti di controllo a distanza (art. 4 St. Lav.) o per le perquisizioni (art. 6 St. lav.,).

Più in generale, si rinvia agli studi in materia di *operatività e funzioni del sistema sindacale* (in tal senso, tra tutti, Scognamiglio., *op. cit:;* Ballestrero., *Manuale di diritto sindacale, op. cit.,*).

[935] Ai poteri dell'imprenditore si riferiscono, in maniera specifica, diverse norme del *Titolo I* dello Statuto dei Lavoratori ma, al di là di questi parametri "normativi" di riferimento, è necessario richiamare un limite di valenza *generale ed onnicomprensiva* quale è quello conseguente al *divieto di discriminazione*, in quanto trattasi di un "vincolo" potenzialmente assai ampio, essendo suscettibile di comprendere tutte le manifestazioni dell'iniziativa dell'imprenditrore in ordine ai rapporti individuali e collettivi di lavoro.

In materia (i.e., divieto di discriminazione), anzi – per limitarci alle sole fonti di rilievo "sovraordinato" – vi è un concorso tra normativa europea e "*ordinamento costituzionale"*; sotto il primo profilo (i.e., matrice comunitaria), il primo e più importante intervento ha riguardato, in Europa, la materia delle discriminazioni per sesso (c.d. di genere) ed, ad esse, il legislatore ha dedicato una serie di fondamentali discipline (tra cui la direttiva n. 76/207/CE, oggi modificata dalla direttiva n. 2002/73/CE emanata in materia di parità di trattamento e di opportunità per uomini e donne) sul versante occupazionale e delle condizioni di lavoro alla stregua dell'art. 141 TCE; in tal senso, tra tutti, cfr. CGCE, 17 settembre 2002, causa n. C-320/00, (in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, 209) che ha escluso, però, l'applicazione del principio di parità retributiva laddove le differenze (retributive) siano il frutto di una operazione di decentramento produttivo e, per questo, non siano riconducibili ad un solo datore di lavoro che sia responsabile della diseguaglianza e possa ristabilire la parità di trattamento. Recenti, infine – sempre sotto il profilo comunitario – gli interventi, ex. art. 13 TCE, di specifiche regolamentazioni attinenti alle discriminazioni per razza ed origine etnica (cfr. direttiva 2000/43/CE), ovvero per religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali (cfr. direttiva 2000/78/CE); in materia, si rinvia, altresì, anche all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ora art. II-81 della Costituzione Europea.

Sul piano internazionale, infine, cfr. la convenzione OIL n. 100 del 1951, ratificata con la legge 22 maggio 1956 n. 74 e la convenzione ONU 18 dicembre 1979, ratificata con la legge 14 maggio 19856 n. 132.

Quanto all'ordinamento interno, si ricordi come la Carta Fondamentale pone una "*guide line* " in materia di parità fra lavoratori e lavoratrici con la precisazione che (ex. art. 37 Cost.) "*…le condizioni di lavoro devono consentire alla donna…l'adempimento della sua essenziale funzione familiare… ed assicurare alla madre e al bambino una speciale ed adeguata protezione…*".

Di fondamentale importanza anche la disposizione ex. art. 3 della Grundnorm ai sensi della quale ":*..tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzioni di sesso, lingua, religione, opinioni politiche, e condizioni personali e sociali…*" (c.d. uguaglianza formale) mentre "*…è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva*

partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese…" (c.d. uguaglianza sostanziale).
Infine, a livello di legge ordinaria, l'imposizione di un esercizio *non arbitrario* dei poteri datoriali viene sancita dall'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori che dichiara la *nullità di tutti gli atti e patti diretti a ledere*, in qualsiasi modo, la posizione del lavoratore per *motivi sindacali* (così la versione originale del 1970), o per motivi legati al sesso, alla politica, alla religione, alla razza, alla lingua (ex. lege 903/1977) o, ancora, per ragioni legate ad hanticap, età, convinzioni personali ed orientamento sessuale (a seguito del D. Lgs. 216/2003).

[936] Una sistemazione e classificazione unitaria dei vincoli all'esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro è consentita, in primo luogo, dalla loro qualificazione, rispettivamente, in termini di *obbligazioni di fare ed obbligazioni di non fare* nel senso che, a seguito della limitazione, il potere non sarà più libero in quanto al titolare ne sarà imposto o vietato l'esercizio in determinate situazioni; in tale prospettiva interpretativa – che coniuga, ancora una volta, la nozione di *potere unilaterale* con la *dimensione negoziale* del rapporto (di lavoro) – ogni violazione della disciplina legale o pattizia attienente l'esercizio del potere rileverà – oltre che come indice di inefficacia del relativo atto di esercizio – anche come *inadempimento contrattuale* conseguendone, da ciò, i relativi rimedi contemplati dal diritto comune o dalla disciplina speciale.
Ciò premesso – nell'ambito della *summa divisio* tra *obblighi di fare e (obblighi di) non fare* – un ulteriore distinguo concerne il contenuto *positivo* (c.d. limiti positivi) o *negativo* (c.d. limti negativi) dell'obbligo gravante su parte datoriale; più in particolare, se i primi (c.d. limiti positivi) impongono l'esercizio del potere e possono riguardare il compimento di varie attività (ad esempio, assunzione, promozione, trasferimento, predisposizione delle misure di sicurezza), i secondi (c.d. limiti negativi) vietano l'esercizio del potere e possono investire sia atti diretti ad estinguere, sospendere o modificare il rapporto (tra tutti, si pensi al licenziamento o al trasferimento) sia comportamenti materiali (ad esempio, controllo sulla prestazione, perquisizioni e/o indagini).
In secondo luogo, una altra distinzione fondamentale è quella che attiene al *trade off* tra *limiti di fonte legale* e *limiti di fonte negoziale* in quanto, in tal modo, si verifica una peculiare *intersezione della disciplina negoziale*, in via integrativa e complementare, nei substrati *extracontrattuali* dettati dalla normativa (lavoristica) inderogabile di legge; più in particolare, così opinando, si verifica sia l'innesto della regola negoziale su quella legale al fine di accrescere la protezione del lavoratore (si pensi, tra tutte, alla rilevanza che lo stesso ordinamento riconosce alle esigenze familiari del lavoratore in aggiunta alla necessaria giustificazione organizzativa del trasferimento) sia l'introduzione di un vincolo negoziale in mancanza di un limite legale (tra tutte, si pensi alle ipotesi di protezione del dirigente contro il licenziamento ingiustificato ovvero all'obbligo dell'impresa subentrante nell'appalto di assumere i dipendenti del precedente appaltatore ivi addetto).
Ancora, è da distinguersi tra *limiti finali e (limiti) procedimentali* a seconda che, rispettivamente, venga definita la fattispecie sostanziale vietando o imponendo determinati atti (ad es. divieto di licenziamento ingiustificato o divieto di atti discriminatori), ovvero, l'esercizio del potere sia condizionato all'espletamento di un determinato e regolato *iter procedimentale* preliminare all'espletamento di una determinata procedura (tra tutte, si pensi alle ipotesi attinenti alla disciplina della CIG ovvero alla disciplina della stipula di contratti a termine per punte stagionali di attività).
Si distingue, inoltre, tra limiti *interni* ed *esterni*; i primi impongono la destinazione dell'atto alla funzione per la quale il potere è attribuito (ad esempio, si tratta delle ipotesi di licenziamento giustificato) mentre i secondi tutelano l'interesse di un soggetto diverso dal titolare del potere; a questo distinguo si collega anche quello tra *limiti che impongono una necessaria giustificazione* e *limiti che vietano l'atto a destinazione illecita* . Il significato del suddetto *discrimen* è particolarmente rilevante sotto il profilo probatorio; nelle ipotesi del primo tipo (ad esempio, giustificazione del licenziamento), infatti, graverà sul datore di lavoro l'*onere di provare l'esistenza della giustificazione quale elemento costitutivo del legittimo esercizio del potere* mentre, invece, nella seconda ipotesi, sarà il prestatore a dover dimostrare la destinazione illecità dell'atto altrimenti valido tant'è che – proprio per agevole la posizione del lavoratore e scongiurare il rischio di una *probatio diabolica* – sono previste *presunzioni legali* (ad esempio, in caso di licenziamento delle lavoratrici madri o a causa di matrimonio) o *inversioni condizionate dell'onere probatorio* (per le discriminazioni in ragione del sesso).
Infine ci si soffermi sul distinguo tra *limiti ad efficacia reale* e limiti *ad efficacia obbligatoria* a seconda delle conseguenze giuridiche derivanti dalla trasgressione della regola; più in particolare, si tratterà di un limite reale quando l'ordinamento non riconosce gli effetti dell'atto vietato considerato *tamquam non*

Sotto il profilo della concreta disciplina applicabile, la nozione legale di *potere direttivo*[937] si ricava dal secondo comma del'art. 2104 c.c.[938] in termini di *potere di impartire le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro;* da qui la sua valenza in termini di *potere di conformazione*[939] della prestazione come, del resto, si è

---

esset (si pensi al licenziamento ingiustificato nell'ambito dell'area applicativa ex. art. 18 dello St. Lav.) oppure allorchè siano previsti meccanismi alternativi per la produzione degli effetti dell'atto dovuto e non compiuto. Diversamente, allorchè il limite sia obbligatorio, invece, l'atto vietato produrrà ugualmente i suoi effetti (si pensi all'area di applicazione dell'art. 8 della legge 604/1966) e l'atto dovuto resterà senza alternative salvo l'obbligo dell'autore dell'illecito di risarcire il danno che ne sia eventualmente derivato o di pagare una penale.

In tali casi (i.,e., limite ad efficacia obbligatoria), dunque, il titolare del potere potrà esercitarlo anche in violazione del limite posto anche se, su di lui, graverà il "costo" di tale trasgressione; sul piano del *law in books,* infine, si precisi che, tendenzialmente, i limiti legali posti da norme imperative sono sempre a tutela reale di nullità (ex. artt. 1324 e 1418 c.c.) salvo contraria previsione legale espressa (art. 8 della legge 604/1966) mentre i limiti di fonte negoziale possono essere a tutela reale (c.d. *inefficacia negoziale*) o meramente risarcitoria a seconda della volontà delle parti.

[937] Quanto alle genesi "storica" del suddetto potere, interessante la ricostruzione "sistematica" operata da Karl Korsch (*Legislazione del lavoro per i consigli di fabbrica,* in *Consigli di fabbrica e socializzazione,* Bari, 1970) per il quale "*…l'operaio viene assoggettato ad una legge particolare..in quanto in casa del suo padrone gli vengono imposte norme di comportamento vincolanti..";* tradizionalmente, infatti, la più alta espressione del potere direttivo si è avuta nel c.d. *regolamento interno di azienda* sulla cui natura la dottrina è divisa contrapponendosi, solitamente, due tesi e, in particolare, quella *non negoziale* e quella *contrattuale*. La prima (i.e., quella non negoziale) si rifà alle concezioni istituzionalistiche del rapporto di lavoro sulla cui fondatezza si è già ampiamente discusso e alla cui analisi (cap. III) si rinvia (in tal senso, tra tutti, cfr. Hernandez., *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro,* Padova, Cedam, 1968); la seconda (cioè quella contrattuale) è quella che personalmente si preferisce anche perché, a ben pensare, potrebbe senz'altro sostenersi che sia la legge a conferire il *potere (unilaterale) datoriale* come *effetto naturale del contratto* (di lavoro) e, quindi, potrebbe essere altrettanto possibile una spiegazione *negoziale e privatisitica* del regolamento interno (e, quindi – per quel che a noi più interessa – del potere direttivo che ne deriva) quanto meno nel senso che "*…la situazione in ragione della quale ci si è obbligati all'osservanza del medesimo è eminentemente di genesi contrattuale perché fondata sul mutuo consenso delle parti a farlo valere come legge dell'azienda di cui si fa parte…"* (così anche Latham., *Il significato politico dell'impresa,* in *La grande impresa nella società moderna,* a cura di Mason, Milano, 1970)

[938] Non a caso si tratta dello stesso parametro normativo già analizzato in relazione al c.d. *dovere di ubbidienza* (cfr. paragrafo che precede); infatti, il potere direttivo altro non è che (cfr. retro) *l'id est (giuridicamente) speculare* del suddetto obbligo (di obbedienza) – gravante sul prestatore – nella *prospettiva giuridica* del soggetto attivo del rapporto obbligatorio lavoristico (i.e., datore di lavoro)

[939] Come già accennato, infatti, il contratto di lavoro indica, genericamente, l'attività dedotta in contratto come *tipo* (nella nozione atecnica del termine) e, quindi, nella sua appartenenza ad un "*genus*" concordato*;* dopo di che, presentandosi il lavoratore in azienda, resterà da stabilire in concreto cosa costui debba fare nonché le varie modalità di diverso ordine della prestazione.

Da ciò autorevole dottrina (Suppiej., *op. cit.,*) ha dedotto che – così, testualmente – "*…in verità non il contratto di lavoro obbliga a lavorare…derivando, in contrario, siffatto obbligo dall'esercizio in concreto del potere che per contratto spetta al datore di lavoro…*". Tuttavia, si precisi, si tratta di una tesi isolata, altrimenti ricostruendo la prevalente dottrina la situazione in termini strutturali; più in particolare, in questa ottica interpretativa, appunto, il potere direttivo rileverebbe quale *potere di conformazione o specificazione* intendendosi, con ciò, appunto, il potere di *determinare in concreto quanto è dovuto dal lavoratore.*

Similmente sembra suggerire una importante pronuncia della Suprema Corte (Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755) la quale – a sottolineare l'importanza primaria del potere direttivo dell'imprenditore in termini di (potere di) *conformazione della prestazione dovuta* – si esprime nel senso che "*…il contratto di lavoro..prima che una fonte di rapporti obbligatori… è un programma di comportamento tra le parti….*"

già accennato allorchè si è trattato dello *ius variandi*[940] e della *peculiare natura* dell'oggetto del contratto di lavoro in termini di *determinabilità ex ante* e *determinatezza ex post*[941].

In tale prospettiva euristica, cioè, anche il *potere direttivo*, al pari dello *ius variandi*, parteciperà della *dimensione negoziale (*e, quindi, *causale*[942]) del rapporto (di lavoro) anche se in forza di differenti *modalità operative*; più in particolare, se quest'ultimo[943] lo si è letto[944] in termini strumentali alla piena "realizzazione" dei requisiti negoziali ex. art. 1346 c.c[945]., il primo,[946] invece, sarà idoneo a "*perimetrare"* l'*an* e il *quomodo* della prestazione (lavorativa) dedotta in contratto alla luce delle mutevoli esigenze datoriali (rilevanti) nei limiti dell'art. 2103 c.c. e, in tal modo, potra "interpretarsi" anch'esso[947], al pari dello *ius variandi*[948], in termini di *negozialità non per genesi*[949] *ma per funzione*[950] in relazione, però, ad un altro paradigma normativo,[951] sempre di matrice

---

[940] Che si è già definito (cfr. retro) in termini di *articolazione (e corollario) funzionale* del medesimo potere direttivo

[941] In tal senso anche Pera., (*Diritto del lavoro, op. cit.,*) per il quale "*…viene in questione la costruzione dello specifico rapporto…, specie, come ho accennato, per quanto attiene alla esatta identificazione o no dell'obbligazione di lavorare… sul piano della determinazione o della determinabilità dell'oggetto dedotto alla stregua di un requisito indispensabile del contratto in generale (art. 1346 c.c.), …problematica estremamente complessa e di ardua sistemazione dommatica…".*
Si rinvia, inoltre, *retro;* in particolare, cfr. paragrafo che precede con connesse note

[942] Si rinvia al globale iter logico-speculativo come sin qui "costruito"

[943] I.e., ius variandi ex. art. 2103 c.c.

[944] Si rinvia all'ampio studio di cui al paragrafo che precede

[945] Ai sensi del quale, si ricordi, l'oggetto del contratto deve essere "… *possibile, lecito, determinato e/ o determinabile…"*

[946] I.e., potere direttivo ex. art. 2104 c.c., comma secondo

[947] Ci si riferisce al suddetto potere direttivo

[948] Si rinvia al percorso logico di cui alle pagine 262 e ss con connesse note

[949] In quanto trattasi di potere ad esercizio unilaterale di una (soltanto) parte del contratto

[950] Nella medesima accezione, *mutatis mutandis*, di cui alle note 792 e ss; più in particolare, a parer mio, dietro il legittimo esercizio del potere direttivo si cela un (ulteriore) *profilo negoziale* assai importante quale quello della *mora credendi* ex. art. 1206 c.c.
Quest'ultimo (i.e., potere direttivo), infatti, limita l'area di *debenza* della prestazione (cfr. pagg. 258 e ss) e, in tal modo, individua quel *profilo di collaborazione all'adempimento* che grava anche su parte datoriale (nella qualità di creditore) che deve compiere "*…quanto è necessario affinchè il debitore possa adempiere…"* (ex. art. 1206 c.c.); conformare la prestazione, infatti, equivale a determinare il *quid facere* cui è tenuto il lavoratore che, in tal modo, potrà *"…predisporre l'effettiva esecuzione della prestazione dovuta…"* (così Betti., *op. cit.,.)* nell'esercizio del suo *interesse ad adempiere* ricavabile, mediante argomento *a contrario,* ex. art. 1180 c.c., comma secondo, allorchè il legislatore, in materia di adempimento del terzo, si esprime nel senso che "*…il creditore può rifiutare l'adempimento offertorgli dal terzo se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione…"* (sul tema, per ulteriori approfondimenti della questione civilistica sottesa, si rinvia, tra tutti, a Bianca., *Diritto Civile, L'obbligazione., op. cit.,*)
In mancanza del legittimo esercizio del suddetto potere direttivo, quindi, la mansione o, *rectius,* la prestazione da svolgere sarà meramente *determinabile* (e non già *determinata*; cfr. retro) e, quindi, non potrà essere perfettamente valutato l'eventuale inadempimento del lavoratore che, piuttosto, sarà liberato da ogni sua (eventuale) responsabilità ex. art. 1218 c.c. verificandosi una ipotesi di *perpetuatio obligationis* in capo al creditore della prestazione lavorativa; *ergo,* dovrà concludersi nel senso che,

negoziale, quale è quello ex. art. 1174 c.c. ai sensi del quale, come è noto, "*...la prestazione che forma oggetto della obbligazione… deve corrispondere ad un interesse…del creditore…*[952]*"*.

In particolare, poiché, come si è detto, le esigenze *organizzative* del datore di lavoro potranno senz'altro mutare nel corso del rapporto – a guisa che lo stesso legislatore ha (espressamente) previsto il già analizzato *ius variandi*[953] – il *potere direttivo* – o, *rectius*, il potere *di conformazione*[954] della prestazione – rileverà quale una sorta di *condicio sine qua non*[955] per realizzare e garantire *l'attualità e la persistenza, in executivis, dell'interesse (negoziale) che ha portato le parti a contrattare*[956] a voler, con ciò, indicare che, in difetto del suddetto (ed attuale!) *interesse negoziale* ex. art. 1174 c.c., *lo stesso vincolo obbligatorio (lavoristico) pattizio sarà tale da cadere in "quiescenza"*[957] *per poi estinguersi e/o risolversi*[958] *secondo le ordinarie regole vigenti in materia contrattuale*[959].

---

nell'ambito del contratto di lavoro, "*…in forza dei suddetti doveri di collaborazione inter partes… l'imprenditore creditore sarà tenuto non soltanto a predisporre gli strumenti materiali necessari all'esecuzione del lavoro…ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente nei limiti dell'oggetto del contratto…e, quindi, nei limiti posti dall'art. 2103 c.c. …"* (così Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755)

[951] Distinto da quello preso in considerazione in relazione all'esercizio dello ius variandi., ovvero il suddetto art. 1346 c.c.

[952] Giungiamo, così, al risultato cui si tendeva in questo capitolo, ovvero alla spiegazione, in termini *negozial-causalistici*, delle posizioni di "potere" unilaterale gravanti sul capo dell'impresa

[953] Si rinvia al paragrafo che precede

[954] Sul tema, peculiari le riflessioni di Pera., (*op. cit.,)* il quale, nell'ambito del potere direttivo, rintraccia la eco *normativa* del c.d. *principio di autorità* nel senso che – si cita testualmente – "*…il potere direttivo appare attribuito per soddisfare congiuntamente all'interesse del creditore alla regolarità della prestazione…. l'interesse alla immodificabilità dei ruoli di comando…, legislativamente valutata come la più solida delle garanzie per un ordinato funzionamento dell'impresa…".* In tal senso, dunque, il potere direttivo incide sul *bonum* dell'esatto adempimento della prestazione dovuto a guisa che potrebbe anche verificarsi che le prescrizioni dettate dal creditore siano errate e che "*…il lavoratore giunga ad un risultato conforme all'interesse del creditore proprio se non presta fede ai suoi comandi… cionondimeno… egli sarà chiamato a rispondere per violazione dell'obbligo di obbedienza…"* (così Mengoni., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Lussemburgo, 1965

[955] In termini, quindi, peculiarmente strumentali

[956] Si tratta dunque, di quella che la dottrina civilistica suole definire in termini di *prospettiva dinamica dell'interesse negoziale ex. art. 1174 c.c.* a voler, con ciò, indicare che il suddetto interesse negoziale (ex. art. 1174 c.c.) deve essere verificato, nella sua effettiva sussistenza, sia nel momento genetico della nascita del vincolo pattizio (c.d. sinallagma genetico) sia in quello (momento) funzionale ed *attuativo* (c.d. sinallagma genetico) del rapporto in essere

[957] Così, tra tutti, cfr. Bessone., *op. cit.,*

[958] In questa ottica interpretativa, infatti, devono essere "lette" le disposizioni normative ex. art. 1256 c.c. (estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione) ed artt. 1463 e 1464 c.c. in materia, rispettivamente, di risoluzione del contratto per impossibilità totale o parziale della prestazione.
In tutte queste ipotesi rientranti nell'ambito del c.d. *inadempimento non imputabile*, infatti, sia l'estinzione dell'obbligazione ex. art. 1256 c.c. che la risoluzione ex. artt. 1463 e 1464 c.c. opereranno di

In sì termini inteso – ovvero come potere di pianificare la *fase esecutiva* del rapporto, predisponendo le condizioni necessarie all'adempimento della prestazione di lavoro –, però, esso[960] non basterebbe, pur tuttavia, a soddisfare integralmente l'interesse creditorio[961] a guisa che, infatti, in tutti i *rapporti negoziali* in cui è dedotto un *facere*[962] è possibile rinvenire, *ex lege,* una (ulteriore) *possibilità di intervento unilaterale*[963], ad opera della parte attiva[964] del rapporto obbligatorio, *volta* a tutelare l'interesse dello stesso (creditore) anche a fronte della *parziale limitazione* dell'autonomia organizzativa del debitore *in executivis.*

In questa ottica di studio, noi si giunge, *naturaliter,* a transitare negli orizzonti normativi celati dal c.d. *potere di controllo (*dell'imprenditore) che[965], a mio parere, sarà tale da poter assumere (anch'esso)[966] una peculiare (nonché eccentrica) valenza *negoziale*,[967] finendo per rappresentare e *sintetizzare* – nello svolgersi del *sinallagma* e in prospettiva *causale*[968] - la *proiezione dinamica* della caratteristica immanente dello stesso rapporto (contrattuale) di lavoro subordinato la cui peculiarità giuridica è tale che, da una parte, ci sarà un debitore[969] di attività senza (o con imperfetta) autonomia organizzativa[970] e, dall'altra, un creditore[971] il quale dovrà poter *controllare* l'effettiva

---

diritto in quanto saranno indice di una "*…inidoneità assoluta al funzionamento del sinallagma…in quanto in alcun modo sarà suscettibile di realizzarsi l'interesse negoziale alla prestazione ex. art. 1174 c.c.. da ritenersi, quest'ultimo…,.. intangibile…. secondo la più coerente tradizione della autonomia dispositiva del nostro sistema giuridico…"* (così, tra tutti, Lipari., *op. cit.,)*

[959] In tal senso, tra tutti, cfr. Bianca., *Diritto Civile, L'obbligazione, op. cit.,*

[960] Ci si riferisce al suddetto potere direttivo

[961] Ex. art. 1174 c.c.; cfr. retro

[962] E tra questi rientra anche quello di lavoro in forza dello studio di cui ai capitoli che precedono

[963] Si pensi, tra tutti, al diritto dell'appaltante di "*…controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato…"*(art. 1662 c.c., comma 1) nonché alla facoltà, che pure gli compete, di azionare un meccanismo simile alla diffida ad adempiere (ex. art. 1662 c.c., comma 2); similmente, si pensi al diritto del committente di ingerirsi nella esecuzione dell'opera pattuita allo scopo di imporne eventuali correzioni entro un congruo termine trascorso inutilmente il quale questi (i.e., committente) "*…può recedere dal contratto, salvo il diritto al risarcimento danno…"* (ex. art. 2224 c.c.)

[964] Nell'ipotesi negoziale che a noi concerne (i.e., contratto di lavoro) si tratterà del creditore della prestazione lavorativa e, quindi, di parte datoriale

[965] Ci si riferisce al suddette potere di controllo del capo dell'impresa

[966] Al pari, cioè, del già analizzato potere direttivo dell'imprenditore ex. art. 2104 c.c., comma secondo; cfr. retro

[967] In tal senso sembra suggerire anche Smuraglia., (*La persona del prestatore nel rapporto di lavoro,* Milano, 1967) per il quale " *nel rapporto di lavoro c'è un rafforzamento, una estensione peculiare, continuativa e costante, di elementi riscontrabili anche in altri schemi contrattuali…"*

[968] Si rinvia, al riguardo, allo studio di cui al capitolo III circa i rapporti tra *sinallagma* ed *elemento causale;* tra tutte, cfr. nota 385

[969] Ovvero il prestatore di lavoro

[970] La quale (i.e., autonomia organizzativa), invece, sarà tipica, tradizionalmente, del lavoro autonomo ex. art. 2222 c.c.

rispondenza delle *singole prestazioni dovute*[972] secondo i duplici parametri (legali) della *diligenza richiesta dalla natura della prestazione* e della *uniformità* della stessa (prestazione) alle *disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro* ex. art. 2104 c.c.; in altri termini, se il *potere direttivo* assicura la *idoneità astratta* della prestazione dovuta ad essere *conforme* all'interesse del creditore ex. art. 1174 c.c. – in una ottica di *giudizio prognostico ex ante* – il *potere di controllo* garantisce, invece, *l'effettiva rispondenza, in concreto,* della stessa (prestazione) all'interesse datoriale in una valutazione sintetica di *prognosi postuma* e, quindi, più semplicemente, *sub specie* di *controllo, in executivis, sull'adempimento*[973] nella dimensione attuativa del rapporto (negoziale) posto in essere[974].

Infine, per esaurire il novero delle *facoltà unilaterali*[975] riconosciuti all'imprenditore, residua di analizzare il c.d. *potere disciplinare*[976] ex. art. 2106 c.c[977]. ed art. 7[978] dello

---

[971] Ovvero parte datoriale

[972] Ovvero l'*id est* dell'obbligo contrattuale gravante sul prestatore ex. art. 2094 c.c,; si rinvia allo studio di cui al paragrafo che precede

[973] Sui profili del concreto svolgimento del controllo datoriale si rinvia allo Statuto dei lavoratori e alle sue previsioni normative in relazione alle plurime fattispecie previste (in particolare, cfr. artt. 4, 5, 6, 8); ai fini del presente studio, infatti, interessava soltanto cogliere la *genesi eziologica* (e dogmaticamente *causale*) del suddetto potere di controllo per "leggerne" le coordinate e il significato *negoziale* nei termini in cui rileva nel testo.

[974] Nell'ottica interpretativa proposta, pertanto, il potere di controllo va a definirsi come una sorta di *derivazione logico-concettuale* del già analizzato potere direttivo che rileverebbe, quindi, come una sorta di *elemento presupposto* (e non già *presupponente*) del medesimo potere di controllo; *ergo,* la natura negoziale del suddetto potere di controllo andrebbe a conseguire anche in forza di un ulteriore ragionamento di stretto rigore sillogistico e privatistico.

Più in particolare, se la premessa è quella sopra esposta (i.e., potere di controllo come derivazione logico-concettuale del potere direttivo) allora, in forza della proprietà transitiva, ne consegue che – sulla premessa della matrice (come dimostrata) negoziale (non per genesi ma per funzione; cfr. retro) del potere direttivo – anche il potere di controllo non potrà che condividerne la medesima natura (negoziale) e, in particolare, applicando la tradizionale logica civilistica, si potrebbe, sul piano squisitamente teorico e dogmatico, distinguere tra *potere unilaterale (datoriale) e negoziale di prima generazione* (ovvero quello direttivo in quanto presupposto di quello di controllo) e *potere unilaterale (datoriale) e negoziale di seconda generazione* (con riguardo al potere di controllo in termini di elemento presupponente l'esistenza e l'esercizio dello stesso potere direttivo).

Anche così opinando, il risultato che ne consegue è assolutamente conforme ai fini scientifici che ci si proponeva di raggiungere; la matrice negoziale dei poteri imprenditoriali, cioè, andrebbe a mutare nel *quomodo* (a seconda che si tratti di *negozialità di prima o seconda generazione)* ma non già nell' *an*, a guisa che, quindi, gli orizzonti normativi di riferimento resterebbero pur sempre quelli inequivocabilmente connessi all'esercizio dell'autonomia dispositiva ex. art. 1322 c.c.

Ergo, ancora una volta, risulta dimostrata la perfetta compatibilità logico- giuridica tra *matrice negoziale del rapporto di lavoro* e sua peculiare caratterizzazione normativa in termini di *esercizio di poteri unilaterali (di prerogativa datoriale) in executivis.*

[975] In tal senso, tra tutti, cfr. Foglia., *Appunti di diritto del lavoro,* Luiss, Anno Accademico 2000/2001

[976] Quanto alle origini del potere disciplinare, esso viene da molto lontano anche se la sua disciplina si è assestata in epoca corporativa; più in particolare, risale alla Carta del Lavoro (Dich. XIX) la paternità dei principi, peraltro ricalcati sugli orientamenti invalsi nella contrattazione collettiva, che tuttora caratterizzano il legittimo esercizio dello stesso (potere direttivo). Tra tutti, ci si riferisce al principio

Statuto dei Lavoratori[979]; circa il suo *fondamento giuridico,* la dottrina tradizionale ha sempre riconosciuto, nel potere sanzionatorio spettante al *capo dell'impresa*[980], un

---

della *proporzionalità della pena alla gravità delle infrazioni alla disciplina* (c.d. principio equitativo) e a quello della *preventiva tipizzazione delle stesse pene* (c.d. principio garantista). Mancava, invece, un terzo principio, quale quello del *nullum crimen sine lege,* che era già vigente, invece, nel codice penale del tempo a completamento dell'assunto teorico (anch'esso di indole squisitamente penalisitca) per cui "*…nulla poena sine lege…"*

Anche con il passaggio dalla Carta del Lavoro al codice civile, sul piano della disciplina positiva non cambia molto in quanto il linguaggio impiegato nell'art. 2106 c.c. è quanto meno "ellittico", limitandosi a richiamare gli artt. 2104 e 2105 c.c. e autorizzando l'imprenditore ad adottare, "*secondo la gravità dell'infrazione e in conformità alle norme corporative",* i provvedimenti disciplinari contro lavoratori che vengano meno ai suddetti obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà.

La norma in oggetto, peraltro, non chiarisce (almento *expressis verbis*) chi possa (e debba) procedere all'applicazione delle "sanzioni disciplinari" in essa (disposizione ex. arts. 2106 c.c.) previste anche se, per tradizionale interpretazione, si alluderebbe ad un vero e proprio *potere dell'imprenditore*; in tal senso, una conferma *a contrario* si rinviene nella già citata Carta del Lavoro (Gazz. Uffciale 30 aprile 1927) e nella (ormai abrogata) legge 30 gennaio 1941 n. 14.

Più in particolare – per "dipingere" le origini storico- giuridiche della nozione in oggetto – autorevole dottrina (tra tutti, in tal senso, cfr. Montuschi., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro,* Milano, 1973) ha posto in luce come "*…un potere disciplinare dell'imprenditore si sia sempre affermato nella pratica dei rapporti aziendali in ragione di una sua ineluttabilità radicata nell'antica concezione signorile del rapporto di lavoro..."*; segnatamente, lo stesso autore (Montuschi., *op. cit.,*) osserva come un potere (quale quello disciplinare) nato, nei fatti, ai margini del diritto statuale – o, secondo la teoria istituzionalistica *retro* confutata, (sorto) nell'ambito dell'ordinamento dell'impresa concepito come ordinamento originario – veniva affermato anche prima dell'entrata in vigore del codice civile sulla base della previsione, ad opera della contrattazione collettiva, che, a sua volta, non aveva fatto altro che recepire un istituto che in precedenza era ordinariamente oggetto dei regolamenti aziendali.

[977] La norma in esame, espressamente, recita nel senso che "*…L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti* (art. 210'4. 2105 c.c.)*…può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari secondo la gravità dell'infrazione…"*

[978] Si tratta di una previsione normativa essenziale in materia in quanto, finalmente, dà contenuto effettivo alla *generica e generalista* disposizione ex. art. 2106 c.c.; essa (art. 7 St. Lav.) è scomponibile in tre segmenti essenziali.

Il primo e quarto comma (I segmento) definiscono i limiti di carattere *sostanziale* del potere disciplinare attinenti alle sue stesse basi costitutive ed alla gamma delle sanzioni applicabili; tuttavia, può farsi rientrare in questo ambito anche l'ottavo (ed ultimo) comma della disposizione in oggetto (art. 7 St. Lav.) ai sensi del quale "*…non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione…"*(c.d. *principio del contenimento degli effetti della recidiva*).

Il secondo, terzo e quinto comma, (II segmento) invece, regolano il processo disciplinare che si svolge in sede aziendale anche se, nella disciplina prevista, sono rintracciabili anche eco normative della più generale regola (tipicamente processuale) volta ad accertare i fatti sanzionabili per derivarne le prove costitutive e/o impeditive.

Il sesto e settimo comma (III segmento), infine, prevedono una fase di prolungamento extra aziendale del procedimento disciplinare.

Sugli specifici contenuti precettivi si rinvia alla lettura della disposizione normativa in esame

[979] Prima dello Statuto dei Lavoratori, infatti, si era sostenuto che l'applicazione delle sanzioni disciplinari, "*in conformità delle norme corporative*", prevista dall'art. 2106 c.c. doveva intendersi non solo nel senso che le suddette norme corporative dovevano regolare la materia (come disponeva, del resto, l'art. 2071 c.c.) ma, piuttosto, anche a guisa che la presenza di una specifica regolamentazione collettiva era condizione legittimante la stessa esercitabilità del potere disciplinare; nel sistema vigente, però, questa tesi sembra del tutto superata in forza dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 7 della legge 300/70 per il quale i contratti collettivi vanno applicati solo "*ove esistano"* e, quindi, ove ve ne siano di applicabili allo specifico rapporto. Piuttosto, al riguardo, sembrerebbe doversi concludere nel senso che – così Spagnolo Vigorita., *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori* in AIDLaSS, Atti del IV convegno, 1971 – "*…l'eventuale carenza del contratto collettivo*

profilo tipico della subordinazione[981] del prestatore di lavoro anche se, al riguardo, è possibile distinguere due differenti ricostruzioni teorico-dogmatiche.

Più in particolare, secondo una parte della dottrina,[982] la previsione normativa ex. art. 2106 c.c.[983]potrebbe senz'altro leggersi in *chiave negoziale,* in riferimento all'area delle c.d. *pene private convenzionali,*[984] mentre altra corrente di pensiero[985] ha decisamente negato la *natura contrattuale*[986] del suddetto potere disciplinare individuandone, piuttosto, la sua fonte legittimante, rispettivamente, nell' *organizzazione del lavoro*[987] o nella *contrattazione collettiva.*[988]

Personalmente, tra le due opzioni interpretative,[989] si ritiene di dover accogliere quella di matrice *contrattuale* sulla base delle seguenti considerazioni.

Non si ignora – né si vuol negare – che la previsione del *potere disciplinare* rappresenta senz'altro una caratterizzazione peculiare del rapporto di lavoro subordinato in quanto

---

comporta solo la mancanza del dovere di adeguarvisi…nella predisposizione delle norme disciplinari…. E non già l'impossibilità di tale predisposizione…" Contra, Montuschi., (in Mancini-Montuschi, Ghezzi, Romagnoli, *Statuto dei lavoratori,* Bologna-Roma, 1979) per il quale "*…in virtù del rinvio contenuto nell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori… le norme in materia disciplinare dei contratti collettivi di diritto comune diverrebbero applicabili anche ai non iscritti ai sindacati stipulanti...*"; sull'analoga questione, tra tutti, cfr. Suppiej., *Pluralismo dei contratti collettivi e significato di un rinvio legislativo,* in *Riv. Dir. Lav.,* 1957, II, 212; Id., *Sull'incostituzionalità dell'attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi di diritto comune, ivi,* 229; Cass., 5 novembre 1979 n. 1564

[980] Ex. art. 2106 c.c.

[981] Così, tra tutti, Montuschi., *op. cit.,*

[982] Tra tutti, in tal senso, Mengoni., *op. cit.,* 1974; Santoro Passarelli., *op. cit.*, 1985

[983] O, *rectius*, il potere disciplinare da esso derivante

[984] In tal senso, tra tutte, si pensi alla disposizione normativa ex. art. 1382 c.c. (in materia di *clausola penale)* che è stata ricondotta alle suddette *pene private* in forza della duplice funzione (di prevenzione e di punizione) ad essa (clausola penale) connessa; la prima (i.e., funzione di prevenzione) è assicurata dalla pressione sul comportamento di una parte per garantire, con maggior forza, l'adempimento dell'obbligazione principale. La seconda finalità (i.e., quella punitiva), invece, si ravviserebbe nella possibilità di dichiarare coercibile una obbligazione di pagamento di una somma che può non corrispondere con i danni effettivamente subiti; tale eventualità sarebbe, appunto, indizio del "*persistente carattere punitivo posseduto dall'obbligazione in questione…"* (così, testualmente, Ponzanelli., voce *Pena Privata* in *Enc. Giur. Treccani,* XXII, Roma, 1990). Sull'ampio tema – per ragioni di aderenza all'oggetto del nostro studio – si rinvia, infine, alle tradizionali trattazioni civilistiche; tra tutti, cfr. Bianca., *op. cit.,* Caringella., *Studi di diritto civile, op. cit.,*

[985] Di stretta derivazione tedesca; in tal senso, tra tutti, cfr. Kinisch., *op. cit.,;* Hueck., *op. cit.;*

[986] Si noti come si tratti, in realtà, di una ulteriore *eco teorica* che affonda le sue radici dogmatiche nel contrasto tra *contrattualismo ed istituzionalismo* nell'ambito del quale, come si è ampiamente dimostrato nel corso della trattazione, si cela il *problema logico della causa nel contratto di lavoro* alla cui soluzione si è giunti nel capitolo che precede; ciò conferma lo stretto legame logico-concettuale tra le problematiche affrontate e rende esplicito il finale e conclusivo tentativo di "leggere" queste componenti del sinallagma lavoristico (in termini di *poteri unilaterali)* alla luce della già analizzata (e dimostrata) dimensione *eslusivamente causalistica* del rapporto (di lavoro) nella sua proiezione *in executivis.*

[987] Così Mancini., *op. cit..,*

[988] Così Assanti., *op. cit.,*

[989] Che, come detto, si riconducono alla teoria istituzioanlistica e contrattualistica del rapporto di lavoro; cfr. nota 986

attribuisce, seppure nei limiti legali previsti[990], la possibilità, al capo dell'impresa, di *farsi giustizia da sé*[991] nell'ambito della propria organizzazione aziendale; tuttavia non mi sembra si tratti di un argomento sufficiente e tale da doversi concludere, inevitabilmente, per la sua[992] *estraneità concettuale* nonchè *alterità sostanziale* rispetto alla matrice e genesi *negoziale e causale*[993] del rapporto di lavoro globalmente inteso.

In primo luogo, infatti, il rimedio della c.d. *autotutela*[994] non è ontologicamente incompatibile con i principi generali privatistici atteso che, seppur nei casi espressamente indicati, esso[995] è previsto dallo stesso legislatore in riferimento alle più diverse fattispecie negoziali e non solo.[996]

In secondo luogo, personalmente si ritiene che l'eventuale *tutela disciplinare* ex. art. 2106 c.c. non escluda quella (tutela) tipicamente caratterizzante gli *strumenti negoziali* che[997] potrà, piuttosto, essere senz'altro esperita dalla parte non inadempiente per chiedere o la *manutenzione del contratto* o la *risoluzione dello stesso* secondo le regole generali del diritto comune (dei contratti) ex. art. 1453 c.c.[998] e ss.; *ergo*, tra *responsabilità disciplinare*[999] e *responsabilità contrattuale*[1000] non esiste una inconciliabile *alternatività logico-giuridica*[1001] ma, piuttosto, una *concorrenza*[1002], sul

---

[990] Ci si riferisce, tra tutti, ai limiti "normativi" previsti dal già analizzato art. 7 dello Statuto dei Lavoratori

[991] Si rinvia alla nota 993

[992] Ci si riferisce al suddetto potere disciplinare

[993] Nei termini in cui ampiamente dimostrata nel corso della trattazione e, in particolare, nell'ambito del capitolo III

[994] Cui, *mutatis mutandis*, fa riferimento il concetto stesso del farsi "*giustizia da sé*" di cui *retro*

[995] Ci si riferisce al sudetto rimedio dell'autotutela

[996] Tra le ipotesi più importanti, ricordiamo il diritto di ritenzione (artt. 748, 936, 975, 1006, 1011, 1152, 1502, 2235, 2756, 2757, 2761, 2794 c.c.), l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), la difesa del possesso finchè la violenza del''aggressore è in atto (artt. 1140 c.c. e ss.)e, infine, la legittima difesa (art. 2044 c.c.)

[997] Ci si riferisce all suddetta tutela contrattuale

[998] Ai sensi del quale, espressamente, si recita che (comma I) "*…nei contratti con prestazioni corrispettive* (quale è quello di lavoro), *quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può, a sua scelta, chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno…*".

[999] Ex. art. 2106 c.c.

[1000] Ex. art. 1218 c.c. e ss., con particolare riguardo all'istituto della risoluzione ex. artt. 1453 c.c. e ss

[1001] *Contra*, tuttavia, autorevolissima dottrina; in particolare, tra tutti, cfr. Romagnoli., (*op. cit.,)* per il quale "*…la responsabilità disciplinare del lavoratore tende ad assorbire quella contrattuale… e ciò perché i rimedi civilistici dell'inadempimento, in quanto mirano a ricostituire un equilibrio alterato tra i patrimoni dei contraenti attraverso il risarcimento del danno, corrispondono assai meglio alle finalità di un diritto regolatore della circolazione della ricchezza… ad ogni modo, la risoluzione per inadempimento è un rimedio inagibile o perché l'inadempimento ha solo una scarsa importanza…o perché non interessa allo stesso datore di lavoro…il quale, tutto al contrario, vuole conservare il rapporto mentre – se decide di farlo cessare – può disporre di un mezzo alternativo come il*

piano remediale, la cui scelta[1003] sarà rimessa alla valutazione della parte non inadempiente in relazione *all'interesse*[1004] che si vorrà in concreto perseguire.

In terzo luogo, sembra rilevare anche un argomento di valenza sistematica; la previsione normativa ex. art. 2106 c.c., come detto, fa riferimento alla violazione degli artt. 2104[1005] e 2105[1006] c.c. che si è già ricondotti e "letti" alla luce della dime*n*sione *negoziale* e *causale* del contratto di lavoro[1007].

Pertanto, l'esercizio del potere disciplinare dipenderà dalla violazione di *obblighi* e/o *doveri contrattuali*[1008] e, quindi, rileverà esso stesso[1009] come *strumento* finalisticamente orientato ed idoneo ad ottenere l'esatto *adempimento* della prestazione dovuta nei termini in cui concordati nella *lex contractus* posta in essere dalle parti;[1010] in tale prospettiva euristica, *ergo*, anche per questa *forma di potere*[1011] dell'imprenditore potrà valere – in forza della sua *derivazione logico-causale*[1012] dalle suddette disposizioni normative (di genesi contrattuale) richiamate[1013] – la medesima nozione di *negozialità*

---

licenziamento…". A ciò il medesimo autore aggiunge che – così, testualmente – "*…nella generalità dei casi, peraltro, …. la responsabilità disciplinare prescinde dal verificarsi di eventi dannosi risarcibili secondo le regole comuni… in effetti, nell'ampia misura in cui il dovere di obbedienza si sovrappone al dovere di prestazione… ciò che da luogo a responsabilità disciplinare non è tanto l'imperizia o la negligenza quanto, piuttosto, la sua negativa incidenza sull'ordine interno dell'organizzazione…e, soprattutto, l'intenzionalità della menomazione inferta alle sue strutture di comando…queste strutture reclamano di vedere prontamente reintegrata la propria immagine di potenza… con una punizione che serva da esempio per la intera collettività….".*

Nella stessa direzione, con particolare riguardo alla *effettiva impraticabilità* del rimedio risarcitorio, cfr. Vidari., (*Difese contro gli scioperi*, in *Dir. Comm.*, 1908) il quale, testualmente, così recita: "*…Buon Dio, ma che garanzia di risarcimento può offrire una persona che non avrà al mondo nulla altro bene… se non i frutti del proprio lavoro?...cosa volete togliere al nulla? Anzi, non è questa certezza che nulla potrà loro essere tolto che ringagliardirà la prepotenza dei lavoratori?...".*

[1002] In termini, dunque, di *aut aut*

[1003] In *favor*, rispettivamente, alla responsabilità disciplinare ex. art. 2106 c.c. o a quella (responsabilità) contrattuale ex. art. 1218 c.c. e ss (cfr. retro); sul punto, altresì, cfr. Bianca., *op. cit.*, che legge la suddetta *scelta* delle parti, sul piano dei rimedi applicabili, in termini di "concentrazione".

[1004] Ancora una volta rileva il riferimento all'*interesse* negoziale ex. art. 1174 c.c. nella sua *proiezione dinamica "in executivis"*

[1005] Rubricato in termini di *Diligenza del prestatore di lavoro*

[1006] Rubricato *sub specie* di *Obbligo di fedeltà*

[1007] Si rinvia all'analisi e allo studio di cui al paragrafo che precede

[1008] Quali quelli insiti nell'ambito delle sopra richiamate disposizioni normative ex. artt. 2104 e 2105 c.c.

[1009] Ci si riferisce al suddetto potere disciplinare

[1010] Rispettivamente, datore di lavoro e prestatore

[1011] Ci si riferisce al potere disciplinare

[1012] *Mutatis mutandis* varranno, a parer mio, le stesse considerazioni spese nell'ambito delle note 974 e ss. avendo cura di sostituire alla nozione di potere di controllo quella (nozione) di potere disciplinare e alla nozione di potere direttivo le disposizioni normative di riferimento ex. artt. 2104 e 2105 c.c.; per il resto, l'iter logico speculativo sarà il medesimo e ad esso si rinvia *per relationem*

[1013] I.e., artt. 2104 e 2105 c.c.

non per genesi ma per funzione[1014] che, nella globale ricostruzione teorica fin qui operata, finisce per diventare la *chiave di lettura di (onnicomprensiva) genesi contrattuale in relazione ad ogni posizione unilaterale di prerogativa datoriale*[1015] in relazione al normale svolgersi del rapporto di lavoro e, quindi, (la suddetta nozione di *negozialità non per genesi ma per funzione* finisce per diventare) la *valvola negoziale* capace di "riportare" *il momento attuativo del vincolo lavorisitico*[1016] – ovvero, *il sinallagma (funzionale) negoziale* globalmente inteso – alla luce dei principi generali dell'*autonomia dipositiva* o, *rectius*,, della *causa* del contratto[1017]; e questo, si ricordi, era quanto si voleva dimostrare nel concludere il percorso dogmatico-scientifico che ci si proponeva di svolgere[1018].

Tutto ciò premesso e considerato, si proceda ad una ultima e finale considerazione che tenti di "*fissare*" il contenuto più autentico della nozione causale nell'ambito del contratto di lavoro alla luce del globalmente inteso *iter logico-speculativo* come sin qui condotto; mutuando una (a mio parere) efficace immagine di derivazione *logico-matematica*, la valenza sostanziale dell'elemento causale la si dovrà rinvenire nel peculiare *punto di intersezione* fra "*insiemi concettuali*[1019]" tra loro reciprocamente presupponentesi ma non già, per ciò solo, coincidenti.

La causa del contratto di lavoro, cioè, rappresenta il *minimo comune denominatore* di qualsivoglia effetto negoziale da esso[1020] derivante a guisa che lo stesso elemento causale si potrà senz'altro "risolvere" nella *dialettica e composita reductio ad unum* degli interessi parziari (e confliggenti)[1021] dei singoli contraenti[1022] al momento della *trattativa* del vincolo pattizio alla luce e nell'ottica finalistica dell'*equilibrio* (ed

---

[1014] Si rinvia all'ampio studio di cui retro

[1015] Ci si riferisce, rispettivamente, al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell'imprenditore

[1016] O, *rectius*, lo stesso rapporto negoziale (di lavoro) nella sua proiezione dinamica *in executivis*

[1017] Si rinvia, al riguardo, al complesso studio che concerne i rapporti tra causa e volontà negoziale; in particolare, cfr. le premesse introduttive ed il capitolo I

[1018] Si rinvia alle premesse logico-scientifiche del presente studio

[1019] Ci si riferisce, tra tutte, alle *declinazioni peculiari* del rapporto di lavoro che si sono già ampiamente analizzate nello studio del sinallagma (lavoristico) nella prospettiva datoriale e del prestatore nonché nello studio di cui ai capitoli che precedono

[1020] I.e., contratto di lavoro

[1021] Si rinvia, al riguardo, alla nozione stessa di contratto (diverso da quello di *istituzione;* cfr. capitolo III) in termini di *sintesi di interessi di partenza necessariamente in contrasto tra loro* (così Bessone., *op. cit.,)*

[1022] Rispettivamente, nell'ambito del contratto di lavoro, parte datoriale e prestatore di lavoro

accordo) *negoziale*[1023] che sarà raggiunto con la definitiva conclusione della *lex contractus inter partes.*

Tale *equilibrio negoziale,* a sua volta, non potrà non attenere alla dimensione *imprenditoriale* in cui lo stesso contratto (di lavoro) nasce e si svolge a guisa che, in tal modo, sarà la stessa *dimensione causale* del rapporto di lavoro a svelarne la sua più intima natura in termini di perfetto prototipo negoziale della c.d. *contrattazione di impresa.*[1024]

Ma si badi bene; in tanto il contratto di lavoro sarà tale da rilevare come *prototipo negoziale* di un ben più ampio *genus* quale quello della suddetta *contrattazione di impresa* in quanto, al suo interno, sarà possibile rinvenire un *quid*[1025] *sostanziale* e *giuridico* capace di una *ragionata sintesi onnicomprensiva* delle più diverse caratterizzazioni ontologiche tipiche di ogni *singola relazione (giuridica) inter partes* che nel contratto di lavoro troverebbero, a loro volta, la loro più unitaria e compiuta (*proiezione ed) essenza giuridica unitaria*[1026].

Quest'ultima,[1027] del resto, altro non è che quanto noi si è già individuato *sub specie* di *ratio essendi*[1028] di ogni fattispecie negoziale e, in tal modo – ancora una volta e in via finalmente conclusiva e decisiva – ci si "introduce" nei fecondi orizzonti dogmatici e speculativi della *causa del contratto* nei termini in cui sin qui *scientificamente* raggiunti al termine della ricerca che ci si proponeva di porre in essere nella dimostrata *tensione*

[1023] Che rappresenta, a sua volta, l' *id est* del regolamento pattizio sotto il profilo del *contenuto negoziale concordato* da entrambe le parti ed assunto al rango di *legge inter partes* secondo l'enfatica disposizione normativa ex. art. 1372 c.c.

[1024] In tal modo si giunge, al termine di un percorso scientifico di rigore squisitamente giuridico e privatistico- negoziale, a "condividere" terreni di indagini speculativi comuni anche alle più moderne prospettive di indagini della *Law and Economics* e, in particolare, (si giunge) alla intuizione di Coase (*The nature of the Firm,* in *Economic Review,* 1937) che – secondo l'ormai maggioritaria interpretazione degli studiosi al riguardo – teorizza il contratto di lavoro come *perfetto contratto di organizzazione che permette l'ammortamento di tutti i costi di transazione che deriverebbero da negoziazioni continue e sempre più diverse nell'ambito di un rapporto fisiologicamente di durata quale è quello di lavoro.*
In tal senso, *mutatis mutandis,* ritroviamo una peculiare eco concettuale di quanto appena sopra esposto anche nell'ambito della giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., SS.UU. 7 agosto 1998 n. 7755) per la quale *"…il contratto di lavoro costituisce, prima che una fonte di rapporti obbligatori… un programma di comportamento tra le parti…."*

[1025] Che noi si è già individuato nella nozione stessa dell'elemento causale nella sua peculiare valenza dogmatica in riferimento al contratto di lavoro (si rinvia allo studio di cui ai capitoli I, II, III, IV)

[1026] Si rinvia, come presupposto teorico per la comprensione di quanto si sta affermando, al complesso delle argomentazioni e riflessioni come gradualmente spiegate e "costruite" nel corso del presente lavoro di ricerca

[1027] I.e., la suddetta (*proiezione ed) essenza giuridica unitaria* del contratto di lavoro

[1028] Si rinvia al complesso delle argomentazioni e dei "percorsi" logico-dogmatici di cui nell'ambito dell'intero studio

euristica che mi ha portato ad iniziare questo studio in forza della (anch'essa dimostrata) *intuizione intellettuale* per cui studiare il *contratto* (di lavoro) dal punto di vista della *causa* significa indagarne le ragioni e le forme di vita entro l'ordinamento e, quindi, captarne l'essenza *giuridica* nella sua più intima e vera valenza sostanziale ed ontologica.

Questi risultati teorico-dogmatici cui si è giunti rappresentano, esattamente, le *finalità scientifiche*[1029] dello studio sin qui condotto che, quindi – avendo "compreso" l'oggetto della propria indagine – a tal punto, dovrà ritenersi compiutamene e definitivamente concluso.

[1029] Si rinvia alle premesse introduttive

BIBLIOGRAFIA

Albanese., *Agere, Gerere, Contrahere* in *Digesto 50, 16, 19*

Albertario., (voce) Obbligazione, in Enc. Italiana, vol. XXV

Alessi., *Sul concetto di causa del negozio giuridico* in *Temi Emil.* 1933

Allara., *Le nozioni fondamentali del diritto civile,* Torino, 1958

Allara., *La teoria generale del contratto,* Torino, s.a.

Amirante., *Ricerche in tema di locazione,* in *Boll. Ist. Dir. Rom.,* 1959

Andreoli., *Contributo alla teoria dell'adempimento,* Padova, 1937

Andreoli., *La ripetizione dell'indebito,* Padova, 1940

Andreoli., *Note in tema di contratto di lavoro nullo,* in *Riv. Dir. Lav.*, 1952

Angelelli., *Principi di legislazione del lavoro,* Roma, 1938

Arangio-Ruiz., *Istituzioni di diritto romano,* Napoli, 1956

Aranguren., *La qualifica nel rapporto di lavoro,* Milano, 1961

Ardau., *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro,* Milano, 1940

Ardau., *Brevi considerazioni sulla disciplina della prestazione di fatto di lavoro con violazione di legge* in *Dir. Lav.*, 1943

Arena., *Nuovi orizzonti del diritto del lavoro e dell'economia* in *Annali dell'Università di Camerino*, Napoli, 1934

Arena., *La Carta del Lavoro*, Milano, 1938

Argiroffi., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980

Arndts., *Lehrbuch der Pandekten*, Stoccarda, 1886

Ascarelli., *L'astrattezza nei titoli di credito,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1932

Ascarelli., *Titoli causali e negozio di accertamento. Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949

Asquini., *Il concetto di impresa* in *Riv. Dir. Comm.*, 1943

Assanti., *L'art. 2126 del codice civile (Rassegna giur. 1948-1959)*, in *Dir. Econ.*, 1960

Astuti., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 1952

Atiyah., *The law of Contract*, London, 1950

Auricchio., *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957

Azone, *Summa*, Venezia, 1596

Bahr., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Lipsia, 1855

Baldo degli Ubaldi., *Comm. In Cod. 6, 44, I, De falsa causa, I, Verba, 17*

Balzarini., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro,* Milano, 1965

Balzarini., *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato,* Milano, 1966

Barassi., *Causa* in *Enc. Giur. It.* Milano, 1905

Barassi., *Obbligazioni,* Milano, 1934

Barassi., *Il rapporto di lavoro e la sua contrattualità,* in *Dir. Lav.,* 1939

Barassi., *La famiglia legittima,* Milano, 1941

Barassi., *La teorie generale delle obbligazioni,* Milano, 1948

Barassi., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano,* Milano, 1915

Baratta., *Natura del fatto e diritto naturale,* in *Riv. Intern. di filosofia del diritto,* 1959ù

Barbero., *Il diritto soggettivo,* in *Foro It.,* 1939

Barbero., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano,* Torino, 1958

Barcellona., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione,* in *Scritti giuridici in onore di G. Zingali,* Milano, 1964

Barcellona., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici,* Milano, 1969

Bassanelli., *L'obbligazione negativa del prestatore di lavoro,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1939

Battaglia., *Filosofia del diritto,* Bologna, 1951

Beitzke., *Nichtigkeit, Auflosung und Umgestaltung bei Dauerrechtsverhaltnissen,* Schloss Bleckede a.d. Elbe, 1948

Beling., *Die Lehre vom Verbrechen,* Tubingen, 1906

Benatti., *Il pagamento con cose altrui,* estratto da *Studi Urbinati,* Milano, 1975

Benedetti., *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1965

Benedetti., *Dal contratto al negozio unilaterale,* 1969

Bensa., *Istituzioni. di Diritto Civile,* 1897

Beseler., *Beitrage zur Kritik der rom. Rechtsquellen,* Tubingen, 1910-1931,trad. it, 1920

Bessone., *Adempimento e rischio contrattuale***,** Milano, 1969

Bessone e Roppo., in *Il controllo sociale delle attività private,* a cura di Amato, Cassese e Rodotà, Genova, 1971

Bessone-Roppo., *La causa nei suoi profili attuali* in *Causa e Consideration,* Milano, 1984

Betti., *Corso di Istituzioni di diritto romano,* Padova, 1929

Betti., *Oneri e limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione* in *Riv. Dir. Comm.,* 1931

Betti., *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice,* in *Temi Emil.,* 1943

Betti., *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente,*in *Giur. It.,* 1947

Betti., *Causa del negozio giuridico* in *Nov. Dig. It.* Torino, 1959

Betti., *Teoria generale del negozio giuridico,* Giuffrè, 1959

Betti., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto,* in *Jus,* 1957

Bettiol., *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione,* in *Riv. It. Dir. Penale,* 1932

Bettiol., *Diritto penale,* Palermo, 1945

Bialet., *La causa en el der. rom. como principio de la ciencia del derecho,* in *On. Volterra,* 1971

Bianca., *Diritto Civile*, *Il contratto,* Giuffrè, Milano, 2000

Bianca., *Diritto Civile*, *L'obbligazione* Giuffrè, Milano, 2000

Bianca., *Diritto Civile, La Responsabilità,* Giuffrè, Milano, 2000

Bigiavi., *La piccola impresa,* Milano, 1947

Bigiavi., *L'imprenditore occulto,* Padova, 1954

Bigiavi., *Considerazioni su di un libro in tema di impresa,* in *Studi in onore di De Gregorio,* Città di Castello., 1955

Binder., *Der Gegenstand* in *Zeitschrift Handelsr,* 1907

Bobbio., *Uber den Begriff der Natur der Sache,* in *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie,* 1958

Bobbio., *La natura delle cose,* in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* Milano, 1965

Boileux., *Manuale di diritto civile*, (trad. it.), III, Napoli, 1843

Bolaffi., *Le teorie dell'apparenza giuridica,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1934

Bonfante., *Il contratto e la causa del contratto,* in *Riv. Dir. Comm.* 1908

Bonfante., *Corso di diritto romano,* Sampaolesi, 1926

Bonfante., *Istituzioni di diritto romano,* Padova, 1942

Bonfante., *Lezioni di diritto romano,* Roma, 1958

Botticher., *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie,* in *Recht der Arbeit,* 1956

Branca., *Istituzioni di diritto privato,* Bologna, 1959

Brasiello., *Sull'unitarietà della locatio-conductio in diritto romano* in *Riv. Ital. Scien. Giuridiche,* 1927-1928

Breccia., *La ripetizione dell'indebito,* Milano, 1974

Brini., *Della causa nei negozi giuridici secondo il diritto romano,* Parma, 1889

Brissaud., *De la notion de cause dans les obligations conventionelles, B*ordeaux, 1879

Brox., *Grundbegriffe des Arbeitsrechts,* Stuttgart, Berlin, Koln, Mainz, 1967

Brusa., *Il concetto di causa nei negozi giuridici,* Torino, 1901

Bunsen., *Zur Lehre von den nichtgetrennen Erzeugnissen* in *Arch. Burg. Recht.,* 1906

Bureau., *Le contrat du travail,* Parigi, 1902

Buscaino., *La nuova disciplina nel contratto di lavoro a termine nella legge 18 aprile 1962 n. 230* in *Riv. Giur. Lav.,* 1962

Buzzelli., *La concezione della proprietà privata nella concezione degli studiosi fascisti,* in *Il diritto del lavoro,* 1940

Calabrò., *Contratti di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a tempo prestabilito* in *Dir. Lav.,* 1962

Calasso., *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento Medioevale,* Milano, 1953

Calasso., *Medioevo del diritto – Le Fonti,* Milano, 1954

Calasso., *Il negozio giuridico,* Giuffrè, 1959

Calisse., *Il lavoro* in *Riv. It. Scienz. Giurid.,* 1896

Camerlynck., *Relazione di sintesi,* in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.,* Milano, 1965

Campagna., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale,* Milano, 1958

Campagna., *Il problema dell'interposizione di persona,* Milano, 1962

Campogrande., *Condictio indebiti* in *Dig. It.* VIII, Torino, 1896

Canaris., *Atypische faktische Arbeitsverhaltnisse* in *Betriebs Berater*, 1967

Candian., *Intorno alla teoria del negozio giuridico,* in *Temi,* 1947

Cannata., *Quasi contratti e quasi delitti (storia),* in *Enc. Dir.* Vol. XXXVIII, Milano, 1987

Capitant., *De la cause des obligations,* Parigi, 1927

Capograssi., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici,* in *Studi Sassaresi,* 1936

Caramella., *Sillogismo,* in *Enciclopedia Filosofica*, IV, Venezia, 1957

Cariota Ferrara., *L'acquisto a non domino,* Sassari, 1934

Cariota Ferrara., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano,* Napoli, 1948

Carnelutti., *Il concetto di impresa nella legge sugli infortuni*, in *Infortuni sul lavoro,* Roma, 1913

Carnelutti., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici* in *Studi di diritto civile,* Roma, 1916

Carnelutti., *Appunti sulle obbligazioni,* in *Studi di diritto civile,* Roma, 1916

Carnelutti., *Sulla causa della transazione in Studi di diritto civile,* Roma, 1916

Carnelutti., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* in *Studi di diritto processuale,* Padova, 1928

Carnelutti., *Teoria giuridica della circolazione,* Padova, 1933

Carnelutti., *Rapporto giuridico naturale.,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1936

Carnelutti., *Legittimazione al contratto di lavoro* in *Studi per Pacchioni,* 1939

Carnelutti., *Confessione e ricognizione* in *Riv. Dir. Proc. Civ.,* 1942

Carnelutti., *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1942

Carnelutti., *Teoria generale del diritto,* Roma, 1951

Carnelutti., *Il problema fondamentale nel diritto dell'economia* in *Il diritto dell'economia,* 1955

Carocius., *Tractatus locati et conduti,* Venezia, 1592

Carresi., *Introduzione allo studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1949

Caruso-Zoli-Zoppoli., *La retribuzione: Struttura e regime giuridico,* Jovene, Napoli, 1994

Carusi., *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano,* Napoli., 1947

Casanova., *Natura e varietà del contratto di lavoro* in *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929

Cassì., *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro,* Milano, 1947

Cassì., *La durata della prestazione di lavoro*, Milano, 1956

Cassottana., *Causa ed economia del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenze* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1979

Castelvetri., *Ma l'uso aziendale esiste?* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2000

Castelvetri., *Libertà contrattuale e subordinazione,* Milano, 2001

Castelvetri., *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenze e proposte dottrinali,* in *Dir. Rel. Ind.,* 2001

Castelvetri., *Barassi e l'ideologia liberale* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2002

Castelvetri., *Perché discutere (ancora) di alternativa tra contratto e rapporto di lavoro?* in *Dir. Rel. Ind.,* 2002

Castronovo., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto,* in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto,* Milano, 1995

Castronovo., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso,* in *Europa e Diritto privato,* 2004

Casulli., voce *Erede apparente*, in *Noviss. Digesto*, vol. VI, Torino, 1960

Cataldi., *Il concetto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1948, I, 46

Cataudella., *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962

Cataudella., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966

Cataudella ., *Fattispecie.*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967

Cataudella., *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro* in *Dir. Lav.* 1983

Cattaneo., *La cooperazione del creditore nell'adempimento*, Milano, 1964

Cattaneo., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971

Cavallo., *Lo status professionale*, Milano, 1967

Cesarini-Sforza., *Il diritto dei privati*, in *Riv. It. Scienz. Giur.*, 1929

Cesarini Sforza., *Ex facto oritur ius*, in *Saggi Filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, vol. I, Modena, 1930

Cesarini-Sforza., *Studi sul concetto di interesse generale e preliminari sul diritto collettivo*, in *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, 1942

Cessari., *In tema di struttura del contratto di lavoro* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1958

Cessari., *Fedeltà, Lavoro, Impresa,* Milano, 1969

Chatelain., *De la nature du contrat de travail entre ouvrier et enpreneur,* Parigi, 1902

Checchini., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)* in *Il contratto,* Silloge in onore di Oppo, I, Milano, 1992

Chiarelli., *Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico,* in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, IV,* Bologna, 1953

Cicu., *Il diritto di famiglia,* Roma, 1915

Cicu., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1939

Coase., *The Nature of the Firm,* in *Economic Review,* 1937

Colmet de Santerre., *Cours analytique de code civil,* VII, Parigi, 1887

Corrado., *Limiti al licenziamento e al potere di esercitarlo,* in *Il diritto dell'economia,* 1955

Corrado., *La nozione unitaria del contratto di lavoro,* Torino, 1956

Corrado., *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato,* Milano, 1962

Costa., *Della causa illecita espressa in una dichiarazione di ultima volontà,* in *Riv. Ital. per le scienza giuridiche,* X, 1890

Costanza., *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa* in *Giust. Civ.*, 1988

Coviello., *Manuale di diritto civile italiano,* Milano, 1929

Cozzi., *Contributo alla dottrina del negozio giuridico,* in *Annuario di diritto comparato,* 1953

Cugia., *Indagini sulla causa del negozio giuridico. L''espressione mortis causa, N*apoli, 1910

Cuq., *Institutions juridiques des romains,* Parigi, 1904

Curcio., *L'ideale del lavoro,* Foligno, 1929

Crisafulli., *Diritto di libertà e poteri dell'imprenditore* in *Riv. Giur. Lav.* 1954

Cutugno., *Le invalidità negoziali nella legislazione di derivazione comunitaria* in *D & G,* 2003

Czyhlarz., *Lehrbuch der Institutionen des romischen Rechts,* Vienna-Lipsia, 1911

Dabin., *La teorie de la cause,* Bruxelles, 1919

D'Amelio., voce *Apparenza del diritto,* in *Nuovo Digesto,* Torino, 1937

D'Eufemia., *Il dirigente di azienda e il suo seguito secondo la nuova legge germanica del lavoro,* in *Dir. Lav.,* 1934

D'Eufemia., *Sul concetto di diritto del lavoro,* in *Riv. It. Sc. Giur.* 1935

D'Eufemia., *Nozioni generali del contratto individuale di lavoro* in *Trattato do diritto del lavoro* (diretto da Borsi e Pergolesi), Padova, 1939

D'Eufemia., *Diritto del lavoro,* Napoli, 1969

D'Eufemia., *Costituzione del rapporto* in *Nuovo trattato di diritto del lavoro,* Padova, 1971

D'Orsi., *Sui limiti dell'apparenza del diritto* (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970) in *Giust. Civ.,* 1970

De Francisci., *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati,*Pavia, 1916

De Gennaro., *I contratti misti,* Padova, 1934

De Giovanni., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1958

De Martino., *Dei beni,* in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca,* 1976

De Martini., *Il lavoro come elemento dell'impresa e dell'azienda* in *Boll. Scuola Perfezionamento di Trieste,* 1954

De Nova., *Il tipo contrattuale,* Cedam, Padova, 1974

De Ruggiero., *Istituzioni di diritto civile,* Messina, 1934

Degenkolb., *Platzrecht und Miethe* Berlino, 1867

Del Conte., *Sospensione della prestazione e mora del creditore,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1992

Del Conte., *Lavoro autonomo e lavoro subordinato: la volontà e gli indici di denotazione* in *Orient. Giur. Lav.,* 1995

Del Conte., *La figura giurisprudenziale del danno da demansionamento: il problema delle fonti e della prova,* in *Resp. Civ.,* 2000

Del Conte., *Cessazione dell'impresa e responsabilità del datore di lavoro,* Milano, Giuffrè, 2003

Del Conte., *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori,* in *Dir. Rel. Ind.,* 2006

Del Punta., *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia, infortunio, maternità e servizio militare,* Giuffrè, Milano, 1992

Del Punta., *Parità di trattamento e rapporto di lavoro,* in *Giust. Civ.,* 1993

Del Punta., *Parità di trattamento: chiusura definitiva di una parentesi?* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1993

Del Punta., *Parità di trattamento e clausole generali nel rapporto di lavoro:un nuovo intervento delle Sezioni Unite,* in *Giust. Civ.,* 1996

Del Punta., *La luce chiara del diritto,* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2001

Del Punta., *Il diritto del lavoro tra valori e storicità,* in *Lav. Dir.,* 2002

Del Punta., *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro,* in *Lav. Dir.,* 2006

Del Punta., *Diritto del Lavoro: tutela del lavoratore o del datore di lavoro? La passione spenta,* in *Foro It.,* 2006

Del Punta., *Diritti della persona e contratto di lavoro,* in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2006

Del Punta., *Lezioni di diritto del lavoro,* Giuffrè, Milano, 2006

Delitala., *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1930

Delvincourt., *Corso di codice civile,* (trad. it), VIII, Napoli, 1828

Deiana., *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione* in *Riv. Dir. Civ.* 1938

Deiana., *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore* in *Studi in onore di Cicu,* Milano, 1951

Dell'Olio., *La prestazione di fatto del lavoro subordinato,* Cedam, 1970

Dell'Olio., *La retribuzione,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da Rescigno, Utet, Torino, 1986

Desqueyrat., *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal,* Parigi, 1933

Dietz., *Die Pflicht der Festschrift fur J.W. Hedemann,* Jena, 1938

Dietz., *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar,* Monaco-Berlino, 1955

Dikoff., *L'evolution de la notion de contrat* in *Etudes de droit civil a la memorie de H. Capitant,* Parigi, 1938

Di Majo., *L'esecuzione del contratto,* Milano, 1967

Di Majo., *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva,* in *Riv. Giur. Lav.,* 1982

Di Majo., voce (*causa del negozio giuridico)* in *Enc. Giur.* IV, Roma, 1988

Domat., *Lex lois civiles dans leur ordre naturel,* Parigi, 1777 (trad. it. A cura di A. Avaloj, Napoli, 1839)

Durand-Jaussand., *Traitè de droit du travail*, Parigi, 1947

Duranton., *Corso di diritto civile secondo il codice francese,* (trad. it), IX, Napoli, 1844

Ernst., *La cause est elle une condition essentielle pour la validità de conventions?* in *Bibliotheque du jureconsulte et du pubbliciste,* 1826

Escobedo., *I cc.dd. Amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice,* in *Giust. Pen.,* 1933

Etzel., *Tariftliche Ausschlubfrist und Anspruche aus unerlaubter Handlung* in *Recht der Arbeit*, 1968

Fadda., *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1909

Falzea., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico,* Milano, 1941

Falzea., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947

Falzea., *Fatto giuridico* in *Enc. del diritto,* Vol. XVI, Milano, 1967

Familiari., *L'obbligo di fedeltà nella struttura del rapporto di lavoro*, Messina, 1968

Fanelli., *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa,* Milano, 1950

Farthmann., *Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsvertragen* in *Recht der Arbeit,* 1958

Ferrante., *Negozio giuridico. Concetto,* Milano, 1949

Ferrara., *Teoria del negozio illecito nel codice civile italiano,* Milano, Soc. Ed. Libraria, 1902

Ferrara., *La girata della cambiale,* Roma, 1935

Ferrara., *Teoria dei contratti,* Napoli, 1940

Ferrara., *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941

Ferrara., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949

Ferrero., *Dichiarazione espressa, Dichiarazione tacita, autonomia privata,* Torino, 1974

Ferri., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano, 1966

Ferri., *Appunti sulla invalidità del contratto,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1996

Ferrigno., *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa* in *Contr. Impr.* 1985

Ferrini., *Pandette (a cura di Del Grosso),* Milano 1953

Fiorentino., *Distinzione dei titoli di credito causali ed astratti* in *Riv. Dir. Comm.,* 1946, I, p. 552

Franceschelli., *L'oggetto del rapporto giuridico (con riguardo ai rapporti di lavoro industriale)* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* , 1957

Francisci., *Storia del diritto romano*, Milano, 1939

Frey., *Die Auflosung des Arbeitsverhaltnisse,* in *Die Quelle*, 1950

Frey., *Der tendenzschutzim Betriebsverfassungsgesetz* 1972, Heidelberg,

Funajoli., *A proposito dell'apparentia iuris,* in *Riv. Dir. Civ.*, 1942

Funaioli., *I rapporti di fatto in materia contrattuale,* in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952

Furno., *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell'art. 1988 c.c.)* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1950

Gabrielli., *Il rapporto giuridico preparatorio,* Milano, 1974

Gabrielli., *Lezioni sul contratto* in *Corso di diritto civile***,** Bologna, 1982

Galli., *Note introduttive ad uno studio sull'erede apparente:l'accertamento della qualità di erede,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969

Galli., *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971

Gasparri., *L'azienda nel diritto del lavoro.*, Padova, 1937

Gaul., *Der Arbeitsvertrag mit Fuhrungskraften,* Monaco, 1968

Gazin., *De la nature juridique du reglement de travail,* Parigi, 1913

Gazzara., *La vendita obbligatoria,* Milano, 1957

Gazzarra., *Il danno non patrimoniale da inadempimento,* Napoli, 2003

Gazzoni., *Equità e autonomia contrattuale,* Milano, 1970

Gazzoni., *Manuale di diritto civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2003

Genovese., *Contratto di adesione,* voce dell'*Enciclopedia del diritto, X,* Milano, 1969

Genovese., *Appunti sulle nuove teorie della causa,* Roma, 2003

Georgescu., *Essai sue le mot causa dans le latin juridique* , in Revista Clasica, VI-VII, 1934-1935

Georgescu., *Le mot causa dans le latin juridique* in *Et. Philol. Jurid.*, 1, 1940

Ghera., *Diritto del lavoro,* Bari, 1996

Ghezzi., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro,* Milano, 1965

Ghidini., *Diritto del lavoro, Padova, 1981*

Gianniti., *Causa lucrativa, causa mutualistica e cambiamento del tipo sociale,* Padova, 1991

Gierke., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts,* Berlino, 1889

Gierke., *Deutsches Privatrecht,* Leipzig, 1895

Gierke., *Dauernde Schuldverhaltnisse* in *Jherings Jahrbucher,* 1914

Giordano., *I contratti per adesione,* Milano, 1951

Giorgi., *Teoria delle obbligazioni,* Firenze, 1891

Giorgianni., *Causa (diritto privato)* in *Enc. Dir.* VI vol.

Giorgianni., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940

Giorgianni., *In tema di pagamento al creditore apparente,* nota a Trib. Milano, 10 novembre 1952, in *Foro pad.,* 1953

Giorgianni., voce *Creditore apparente,* in *Noviss. Dig.* Vol. IV, Torino, 1959

Giovannelli., *Schema di una teleologia del lavoro* in *Dir. Lav.,* 1959

Giugni., *Mansioni e qualifica del rapporto di lavoro,* Napoli, 1963

Giuliano., *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico,* Bologna, 1952

Gorla., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni,* Padova, 1934

Gorla., *L'atto di disposizione dei diritti,* in *Ann. Perugia,* 1936

Gorla., *La causa nel pensiero dei giuristi di Common Law* in *Riv. Dir. Comm.* 1951

Gorla., *Il contratto,* Milano, 1955

Gorla., *Giuridicità del vincolo e patrimonialità della prestazione,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1967

Grandi., *I soggetti del contratto collettivo di impresa,* in *Studi in onore di L. Barassi,* 1966

Grassetti., in *Studi econ. giur. dell'Univ. di Cagliari*, 1936.

Greco., *Il contratto di lavoro* in *Trattato di diritto civile* (diretto da Vassalli), Torino, 1939

Greco., *Profili dell' impresa e dell'azienda nel nuovo codice civile,* in *Atti della Accademia delle Scienze di Torino,* 1942

Gregori., *Adeguatezza sociale e teoria del reato* , Padova, 1969

Grosso., (*voce) Obbligazione ,Torino, 1947; Albertario., voce Obbligazione, in Enc. Italiana, vol. XXV*

Guarino., *Potere giuridico e diritto soggettivo,* in *Rass. Dir. Pubblico, 1949*

Guerrera., *Gestione di fatto e funzione amministrativa nelle società di capitali,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1999

Guidotti., *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956

Gurvitch., *L'idee du droit social*, Parigi, 1932

Haupt., *Ueber faktische Vertragsverhaltnisse* in *Leipziger rectswissenschaftlichen Studien,* Leipzig, 1941

Hauriou., *Principes de droit publique*, Parigi, 1916

Hauriou., *Precis de droit dministratif et de droit public,* Parigi, 1922

Haurioiu., *La theorie de l'Institution et de la fondation,* in *Cahiers de la Nouvelle Journee,* Parigi, 1925

Hernandez.*,* *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro,* Padova, Cedam, 1968

Herschel.*,* *Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts* in *Recht der Arbeit,* 1956

Herschel.*,* *Arbeitsrecht,* Stuttgart, 1968

Hueck.*,* *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaltnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze* in *Jherings Jahrbucher,* 1924

Hueck., *Der Treuegedanke in modernen Privatrecht,* in *Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, phil. U. hist. Klasse,* 7, Munchen, 1947

Hueck.*,* *L'obbligo di fedeltà nel diritto privato moderno* in *Nuova rivista del diritto commerciale, 1949*

Hueck., *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I, Berlin, 1955

Hueck.*,* *Gesellschaftsrecht,* Monaco, 1975

Hueck-Nipperdey.*,* *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Berlino, 1931

Hueck-Nipperdey.*,* *Kommentar,* Monaco, 1934

Hueck-Nipperdey., *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit,* Berlino, 1937

Hueck-Nipperdey.*,* *Grundiss des Arbeitsrecht,* Berlin-Frankfurt, 1970,

Hugo.*,* *Institutionen des heut. Rom. Rechts*, Berlin

Iacobi., *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Lipsia, 1927

Irti., *Oggetto del negozio giuridico* in *Noviss. Dig. Ital.*, XI, 799

Jemolo., *La famiglia e il diritto*, Napoli, 1949

Jhering., *L'esprit du droit roman,* IV, Parigi, 1880

Jhering., *Der Zweck im Recht,* Leipzig, 1905

Josserand., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privè,* Parigi, 1928

Kantorowicz., *Studies in the Glossators of the Roman Law*., Cambridge, 1938

Karlowa., *Das Rechtsgeschaft und seine Wirkung,* Berlin, 1777

Korsch., *Legislazione del lavoro per i consigli di fabbrica*, in *Consigli di fabbrica e socializzazione,* Bari, 1970

Krapp., *Die Anfange und die geschichtliche Entwicklung des Dienst-und Arbeitsvertrages,* Forscheim, 1931

La Loggia., *Lineamenti del diritto del lavoro.,* Padova, 1954

Laband., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches,* Tubingen, 1911

Lamand., *Essai d'une theorie generale des situations de fait en droit privè francais,* These univ. De Lyon, Droit, 1965

Lambrecht., *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhaltnis,* Tubingen, 1994

Larenz., *Lehrbuch des Schuldrechts,* Monaco- Berlino, 1953

Laserra., *Riconoscimento del debito e promessa di pagare* in *Dir. Giur.,* 1949

Latham., *Il significato politico dell'impresa,* in *La grande impresa nella società moderna,* a cura di Mason, Milano, 1970

Laurent., *Principe du droit civil francais,* Parigi, 1878 (trad. it, XXVI, Napoli, 1885

Larenz., *Die Begrundung von Schuldverhaltnissen durch sozialtypischen Verhalten,* Berlin, 1897

Lehmann., *Bericht uber die Tagung der Zivilrechtsleher in Bad Mergentheim am 9, und 10 Oktober 1957*

Lehmann.H. Hubner., *Allgemeiner Teil des BGB,* Berlin, 1966

Leonhard., *Allgemeiner Schuldrecht des BGB,* Monaco-Lipsia, 1929

Lenel., *Parteiabsicht und Rechtsfolg* in *Jahrbuchern fur Dogmatik* in *Arch. Civ. Praxis,* 1890

Lenel., *Die Lehre von der Voraussetzung* in *Arch. Civ. Praxis,* 1892

Lent., *Sachenrecht,* Monaco-Berlino, 1949

Leser., *Tariftliche Ausschlubfrist und Anspruche aus unerlaubtHandlung* in *Der Betriebs Berater,* 1968

Levi., *Teoria generale del diritto,* Padova, 1953

Levi Deviali., *Il rapporto di lavoro,* Milano, 1937

Levi Sandri., *Osservazioni sulla capacità di agire del lavoratore* in *Riv. Dir. Lav.* 1956

Liberati., *Il danno non patrimoniale da inadempimento,* Padova, 2004

Liebe., *Die stipulation,* Brunswick, 1840

Liebman., *Prospettive in tema di nullità parziale del contratto collettivo di lavoro,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1979

Liebman., *Rappresentatività del sindacato ed efficacia del contratto collettivo,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1983

Liebman., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro,* Milano, 1993

Liebman., *Funzione giuridica del contratto collettivo e principio di parità,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1995

Liebman., *Usi aziendali, volontà negoziale dell'imprenditore e autonomia collettiva,* in *Giust. Civ.,* 1997

Liebman., *Risarcimento del danno per illegittimità del licenziamento e responsabilità dell'imprenditore,* in *Resp. Civ. Prev.,* 1999

Liebman., *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni,* in *Arg. Dir. Lav.,* 1999

Liebman., *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali,* in *Quaderni Diritto Lavoro e Rel. Ind.* 2000

Liebman., *La disciplina del licenziamento,* in *Dir. Rel. Ind.,* 2002

Longo., *Sulla natura delle merces nella locatio-conductio,* in *Melanges Girare,* Parigi, 1912

Loning., *Faktische Vertrage oder offentliches Recht?* in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht,* 1942

Lotmar., U*eber causa im romishen Recht,* Munchen, 1875

Lotmar., *Arbeitsvertrag,* Lipsia, 1902

Lotmar., *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Rechts,* Lipsia, 1908

Macchia., *Il dovere giuridico del debitore,* in *Scritti in onore di A. Ascoli,* Messina, 1929

Maggiolo., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale,* Milano, 2003

Maihofer., *Die Natur der Sache.,* in *Archiv. Fur Rechts und Sozialphilosophie,* 1958

Maihofer., *Droit naturel et nature des choses dans la philosophie allemande du droit,* in *Droit et nature des choses,* Parigi, 1965

Mancini *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro,* Milano, 1957

Manenti., *Sui Pacta,* Siena, 1891

Mansfeld., *Vom Arbeitsvertrag* in *Deutsches Arbeitsrecht,* 1936

Mansfeld-Pohl., *Die Ordnung der nationalen Arbeit,* Berlino, 1935

Marasà., *Le Società, Le Società in generale,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di Iudica-Zatti, 2000

Marazza., *Appunti in tema di contratto di lavoro nullo,* in *Temi Rom.,* 1958

Maresca., *La nuova disciplina legale del lavoro a tempo parziale,* in *Riv. Giur. Lav.*, 1987

Maresca., *Ancora sulla disponibilità in sede collettiva di diritti individuali,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988

Maresca., *Lavoro parasubordinato e prescrizione:spunti per una riflessione,* in *Giur. Cost.,* 1995

Maresca., *Concertazione e contrattazione* in *Arg. Dir. Lav.*, 2000

Maresca., *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa,* in *Arg. Dir. Lav.*, 2002

Maresca., *Lavoro a progetto:opinioni a confronto,* in *Lav. Giur.*, 2004

Marx., *Das Kapital,* 1890

Maschi., *Studi sulla interpretazione dei legati,* in *Verba Voluntas*, 1938

Maschi., *Volontà tipica e volontà individuale nei negozi mortis causa,* in *On. Ferrini,* Milano, 1947

Matteucci., *Ha la tecnica del lavoro un valore metafisico e teleologico?* in *Studium,* 1953

Maus., *Das deutsche Arbeitsund Sozial recht, I, Das Arbeitsverhaltnis, Grundfragen und Grundlagen,* Bleckede, 1948

Maury., *Essai sur le role de la notino d'equivalence en droit civil francais,* Tolosa, 1920

Maury., *Le concept et le role de la cause des obligations dans la jurisprudence* in *Rev. Int. Dir. Comp.* 1951

Mazeaud., *Essai de la classifications des obligations,* in *Reveu. Trim. de droit civil,* 1936

Mazzoni, *L'esercizio dell'impresa nell'ordinamento corporativo,* in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario,* Firenze, 1935

Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro,* Firenze, 1958

Mazzoni, *Invalidità., Enc. Giur. XVII,* Treccani, Roma, 1989

Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione,* in *Jus,* 1952

Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e Obbligazioni di risultato* in *Riv. Dir. Comm.* 1954

Mengoni, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa* in *Riv. Soc.* 1958

Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana* in *Riv. Soc.* 1959

Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano,* in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA,* Lussemburgo, 1965

Mengoni, *Gli acquisti a non domino,* Milano, 1975

Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro nel XX secolo,* in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.,* 2000,

Messina, *Diritti potestativi,* voce del *Nuovo Digesto It.,* Torino, 1960.

Messineo, *Dottrina generale del contratto,* Milano, 1948

Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, 1950

Meyer., *Das Publizitatprinzip im Deutschen Purgerlichen Recht,* Monaco, 1909

Micheli., *Corso di diritto processuale civile,* Milano, 1959

Midiri., *L'erede apparente e i diritto dei terzi con lui contrattanti,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1930

Miglioranzi., *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda,* in *Il diritto del lavoro,* 1940

Miglioranzi., *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione* in *Scritti giuridici in onore di Scialoja,* IV, Bologna, 1953

Milone., *La causa nei negozi giuridici,* in *Filangieri,* 1898

Minervini., *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata* in *Riv. Dir. Civ.* 1958

Mirabelli., *Causa, oggetto, funzione , interesse* in *Arch. Giur.* 1950

Mirabelli., *Il vizio della causa nel negozio giuridico* in *Dir. Giur.***,** 1950

Mirabelli., *Causa subiettiva e Causa oggettiva* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1951

Molitor., *Das Wesen der Arbeitsvertrages*, 1925

Mommsen., *Romische Geschichte,* Berlino 1881

Mommsen., *Die Romischen Anfange von Kauf und Miethe,* in *Zeitschr.der Savigny Stiftung,* 1885

Montesano., *Confessione e astrazione processuale* in *Riv. Dir. Proc. Civ.,* 1951

Montuschi., *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1962

Montuschi., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro,* Milano, 1967

Montuschi., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro,* Milano, 1973

Morin., *La loi et le contrat. La decadence de leur souverainetè,* Parigi, 1927

Mortati., *Il lavoro nella Costituzione* in *Dir. Lav.* 1954 I, p. 179

Moscati., *Del pagamento dell'indebito* in *Comm. Scialoja-Branca,* Artt. 2033-2040, 1980

Moscati., *Pagamento dell'indebito* in *Commentario al codice civile,* a cura di Scialoja-Branca, *Libro Quarto, Delle Obbligazioni,* Bologna-Roma, 1981

Mosco., *I frutti nel diritto positivo,* Milano, 1947

Mossa., *Il diritto del lavoro,* Sassari, 1923

Mossa., *L'impresa nell'ordine corporativo,* Firenze, 1935

Motta., *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano,* Torino, 1929

Muracchia., *Mancia,* voce dell' *Enciclopedia del diritto,* XXV, Milano, 1975

Napoletano., *Il lavoro subordinato,* Milano, 1956

Napoli., *Contratto e rapporti di lavoro oggi,* in *Studi in onore di L. Mengoni,* II, Milano, 1955

Napoli., *La stabilità reale del rapporto di lavoro,* Angeli, Milano, 1980

Napoli., *Gli osservatori del mercato del lavoro:profili istituzionali e normativi,* in *Politica del Diritto,* 1983

Napoli., *Questioni di diritto del lavoro,* Torino, Giappichelli, 1996

Napoli., *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative,* in *Riv. Giur. Lav.,* 1997

Napoli., *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?* in *Jus,* 1998

Napoli., *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà,* in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2002

Napoli., *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e di umanità, cultore di diritto del lavoro,* in *Iustitia,* 2002

Napoli., *La nascita del diritto del lavoro: il contratto di Lodovico Barassi cent'anni dopo:novità, influssi, distanze, Vita e pensiero,* Milano, 2003

Napoli., *La professionalità, Vita e Pensiero,* Milano, 2004

Napoli., *Autonomia individuale ed autonomia collettiva nelle più recenti riforme,* in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2004

Napoli., *La responsabilità sociale delle imprese, Vita e pensiero,* Milano, 2005

Napoli., *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi,* Giappichelli, Torino, 2006

Napoli., *Povertà vecchie e nuove e diritto del lavoro,* in *Jus,* 2006

Nasi., *Osservazioni su una recente teoria dell'impresa* in *Riv. Dir. Comm.* 1960

Natoli., *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro* Milano, 1955

Natoli., *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa* in *Dir. Lav.* 1956

Natoli., *Riflessioni sulle società di fatto,* Varese, 1972

Natoli., *I contratti reali,* 1975

Navarreta., *La causa e le prestazioni isolate,* Milano, 2000

Niccolò., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione*

dell'obbligazione in *Annali Università Messina,* 1932

Niccolò., *L'adempimento dell' obbligazione,* Milano, 1936

Niccolò., *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro* in *Riv. Giur. Lav.* 1951, II, 6 e ss.

Niccolò., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile* in *Riv. Dir. Comm.* 1956

Niccolò., *Adempimento,* in *Enc. Dir.*,I, Milano, 1958

Niccolò., *Aspetti pratici del concetto di causa,* in *Raccolta di scritti,* Milano, 1980

Nikisch., *Die Grundformen des Arbeitsvertrages und-der Antellungsvertrag,* Berlino, 1926

Nikisch., *Vom Arbeitsverhaltnis* in *Festgabe fur Lehmann,* 1937

Nikisch., *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaltnis,* Berlin, Leipzig, 1941

Nikisch., *Betrieb, Betriebsgemeinschaft und Betriebsfuhrung* in *Zeitschrift fur die gesammte Staatswissenschaft,* 1943

Nikisch., *Arbeitsrecht.,* Tubingen, 1961

Nipperdey., *Allgemeiner Teil des burg. Rechts,* Tubingen, 1955

Nogler., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1990

Nogler., *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa* in *Arg. Dir. Lav.,* 2002

Noirel., *Le droit civil contemporain et les situations de fait,* in *Reveu Trimestrielle de droit civil,* 1959

Novara., *L'invalidità del contratto di lavoro,* Milano, 1967

Nuzzo., *Utilità sociale e autonomia privata,* Milano, 1974

Olivier Martin., *Des divisions du louge en droit roman* in *Revue histor. de droit.,* 1936

Ondei., *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto* in *Ann. Dir. Proc. Pen.,* , 1934

Opocher., *Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico della nozione di "natura della cosa",* in *Riv. Intern. di filosofia del diritto,* 1967

Oppo., *Profili di interpretazione oggettiva del negozio giuridico,* Bologna, 1943

Oppo., *Materia agricola e forma commerciale,* in *Riv. Dir. Agr.,* 1949

Orestano., *Apparenza colposa: riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di SpA,* in *Corr. Giur.,* 1996

Osilia., *Considerazioni sulla causa del contratto* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1959

Osti., *La c.d. clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1912

Osti., *Appunti per una teoria della sopravvenienza,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1913

Pacchioni., *Dei contratti in generale,* Padova, 1936

Pacifici-Mazzoni., *Trattato delle locazioni* in *Codice civile italiano,* Firenze, 1887

Pagliaro., *Il fatto di reato,* Palermo, 1960

Pantaleoni., *Scritti vari di economia,* Milano, 1904.

Panuccio., *L'art. 36 della Costituzione e il contratto di lavoro* in *Riv. Giur. Lav.* 1953, p. 20

Panuccio., *Per una teoria della causa del negozio* in *Studi Asquini,* Padova, 1965

Passerin d'Entreves., *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto,* Torino, 1934

Pavone-La Rosa., *Sul problema della causa nel titolo del trasporto marittimo* in *Riv. Dir. Nav.,* 1956, I, p. 129 e ss

Pavone-La Rosa., *Riflessioni conclusive sulla causa del titolo del trasporto marittimo,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1957

Pedrazzoli., *Poteri di gestione e tendenza nell'impresa d'informazione,* in *Giur. It.,* 1977

Pedrazzoli., *Verso una nuova teoria generale della subordinazione,* in *Politica del Diritto,* 1983

Pedrazzoli., *Prestazioni di opera e parasubordinazione (Riflessioni sulla portata sistematica dell'art, 409 n. 3, c.p.c.)* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1984

Pedrazzoli., *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro,* Milano, Giuffrè, 1985

Pedrazzoli., *Lavoro subordinato e dintorni:comparazioni e prospettive*, Bologna, 1989

Pedrazzoli., *Danno biologico e oltre: la risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 1995

Pedrazzoli., *Forme giuridiche del lavoro e determinati tecnologiche, organizzative e sociali*, Milano, 1996

Pedrazzoli., *La parabola della subordinazione:dal contratto allo status, riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002

Pedrazzoli., *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2004

Pellicanò., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1989

Pera., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*,in *Atti delle giornate di studio*, Firenze, 1968

Perego., *I vincoli preliminari e il contratto.*, Milano, 1974

Pergolesi., *Lineamenti fondamentali del diritto del lavoro* in *Rassegna Bibliografica delle scienze giuridiche*, 1928

Pergolesi., *Nozioni, sistema e fonti del diritto del lavoro* in *trattato di diritto del lavoro* (diretto da Borsi e Pergolesi), Padova, 1939

Pergolesi., *Lineamenti sistematici del diritto del lavoro* in *Riv. Dir. Lav.* 1954

Pergolesi., *Sull'oggetto del diritto del lavoro* in *Dir. Lav.* 1955

Perna., *In tema di prestazione di lavoro prohibente domino* in *Riv. Dir. Lav.,* 1962

Perone., *Retribuzione* in *Enc. Dir. XL,* Giuffrè, Milano, 1989

Perozzi., *Dei giureconsulti romani* (Prolusione Maceratese del 1888), ora in *Scritti giuridici,* Milano, 1948

Perreau., *Une evolution vers un Statut legal des contrats* in *Recueil d'etudes sue les sources du droit en l'honneur de Francois Geny,* 1950

Persiani., *Contratto di lavoro e organizzazione* , Padova, Cedam, 1966

Persiani., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori,* in *Dir. Lav.,* 1971

Persiani., *Retribuzione di fatto, dovuta, normale, effettiva e contribuzioni previdenziali,* in *Dir. Lav.,* 1975

Persiani., *I nuovi problemi della retribuzione,* Cedam, Padova, 1982

Persiani., *Retribuzione e previdenza secondo la legge e contratto,* in *Giur. It.,* 1984

Persiani., *Il tramonto del principio di omnicomprensività della retribuzione ed il problema dei poteri del giudice sulla contrattazione collettiva,* in *Giur. It.,* 1984

Persiani., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa,* in *Dir. Lav.,* 1988

Persiani., *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2000

Persiani., *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2004

Persiani., *Rileggendo l'Autonomia dei privati nel diritto dell'economia di Francesco Santoro Passarelli,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2004

Pestalozza., *La società occulta nella vecchia e nella nuova legge* in *Riv. Dir. Comm.,* 1950

Pic., *Traitè elementare de legislation industrielle,* Parigi, 1930

Piovani., *Per la storia del concetto di lavoro* in *Bollettino Scuola di Perfezionamento di diritto del lavoro, Università di Trieste,* 1954

Planiol., *Traitè elementare de droit civil,* Parigi, 1926

Planitz., *Die Stimmrechtsaktie,* Lipsia, 1922

Ponzanelli., voce *Pena Privata* in *Enc. Giur. Treccani,* XXII, Roma, 1990

Pothier., *Traitè des obligations,* Parigi, 1779 (trad. it. a cura di A. Bazzarini, Venezia, 1833)

Pothoff., *Ist das Arbeitsverhaltnis ein Schuldverhaltnis?* in *Arbeitsrecht,* 1922

Poulantzas., *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait at de la valeur,* Parigi, 1965

Proia., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categoria definitorie,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2003

Prosperetti., *Sulla esistenza ed invalidità di un contratto di lavoro,* in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1949

Prosperetti., *Il problema della causa del contratto di lavoro, I, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia,* LIX, 1949-1950

Prosperetti., *La posizione professionale del lavoratore subordinato,* Milano, 1958

Prosperetti., *La funzione del diritto del lavoro nella politica economica* in *Justitia,* 1963

Prosperetti., *Il lavoro subordinato* in *Trattato di diritto civile* (diretto da Grosso e Santoro Passatelli), Milano, 1964

Pugliatti., *I fatti giuridici,* Messina, 1945

Pugliatti., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione* in *Riv. Giur. Lav.* 1950

Pugliatti., *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici* in *Diritto civile. Saggi,* Milano, 1951

Pugliatti., *Precisazioni in tema di causa dei negozi giuridici, Diritto civile. Saggi,* Milano, 1951

Pugliatti., *Proprietà e lavoro nell'impresa* in *Riv. Giur. Lav.* 1954

Pugliatti., voce *Autonomia privata* in *Enc. del diritto,* IV, Milano, 1959

Pugliatti., *Beni immobili e beni mobili*, 1967

Pugliatti., *Finzione* in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968

Pugliatti-Falzea., *I fatti giuridici*, Messina, 1945

Pugliese., *Alcuni problemi sui diritti della personalità* in *Giornate giuridiche italo-jugoslave*, Milano, 1963

Rabaglietti., *Natura giuridica del contratto di lavoro* in *Riv. Giur. Lav.* 1955

Rabaglietti., *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956

Rabaglietti., *Contrattualismo e pluralismo degli ordinamenti giuridici nel diritto del lavoro*, Roma, 1974

Rabitti., *Contratto illecito e norma penale*, Giuffrè, Roma, 1999

Radbruch., *Die Natur der Sache als Juristische Denkform* in *Festschrift zur Ehren von Prof. R. Laun*, Hambur, 1948

Radbruch., *Die Natur der Sache als Juristische Denkform*, Darmstadt, 1964

Ramm., *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages*, Karlsruhe, 1955

Ratti., *Sul diritto di godimento del locatario* in *Studi in onore di C. Vivante*, Roma, 1931

Ravazzoni., *La formazione del contratto*, 1966

Redenti., *La causa del contratto secondo il nostro codice* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* , 1950, I, p. 894 e ss.

Regelsbereger., *Pandekten,* Lipsia, 1893

Renard., *La theorie de l'Institution,* Parigi, 1930

Renard., *La theorie de l'institution, Essai d'ontololologie juridique*, Parigi, 1930

Renard., *La nature institutionelle de l'enterprise,* in *Anticipations corporatives,* Parigi, 1937

Rescigno., *Incapacità naturale e adempimento,* Napoli, 1950

Rescigno., voce *Ripetizione d'indebito* in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1957

Rescigno., *Studi sull'accollo,* Milano, 1958

Ricca., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto,* Milano, 1956

Ricci., *Corso teorico-pratico di diritto civile,* VIII, Torino, 1882

Riccobono., *Origine del dogma della volontà nel diritto romano,* in *ACIR,* 1, 1934

Riccobono., *La voluta nella prassi giudiziaria dei pontefici,* in *On. Schulz,* 1, 1951

Richter., *Arbeitsrecht als Rechtsbegriff,* Lipsia, 1923

Richter., *Grundverhaltnisse des Arbeitsrechts,* Berlino, 1928

Riezler., *Der Werkvertrag,* Tubingen, 1900

Riezler., *Venire contra factum proprium, Studien im romischen, englischen und deutschen Zivil recht,* Lipsia, 1912

Rigon., *L'invalidità del contratto* in *Diritto del Lavoro,* commentario diretto da Carinci F., *Il rapporto di lavoro subordinato:costituzione e svolgimento* , a cura di Cester, Torino, 1999

Ripert., *Traitè elementaire de droit civil,* II, Parigi, 1947

Ripert., *Le regime democratique et le droit civil moderne*, Parigi, 1948

Riva Sanseverino., *Contratto di impiego privato e contratto di lavoro manuale* in *Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi,* vol. I, Padova, 1938

Riva Sanseverino., *Il contratto individuale di lavoro,* in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Borsi e Pergolesi, Padova, 1958

Roberti., *Il rapporto di lavoro e l'azienda,* in *Il diritto del lavoro*, 1940

Rodotà., *Le fonti di integrazione del contratto,* Milano,. 1969

Roma., *Le funzioni della retribuzioni,* Cacucci, Bari, 1997

Romano., *Studi per Ascarelli*, Milano, 1969

Romano., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli, 1970

Roppo., *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto,* in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato,* vol. V, Milano, 1993

Roppo., *Il contratto.*, Milano, 2000

Rossi., *Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale,* Milano, 1968

Rostovtzeff., *Storia economica e sociale di Roma,* Firenze, 1932

Rubino., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari,* Milano, 1939

Rumellin., *Dienstvertrag und Werkvertrag,* Tubingen, 1906

Russo., *La responsabilità per in attuazione dell'effetto reale,* Milano, 1965

Sabine., *Storia delle dottrine politiche,* Milano, 1953

Sacco., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato,* Torino, Giappichelli, 1949

Sacco., *Nullità e Annullabilità (diritto civile)* in *Noviss. Dig. It.,* Vol. IX, 1965

Sacco., *Conclusioni del contratto.,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1995

Sacco., *Sulla società di fatto,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1995

Sacco., *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1999

Sacco., *La parte generale del diritto civile,* Torino, Utet, 2001

Sacco., *Il contratto nella prospettiva comparatistica,* in *Europa e Dir. Priv.,* 2001

Sacco., *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta di insieme),* in *Europa e Dir. Priv.,* 2001

Sacco., *Il concetto di interpretazione del diritto,* Torino, Giappichelli, 2003

Sacco., *Trattato di diritto civile,* (diretto da), Torino, Utet, 2004

Sacco., *Le fonti delle obbligazioni*, Torino, Utet, 2004

Sacco., *Prospettive della scienza civilistica italiano all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005

Sacco., *Vent'anni di Contratto e Impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005

Salvioli., *Le capitalisme dans le monde antique*, Parigi, 1902

Salvioli., *Manuale di storia del diritto italiano,* Milano, 1903

Santi Romano., *La impresa e l'azione agricola* in *Riv. Dir. Agr.*, 1947,

Santi Romano., *L'ordinamento giuridico,* Firenze, 1951

Santi Romano., *Frammenti di un dizionario giuridico,* Roma, 1953

Santoro Passarelli., *A proposito dell'impresa nel diritto civile* in *Riv. Dir. Comm.*, 1941

Santoro Passarelli., *Spirito del diritto del lavoro***,** *in Dir. Lav.* 1948, I, p. 275

Santoro Passarelli., *Status familiae*, in *Studi urbinati,* 1948

Santoro Passarelli., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959

Santoro Passarelli., *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia* in *Riv. Dir. Lav.* 1953

Santoro Passarelli., *Mance dei giocatori vincenti e retribuzione* in *Giur. It.*, 1955

Santoro Passarelli., *Nozioni di diritto del lavoro,* Napoli, 1956

Santoro Passarelli., *Nozioni di diritto del lavoro,* Napoli, XXXIV, 1985

Savatier., *Realisme et idealisme en droit civil d'aujourd'hui-structures materielles et structures juruduques* in *Le droit privè francais au milieu du XX siecle (elude Ripert),* Parigi, 1950

Savatier., *Les metamorphoses economiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui,* Parigi, 1959-1964

Savigny., *Das Obligationenrecht,* Berlino, 1853

Savigny., *System des heutigen romishen Rechts* (trad. italiana di Fadda e Bensa, 1880)

Savino., *La subordinazione nel diritto del lavoro,* Torino, 1944

Schlesinger., *Il pagamento al terzo,* Milano, 1961

Schlesinger., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio,* Milano, 1967

Schupfer., *Allodio,* in *Digesto Italiano,* dall'estratto *Il diritto privato dei popoli antichi,* Città di Castello, 1907

Schwarz., *Die Bedeutung des Geschaftswillens im rom Kontraktsr. der Klassichen Zeit,* in *SDHI,* 1959

Schweikert., *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling,* Karlsruhe, 1958

Scialoja., *Negozi giuridici*, (corso di diritto romano dell'anno accademico 1892-1893), Roma, 1893

Scialoja., *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo* in *Scritti giuridici*, Roma, 1932

Scialoja., *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, ora in *Scritti giuridici*, Roma, 1933

Scialoja., *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934

Scognamiglio., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950

Scognamiglio., *Fatto giuridico e fattispecie complessa, considerazioni critiche alla dinamica del diritto* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1954

Scognamiglio., *Atto giuridico.*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958

Scognamiglio., *La specialità del diritto del lavoro* in *Riv. Giutr. Lav.* 1960

Scognamiglio., *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro* in *Riv. Dir. Lav.* 1964

Scognamiglio., *Diritto del Lavoro*, Bari, 1969

Scognamiglio., *Osservazioni sull'art. 13 dello Statuto dei diritti del lavoratore*, in *Orientamenti*, 1972

Scognamiglio., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori; evoluzione e crisi dei principi tradizionali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1973

Scognamiglio., *Professionalità e carriera: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, in *Ist. Studi Sindacali e del Lav.*

di Firenze, Professionalità e carriera nel rapporto di lavoro subordinato, Milano, 1978

Scognamiglio., *Inefficacia, dir. priv.,* in *Enc. Giur.*, XVI, Treccani, Roma, 1989

Scognamiglio., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti,* Padova, 1992

Scozzafava., *Dei Beni,* in *Il codice civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli,* 1980

Seckel., *Die Gestaltungsrechte des burgerlichen Rechts, Festgabe der njuristichen Gesellschaft zu Berlin fur R. Koch,* Berlin, 1903

Segni., *Osservazioni in tema di erede apparente* , nota ad Appello Roma, 19 luglio 1932, in *Foro It.,* 1935

Segrè., *In materia di garanzie personali,* in *Bullettino,* 1934

Siebert., *Das Arbeitsverhaltnis in der Ordnung der Nationalen Arbeit,* in *Deutsches Arbeitsrecht,* 1935

Siebert., *Arbeitsverhaltnis und vertrag* in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht,* 1936

Siebert., *Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhaltnis im Jahre* 1936, in *Deutsches Arbeitsrecht,* 1937

Siebert., *Der Arbeitsvertag* in *Handbuch der Sozialen Wikssenschaft,* I, 1954

Siebert., *Entwicklungslinien in neuen Individualarbeitsrecht* in *Recht der Arbeit,* 1958

Simi., *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967

Simitis., *Die faktischen Vertragsverhaltnisse*, Frankfurt, 1957

Simitis., *Die faktischen Vertragsverhaltnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, Frankfurt, 1957

Simitis., *Gute Sitten und ordre public*, Marburg., 1960

Simoncelli., *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici* in *Riv. It. Scienz. Giur.*, 1888

Sinagra., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Palermo, 1962

Sinzheimer., *Grundzuge des Arbeitsrechts*, Iena, 1927

Sirena., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999

Smuraglia., *La costituzione e il sistema del diritto del lavoro* (*lineamenti di una teoria generale)*, Milano, 1958

Smuraglia., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963

Smuraglia., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967

Sohm., *Der Gegenstand*, Leipzig, 1905

Solazzi., *Il lavoro libero nel mondo romano*, Macerata, 1906

Sotgia., *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità*, Roma, 1930

Sotgia., *Ancora in tema di apparenza del diritto,* in *Riv. Dir. Priv.,* 1936

Spagnuolo Vigorita., *Impresa, rapporto di lavoro, continuità.,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1969

Spagnolo Vigorita., *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori* in AIDLaSS, Atti del IV convegno, 1971

Spanò., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, Milano, 1965*

Spiess., *Faktische Vertarge oder offentliches Recht, oder Tarif?* in *Zeitschrift der Akademie fur deutsches Recht,* 1942

Stolfi., *L'apparenza del diritto. Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena,* in *Pubblicaz. della facoltà di Giurisp.,* Modena, 1934

Stolfi., *Teoria del negozio giuridico,* Padova, 1947

Stolfi., *Il negozio giuridico è un atto di volontà,* in *Giur. It.,* 1948

Stolfi., *In tema di apparenza giuridica,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1974

Stracca., *Tractatus de mercatura seu mercatore,* Amstelodami, 1669

Suppiej., *Pluralismo dei contratti collettivi e significato di un rinvio legislativo,* in *Riv. Dir. Lav.,* 1957

Suppiej., *Sull'incostituzionalità dell'attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi di diritto comune,* in *Riv. Dir. Lav.,* 1957

Suppiej., *Capacità giuridica di lavoro e capacità naturale di lavoro* in *Riv. Dir. Int. Comp. Lav.* , 1961

Suppiej., *La struttura del rapporto di lavoro* Padova, 1963

Tamburrino., *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali,* in *Scritti in onore di A. Scialoja,* Bologna, Zanichelli, 1953

Tardivo., *L'erede apparente,* Padova, 1932

Tedeschi., *Volontà privata autonoma* in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto,* IX, 1929

Temple., *Les societas de fait*, Parigi, 1975

Terranova., *L'eccessiva onerosità dei contratti*, in *Il codice civile, Commentario Schlesinger diretto da Busnelli,* 1995

Thon., *Norma giuridica e diritto soggettivo,* (trad. it. Di A. Levi), Padova, 1951

Tilgher., *Homo faber (Storia del concetto di lavoro nella civiltà occidentale e analisi filosofica dei concetti affini),* Roma, 1929

Torrente., *Del Lavoro (artt. 2060-2221),* in *Commentario del codice civile,* Libro quinto, Torino, 1962

Tourraine., *Sur les trasformations des travailleurs a la gestion des entreprises privees dans les principaux pays de*

l'Europe occidental, in *Travaux de la faculté de Strasbourg*, 1954

Toutain., *L'economique antique*, Parigi, 1925

Trabucchi., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1959

Traversa., *L'assegnazione delle mansioni*, in *L'applicazione dello Statuto dei Lavoratori, tendenze e orientamenti*, Milano, 1973

Treu., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968

Trimarchi., *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940

Troplong., *Della permuta e della locazione*, (trad. it), Napoli, 1856

Unger., *System des osterreichischen Allgemeinen Privatrechts*, Lipsia, 1892

Valle., *La categoria dell'inefficacia del contratto* in *Contratto ed Impresa*, 1998

Venezian., *La causa nei contratti*, Roma, 1892

Venturi., *Il diritto fascista del lavoro*, Torino, 1938

Verde., *Diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2002

Verga., *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1940

Vidari., *Difese contro gli scioperi*, in *Dir. Comm.*, 1908

Vignali., *Commentario del codice civile italiano*, IV, Napoli, 1884,

Visco., *La efficacia giuridica dell'apparenza del diritto,* in *Il nuovo diritto,* 1969

Voci., *Iusta causa traditionis et Iusta causa usucapionis,* in *SDHI,* 1949

Voci., *Istituzioni di diritto romano,* Padova, 2002

Vidari., *Difese contro gli scioperi,* in *Dir. Comm.,* 1908

Zacharie-Crome., *Manuale del diritto civile francese* (trad. it), II, Milano 1907

Zagogarelli., *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro,* Padova, 1964

Zanobini., *Corso di diritto corporativo,* Milano, 1937

Zitelmann., *Uebereignungsgeschaft Und Eigentumserwerb an Bestandteilen,* in *Jherings Jahrb.,* 1921

Zoli., *Il principio di onnicomprensività della retribuzione tra legge e contratto,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1983

Zollner., *Arbeitsrecht,* Monaco, 1977

Zoppoli., *La corrispettività nel contratto di lavoro,* Napoli, 1991

Wachter., *Pandekten,* Lipsia, 1880

Wellspacher., *Das Vertrauen auf aussere Tatbestande im burgerlichen Recht,* Wien, 1906

Wendt., *Pandekten.,* Jena, 1888

Wenzel., *Arbeitsrecht,* Berlin-Frankfurt, 1950

Westermann., *Lehrburch des Sachenrechts,* Kalsruhe, 1956

Wieacker., *Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung* in *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht.*, 1943

Windscheid., *Die Lehre des romischen Rechts von der Voraussetzung,* Dusseldorf, 1850

Windscheid., *Diritto delle Pandette* (trad. italiana di Fadda e Bensa, 1880)

GIURISPRUDENZA

App. Venezia., 11 aprile 1873	in *Giur. It.,* 1873
App.Venezia, 8 luglio 1874,	in *Monitore dei Tribunali,* 1874
App. Genova., 3 settembre 1878	in *Giur. It.,* 1879
App. Milano., 4 novembre 1880	in *Giur. It.,* 1881
App. Genova, 14 luglio 1902	in *Monitore dei Tribunali,* 1902
App. Milano, 2 marzo, 1909	in *Monitore dei Tribunali*, 1909
App. Torino, 29 novembre 1933	in *Rass. Lav.,* 1934
App. Bari., 28 dicembre 1933	in *Corte Bari, 1934*
Cass., 15 maggio 1934	in *Temi Lombardia,* 1934, 734
Cass., 28 gennaio 1943	in *Giur. It.,* 1943
Cass., 28 febbraio 1946 n. 217	in *Foro It.,* 1947
App. Venezia., 9 aprile 1946	in *Temi,* 1946
Cass., 16 luglio 1946 n. 892	in *Mass. Giur. It.,* 1946
Cass., 15 gennaio 1947 n. 32	*in Monit. Trib. 1947*
Cass., 20 marzo 1947 n. 350	in *Giur. Compl. Cass.,* 1947
Trib. Milano 27 gennaio 1948	in *Monit. Trib.* 1948
Cass., 23 aprile 1948 n. 577	in *Giur. It.,* 1947
Cass., 7 maggio 1948 n. 675	in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1948
Cass., 16 febbraio 1949 n. 255	in *Giur. Compl. Cass. Civ.,* 1949

Cass., 8 marzo 1950 n. 595	*in Foro It., 1950*
Cass., 29 luglio 1950 n. 2156	in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950
Cass., 11 aprile 1951 n. 858	in *Mass. Foro It.*, 1951
Cass., 24 aprile 1952 n. 1139	in *Mass. Foro It.*, 1952
Cass., 29 aprile 1952 n. 1190	*in Mass. Foro It., 1952*
Cass., 28 agosto 1952 n. 2781	in *Mass. Foro It.*, 1952
App. Ancona 21 aprile 1954	in *Giust. Civ.*, 1954
App. Brescia., 12 ottobre 1955	*in Giust. Civ., 1955*
Cass., 21 ottobre 1955 n. 3406	in *Mass. Foro It.*, 1955
Cass., 19 aprile 1956 n. 1187	in *Foro It.*, 1956
Cass., 19 luglio 1958 n. 2652	in *Giust. Civ. Mass.*, 1958
Cass., 14 ottobre 1958 n. 3251	in *Giust. Civ.*, 1958
Trib. Milano 7 dicembre 1959	in *Giur. It.*, 1959
Trib. Milano 14 dicembre 1959	in *Giur. It.*, 1962
Cass., 23 maggio 1960 n. 1356	in *Dir. Lav*., 1960
Cass., 17 giugno 1960 n. 1591	in *Mass. Giur. It.*, 1960
App. Bologna., 8 luglio 1960	in *Riv. Dir. Lav.*, 1961
Cass., 14 marzo 1962 n. 530.,	in *Foro Pad.*, 1962
Cass., 8 giugno 1962 n. 1424	in *Monit. Giur. Lav., 1962*
Cass., 31 luglio 1962 n. 2286	in *Foro It.*, 1963
Cass., 20 novembre 1962 n. 3148	in *Mass. Giur. It.*, 1962

Trib. Roma 15 febbraio 1963	in *Rep. Foro. It.,* 1964
Cass., 16 luglio 1963 n. 1945	in *Rep. Foro. It.,* 1963
Cass., 17 agosto 1963 n. 2330	in *Mass. Giust. Civ, 1963*
Cass., 10 aprile 1964 n. 835	in *Riv. Giur. Lav., Prev. Soc.,* 1964
Cass., 27 maggio 1964 n. 1316	in *Monit. Giur. Lav.,* 1964
App. Roma 15 febbraio 1965	in *Rep. Foro It.,* 1965
Cass., 19 luglio 1965 n. 1622	in *Mass. Giur. Lav.,* 1966
Cass., 14 settembre 1965 n. 2001	in *Mass. Giur. It.,* 1966
Cass., 5 agosto 1967 n. 2088	in *Giust. Civ.,* 1967
Cass., 24 febbraio 1968 n. 632	in *Giust. Civ.,* 1969
Cass., 6 maggio 1969 n. 1539	in *Giust. Civ.,* 1969
Cass., 7 maggio 1969 n. 1549	in *Mass. Giur. Lav.,* 1970
Cass., 2 agosto 1969 n. 2913	in *Foro It.,* 1969
Cass., 2 agosto 1969 n. 2914	in *Mass. Giur. It .,* 1969
Cass., 4 agosto 1969 n. 2928	in *Mass. Giur. Lav.,* 1969
Cass., 7 gennaio 1970 n. 35	in *Mass. Giur. It.,* 1971
App. Milano 29 dicembre 1970	in *Riv. Dir. Comm.,* 1971
Cass., 26 gennaio 1971 n. 190	in *Mass. Giur. It.,* 1971
App. Roma, 30 marzo 1971	in *Foro Pad.* 1972
Cass., 25 ottobre 1972 n. 3222	in *Mass. Giur. It.,* 1973
Cass., 15 gennaio 1973 n. 126	in *Mass. Giur. It.,* 1973

Cass., 11 marzo 1974 n. 341	in *Mass. Giur. It.,* 1974
Cass., 7 agosto 1974 n. 2385	in *Mass. Giur. It,* 1974
Cass., 6 novembre 1974 n. **3374**	in *Foro It.,* 1975
Cass., 17 gennaio 1975 n. 193	in *Temi,* 1975
Cass., 11 marzo 1975 n. 897	in *Mass. Giur. It.,* 1976
Cass., 6 ottobre 1976 n. 3303	in *Mass. Giur. It.,* 1977
Cass., 17 maggio 1977 n. 2008	in *Rep. Foro. It.,*1978
Cass., 6 luglio 1977 n. 2995	in *Mass. Giur. It.,* 1978
Cass., 13 maggio 1978 n. 2347	in *Foro it.,* Rep. 1978
Cass., 5 luglio 1979 n. 3859	in *Giur. It.,* 1980
Cass., 21 luglio 1979 n. 4398	in *Mass. Giur. It.,* 1980
Cass., 5 novembre 1979 n. 1564	in *Mass. Giur. It.,* 1979
Cass., 3 luglio 1980 n. 4205	in *Foro It.,* 1980
Cass., 4 settembre 1980 n. 5100	in *Mass. Giur. It.,* 1981
Cass., 11 ottobre 1980 n. 5451	in *Giust. Civ.,* 1982
Cass., 24 novembre 1980 n. 6235	in *Rep. Foro. It.,* 1981
Cass., 14 febbraio 1981 n. 907	in *Mass. Giur. It.,* 1981
Cass., 25 marzo 1981 n. 3409	in *Giust. Civ.,* 1981
Cass.,10 aprile 1981 n. 2095	in *Riv. Giur. Lav.,* 1981
Cass., 30 ottobre 1981 n. 5743	in *Mass. Giur. It.,* 1982
Cass., 4 dicembre 1982 n. 1983	in *Riv. Not.,* 1983

Cass., 20 aprile 1983 n. 2728	in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984
Cass., 23 luglio 1983 n. 5093	in *Giust. Civ.*, 1983
Cass. 13 febbraio 1984 n. 1081	in *Foro It.*, 1984
Cass., 28 novembre 1984 n. 6200	in *Giur. Civ.*, 1985
Cass., 8 marzo 1985 n. 1896	in *Mass. Giur. It.*, 1985
Cass., 3 giugno 1985 n. 3302	in *Foro It.*, 1986
Cass., 22 giugno 1985 n. 3771	in *Giust. Civ.*, 1986
Cass., 9 novembre 1985 n. 5498	in *Mass. Giur. Lav.*, 1986,
Cass., 3 febbraio 1986 n. 648	in *Notiz. Giur. Lav.*, 1986
Cass., 25 febbraio 1986 n. 1173	in *Foro It.*, 1995
Pret. Milano, 14 marzo 1986	in *Dir. Prat. Lav.*, 1987
Cass., 14 aprile 1986 n. 2618	in *Orientamenti*, 1987
Trib. Milano 23 aprile 1986	in *Orientamenti*, 1986
Cass., 3 giugno 1986 n. 3310	in *Giur. It.*, 1986
Pret. Milano 20 giugno 1986	in *Mass. Giur. It.*, 1987
Cass., 8 luglio 1986 n. 4461	in *Foro It.*, 1987
Cass., 19 gennaio 1987 n. 423	in *Mass. Giur. It.*, 1987
Cass., 24 gennaio 1987 n. 685	in *Foro It.*, 1988
Cass., 2 marzo 1987 n. 2788,	in *Orientamenti*, 1987
Cass., 18 marzo 1987 n. 2736,	in *Orientamenti*, 1987
Cass., 18 giugno 1987 n. 5371	in *Mass. Giur. It.*, 1988

Cass., 26 giugno 1987 n. 5675	in *Giust. Civ.*, 1988
Trib. Milano 10 ottobre 1987	in *Mass. Giur. It.*, 1988
Cass., 18 dicembre 1987 n. 9459	in *Orientamenti*, 1988
Cass., 10 febbraio 1988 n. 1437	in *Mass. Giur. It.*, 1998
Cass., 25 febbraio 1988 n. 2027	in *Nuov. Giur. Lav.*, 1988
Cass., 18 novembre 1988 n. 5142	in *Orientamenti*, 1989
Corte Cost. 9 marzo 1989 n. 103	in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989
Cass., 5 aprile 1990 n. 2835	in *Rep. Foro. It.*, 1990
Cass., 16 agosto 1990 n. 8309	in *Mass. Giur. Civ.*, 1990
Cass., 1 settembre 1990 n. 9079	in *Mass. Giur. It.*, 1990
Cass., 13 novembre 1991 n. 12088	in *Mass. Giur. It.*, 1991
Cass., 21 novembre 1991 n. 12530	in *Arg. Dir. Lav.*, 1995
Cass., 23 dicembre 1992 n. 13598	in *Dir. Prat. Lav.*, 1993
Cass., 7 gennaio 1993 n. 77	in *Contratti*, 1993
Cass., 11 gennaio 1993 n. 215	in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993
Cass., 29 gennaio 1993 n. 1094	in *Rep. Giur. Lav.*, 1991-2000
Cass., 1 febbraio 1993 n. 1182	in *Dir. Prat. Lav*, 1993
Cass., 2 marzo 1993 n. 2560	in *Mass. Giur. Lav.*, 1993
Cass., 14 luglio 1993 n. 7789	in *Mass. Giur. It.*, 1993
Cass., 29 maggio 1993 n. 6030	in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993
Cass., 25 febbraio 1994 n. 1903	in *Riv. It. Dir. Lav.*,1995

Cass., 16 giugno 1994 n. 5832 in *Arg. Dir. Lav.*, 1995

Cass., 16 giugno 1994 n. 5833 in *Giur. It.*, 1995

Cass., 17 novembre 1994 n. 9718 in *Dir. Prat. Lav.*, 1995

Cass., 7 gennaio 1995 n. 208 in *Lav. Giur.*, 1995

Cass., 1 marzo 1995 n. 2340 in *Giust. Civ.*, 1995

Cass., 5 ottobre 1995 n. 10405 in *Mass. Giur. It.*, 1995

Cass., 16 gennaio 1996 n. 326 in *Foro It.*, 1996

Cass., 10 aprile 1996 n. 3340 in *Mass. Giur. It.*, 1997

Cass., 17 maggio 1996 n. 4570 in *Mass. Giur. It.*, 1997

Cass., 28 agosto 1996 n. 50 in *Orientamenti*, 1996

Cass., 12 novembre 1996 n. 9893 in *Dir. Prat. Lav.*, 1997

Cass., 7 febbraio 1997 n. 1154 in *Mass. Giur. Lav.*, 1997

Cass., 14 giugno 1997 n. 5363 in *Mass. Giur. It.*, 1997

Cass., 6 agosto 1997 n. 7278 in *Giust. Civ.*, 1998

Cass., 27 febbraio 1998 n. 2155 in *Mass. Giur. It.*, 1998

Cass., 27 febbraio 1998 n. 2209 in *Mass. Giur. Lav.*, 1998

Cass., 7 agosto 1998 n. 7755 in *Mass. Giur. It.*, 1989

Cass., 22 gennaio 1999 n. 589 in *Foro It.*, 1999

Pret. Milano., 22 febbraio 1999 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000

Cass., 14 maggio 1999 n. 4774 in *Mass. Giur. It.*, 1999

Trib. Milano, 16 giugno 1999 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000,

Cass., 20 luglio 1999 n. 7768 in *Mass. Giur. It.*, 2000

Cass., 4 febbraio 2000 n. 1228 in *Mass. Giur. It.*, 2001

Cass., 19 aprile 2000 n. 5122 in *Mass. Giur. It.*, 2000

Cass., 5 luglio 2000 n. 8970 in *Mass. Giur. It.*, 2000

Cass., 1 settembre 2000 n. 11457 in *Mass. Giur. It.*, 2001

Cass., 7 febbraio 2001 n. 14330 in *Giust. Civ.*, 2001, I, 1897

Cass., 2 marzo 2001 n. 3066 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002

Trib. Firenze, 23 novembre 2001 in *Riv. Crit. Dir. Lav.*,2002

Trib Bologna., ord. 29 gennaio 2002 in *Lav. Giur.*, 2003

Cass., 2 febbraio 2002 n. 1365 in *Giust. CIv.*, 2002

Cass., 21 marzo 2002 n. 4083 in *Mass. Giur. Civ.*, 2002

Cass., 19 luglio 2002 n. 10536 in *Mass. Giur. It.*, 2002

Cass., 2 dicembre 2002 n. 17096 in *Dir. Prat. Lav.*, 2003

Cass., 5 maggio 2003 n. 6756 in *Mass. Giur. It.*, 2003

Cass., 5 maggio 2003 n. 6815 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004

Cass., 20 giugno 2003 n. 9898 in *Mass. Giur. Civ.*, 2003

Cass., 28 novembre 2003 n. 18284 in *Dir. Prat. Lav.*, 2004

Cass., 15 dicembre 2003 n. 19132 in *Mass. Giur. Civ.*, 2003

Cass., 26 maggio 2004 n. 10133 in *Danno e Resp.*, 2/2005

Cass., 24 marzo 2006 n. 6572 in *Mass. Giur. It.*, 2006

Cass., 8 maggio 2006 n. 10490 in *Mass. Foro. It.*, 2006

Cass., 12 ottobre/24 novembre 2006 in *Mass. Giur. It.*, 2006