

CAPITOLO SECONDO

LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO

SOMMARIO: A. CONTRATTO E RAPPORTO. 1. La contrattualità del rapporto. – 2. Art. 2126 cod. civ. e prestazione di fatto. – B. I SOGGETTI DEL CONTRATTO. 1. Il lavoratore: capacità giuridica e capacità di agire. – 2. (*Segue*): Minori e lavoro. – 3. Il datore di lavoro. – C. LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO. 1. La forma del contratto di lavoro. – 2. Consenso, vizi del consenso e simulazione. – 3. La clausola di prova.

FONTI PRINCIPALI: Cost. artt. 37, 97; cod. civ. artt. 1344 ss. (in particolare, 1345, 1352), 1414 ss. (in particolare, 1425 e 1429), 2041, 2086, 2096, 2125, 2126, 2239; L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18 e tit. III; L. 17 ottobre 1967, n. 977; L. 8 marzo 1975, n. 39; D. Lgs. 4 agosto 1999, n. 345; Direttiva n. 94/33/CE per la protezione dei giovani sul lavoro; nonché, quanto alla forma del contratto individuale di lavoro, L. 23 marzo 1981, n. 91, art. 4, 1° comma (per il contratto di lavoro sportivo); D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, artt. 2 e 8 (per il contratto part-time); D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, artt. 2, 5, 35, 36, 51, 63 (per il pubblico impiego); D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 1 (per il contratto a tempo determinato); D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, artt. 21 (per il contratto di somministrazione di manodopera); 35 (per il contratto di lavoro intermittente); 42 (per il contratto di lavoro ripartito); 48 ss. (per l'apprendistato); 56 (per il contratto di inserimento); 62 (per il contratto di lavoro a progetto); L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, 622° comma.

SINTESI. Il capitolo prende in esame la fase di costituzione del rapporto di lavoro subordinato, muovendo dalla fonte costitutiva dello stesso, il contratto individuale di lavoro, ed analizzando in dettaglio gli elementi che ne costituiscono la fattispecie. Partendo da una ricostruzione esegetica sulla natura del contratto e sulla sua derivazione civilistica, si sofferma sui requisiti specifici che riguardano soggetti, contenuto e forma.

A. CONTRATTO E RAPPORTO

SINTESI. Questa sezione prende in esame la matrice contrattuale del rapporto di lavoro, il cui riconoscimento, nel settore privato, risulta incontrastato nel tempo. Le suggestioni istituzionistico-comunitarie, pur circolate nel corso del primo novecento per influenza di una corrente di pensiero tedesca, non hanno trovato spazio nella disciplina codicistica, in cui, a dispetto dell'impianto formale, emerge con sufficiente linearità un rapporto di scambio. La prospettiva contrattualistica ha poi trovato conforto nell'evoluzione legislativa, specie nello Statuto dei Lavoratori ed altresì, più recentemente, nel D. Lgs. n. 29/1993, ora confluito nel D. Lgs. n. 165/2001 relativo allo specifico versante del rapporto di lavoro pubblico, così definitivamente annesso all'ambito del diritto privato (cap. XII).

1. La contrattualità del rapporto.

La matrice contrattuale del rapporto di lavoro era pacifica allorché esso era considerato una sottospecie della locazione. Tale matrice restò radicata anche quando la dottrina diede avvio al suo processo di distacco dallo schema locatizio.

La locatio operarum

Già nel corso del primo novecento, tuttavia, per influenza di una corrente di pensiero tedesca, si manifestarono presso di noi talune suggestioni di carattere istituzionalistico-comunitario. L'impresa si sostanzierebbe in una comunione di scopo tra datore e lavoratore destinata ad esprimersi in un rapporto di lavoro organizzato su base gerarchica. Fonte del rapporto sarebbe non il contratto, bensì l'inserzione del lavoratore nell'impresa, cioè la sua incorporazione nell'organizzazione creata e diretta dal datore medesimo.

Le teorie istituzionali acontrattuali

Siffatte suggestioni, congeniali all'ideologia corporativa, parvero trovare consacrazione nel codice del 1942.

Questo non definisce il contratto di lavoro subordinato, ma il «prestatore di lavoro subordinato» ed intitola la relativa disciplina al rapporto, non al contratto, collocandola nel libro V sull'impresa anziché nel libro IV, che disciplina i più importanti contratti di scambio. Il codice, soprattutto, presenta un impianto incardinato sulla funzionalizzazione all'interesse superiore dell'economia corporativa di una impresa che ha nell'imprenditore il suo capo responsabile verso lo Stato e nei lavoratori i collaboratori dell'imprenditore, a lui gerarchicamente sottordinati (artt. 2086 e 2088 cod. civ.). Poteva sembrare agevole, perciò, configurare l'impresa come istituzione e ricostruire il rapporto tra imprenditore e lavoratore alla stregua di un rapporto comunitario.

Cionondimeno la nostra dottrina è rimasta «contrattualistica». Ed ha, così, sottolineato la sostanziale marginalità delle suggestioni comunitarie rispetto alla stessa disciplina codicistica, dalla quale, a dispetto dell'impianto formale, emerge con sufficiente linearità un rapporto di scambio¹.

Le teorie contrattuali di scambio

Il codice, pur nel quadro di una concezione autoritaria dell'impresa, riconduce al contratto le reciproche posizioni di supremazia e di soggezione delle parti. L'art. 2104 cod. civ. configura il potere gerarchico dell'imprenditore quale manifestazione del potere direttivo derivante dal contratto. L'art. 2106 cod. civ. correla il potere disciplinare al potere direttivo. Le esigenze dell'organizzazione si vedono attribuire giuridica rilevanza non come espressione di un interesse economico-produttivo superiore e distinto da quello dell'imprenditore, bensì come «criterio tipico di valutazione dell'interesse proprio del soggetto che ha predisposto l'organizzazione» (G. GIUGNI, 1963, 18).

Va, tuttavia, dato conto di un filone dottrinale, che, pur accogliendo la concezione conflittuale-scambistica della relazione tra datore e lavoratore, ha centrato la propria attenzione sull'organizzazione di lavoro come «fonte di situazioni giuridiche sostanzialmente autonome dal contratto» fino al punto di negare la matrice contrattuale del rapporto. Il rapporto di lavoro

Le teorie acontrattuali di scambio

¹ V. Cass., 24 gennaio 1987, n. 685, FI, 1988, I, 220, con nota di L. Castelvetti.

trarrebbe origine dal fatto in sé della materiale prestazione di attività lavorativa e della correlata inserzione nell'organizzazione di lavoro (F. MAZZIOTTI DI CELSO, 1974; R. SCOGNAMIGLIO, 1990).

Oltre a far leva sulla marcata compressione dell'autonomia contrattuale sia nella genesi che nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, questa dottrina ha creduto di trovare un appiglio normativo nell'art. 2126 cod. civ., intitolato alla «prestazione di fatto con violazione di legge», laddove è stabilito 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 della causa o dell'oggetto».

Se, malgrado la nullità o l'annullamento del contratto, si producono i normali effetti del rapporto di lavoro subordinato in dipendenza della sua materiale esecuzione, bisognerebbe riconoscere, per questa dottrina, che fonte di quel rapporto non è il contratto, bensì la prestazione di fatto dell'attività lavorativa. La dottrina contrattualistica ha, però, ribattuto che una più o meno intensa compressione dell'autonomia contrattuale nella scelta dell'altro contraente e nella disciplina del rapporto non significa superamento del contratto; e che l'art. 2126 cod. civ. non offre un credibile supporto in direzione contraria, giacché esso presuppone pur sempre l'esistenza di un contratto, sia pure invalido (L. MENGONI, 1965, 498) e comunque ha una portata meramente retrospettiva (v. par. seguente)².

Contratto di lavoro
e organizzazione

La difesa della prospettiva contrattuale ha trovato pieno conforto nell'evoluzione legislativa, specie nello Statuto dei lavoratori. Tuttavia, sarebbe fuorviante disconoscere l'importanza storica dell'illustrato dibattito. Anche perché da esso ha tratto alimento, a partire dalla metà degli anni '60, la valorizzazione del contratto di lavoro subordinato quale mezzo di organizzazione dell'impresa. Il contratto di lavoro si differenzia dagli altri schemi negoziali di scambio per la rilevanza giuridica che, sul piano della causa del contratto, è attribuita al profilo organizzativo, cioè alla destinazione del rapporto a svolgersi nell'organizzazione del lavoro (M. PERSIANI, 1966; L. MENGONI, 1965, 685). Vedremo più avanti le implicazioni del descritto ampliamento causale relativamente alle reciproche posizioni delle parti (v. capp. VI-VII).

Il contratto di lavoro
nel settore pubblico

La matrice contrattuale è altresì pacifica nell'ambito della p.a., data la riconduzione legislativa del rapporto di lavoro sotto l'egida del diritto comune (art. 2, 2° comma, D. Lgs. n. 165/2001). È la c.d. privatizzazione dell'impiego pubblico, che ha riformato lo *status* giuridico dei dipendenti della p.a., inquadrandolo nella medesima cornice scambistico negoziale propria del settore privato (v. *retro*, *Introduzione*, § 6 e cap. XII). Così, oggi: a) l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro (art. 35, 1° comma, D. Lgs. n. 165/2001); b) i rapporti individuali di lavoro sono regolati contrattualmente (art. 2, 3° comma, D. Lgs. n. 165/2001) (v. vol. I, cap. X); c) le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti con i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, 2° comma, D. Lgs. n. 165/2001).

² Sul punto, Cass., 28 luglio 1995, n. 8260, GI, 1996, I, 2356.

2. Art. 2126 cod. civ. e prestazione di fatto.

S'è detto che l'art. 2126 cod. civ. ha una portata solo retrospettiva e non proiettiva, vale a dire che la prestazione di fatto non è equiparabile al contratto stipulato tra le parti e non può fare le sue veci. Ciò in quanto rapporto tipico e rapporto di fatto non sono pienamente identificabili, giacché con l'esecuzione non si producono tutti quanti gli effetti del contratto tipico. Segnatamente, con la semplice esecuzione non sorgono in capo al lavoratore l'obbligo di lavorare (per cui sarebbe inadempiente nel momento in cui non effettuasse la prestazione al di fuori delle ipotesi legali di esonero) e in capo al datore di lavoro l'onere di cooperare all'adempimento in funzione della retribuzione (per cui se rifiutasse illegittimamente la prestazione lavorativa, sarebbe ugualmente tenuto alla controprestazione retributiva).

Contratto invalido ed effetti retrospettivi dell'art. 2126 cod. civ.

Correlativamente, non v'è spazio per la tutela della stabilità del posto di lavoro, che strutturalmente presuppone l'obbligo di lavorare e l'obbligo di far lavorare e retribuire; presuppone cioè la proiezione del rapporto nel tempo (M. DELL'OLIO, 1970). E infatti la giurisprudenza ha più volte affermato il principio secondo cui il contratto di lavoro nullo non è equiparabile a quello valido, e quindi al primo non si applica la disciplina limitativa del licenziamento³.

I limitati effetti (retrospettivi) dell'art. 2126 inoltre si producono solo allorché sussista un contratto, sia pure invalido. Ciò non accade nell'ipotesi di lavoro prestato *invito domino*, cioè senza il consenso o addirittura contro la dichiarata volontà del datore di lavoro⁴. In questo caso, il prestatore di lavoro può invocare esclusivamente la disciplina sull'ingiustificato arricchimento (artt. 2041 ss. cod. civ.), come del resto nell'ipotesi di prestazione resa in esecuzione di un contratto con causa od oggetto illeciti (v. *infra*).

La prestazione invito domino

È da rilevare, tuttavia, che la giurisprudenza, di fronte allo svolgimento di un'attività lavorativa, tende a presumere il consenso del datore, con la conseguenza che la prestazione si considera generalmente resa in esecuzione di un contratto di lavoro (stipulato per fatti concludenti), salvo prova contraria gravante sull'imprenditore.

Il contratto per fatti concludenti

La valorizzazione dello schema dell'accettazione per fatti concludenti è consentita ai giudici dalla regola generale di libertà di forma nella stipulazione del contratto di lavoro (v. *infra*, sez. C, § 1) e trova oggi ulteriore spazio a seguito dell'abrogazione della tradizionale procedura autorizzatoria di avviamento al lavoro (v. cap. III, sez. A, § 4).

Il contratto resta, dunque, sempre necessario perché abbia origine il rapporto di lavoro subordinato e trovi applicazione la relativa disciplina tipica. Segnatamente, occorre che le parti si accordino per operare uno scambio tra remunerazione e lavoro. In mancanza, non si ha rapporto di lavoro subordi-

³ Cass., 19 luglio 1994, n. 6723, MGL, 1994, 563; Cass., 24 gennaio 1987, n. 685, RGL, 1987, II, 58; Cass., 28 giugno 1986, n. 4341, GI, 1987, I, 1, 854.

⁴ Cass., 14 settembre 1965, n. 2001, MGL, 1965, 434; Cass., 17 agosto 1963, n. 2330 (in ipotesi di occupazione della fabbrica con estromissione del datore di lavoro).

nato tipico. Casi emblematici, giova ripeterlo, sono appunto il lavoro gratuito, da un lato (ove difetta lo scambio) (v. cap. I, § 8) e il lavoro *invito domi-*
no, dall'altro (ove difetta lo stesso accordo).

L'illiceità dell'oggetto
e della causa

S'è già anticipato che l'eccezionale regime disposto dall'art. 2126 in ordine alle conseguenze della nullità e dell'annullamento del contratto di lavoro non opera nel caso di «illiceità dell'oggetto o della causa»; nel qual caso il prestatore di lavoro può invocare esclusivamente la disciplina di diritto comune sull'ingiustificato arricchimento, come nel caso già visto di assenza del contratto. Solo qualora l'illiceità dipenda dalla «violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro» (art. 2126, 2° comma), questi avrà comunque diritto alla retribuzione pattuita.

È il caso, ad es., del contratto con un minore che abbia ad oggetto una attività vietata per ragioni di sicurezza o di salute oppure il caso dell'attività resa in violazione delle norme sull'orario di lavoro, sul diritto al riposo settimanale e festivo nonché alle ferie⁵.

Orbene, per comune affermazione giurisprudenziale, l'ipotesi di illiceità dell'oggetto o della causa ricorre non già in ogni caso di contrarietà con norme imperative di legge, bensì «esclusivamente nei casi in cui il contratto stesso sia contrario ai principi di ordine pubblico strettamente intesi e cioè a quelli etici fondamentali dell'ordinamento giuridico»⁶.

L'ipotesi della illiceità viene, pertanto, esclusa ogniqualvolta difetti nel prestatore di lavoro il requisito dell'abilitazione professionale ovvero l'autorizzazione amministrativa prescritta per lo svolgimento di certe particolari attività⁷. Sulla stessa linea, l'illiceità della causa o dell'oggetto viene negata laddove l'assunzione avvenga senza il rispetto di modalità o procedure legislativamente previste, segnatamente nel settore pubblico, ad es., in caso di instaurazione di un rapporto in violazione del divieto di nuove assunzioni da parte della p.a. (v. oltre cap. XII)⁸.

È, infine, prevalente l'orientamento che esclude l'applicabilità in via analogica dell'art. 2126 cod. civ. al di fuori del lavoro subordinato, ammettendo, invece, il richiamo all'art. 2041 cod. civ.⁹.

L'inapplicabilità
dell'art. 2126 cod. civ.
al lavoro autonomo e
parasubordinato

⁵ Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1607, MGL, 1989, 451; v. pure Cass., 4 giugno 1999, n. 5516, NGL, 2000, 235.

⁶ Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1613, FI, 1989, I, 1420; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, FI, 1987, I, 2366; Cass., 8 aprile 1987, n. 3473, FI, 1987, I, 2366; Cass., 22 maggio 1985, n. 3098, RAS, 1985, I, 428 (in relazione allo svolgimento da parte di un dattilografo di compiti propri del cancelliere o del segretario giudiziario); Cons. Stato, 5 marzo 1992, n. 5, GC, 1992, I, 1370. Cfr. la casistica riportata da S. Rigon, 2007, 411 ss.

⁷ Cfr., ad es., per l'iscrizione nell'albo dei giornalisti: Cass., 17 giugno 2008, n. 16383; Cass., 12 novembre 2007, n. 23472, LG, 2008, 689; Cass., 3 gennaio 2005, n. 28, RIDL, 2005, II, 830; Cass., 16 febbraio 2006, n. 3399, D&L, 2006, 548; Cass., 21 maggio 2002, n. 7461, DG, 2002, 26, 42; Cass., 28 luglio 1995, n. 8260, GC, 1996, I, 2356; Trib. Roma, 13 novembre 1995, OGL, 1996, 119. Per l'abilitazione alla professione di biologo presso laboratorio d'analisi: Cass., 24 ottobre 2008, n. 25756, RFI, 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 867.

⁸ Cass., 23 aprile 1981, n. 2434, RFI, 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 671, per un caso di assunzione senza concorso da parte di un ente pubblico economico (regionale) in contrasto con le previsioni legislative regionali; in tema, v. pure Cass., 17 aprile 1986, n. 2730, GC, 1986, I, 181; Cass., 14 febbraio 1991, n. 1530, RFI, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 499.

⁹ In tal senso, dopo Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1613, FI, 1989, I, 1420; Cass., 25 marzo 1995, n. 3496, DPL, 1995, 2315.

B. I SOGGETTI DEL CONTRATTO

SINTESI. Sciolto il nodo teorico sulla natura del rapporto, il capitolo, in questa seconda sezione, si concentra sul primo degli elementi essenziali del contratto, quello che attiene ai soggetti. Per quel che riguarda il prestatore, regole speciali vigono in tema di capacità di agire e di capacità giuridica (§ 1), che si acquista con l'età minima di ammissione al lavoro, fissata dalla L. n. 977/1967, laddove vieta il lavoro dei bambini, apprestando speciali garanzie in favore dei giovani lavoratori con età inferiore ai diciotto anni (§ 2). Per il datore di lavoro nulla di analogo è previsto; piuttosto rileva la sua natura, imprenditoriale o meno – organizzazioni di tendenza, «non profit», pubbliche amministrazioni – ed altresì le dimensioni dell'impresa – piccola o medio-grande, nonché le più recenti tendenze alla dissociazione della figura datoriale, come effetto dei processi di terziarizzazione ed esternalizzazione della produzione, cui si accompagnano sovente fenomeni altrettanto importanti di concentrazione societaria (§ 3).

1. Il lavoratore: capacità giuridica e capacità di agire.

L'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto fa sì che ad essa si attribuisca rilevanza essenziale già nella fase di costituzione e, poi, in quella successiva di esecuzione. Ne derivano speciali disposizioni in tema di capacità giuridica al lavoro ed altresì una regola di infungibilità c.d. soggettiva della prestazione lavorativa, a propria volta effetto di un generale principio di intrasmissibilità della relativa obbligazione sia *inter vivos*, sia *mortis causa*, fermo restando il diritto dei superstiti ad una specifica indennità (cap. X, sez. A, §§ 1 e 2, sez. C, § 3).

L'intuitus personae e l'infungibilità c.d. soggettiva della prestazione

Con riguardo alla stipulazione del contratto di lavoro si suole, in particolare, parlare di *capacità giuridica speciale*, intendendo riferirsi alla disciplina particolare (penalmente sanzionata), che fissa i requisiti d'età per l'accesso al lavoro. La capacità (giuridica) di essere parte di un rapporto di lavoro coincide infatti con la c.d. *capacità al lavoro*, che si acquista con il compimento dell'età minima di ammissione al lavoro, indicata dalla L. 17 ottobre 1967, n. 977, sulla tutela del lavoro minorile, modificata ed integrata dapprima dal D. Lgs. 4 agosto 1999, n. 345 (di attuazione della Direttiva n. 94/33/CE per la protezione dei giovani sul lavoro), e poi dall'art. 1, 622° comma, della L. 27 dicembre 2006, n. 296.

Capacità giuridica speciale e capacità al lavoro

Ai sensi dell'art. 3, L. n. 977/1967, «l'età minima per l'ammissione al lavoro è fissata al momento in cui il minore ha concluso il periodo di istruzione obbligatoria e comunque non può essere inferiore ai 15 anni compiuti».

Età minima di ammissione al lavoro

A partire dal 1° settembre 2007 tale disposizione opera in raccordo con la L. n. 296/2006, che innalza l'età per l'accesso al lavoro da quindici a sedici anni, contestualmente dichiarando obbligatoria l'istruzione impartita per almeno dieci anni (dai sei ai sedici)¹⁰. In tal modo l'età minima per l'accesso al

¹⁰ Il requisito anagrafico di 16 anni decorre dall'anno scolastico 2007/2008, come precisato con decreto dal Ministro della Pubblica Istruzione (D.M. 22 agosto 2007, n. 139).

lavoro (16 anni) viene finalmente a coincidere con l'età prevista in materia scolastica per l'assolvimento dell'obbligo di istruzione.

Per il pubblico impiego, il legislatore ha previsto come età minima il compimento dei 18 anni (art. 2, D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487); il limite di età massima, fissato a 40 anni, è invece venuto meno a seguito dell'emanazione della L. 15 maggio 1997, n. 127, alla cui stregua «la partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è soggetta a limiti di età, salvo deroghe dettate da regolamenti delle singole amministrazioni, connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione».

Bambini Coerentemente alle previsioni in tema di età minima di ammissione al lavoro, l'art. 4, 1° comma, della legge in parola pone un generale divieto al lavoro per il «bambino», intendendo per tale «il minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all'obbligo scolastico» [art. 2, 2° comma, lett. a), L. n. 977/1967].

Con l'assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale e l'autorizzazione della Direzione Provinciale del Lavoro, è, tuttavia, legittimo l'impiego del bambino in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché non ne pregiudichino la sicurezza, la salute, lo sviluppo, l'istruzione e le possibilità di formazione. In tal caso, speciali regole, dettate dalla stessa L. n. 977/1967, presiedono il rapporto di lavoro (art. 4, 2° comma) (v. oltre § 2).

Adolescenti Piena capacità al lavoro hanno, invece, gli «adolescenti», ricomprendendosi nella categoria i minori di età compresa tra i 15 e i 18 anni, non più soggetti all'obbligo scolastico [art. 2, 2° comma, lett. b); v. pure conformemente la definizione di «adolescente» contenuta nell'art. 1, 3° comma, del D. Lgs. n. 181/2001 in tema di collocamento: *infra*, cap. III, sez. A, § 4].

L'art. 6, L. n. 977/1967, vieta, tuttavia, di adibire gli stessi a specifiche attività lavorative tassativamente elencate nell'allegato I della legge, che distingue tra divieti di esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici e divieto di adibizione a specifici processi e lavorazioni. Il superamento della previsione è consentito solo quando le attività siano svolte per motivi didattici e di formazione professionale, dietro autorizzazione della Direzione Provinciale del Lavoro.

Il difetto di capacità
giuridicamente
speciale

Il difetto della capacità giuridica speciale, cioè dell'età minima per l'ammissione al lavoro, integra la mancanza di un presupposto essenziale per la validità del contratto di lavoro e determina pertanto la sua nullità.

Poiché però il divieto di accesso al lavoro prima dell'età minima rappresenta un limite alla deducibilità dell'attività lavorativa in un rapporto di lavoro subordinato, il difetto di capacità giuridica speciale si traduce in illiceità dell'oggetto del contratto, con conseguente applicabilità al rapporto, per il periodo in cui abbia avuto esecuzione, della statuizione di cui al 2° comma dell'art. 2126. È infatti fuori dubbio che il limite di ammissione al lavoro è previsto a tutela dello stesso prestatore di lavoro.

La capacità di agire

Diverso dal profilo della capacità giuridica speciale è quello della capacità di agire, cioè di stipulare il contratto di lavoro da parte del soggetto provvisto dell'età minima di ammissione al lavoro.

La L. n. 39/1975, nell'abbassare in generale a diciott'anni il raggiungimento della maggiore età, ha abrogato l'art. 3 cod. civ. ed ha aggiunto nel corpo dell'art. 2 cod. civ. un 2° comma secondo il quale «sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro».

La nuova disciplina è stata oggetto di letture contrapposte. Una parte della dottrina ritiene che il minore di diciott'anni continui ad essere incapace di stipulare il contratto di lavoro, pur se poi può autonomamente esercitare i relativi diritti ed azioni (G. SUPPIEJ, 1982, 206; A. VALLEBONA, 2001, 45). Altra parte della dottrina ritiene, invece, più fondatamente, che ormai debba ritenersi legislativamente sancita la coincidenza tra capacità giuridica speciale e capacità di agire (P. TOSI, F. LUNARDON, 1992, 151; E. GHERA, 2002, 123).

Il difetto di capacità di agire determina, secondo i principi generali, l'annullabilità del contratto (art. 1425 cod. civ.). Ma non sussistono in questo caso ostacoli alla piena operatività della disciplina speciale di cui al 1° comma dell'art. 2126 cod. civ., giacché il difetto di capacità di agire non si riflette sulla liceità dell'oggetto del contratto.

2. (Segue): **Minori e lavoro.**

Fermi restando i limiti di ammissione al lavoro, la L. n. 977/1967 appresta speciali garanzie in favore dei giovani lavoratori con età inferiore ai diciotto anni.

Si tratta di una normativa legata a peculiari esigenze di protezione della salute e dello sviluppo dei minori, solo da qualche tempo oggetto di autonoma considerazione. In effetti, il lavoro minorile è stato a lungo ricondotto entro il medesimo ambito protettivo di quello femminile. I primissimi provvedimenti di legislazione sociale accomunavano in un'unica tutela le c.d. mezze forze (donne e minori), con l'intento, altresì, di scoraggiarne l'impiego a condizioni di minor costo.

La prima normativa di protezione: la tutela delle c.d. mezze forze

L'esigenza di una disciplina differenziata in materia è emersa con l'art. 37 Cost., che ha sancito tre principi fondamentali. Il primo costituzionalizza la competenza legislativa in tema di età minima per l'ammissione al lavoro (v. *retro*, § 1). Il secondo istituzionalizza la tutela speciale per il lavoro minorile, distinguendolo dal lavoro femminile, per cui la specialità della tutela non è prevista in generale, ma si contempla solo la necessità di temperare il lavoro della donna con la «sua essenziale funzione familiare».

I principi costituzionali

Il terzo principio dell'art. 37 Cost., il più innovativo, stabilisce che il minore ha diritto, a parità di lavoro, alla stessa retribuzione del lavoratore adulto. La parità è prevista per la sola retribuzione, a differenza che per le donne, rispetto alle quali lo stesso art. 37 stabilisce la parità per tutti i diritti relativi al rapporto di lavoro.

La disciplina internazionale e comunitaria

La tutela speciale del lavoro minorile indicata nell'art. 37 Cost. si è tradot-

ta nelle disposizioni della L. n. 977 del 1967. Trattasi di una normativa pienamente allineata con gli *standards* internazionali, in particolare, da ultimo, con l'art. 32 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e con la citata Direttiva n. 94/33/CE del 22 giugno 1994 sul divieto di lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (v. *retro*, § 1).

La riforma
della L. n. 977/1967
ad opera del
D. Lgs. n. 345/1999

Il D. Lgs. n. 345/1999 ha provveduto ad attuare la Direttiva n. 94/33/CE, novellando la L. n. 977 del 1967 con l'obiettivo di privilegiare l'istruzione, assicurare l'inserimento professionale mediante la formazione, promuovere il miglioramento dell'ambiente di lavoro, garantire la salute e la sicurezza dei minori in quanto gruppo a rischio particolarmente sensibile. Ne risulta una disciplina unitaria, rivolta a tutti i rapporti di lavoro, ordinari e speciali, in cui vengano coinvolti minori, incluso l'apprendistato, i contratti di formazione e lavoro, il lavoro a domicilio (su cui v. rispettivamente cap. XI, sez. C, §§ 1 e 2 e cap. I, § 9.1).

Età e condizioni
di lavoro nella
L. n. 977/1967

La tutela speciale della L. n. 977/1967 si traduce in una serie di disposizioni rivolte sia ai bambini, sia agli adolescenti.

Così, fermi i già visti divieti in materia di ammissione al lavoro, la legge contempla due generali requisiti di ammissibilità del lavoro minorile: *a*) che il datore effettui la valutazione dei rischi ambientali ai sensi dell'art. 28 del D. Lgs. n. 81 del 2008 (v. *infra*, cap. VII, sez. D) (art. 7); *b*) che il minore sia riconosciuto idoneo a svolgere la specifica prestazione oggetto del contratto, a seguito di visita medica pagata dall'imprenditore ed eseguita da un medico del Servizio sanitario nazionale, sia prima dell'assunzione, sia dopo, con cadenza almeno annuale (art. 8).

Il lavoro notturno è, poi, proibito per tutti i minori, salvo il caso delle prestazioni culturali, artistiche, sportive, pubblicitarie e dello spettacolo (v. cap. VI, sez. C, § 4).

La notte è intesa come un periodo di almeno 12 ore consecutive, necessariamente comprensivo del lasso di tempo che va dalle 22 alle 6 o dalle 23 alle 7. Anche l'orario di lavoro è sottoposto a un limite massimo, stabilito in misura differente per gli adolescenti e per i bambini impegnati nelle attività culturali, artistiche, sportive, pubblicitarie e dello spettacolo: rispettivamente 8 giornaliere e 40 settimanali; 7 giornaliere e 35 settimanali (art. 18). Gli artt. 20 e 21 attribuiscono altresì il diritto di usufruire di riposi intermedi, più frequenti in caso di lavori pericolosi o pesanti, se così prescrive la Direzione provinciale del lavoro. È assicurato, inoltre, un periodo minimo di ferie annuali retribuite, di 30 giorni per i minori di 16 anni, di 20 giorni per i maggiori di 16 anni. È, infine, vietato l'impiego in lavori discontinui, se non in quanto consentito dai contratti collettivi ed autorizzato dalla Direzione provinciale del lavoro.

3. Il datore di lavoro.

Se la capacità di lavoro del prestatore è subordinata al possesso di requisiti soggettivi speciali, nulla di analogo è previsto, invece, per il datore di lavoro, applicandosi a quest'ultimo le regole civilistiche sulla capacità giuridica

e d'agire destinate alla generalità dei soggetti, persone fisiche o giuridiche, private oppure pubbliche.

Piuttosto, sul versante datoriale rileva la distinzione tra imprenditori e non imprenditori (v. art. 2239 cod. civ.), questi ultimi titolari di un'attività organizzata a fini non lucrativi¹¹, frequentemente esclusi dall'ambito applicativo di importanti normative di tutela del lavoro subordinato: disciplina delle integrazioni salariali (cap. X, sez. B) e sostegno all'attività sindacale nei luoghi di lavoro¹² (vol. I, cap. VI).

Datore di lavoro
non imprenditore

Nonostante il diritto del lavoro sia cresciuto sul presupposto di un nesso inscindibile tra prestazione di lavoro resa in regime di subordinazione ed impresa commerciale, quest'ultima non esaurisce, dunque, il novero dei possibili soggetti creditori di una prestazione di lavoro subordinato. Ciò è tanto più vero da quando la diversificazione dei lavori è divenuta inarrestabile e la tendenziale disoccupazione strutturale delle società industriali ha indotto ad ipotizzare nuove forme di lavoro non solo dentro, ma anche fuori il mercato, nell'ambito di organizzazioni c.d. *non-profit*, che, anche in ragione della crisi del sistema pubblico di *welfare*, la normativa disciplina e incentiva sia sul piano lavoristico (v. LL. nn. 266/1991, 381/1991, D. lgs. n. 155/2006 sulla c.d. impresa sociale), sia, soprattutto, su quello tributario, dove è emersa la nuova categoria della «organizzazione non lucrativa di utilità sociale» (ONLUS) (D. Lgs. n. 460/1997).

Organizzazioni
non-profit

Significative evoluzioni si registrano altresì nelle amministrazioni pubbliche, per la sottrazione al regime pubblicistico dei rapporti di lavoro e di almeno parte dell'organizzazione amministrativa (la c.d. microrganizzazione) (*retro*, sez. A, § 1, nonché cap. XII). Nel legittimare l'utilizzo di moduli privatistici presso lo Stato e gli enti pubblici non economici, il legislatore innova, così, radicalmente rispetto al passato, ma senza disconoscere la netta distinzione concettuale tra impresa privata e p.a. Pertanto, alcuni tratti di specialità della disciplina permangono, in ossequio a norme costituzionali (art. 97 Cost.) o alla necessità di perseguire al meglio l'interesse pubblico (v. in tema di *ius variandi*) ovvero all'esigenza di confermare il tradizionale *favor* per il dipendente pubblico (v. art. 51, D. Lgs. n. 165/2001 per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., a prescindere da limiti dimensionali: cap. XII, § 8).

Pubbliche
amministrazioni

Nel diritto del lavoro particolare rilievo riveste, altresì, la dimensione dell'impresa. Sono numerose le ipotesi in cui l'ordinamento condiziona l'applicabilità di determinate normative di tutela al superamento di una determinata soglia occupazionale, sul presupposto che la piccola impresa sia meritevole di più o meno ampie esenzioni: si pensi, in particolare, alla normativa statutaria sul licenziamento individuale e sull'attività sindacale nei luoghi di lavoro, alle procedure sindacali in tema di trasferimento d'azienda e licenziamenti collettivi, alle assunzioni obbligatorie, alla riserva per le fasce deboli, alla sicurezza sul lavoro¹³.

La piccola impresa

¹¹ Per le organizzazioni c.d. di tendenza cfr. cap. X, sez. A, § 4.

¹² In tema, Pret. Milano, 11 novembre 1998, RCDL, 1999, 62.

¹³ Talvolta è la stessa giurisprudenza a valorizzare il dato della «ridotta dimensione dell'impresa»; ciò per adattare al ribasso i c.d. minimi tabellari del contratto collettivo: cap. VIII, sez. A, § 2.

Se in questi casi il minor numero dei dipendenti è *conditio sine qua non* per l'attribuzione di simili agevolazioni normative, funzionali ad una maggiore autonomia imprenditoriale nella gestione delle risorse umane, in altre ipotesi esso è invece determinante per l'acquisizione di veri e propri incentivi economico-finanziari, orientati a sostenere la nascita e/o lo sviluppo dell'impresa, a seconda dei casi, grande, piccola o, più specificamente, artigiana (art. 2083 cod. civ. e L. n. 443/1985): è il caso, ad es., dello stesso istituto della integrazione salariale (art. 1, L. n. 223/12991) nell'ambito delle politiche passive del lavoro o dei c.d. ammortizzatori sociali, e di tutta la legislazione di sostegno all'imprenditorialità, sul versante delle politiche attive (v. cap. III, sez. C, § 1).

Decentramento e gruppi di imprese

La crescente attenzione del legislatore per iniziative di *job creation*, destinate ad incidere sulla domanda di lavoro in una logica di incentivo all'occupazione e di servizio *all'impresa*, è uno degli elementi sintomatici delle trasformazioni che attraversano attualmente il diritto del lavoro e testimoniano un nuovo interesse della materia per la figura datoriale, attualmente al centro di complesse operazioni di decentramento o esternalizzazione, da un lato, di integrazione e concentrazione a livello societario, dall'altro. Nell'uno quanto nell'altro caso, tuttavia, i processi di composizione o scomposizione dell'impresa non hanno finora avuto ricadute sul piano del contratto individuale: la giurisprudenza ad es., è compatta nel negare al gruppo di imprese una autonoma soggettività giuridica, dovendo i contratti di lavoro essere imputati a ciascuna delle distinte società del gruppo (v. cap. IV, § 2).

C. LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

SINTESI. Tra i requisiti che si richiedono per la stipulazione del contratto, particolare attenzione viene riservata agli elementi che attengono alla forma, al consenso, alla prova. Relativamente alla formazione del contratto di lavoro l'analisi si concentra sul principio generale della libertà di forma e sulle sue eccezioni (§ 1); analogo rilievo è attribuito all'elemento essenziale del consenso delle parti, ai suoi vizi, alle ipotesi di simulazione (§ 2), nonché all'elemento accidentale della prova (§ 3). Per il termine si fa rinvio alla trattazione di cui al cap. XI.

1. La forma del contratto di lavoro.

Libertà di forma

La legge non prescrive per il contratto di lavoro alcuna forma e quindi vige il principio generale della libertà di forma.

L'obbligo di informazione al lavoratore: rinvio

Il principio resta intatto anche a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 26 maggio 1997, n. 152, attuativo della Direttiva n. 91/533/CE, che prevede l'obbligo del datore di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o rapporto di lavoro (luogo di svolgimento della prestazione; inquadramento del lavoratore; orario di lavoro; contratto collettivo applicabile, etc.: v. *infra* cap. III, sez. A, § 4 e cap. VII, sez. D, § 5). Tale obbligo deve essere assolto "all'atto dell'assunzione, prima dell'inizio dell'attività" (art. 40, 2° comma, del D.L. n. 112/2008, conv. in L. 133/2008), valendo peraltro come adempimento la consegna al lavoratore di una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro.

L'obbligo si intende altresì assolto "nel caso in cui il datore di lavoro consegna al

lavoratore, prima dell'inizio della attività lavorativa, copia del contratto individuale di lavoro che contenga anche tutte le informazioni previste dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152".

Molti contratti collettivi del settore privato prescrivono la forma scritta del contratto di lavoro, ma è assai dubbio che questa sia richiesta ai fini della validità del negozio, come disposto dall'art. 1352 cod. civ., presupponendo quest'ultimo che la stipulazione per iscritto sia stata voluta nel comune interesse delle parti, mentre nelle clausole collettive suindicate la forma scritta è disposta ad esclusiva garanzia del lavoratore¹⁴.

La disciplina pattizia nel settore privato

Diversamente deve dirsi per il mancato rispetto dell'obbligo di forma scritta del contratto individuale di lavoro prescritto da tutti i contratti collettivi di comparto del settore pubblico. Sebbene una dottrina tenda comprensibilmente a riproporre soluzioni analoghe a quelle invalse nel settore privato (R. SANTUCCI, 1996, 67), l'opinione più accreditata è nel senso dell'invalidità del contratto di lavoro concluso oralmente, con conseguente operatività dell'art. 2126 cod. civ., ritenendosi che con la forma scritta anche la pubblica amministrazione tenda a soddisfare il proprio interesse alla certezza dei rapporti giuridici in essere (M. ESPOSITO, L. GAETA, 1996, 114; L. NOGLER, 1997, 258).

Il settore pubblico

Eccezioni al principio della libertà di forma sono previste con riguardo a una serie di ipotesi¹⁵. In tali casi, il vincolo di forma è inteso il più delle volte *ad substantiam*, ossia a fini di validità del contratto, con conseguente nullità dello stesso e operatività del meccanismo della conversione automatica, qualora la legge lo preveda esplicitamente. In alternativa, alla dichiarazione di nullità consegue l'applicabilità dell'art. 2126 cod. civ.

Casi di forma vincolata

Altre volte la forma scritta è richiesta *ad probationem*, con la conseguenza che il contratto sarà comunque valido, ma in presenza di contestazioni sulla sua esistenza l'interessato non potrà fornire prova testimoniale, salvo che il documento sia andato perduto senza propria colpa (art. 2725 cod. civ.).

Ad es., la carenza di forma scritta della clausola appositiva di termine (ed ora anche l'assenza di indicazione della ragione organizzativa e tecnica che consente il ricorso a questa particolare tipologia di rapporto) determina la conversione del *contratto a termine* in contratto di lavoro a tempo indeterminato (art. 1, D. Lgs. n. 368/2001: v. cap. XI, sez. A). Parimenti, la sanzione della conversione opera nelle ipotesi di mancanza di forma scritta del *contratto di somministrazione* di lavoro, qualora risulti privo di alcuni elementi

¹⁴ Cass., 3 ottobre 1991, n. 10306, RFI, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 996.

¹⁵ Sulla funzione della forma scritta nel contratto di lavoro cfr. Corte Cost. n. 7 del 2005, secondo cui è necessario prestare attenzione al fatto che l'operare della nullità quale sanzione per la mancanza della forma prescritta *ad substantiam* non sempre può comportare la "radicale dissoluzione del rapporto senza contraddire la finalità di protezione" che il legislatore ha inteso perseguire proprio con la previsione dell'obbligo di forma. In proposito cfr. altresì Corte Cost., 15 luglio 2005, n. 283, MGL, 2005, 736.

predeterminati dalla legge (art. 21, 4° comma, D. Lgs. n. 276/2003): il soggetto nei cui confronti scatta il meccanismo sanzionatorio è l'impresa utilizzatrice. Quanto al contratto stipulato tra Agenzia fornitrice e prestatore di lavoro, la forma scritta è richiesta, sempre *ad substantiam*, ai sensi del citato D. Lgs. n. 368/2001, se il contratto stesso è concluso a termine (art. 22, D. Lgs. n. 276/2003); nulla invece il legislatore dice, sotto il profilo formale, per l'ipotesi della stipulazione a tempo indeterminato, per cui deve intendersi operante il rinvio «alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali» disposto dall'art. 20, 1° comma.

Il decreto delegato n. 276/2003 prevede poi la forma scritta *ad probationem* per tutte le tipologie flessibili di contratto di lavoro di novella introduzione: il lavoro ripartito; il lavoro intermittente (v. cap. XI, sez. B); finanche per il lavoro a progetto, per il quale, data l'essenzialità della predisposizione del progetto o programma, ci si aspettava piuttosto il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

Per il contratto di lavoro a tempo parziale, l'art. 2 del D. Lgs. n. 61 del 2000 già prevedeva la forma scritta solo a fini di prova, secondo il disposto del successivo art. 8. La disposizione resta intatta, pur dopo la riforma del 2003.

Devono essere altresì stipulati per iscritto i contratti di apprendistato (nelle tre tipologie oggi previste dagli artt. 47 ss., D. Lgs. n. 276/2003), nonché il contratto di inserimento ai sensi dell'art. 56: per quest'ultimo la legge prevede esplicitamente, in caso di mancanza di forma scritta, la conversione in contratto a tempo indeterminato.

Ancora, la forma scritta è testualmente prevista a pena di nullità per la stipulazione del contratto di lavoro sportivo dall'art. 4, 1° comma, L. 23 marzo 1981, n. 91; per il contratto di reinserimento dei lavoratori disoccupati di cui all'art. 20, L. 23 luglio 1991, n. 223 (5° comma). Altre eccezioni al principio della libertà di forma sono previste nel codice della navigazione. Così il contratto di arruolamento del personale marittimo «deve, a pena di nullità, essere fatto per atto pubblico» (art. 328); e il contratto di lavoro a tempo indeterminato del personale dell'aria «deve essere provato per iscritto» (art. 903).

Un regime di forma vincolata è, infine, previsto per talune clausole speciali quali il patto di prova; il patto di non concorrenza; le clausole flessibili e le clausole elastiche nel part-time (v. *infra*, e cap. VI, sez. A, § 3; XI, sez. B).

2. Consenso, vizi del consenso e simulazione.

La matrice contrattuale del rapporto contribuisce a porre in luce l'assoluta centralità ed essenzialità dell'elemento volitivo nella fase costitutiva dello stesso. In generale, tuttavia, la definizione dei contenuti dell'accordo è solo parzialmente oggetto di un reciproco scambio del consenso tra le parti: normalmente, la proposta di lavoro proviene dal datore e risulta altresì formu-

lata sulla scorta delle disposizioni di legge e di contratto collettivo¹⁶, derogabili *in melius* solo ove il prestatore, per la sua particolare forza sul mercato, abbia la capacità di imporre condizioni più favorevoli di quelle legislative o negoziali collettive.

Una compressione particolarmente forte dell'autonomia del datore di lavoro si ha nel settore pubblico, dove è la stessa scelta dell'altro contraente ad opera della p.a. ad esser soggetta ad una disciplina vincolistica: in specifico, alla regola dell'art. 35, 1° comma, D. Lgs. n. 165/2001, secondo cui «l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene (...) tramite procedure selettive, volte all'accertamento della professionalità richiesta», ovvero mediante avviamento numerico. Peraltro, se la fase costitutiva del rapporto di lavoro è ormai sotto l'egida del diritto privato, la fase preassuntiva resta, invece, nel dominio del diritto pubblico, applicandosi la regola del pubblico concorso, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (art. 63, 4° comma, D. Lgs. n. 165/2001). La pubblica amministrazione potrà, peraltro, negare il consenso alla stipulazione con i candidati vincitori solo quando la procedura concorsuale sia stata annullata o revocata oppure i medesimi non abbiano presentato i documenti richiesti dal bando.

Il settore pubblico:
fase preassuntiva e
rifiuto a stipulare

La volontà dei contraenti è assoggettata alla generale disciplina codicistica in tema di consenso e vizi del medesimo.

L'errore sulle qualità
del lavoratore

Sul piano del contratto di lavoro, può rilevare l'errore, allorché verta sulle qualità personali del lavoratore (S. MAGRINI, 1973). Tuttavia, per essere essenziale, e quindi possibile causa d'annullamento, deve riguardare qualità che abbiano diretta attinenza con la prestazione lavorativa: in linea di massima, quindi, solo le qualità tecnico-professionali nonché le ulteriori qualità della persona che concretamente si riverberino sulla professionalità del lavoratore in ragione o del particolare tipo di mansioni o del particolare tipo di impresa.

Si pensi ad es., alla possibile rilevanza, da un lato, dei precedenti penali del lavoratore con mansioni di contenuto fiduciario (cassiere, custode, ecc.) e, d'altro lato, delle opinioni religiose, politiche, sindacali del lavoratore destinato all'inserimento in un'organizzazione c.d. di tendenza.

La rilevanza dell'errore essenziale è, in ogni caso, subordinata alla sua riconoscibilità da parte del lavoratore. Essenzialità e riconoscibilità non sono però necessari in caso di dolo del lavoratore, qualora cioè questi abbia dato causa all'errore – determinante dell'altrui consenso – con affermazioni false (dolo commissivo) o reticenti (dolo omissivo).

Il dolo del lavoratore

È stato il caso concreto di lavoratori che si erano limitati a dichiarare di possedere il titolo di studio richiesto sottacendo di possederne uno superiore a fronte di bandi di concorso o comunque di proposte contrattuali che consideravano preclusivo il possesso di un titolo di studio superiore a quello richiesto. I giudici hanno ripetutamente escluso

¹⁶ Ai fini della perfezione del contratto di lavoro subordinato è perciò sufficiente che il consenso sia stato raggiunto sugli elementi essenziali, se le parti abbiano dimostrato di non voler trattare su «elementi secondari e accessori, ad integrare la cui disciplina provvedono le disposizioni di legge e della contrattazione collettiva»: Cass., 15 dicembre 1999, n. 14109, OGL, 2000, 105.

la configurabilità e la rilevanza di un errore essenziale sulle qualità professionali del lavoratore, escludendo che la reticenza fosse riconducibile a dolo omissivo in ragione della illiceità della clausola preclusiva e della conseguente insussistenza di un obbligo di informazione nei confronti del datore di lavoro.

L'errore di diritto Non ha mancato di venire alla ribalta anche l'ipotesi dell'errore di diritto di cui al n. 4 dell'art. 1429 cod. civ., con riguardo, ad es., al caso del datore di lavoro che abbia proceduto all'assunzione senza il rispetto della graduatoria concorsuale fidando sulla clausola preferenziale della residenza contenuta nel bando di concorso e poi dichiarata nulla.

La simulazione Assai maggiore rilevanza pratica sul piano del contratto di lavoro ha la discrasia tra volontà effettiva delle parti e dichiarazioni negoziali. La disciplina non si discosta da quella di diritto comune per i negozi simulati, ma per lo più viene diversamente fondata. Possono prospettarsi tre diverse ipotesi:

Simulazione assoluta a) viene simulato (ad es., per ragioni fiscali o per ragioni previdenziali) un contratto di lavoro subordinato in assenza della volontà di dar vita ad un qualsivoglia rapporto e comunque in assenza di una prestazione di attività lavorativa (c.d. simulazione assoluta). Trova allora diretta applicazione il 1° comma dell'art. 1414 cod. civ.: «Il contratto simulato non produce effetto tra le parti»;

Simulazione relativa b) viene simulato un contratto diverso, ad es., di lavoro autonomo, ma le parti intendono dar vita, e comunque di fatto danno vita, ad un rapporto di lavoro subordinato (c.d. simulazione relativa). Qui la problematica e la disciplina della simulazione sono assorbite dalla concreta instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato al quale dovrà applicarsi la regolamentazione tipica. Il problema viene cioè comunemente impostato e risolto dall'angolazione della (corretta) qualificazione del rapporto;

c) viene simulato un contratto di lavoro subordinato che nasconde un contratto diverso, ad es., di lavoro autonomo (ancora un'ipotesi di c.d. simulazione relativa). Anche in questa ipotesi la tassatività della disciplina del lavoro subordinato fornisce autonomamente la chiave di soluzione del problema. Essendo, infatti, il contenuto della disciplina tipica strutturalmente e funzionalmente correlato all'assetto di interessi sotteso al tipo «lavoro subordinato», tale disciplina non può trovare applicazione qualora quell'assetto di interessi non ricorra effettivamente.

3. La clausola di prova.

Ai sensi dell'art. 2096 cod. civ., il contratto di lavoro può prevedere un periodo di prova, durante il quale ciascuna delle parti può recedere senza obbligo di preavviso (3° comma) e al termine del quale «l'assunzione diviene definitiva e il servizio prestato si computa nell'anzianità di servizio del prestatore di lavoro» (4° comma).

Patto di prova e rapporti di lavoro atipici Il legislatore ha espressamente previsto l'apponibilità del patto di prova anche nel contratto di lavoro somministrato; mentre è pacifico che il patto possa accedere ad

un contratto a termine, al contratto di formazione e lavoro¹⁷ (oggi diventato contratto di inserimento, ai sensi degli artt. 54 ss., D. Lgs. n. 276/2003), nonché a quello di apprendistato (cap. XI, sez. C, § 1)¹⁸.

Nessuna deviazione si registra per quel che concerne il settore pubblico, essendo indubbia l'applicabilità dell'art. 2096 cod. civ. (v. art. 2, 2° comma, D. Lgs. n. 165/2001).

Patto di prova e rapporto di lavoro pubblico

«L'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova deve risultare da atto scritto» (1° comma), richiesto *ad substantiam*¹⁹.

La forma

Particolarmente rigorosa si dimostra la giurisprudenza nel sostenere la necessità dell'atto scritto fin dall'inizio del rapporto²⁰. Non ancora compatto, ma ormai largamente prevalente, pare poi l'orientamento che richiede l'indicazione specifica delle mansioni assegnate, con conseguente esclusione della possibilità di un rinvio *per relationem*²¹, sulla base della sua «indispensabilità per il controllo giudiziale del recesso dal rapporto in prova»²².

Il patto di prova è strutturalmente finalizzato alla verifica «della capacità professionale e della complessiva personalità del lavoratore» in relazione alle mansioni affidate e al contesto aziendale in cui sono destinate a svolgersi. E le parti sono tenute ad effettuare il previsto esperimento (2° comma)²³.

L'oggetto

È tuttavia da osservare che, oggi, la funzione sociale della prova rischia di essere ampiamente ridimensionata dall'alta diffusione di tipologie contrattuali – formative, temporanee, a termine – le quali, seppur non finalizzate alla sperimentazione del rapporto, consentono di fatto all'imprenditore una valutazione dinamica dell'attitudine professio-

¹⁷ Cass., 23 novembre 1990, n. 11310, DL, 1992, II, 71.

¹⁸ Cass., 20 ottobre 1997, n. 10311, NGL, 1997, 738; Cass., 6 giugno 1995, n. 6335, FI, 1995, I, 2807.

¹⁹ Cioè a pena di nullità e di conseguente assunzione definitiva: Cass., S.U., 9 marzo 1983, n. 1756, FI, 1983, I, 888. Per la necessità della sottoscrizione di entrambe le parti: Cass., 19 giugno 1985, n. 3699, DPL, 1985, 1395.

²⁰ Nel senso che la stipulazione deve essere anteriore o, al più, coeva, alla costituzione del rapporto, Cass., 26 luglio 2002, n. 11122, LG, 2003, 356.

²¹ La mancanza della specifica indicazione della mansione da espletarsi «costituisce motivo di nullità del patto, con automatica conversione dell'assunzione in definitiva fin dall'inizio»: così Cass., 10 ottobre 2006, n. 21698, DPL, 2007, 1175; Cass., 19 agosto 2005, n. 17045, *ivi*, 2006, 474; Cass., 13 settembre 2003, n. 13498; Cass., 17 febbraio 2003, n. 2357, DL, 2003, II, 182; Cass., 4 dicembre 2001, n. 15307, FI, 2002, I, 716; Cass., 18 novembre 2000, n. 14950, LG, 2001, 5, 439; Trib. Ascoli Piceno, 19 luglio 2006; *contra* Cass., 6 dicembre 2000, n. 15473, LPO, 2001, 1-2, 190; App. Milano, 16 novembre 2000, LG, 2001, 7, 695; v. pure App. Milano, 10 ottobre 2000, LG, 2001, 9, 887, che ammette la prova su mansioni diversificate; e, con riguardo ad un contratto stipulato nel settore pubblico, Trib. Piacenza, 11 maggio 2005, LPA, 2007, 1, 170, con nota di S. Palladini.

²² Chiaramente così argomentando la giurisprudenza contraddice l'assunto della libera recedibilità dal rapporto in prova: le parole citate sono del Trib. Milano, 18 settembre 2006, LG, 2007, 6, 633. V. per contrasto la giurisprudenza citata in nota n. 27.

²³ Nel senso della bidirezionalità del patto di prova, cfr. Cass., 11 marzo 2004, n. 5016, RFI, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1314, secondo cui «il patto di prova mira a tutelare l'interesse di entrambe le parti contrattuali a sperimentare la reciproca convenienza al contratto». Considerata la funzione del patto, esso deve ritenersi illegittimo quando una precedente prova sia già stata effettuata con esito positivo, attraverso lo svolgimento di un precedente rapporto tra le parti, avente ad oggetto le medesime mansioni: così Cass., n. 8579 del 2004, RFI, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1313.

nale e delle qualità personali del lavoratore ben al di là degli stretti limiti temporali del periodo di prova.

La durata Oltre alla forma scritta, l'ordinamento impone la predeterminazione della durata massima della prova, normalmente stabilita dai contratti collettivi in misura non superiore a un semestre e differenziata per operai ed impiegati (oltre che per i dirigenti)²⁴. In ogni caso, la L. n. 604/1966 (art. 10) – dichiarandosi comunque applicabile al rapporto in prova ogni qualvolta siano decorsi sei mesi dall'inizio dello stesso – pone indirettamente un limite legale alla prova, con la conseguenza che, anche a volerla prolungare, il rapporto acquisterà comunque una stabilità, una volta trascorso il semestre²⁵.

Il recesso Proprio perché la L. n. 604/1966 ha lasciato fuori dal proprio ambito applicativo il lavoro in prova, il recesso datoriale non richiede, in questo caso, preavviso e sussistenza di presupposti giustificativi (i motivi)²⁶, con conseguente discrezionalità della valutazione sottesavi²⁷ (v. cap. X, sez. A, § 13.3). A fronte di ciò, resta, però, sempre sindacabile l'uso distorto del potere imprenditoriale, a tutela del diritto del prestatore a non subire licenziamenti arbitrari²⁸; sicché il giudice ben potrà dichiarare l'invalidità del recesso *ex art.* 1345 cod. civ. ogni qualvolta il lavoratore dimostri che allo scioglimento unilaterale del vincolo negoziale abbia concorso un motivo non attinente all'esperienza della prova, quindi, illecito²⁹. La ricorrenza del motivo illecito viene presunta quando risulti che nei fatti è mancato, per l'esiguità della durata o per altre ragioni, un esperimento adeguato³⁰.

Questioni sono sorte in ordine alle conseguenze dell'invalidità del recesso. L'opinione più recente ritiene che l'effetto possa essere solo quello della prosecuzione dell'esperimento fino alla scadenza del termine prefissato, o, in alternativa, del risarcimento del danno³¹.

Patto di prova e contratto stipulato con l'invalido

L'assenza di qualsivoglia requisito formale per il recesso è stata confermata altresì in riferimento all'invalido assunto obbligatoriamente (v. cap. III, sez. A, § 5), con cui i giudici ritengono validamente stipulabile un patto di prova, pur nel quadro di penetranti

²⁴ Sulla durata della prova, v. Cass., 13 ottobre 2000, n. 13700, LG, 2001, 3, 280, favorevole al rinvio *per relationem* alla disciplina collettiva.

²⁵ La prova è generalmente riferita ad un periodo di lavoro effettivo: Cass., 25 agosto 1999, n. 8859, RIDL, 2000, II, 500; Trib. Brescia, 13 ottobre 2000, D&L, 2001, 1, 95.

²⁶ Per Corte Cost., 31 maggio 1996, n. 172, FI, 1996, I, 2645, il recesso in periodo di prova è avvicinabile alla risoluzione del rapporto per scadenza del termine e non ad un licenziamento. Nel senso però che può essere contestato in sede giudiziale «allegando fatti idonei a dimostrare l'illiceità del motivo» Cass., S.U., 2 agosto 2002, n. 11633, FI, 2002, I, 3000.

²⁷ V. Cass., 10 giugno 1999, n. 5714, NGL, 1999, 597, per la legittimità di una valutazione negativa dettata dalla condotta personale del lavoratore; conf. Cass., 21 luglio 2001, n. 9948, DPL, 2002, 14 (relativamente al comportamento complessivo del lavoratore).

²⁸ Da ultimo, Corte Cost., 4 dicembre 2000, n. 541, OGL, 2000, 4, 951.

²⁹ Cfr. Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 189, FI, 1981, I, 318, per la legittimità dell'art. 10 della L. n. 604/1966 proprio sulla scorta di tale premessa.

³⁰ Cass., 25 marzo 1996, n. 2631, FI, 1996, I, 1633; App. Bologna, 21 luglio 2000, D&L, 2000, 4, 1040, con nota di E. Scorbatti.

³¹ Cass., 12 marzo 1999, n. 2228, RIDL, 1999, II, 802, con nota di M. P. Monaco.

garanzie, quali la facoltà del lavoratore di rifiutare l'esperimento in presenza di un giustificato motivo, la necessità che la prova abbia ad oggetto mansioni compatibili con lo stato del dipendente e che il recesso del datore, sindacabile su questo punto dal giudice³², non sia influenzato, a pena di nullità, da considerazioni sul minor rendimento dovuto all'invalidità³³.

Oggi la questione è comunque indirettamente affrontata dalla L. n. 68/1999, laddove consente di stipulare a fini occupazionali convenzioni per lo svolgimento di «periodi di prova più ampi di quelli previsti dal contratto collettivo» (art. 11, 2° comma), fermo il generale divieto di prestazioni non compatibili con le minorazioni del prestatore (art. 10, 2° comma, L. n. 68/1999) (v. cap. III, sez. A, § 5).

Salvo il profilo del recesso senza preavviso, la disciplina legislativa del rapporto in prova non differisce da quella del rapporto definitivo, atteso l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che riconosce al lavoratore in prova il normale trattamento economico e normativo, ivi compreso il diritto all'indennità di anzianità (ora TFR: v. cap. X, sez. C) e alle ferie ovvero alla corrispondente indennità sostitutiva in caso di recesso³⁴ (cap. VI, sez. C, § 6 e X, sez. A, § 2). Il trattamento

Nonostante ampie divergenze circa la natura del patto di prova, la dottrina maggioritaria tende a qualificarlo in termini di condizione sospensiva potestativa. La questione è, tuttavia, scarsamente rilevante. Alla luce della disciplina finora ricostruita, sembra comunque lecito ritenere che si tratti di un patto di libera recedibilità senza preavviso da un altrimenti normale od unitario rapporto di lavoro subordinato. La natura

Scheda bibliografica essenziale.

SEZIONE A – Per un approfondimento dei temi relativi alla **contrattualità del rapporto di lavoro**, si vedano L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, 1965, 413 e M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 369; M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1985, 313; P. TOSI, F. LUNARDON, *Lavoro (contratto di)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 140.

A dispetto delle concezioni istituzionistico-comunitarie circolate nel primo novecento, la dottrina dominante ne ha evidenziato la sostanziale marginalità nell'ambito della stessa disciplina codicistica: sul punto G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963; ma già

³² Cass., 9 aprile 2003, n. 5541, RFI, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1284; Cass., S.U., 1° marzo 1989, n. 1104, RIDL, 1989, II, 689; *contra*, Cass., S.U., 2 agosto 2002, n. 11633, DPL, 2002, 3028.

³³ Corte Cost., 4 dicembre 2000, n. 541, cit.; Corte Cost., 18 maggio 1989, n. 255, DPL, 1989, 25, 1715; Cass., 29 maggio 1999, n. 5290, RIDL, 2000, II, 128, con nota di M. P. Monaco.

³⁴ Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 189, cit.

G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, RDL, 1958, I, 618.

Un altro filone dottrinale, invece, ha valorizzato l'elemento dell'**organizzazione di lavoro** come fonte di situazioni giuridiche soggettive sostanzialmente autonome dal contratto, fino a negare la matrice contrattuale del rapporto di lavoro. Così dalla posizione di G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, orientato a svalutare il ruolo di fonte del contratto, ma pur sempre da angolazione contrattualistica, si passa a posizioni che abbandonano in parte o in tutto tale angolazione: sul punto si vedano F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, 10 ss.; ID., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, RIDL, 2007, I, 379.

La matrice contrattuale del rapporto è altresì pacifica, ormai, nella stessa cornice del lavoro pubblico: M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, LPA, 1998, 1, 52; F. CARINCI, *All'indomani di una riforma promessa: la «privatizzazione» del pubblico impiego*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.Lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, XXXIII.

Sull'invalidità del contratto di lavoro e l'**art. 2126 cod. civ.**, v. il fondamentale contributo di M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1970; per il settore pubblico, C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, ADL, 2001, 469; S. RIGON, *L'invalidità del contratto*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, tomo I, Utet, Torino, 2007, 488.

SEZIONE B – Sul tema della **capacità giuridica** e della **capacità di agire** nel diritto del lavoro, v. G. SUPPIEJ, *Capacità di lavoro*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, 48; ID., *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1982, 193; nonché C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 203, anche per ampie considerazioni in ordine alla rilevanza dell'elemento personale nel rapporto di lavoro, su cui v. pure ID., *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, RGL, 2000, I, 447; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002; C. GAZZETTA, *Il limite d'età per l'ingresso al lavoro dei minori*, LG, 2007, 1101.

Sulla **tutela del minore** nel diritto del lavoro, v. T. TREU, *Commento all'art. 37*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 204; M. DE CRISTOFARO, *Minore età e contratto di lavoro*, RDC, 1979, II, 335 ss.

La figura del **datore di lavoro** è stata oggetto del Congresso Aidlass svolto a Catania, il 21-23 maggio 2009 (gli Atti sono in corso di pubblicazione per I tipi della Giuffrè, Milano).

SEZIONE C – Sulla **libertà di forma** nel contratto di lavoro, L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit.; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, cit.; G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, DLRI, 1989, 555; R. ALTAVILLA, *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, RGL, I, 727; M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005.

In ordine alla disciplina del **patto di prova**, C. ASSANTI, *Il contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, Milano, 1957; R. DEL PUNTA, *Prova (patto di)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, XI, Utet, Torino, 1995, 423.