

## Capitolo VIII

### SOGGETTI, OGGETTO, CAUSA E FORMA DEL CONTRATTO

Sommario: 190. Natura contrattuale e soggetti del rapporto di lavoro. — 191. Il contratto di lavoro con il minore. — 192. La disciplina speciale della capacità di agire dei minori nel settore del lavoro nautico. — 193. La diversa questione del difetto di capacità naturale di lavoro e dell'impedimento giuridico allo svolgimento della prestazione dedotta in contratto. — 194. Il difetto della capacità naturale di agire. Il contratto di lavoro con l'interdetto o l'inabilitato. — 195. L'oggetto del contratto e i suoi requisiti di possibilità, liceità, e determinatezza o determinabilità. — 196. La causa del contratto e la questione della sua possibile illiceità. — 197. La libertà di forma del contratto e le sue eccezioni. — 198. Contenuto del contratto: gli spazi riservati all'autonomia individuale. — 199. Qualificazione del contratto, simulazione, novazione e contratto misto (rinvio). — 200. Le clausole accessorie del contratto: patto di prova, apposizione del termine, patto di non concorrenza (rinvii). — 201. Gli obblighi di informazione a carico del datore di lavoro all'atto della stipulazione del contratto. Il libretto di lavoro e la sua sostituzione con l'anagrafe dei lavoratori. — 202. Annullabilità del contratto per errore o dolo. L'obbligo precontrattuale di informazione corretta a carico del lavoratore. — 203. L'esecuzione del contratto di lavoro invalido: art. 2126 c.c. — 204. Il contratto preliminare di lavoro e il concorso.

**190. Natura contrattuale e soggetti del rapporto di lavoro.** — Abbiamo visto trattando della qualificazione del rapporto di lavoro che può considerarsi ormai del tutto abbandonata la costruzione del rapporto di lavoro come mero rapporto di fatto, caratterizzato dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione del datore, cui si ricollegerebbero automaticamente tutti gli effetti e le protezioni di legge indipendentemente da qualsiasi atto di autonomia negoziale individuale: dottrina e giurisprudenza oggi concordano quasi senza eccezioni sul punto che il rapporto di lavoro nasce normalmente da un contratto individuale tra datore e prestatore, il cui contenuto circa l'assetto dei reciproci interessi delle parti è decisivo al fine della qualificazione della prestazione come subordinata o autonoma (1).

Solo in due casi il rapporto può, eccezionalmente, nascere per effetto diretto della legge, senza che tra le parti sia stato stipulato un contratto. Il primo è quello dell'interposizione vietata dall'art. 1 della legge n. 1369/1960; abbiamo però visto (§ 136) come possa ritenersi che anche in questo caso vi sia stato all'origine un atto di autonomia negoziale: il contratto fra lavoratore e soggetto interposto (contratto del quale la norma legislativa dispone la modificazione soggettiva nel momento in cui si verifica nei fatti lo svolgimento della prestazione lavorativa in favore dell'interponente, con la surrogazione di quest'ultimo all'interposto nella posizione di datore di lavoro). L'altro caso è quello della ricostituzione del rapporto quando esso sia cessato per licenziamento a causa della sottoposizione del lavoratore a misura di custodia cautelare in carcere o arresto domiciliare, a norma degli artt. 284 o 285 c.p.p., e sia in seguito sopravvenuto un provvedimento di archiviazione, assoluzione, proscioglimento o non luogo a procedere: dispone in questo senso l'art. 102-bis aggiunto al d.lgs. 28 luglio 1989 n. 171 (norme di attuazione del nuovo codice di procedura penale) dall'art. 24 della legge 8 agosto 1995 n. 332 (§ 516 h); ma anche in questo caso all'origine del rapporto c'è un contratto fra le parti, limitandosi l'ordinamento a prevederne la ricostituzione, essendo stata la sua cessazione causata da un impedimento di natura giudiziaria non imputabile a colpa del lavoratore.

Con l'art. 36 del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, 1° c., è stata sancita legislativamente la natura contrattuale anche del rapporto di impiego alle dipendenze di una amministrazione pubblica e la sua costituzione nelle forme del diritto privato: «l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro».

Dal lato del datore, il contratto può essere validamente stipulato da qualsiasi soggetto dotato di capacità di agire: persona fisica, persona giuridica di diritto pubblico o privato, o altra entità che sia comunque dotata di una soggettività giuridica, quale l'associazione non riconosciuta (in quest'ultimo caso, delle obbligazioni assunte dall'associazione datrice di lavoro risponde anche, secondo la regola posta dall'art. 38 c.c., la persona fisica che ha agito quale organo dell'associazione stessa) (2).

Dal lato del prestatore, invece, il contratto può essere stipulato soltanto da una persona fisica: quella la cui attività strettamente personale costituisce oggetto del contratto stesso (3). Deve, innanzitutto, trattarsi di persona dotata della corrispondente capacità giuridica, ovvero della capacità di essere titolare dei diritti e obblighi derivanti dal contratto (§ 191). Deve, inoltre, trattarsi di persona dotata della corrispondente capacità di agire, ovvero di stipulare validamente il contratto (v. §§ 191, 192 e 194). Deve, infine, trattarsi di persona dotata della capacità psico-fisica effettiva — c.d. *capacità naturale di lavoro* — di svolgere l'attività specifica dedotta nel contratto, potendo in caso contrario configurarsi una responsabilità del lavoratore per inadempimento dell'obbligazione lavorativa promessa (§ 193). Anche dopo la riforma del pubblico impiego, resta assoggettata a regole pubblicistiche la scelta del lavoratore che può essere assunto alle dipendenze dell'amministrazione (art. 97 Cost., c. 3° e art. 36 del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, commi 3°, 4°, 5°, 6°). La perdurante predominanza, in questo settore, dell'interesse pubblico si manifesta inoltre nella regola

secondo cui la contravvenzione alle regole sulla scelta del lavoratore comporta l'invalidità del contratto (comma 8°: «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni»).

**191. Il contratto di lavoro con il minore.** — In materia di lavoro dei minori assume rilievo la nozione, proposta da una parte della dottrina, di *capacità giuridica speciale*, intesa come idoneità del soggetto a essere titolare di una particolare posizione giuridica attiva o passiva. Il nostro ordinamento, come quello comunitario e quello internazionale, vietando drasticamente che il lavoro dei minori di una determinata età possa essere oggetto di un contratto, esclude la capacità giuridica di tali soggetti nella nostra materia; il nostro ordinamento attribuisce una capacità giuridica speciale, per la stessa materia, soltanto a chi abbia superato quel determinato limite di età, del quale si dirà tra breve. Questo non comporta necessariamente l'attribuzione anche della *capacità di agire*: vedremo come proprio in riferimento alla capacità di agire del minore dotato della capacità giuridica speciale in materia di lavoro si ponga un problema sulla cui soluzione la dottrina è divisa.

A norma del secondo comma dell'art. 2 c.c., come novellato dalla legge 8 marzo 1975 n. 39 (4), «sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore [rispetto alla maggiore età fissata dal primo comma] in materia di capacità a prestare il proprio lavoro» (capacità giuridica speciale); «Il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro» (capacità di agire). La normativa speciale che qui assume rilievo è costituita innanzitutto dall'art. 1 della direttiva comunitaria n. 33/1994, che, in piena conformità con il 3° comma dell'art. 2 della Conv. O.I.L. 6 giugno 1973 n. 138 (5), impone agli Stati membri di provvedere «affinché l'età minima di ammissione all'impiego o al lavoro non sia inferiore all'età in cui cessano gli obblighi scolastici a tempo pieno imposti dalla legislazione nazionale né, in ogni caso, ai 15 anni»; la normativa rilevante in questa materia è costituita inoltre, nel nostro ordinamento nazionale, dagli artt. 3 (6) e 4 della legge 17 ottobre 1967 n. 977, che vietano il lavoro dei minori di 15 anni (14 anni in agricoltura e, purché in «lavori leggeri» previsti in apposito regolamento, anche nelle altre attività non industriali) e comunque il lavoro che «comporti la trasgressione dell'obbligo scolastico» (7). Quest'ultimo inciso assume particolare importanza in seguito all'entrata in vigore della norma (legge 20 gennaio 1999 n. 9), che ha disposto il graduale aumento della durata dell'obbligo scolastico da otto anni, come previsto dal secondo comma dell'art. 34 Cost., a dieci anni (8). Quest'ultima disposizione non determina, tuttavia, neppure indirettamente un innalzamento progressivo dell'età minima assoluta per l'ammissione al lavoro, poiché non può escludersi la possibilità che il quindicenne o sedicenne svolga nel tempo libero qualche lavoro occasionale, temporaneo, o con orario molto ridotto, che non interferisca con l'assolvimento dell'obbligo scolastico (9).

Lo stesso discorso vale in riferimento all'assolvimento dell'obbligo di formazione professionale, di cui è stata recentemente prevista la progressiva imposizione a tutti i giovani tra i quindici e i diciotto anni di età non impegnati nell'istruzione scolastica (10): neppure tale obbligo determina un innalzamento dell'età in cui il giovane consegue la capacità d'agire in materia di lavoro, poiché esso non gli impedisce di stipulare contratti di lavoro occasionali o a tempo parziale compatibili con l'attività di formazione, né tanto meno gli impedisce di stipulare contratti di apprendistato o di formazione e lavoro (§ 34).

Né la legge speciale né l'art. 2 c.c. dicono esplicitamente se il minore ultraquindicenne sia abilitato, oltre che «all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro» (la c.d. «capacità di agire secondaria») anche alla stipulazione del contratto stesso (c.d. «capacità di agire primaria»). La questione può, mio avviso, essere risolta applicandosi in via analogica la disposizione generale contenuta nell'art. 428 c.c.: a questa stregua, il negozio potrebbe essere stipulato dal minore validamente, anche senza il consenso del genitore o di chi ne faccia le veci, solo laddove esso potesse considerarsi come un atto ordinario della vita quotidiana, privo di conseguenze potenzialmente dannose per la vita dello stesso giovane; ma il contratto di lavoro costituisce sempre, per un minore, un atto gravido di conseguenze, anche potenzialmente assai dannose: basti pensare all'impedimento che esso può costituire per l'attività scolastica o formativa, alle incognite dell'ambiente in cui esso inserisce il giovane, alla responsabilità risarcitoria che può derivarne in caso di inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione lavorativa, all'obbligo dell'indennità sostitutiva del preavviso nel caso di dimissioni con effetto immediato; donde l'annullabilità del contratto stipulato senza il consenso del genitore o di chi ne fa le veci (11), dovendo considerarsi sempre sussistente il requisito (di cui al secondo comma dell'art. 428 c.c.) della piena consapevolezza del potenziale pregiudizio per il giovane da parte del datore di lavoro. In questo senso sono orientate la scarsissima giurisprudenza edita e una parte della dottrina (12), salva la precisazione che — in considerazione del coinvolgimento della persona del prestatore nel rapporto — il contratto non può essere stipulato dall'esercente la patria potestà senza il consenso del minore (13). Non mancano, tuttavia, voci dottrinali nel senso della coincidenza tra l'età nella quale il minore acquista la capacità giuridica in materia di lavoro e quella in cui egli acquista la capacità di stipulare validamente il contratto (14). All'annullamento del contratto stipulato invalidamente dal minore consegue pacificamente l'applicazione dell'art. 2126, che attribuisce al «prestatore di fatto» tutti i diritti normalmente derivanti dal rapporto di lavoro, salvo ovviamente quello alla sua prosecuzione (§ 203) (15). Se invece il contratto, pur invalido, non subisce l'annullamento, per difetto di iniziativa in tal senso del minore stesso, questi deve ritenersi legittimato all'«esercizio dei diritti» che dal contratto

derivano, ivi compreso il diritto di recesso unilaterale (16).

Valido o non valido che sia il contratto istitutivo del rapporto, il lavoro del minore è oggetto dell'insieme di tutele disposte dalla direttiva comunitaria n. 33/1994 e dalla legge 17 ottobre 1967 n. 977 (17), attuativa del principio generale di tutela del lavoro minorile di cui all'art. 37 Cost. (in parte modificata e sostituita dal d.lgs. 4 agosto 1999 n. 345, a sua volta modificato dal d.lgs. 18 agosto 2000 n. 262); le dette tutele incidono soprattutto sull'estensione e la collocazione temporale della prestazione, ma anche sulla sua intensità e sulle sue possibili conseguenze dannose per l'integrità fisica e psichica del lavoratore, delle quali si parlerà a loro luogo (§§ 220, 283, 319, 326, 336).

La stessa legge n. 977/1967 stabilisce inoltre limiti di età più elevati per l'ammissione al lavoro dei minori in alcune specifiche attività aziendali o mansioni, in corrispondenza con circostanze e/o esigenze di tutela differenti (18).

Viceversa, essa consente che anche prima del compimento del quattordicesimo anno di età il minore sia impegnato in servizi domestici in ambito familiare, oppure in «prestazioni di lavoro non nocivo, né pregiudizievole, né pericoloso, nelle imprese a conduzione familiare» (art. 2, come sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n. 345/1999); consente inoltre che il minore di 14 anni, con il consenso dei genitori o di chi ne fa le veci e previa autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, sia impegnato in attività artistiche, sportive, culturali, pubblicitarie, o di spettacolo, purché queste non interferiscano con l'obbligo scolastico e non possano recare pregiudizio all'integrità psico-fisica del giovanissimo prestatore (l. n. 977/1967, art. 4, 2° comma, come sostituito dall'art. 6 del d.lgs. n. 345/1999): qui la non coincidenza tra la capacità giuridica e la capacità di agire in materia di lavoro è particolarmente evidente.

Questione diversa da quella degli effetti prodotti sul contratto dal difetto di capacità naturale, giuridica, o di agire, del prestatore di lavoro è la questione degli effetti della violazione dei limiti di età massima posti dalla legge per la stipulazione dei contratti di apprendistato o di formazione e lavoro (§§ 33 e 34): qui non è in gioco un elemento essenziale del contratto, ma soltanto un requisito affinché esso possa assumere il carattere e il contenuto particolare del contratto a causa mista, al cui venir meno l'ordinamento ricollega soltanto la conversione del negozio in contratto di lavoro ordinario a tempo indeterminato.

**192. La disciplina speciale della capacità di agire dei minori nel settore del lavoro nautico.** — Una disciplina speciale della materia, complessivamente assai più riduttiva nei confronti della capacità di agire del minore — in considerazione dell'incidenza più grave e potenzialmente dannosa dell'arruolamento sulla vita e la formazione di quest'ultimo — è contenuta nel codice della navigazione per il contratto di arruolamento marittimo (con estensione al contratto di lavoro del personale addetto alla navigazione interna) e per il contratto del personale di volo. Qui (art. 133, 3° c.) è prevista la necessità dell'assistenza e del consenso del genitore o di chi ne fa le veci per l'iscrizione del minore di 18 anni nella matricola del personale navigante tenuta dalla Capitaneria di porto, costituente condizione per l'esercizio legittimo dell'attività nautica e requisito di validità del contratto di arruolamento e del contratto di lavoro del personale di volo (19). L'iscrizione era, inoltre, originariamente ammessa (2° c.) soltanto per il giovane che avesse compiuto i 14 anni (salva la riduzione del limite a 10 anni «quando [i minori] imbarchino alle dipendenze di parenti o affini sino al terzo grado») (20); ma la direttiva comunitaria n. 33/1994, il cui campo di applicazione è esplicitamente esteso anche al lavoro nautico (v. ivi artt. 9/2 e 10/4a), ha reso il limite minimo generale dei 15 anni compiuti applicabile anche nel settore della navigazione. E ultimamente la direttiva 21 giugno 1999 n. 63, con la quale è stato recepito l'accordo europeo per la protezione del lavoro marittimo del 30 settembre 1998, ha elevato l'età minima per l'accesso al lavoro in questo settore a 16 anni (11ª clausola).

Il consenso del genitore o di chi ne fa le veci è inoltre necessario, a norma degli artt. 324 e 901 c. nav., non soltanto per la stipulazione del contratto di arruolamento marittimo (con estensione della disposizione al contratto di lavoro del personale addetto alla navigazione interna, ad opera dell'art. 375) e del contratto del personale di volo, ma anche per l'esercizio da parte del minore dei diritti e delle azioni che ne conseguono (21). Riguardo a quest'ultima materia (capacità di agire secondaria del lavoratore minorenni) può tuttavia forse sostenersi che la nuova norma contenuta nell'art. 2 c.c. (§ 191), in seguito alla riforma del 1975, estenda i propri effetti anche al lavoro nautico (22).

**193. La diversa questione del difetto di capacità naturale di lavoro e dell'impedimento giuridico allo svolgimento della prestazione dedotta in contratto.** — Una persona priva della capacità giuridica speciale in materia di lavoro, per difetto dell'età minima, può essere sul piano fattuale perfettamente in grado di svolgere una determinata prestazione lavorativa: ne sanno qualche cosa le decine di migliaia di bambini che, secondo le stime correnti, ancor oggi vengono utilizzati — illegalmente quanto proficuamente — nel nostro Paese per attività industriali, agricole o artigianali. Viceversa, un soggetto dotato della capacità giuridica speciale, e anche della capacità di agire in materia di lavoro, può essere sul piano fattuale del tutto privo della capacità di svolgere qualsiasi lavoro, o privo della capacità di svolgere la prestazione lavorativa specifica dedotta in contratto. Si pone in proposito il problema delle conseguenze derivanti, per la validità del contratto, dal difetto di capacità naturale di lavoro.

È parsa prevalere in dottrina negli ultimi decenni l'opinione secondo la quale, quando al lavoratore sia totalmente

impossibile svolgere la prestazione da lui dedotta nel contratto di lavoro subordinato a causa di un impedimento fisico, di un impedimento giuridico, o di una conclamata inettitudine professionale, tale situazione assumerebbe il carattere dell'impossibilità *oggettiva* in conseguenza dell'infungibilità della prestazione stessa; donde — sempre secondo l'opinione prevalente — la nullità del contratto, quando la detta situazione preesista alla stipulazione (23). A me sembra, però, che in questo modo la nozione di impossibilità *oggettiva* della prestazione venga indebitamente ampliata. Una cosa è qualificare come oggettivamente impossibile una prestazione che comporti, ad esempio, l'ubiquità del lavoratore, o la sua capacità di volare, oppure ancora la sua capacità di correre a piedi alla velocità di un'automobile, o di restare in apnea per l'intera giornata: qui si tratta veramente di impossibilità *oggettiva*, nel senso che nessuna attività preparatoria varrebbe a rendere possibile la prestazione; altra cosa è qualificare come *oggettivamente* impossibile la prestazione musicale dedotta in contratto da chi non abbia mai studiato musica, oppure la prestazione impiegatizia dedotta in contratto da un analfabeta (24): certo, l'inattuazione del programma contrattuale è qui irrimediabilmente inevitabile in concreto, ma non lo è per una impossibilità «oggettiva» della prestazione, bensì perché il contraente lavoratore non si è posto in grado di eseguirla, come altri invece ha fatto ed egli stesso avrebbe potuto fare preparandosi a tempo debito (25): *imperitia culpa adnumeratur* (26). Allo stesso modo, l'ipotetica ignoranza o scarsa conoscenza del diritto da parte di un avvocato non rende «oggettivamente impossibile» la prestazione difensiva da lui promessa al cliente; né la prestazione di un medico che, in vacanza ai Caraibi, promettesse di essere presente a Milano il giorno seguente per un intervento chirurgico potrebbe considerarsi oggettivamente impossibile solo perché il prestatore non ha, in concreto, a disposizione alcun aereo che gli consenta di compiere il viaggio in tempo utile; in entrambi i casi l'inattuazione del contratto deve qualificarsi come inadempimento e non come conseguenza di una impossibilità della prestazione.

È ben vero che la giurisprudenza prevalente è orientata nel senso di una marcata indulgenza verso il lavoratore che *in corso di rapporto* riveli dei difetti di preparazione tecnica o di capacità fisica in relazione alle mansioni contrattualmente dovute (§ 279) (27); è inoltre assai diffusa in dottrina e in giurisprudenza l'idea che l'esperimento compiuto nel periodo di prova, consentendo al datore di lavoro di verificare le capacità del lavoratore, impedisca al primo di contestare al secondo l'imperizia in costanza di rapporto divenuto ormai definitivo (28). Ma questi orientamenti devono essere ascritti, piuttosto che a un'opzione teorica nel senso dell'ampliamento della nozione di impossibilità *oggettiva* della prestazione, a una ben comprensibile (ed entro certi limiti condivisibile) opzione di politica del diritto volta a incrementare il contenuto assicurativo del rapporto di lavoro (§§ 6 e 491), accollando all'imprenditore il rischio della inesatta valutazione iniziale delle capacità del dipendente, o quello del calo di rendimento di quest'ultimo o della sua incapacità di adattare la prestazione al mutamento del processo produttivo. Queste tendenze giurisprudenziali e dottrinali non possono, tuttavia, influire in alcun modo sulla soluzione del problema delle conseguenze derivanti dall'incapacità totale al lavoro sulla validità di un contratto che non ha neppure incominciato ad avere attuazione.

Quanto al caso del lavoratore che abbia dolosamente nascosto la propria incapacità naturale di svolgere le mansioni promesse, la giurisprudenza prevalente sembra orientata nel senso della *annullabilità* del contratto, per vizio del consenso (29), con la conseguente responsabilità risarcitoria aquiliana (precontrattuale) del lavoratore. Di responsabilità contrattuale del lavoratore dovrebbe invece parlarsi qualora si ritenesse valido il contratto, dal quale il datore potrebbe — in questo ordine di idee — recedere in tronco per l'inadempimento totale dell'obbligazione lavorativa.

Un discorso del tutto analogo vale per il caso in cui l'impedimento alla prestazione, preesistente al contratto, sia di natura giuridica: ad es. quando l'ordinamento richieda per il suo svolgimento il possesso di un determinato titolo di studio, abilitazione o autorizzazione amministrativa (30), ma il prestatore ne sia sprovvisto; oppure quando a vietare la prestazione intervenga una inibizione di fonte giudiziale (si pensi al caso di un lavoratore che abbia stipulato il nuovo contratto in violazione di un vincolo di non concorrenza validamente pattuito con il datore di lavoro precedente: qui l'imputabilità dell'impedimento al lavoratore sarebbe probabilmente riconosciuta anche dai fautori della nozione più ampia dell'impossibilità *oggettiva*). Anche in questo caso a me sembra — in contrasto con la dottrina prevalente, orientata nel senso dell'impossibilità della prestazione (31) — che si configuri un inadempimento di prestazione oggettivamente possibile.

Un discorso diverso vale invece per l'incapacità naturale al lavoro o l'impedimento giuridico che abbiano carattere soltanto temporaneo, configurandosi così un difetto parziale della prestazione *ratione temporis* (v. in proposito § 516 *h*): in questo caso, esclusa indiscutibilmente la nullità del contratto, anche quando l'impedimento preesista alla stipulazione del contratto, al difetto temporaneo della prestazione consegue la responsabilità risarcitoria del lavoratore, salvo che l'impedimento sia determinato da eventi conosciuti e previsti da entrambe le parti fin dall'inizio, o da eventi il cui rischio è posto dall'ordinamento a carico del datore di lavoro, quali la malattia o infortunio, l'obbligo del servizio militare, o la chiamata del lavoratore a cariche pubbliche elettive (cap. XIII). Esclusi questi ultimi casi, il datore di lavoro ha facoltà di recedere dal rapporto quando la possibile ripresa futura della prestazione non presenti per lui un apprezzabile interesse. Un caso particolare di questo genere è quello della scadenza del permesso di soggiorno per lavoro dello straniero extra-comunitario: nell'ordine di idee sopra proposto, questo evento determina soltanto la sospensione del rapporto a ogni effetto; e può costituire giustificato motivo di licenziamento, quando non sia prevedibile il rinnovo del permesso in tempi ragionevolmente brevi (32).

**194. Il difetto della capacità naturale di agire. Il contratto di lavoro con l'interdetto o l'inabilitato.** — Diversa dall'incapacità naturale al lavoro è l'incapacità naturale di intendere e volere, i cui effetti sono disciplinati dagli artt. 428 e 1425, 2° c., c.c.: il contratto stipulato dal lavoratore (ma anche dal datore di lavoro) di fatto incapace di intendere e volere può essere annullato su istanza dello stesso contraente o dei suoi eredi o aventi causa, «se ne risulta un grave pregiudizio» al medesimo, ma soltanto a condizione che di quel suo stato l'altro contraente fosse a conoscenza. Pertanto, al lavoratore che abbia stipulato il contratto nel detto stato di incapacità psichica senza che la controparte se ne sia resa conto non resta altro rimedio — esperibile da lui stesso, quando la situazione di incapacità sia cessata, o da altro soggetto abilitato ad agire in suo nome e per suo conto (33) — se non quello del recesso unilaterale dello stesso prestatore (§ 495), che in un caso di questo genere potrà nella maggior parte dei casi essere intimato per giusta causa *ex art.* 2119, quindi senza onere di preavviso o indennità sostitutiva, e senza incontrare soverchia resistenza da parte del datore di lavoro.

Si osservi, tuttavia, che il difetto della capacità naturale di agire, anche quando ne sia conseguita una sentenza di interdizione o di inabilitazione, non è di per sé incompatibile con l'adempimento dell'obbligazione contrattuale di lavoro, laddove questa non comporti attività gestoria, o comunque di concetto, ma soltanto lo svolgimento di mansioni prevalentemente manuali o d'ordine (34). Nulla vieta, dunque, che il contratto di lavoro avente oggetto compatibile con la menomazione psichica del prestatore venga stipulato da chi ne ha il potere e abbia regolare svolgimento, dovendo però anche in questo caso sussistere quel *minimum* di volontà adesiva da parte del lavoratore psichicamente menomato, senza il quale il rapporto non potrebbe avere alcuna attuazione (35). Tanto meno può escludersi che il contratto stesso continui ad avere esecuzione, nel caso in cui la capacità di agire (non rilevante per lo svolgimento delle mansioni) venga meno in costanza di rapporto.

Lo stesso discorso vale ovviamente in riferimento al caso in cui il lavoratore, a causa di una menomazione psichica, venga interdetto o inabilitato: il provvedimento giudiziale di interdizione o inabilitazione ha la sola funzione di proteggere la persona menomata, non certo di menomarla ulteriormente in alcuna delle sue potenzialità vitali. Non è dunque dalla sentenza di interdizione o di inabilitazione, in sé considerata, che può derivare un impedimento alla costituzione o alla prosecuzione del rapporto di lavoro. L'impedimento può, in concreto, essere costituito dalla menomazione psichica che dà motivo alla sentenza, ma soltanto quando tale menomazione sia incompatibile con lo svolgimento delle mansioni contrattuali.

**195. L'oggetto del contratto e i suoi requisiti di possibilità, liceità, e determinatezza o determinabilità.** — Oggetto del contratto sono al tempo stesso il lavoro e la retribuzione che con esso viene scambiata (36).

In riferimento alla retribuzione, problemi di possibilità e liceità possono sorgere soltanto in casi di scuola, nei quali il corrispettivo previsto dal contratto non consista in denaro, ma in prestazioni di beni infungibili o di natura tale da poter urtare contro principi o regole dell'ordinamento (37). Esclusi questi casi, che nella realtà non si danno quasi mai, è difficile ipotizzare situazioni in cui possa verificarsi la nullità del contratto *ex art.* 1346 c.c. per impossibilità o illiceità della retribuzione. Deve invece negarsi drasticamente anche in linea puramente teorica la configurabilità dell'ipotesi del contratto nullo, *ex art.* 1346 c.c., per indeterminatezza o indeterminabilità della retribuzione: vedremo infatti come, in difetto di determinazione della retribuzione ad opera delle parti, essa possa e debba sempre essere determinata dal giudice a norma degli artt. 2099 c.c. e 36 Cost. (§ 236) (38).

Problemi di possibilità, liceità e determinatezza o determinabilità, alla stregua dell'*art.* 1346 c.c., si pongono invece assai più largamente in riferimento all'altro oggetto del contratto, che può essere costituito da qualsiasi attività lavorativa umana (39), purché prestata personalmente dal contraente lavoratore (§§ 78 e 121).

Ho già esposto la tesi (§ 193) secondo cui l'attività lavorativa può essere qualificata come impossibile, con conseguente nullità del contratto, soltanto quando essa lo sia oggettivamente per chiunque; quando invece l'ostacolo al suo svolgimento sia costituito dall'inidoneità personale del promittente, o dal suo difetto di abilitazione professionale (si pensi, ad esempio, al caso dell'ingaggio da parte di una casa di cura, per lo svolgimento di attività mediche, di una persona priva della necessaria abilitazione professionale), a me sembra preferibile la tesi, concettualmente più rigorosa ma non condivisa dalla dottrina prevalente (40), della validità ed efficacia del contratto, il quale resta inadempito, con conseguente possibilità di recesso in tronco da parte del datore, e responsabilità contrattuale del lavoratore inidoneo quando egli abbia stipulato in mala fede, a fronte della buona fede del datore.

Il contratto può essere altresì nullo per illiceità dell'attività lavorativa in esso dedotta, quando si tratti di attività intrinsecamente vietata (ad esempio: attività di falsificazione di banconote, di contrabbando, di promozione di affari truffaldini). Deve, a mio avviso, trattarsi di illiceità intrinseca (ad es. per il carattere fraudolento dell'attività: v. in proposito il paragrafo successivo), non di illiceità estrinseca, come quella di un'attività in sé lecita ma svolta o promessa senza le debite abilitazioni o permessi: nell'esempio proposto sopra dell'ingaggio come medico di persona non abilitata alla professione, la prestazione dedotta in contratto non è in sé illecita, ma soltanto inibita a una determinata persona, la quale ha commesso una scorrettezza impegnandosi a svolgerla; lo stesso discorso vale in riferimento allo straniero extra-comunitario privo del permesso di soggiorno per lavoro. Ma anche su questo punto

dottrina e giurisprudenza non sono concordi (41).

L'illiceità della prestazione non può essere considerata come un caso particolare di impossibilità: è infatti la legge stessa (art. 2126 c.c.: § 203) a proporre esplicitamente l'ipotesi che la prestazione illecita venga effettivamente eseguita; e l'elasticità del concetto di impossibilità non può spingersi al punto di consentire che si qualifichi come «impossibile» una prestazione che ha avuto di fatto concreta attuazione.

Il contratto può, infine, essere nullo per indeterminatezza dell'attività lavorativa in esso dedotta: ad esempio quando esso non specifichi in alcun modo il tipo di mansioni che dovranno essere svolte dal lavoratore e questo non possa desumersi dal contesto. Si osservi, però, che in tutti i casi in cui il contratto abbia incominciato ad avere esecuzione il tipo di attività lavorativa in esso dedotta, al pari della sua estensione e collocazione temporale, può desumersi agevolmente dal comportamento tenuto dalle parti nella prima fase di attuazione del rapporto (42). Anche quando il contratto non abbia incominciato ad avere esecuzione, invece, non può determinarne la nullità il difetto di precisazione dell'estensione temporale della prestazione lavorativa, poiché deve in generale presumersi che — quando le parti non abbiano disposto espressamente altrimenti — esse abbiano inteso pattuire una prestazione a carattere durevole (§ 500) e a tempo pieno (§§ 310 e 320).

**196. La causa del contratto e la questione della sua possibile illiceità.** — Causa del contratto di lavoro subordinato, tipizzata dalla legge (§ 81), è lo scambio tra lavoro eterodiretto e retribuzione. In riferimento al contratto di lavoro, come in riferimento a qualsiasi altro contratto tipico, la questione della configurabilità o no dell'ipotesi della illiceità della causa è controversa.

Una possibile illiceità della causa deve escludersi quando si resti ancorati alla nozione di causa come funzione economico-sociale *astratta* del contratto, poiché, se questa è definita dalla legge — come accade per tutti i contratti tipici — essa è lecita per definizione (43). Tuttavia, la possibilità di una «illiceità della causa» del contratto di lavoro è menzionata esplicitamente nell'art. 2126 c.c.; in questa norma viene dunque sicuramente in rilievo un concetto di «causa» diverso dalla funzione economico-sociale *astratta* del contratto: il legislatore ha inteso qui fare riferimento a una funzione specifica, svolta dal contratto di lavoro in concreto, poiché soltanto questa può essere contraria ai principi dell'ordinamento. Una ipotetica illiceità della causa, infatti, diventa tanto più pensabile quanto più il concetto di causa del contratto a cui si fa riferimento si avvicina alla funzione economico-sociale *perseguita dalle parti nel caso concreto* (44): la promessa di una attività lavorativa assoggettata al potere direttivo del creditore in cambio di una retribuzione — schema negoziale che in astratto gode della benedizione del codice civile — può rivelarsi contraria a principi e regole dell'ordinamento in un determinato contesto, per effetto di circostanze specifiche. Ad esempio, perseguirebbe un assetto di interessi in concreto sicuramente illecito il contratto col quale un imprenditore assumesse alle proprie dipendenze un uomo politico per assoggettare al proprio potere direttivo, a un vincolo di obbedienza, l'attività svolta da quest'ultimo in qualità di parlamentare: lo scambio di subordinazione contro retribuzione diventa illecito quando esso mira in concreto ad assoggettare al controllo altrui l'esercizio di una funzione politica di cui l'ordinamento garantisce l'assoluta libertà. Allo stesso modo potrebbe considerarsi illecita la causa (intesa come assetto negoziale perseguito in concreto dalle parti) del contratto segreto col quale un soggetto ingaggiasse alle proprie dipendenze un altro soggetto affidandogli il compito di conquistare l'affetto di una terza persona, sposarla e condurre la vita coniugale secondo direttive di volta in volta impartite dal primo. Entrambi gli esempi proposti costituiscono, però, soltanto casi di scuola.

Una parte della dottrina ravvisa l'illiceità della causa in tutti i casi in cui la prestazione di lavoro, in sé lecita, si inserisce non occasionalmente in una attività imprenditoriale illecita (45). Questo porterebbe alla conseguenza — a mio avviso eccessiva — della nullità anche del contratto di lavoro della centralinista o del fattorino dell'impresa mafiosa; qui invece a me sembra che possa parlarsi di nullità soltanto nel caso di condivisione da parte del lavoratore delle finalità criminose del datore di lavoro: nullità, dunque, per illiceità del motivo comune alle parti e non per illiceità della causa del contratto.

L'unico esempio che io riesca a individuare di illiceità della causa del contratto di lavoro suscettibile di assumere un notevole rilievo sul piano pratico è quello del contratto col quale una persona viene assunta alle dipendenze di un'altra con il compito di prostituirsi. La dottrina ha sempre proposto questo come un caso di illiceità dell'oggetto (46); ma nel nostro ordinamento attuale l'attività della prostituta non è in sé illecita, né è illecito in sé il retribuirla; è illecita, invece, l'imposizione contrattuale di un obbligo che vincoli la persona a prostituirsi, sia occasionalmente sia continuativamente, nei tempi e modi decisi da un'altra; e ancor più illecito è l'assetto contrattuale complessivo che miri a consentire a quest'ultima di trarre profitto economico dall'esercizio del meretricio imposto alla prima.

**197. La libertà di forma del contratto e le sue eccezioni.** — Al contratto di lavoro, come alla generalità degli altri contratti, si applica in linea generale il principio della libertà della forma (47), non contraddetto dagli obblighi di informazione scritta gravanti sul datore di lavoro, dei quali si dirà nel paragrafo 201 (48). Salve le eccezioni di cui si

dira` tra breve, dunque, anche il contratto stipulato in forma orale, o addirittura in forma tacita (con l'accettazione di fatto di una prestazione lavorativa, gestita e retribuita dall'accipiente per un congruo periodo di tempo) (49), e` pacificamente idoneo a produrre tutti gli effetti che sono ad esso ricollegati dalla legge e dal contratto collettivo eventualmente applicabile.

Il datore di lavoro e` bensì vincolato, in occasione della stipulazione del contratto, a una cospicua serie di adempimenti (sui quali v. § 201) che comportano annotazioni e comunicazioni in forma scritta — annotazione dell'assunzione del lavoratore e di una serie di dati in proposito nei libri paga e matricola, comunicazione dell'assunzione all'Ufficio di collocamento (d.l. 1° ottobre 1996 n. 510, convertito nella l. 28 novembre 1996 n. 608, art. 9-*bis*, 2° c., e ultimamente d.lgs. n. 297/2002), comunicazione al lavoratore di informazioni essenziali circa il contenuto del contratto —; ma neppure questi adempimenti costituiscono requisito di validita` del contratto.

Fanno eccezione alla liberta` di forma del contratto di lavoro:

— la necessita` della stipulazione in forma scritta del contratto avente per oggetto prestazioni sportive professionistiche, imposta dall'art. 4 della legge 23 marzo 1981 n. 91 a pena di nullita` (§ 107);

— la necessita` della stipulazione in forma scritta del contratto fra l'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo e il lavoratore destinato a essere inviato in missione presso altra azienda, imposta dall'art. 3 della legge 24 giugno 1997 n. 196 (§ 142): al difetto della forma scritta consegue l'instaurarsi di un contratto di lavoro ordinario alle dipendenze della stessa agenzia, a norma dell'art. 10, c. 2°;

— la necessita` della stipulazione in forma scritta del contratto di formazione e lavoro, in difetto della quale questo si converte in contratto di lavoro ordinario, a norma dell'art. 8, 7° c., della legge 29 dicembre 1990 n. 407 (§ 34);

— la necessita` della stipulazione mediante atto pubblico ricevuto dalla capitaneria di porto o dall'autorita` consolare (50), imposta dall'art. 328 c. nav. a pena di nullita` per l'arruolamento del personale marittimo: con questa regola si intendono vietare antiche pratiche diffuse nella marineria mercantile e militare, rassomiglianti piu` al rapimento o alla riduzione in temporanea schiavitù che al contratto di lavoro (puo` essere invece pattuito verbalmente, a norma dell'art. 330, l'arruolamento per le navi di stazza lorda non superiore alle cinque tonnellate);

— la necessita` della forma scritta per l'arruolamento di personale per la navigazione interna su navi di stazza superiore a venticinque tonnellate, imposta a pena di nullita` dall'art. 375 c. nav., 4° c.;

— la necessita`, imposta dall'art. 903 c. nav. ma soltanto *ad probationem*, della forma scritta per il contratto di lavoro a tempo indeterminato degli addetti alla navigazione aerea (51).

Costituiscono invece requisiti di forma posti dalla legge soltanto per la validita` di singole clausole del contratto quelli — di cui si dira` a loro luogo (§§ 352, 469 e 500) — in materia di lavoro a termine, di lavoro a tempo parziale e di patto di non concorrenza.

Accade talvolta che sia il contratto collettivo a prevedere un requisito di forma del contratto individuale di lavoro. In riferimento a questo caso la giurisprudenza e` divisa circa gli effetti della contravvenzione alla disposizione collettiva (52). A me sembra che gli effetti fortemente pregiudizievoli per il lavoratore, derivanti per lo piu` dall'imposizione del requisito della forma scritta *ad substantiam*, inducano nella maggior parte dei casi a escludere che con la clausola collettiva suddetta si sia inteso imporre quel requisito come condizione per la validita` del contratto; e comunque a dubitare della compatibilita` della clausola stessa con i principi generali dell'ordinamento, poiche` essa di fatto ricollega al difetto della forma scritta una drastica menomazione della tutela del lavoratore (53); ma e` a lungo prevalsa in dottrina l'opinione contraria, cui offre un forte argomento la presunzione sancita, nel diritto comune dei contratti, dall'art. 1352 c.c. (54).

**198. Contenuto del contratto: gli spazi riservati all'autonomia individuale.** — Il contratto individuale di lavoro contiene innanzitutto la pattuizione — che ne costituisce elemento essenziale — dello scambio tra le due prestazioni principali: quella lavorativa e quella retributiva. A questo contenuto essenziale si aggiungono tutti i numerosi effetti ulteriori che l'ordinamento ricollega al contratto *inderogabilmente*, nonche` alcuni effetti che l'ordinamento ricollega al contratto soltanto in quanto le parti non abbiano concordemente disposto altrimenti. Tra questi ultimi possono annoverarsi in primo luogo tutte le prerogative del datore di lavoro, poiche` esse sono tutte suscettibili di compressione consensuale fino all'azzeramento (col risultato, nel caso della compressione o negazione del potere direttivo, del trasmigrare del contratto dal tipo legale del lavoro subordinato a quello del lavoro autonomo: v. §§ 80-85). Ma tra gli effetti che l'ordinamento riconnette al contratto non inderogabilmente vi sono anche alcune posizioni di vantaggio del lavoratore: e` infatti lo stesso codice civile, come si e` visto nel paragrafo precedente, a tipizzare tre clausole con le quali questi puo` rispettivamente rinunciare in modo valido alla protezione contro il licenziamento durante un periodo iniziale del rapporto (patto di prova: § 499), oppure rinunciare alla durata del rapporto a tempo indeterminato con la pattuizione di un termine (§ 500), oppure ancora vincolare la propria liberta` professionale per un periodo successivo alla cessazione del rapporto (§ 469).

Certo, il *corpus* degli effetti che l'ordinamento riconnette al contratto in modo inderogabile e` imponente: esso e` oggetto di trattazione nei capitoli che seguono. Ma la limitazione dell'autonomia negoziale del lavoratore subordinato ha una portata assai meno estesa di quanto le enunciazioni dottrinali ricorrenti in proposito possano far pensare, lasciando essa aperti cospicui spazi di negoziazione individuale delle condizioni contrattuali, sia in sede di costituzione

del rapporto, sia in costanza dello stesso, soprattutto — ma non soltanto — per cio` che riguarda il contenuto e le modalita` della prestazione lavorativa (55): e` libera — salvo il limite della durata massima giornaliera o settimanale — la determinazione del tempo di lavoro, inteso sia come estensione, sia come distribuzione della prestazione nell'arco della giornata, della settimana, del mese e dell'anno (§§ 310-311); e` libera l'individuazione delle mansioni contrattuali (§ 294), del luogo di svolgimento delle stesse (§ 298), dell'entita` e struttura della relativa retribuzione salvi i minimi fissati in sede collettiva (§§ 241-242); e` libera inoltre l'introduzione nel contratto di obblighi aggiuntivi di vario genere a carico del datore di lavoro, quali quelli di impartire al lavoratore una formazione, o di fornirgli un alloggio, o un mezzo di locomozione; cosi` come l'introduzione nel contratto della previsione di sospensioni dello scambio lavoro/retribuzione in funzione di impegni scolastici, di formazione professionale del lavoratore, o di altre esigenze (§ 366). E l'elenco potrebbe continuare con l'indicazione delle altre svariate clausole con le quali il contratto individuale puo` validamente discostarsi dal modello previsto dal contratto collettivo e dalla legge, salvi gli standard minimi di tutela.

Nel contratto di lavoro tra italiani all'estero, inoltre, e` espressamente consentita la libera scelta della legge a cui assoggettare il rapporto, salvo il rispetto dei principi di ordine pubblico internazionale (art. 25 disp. prel.). Rientra nell'autonomia individuale del lavoratore l'acconsentire o no alla cessione del contratto da parte del datore di lavoro ad altro soggetto, salvo il caso di trasferimento dell'azienda (§§ 548-556). L'autonomia individuale, infine, se esercitata nelle forme speciali espressamente previste, puo` spingersi a estinguere per rinuncia o transazione diritti di credito del lavoratore gia` maturati, oppure a esonerare il vecchio datore di lavoro dalla sua corresponsabilita` solidale con il nuovo per gli stessi crediti, in occasione del trasferimento dell'azienda (§ 558).

Il quadro che ne emerge e` profondamente diverso rispetto all'immagine tradizionale — e, peraltro, inesatta fin dall'origine — di un lavoratore abilitato soltanto alla scelta binaria circa la costituzione o no del rapporto, inabilitato per il resto a rilevanti determinazioni ulteriori in proposito. Si e` gia` rilevato (§ 27), per altro verso, l'orientamento del mercato del lavoro, in tutti i paesi piu` sviluppati, nel senso di una sempre piu` marcata personalizzazione dell'offerta di lavoro e delle modalita` di organizzazione dello stesso: orientamento favorito, tra l'altro, in questi paesi, dall'incremento generale dei livelli di reddito e del tenore di vita delle famiglie; ed e` nota altresì la netta tendenza, che si registra da almeno un decennio, al dilatarsi della differenza tra gli standard minimi retributivi fissati dai contratti collettivi e i livelli retributivi effettivi offerti dal mercato, soprattutto — ma non soltanto — per le qualifiche medio-alte (§§ 241-242). Certo, l'operaio che aspira a essere assunto alla Fiat o alle Ferrovie e` posto di fatto nella condizione di dover compiere una scelta binaria: prendere o lasciare. Ma altrettanto puo` dirsi in riferimento a numerosissime altre situazioni precontrattuali, al di fuori del campo del lavoro (basti pensare alla negoziazione di un contratto di conto corrente bancario, o di un contratto di somministrazione del servizio telefonico). Viceversa, nel mercato del lavoro e` sempre piu` rilevante l'incidenza della scelta personale del lavoratore, soprattutto nelle classi di eta` inferiori, circa le modalita` della propria occupazione; e anche la` dove la rigidita` delle condizioni di assunzione offerte dalle imprese impedisce ogni trattativa individuale, e` pur sempre — anche nelle regioni con piu` alto tasso di disoccupazione — il singolo lavoratore a scegliere se e dove indirizzare la propria offerta, tra settore pubblico e settore privato, tra grandi e piccole imprese, tra industria, terziario e agricoltura, tra occupazioni a carattere stabile e occupazioni occasionali. Oggi ai piu` giovani puo` apparire del tutto ovvio che l'autonomia negoziale del datore e del prestatore di lavoro si estenda anche al loro reciproco scegliersi. Ma e` passato soltanto poco piu` di un decennio dall'abrogazione della regola che pretendeva di abbinare imprese e lavoratori mediante meccanismi automatici gestiti da uffici burocratici (§ 27); l'abrogazione non puo`, peraltro, dirsi ancora completa (§ 44).

Il principio della liberta` di scelta delle modalita` del proprio lavoro, sancito dal secondo comma dell'art. 4 della Costituzione, puo` e deve intendersi come garanzia per il lavoratore della liberta` di scelta dell'azienda nella quale prestare la propria opera e al tempo stesso del *come* obbligarsi a prestarla. In un mercato del lavoro maturo perde gran parte della sua attualita` l'idea marxiana del contratto di lavoro come «foglia di fico che copre le vergogne della dittatura del capitalista sul lavoratore salariato»: il principio di autonomia, se da un lato non esclude affatto l'integrazione e correzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome, d'altro lato costituisce in linea generale una garanzia indispensabile di emersione e tutela giuridica di esigenze individuali che possono essere — e sovente sono — ignorate o sottovalutate dal legislatore e dalle associazioni sindacali nella determinazione dei modelli standard di rapporto. In questo senso anche la liberta` formale, non soltanto la liberta` dal bisogno, e` un bene che, sia pure con i necessari temperamenti e correttivi, deve essere garantito a tutti: ai deboli come ai forti, ai poveri come ai ricchi.

**199. Qualificazione del contratto, simulazione, novazione e contratto misto (rinvio).** — Della definizione dei tipi legali del contratto di lavoro subordinato e parasubordinato, nonche' dei criteri di qualificazione dei relativi rapporti, si e` trattato ampiamente nel quinto capitolo, al quale si rinvia anche per le materie della dissimulazione di un rapporto di lavoro subordinato sotto l'apparenza di un rapporto di lavoro autonomo, o viceversa (v. in proposito particolarmente § 87), della novazione (§ 92) e del contratto misto di lavoro autonomo e subordinato (§ 91).

Resta qui soltanto da aggiungere che possono darsi anche casi di simulazione relativa diversi da quelli piu` comuni, esaminati nel quinto capitolo: accade, ad esempio, che sotto l'apparenza di un rapporto di lavoro subordinato venga



dissimulato un rapporto di rendita vitalizia (una persona viene «retribuita» senza avere promesso e senza svolgere di fatto alcuna prestazione lavorativa). E si danno anche casi di simulazione assoluta: come quello del contratto di lavoro stipulato fittiziamente al solo scopo di consentire allo straniero extracomunitario di ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno (§ 24), oppure al solo scopo della costituzione di una posizione previdenziale presso l'istituto che gestisce l'assicurazione pensionistica obbligatoria.

Sul piano civilistico la simulazione del rapporto di lavoro subordinato non presenta particolarità di rilievo: a norma dell'art. 1414 c.c. il contratto simulato non produce effetti tra le parti, mentre si instaura — se si è trattato di simulazione relativa — il rapporto contrattuale effettivamente voluto; a norma dell'art. 1415 c.c., invece, la simulazione del contratto di lavoro subordinato non può essere opposta al terzo in buona fede (1° c.), quale è l'istituto previdenziale al quale siano stati versati contributi, il quale avrà peraltro facoltà di azzerare la posizione pensionistica indebitamente costituita restituendo i contributi incassati (2° c.). Parimenti è escluso che la simulazione possa essere opposta al creditore del lavoratore apparente che agisca in buona fede per il pignoramento del credito retributivo (art. 1416 c.c.).

**200.** *Le clausole accessorie del contratto: patto di prova, apposizione del termine, patto di non concorrenza (rinvii).* — Nel codice civile il contratto di lavoro subordinato — che pure è ivi tipizzato e compiutamente disciplinato — non viene testualmente nominato. Vengono invece espressamente previste, negli artt. 2096, 2097 (ora abrogato) e 2125, tre pattuizioni suscettibili di essere contenute nello stesso contratto, delle quali si è già fatto cenno (§§ 197 e 198), in materia di periodo di prova, apposizione del termine e vincolo di non concorrenza dopo la cessazione del rapporto.

**201.** *Gli obblighi di informazione a carico del datore di lavoro all'atto della stipulazione del contratto. Il libretto di lavoro e la sua sostituzione con l'anagrafe dei lavoratori.* — L'art. 96 disp. att. c.c., primo comma, impone all'«imprenditore» (ma la disposizione deve intendersi estesa anche al datore di lavoro non imprenditore) di «far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto» (56). La norma non dice come tale comunicazione debba essere compiuta; l'adempimento è avvenuto fino al 2002 mediante la compilazione da parte del datore di lavoro del libretto di lavoro, secondo quanto disposto dalla legge 10 gennaio 1935 n. 112.

Con quella legge era stato posto, già in epoca corporativa, come requisito per la regolarità della costituzione del rapporto il possesso da parte del lavoratore e consegna al datore di lavoro di un documento personale — il libretto di lavoro, appunto — sul quale dovevano essere annotati alcuni dati essenziali concernenti il rapporto stesso: oltre alle generalità e domicilio o sede del datore di lavoro, la qualifica e l'inquadramento attribuiti al prestatore, l'ammontare della retribuzione, le date di assunzione e di cessazione dal servizio (art. 3, n. 4). La stessa legge disponeva che sul libretto venissero annotate anche altre informazioni, che l'evoluzione successiva dell'ordinamento ha poi implicitamente escluso, vuoi per la tutela della libertà sindacale del lavoratore (non deve più, ovviamente, essere annotata l'«associazione professionale alla quale il lavoratore è iscritto»), vuoi perché per le stesse informazioni sono state previste altre forme di registrazione (non è più sul libretto di lavoro che devono essere annotati gli infortuni e le malattie del lavoratore: v. § 215).

L'art. 7 del d.P.R. 7 luglio 2000 n. 442 (col quale è stata esercitata la delega conferita al Governo dall'art. 20 della legge 15 marzo 1997 n. 59) ha poi abrogato l'art. 6 della legge n. 112/1935, «limitatamente agli obblighi ivi previsti, concernenti la consegna del libretto di lavoro all'atto dell'assunzione del lavoratore», e l'art. 8 della stessa legge, che vietava agli uffici di collocamento di iscrivere nelle proprie liste lavoratori non provvisti del libretto, nei casi in cui questo era prescritto: il provvedimento si pone nella prospettiva della costituzione di anagrafi regionali del lavoro (art. 4 del d.P.R.), nelle quali saranno registrati e consultabili da tutti i soggetti legittimamente interessati i dati finora contenuti nel libretto di lavoro; a norma dell'art. 5 del decreto, quando la suddetta anagrafe sarà stata realizzata il libretto di lavoro dovrà essere sostituito da una «scheda professionale», rilasciata ai lavoratori interessati dal servizio pubblico per l'impiego (§ 27), nella quale, «oltre ai dati contenuti nell'elenco anagrafico, [saranno] inserite le informazioni relative alle esperienze formative e professionali e alle disponibilità del lavoratore». Quando questo libro era già in fase di stampa è stato pubblicato il d.lgs. 19 dicembre 2002 n. 297, che ha abrogato integralmente la l. n. 112/1935 disponendo l'attivazione dell'anagrafe del lavoro.

L'obbligo del libretto di lavoro non si applicava ad alcune categorie di lavoratori (art. 1, co. 2°, della legge del 1935 ora abrogata); adesso invece il nuovo decreto impone — art. 6. — per qualsiasi assunzione, così come per qualsiasi mutamento di natura del rapporto, la relativa comunicazione da parte del datore all'ufficio pubblico competente. Il difetto di tale comunicazione non costituisce comunque causa di invalidità del contratto di lavoro, bensì soltanto una irregolarità sanzionata sul piano amministrativo.

Il contenuto dell'obbligo di informazione che grava sul datore di lavoro in occasione della costituzione del rapporto di lavoro è stato notevolmente arricchito dal decreto legislativo 26 maggio 1997 n. 152 (57), in attuazione (tardiva) della direttiva 14 ottobre 1991 n. 533 (58). A norma dell'art. 1 del decreto il datore di lavoro, pubblico e privato, è tenuto a fornire al lavoratore per iscritto (c. 2°), entro trenta giorni dalla stipulazione del contratto (59), oltre alle informazioni che già da tempo la legge n. 112/1935 impone di annotare sul libretto di lavoro, anche il luogo di lavoro o l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi via via diversi, la data di inizio della prestazione e il termine del rapporto (§ 500) o l'indicazione della sua durata a tempo indeterminato, la durata del periodo di prova se previsto (§ 499), l'importo iniziale della retribuzione, i suoi elementi costitutivi, la cadenza del suo pagamento, l'orario di lavoro (§§ 310-311), la durata delle ferie retribuite (§ 343), il preavviso dovuto in caso di recesso (§ 512). L'obbligo non si applica nei rapporti di lavoro di durata non superiore a un mese e con orario pari o inferiore a otto ore settimanali; non si applica altresì nei confronti dei parenti stretti del datore di lavoro (art. 5).

Il secondo comma dell'art. 1 precisa che l'obbligo può essere adempiuto con lo stesso documento con cui il datore di lavoro ottempera all'obbligo di comunicazione dei dati registrati nel libro matricola, previsto dall'art. 9-bis, 3° c., del d. l. 1° ottobre 1996 n. 510, convertito nella legge 28 ottobre 1996 n. 608.

Quando il lavoratore sia destinato a lavorare all'estero, in aggiunta alle informazioni previste dall'art. 1 deve essergli comunicata la durata del periodo di lavoro all'estero, la valuta in cui egli verrà retribuito, gli eventuali trattamenti aggiuntivi che gli saranno riservati in relazione all'invio all'estero, le eventuali condizioni del suo rimpatrio (art. 2). L'art. 3 del decreto stabilisce che debbano essere comunicate per iscritto al lavoratore, entro trenta giorni, anche le modificazioni che vengano apportate alle modalità di svolgimento del rapporto oggetto dell'obbligo di informazione iniziale; disposizione, questa, dalla quale non può certo desumersi il riconoscimento implicito al datore di lavoro di un potere di modifica unilaterale delle modalità stesse: l'obbligo di comunicazione in forma scritta sussiste infatti anche nel caso in cui la modifica sia stata concordata tra le parti in forma verbale o tacita.

Il datore di lavoro che non ottemperi correttamente agli obblighi di informazione, e insista nella contravvenzione anche dopo la diffida della Direzione provinciale del lavoro, è punito da una sanzione amministrativa (art. 4).

Con l'imposizione di questo obbligo di comunicazione scritta dei contenuti essenziali del contratto di lavoro l'ordinamento comunitario, e di riflesso quello italiano, non hanno certamente inteso incidere sulla disciplina della forma del contratto stesso (60), bensì soltanto assicurare la necessaria piena consapevolezza da parte del lavoratore dei suoi diritti, che egli potrebbe altrimenti ignorare e pertanto omettere di far valere: sovente la corretta verbalizzazione dei termini del contratto costituisce una forma di tutela del lavoratore efficace quanto e più della previsione di controlli da parte di soggetti terzi, di natura sindacale o amministrativa.

La giurisprudenza tuttavia precisa, a questo proposito, che, pur essendo la comunicazione del datore di lavoro accompagnata da una presunzione semplice di corrispondenza al contenuto effettivo del contratto, è nondimeno consentito al datore stesso di fornire ogni prova contraria (61).

Un obbligo particolare di informazione nei confronti del lavoratore all'atto dell'assunzione — come in costanza di rapporto — circa tutti i rischi per la sua sicurezza e salute connessi all'attività aziendale, i rischi specifici a cui egli è esposto in relazione alla sua attività individuale e le misure di protezione e prevenzione adottate è posto a carico del datore di lavoro dall'art. 12, 1° c., lett. c, e dell'art. 21 del d.lgs. n. 626/1994 (§ 217).

**202. Annullabilità del contratto per errore o dolo. L'obbligo precontrattuale di informazione corretta a carico del lavoratore.** — Il datore o prestatore che sia stato indotto a stipulare il contratto per errore essenziale sul suo oggetto (§ 195), oppure sulla qualità della controparte, quando l'errore stesso sia riconoscibile da quest'ultima o addirittura da questa causato dolosamente, può chiederne l'annullamento a norma degli artt. 1427-1431 c.c.

Quando si tratti di errore del datore sulla qualità del lavoratore, tuttavia, la giurisprudenza appare orientata nel senso di considerarlo come giustificato motivo o giusta causa di licenziamento, piuttosto che come causa di annullamento del contratto (62). A meno che l'errore sia determinato dall'occultamento deliberato, da parte del lavoratore, di un dato essenziale circa la propria idoneità al lavoro, come nel caso del lavoratore che durante la negoziazione del contratto dichiara il falso circa i propri precedenti professionali (ad esempio, indichi tra le proprie esperienze una professione o un mestiere mai svolto). Il lavoratore non è, però, tenuto a informare la controparte con cui stia trattando una possibile assunzione su circostanze che, pur rilevanti per lo svolgimento del rapporto, non possono costituire motivo di discriminazione (§ 166) né oggetto di indagine da parte del potenziale datore di lavoro (§ 447): tra queste, ad esempio, l'intenzione di candidarsi alle prossime elezioni politiche o amministrative, i progetti matrimoniali, lo stato di gravidanza (63).

Secondo una recente sentenza della Corte di Cassazione, l'annullabilità del contratto può anche essere opposta dal datore di lavoro come eccezione a una pretesa del lavoratore fondata sul contratto stesso, senza necessità che vi si accompagni una domanda giudiziale di annullamento (64).

**203. L'esecuzione del contratto di lavoro invalido: art. 2126 c.c.** — Quando il contratto è invalido, ma nonostante la prestazione lavorativa viene di fatto eseguita e ricevuta, a norma dell'art. 2126 c.c. il lavoratore matura tutti i diritti che sarebbero altrimenti derivati dal contratto se esso fosse stato valido, in relazione al segmento temporale nel quale il rapporto si è svolto: retribuzione, contribuzione previdenziale in relazione ad essa, voci di retribuzione differita (ratei di mensilità aggiuntive, accantonamenti per il trattamento di fine rapporto), e quant'altro previsto, oltre che dal contratto stesso, dalla legge o dal contratto collettivo applicabile (65) (una norma sostanzialmente identica è posta dalla convenzione internazionale O.I.L. n. 143/1975 — §§ 23 e 24 — in riferimento alla posizione dei lavoratori immigrati irregolari) (66). Questa regola, però, non si applica laddove l'invalidità del negozio sia conseguenza dell'illiceità del suo oggetto (§ 195) o della sua causa (§ 196).

La norma in questione non può essere assunta a fondamento di una concezione acontrattualistica del rapporto, nella quale il puro e semplice fatto dello svolgimento di una prestazione lavorativa inserita nell'organizzazione aziendale altrui si configuri come fonte di un rapporto giuridico di lavoro: al contrario, dalla formulazione dell'art. 2126 si trae conferma della necessità dell'esistenza di un contratto, ancorché invalido, affinché il lavoratore maturi i diritti corrispondenti alla prestazione di fatto resa; e comunque la norma regola gli effetti del rapporto svoltosi di fatto tra le parti soltanto per il passato, non derivando da essa alcuna obbligazione di lavoro, né alcuna obbligazione retributiva, per il tempo futuro (67). È dunque, anche in questo caso, a un assetto di interessi programmato dalle parti che può e deve farsi riferimento sia per la qualificazione della prestazione come subordinata o autonoma (§§ 82-87), sia per la determinazione del trattamento corrispettivo a carico del datore di lavoro (68). Viceversa, nel puro e semplice svolgimento di un'attività lavorativa *invito domino* non si configura la fattispecie di cui all'art. 2126, bensì il caso del *contratto inesistente*, dalla cui «esecuzione di fatto» non può derivare al lavoratore alcun diritto, salva — ricorrendone i particolari presupposti — l'azione di indebito arricchimento (69).

È comunque pacifico che gli effetti della prestazione di fatto previsti dall'art. 2126 non si spingono a conferire al prestatore alcun diritto alla prosecuzione del rapporto (70): donde la possibilità per il datore di lavoro «putativo» di porvi termine con un atto di rifiuto, che, a stretto rigore, non può qualificarsi come «licenziamento», poiché questo presupporrebbe l'esistenza di un contratto valido da cui il datore unilateralmente receda (71), e non dovrebbe pertanto considerarsi assoggettato all'onere del preavviso.

L'esclusione di qualsiasi diritto del «dipendente di fatto» alla stabilizzazione della propria posizione contrattuale è enunciata esplicitamente in modo molto reciso — per motivi facilmente comprensibili — dal secondo comma dell'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 in riferimento al rapporto di lavoro pubblico: «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni» (72). Il secondo comma prosegue riconoscendo al lavoratore il diritto al «risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative»: norma, questa, che è stata interpretata nel senso di un beneficio aggiuntivo rispetto alla retribuzione dovuta secondo la regola generale del codice civile, volto per un verso a «compensare l'inapplicabilità delle tecniche di conversione o trasformazione del contratto di lavoro nullo operanti nel settore privato», per altro verso a costituire un deterrente contro comportamenti spregiudicati da parte dei responsabili delle amministrazioni pubbliche, sui quali l'amministrazione ha l'obbligo di rivalersi in tutti i casi di loro dolo o colpa grave (73).

**204. Il contratto preliminare di lavoro e il concorso.** — Datore e prestatore possono stipulare un contratto contenente un vincolo bilaterale, oppure unilaterale (promessa di assunzione), alla stipulazione di un futuro contratto di lavoro definitivo (74). Il contratto preliminare deve, a pena di nullità per indeterminatezza del contenuto, individuare in modo sufficiente gli elementi essenziali del contratto definitivo (75). Esso deve inoltre possedere gli eventuali requisiti di forma necessari per la validità del contratto di lavoro definitivo (§ 197).

Qualora una delle parti si sottragga all'obbligo assunto con un valido contratto preliminare, l'altra parte ha la scelta tra agire per il risarcimento del danno e chiedere una sentenza costitutiva del contratto a norma dell'art. 2932 c.c.

Un discorso analogo — anzi, per diversi aspetti identico — a quello relativo al contratto preliminare può svolgersi in riferimento al bando di concorso, col quale il titolare di un'azienda offre al pubblico uno o più posti di lavoro, stabilendo liberamente i criteri di selezione (76). Da questo atto unilaterale nascono per chi lo ha compiuto gli obblighi di svolgere il concorso in modo corretto e corrispondente ai criteri ivi indicati, di informare chi vi ha partecipato dei criteri di selezione e dei relativi risultati (§ 461), nonché di procedere nei termini previsti alla stipulazione del contratto con questi: obblighi al cui inadempimento consegue la responsabilità risarcitoria nei confronti dei rispettivi creditori (77). Nel caso di svolgimento scorretto del concorso, che non consenta di individuare chi sarebbe risultato vincitore qualora la scorrettezza non fosse stata commessa, la giurisprudenza prevalente tende a individuare il danno nella «perdita di possibilità (*chance*) di assunzione», che viene determinato moltiplicando il danno da mancata assunzione per la probabilità di esito favorevole del concorso per il lavoratore interessato (78).

Sono ovviamente nulle le clausole del bando di concorso nelle quali sia ravvisabile un contenuto discriminatorio, o comunque contrario a disposizioni inderogabili di legge, quali soprattutto le norme che vietano di attribuire rilevanza ad aspetti della vita privata del lavoratore privi di incidenza sulla sua attitudine professionale (§ 447) (79).

- (1) V. in proposito §§ 81, 82 e 83; ivi particolarmente le note 22 e 36, dove, in tema di qualificazione del rapporto, per la tesi acontrattualistica sono citati gli scritti di P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939; S. Pugliatti, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, RGL, 1954, I, pp. 135-152; R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1963; A. Torrente, *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Torino, 1966; P. Petino, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968. Per la costruzione contrattualistica del rapporto sono invece citati F. Pergolesi, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942; L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1947; L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949; L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, e *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972; S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc dir*, XXIII, 1973; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981<sup>32</sup>, p. 124; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 1982; M. Grandi, *Rapporto di lavoro*, *Enc dir*, XXXVIII, 1987. A questi si aggiungono ora L. Castelvetti, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Milano, 2001; B. Veneziani, *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione ecc.*, DLRI, 2002, pp. 39-83.
- (2) In proposito Cass. 16 maggio 2000 n. 6350 (NGCC, 2001, p. 280, con nota di M. Basile, *Sull'efficacia dell'assunzione di un lavoratore in un sindacato compiuta da dirigente periferico privo del potere di rappresentarlo*) precisa che «in mancanza di ogni forma di pubblicità sui poteri di rappresentanza secondo l'ordinamento interno delle associazioni non riconosciute, per i terzi, ai quali sia obiettivamente impossibile verificare i poteri rappresentativi della controparte, non può che operare il principio dell'apparenza, in base al quale il convincimento, non derivante da errore colpevole, di trovarsi in presenza di persona legittimata a impegnare l'associazione è sufficiente alla valida stipulazione del contratto e al sorgere delle conseguenti obbligazioni sia per il terzo stipulante sia per l'associazione non riconosciuta» (in motivazione, p. 281).
- (3) V. per tutti E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, p. 120. Sui problemi inerenti al «contratto di lavoro altrui», ovvero all'interposizione nelle prestazioni di lavoro, v. §§ 119-144.
- (4) Originariamente, l'art. 2 c.c. fissava al compimento del ventunesimo anno la maggiore età (c. 1°), con la conseguente acquisizione della capacità di agire (c. 2°); a norma dell'art. 3, invece, la capacità di agire primaria e secondaria in materia di lavoro era attribuita al minore che avesse compiuto il diciottesimo anno, «salve le leggi speciali che [stabilissero] un'età inferiore».
- (5) La convenzione è entrata in vigore il 19 giugno 1976 ed è stata ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento nazionale con la legge 10 aprile 1981 n. 157. Nell'ordinamento internazionale rileva anche la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo 20 novembre 1989, che riconosce al minore di 18 anni, oltre al diritto a un'azione dello Stato volta a «rendere l'istruzione primaria gratuita e obbligatoria per tutti» e «l'istruzione superiore accessibile a tutti sulla base della capacità» (art. 28), il diritto «ad essere protetto contro lo sfruttamento economico e qualsiasi tipo di lavoro rischioso o che interferisca con la sua educazione o che sia nocivo per la sua salute o per il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale» (art. 32).
- (6) Come modificato dall'art. 5 del d.lgs. 4 agosto 1999 n. 345.
- (7) In proposito v. P. Olivelli, *Il lavoro dei giovani*, Milano, 1981, pp. 185-189.
- (8) Art. 1, c. 1°: «A decorrere dall'anno scolastico 1999-2000 l'obbligo di istruzione è elevato da otto a dieci anni. ... In sede di prima applicazione, fino all'approvazione di un generale riordino del sistema scolastico e formativo, l'obbligo di istruzione ha durata novennale. Mediante programmazione da definire nel quadro del suddetto riordino, sarà introdotto l'obbligo di istruzione e formazione fino al diciottesimo anno di età, a conclusione del quale tutti i giovani possano acquisire un diploma di scuola secondaria superiore o una qualifica professionale».
- (9) Nel decreto attuativo della legge n. 9/1999 (d.m. 9 agosto 1999 n. 323), infatti, viene ribadito il limite dei 15 anni come età minima per l'ammissione al lavoro. Nello stesso decreto si legge che l'obbligo scolastico si assolve con la frequenza delle scuole secondarie superiori, la quale deve portare, di norma, almeno alla promozione al secondo anno; il minore che non abbia conseguito questa promozione al compimento del quindicesimo anno di età è prosciolto dall'obbligo quando abbia frequentato la scuola complessivamente per almeno nove anni.
- (10) Sul versante della formazione professionale, l'art. 68 della legge 17 maggio 1999 n. 144 prevede che sia «progressivamente istituito, a decorrere dall'anno 1999-2000, l'obbligo di frequenza di attività formative fino al diciottesimo anno di età» per tutti gli ultraquindicenni che abbiano adempiuto l'obbligo scolastico ma non abbiano ancora compiuto il diciottesimo anno: l'obbligo formativo previsto dalla nuova norma può essere assolto o con la frequenza di corsi professionali regionali o attraverso l'apprendistato in azienda: in quest'ultimo caso è previsto un aumento a 240 ore della durata minima dei corsi di insegnamento complementare extra-aziendale.
- (11) Esclude la nullità del contratto di lavoro stipulato dal minore per intrinseca illiceità dell'oggetto Cass. 23 dicembre 83 n. 7605, mass. In proposito v. l'accento dubitativo di G. Loy, *Giovani, Digesto IV, Sez. Comm.*, VI, 1991, p. 422.
- (12) F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981<sup>32</sup>, pp. 130-132, dove tuttavia l'A. riconosce la capacità di stipulare validamente il contratto di lavoro, come atto di ordinaria amministrazione, al minore emancipato per effetto del matrimonio e al maggiorenne inabilitato; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 206: «La regola generale è quella dell'acquisto della capacità di agire a diciott'anni. Le norme che prevedono per alcune capacità l'acquisto ad età diversa introducono eccezioni alla regola e non possono pertanto essere estese a casi diversi da quelli previsti». A questa tesi aderisce anche E. Pasqualetto, *La capacità di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, dir. da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Torino, 1998, pp. 388-389. Nello stesso senso, in riferimento alla norma del codice civile nella sua formulazione originaria, L. Riva Sanseverino, *Corso di diritto del lavoro*, Padova, 1941, pp. 194-196. In giurisprudenza si segnala P. Oderzo 30 giugno 1988, (L80, 1989, p. 430), nella quale è stata sostenuta l'annullabilità del patto di prova stipulato dal minore all'atto della costituzione del rapporto in forma scritta, ma non del contratto di lavoro, per il quale la forma scritta non era necessaria e al quale i genitori esercenti la patria potestà avevano prestato consenso per fatti concludenti.
- (13) R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000<sup>5</sup>, p. 90: «considerato che nell'esecuzione della prestazione lavorativa rimane coinvolta la persona con tutti i suoi interessi ed esigenze, riesce difficile ammettere che il rapporto di lavoro possa costituirsi e proseguire senza l'adesione del lavoratore. Ragione per cui la funzione dell'esercente la patria potestà o del tutore pare destinata a ridursi qui all'altra di assistenza o integrazione della volontà del lavoratore in età minorile».
- (14) G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1991<sup>4</sup>, p. 384: «In pratica, v'è così coincidenza tra capacità giuridica e capacità d'agire. Ne risulta così superato il problema che prima divideva la dottrina»; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 2, pp. 121-122; G. Ferraro, *I contratti di lavoro*, 1998<sup>2</sup>, p. 29 («salvo che nei casi in cui l'intervento del genitore o di altro rappresentante legale) sia espressamente previsto da norme speciali, come avviene ad es. per il lavoro artistico»).
- (15) E. Pasqualetto, *La capacità di lavoro*, cit. nella nota 12, p. 389; ivi ulteriori riferimenti dottrinali conformi.
- (16) In questo senso v. P. Olivelli, *Il lavoro dei giovani*, cit. nella nota 7, pp. 112-115.
- (17) Parte delle tutele disposte dalla legge n. 977/1967 era originariamente estesa anche alle lavoratrici in quanto tali, indipendentemente dall'età (come già in precedenza parte delle tutele disposte dalla legge 26 aprile 1934 n. 653); tale estensione deve oggi considerarsi abrogata implicitamente dalla legge 9 dicembre 1977 n. 903 e dalle direttive comunitarie n. 117/1975 e n. 207/1976 (§ 166), secondo l'interpretazione che ne è data dalla Corte di Giustizia, la quale esclude la legittimità di differenziazioni della disciplina protettiva per il lavoro femminile, salve soltanto quelle riferite alla gravidanza e maternità (§§ 171 e 402-407).
- (18) V. in proposito P. Olivelli, *op. cit.* nella nota 7, pp. 185-189.
- (19) Sulla natura giuridica, la funzione e gli effetti dell'iscrizione nella matricola v. L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in *q. Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1996, pp. 163-174.

- (20) Più restrittiva la Convenzione O.I.L. n. 58/1936, ratificata dall'Italia mediante la legge 2 agosto 1952 n. 1305, che consentiva l'occupazione di minori di 15 anni soltanto a bordo di navi «sulle quali sono impiegati i soli membri di una medesima famiglia».
- (21) I secondi commi di entrambi gli articoli precisano peraltro che «la revoca del consenso ... da parte dell'esercente la [patria] potestà o la tutela fa cessare la capacità del minore alla stipulazione di contratti [di arruolamento o di lavoro aereo], ma non lo priva della capacità di esercitare i diritti e le azioni che derivano da contratti precedentemente stipulati, né della capacità di prestare, fino al compimento del viaggio in corso, il proprio lavoro in esecuzione del contratto».
- (22) In senso contrario, su questo punto, v. però E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 2, p. 122, nt. 17.
- (23) V. in questo senso C. Lega, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1948: «la locuzione del legislatore di "oggetto possibile" (art. 1346 c.c.) ... viene a combaciare di fatto nel contratto di lavoro con l'altra di "prestazione possibile". È facile poi osservare che si deve trattare di prestazioni umanamente attuabili, non solo in senso assoluto, ma anche in relazione all'ambiente di lavoro e all'individuo che deve svolgerle» (p. 172); P. Olivelli, *Il lavoro dei giovani*, cit. nella nota 7, pp. 201-204, dove si parla di nullità per illiceità dell'oggetto del contratto stipulato dal minore (ma il ragionamento proposto dall'A. può essere riferito a qualsiasi lavoratore) nelle situazioni in cui l'ordinamento impone la presunzione del suo difetto di capacità naturale; G. Loy, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993, p. 58 (sulle nozioni di «soglia minima di capacità lavorativa» e di «capacità lavorativa qualificata», v. in questa monografia, pp. 77-111). Parla invece di «inefficacia» del contratto stipulato con il lavoratore naturalmente incapace della prestazione — nel senso che il contratto, in sé valido, sarebbe impedito a produrre i propri effetti — G. Suppiej, *Capacità di lavoro*, *Enc. dir.*, VI, 1960, pp. 48-53; Id., *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 212-232 (partic. p. 230).
- (24) Concorda con la dottrina prevalente, che parla a questo proposito di impossibilità della prestazione, G. Suppiej, *op. cit.* nella nota 1: «Si dovrà dunque escludere che possa essere obbligato a un lavoro da scrivano il cieco come l'analfabeta; rispetto all'obbligazione di suonare il violino in un'orchestra è identica la posizione di chi non abbia studiato musica e di chi sia privo di una mano. La distinzione fra incapacità psicofisica e incapacità tecnica ... non ha, in materia, rilevanza giuridica» (p. 220).
- (25) Per questo orientamento più rigoroso v. P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pp. 217-220; L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, *RDCComm*, 1954, I, pp. 198-199 e ivi nt. 53; F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pp. 32-39.
- (26) Non è, del resto, necessaria la colpa affinché si determini l'inadempimento: v. ancora L. Mengoni, *op. ult. cit.*, pp. 195-196, dove si osserva come nel brocardo, attribuito dal *Digesto* a Celso, la parola *culpa* sia frutto di un'interpolazione.
- (27) Cfr. ancora G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, dove il detto orientamento giurisprudenziale è richiamato alla p. 224, nt. 132. Si registrano, però, anche sentenze di segno diverso: ad esempio, l'inefficienza del lavoratore alle mansioni contrattuali è qualificata come inadempimento giustificante il licenziamento da Cass. 20 novembre 2000 n. 14964 (*NGL*, 2001, p. 343), dove si discute di un caso nel quale «il licenziamento non si ricollega a un ... comportamento negligente del lavoratore, sibbene a una sua originaria carenza di preparazione specifica in relazione ai compiti a lui affidati»; la motivazione della sentenza prosegue osservando che nel caso in esame «non ha senso il richiamo alla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, poiché l'inidoneità a svolgere i compiti affidati comporta un inadempimento che, pur se non riconducibile a un comportamento negligente ... ben giustifica il recesso dal rapporto di lavoro».
- (28) Per la critica di questa tesi v. F. Mancini, *La responsabilità contrattuale ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 34-39. V. inoltre Cass. 26 giugno 1980 n. 4031, *NGL*, 1980, p. 170: «È da escludere che la maggiore o minore perizia, ossia la capacità tecnica del prestatore di lavoro, rientri tra i rischi d'impresa, nel senso che il mancato accertamento preventivo di tale capacità precluda al datore di lavoro qualunque futura pretesa per l'inadempimento della prestazione lavorativa derivante dall'imperizia del dipendente».
- (29) Nel senso della *annullabilità* del contratto per vizio del consenso, quando il datore di lavoro sia caduto in errore circa le attitudini e capacità professionali, essenziali ai fini dello svolgimento delle mansioni dedotte nel contratto stesso e fin dall'inizio non possedute dal prestatore, v. recentemente T. Milano 17 marzo 2000 n. 747 (sintesi della motivazione in *Giust. Milano*, 2000, p. 94, dove sono citate come conformi Cass. n. 5858/1982, Cass. n. 7575/1983 e 10718/1993).
- (30) Sul caso del difetto di permesso di soggiorno di cittadino extra-comunitario v. *infra*, in questo paragrafo e nota 32.
- (31) V. in questo senso S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc. dir.*, XXIII, 1973, pp. 398-399.
- (32) In questo senso v. recentemente Cass. 11 luglio 2001 n. 9407, cit. nella nota 182 al § 516.
- (33) Sull'annullabilità (anche) delle dimissioni rassegnate dal lavoratore affetto da incapacità naturale di agire v. ultimamente T. Milano 22 novembre 2000, *D&L*, 2001, p. 226. V. inoltre, più ampiamente, § 496.
- (34) V. in proposito G. Pera, *Il lavoro dei malati di mente*, *GTosc*, 1971, pp. 150-155, dove viene citata adesivamente P. Salò 31 gennaio 1970, con la quale erano stati qualificati come rapporti di lavoro subordinato normali i rapporti instaurati da un'impresa manifatturiera con un centinaio di malati di mente ricoverati in un ospedale psichiatrico.
- (35) Cfr. R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 13, p. 91. V. in proposito anche quanto si è detto nel § 191 a proposito del contratto stipulato dall'esercente la patria potestà a nome e per conto del lavoratore minorenni.
- (36) V. per tutti in questo senso S. Magrini, *Lavoro*, cit. nella nota 31, p. 398; e ultimamente E. Pasqualetto, *Requisiti del contratto*, in *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 12, p. 384.
- (37) Nel senso della nullità del contratto di lavoro nel quale sia stata pattuita come retribuzione una futura adozione, con conseguente istituzione di erede del lavoratore adottato, v. Cass. 10 aprile 1964 n. 835, *GC*, 1964, I, p. 1605, con nota di E. Ciaccio, *Effetti del contratto di lavoro stipulato con promessa di adozione e di istituzione di erede*; *RGL*, 1964, II, p. 320, nonché p. 558, con nota di G. Pera, *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione* (il quale ravvisa in questo caso «la nullità, parziale, dell'oggetto o meglio la nullità, parziale, della prestazione dedotta in funzione corrispettiva, per impossibilità giuridica della clausola; la nullità, in virtù del principio posto nell'art. 2126, può operare solo *ex nunc*, restando salvo il periodo di esecuzione del rapporto di lavoro, con l'ulteriore conseguenza che, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale, ben poteva il giudice procedere all'adeguamento della retribuzione, se è vero che questa determinazione integrativa costituisce la logica conseguenza delle nullità parziali del contratto»: p. 564). Sulla stessa sentenza v. inoltre l'ampio studio di P. Rescigno, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, *MGL*, 1965, p. 409, che può leggersi ora nella raccolta di scritti dello stesso A., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 233-269.
- (38) Cfr. sul punto G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 238; S. Rigon, *L'invalidità del contratto*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, cit. nella nota 12, p. 489.
- (39) V. in proposito nota 50 al § 85.
- (40) Orientata nel senso della nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto: v. in proposito § 193 e ivi particolarmente note 23 e 24. Per alcune sentenze nelle quali è stata ritenuta invece, in casi di questo genere, l'annullabilità del contratto per vizio del consenso v. nota 29.
- (41) Per una rassegna di casi nei quali si è ravvisata una illiceità dell'oggetto del contratto in conseguenza del difetto di autorizzazione del lavoratore allo svolgimento di una determinata attività, v. L. Riva Sanseverino, *Disciplina delle attività professionali*, *CommSB*, 1986<sup>6</sup>, p. 807 e ivi nt. 2. Per numerosi riferimenti dottrinali sul punto v. S. Magrini, *Lavoro*, cit. nella nota 31, p. 399, nt. 172.
- (42) G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 237. Lo stesso A. sostiene qui la tesi della nullità, per indeterminatezza dell'oggetto, anche del contratto con cui venga assunto un lavoratore «tuttofare», cioè con assegnazione di una ampia gamma di mansioni, appartenenti a qualifiche diverse: tesi che non mi sembra condivisibile, per i motivi esposti nel § 294.
- (43) F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959<sup>6</sup>, pp. 184-185; Id., *Nozioni di diritto del lavoro*, cit. nella nota 12, p. 147; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 174.
- (44) L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit. nella nota 1, pp. 463-464. In riferimento specifico all'art. 2126 c.c. v. sul punto anche P. Rescigno, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, cit. nella nota 37, pp. 243-249 della nuova edizione; e, in giurisprudenza, Cass. 12

novembre 2002 n. 15880, in corso di pubbl. in *RIDL*, 2003, fasc. 2.

(45) S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, cit. nella nota 31, pp. 398-399.

(46) Cfr. S. Magrini, *op. ult. cit.*, p. 398.

(47) V. per tutti C. Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, p. 87; G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 150-151; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1969<sup>3</sup>, p. 429 (v. pero', dello stesso A., *Il contratto di lavoro nel sistema italiano del lavoro*, Firenze, 1954<sup>2</sup>, pp. 322-323); G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 240; S. Magrini, *op. ult. cit.*, p. 401; e ultimamente E. Pasqualetto, *La forma*, in *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 12, p. 390.

(48) Anche la direttiva comunitaria n. 533/1991, che prevede tali obblighi, conferma all'art. 6 che essi non pregiudicano «le legislazioni e/o le prassi nazionali ... in materia di forma del contratto o del rapporto di lavoro», nonché di «regime delle prove di esistenza e del contenuto del contratto o del rapporto di lavoro».

(49) Sulla stipulazione mediante comportamento concludente, oltre all'opera di C. Smuraglia cit. nella nota 47, v. R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966, pp. 646-648.

(50) A norma dell'art. 329 c. nav., «Se l'arruolamento ha luogo all'estero, in località che non è sede di autorità consolare, il contratto deve, a pena di nullità, essere stipulato per iscritto, alla presenza di due testimoni, i quali vi appongono la propria sottoscrizione».

(51) E. Pasqualetto, *op. ult. cit.*, p. 392, indica come eccezione tuttora vigente alla regola della libertà di forma, in materia di lavoro, anche la norma contenuta nella legge 16 giugno 1907 n. 337, che imponeva la forma scritta a pena di nullità per il contratto di lavoro a squadra in risaia; vi è tuttavia motivo di dubitare che quel contratto sia ancora consentito nel nostro ordinamento, dopo l'entrata in vigore della legge n. 1369/1960 (§ 122).

(52) Una clausola collettiva di questo genere, contenuta nel contratto collettivo corporativo 15 maggio 1928 per i viaggiatori e piazzisti, è stata interpretata nel senso della necessità della forma scritta soltanto *ad probationem* da Cass. 3 ottobre 1991 n. 10306; nel senso, invece, della necessità della forma scritta *ad substantiam* v. Cass. 13 giugno 1990 n. 5731, mass.

(53) V. in questo senso G. Ferraro, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, *DLRI*, 1989, p. 575, dove detta clausola collettiva è considerata «puramente descrittiva di una formalizzazione auspicabile», in considerazione dell'«assurdità degli effetti che [altrimenti] ne scaturirebbero, essendo da escludere che una disciplina di tutela .. possa ritorcersi a danno dei lavoratori assistiti dalle organizzazioni sindacali»; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998, p. 60.

(54) Nel senso della necessità *ad substantiam actus* della forma scritta richiesta per il contratto individuale di lavoro dal contratto collettivo v. F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, p. 144; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 242; L. Mengoni, *Il contratto di lavoro ecc.*, cit. nella nota 1, p. 460.

(55) Cfr. G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963: «Sulla conformazione della prestazione dovuta domina, sovrana, l'autonomia della volontà delle parti» (p. 102). Per un censimento dei possibili contenuti della pattuizione individuale tra datore e prestatore e l'analisi delle differenti regole che disciplinano il consenso, nelle diverse materie, v. ultimamente M.N. Bettini, *Il consenso del lavoratore*, Torino, 2001.

(56) V. in proposito L. Castelvetti, *Libertà contrattuale e subordinazione*, cit. nella nota 1, pp. 66-78. Secondo Cass. 13 febbraio 1998 n. 1530 (*RIDL*, 1998, II, p. 450, con nota di E. Gragnoli, *Mutamento delle mansioni e informazione del lavoratore*) è legittimo il differimento della comunicazione delle mansioni assegnate al momento di inizio dell'attività lavorativa, quando esso non coincida con la stipulazione del contratto.

(57) V. in proposito ancora L. Castelvetti, *Libertà contrattuale e subordinazione*, cit. nella nota 1, pp. 87-122. Sugli altri obblighi di informazione gravanti sul datore di lavoro, in costanza di rapporto, v. § 461. V. inoltre E. Gragnoli, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996, dove però non è trattato l'obbligo di informazione imposto dall'ordinamento al datore di lavoro nella fase della costituzione del rapporto.

(58) V. in proposito M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 1995, pp. 237-240 (dove si osserva come la direttiva, voluta soprattutto in funzione della tutela dei c.d. «lavoratori atipici», veda in realtà il proprio campo di applicazione limitato — salva diversa opzione degli ordinamenti nazionali — ai rapporti di lavoro subordinato di durata superiore al mese e a carattere non occasionale); M. Marando, *L'obbligo di informazione sulle condizioni di impiego: la direttiva 91/533/Cee e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, *OGL*, 1998, pp. 40-52; M. Papaleoni, *Spigolature su alcuni recenti provvedimenti normativi in materia di lavoro (L. 24 giugno 1997 n. 196; d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152)*, *MGL*, 1997, p. 756.

(59) Dovendo così interpretarsi l'espressione «dalla data dell'assunzione», contenuta nel primo comma dell'art. 1: tra le informazioni dovute rientra infatti anche la «data di inizio del rapporto di lavoro» (lett. c), da intendersi come data di inizio della prestazione lavorativa (l'art. 3 della direttiva comunitaria, però, indica come scadenza per l'adempimento dell'obbligo di consegna al lavoratore della comunicazione scritta il termine di due mesi «dall'inizio del suo lavoro»). L'obbligo di comunicazione in un momento diverso dalla stipulazione del contratto sussiste, ovviamente, soltanto nel caso in cui il contratto stesso non sia stipulato in forma scritta o non contenga le informazioni alle quali il lavoratore ha diritto (art. 1, c. 2°).

(60) V. § 197 e ivi nota 48.

(61) C. Giust. 4 dicembre 1997 (nelle cause nn. 253-258/1996, *Kampelmann*), *RIDL*, 1998, II, p. 429, con nota di E. Gragnoli, *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*; *OGL*, 1998, app., p. 29, con nota di M. Marando, cit. nella nota 58; *MGL*, 1998, p. 76, con nota di A. Pelaggi, *Il valore probatorio della comunicazione scritta sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro*; può leggersi inoltre in *FI*, 1998, IV, c. 262, e *DL*, 1998, II, p. 124. Nel senso della non incidenza della direttiva n. 533/1991 sul regime dell'onere probatorio stabilito dall'ordinamento nazionale v. anche C. Giust. 8 febbraio 2001 nella causa n. 350/99, *Lange c. Schuenemann*, *DL*, 2001, II, p. 138.

(62) Per un caso di contratto stipulato sulla base di documenti falsificati dal lavoratore, nel quale peraltro la frode non è stata ritenuta sufficiente a giustificare neppure il licenziamento, in considerazione del lasso di tempo trascorso, v. Cass. 1° febbraio 1995 n. 1170, *RIDL*, 1995, II, p. 633, con nota di V. Marino, *Rapporto costituito per effetto del dolo del dipendente e licenziamento*.

(63) In questo senso, in riferimento a un caso di mancata informazione circa lo stato di gravidanza, v. C. Giust. 4 ottobre 2001, causa n. 109/2000, *Tele Danmark c. Handels-og Kontorfunktionærernes, D&L*, 2002, p. 299. E ultimamente Cass. 6 luglio 2002 n. 9864, *MGL*, 2002, p. 654, con nota di D. Gottardi, *La tutela della maternità nel contratto a tempo determinato*.

(64) Cass. 29 luglio 2002 n. 11182, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003, II, fasc. 2.

(65) Cfr. Cass. 22 dicembre 1987 n. 9615, *GC*, 1988, I, p. 2046.

(66) Art. 9: «Senza pregiudizio delle misure destinate al controllo dei movimenti migratori ... il lavoratore migrante deve, nei casi in cui detta legislazione non sia rispettata e in cui la propria posizione non possa essere regolarizzata, beneficiare, per se stesso e per i familiari, della parità di trattamento per quanto riguarda i diritti derivanti da occupazioni anteriori, in fatto di retribuzione, di previdenza sociale e di altre facilitazioni».

(67) L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit. nella nota 1, pp. 498-502 e partic. 501. Per la giurisprudenza in proposito v. nota 70.

(68) Parla in proposito di «sanatoria» del negozio invalido R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966, pp. 771-772; v., sostanzialmente nello stesso senso, M. Dell'Olio, *La prestazione di fatto di lavoro subordinato*, Padova, 1970, partic. pp. 90-94; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, pp. 251-255. Parla invece, a proposito dell'art. 2126 c.c., di sostituzione della disciplina legale alla disciplina convenzionale F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 165-168.

(69) V. sul punto F. Mazzioiti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, p. 223. Su di un caso di questo genere v. Cass. 14 settembre 1965 n. 2001, *MGL*, 1965, p. 434: «Se le maestranze occupino la fabbrica ed estromettano l'imprenditore, il rapporto di lavoro non corre più sul piano della bilateralità contrattuale, ma si svolge in obbedienza ad una sorta di utile gestione *prohibente domino* che, per l'arbitrarietà e l'anomalia della sua origine e per la sua abnorme esecuzione, non può costituire fonte di una legittima pretesa retributiva sul piano delle obbligazioni nascenti dal contratto. L'azione di indebito arricchimento è ammissibile quando risulti che l'attività lavorativa che ha determinato l'ingiusta locupletazione dell'imprenditore sia stata prestata malgrado il divieto del datore di lavoro e, quindi, senza alcun corrispettivo».

(70) V. per tutte Cass. 28 giugno 1986 n. 4341, *GC*, 1987, I, p. 2667; Cass. 24 gennaio 1987 n. 865, *RGL*, 1987, II, p. 58; Cass. 19 luglio 1994

- n. 6723, *MGL*, 1994, p. 563. Nello stesso senso, in riferimento al caso del lavoratore extra-comunitario ingaggiato senza permesso di lavoro, v. ultimamente T. Parma 28 settembre 2000, *D&L*, 2001, p. 222, con nota critica di L. Neri, cit. nella nota seg. Per la dottrina in proposito v. nota 67.
- (71) Ma v. in proposito L. Neri, *La resurrezione del libero licenziamento per il lavoratore extracomunitario «non regolarmente soggiornante»*, *D&L*, 2001, pp. 222-224.
- (72) In argomento v. C. Zoli, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, *ADL*, 2001, pp. 469-501.
- (73) V. ancora C. Zoli, *op. cit.* nella nota prec. pp. 483-485. In proposito v. però la lettura della norma parzialmente diversa, proposta da L. de Angelis, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, in corso di pubblicazione in *D&L*, 2002.
- (74) Nel senso della configurabilità di un valido contratto preliminare di lavoro v. Cass. 2 novembre 1998 n. 10961, *RIDL*, 1999, II, p. 516, con nota di G. Zilio Grandi, *Assunzione mediante contratto preliminare di lavoro, mancato adempimento e risarcimento del danno conseguente: brevi annotazioni*. V. inoltre R. De Lorenzis, *Il contratto preliminare di lavoro*, *GLav*, 2002, n. 18, pp. 18-21 (ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).
- (75) Cfr. per tutti sul punto A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, pp. 474-476.
- (76) Per la qualificazione del concorso privatistico come offerta al pubblico ex art. 1336, 1° c., c.c., di contenuto libero anche per ciò che riguarda i criteri di selezione, v. tra le molte Cass. 10 gennaio 1986 n. 63, *GI*, 1986, I, 1, c. 742; Cass. 6 ottobre 1995 n. 10500, *GI*, 1997, I, 1, c. 258. Sulla insindacabilità dei criteri di selezione adottati dal datore di lavoro — e quindi, a maggior ragione, della scelta dei contenuti del test a cui i candidati vengono sottoposti durante il concorso — v. Cass. 13 giugno 2002 n. 8488, *GLav*, 2002, n. 34, p. 32.
- (77) Giurisprudenza costante: v. per tutte, ultimamente, Cass. 9 novembre 2001 n. 13922, *OGL*, 2001, p. 759, e *MGL*, 2002, p. 238, con nota di E. Minale Costa, *Giudizio positivo di idoneità professionale e mancata assunzione del lavoratore* (ivi gli ulteriori numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali); Cass. 14 dicembre 2001 n. 15810, *OGL*, 2002, p. 52.
- (78) V. in proposito note 148 e 149 al § 297.
- (79) Per un caso in cui è stata dichiarata nulla la clausola di un bando di concorso che attribuiva la precedenza nell'assunzione ai parenti di dipendenti della stessa impresa, v. Cass. 19 gennaio 2002 n. 570, *OGL*, 2002, p. 66, e *D&L*, 2002, p. 343.