

Università degli Studi “La Sapienza” di Roma



Tesi di Dottorato

LE RINUNZIE E LE TRANSAZIONI DEL LAVORATORE

di

Pietro Cesare Vincenti

Tutor

Ch.mo Prof. Edoardo Ghera

Ciclo XX - Anno 2008

“(...) noi vogliamo parlare del posto che spetta al lavoro umano nell’ordine sociale e nel pensiero giuridico; di un sistema attuale e positivo del diritto del lavoro, di una dottrina che gli appronti l’ausilio della sua tecnica e ne secondi i riflessi spirituali. In questa ardua ricerca non può certo illuminarci la storia del diritto, non può prestarci aiuto nessun sistema giuridico tradizionale. Un fatto è innegabile e oggi appare inconcepibile: il lavoro è sommerso per secoli e secoli nella schiavitù spirituale e materiale; per secoli e secoli il fatto sociale più comune, la fonte di ogni bene l’origine di ogni ricchezza sono sconosciuti alle leggi, sono ignorati dai giuristi. I giuristi, figli del loro popolo e del loro tempo hanno contribuito con giustificazioni filosofiche e col perfezionamento di istituti individualistici a rifiutare al lavoro umano il suo valore sociale e giuridico (...)”

L. MOSSA, *Il diritto del lavoro.*

Discorso inaugurale nella Regia Università di Sassari del novembre 1922

“(...) perché lo scopo del nuovo diritto, è uno scopo grandioso: l’elevazione della personalità umana. Tutte le grandi lotte e le grandi rivoluzioni conducono a questo porto luminoso (...)”

L. MOSSA, *Il diritto del lavoro.*

Discorso inaugurale nella Regia Università di Sassari del novembre 1922

CAPITOLO I

ALLE ORIGINI DELLA INDEROGABILITÀ

1. Ludovico Barassi: la norma categorica.....	1
2. Lorenzo Mossa: il diritto sociale inderogabile	10
3. Paolo Greco: inderogabilità ed indisponibilità.....	18
4. La norma dell'art. 2113 cod. civ., il quadro storico giuridico: dall'art. 17 della legge sull'impiego privato alla novella del 1973.....	24

CAPITOLO II

INDEROGABILITÀ DELLA NORMA E INDISPONIBILITÀ DEI DIRITTI

1. La finalità protettiva della norma tra inderogabilità e diritti indisponibili	36
1.1 La graduazione dell'intervento della legge nel sistema positivo.....	40
1.2 La teoria della distinzione tra "diritti primari" e "diritti secondari"	44
1.3 La teoria della fase "genetica" e della fase di "gestione" dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro.	49
2. Il fondamento dell'invalidità di cui all'art. 2113 cod. civ. : un tentativo di sintesi critica dei contrastanti orientamenti	56
3. I diritti derivanti da "disposizioni inderogabili di contratto o accordo collettivo"	62
3.1 La stesura originaria della norma: la forza cogente della norma corporativa....	65
3.2 L'inderogabilità del contratto collettivo postcorporativo e la novella del 1973	69
3.3 Il contratto collettivo di diritto comune e l'inderogabilità: dubbi interpretativi	75
4. Il regime dell'inderogabilità dell'art. 2113 cod. civ. e gli altri rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.....	80

CAPITOLO III

GLI ATTI DISPOSITIVI DEL LAVORATORE

1. La tipologia degli atti dispositivi del prestatore di lavoro: il contenuto abdicativo	83
2. La nozione di rinuncia e l'ambito di applicazione dell'art. 2113 cod. civ.	86
2.1 Rinuncia tacita, inerzia, tolleranza e acquiescenza	95
2.2 La rinuncia a diritti futuri.....	102
3. La transazione nel diritto del lavoro: elementi essenziali e contenuto	107
4. Il potere dispositivo dell'autonomia collettiva: le transazioni collettive	114
5. Natura giuridica ed effetti delle c.d. "quietanze liberatorie" nella dottrina e nella giurisprudenza.....	121

CAPITOLO IV

L'IMPUGNAZIONE DELLE RINUNZIE E TRANSAZIONI: EX ART. 2113 COD. CIV.

1. L'azione di invalidità dell'art. 2113 cod. civ.: forma e contenuto dell'impugnazione	129
2. I soggetti, la forma e il contenuto dell'impugnazione.....	134
3. I termini per l'impugnazione: decadenza e prescrizione dell'azione.....	140
4. L'assistenza alle rinunzie e transazioni: le conciliazioni valide dell'ultimo comma dell'art. 2113.....	147
4.1 Gli organi abilitati ad assistere ai negozi di disposizione	155
5. Concorso con le altre azioni di annullamento: l'incidenza del dolo e della violenza sugli accordi dispositivi del prestatore.....	165
CONCLUSIONI.....	169
BIBLIOGRAFIA.....	176
AUTORI.....	176
GIURISPRUDENZA.....	188

CAPITOLO I

ALLE ORIGINI DELLA INDEROGABILITÀ

1. LUDOVICO BARASSI: LA NORMA CATEGORICA

Tra i fondatori della Scienza del diritto del lavoro in Italia si colloca Ludovico Barassi che al “contratto di lavoro” dedicò, ancora agli inizi dei suoi studi, una ponderosa elaborazione di oltre 900 pagine, quando il codice civile – si fa riferimento a quello del 1865, ricalcato sul *Code Napoleon* – del lavoro non faceva neppure il nome, ma si limitava parcamente – all’art. 1570 – a definire la locazione delle opere come “(...) *un contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede* (...)”¹.

È pur vero, però, che già prima del fondamentale ed autorevole contributo dell’Autore, si era formata una letteratura giuridica – definita “prebarassiana” – la quale, attingendo alla realtà sociale e denunciando l’inadeguatezza degli antichi strumenti per governare le “nuove esigenze” e gli “antichi mali” del lavoro, reclamava un intervento dello Stato, al fine di colmare il silenzio del Codice con l’opera riformatrice del legislatore, mettendo da parte “la ricerca del sistema” e il mantenimento della purezza dello stesso².

¹ Le riflessioni oggetto del presente paragrafo sono tratte per la maggior parte da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, ed. 1901. Le teorie che il giurista espone ne *Il contratto di lavoro* sono la riproduzione e la rielaborazione di un saggio del medesimo autore pubblicato per la prima volta sulla rivista *Il Filangeri*. Esse furono riprodotte nella nota monografica del 1901 su *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* e le ritroviamo ancora con delle modifiche nella edizione più ampia di questa opera del 1917. Secondo G. CAZZETTA, (*Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, in Quaderni fiorentini, 1988, XVII, p. 155 e ss. e qui p. 230) questo scritto può considerarsi “(...) *il manifesto della prima scienza giuslavoristica italiana involontario* (...)”. Come vedremo nel prosieguo su tale opinione e giudizio non vi è concorde opinione in dottrina. Di Barassi, fondatore della Scienza del Diritto del lavoro, parla M. NAPOLI (a cura di), *Ludovico Barassi. Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Riproduzione anastatica dell’edizione del 1901, Vita e pensiero, Milano, 2003, p. VIII. L’Autore, curatore della riedizione dello storico saggio, nella prefazione alla nota 1 cita una ricca bibliografia di autori concordi nel medesimo giudizio sull’illustre giurista. *Ex plurimis* U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro (Storia del)*, Digesto delle discipline provatistiche, Sezione Commerciale, IV, Utet, Torino 1989; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994; L. GAETA, *L. Barassi (1873-1961)*, Lavoro e Diritto, 1997, p. 521; G. PERA, *Rileggendo “Il contratto di lavoro” di Ludovico Barassi (1915-1917)*, RIDL, 1997, 1, p. 3; L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, GDLRI, 2000, p. 181; G. CAZZETTA, *Il diritto del lavoro e l’insostenibile leggerezza delle origini*, Quaderni Fiorentini, 1996, p. 543; P. GROSSI, *Scienza Giuridica Italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè Milano, 2000; B. VENEZIANI – G. VARDARO, *La rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, Quaderni Fiorentini, 1987, 16, p. 441. *Contra* G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all’inizio del secolo*, in *Politica del diritto*, XV, 2, 1984, p. 208, vedi *infra* nota 4.

² L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell’odierno movimento verbale e legislativo*, Macerata, 1893, p. 39. Vedi anche G. CAZZETTA, (*Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, cit., p. 224 e ss.) al quale appartiene l’espressione “letteratura prebarassiana”. Quest’ultimo autore, inoltre, sottolinea – con atteggiamento sostanzialmente critico – che il nucleo più solido di questi scritti non è il sistema dei giuristi, ma l’intervento statale, la codificazione del contratto di lavoro. In effetti – ma solo per

Eppure, nonostante da tanti, studiosi, filosofi e uomini d'azione e giuristi si fremesse e si premesse per cambiamenti radicali nel diritto e nell'ordine sociale – erano i tempi, quelli di Barassi, di aspre lotte sociali – Barassi, con olimpico distacco e serenità, da quella norma laconica – come egli stesso la definisce – ricostruisce nel sistema del diritto privato – civile e commerciale – di alcune leggi speciali, degli usi e delle fonti romanistiche, la struttura del contratto di lavoro, secondo lo schema del rapporto locativo, come lavoro dipendente (*locatio operarum*) e come lavoro autonomo (*locatio operis*). Una visione rigorosamente privatistica, tradizionale, di uno studioso di cultura e fede liberale che si muove nell'ambito del diritto vigente, che aborrisce da teoremi rivoluzionari, traendo dalla norma tutto quanto può da essa trarsi e al legislatore chiede prudente equilibrio e protezione per l'una e l'altra parte: datore di lavoro e prestatore di lavoro³. Il contrasto tra l'opera di Barassi e gli autori precedenti è, pertanto, evidente ed innegabile. Mentre questi ultimi si erano mossi in una direzione estranea alle certezze dogmatiche privatistiche e alla indifferenza per gli interventi del legislatore, Barassi tentò di analizzare e comprendere il contratto di lavoro avvalendosi dello strumentario

inciso – ai tempi di Barassi è possibile individuare due diversi schieramenti dottrinari. L'uno alimentato dalla “*ansia del sistema*” e dalla “*istanza di una teorizzazione più raffinata*” (P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6, 1976/1977pp. 314 e 315) che segnano l'insofferenza dei giuristi per “l'inquinamento” della sistematica codicistica da parte della legislazione sociale; l'altro – cosiddetto socialismo giuridico – formato da quanti sostenevano la necessità di intervenire sulla natura stessa del contratto di lavoro, che non poteva essere più individuato nella *locatio operarum* ma nel “lavoro” espressione del nuovo contratto “preparato negli ambienti operai”, capace di far entrare nel Codice non solo il “(...) servizio (...) il fatto singolo della prestazione d'opera (...)” ma “ (...) la figura dell'operaio sconosciuta fino ad oggi (...)” VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro...*, p. 1 e ss. e p. 30 e ss. Altri esponenti dell'epoca sono Cimbali, Salvioi, Gianturco. Cfr. G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica...*cit., p. 224 e ss.

³ Tali osservazioni sorgono spontanee dalla lettura dell'introduzione dell'opera citata. La concezione della subordinazione come situazione che pone l'operaio “(...) come estraneo all'impresa e al risultato economico dell'altra parte (...)” (*op. cit.* p. 213) è in linea con la visione tradizionale dell'impresa e dell'economia capitalista. Lo sottolinea M. NAPOLI (*Introduzione*, cit. p. 12) che nel concetto citato vede *in nuce* la fondamentale configurazione della subordinazione, cara anche a U. ROMAGNOLI, (*La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 50) e a L. MENGONI, (*Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, Celuc, 1971, p.37). Anche innanzi all'art. 2094 cod. civ., i giuristi liberali ribadiscono il concetto proprio dell'economia capitalista. Barassi (*Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 81) ribadisce che l'imprenditore è “(...) signore dell'organizzazione (...) mira ad uno scopo proprio (...) al quale il lavoratore è estraneo (...) inoltre vi perviene a proprio rischio e unicamente a proprio rischio (...)”. A questo rischio l'economia capitalista ricollega il profitto. Il Codice civile sostiene diversamente: fa dell'imprenditore l'organizzatore (art. 2082), cioè un lavoratore (a parte il rischio per il risultato); e definisce il prestatore di lavoro colui che collabora con l'imprenditore (art. 2094). Del resto, quando ancor oggi si ricorda che le pretese dei lavoratori devono essere compatibili col loro rendimento e col risultato, perché si può redistribuire solo la ricchezza prodotta, non si vuole forse coinvolgere il lavoro al risultato dell'impresa? F. GALGANO (*Manuale di diritto Commerciale*, Zanichelli, 1980) considera una mistificazione non solo l'art. 2094 cod. civ., ma anche il titolo del libro V dello stesso codice. L. MOSSA (*Jus*, 1943, p. 146-148), invece, nel nuovo codice civile vede “(...) il modello di un codice rivoluzionario (...)” insomma un “*codice sociale*” che “(...) agisce come una costante energia spirituale sulle vive forze del diritto (...)”.

privatistico tradizionale, sforzandosi di distanziare il corso reale di trasformazione del diritto privato da quello imposto dal legislatore⁴.

Due sono i punti centrali nei quali è possibile racchiudere il pensiero dell'illustre giurista: l'importanza della distinzione tra il campo "sociologico" e quello giuridico e la negazione di una "cristallizzazione" nel Codice del "rapporto giuridico tra capitale e lavoro", in modo da assicurare al giurista uno spazio ampio per l'interpretazione e per la sistematica dell'istituto nella sua parte stabile⁵.

Si tratta di due aspetti non solo inscindibili, ma l'uno in funzione dell'altro: i due piani – sociologico e giuridico – devono essere tenuti distinti, per lasciare al giurista la propria autonomia di indagine; una visione questa cioè "pan-civilista" che appare in totale opposizione e contrasto con i tentativi innovatori di ricostruire il contratto di lavoro su basi nuove. Rileva lo studioso che è una "assurda affermazione" dire – come fa qualche moderno sociologo – che il contratto di lavoro sia il prodotto dell'attuale ordinamento industriale; la grande industria ha certamente causato un aggravamento di talune responsabilità degli imprenditori e un maggiore intervento dello Stato a protezione degli operai. Ciò nonostante, pur verificando l'importanza che nella grande industria ha acquistato il lavoro dipendente – che, come sottolinea Napoli, egli comincia a chiamare lavoro subordinato – non condivide i conati e la rabbia rivoluzionaria di quanti vorrebbero tutto cambiare⁶.

Per Barassi, insomma, la questione sociale esiste, ma non è un dramma di un'epoca – quella moderna a noi contemporanea – se non per l'estensione del fenomeno. A suo avviso essa è sempre esistita, addirittura dalla notte dei tempi, perché nasce col nascere del contratto di lavoro man mano che "(...) *il crescere dei bisogni costringe*

⁴ G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica...* cit., p. 228 e ss. L'Autore afferma, da un parte, che sarebbe errato sopravvalutare il peso avuto dalla letteratura prebarassiana nella costituzione della scienza giuslavoristica, a causa del contrasto esistente assunto da questi scritti rispetto alle convinzioni della scienza giuridica dominante, dall'altra che l'operazione barassiana di purezza del diritto privato sia avvenuta con successo. In verità la riforma del 1942 sconfessa in parte le posizioni dell'autorevole giurista, recependo la necessità della codificazione e della legislazione sociale, attuando quel nuovo diritto speciale che è il diritto del lavoro, che era stato auspicato dal socialismo giuridico. La ovvia conseguenza di tale ricostruzione è che "(...) *l'inizio vero e proprio del diritto del lavoro si ebbe in Italia con il socialismo giuridico (...)*" G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, cit., p. 208. L'autore critica l'attribuzione del titolo di "padre" della scienza giuslavoristica in Italia a Barassi in quanto egli conservò sempre la "(...) *precisa volontà di tener distinto il contratto di lavoro dalle tematiche economico sociali emergenti (...)*". Di contrario avviso G. CAZZETTA (*ibidem*) afferma che questo fu il merito di Barassi, e che la dogmatica privatistica non fu mai scalfita dal socialismo giuridico.

⁵ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Introduzione* ed. 1901, p. 2 e 6

⁶ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit. p. 1. In particolare M. NAPOLI (*Introduzione*, cit., p. XXV) afferma che Barassi, analizzando accuratamente i caratteri della subordinazione, afferma che essi rendono – come del resto è nella concezione liberale – rendono la *locatio operarum* estranea e aliena rispetto allo scopo dell'impresa. Di primo acchito mi pare che minimizzi. Comunque guarda la questione dal punto di vista di chi dà lavoro non di chi lo presta, da uomo libero, non da schiavo: nell'antica Roma offrendosi in locazione sulle strade accanto agli schiavi che vengono locati da un padrone.

gli uomini a ricorrere al lavoro altrui (...)”. La questione sociale diventa, tuttavia, un fenomeno di rilievo, nell’epoca industriale, quando il lavoro subordinato assume carattere di massa, pur essendo sempre esistita nella società servile di ogni epoca⁷. Ciò che importa, però, è che – a suo avviso – il contratto di lavoro “(...) *nella sua essenza, nella sua costruzione giuridica non ha risentito di questo novello elemento (...)* Sociologicamente influirà questa differenza (...) *Giuridicamente si può solo notare l’aumento delle cosiddette leggi sociali che hanno per caratteristica di non toccare menomamente l’essenza degli istituti giuridici (...)*”⁸.

Esiste, quindi nella concezione barassiana una separazione netta tra ciò che è sociologico e ciò che è giuridico: egli nega recisamente la possibilità di un lavoro comune tra il giurista, il sociologo e l’economista. E se da un lato le fonti regolatrici del contratto di lavoro sono i codici – civile e di commercio – la tradizione romanistica – per la quale nutre venerazione – e gli usi, dall’altro ritiene opportuno far ricorso a buone leggi sociali per soddisfare l’esigenza sociale, purché si rifugga dalla commistione tra giuridico e sociologico e dalla tentazione della codificazione⁹.

Essa, infatti, costituirebbe un’opera vana se pretendesse di disciplinare a fianco della parte immutabile del contratto di lavoro – parte vera nel diritto romano, parte di diritto privato nel senso più rigoroso del termine – anche la parte moderna contingente, transeunte, il così detto elemento variabile del contratto: non si può codificare ciò che per sua natura è transeunte, né fissare in tecnica giuridica ciò che non può essere sottoposto ad un trattamento uniforme, ma solo ad una saggia legislazione sociale che non abbia la pretesa di godere l’immunità di una lunghissima vita¹⁰.

⁷ L. BARASSI, *ibidem*. Secondo l’Autore la questione sociale non può influire e non può modificare la natura giuridica intrinseca del contratto di lavoro dipendente, sempre uguale in qualsiasi periodo storico, dall’antica Roma – avuto riguardo, in quell’epoca al lavoro dipendente dei liberi, di scarso rilievo economico per la schiacciante prevalenza del lavoro servile – ad oggi: sempre di carattere locativo Cfr. anche p. 9 di questo capitolo.

⁸ L. BARASSI, *ibidem*. G. CAZZETTA (*ibidem*) fa osservare come nell’*Introduzione* Barassi inserisce tra parentesi un inciso, rispetto al testo pubblicato su *Il Filangeri* “*l’unica cosa che c’interessa in queste pagine*”, dando immediatamente le coordinate della sua ricerca: preservare il “sistema” e “l’essenza” del contratto. Del medesimo parere P. COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto privato (1898, in Scritti vari di diritto privato, Torino, 1910, vol. I pp. 21 e 22, il quale critica il difetto delle legislazioni volte ad unire “(...) la parte giuridica permanente del contratto con la parte amministrativa pubblica (...)*”. L’autore sostiene che la costruzione giuridica del contratto di lavoro deve rimanere inalterata, provvedendo con mutevoli leggi speciali al progredire dei tempi e delle cose.

⁹ L. BARASSI, *op. cit.*, pp. 113 – 118.

¹⁰ L. BARASSI, *op. cit.*, pp. 16-17. Si precisa per chiarezza che ciò che Barassi chiama la parte immutabile del contratto non è altro che il suo nucleo civilistico cioè l’incontro di volontà libere e uguali, mentre la parte transeunte è costituita da quell’insieme di norme che rispondono alle esigenze sociali, e che a suo parere non devono essere cristallizzate, per non bloccare il quotidiano lavoro della giurisprudenza. È questa la visione della politica legislativa barassiana, che manda in visibilio M. NAPOLI (*Introduzione, cit.*, p. XVII), quest’ideale di equilibrio tra le parti di un rapporto nella realtà effettiva diseguale che gli fa scrivere “(...) *a distanza di un secolo questo metodo prudente (...)* attende ancora di essere accolto (...)”. In tal senso si pronuncia anche T. BRUNO, *Locazione, in Digesto italiano, XV, 1905, p. 1163, il quale afferma “(...) che i sociologi hanno invaso il campo dei giuristi e hanno preteso di dimostrare che il contratto di lavoro era da costruire su basi del tutto nuove, con nuovi intendimenti e con nuovi metodi, mentre la verità è che il contenuto di questo contratto si riduce sempre a un*

Barassi, quindi, non vuole affatto cambiare la realtà, men che mai introdurre nuovi ordinamenti, ma solo correggere gli squilibri più gravi ed evidenti, perché il sistema possa meglio funzionare e conservarsi.

Ma essendo un civilista, soprattutto, un architetto del diritto, non un rivoluzionario, e coltivando il culto della purezza civilistica, ritiene necessario l'intervento del legislatore – in verità della stessa scienza giuridica – proprio su quella parte immutabile del contratto di lavoro, la quale, rielaborando i principi romanistici e il patrimonio tradizionale deve porsi come obbiettivo quello di individuare quella struttura solida, perenne, giuridica del contratto di lavoro non fissata nel Codice¹¹. Non si deve trattare – precisa l'Autore – di mutamenti radicali, ma solo di riforme parziali, ritocchi, estensioni di applicazioni: il giurista ricerca principi più ampi di quelli romanistici, ma che siano un inveroamento di questi; ricerca una struttura che non possa essere scossa dalla smania innovatrice e dalle trasformazioni violente, ricerca insomma principi di diritto privato, capaci di rispettare la sua intima natura, di rispettare i suoi tempi di trasformazione. Tempi lenti da risultare immutabili¹².

Barassi, quindi, tende ad una ricostruzione del sistema giuslavoristico senza riferimento agli elementi variabili, ma investigando e plasmando l'essenza del contratto di lavoro nella obbligazione nascente dal libero incontro delle volontà dei contraenti, attingendo non alle smanie innovatrici, bensì ai principi romanistici, rimanendo saldamente legato al tradizionale schema locatizio.

semplice ordine di obbligazioni reciproche (...)". Si osservi come G. P. CHIRONI (*La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale.*, Torino, Bocca, 1925, p. 124 e ss.) affermasse che nel diritto privato non si poteva immettere senza sconvolgerne il contenuto il concetto della condizione sociale di una classe di persone, ed il civilista era ben consapevole che una uguaglianza così rigidamente intesa può essere fonte di materiale ingiustizia e il rimedio non sta nel diritto privato, ma nell'intervento dello Stato nella previdenza di carattere sociale. Tali interventi non turbano i criteri fondamentali del diritto privato e cessano col cessare o con l'indebolirsi delle difficoltà che li provocarono.

¹¹ Di architetto del diritto parla L. MOSSA, *Trattato di diritto commerciale*, SEL, 1942, I, p. 35 e spec. nota 45,, ma anche altre volte con riferimento ai giuristi sistematici. Quanto alla necessità di un intervento legislativo, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 7. Più precisamente, l'Autore afferma "(...) prima di pensare alle riforme radicali cominciamo col porre in sodo questa parte immanente, che è la lacuna assai grave del nostro Codice, così ignorata da coloro che più in alto sventolano il vessillo delle riforme (...)".

¹² L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 7. Di contro, quanto ai così detti ritocchi e modificazioni o mutamenti parziali del contratto di lavoro, vedi MODICA, (*Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, Il Circolo giuridico, XXVII, 1896, p.113 e ss.) il quale in totale contrasto con l'opinione di Barassi in merito al mantenimento della struttura romanistica del contratto di lavoro afferma che occorre che "(...) si sostituisca al principio romano dell'individualismo, il principio moderno della socialità, all'interesse privato quello collettivo di tutta la comunanza (...)". Sostiene, invece, Barassi, che il "(...) gran merito del diritto romano sta nell'aver dato alla più gran parte degli istituti una elasticità tale da renderli sempre accetti, sempre rigorosi di vitalità fino ad oggi (...)". È quanto secondo Barassi, non hanno compreso i critici del diritto romano, ed è invece il principio più fecondo su cui deve fondarsi l'opera del giurista.

La sua è una visione incentrata sul contratto di lavoro che inquadra da grande giurista qual è in un'architettura rigorosamente privatistica e fedele alla concezione del rapporto locativo dei giureconsulti romani e della pandettistica tradizionale¹³.

Una concezione alla quale rimane fedele nel tempo: non condivide l'idea di una legislazione codicistica che disciplini minutamente il rapporto di lavoro subordinato, perché le parti abbiano libertà di disciplinarlo con la loro volontà, facendo attenzione che le concessioni eventualmente fatte alla parte lavoratrice non abbiano a recare danno all'altra¹⁴.

Orbene, è pur vero che la scelta metodologica purista, conduce l'Autore ad affermare decisamente che l'unico obbligo scaturente dal contratto per il datore di lavoro è il pagamento della mercede, negando le interpretazioni che tentavano di risolvere, tramite la responsabilità contrattuale – e ardite applicazioni analogiche dei principi della locazione di cose alla locazione di opere – il problema degli infortuni sul lavoro; però, già nella scenda edizione (1917) de *Il contratto di lavoro* emerge nel giurista la consapevolezza che i nuovi elementi erano potenzialmente in grado di distruggere il modello dell'autonomia giuslavoristica fondato sulla purezza civilistica. E se nel primo Barassi – quello de *Il Filangeri* o de *Il Contratto di lavoro* del 1901 – si pensava ad un contratto di lavoro sciolto da condizionamenti e fondato sul libero incontro della volontà dei contraenti, già nel 1917, si palesarono contraddizioni, incertezze sistematiche

¹³ Non è ancora, a mio avviso – almeno nella prima edizione della sua opera – matura nella teoria barassiana la visione del diritto del lavoro come diritto speciale di tutela del lavoratore subordinato – che sarà cara, invece al legislatore del 1942; visione che però finisce per accettare sia pure a malincuore (vedi *infra* nota 21). Sulla concezione del rapporto locativo, Barassi non ritiene esatto e non accetta altri inquadramenti, ad es. che si parli di “vendita” delle energie lavorative. Cfr. F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in R.D.C., 1913, p. 382, per quanto la tendenza era di fare del contratto qualcosa di autonomo e di attinente piuttosto al diritto delle persone, cfr. in tal senso L. RIVA SANSEVERINO, *Il diritto del lavoro*, cit.. Sulla *locatio operarum* punto avrei delle riserve. La concezione locativa in diritto romano risale alla *locatio servi* o *locatio hominis*, ineccepibile dal punto di vista dell'equivalenza schiavo/cosa. Accanto a questa sorse la *locatio operarum*, dove le *operae*, in origine non erano le energie, ma l'operaio. L'operaio locava se stesso, mettendosi sulla strada in locazione, accanto agli schiavi offerti in locazione dal padrone. Come il padrone locava la cosa “schiavo”, l'operaio locava il suo corpo (AMIRANTE, *Locazione in diritto romano* (voce), in N.mo D.I., Utet, vol. IX, 1963, p. 994; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 596: anche se le notizie deducibili dai frammenti non sono certe). In epoca più recente e nella pandettistica le *operae* si identificarono con le energie. Oggi *locatio operarum* varrebbe locazione della forza lavoro. Qui però i conti non tornano e lo schema locativo diventa inidoneo, perché le cose locate si godono e si restituiscono alla scadenza del contratto. Le energie di lavoro si integrano nel prodotto: non si restituiscono, non possono ritornare al lavoratore dopo essere state utilizzate. C'è quindi maggiore analogia con la vendita. Ma per la dignità umana, il rapporto di lavoro – essendo quest'ultimo indistinguibile ed inseparabile dalla persona durante la prestazione – andrebbe incluso nel diritto delle persone. Sempre che non si voglia tornare indietro.

¹⁴ In effetti Barassi non apprezza più di tanto la riforma del codice del 1942, che Mossa (cfr. nota 3) considera rivoluzionaria e operante come una costante energia spirituale sulle forze del diritto. A questa opinione contrappone (v. nota 24 di pp. 92-93 del già cit. *Il diritto del lavoro*) il giudizio di PINTO ANTUNES (*Los direitos de homem no regime capitalista*, p. 63), sulla legislazione brasiliana il quale rimprovera a questa più o meno minuta disciplina legislativa di fomentare l'apatia del “lavoratore nazionale”, sollecito solo di procurarsi un posticino sicuro come lavoratore subordinato, facendosene una sinecura

e si riconobbe – con un ripensamento di non poco momento – che la stessa struttura privatistica contiene in sé non poche limitazioni dell'autonomia dei privati e che l'ordinamento civilistico, in sé considerato, come espressione delle sole determinazioni della volontà delle parti ed in modo esente da influenze, da coazioni esterne (sociali e statali) non è che una parte e non tutto il diritto privato.

Ed è in questa rivisitazione – sempre fedele alla purezza civilistica e lontana, comunque, dalle teorie avanzate dagli innovatori di fine '800 – che si individua la novità della teoria barassiana, capace di dare frutto nell'elaborazione ed evoluzione della materia lavoristica: essa sta nella *legislazione sociale che deroga alla disciplina codicistica* del contratto di lavoro e non può essere derogata.

Prendendo le mosse dalla legge sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni di lavoro, Barassi sottolinea che rispetto alla responsabilità oggettiva del datore di lavoro prevista dal codice civile si è fatto dal *punto di vista sociologico* – cioè sociale – un notevole passo innanzi: “(...) *l'ultimo cui – dato l'odierno sistema economico – si potesse ragionevolmente arrivare (...)*”¹⁵. Al lavoratore, prima “(...) *esposto alle conseguenze della sua negligenza proprio perché la tensione di un lavoro faticoso può non rendere possibile un'attenzione sempre viva e guardarsi dai pericoli del suo stesso lavoro (...)*”, si è data una maggiore e più efficace tutela con un sistema escogitato per riparare ai due principali inconvenienti della legislazione di diritto comune: la gravosità per l'imprenditore e la necessità per l'operaio di far valere processualmente la responsabilità del principale¹⁶.

Come si è più volte sottolineato, l'inquadramento del contratto di lavoro nel rigido e puro schema civilistico – al pari di qualsiasi altro contratto – e cioè il rispetto dello schema locativo romanistico, aveva come ovvia conseguenza la parità assoluta dei due contraenti e l'impossibilità di prevedere sistemi di equilibrio e di compensazione per le iniquità che dal diritto comune, necessariamente, derivavano.

E di ciò si rende conto Barassi il quale scrive che la legge che accolla all'industria l'onere delle indennità o dei premi è “(...) *una legge di equilibrio tra i due fattori: capitale e lavoro; di quell'equilibrio che abbiamo visto non raggiunto né facilmente raggiungibile dal diritto comune*

¹⁵ L. BARASSI, *op. cit.*, p. 583.

¹⁶ *Idem*, p. 584-585. Si noti come Barassi ritenga che l'infortunio del lavoratore possa essere la conseguenza della negligenza dello stesso, mentre non si rinviene uguale espressione per l'imprenditore colpevole di non adottare misure di sicurezza adeguate. Aggiunge l'Autore (*Ibidem*) che gli infortuni casuali si considerano danni per l'industria; il premio da versare all'assicuratore finisce per gravare sui salari, ma la ripartizione su tutti gli operai “(...) *allevia e fa sentire meno la gravità della responsabilità (...)*”. Scrive in proposito L. CASTELVETRI, (*Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 104) che si trattava di una soluzione più che equa realistica: gli infortuni, infatti, diventavano “(...) *un'inevitabile conseguenza del progresso (...)* il cui costo poteva essere programmato e poi scaricato sui salari delle vittime potenziali e sul prezzo dei prodotti. Si mettano a fronte queste considerazioni barassiane con le “parallele” umanissime notazioni di Mossa, sugli infortuni sul lavoro e sull'antigiuridicità di questi fatti e dei contratti che espongono il lavoro a simili pericoli.

(...)»¹⁷. Ed è il riconoscimento, cioè, dell'insufficienza, o meglio dell'inidoneità del diritto comune a realizzare l'equilibrio tra capitale e lavoro e la necessità, dunque, di una legislazione speciale che trovò espressione – per ispirazione mediatrice del Barassi stesso – per la prima volta efficacemente nella tecnica della “norma categorica”, cioè di una disciplina imperativa creata in deroga del diritto comune, ed essa stessa, per sua natura inderogabile¹⁸.

Appare evidente, quindi, che il filo conduttore non poteva più ravvisarsi nell'autonomia del diritto privato rispetto alle leggi sociali transitorie – sebbene tale fondamento non venisse abbandonato – ma si palesava la necessità della ideazione di una disciplina speciale¹⁹. Barassi assume una posizione intermedia e più complessa rispetto alle opinioni contrastanti circa la portata giuridica della legislazione sociale: si arriva, quindi, al diritto del lavoro come diritto formato di norme comuni e norme “singolari”²⁰.

Il diritto singolare, ovviamente, causa una deviazione necessaria dalle direttive fondamentali del diritto comune per ragioni di utilità di individui in condizioni particolari e di rapporti determinati, in cui si richiede il sacrificio della *ratio iuris* in omaggio alla migliore tutela giuridica di tale unità peculiare²¹. E se di diritto singolare si tratta, esso è suscettibile di applicazione analogica non soltanto di interpretazione estensiva, per cui “(...) anche se la formula legislativa appare più ristretta della ratio legis che è la tutela della classe lavoratrice (...)” è “(...)consono con il suo spirito interpretare, nel dubbio, in quel senso che più favorisce (...)” la detta tutela²².

Perciò, il diritto comune puro, e le costruzioni romanistiche non “inquinata” dalle contingenze reali si rilevano come strumenti inadeguati al perseguimento della equità tra le parti del contratto; e la norma categorica – imperativa ed inderogabile –

¹⁷ L. BARASSI, *op. cit.*, p. 586. Ne *Il contratto del lavoro*, ed. 1917, vol. II. p. 692 e ss., p. 704

¹⁸ Di “ispirazione mediatrice” parla L. CASTEVETRI, *op. ult. cit.*, p. 105.

¹⁹ G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica...*cit., p. 244 e ss. Afferma l'Autore che il diritto del lavoro barassiano era quindi la risposta positiva e offensiva della civilistica al fenomeno del mutamento sociale, era un tentativo vasto di comprensione affidato agli elastici concetti romanistici, alle figure consuete della dogmatica che venivano tese fino allo spasimo per comprendere i nuovi dati.

²⁰ L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, ed. 1917, vol. II. p. 709

²¹ L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, ed. 1917, vol. II. p. 711 e 712. Barassi fa cenno ad una deviazione dal diritto comune a un diritto privato singolare che ha lo scopo di ristabilire un equilibrio che il diritto comune non tutela. Cfr. anche L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921, pp. 28-33. Il passaggio e la trasformazione rispetto alle riflessioni del primo Barassi – quelle dell'*Introduzione* 1901 – sono nette: si affermava, in passato, che l'inconveniente della legislazione sociale era lo snaturamento del diritto comune derivante dalla normazione a favore della parte operaia, che causava un vero e proprio strappo al principio della unificazione del diritto e della creazione di un privilegio o meglio di una serie di privilegi.

²² L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, ed. 1917, vol. II. p. 711 e 712.

diventa strumento principe per l'eliminazione delle disparità e delle insufficienze del diritto privato²³.

Ma Barassi, da grande architetto del diritto civile qual è, non rinnega la sua posizione di puro civilista: la norma categorica vuol tenerla dentro il diritto privato anche se spiega che essa ha la funzione di assicurare l'equilibrio tra lavoro e capitale, classe lavoratrice e classe imprenditoriale, che il diritto comune non riesce ad assicurare²⁴.

La *ratio* della norma categorica è la tutela della classe dei lavoratori, ma per quanto di carattere eccezionale – in quanto deroga alla disciplina comune – questa norma non perde la natura privatistica, né è affatto incompatibile col diritto comune, il quale può recedere benissimo dal punto di vista della pura autonomia individuale, in nome di un prevalente interesse sociale che però non vuole affatto dire diritto pubblico²⁵.

La materia lavoristica, incentrata attorno al contratto di lavoro – *locatio operarum* e *locatio operis* – è materia di diritto civile e tali restano tutte le norme che quella materia disciplinano, anche quelle con carattere di inderogabilità, cioè che non permettono alla volontà delle parti di cambiare le regole fissate dalla legge. E sul punto non c'è nulla da eccepire. Infatti, sotto l'impulso della nuova codificazione privatistica del 1942, molte sono le norme del codice ed in diverse materie che possiedono intrinseci e naturali caratteri di eticità (ad esempio la famiglia, il lavoro, la lealtà e la correttezza negli affari), alle quali è stata attribuita la qualità di inderogabilità: costituiscono – pur in campo privato – quello che viene denominato oggi ordine pubblico interno.

Ciò che è importante, però, è che per la prima volta sorge l'idea di principi giuridici inderogabili, perché posti da norme categoriche, che derogano al diritto comune, cioè al dogma della volontà contrattuale individuale e di un diritto del lavoro formato da norme comuni e da norme singolari²⁶.

²³ Mossa ricorda l'insufficienza del ricorso barassiano all'equità, ponendo l'esigenza di un diritto nuovo. Cfr. *infra* par. 2.

²⁴ Testualmente L. BARASSI (*Il contratto di lavoro*, I ed. cit. p. 330) “(...) non mi pare che si possano assegnare a queste norme di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte. Infatti se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al diritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è il vero diritto privato? (...)”. Poco o punto interesserebbe, invece, il problema se la norma categorica sia di diritto pubblico o di diritto privato ad un giurista come L. MOSSA (*Il diritto del lavoro. Discorso inaugurale nella Regia Università di Sassari del novembre 1922*, Arti Grafiche Pacini Mariotti, 1930, Pisa p. 10 vedi *infra*), il quale sorrideva e considerava con un certo sprezzo tale questione di pura sistematica, e parlava in proposito di *archeologia giuridica*.

²⁵ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, ed. 1917, vol. II. p. 711 e 712. Cfr. anche p. 328 e ss. e anche la II ed del Vol I (1915), p. 329, nota 3.

²⁶ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, ed. 1917, vol. II. P. 709. Qui è ribadita un'idea già enunciata nella introduzione della edizione del 1901, p. 16. L'idea, cioè, del rilievo della legge sociale sulla conformazione

La stessa norma categorica è frutto, dunque, della lotta del movimento dei lavoratori che si organizzano sindacalmente, acquistano consapevolezza nelle rivendicazioni, e fan cambiare i tempi. Cioè il modo di pensare della parte più avanzata della società: non sarebbe bastato un generico e disarticolato intervento di paternalistica legislazione sociale d'iniziativa moderata, per produrre un tale risultato.

Il nuovo diritto si afferma nella dogmatica senza rivoluzione, senza strappi bruschi nella cultura tradizionale, e si afferma in uno spazio limitato, ottenuto non contro il diritto romano e la scienza giuridica ufficiale, ma ancora per riconfermare la validità del diritto romano e le capacità di comprensione della scienza giuridica. Questo è il filo rosso della ricerca di Barassi, capace di spiegare la tortuosità del suo itinerario: conservare la purezza civilistica e ribadire la capacità di comprensione del sapere classico. Un tentativo estremo di leggere la nuova complessa realtà sociale con i soli strumenti privatistici; un tentativo che nel lungo periodo si sarebbe rivelato perdente innanzi ad una transitorietà dell'intervento sociale dello Stato destinato a trasformarsi in un elemento stabile che la stessa scienza civilistica non poteva ignorare nella sua sistematica²⁷. E di ciò Barassi si era reso conto e aveva gettato le basi per quel nuovo diritto del lavoro figlio della commistione tra giuridico e sociale, che faceva il suo ingresso nel *sancta sanctorum* del diritto privato con la norma categorica, antenata della norma inderogabile che avrebbe costituito l'ossatura stesa della sistematica giuslavoristica.

2. LORENZO MOSSA: IL DIRITTO SOCIALE INDEROGABILE

Lorenzo Mossa entra nell'arengo dei cultori e fondatori del diritto del lavoro – quale diritto nuovo e speciale – con il Discorso inaugurale dell'anno accademico 1922 nella Regia Università di Sassari: poco più di venti pagine di testo, dense di rilievi, osservazioni e aspettative²⁸.

del nuovo diritto del lavoro che però – stante la natura privatistica dello stesso – avrebbe prodotto sì trasformazioni, ma con estrema lentezza (il diritto privato cambia con difficoltà e non accetta un'idea o un indirizzo nuovo di primo acchito). Contro questa tesi, G. CAZZETTA (*Leggi sociali, cultura giurisprudenza e origini della scienza giuslavoristica*, cit., p. 164 e nota 22) che si schiera per la natura pubblicistica delle leggi sociali che perciò non avevano da incidere sulla vita lenta del diritto privato. Cfr. sul punto anche L. MOSSA (*Trattato di Diritto Commerciale*, cit., p. 41-46), il quale condivide questa opinione.

²⁷ G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica...*cit., p. 242. È più che evidente che la codificazione del 1942 non rappresenta l'affermazione del pensiero barassiano, bensì la creazione di un diritto speciale che affondava le sue radici nel diritto civile, del quale utilizzava strumenti e meccanismi, ma si palesava come un sistema nuovo e diverso, nel quale la sistematica e la purezza veniva sacrificata sull'altare della tutela del lavoratore, uomo, sì parte debole del rapporto, ma collaboratore dell'impresa, quantomeno con Mossa si può parlare di “(...)flessione del diritto privato con le norme di diritto pubblico (...)”.

²⁸ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro. Discorso inaugurale nella Regia Università di Sassari del novembre 1922*, Arti Grafiche Pacini Mariotti, 1930, Pisa. Il presente paragrafo è dedicato per la maggior parte alla trattazione del diritto sociale inderogabile come l'autore lo ebbe ad illustrare nel detto discorso inaugurale.

Esordisce: “(...) noi vogliamo parlare del posto che spetta al lavoro umano nell’ordine sociale e nel pensiero giuridico; di un sistema attuale e positivo del diritto del lavoro, di una dottrina che gli appronti l’ausilio della sua tecnica e ne secondi i riflessi spirituali. In questa ardua ricerca non può certo illuminarci la storia del diritto, non può prestarci aiuto nessun sistema giuridico tradizionale. Un fatto è innegabile e oggi appare inconcepibile: il lavoro è sommerso per secoli e secoli nella schiavitù spirituale e materiale; per secoli e secoli il fatto sociale più comune, la fonte di ogni bene l’origine di ogni ricchezza sono sconosciuti alle leggi, sono ignorati dai giuristi. I giuristi, figli del loro popolo e del loro tempo hanno contribuito con giustificazioni filosofiche e col perfezionamento di istituti individualistici a rifiutare al lavoro umano il suo valore sociale e giuridico (...)”²⁹.

Il compito del giurista del lavoro non è, dunque, trovare spazio al nuovo ordinamento nella grande architettura del diritto civile, magari comprimendolo dentro a forza “(...) perché lo scopo del nuovo diritto (delle norme già esistenti e di quelle ricavabili dalle ragioni fondamentali dello stesso) è uno scopo grandioso: l’elevazione della personalità umana. Tutte le grandi lotte e le grandi rivoluzioni conducono a questo porto luminoso (...)”³⁰.

È per questo motivo che, per Mossa, il vero giuslavorista ha un’anima non insensibile al grido di dolore e di giustizia delle classi diseredate e nel suo pensiero e nelle sue pagine “(...) risuona – nel silenzio dei confratelli – la domanda del diritto alla vita e del diritto al lavoro dei diseredati (...)”: la sua è una concezione nuova dell’ordinamento lavoristico che sta sorgendo: il diritto del lavoro è soprattutto diritto sociale³¹.

Subito traccia le direttive del suo programma legato alla politica delle classi e ad una trasformazione della società in senso rivoluzionario: non vuole presentare il problema ardente della giustizia sociale nei suoi aspetti filosofici e giuridici, ma si assume la missione della politica giuridica, che considera il lavoro quale fatto di enorme

²⁹ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*. cit., p. 4. A Mossa, “maestro tra i più eccelsi del diritto commerciale” (vedi la definizione in N.mo D.I. Utet, 1956, vol. X, voce *Lorenzo Mossa*) poco interessano le preoccupazioni sistematiche; se il diritto del lavoro appartiene al diritto comune, o ha venature o devianze pubblicistiche. Il discorso sul diritto del lavoro lo riprenderà, vent’anni più tardi, nel Trattato del nuovo diritto commerciale e precisamente scriverà: “(...) A fiotti le idee generose del diritto del lavoro irromperanno, con esso, nel diritto dell’economia. Così nasce il diritto dell’economia e del lavoro, senza preoccupazioni d’ordine sistematico, come il getto incandescente dal seno della miniera e della fonderia. È assurdo nel momento del getto, domandare a questo diritto le forme e le sagome che lo distingueranno e lo renderanno atto allo scopo nel momento in cui dovrà essere efficacemente impiegato (...)”. L. MOSSA, *Trattato di diritto commerciale*, SEL, 1942, I, p. 53. E sulla insensibilità dei giuristi tradizionalisti a p. 39 della medesima opera si legge: “(...) Le teorie e le idee del socialismo e del nuovo cristianesimo (...) non avevano toccato il diritto privato, rimasto inerte sotto la mole della tradizione e della sua architettura (...)”.

³⁰ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*. cit., p. 9. Si veda anche L. MOSSA, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 39-40 “(...) il diritto sociale si emancipava, d’altra parte, dai sistemi del diritto comune, nei quali per amore di perfezione, i giuristi tradizionali avrebbero voluto comprimerlo (...)”.

³¹ L. MOSSA, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 39-40. Al giurista non solo poco interessano i problemi di sistematica giuridica ma soprattutto piace ribadire lo scopo del nuovo ordinamento: dare voce alle esigenze di vita e di giustizia delle classi diseredate e contribuire al risultato luminoso dell’elevazione della personalità umana; onde pur riconoscendo l’eccellenza dell’opera di Barassi, *Il contratto di lavoro*, ne dichiara l’incomparabilità, per lo spirito sociale che anima quest’ultima, con l’opera di P. LOTMAR, *Arbeitsvertrag*

significato sociale e personale in relazione ai sistemi di diritto vigenti ed alle norme che lo regolano³².

Il lavoro – sostiene il giurista – non è un cosa materiale, quasi separabile da chi lo presta. È inconcepibile figurarlo a quel modo, perché il lavoro è emanazione della personalità del lavoratore. Nella prestazione lavorativa convergono l'interesse del prestatore e quello dell'intera comunità: il suo fine è la vita, la libertà, la volontà, la salute delle persona. La ragione della protezione del lavoro è la protezione di questi beni, perché non vengano distrutti a causa dei pericoli, degli infortuni, dei danni che spesso minacciano e attentano alla prestazione lavorativa³³.

È per questo che le norme protettive – a tutela del lavoro delle donne delle madri e dei fanciulli, sul riposo settimanale e festivo, per i lavori pericolosi – devono penetrare nel contratto di lavoro privato in modo da farne un tipo giuridico tutto informato ai supremi interessi della personalità³⁴.

Le norme del diritto del lavoro, quindi – come si trae conferma dalla legge sul contratto di impiego privato – hanno la loro fondamentale giustificazione nella natura sociale del lavoro: il diritto del lavoro è, perciò, diritto sociale inderogabile.

La legge sul contratto di impiego ha modificato tutto il sistema di diritto comune per l'interesse sociale alla continuità del contratto d'impiego. Il nuovo sistema che ne risulta non potrà adattarsi al diritto privato comune e dovrà, al contrario, estendersi a tutto il diritto del lavoro. Queste norme che – secondo la lettura di Barassi – possono considerarsi “deviazioni” dal sistema del diritto comune, non sono eccezionali nell'ordinamento del lavoro e sono quindi suscettibili di analogie e di espansione sino a comprendere l'intero diritto del lavoro: “(...) *quella che è la ratio di eccezione per il diritto comune diviene, in verità, ragione comune dell'ordinamento del lavoro (...)*”³⁵.

³² Si avverte immediatamente una inversione di tendenza rispetto a Barassi: l'illustre giurista è apparso più preoccupato della purezza del sistema civilistico, che del grido di dolore dei diseredati e di quanti – proprio a causa di quel sistema pancivilista, da sempre rigidamente attaccato agli schemi vetero romanistici della *locatio operarum* – lavoravano senza diritti, come novelli schiavi della economia capitalista. Lorenzo Mossa assume il compito della politica del diritto e del cambiamento rivoluzionario della società.

³³ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 17. Testualmente: “(...) *Va contro l'ordine giuridico la conclusione di contratti con i quali si attenua sostanzialmente a questi beni, per la pericolosità di dati lavori o nelle modalità del lavoro (...)*” ed ancora “(...) *è anti-giuridica l'esecuzione di un contratto di lavoro nel quale per circostanze modificate o per alterazione del contratto originario, vi sia un pericolo per la salute, la vita, la volontà e la libertà della persona (...)*”. Non si può non esprimere profonda ammirazione e rispetto per l'umana condanna di questo giurista al sacrificio delle quotidiane vittime di infortuni sul lavoro, che non giudica un tributo alla fatalità, ma imputa all'anti-giuridicità di contratti e modi della prestazione lavorativa.

³⁴ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 19. Il giurista non trascura la normativa sulla durata della giornata lavorativa sulla base delle otto ore, il giusto salario, la fissazione dei minimi nei contratti di tariffa, al di sotto del quale subentra la considerazione della “*misura e modalità sfruttatorie*”, l'impignorabilità del salario, data la sua natura alimentare.

³⁵ Da Mossa, Barassi viene citato più volte, non però in proposito. L. MOSSA, *ibidem*. In via esemplificativa, mentre nel diritto comune un rapporto di durata può essere fatto cessare con semplice diffida, un rapporto di lungo periodo di lavoro non può essere soggetto a questa drastica regola: occorre riconoscere

Tale concezione pervade interamente il progetto di diritto del lavoro caro a Lorenzo Mossa, quale paradigma del nuovo ordinamento rivoluzionario. Nel suo scritto si rinvengono quindi, quasi profeticamente, tutti i temi che saranno poi sviluppati dal legislatore negli anni a seguire: il diritto sociale inderogabile, il nuovo e speciale diritto del lavoro modifica il carattere e l'essenza di tutti gli istituti ritagliando nuove fattispecie a misura dell'uomo, del lavoratore: il contratto individuale di lavoro, il contratto collettivo, il rapporto tra il lavoro e l'impresa.

Afferma Mossa che il lavoro è l'oggetto di tale particolare ordinamento giuridico contrattuale: “(...) *il diritto considera nel suo insieme la dipendenza dalla volontà del datore di lavoro* – formula con la quale il giurista intende riferirsi al lavoratore – *da quella del prenditore di lavoro* – cioè dell'imprenditore utilizzatore – *la soggezione della persona del lavoratore in tutti i suoi momenti contrattuali, dalla conclusione del contratto all'esaurimento del lavoro* (...)”. Questa dipendenza si presenta nella generalità dei casi quale dipendenza da imprese organizzate: la grande massa dei contratti di lavoro è collegata alla imprese industriali, commerciali e agricole che mai possono, dunque, esistere e funzionare senza l'impiego del lavoro³⁶. Il lavoro può quindi pensarsi come congiunto all'impresa e venire attratto nell'ordinamento dell'impresa. Il diritto dell'impresa – evidenzia l'Autore – è quello commerciale e gran parte dei contratti di lavoro ha assunto autonomia e tipicità nel diritto commerciale. Ai tempi del giurista – cioè negli anni venti – non può esservi vera utilità nella subordinazione del lavoro al diritto dell'impresa, poiché essa porrebbe il lavoro in stato di inferiorità³⁷.

Il diritto del lavoro al momento del Discorso del 1922 ha dunque rapporti e possibilità di coordinazione, col diritto dell'impresa – cioè col diritto commerciale e dell'economia – pur rimanendone autonomo. Il diritto civile, invece, regola determinate

un termine di preavviso che si concreta in una assicurazione a favore del lavoratore. Per la prima volta in Italia le clausole di concorrenza sono contemplate nel diritto positivo e condannate “(...) *quando rappresentano una violazione ingiusta del diritto alla vita e alla libertà contrattuale del lavoratore* (...)”. Ancora, mentre nel diritto comune l'imprenditore può cessare dall'attività e trasferire l'azienda senza obbligazioni verso i lavoratori neanche per il subentrante, la legge sul contratto di impiego obbliga l'imprenditore in questo caso alla liquidazione di una indennità di preavviso, tanto che l'imprenditore dovesse cessare dall'attività, quanto l'imprenditore eventualmente acquirente): questo per l'interesse sociale alla continuità del contratto d'impiego.

³⁶ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*. cit., p. 6.

³⁷ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*. cit., p. 7. Tali concetti sono ribaditi nel successivo *Trattato del nuovo diritto commerciale*, cit., p. 8. L'Autore afferma che il diritto commerciale per sua natura, è già diritto del lavoro, quantomeno per le sue origini comunali – l'età dei liberi comuni – allorché eleva e propaga nel mondo il diritto della persona contro il feudalesimo ed afferma e affranca ogni preziosa attività personale, ogni ardita forma di lavoro rivolta al bene (L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, p. 1); ed ancora “(...) *nelle corporazioni e nelle città la forma più alta dell'economia comune è quella dell'artigianato e del commerciante* (...) *non è diritto commerciale diritto di privilegio, il diritto di una classe che si sovrappone alle altre, ma un diritto che diviene statutario e cittadino* (...) *che si afferma di fronte ad un diritto comune chiuso alle innovazioni, come diritto di casta e feudale* (...)” L. MOSSA, *ibidem*.

specie di contratti che hanno il lavoro come oggetto tipico, ma esso non contiene il regolamento del contratto di lavoro. Per questi motivi, l'autore reputa inadeguato il sistema del diritto civile e commerciale del tempo a ricomprendere il diritto del lavoro, per il quale pone l'esigenza di una legislazione unitaria, una codificazione generale del lavoro, nella quale possono confluire istituti di diritto pubblico e di diritto privato³⁸.

Il diritto del lavoro – del quale l'Autore sfiora il problema del carattere pubblicistico o privatistico – ha una origine chiaramente politica e sociale che lo ha fatto concepire come diritto pubblico, o perlomeno quale svolgimento nel diritto privato di elementi pubblicistici³⁹. La natura pubblicistica la si è voluta trovare “(..)nell'elemento sociale che ne costituisce il fermento di vita (...)”⁴⁰.

Quello che conta, dunque, è il carattere sociale che si estrinseca nel fatto che società e diritto proteggono il lavoro in tutte le sue manifestazioni: l'interesse sociale – cioè comune, di tutta la società – coincide con l'interesse individuale di quelli che prestano il lavoro e di quelli che lo utilizzano.

Dalla natura sociale di questo diritto del lavoro – pur privato – scaturisce l'inderogabilità di alcune norme positive che racchiudono un interesse sociale, per salvaguardare i principi di giustizia aperti o latenti nel complesso delle norme. Si esige, così, che i contratti individuali di lavoro e quelli di tariffa non violino i principi elementari di giustizia consacrati nell'ordinamento giuridico, come la legge sull'impiego privato, la durata della giornata lavorativa e simili. Conseguentemente le private convenzioni che cercano di eludere le norme inderogabili sono nulle, mentre rimangono valide le clausole migliorative⁴¹.

E per questa via, Mossa non ritiene concreto ed attuale il pericolo che il diritto privato si trasformi in diritto pubblico, ma semplicemente riconosce che vi sono patti o convenzioni private che sono illecite. La novità del principio assoluto d'inderogabilità consiste nel fatto che le convenzioni private non possono eludere le norme sociali

³⁸ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 8. Ricorda l'autore che Barassi (*Il contratto di lavoro*, cit., p. XXXIII introduzione) ha tentato di realizzare l'attrazione del diritto del lavoro nel diritto comune, ricorrendo all'equità, ma non è stato sufficiente, perché il lavoro è materia sorta in contrasto col codice civile: vi è conflitto troppo evidente tra lo spirito dell'uno e la tecnica dell'altro. Pur profittando della tecnica e degli apparati del diritto privato, al diritto del lavoro occorre liberarsi dei vincoli della tradizione e trovare nella sua stessa materia le regole per il suo ordinamento e la sua sistematica. Ed ancora afferma: “(..)Il lavoro, fatto sociale – il più comune – non può essere contenuto nel codice civile, essendone estranea la materia prima – il lavoro – che è materia sociale, materia più estranea al diritto civile che al diritto commerciale (...) Tuttavia se il diritto di proprietà e il diritto delle persone costituiscono il naturale oggetto del codice civile, il lavoro si afferma come “un nuovo e imponente diritto della persona” e come tale appare come parte del diritto privato.

³⁹ A suo avviso (L. MOSSA, *op.ult.cit.*, p. 9 nota 25) si rinvergono precedenti in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., *Introduzione* p. XXXI

⁴⁰ L. MOSSA, *ibidem*.

⁴¹ L. MOSSA, *op.ult.cit.*, p. 10 e ss. Riecheggia nel discorso di Mossa quella che sarà la successiva sistemazione del codice civile sia per quanto concerne la norma dell'art. 2113, sia per la fondamentale e contestata disciplina dell'art. 2077 cod. civ.

protettive, pena la nullità e che quindi l'attività dei privati deve tener presente questa esigenza sociale irriducibile⁴².

Orbene – osserva l'Autore – il diritto del lavoro non è disciplinato da nessun corpo grande o piccolo di leggi e quelle esistenti non si occupano del rapporto in modo organico e sistematico, ma in modo parziale ed incompleto e solo di alcuni aspetti. Il nucleo fondamentale di tale legislazione è costituito dalla legge sul contratto di impiego privato, nella quale il contratto di impiego è contemplato nei suoi lati più vitali, anche se la medesima legge non ne ha una comprensione completa. È per questo che Mossa auspica la creazione di un codice generale del lavoro, nel quale “(...) *l'arte legislativa sarà messa a dura prova (...)*”⁴³.

Orbene, l'emancipazione del lavoro può avvenire solo sul terreno contrattuale, essendo il contratto l'unica legge che disciplini i rapporti delle masse dei lavoratori con le imprese. Il contratto, però, non deve essere strumento di schiacciamento dell'impresa contro il debole. E ciò accadrebbe – come per un primo e lungo periodo è stato – se in ossequio al dogma della libertà contrattuale si giustificasse l'iniquità della contrattazione individuale: quando ciò avvenne, il lavoratore isolato dovette sottostare alla prepotenza dell'imprenditore⁴⁴.

Tale sistema del diritto contrattuale, fondato su una posizione giuridica e sociale di uguaglianza dei contraenti era proprio del codice civile, figlio della rivoluzione francese⁴⁵. Ma il lavoratore isolato e disorganizzato stretto dalla morsa del bisogno non è

⁴² L. MOSSA, *ibidem*.

⁴³ L. MOSSA, *op.ult.cit.*, p. 11. Osserva che la creazione di un codice generale del lavoro non è tale da ostacolare il sistema di norma giuridiche, pur incompleto, ma già in atto. Queste norme giuridiche sono quelle del diritto libero “(...) *non vincolato cioè ad immutabili leggi scritte, ma riconosciute dal giudice traverso l'osservanza dei fatti (...)*”. L'Autore, alla nota 35, cita THALLER (*Traite de droit commercial*, V ed.) che ha genialmente dimostrato come la giurisprudenza pratica, almeno quella latina, non ha mai rinunciato alle facoltà che la scuola del diritto libero le attribuisce. Continua l'Autore – nelle sue concezioni profetiche e fortemente pragmatiche – sostenendo che la legge sull'impiego privato richiede necessariamente la creazione di un giudice speciale, che è la Commissione arbitrale dell'impiego privato, che il giurista ritiene di preferire ai giudici togati – a suo avviso gli arbitri sarebbero i giudici del lavoro del futuro – perché i giudici togati nelle loro decisioni possono portare il peso di una tecnica astratta, legata ad istituti contrari al nuovo ordinamento. I giudici pratici – come egli li chiama – più che dallo stesso diritto si lascerebbero guidare dall'equità, da convinzioni derivate dall'ambiente in cui si opera, da un senso di giustizia concreto.

⁴⁴ Si sostiene, in sostanza, che il falso mito della libertà contrattuale e della parità giuridica tra lavoratore e datore di lavoro – dogma liberale improntato al rigido formalismo delle categorie civilistiche, lontano dalla realtà della vita – costituisca non uno strumento di difesa e di protezione per il lavoratore, ma un mezzo per schiacciarlo e tenerlo soggiogato, in nome di una falsa ed ipocrita libertà.

⁴⁵ Questa idea (L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, p. 13) appena accennata, sarà molto più sviluppata e ribadita nel *Trattato di diritto commerciale* cit., p. 9, dove è detto “(...) *sotto il nome e il segno del commercio è il lavoro che viene riconosciuto e assicurato in faccia ai privilegi feudali (...)* E la proprietà viene considerata in funzione del lavoro e quale creazione del lavoro (...) *Non era la proprietà che si sviluppa in seguito con una degenerazione del primo ideale nel mondo economico a beneficio dei privilegiati e dei negrieri (...)*” e a p. 8: “(...) *Ma non fu il codice di commercio figlio della Rivoluzione (...), figlio genuino fu il codice civile, perché esso nacque come codice dei diritti dell'uomo e del cittadino nella convinzione dei rivoluzionari dell'89 esso riaffermava la libertà privata e l'impero della volontà individuale, il codice che incarna il diritto naturale dell'uomo, quei diritti che i tribuni volevano proclamare in cima a tutti i codici, quale fondamento sovrano di qualunque diritto e di qualunque dovere (...)*”.

veramente libero, e di conseguenza quella che risultò dal codice civile è la libertà del più forte, delle imprese gigantesche in confronto con il singolo lavoratore. Contro questo dogma si combatté in nome della libertà vera, reale e non ipotetica⁴⁶.

Al fine di porre un argine a tale situazione – “(...) *contro schiacciamento contrattuale delle imprese* (...)” – non può bastare l’intervento legislativo che potrebbe, invece, nuocere agli interessi generali di sviluppo. Sarebbe più opportuno l’intervento del giudice con l’attribuzione a quest’ultimo del potere di modificare il contratto secondo giustizia e dichiarare invalidi i patti ingiusti e illegittimi, volti a eludere le leggi di protezione, imposti dallo strapotere di una parte⁴⁷. Secondo Mossa, dichiarare invalido l’intero contratto sarebbe uno strumento superato e primordiale; invece, l’attribuzione al giudice di un potere di modificare o sostituire le clausole illecite, non solo riporterebbe a giustizia un contratto ingiusto, ma anche impedirebbe l’implicito riconoscimento di un predominio nel diritto al prepotere delle imprese, cosa che sarebbe antisociale⁴⁸.

Ora, il contratto individuale data la sua sostanziale mutabilità esercitava una triste influenza sulla sorte giuridica del lavoratore, poiché esso diveniva uno strumento del prepotere di classe. Parimenti inutile – a suo avviso – era il contratto collettivo, inteso quale semplice somma di contratti stipulati per un determinato gruppo di lavoratori dalle organizzazioni sindacali⁴⁹.

Ed infatti, anche in caso di stipula di una pluralità di contratti con l’assistenza sindacale, il valore dell’organizzazione professionale si esaurisce con la stipulazione, in quanto durante lo svolgimento del rapporto si dà sempre la possibilità del licenziamento individuale del lavoratore e della modificazione unilaterale del contenuto del contratto. Diversamente, il concordato di tariffa – o come egli lo chiama il contratto di tariffa –

⁴⁶ La forza è sempre nemica della libertà e della giustizia: l’impresa è un’organizzazione moderna e il frutto di questa organizzazione non minaccia solo la vera libertà del lavoratore. I gruppi commerciali e industriali dettano le loro leggi all’interno e all’estero a tutti i privati, contro gli interessi comuni dei consociati, contro i codici e contro il contratto. L. MOSSA, *ibidem*. L’Italia nel 1922 non era un paese industrializzato allo stesso livello di altri paesi. L’autore mostra la sproporzione di forza tra il singolo e l’impresa. Cosa avrebbe scritto oggi di fronte alle multinazionali! Le sue conclusioni appaiono profetiche in un mondo che ad un certo momento sembra camminare all’indietro. Alludo ai lavoratori che pur col diritto del lavoro e malgrado i sindacati restano isolati e schiacciati.

⁴⁷ L. MOSSA, *op. ult. cit.*, p. 14. Questa visione, sotto alcuni aspetti utopistica, ha in un certo modo avuto una qualche risposta nell’istituzione di una magistratura del lavoro in epoca corporativa con compiti istituzionalmente più ampi e percorre la notevole funzione del potere giudiziario nei problemi lavoristici e persino in quello che è il tema della presente ricerca, cioè la sorte delle rinunzie e transazioni nel rapporto di lavoro.

⁴⁸ L. MOSSA, *ibidem*. Mette in evidenza il nostro Autore che nel mondo del lavoro è anche accaduto che alla potenza del capitale è stata contrapposta la potenza del numero: infatti, il lavoratore non è più isolato, ci sono le federazioni sindacali che col peso dell’organizzazione hanno equilibrato il prepotere dei capitalisti, riportando il contratto a giustizia. In certi casi è potuto anche succedere che la situazione originaria si sia capovolta e la prepotenza si stata dei lavoratori. Anche in questo caso – nel flusso di prepotenze – l’opera del giudice – egli sostiene – sarebbe preziosa.

⁴⁹ L. MOSSA, *op. ult. cit.*, p. 15. Spiega l’Autore che in principio il contratto collettivo era concepito come una pluralità di contratti individuali, stipulati tutti insieme dall’associazione sindacale.

deve essere inteso come un vero e proprio “statuto dei rapporti di lavoro” e deve avere – come in tutti gli ordinamenti dove è stato oggetto di riconoscimento – valore assoluto di legge⁵⁰.

Esso è stabile, non è oggetto di modificazioni unilaterali, e per la sua osservanza una rappresentanza dei lavoratori ha il diritto di vigilare e vigila sulla sua regolare esecuzione e immutabilità delle sue clausole. Esso si distingue dal contratto di lavoro perché è “un contratto normativo” onde i suoi caratteri devono essere l’assolutezza, la generalità, l’illimitatezza e l’automatismo: tutti caratteri della legge, non certo del contratto⁵¹.

Poco importa all’Autore che tra le parti – le organizzazioni sindacali – si tratti di un fatto pattizio (o contrattuale): le grandi masse dei lavoratori e di imprenditori vincolandosi all’osservanza di determinate norme giuridiche impersonali, creano le regole giuridiche positive dell’ordinamento del lavoro. Il carattere della generalità deve essere inoppugnabile; la validità – oggi diremmo *erga omnes* – per gli organizzati e per i non organizzati, indubitabile. Mossa vuole che i concordati di tariffa possano applicarsi anche là dove manchino le organizzazioni dei lavoratori, grazie al riconoscimento del loro valore oggettivo sanzionato dal giudice⁵².

⁵⁰ Quando Mossa pronuncia il suo *Discorso* mancavano ancora quattro anni alla legge sindacale di Alfredo rocco del 1926, che avrebbe realizzato tale effetto, rendendo il contratto collettivo fonte di diritto.

⁵¹ L. MOSSA, *op. ult. cit.*, p. 15. Rileva l’Autore che sul carattere del concordato di tariffa la dottrina si è dibattuta tra l’imperativo categorico dei sistemi privatistici a base romanistica e un fatto esorbitante dal sistema. Il nuovo istituto doveva sopportare il peso di una tradizione alla quale era estraneo: nel sistema privatistico si doveva ricorrere alle idee di persona giuridica, rappresentanza (diretta o indiretta), del contratto a favore di terzo o della categoria, al fine di estendere a organizzati e non organizzati, per la necessità di un giusto ordinamento del lavoro, le regole dettate da siffatto contratto normativo. Secondo Mossa, quindi, il contratto collettivo deve avere valore di una legge e trovare applicazione nei confronti di tutti i lavoratori organizzati e non.

⁵² L. MOSSA, *ibidem*, p. 17. Le considerazioni del giurista inducono a qualche riflessione. Egli non parla di pluralità di organizzazioni sindacali, parla invece di un contratto di tariffa ossia un contratto collettivo che concepisce con efficacia generale, valevole per gli iscritti e i non iscritti al sindacato. Una pluralità di contratti collettivi potrebbe andare in collisione, indebolirebbe, più che rafforzare i lavoratori. Salvo che la sanzione di riconoscimento del giudice non sottintenda una selezione: il contesto, però, non lascia presumere niente di simile. D’altronde si era agli inizi di un’epoca, oggi – almeno sembra – nella parabola discendente quando il pluralismo implica divisioni, contrasti e debolezza, non certo una situazione di salute, ma direi piuttosto patologica.

⁵² Questo problema, profondamente sociale dalla cui soluzione si sperava il rinnovamento della società, l’autore non lo intende come una “(...) semplice e sterile forma di compenso (...)”, ma “(...) come associare il lavoro alle sorti della impresa in modo da annincerlo e legarlo indissolubilmente al suo destino (...) nel vasto orizzonte della solidarietà del capitale e del lavoro (...)” realizzare “(...) un rafforzamento della base privata dell’impresa con una partecipazione del lavoro in senso schiettamente associativo o corporativo (...)”. Cfr. sul rapporto tra lavoro e impresa L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, cit., pp. 39-61, in cui l’impresa diverrebbe “cellula dell’organizzazione economica” creata sulle rovine dell’economia liberale, avendo di mira l’idea del “bene comune”; la proprietà avrebbe una funzione sociale, sarebbe un dovere verso la comunità, la famiglia e la persona; così come il dovere di creare l’impresa che è la chiave della socializzazione della proprietà.

⁵² Le riflessioni oggetto del presente paragrafo sono tratte per la maggior parte da P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Vol. VII, tomo III, Utet, Torino, 1939

E a conclusione di questo ragionamento non può mancare – in Mossa giurista e politico – la visione dei rapporti tra i fattori della produzione: il lavoro e l'impresa.

Nella creazione della impresa, il giurista scopre qualcosa di analogo alla creazione dell'opera di ingegno: come questa dopo un periodo di sfruttamento esclusivo nel patrimonio dell'autore o inventore passa poi ad una pronta e definitiva socializzazione, così dovrebbe accadere per l'impresa che, invece, è concepita come bene altamente personale non assoggettato ad alcuna regola d'interesse comune, unico scopo essendone il profitto illimitato dell'imprenditore, senza alcuna considerazione per l'interesse della comunità e per il lavoro.

Ma è la comunità che agevola la creazione di imprese; il lavoro che “(...) *abbandona tutto alla fortuna e alla grandezza della impresa (...)*” essa si alimenta delle energie e della vita stessa di chi non ha altro patrimonio che il proprio lavoro.

Tra imprenditore, lavoratori e impiegati esiste già in natura una società per il conseguimento di comuni risultati: questa società naturale oggi assorbita nella subordinazione del rapporto di lavoro all'impresa non può più oltre rimanere priva di influenza nella sua configurazione giuridica. La partecipazione del lavoro all'impresa è la parola d'ordine del movimento del lavoro e anche una forma immancabile per la realizzazione dei principi associativi e cooperativi che fermentano nella società⁵³.

3. PAOLO GRECO: INDEROGABILITÀ ED INDISPONIBILITÀ

Paolo Greco affronta nel 1939 – e quindi prima ancora della codificazione dell'art. 2113 cod. civ. – nel suo Trattato di diritto civile la questione della inderogabilità della normativa lavoristica e lo stretto rapporto esistente tra questa e la irrinunciabilità dei diritti da essa attribuiti e tutelati⁵⁴.

Tale fase storica – siamo nel bel mezzo dell'esperimento corporativo, periodo, per utilizzare un'espressione di Gino Giugni, “di totale giuridificazione del diritto sindacale” – è caratterizzata da un più attivo e diffuso intervento dei poteri dello Stato, che da un lato cerca di contenere nei limiti della legalità l'azione sindacale, dall'altro

⁵³ L. MOSSA, *op. ult. cit.*, pp. 20/23. Questo problema, profondamente sociale dalla cui soluzione si sperava il rinnovamento della società, l'autore non lo intende come una “(...) *semplice e sterile forma di compenso (...)*”, ma “(...) *come associare il lavoro alle sorti della impresa in modo da avvincerlo e legarlo indissolubilmente al suo destino (...)* nel vasto orizzonte della solidarietà del capitale e del lavoro (...)” realizzare “(...) *un rafforzamento della base privata dell'impresa con una partecipazione del lavoro in senso schiettamente associativo o corporativo (...)*”. Cfr. sul rapporto tra lavoro e impresa L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, cit., pp. 39-61, in cui l'impresa diverrebbe “cellula dell'organizzazione economica” creata sulle rovine dell'economia liberale, avendo di mira l'idea del “bene comune”; la proprietà avrebbe una funzione sociale, sarebbe un dovere verso la comunità, la famiglia e la persona; così come il dovere di creare l'impresa che è la chiave della socializzazione della proprietà.

⁵⁴ Le riflessioni oggetto del presente paragrafo sono tratte per la maggior parte da P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Vol. VII, tomo III, Utet, Torino, 1939.

tende ad integrarla e in parte a sostituirla con la graduale formazione di un sistema di leggi speciali protettive dei lavoratori⁵⁵.

Le leggi che riguardavano il lavoro – come avevano evidenziato anche in passato Barassi e Mossa, ciascuno nella sua visuale – avevano carattere speciale, anche nel senso della specificità degli obiettivi, e costituivano la così detta “legislazione sociale” caratterizzata dalla “categoricità” che ebbe il merito di sottrarre il lavoratore dallo stato di isolamento, cioè dalla debolezza, in cui era condannato proprio dal dogma – feticcio della fede liberale – della libera volontà individuale afferente al contratto⁵⁶.

Come scrive Greco, queste leggi dilatano le deroghe ai principi della pura dottrina liberale per quanto riguarda l'autonomia contrattuale degli individui, garantendo ai lavoratori una serie di diritti e imponendo agli imprenditori una serie di obblighi e di oneri “inderogabili”, onde sotto questo riguardo la legislazione speciale assume uno spiccato carattere di *ius cogens* limitatamente alla sua finalità di tutela dei lavoratori⁵⁷.

In questa ottica – spiega autorevolmente l'Autore – lo Stato indipendentemente dalla volontà e dalla reazione dei lavoratori contro l'inosservanza delle leggi, può assicurarne il rispetto con mezzi preventivi e repressivi propri, configurando gli obblighi degli imprenditori come obblighi nei confronti dello Stato, cosicché la legislazione in parola assume un carattere di diritto pubblico⁵⁸.

Ulteriore carattere che assumeva tale legislazione era la “tendenza alla uniformità internazionale” non certo per la ragione postulata dall'internazionalismo del movimento di rivendicazione proletaria, ma per raggiungere una certa equiparazione tra gli Stati ed evitare che i maggiori costi di produzione delle industrie nazionali provocati dall'applicazione di queste leggi si traducessero in un danno per le esportazioni o comunque influissero sfavorevolmente sull'economia degli Stati che le adottavano, avvantaggiando ingiustamente quelli che non le adottavano⁵⁹.

⁵⁵ Così P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 68. Si tratta, in effetti, di un periodo di nuove leggi sulla disciplina dell'impiego privato, di elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che prepararono la nuova codificazione del diritto privato e nel quale si dibatteva il problema dei rapporti tra diritto civile e commerciale, che tocca molto da vicino anche la sistemazione del diritto del lavoro. Nel medesimo senso cfr. Bassano Gabba, *Trent'anni di legislazione sociale*, Torino, 1921; Cabrini, *La legislazione sociale*, Roma, 1914; Borsi, *Elementi di legislazione sociale del lavoro*, Bologna, 1936; Hutchins e Harrison, *A history of factory legislation*, Londra, 1926; Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Parigi, 1922.

⁵⁶ L'unica eccezione alla specificità costituita dal R.D. n. 1825 del 1924 che aveva carattere generale, ma anche essa nel suo art. 17 sancisce l'inderogabilità della disciplina in essa contenuta, da osservarsi “(...)malgrado ogni patto contrario (...)”.

⁵⁷ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 68; si tratta del principio della inderogabilità in *peius* e derogabilità in *melius* per i lavoratori

⁵⁸ P. GRECO, *ibidem*. Da qui le questioni sistematiche sul diritto del lavoro che Lorenzo Mossa tratta con un certo sprezzo ed insofferenza. Cfr. *supra* par. 2

⁵⁹ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 69. L'Autore – che si pone come un precursore delle teorie sul *dumping* internazionale – si riferiva, in specie, ai rapporti economici tra Stati europei e Stati Uniti. Tale questione appare oggi, nell'epoca della globalizzazione e della più completa anarchia internazionale, di

La legislazione sociale – e la giustizia sociale – tende, dunque, ad accentuare uno scostamento dal sistema della legislazione individualistico-liberale, realizzando un ordinamento giuridico che oltre ad assicurare la pacifica convivenza tra gli individui – nella quale possono essere pur perseguiti fini egoistici, ma a discapito dell'interesse e non certo dell'altrui diritto – sia in grado di indirizzare le azioni individuali nel senso di un maggiore socialità, di una valutazione anche sotto il punto di vista dell'etica e dell'utilità collettiva⁶⁰. Tale legislazione, che si sviluppò, al principio, nell'ambito della disciplina dei lavori più pericolosi e insalubri, andò via via estendendosi alla generalità dei rapporti di lavoro subordinato e poi – indipendentemente dall'attualità di un rapporto di lavoro – alle generali esigenze di vita della classe lavoratrice, in modo da garantire la tutela ai punti più nevralgici del rapporto di lavoro⁶¹.

Di pari passo, in tutti i Paesi, si tendeva a rendere obbligatori per gli appartenenti alle categorie interessate le norme emanate dai loro rappresentanti sindacali per la composizione dei conflitti economici tra imprenditori e lavoratori sia nel caso dei contratti collettivi, sia nel caso degli arbitrati. Si svilupparono così le forme più varie di previdenza e di assistenza per le classi lavoratrici – assicurazioni contro invalidità e vecchiaia e malattie e provvedimenti a favore di maternità, infanzia e disoccupati – che in Italia vennero perseguite in quel particolare ordinamento politico, sociale e sindacale detto Corporativismo⁶².

Innanzitutto all'evolversi della normativa di tutela – di fonte non solo legislativa, ma anche sindacale – il problema che immediatamente si pose fu la effettiva applicazione della stessa e la necessità di impedire che il datore di lavoro potesse ignorarla, eluderla o sottrarsene, magari anche con il consenso del lavoratore estorto in qualsiasi modo, inducendolo cioè a rinunciare o a venire ad un compromesso. A tal fine – scrive Greco – erano le stesse norme oggettive (legislative o collettive) che garantivano i diritti posti a tutela dei lavoratori indipendentemente dalla volontà dei singoli, ed anzi addirittura al di sopra e contro la volontà dello stesso interessato: “(...)l'inderogabilità di queste norme si

evidente interesse e attualità. Il problema, in verità, si sta riproponendo all'inverso, poiché gli Stati emergenti dell'Asia – Cina ed India *in primis* – sono privi di una legislazione di tutela del lavoro. A tal fine, si cerca di riformare il c.d. *Welfare*, alleggerendo le economie occidentali da costi che frenano la competitività delle imprese e dei prodotti, tanto da far parlare vecchi fautori e neofiti delle teorie liberistiche, nuovamente di protezionismo. GRECO (*ibidem*) sottolinea come “(...)ragioni di umanità hanno spesso ispirato in materia le concordi direttive dei diversi Stati (...)” spiegandosi in tal modo “(...) la frequente origine delle leggi interne di tutela da convenzioni internazionali dirette a vincolare gli Stati all'adozione di norme protettive o a renderne, per quanto possibile omogenea la misura (...)”.

⁶⁰ P. GRECO, *ibidem*; cfr. anche G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti*, Palermo, 1906.

⁶¹ P. GRECO, *ibidem*; l'Autore si riferisce in particolare all'igiene, alla prevenzione e assicurazione contro gli infortuni, alla determinazione dei minimi salariali e dei massimi di orario, al riposo settimanale, alle ferie, all'indennità di licenziamento etc.

⁶² P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 70 e ss.

*risolve naturalmente nella irrinunciabilità da parte del lavoratore ai diritti soggettivi che esse gli attribuiscono (...)*⁶³.

E sul punto concordavano, in effetti, anche dottrina e giurisprudenza, purché – si sosteneva venisse soddisfatta una doppia condizione: doveva trattarsi di un diritto di cui il lavoratore non poteva disporre – indisponibile *tout court* – e il lavoratore doveva effettivamente aver posto in essere una vero e proprio negozio di rinuncia ad esso⁶⁴.

Orbene, sul primo punto, l'operazione da compiersi non è difficile: l'accertamento della indisponibilità del diritto e della sua connessa irrinunciabilità parte proprio dalla fonte normativa che lo pone; in via generale, tutti i diritti sanciti da norme di diritto oggettivo (o a queste assimilabili, come le norme collettive) attribuiti al lavoratore nei confronti del datore di lavoro – anche in mancanza di una espressa previsione limitativa – sono da considerare, in forza del principio protettivo, indisponibili e di conseguenza irrinunciabili, salvo che dalla norma risulti il contrario⁶⁵.

Quanto alla seconda – cioè alla natura dell'atto dispositivo che deve essere di vera rinuncia sostanziale – essa presuppone che l'irrinunciabilità (indisponibilità) si riferisca esclusivamente a diritti certi e non a diritti incerti o contestati e che nella individuazione del negozio posto in essere dalle parti debba indagarsi in merito alla natura dell'atto dispositivo. Ed infatti, l'Autore esorta a distinguere il negozio di rinuncia dall'atto di accertamento del diritto, con il quale le parti – purché lo stesso sia, comunque, scevri da alcun contenuto o intento transattivo – vogliono esclusivamente constatare la sussistenza, la natura e i limiti del diritto o della situazione giuridica che si presenti oggettivamente o soggettivamente incerta. Né d'altra parte – continua l'Autore – bisogna confondere la rinuncia con atti di transazione nei quali ciascuna parte rinuncia a qualcosa nei confronti dell'altra, con il risultato pratico di ridurre la rispettiva pretesa⁶⁶.

Orbene, innanzi all'esistenza di atti negoziale aventi ad oggetto i diritti sanciti dalla normativa inderogabile sarà compito ed onere del Giudice dirimere la *quaestio facti* relativa alla qualifica del negozio posto in essere dal lavoratore, basandosi sulle

⁶³ In tal senso P. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 459. Si vuole ricordare che le riflessioni e le osservazioni di Greco influenzarono il dibattito sulla inderogabilità, prima ancora che la norma dell'art. 2113 cod. civ. si configurasse nella formulazione definitiva del libro V. Le tesi di Greco saranno anzi decisive – come se ne darà atto soprattutto nel successivo par. 4 del presente capitolo – nella elaborazione della norma in parola.

⁶⁴ Si veda L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, Vol. II n. 349; G. MAZZONI, in Riv. Lav., 1936, p. 266. Quanto alla giurisprudenza *ex plurimis* Cass. 15 maggio 1936 in Giur. It., vol. I, p. 220.

⁶⁵ Da questi diritti P. GRECO (*ibidem*) distingue quelli che si fondano sul contratto individuale e da esso sono regolati, i quali seguono la sorte del contratto. Si pensi ad es. ai diritti dunque non fondati sulla norma oggettiva, ma sulla autonomia negoziale, come la retribuzione superiore a quella fissata dalla legge o dalle tariffe del contratto collettivo: essa è ovviamente disponibile, purché non si vada al di sotto dei minimi.

⁶⁶ P. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 460. L'Autore fa riferimento alla Cass. 26 aprile 1938 (in Dir. Lav. Vol. II, p. 394)

caratteristiche giuridiche dell'atto stesso e non certo sul *nomen iuris* che le parti gli hanno dato, magari tentando di mascherare una rinuncia sotto le spoglie di un accertamento negativo o di una transazione. Ma sarà comunque compito del giudice quello di verificare l'esattezza dell'accertamento effettuato dal titolare del diritto irrinunciabile⁶⁷. Non sarebbe, infatti, giustificata la preclusione del potere del giudice nella fase di verifica del negozio compiuto dalle parti: o si considera l'atto di accertamento come una mera dichiarazione di scienza, ed allora non sussistono idonee motivazioni che possano privare il giudice del proprio potere di rettificare il negozio in ragione della conformità alla diversa realtà, ovvero ove tale negozio integrasse un contenuto dispositivo o costitutivo, e si negasse al giudice il potere di verifica e di rettifica giudiziale si verrebbe a riconoscere al titolare del diritto sancito da una norma inderogabile un potere dispositivo che la legge non gli concede.

In sostanza, nella attività qualificatoria degli atti dispositivi, ciò che conta è che la rinuncia esclude che il diritto sia stato soddisfatto; non sono quindi atti di rinuncia le quietanze rilasciate dal prestatore, poiché essere presuppongono che le obbligazioni a suo favore sono state adempiute, permanendo in capo al lavoratore l'onere di provare la una quietanza liberatoria dissimuli una rinuncia, poiché nella realtà non è stata adempiuta nessuna obbligazione⁶⁸.

In tale attività di qualificazione dei negozi compiuti dal titolare del diritto previsto da norma inderogabile, rimane irrilevante il tempo in cui la rinuncia sia stata effettuata, e cioè se essa sia intervenuta prima o dopo la cessazione del rapporto di lavoro. L'Autore, infatti, reagendo ad un certo indirizzo giurisprudenziale – con una teoria che avrà forte influenza sulla successiva codificazione della norma – affermava che ritenere invalide le rinunce poste in essere in pendenza del rapporto di lavoro e valide quelle intervenute successivamente all'estinzione dello stesso, significava inserire nel dibattito un elemento relativo allo stato psicologico del prestatore d'opera che nulla aveva a che fare con il carattere irrinunciabile dei diritti oggetto di disposizione⁶⁹.

⁶⁷ Al giudice, quindi, che non solo avrà il potere di verificare la natura dell'atto negoziale compiuto dalla parte, ovvero se si trattava di rinuncia, negozio di accertamento o transazione, deve essere necessariamente garantito – trattandosi di diritti irrinunciabili – anche il potere di verificare l'esattezza dell'accertamento compiuto dalle parti. In sostanza il giudice non terminerà la propria attività innanzi alla verifica della natura non abdicativa del negozio, ma potrà e dovrà di fatto verificare l'esatto accertamento compiuto dalle parti.

⁶⁸ P. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 460 e 461.

⁶⁹ Quanto all'indirizzo giurisprudenziale si veda la Cass. 30 marzo 1938 in MGL, 1938, p. 249 e Cass 29 dicembre 1936n. 3414, in Rep. Foro, voce *Imp. Priv.*, 1936, p. 629. La giurisprudenza – affermava P. GRECO (*op. cit.*, p. 462 nota 1) fondava tale orientamento sull'art. 17 del R.D.L. 13 novembre 1924 n. 1825, il quale afferma che le disposizione del decreto "(...) saranno osservate malgrado ogni patto contrario (...)". Orbene, anche se pur la norma parla di "patto" e la rinuncia costituisce un atto unilaterale, qualora – pur ignorando lo spirito e la logica della disposizione – si volesse rigidamente rimanere vincolati al significato

Greco, infatti, riteneva insostenibile e fondato su una circostanza fuorviante il parere della Suprema Corte la quale affermava che gli atti dispositivi compiuti dal lavoratore durante il rapporto sarebbero inficiati dal suo stato psicologico poiché lo stesso si troverebbe in stato di inferiorità durante lo svolgimento del rapporto per il timore di perdere il posto e riacquisterebbe, di contro, la piena libertà alla cessazione del rapporto di lavoro. Ed infatti, falsa era la supposizione che il lavoratore “moralmente costretto” durante la prestazione, potrebbe ritornare libero una volta cessato il lavoro “(...) *allorché è o può essere stretto dal bisogno e da una inferiorità economica accresciuta proprio dalla perdita del posto di lavoro (...)*”⁷⁰.

Inoltre, riferirsi alla situazione psicologica del lavoratore e differenziarla nel tempo non aveva nulla a che vedere con la natura del diritto tutelato, voleva far dire alla legge una cosa che in effetti non dice: un diritto irrinunciabile (o indisponibile cioè tutelato anche contro la volontà del titolare) – ad es. la retribuzione – è irrinunciabile sempre, sia che si tratti di retribuzione presente o arretrata o fatta valere dopo la risoluzione del rapporto⁷¹.

Non meno titubante appare l'Autore relativamente alla validità delle transazioni aventi ad oggetto diritti irrinunciabili del lavoratore e mostra una certa riluttanza ad assimilarle alle rinunzie, le quali, come detto, presuppongono la certezza – per lo meno subiettiva – dei diritti cui si riferiscono, e a sostenerne *sic et simpliciter* l'invalidità.

Per sua natura la transazione, infatti, presuppone una incertezza (sempre subiettiva) riguardo al diritto e alla situazione giuridica che ne è oggetto: la *res dubia* è sì soggettivamente tale, ma non al punto da apparire *ictu oculi* infondata o di mala fede. È questo requisito che – come gli altri elementi del consenso negoziale – in definitiva è rimesso all'apprezzamento del giudice, onde accertare se si tratti di transazione o di rinunzia camuffata⁷².

È da distinguere, inoltre, se la transazione verta sulla esistenza o interpretazione di una norma imperativa e quindi sull'esistenza “in astratto” del diritto che essa attribuisce, ovvero verta esclusivamente sulla fattispecie, vale a dire sulle circostanze o condizioni richieste per applicare la norma, ossia sulla esistenza in concreto del diritto soggettivo. In questo secondo caso, se le condizioni o circostanze di fatto si presentano

letterale della parola “patto” ne deriverebbero due conseguenze: in primo luogo che le rinunzie essendo atti unilaterali sarebbero valide anche se intervenute in costanza di rapporto e in secondo luogo che le transazioni, costruendo *stricto sensu* un patto sarebbero invalide sempre. Si veda anche L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., p. 349, il quale analogamente crede al dogma che l'art. 17 citato si riferisce solo ai patti contenuti nel contratto di impiego o stipulati durante la vigenza del rapporto e non a quelli successivi.

⁷⁰ P. GRECO, *op. cit.*, p. 463.

⁷¹ P. GRECO, *op. cit.*, p. 462.

⁷² P. GRECO, *op. cit.*, p. 464.

dubbie, ne deriva una situazione di equilibrio: cioè la possibilità dell'esistenza del diritto è compensata dalla probabilità della inesistenza. Dunque, stando così le cose, non potrebbe con certezza parlarsi di rinuncia. La risultante della transazione sarà certamente una soluzione "media": nuoce al presunto titolare se il diritto esiste, gli giova se il diritto non esiste. In tal modo il lavoratore transigendo eviterebbe le lungaggini di un giudizio che in ogni caso guasterebbe irrimediabilmente i rapporti con il datore di lavoro, ragion per cui non gli si dovrebbe precludere la possibilità di transigere⁷³.

La giurisprudenza della Suprema Corte, però, da parte sua, è stata sempre di tutt'altro avviso ed ha ritenuto nulle le transazioni tra lavoratori e datori di lavoro sui pretesi diritti dei primi, garantiti da norme legislative o collettive, facendo tuttavia, la distinzione – al pari che per le rinunzie – tra le transazioni compiute in pendenza di rapporto e quelle successive alla cessazione di esso, ritenute invece invalide.

Sulla discutibile rigidità – almeno a parere dell'Autore – di questo indirizzo e in special modo sulla distinzione temporale delle transazioni (anteriori o successive alla cessazione del rapporto) considerata ingiustificabile come per le rinunzie, Greco muove le sue osservazioni concludendo ironicamente: "(...)se prima del licenziamento il lavoratore poteva temere quest'ultimo, dopo di esso gli rimane un timore non meno ...persuasivo, quale è quello di dovere in istato di disoccupazione, affrontare un giudizio per la liquidazione delle sue spettanze! (...)”⁷⁴.

4. LA NORMA DELL'ART. 2113 COD. CIV., IL QUADRO STORICO GIURIDICO: DALL'ART. 17 DELLA LEGGE SULL'IMPIEGO PRIVATO ALLA NOVELLA DEL 1973

Il tema della disponibilità dei diritti dei lavoratori e della sorte degli atti di dismissione trova nel codice civile vigente la sua disciplina generale nell'art. 2113, norma cardine del sistema di tutela dei diritti dei prestatori di lavoro e quindi del diritto del lavoro e che ha assunto nella elaborazione della materia un singolare rilievo sistematico⁷⁵.

⁷³ P. GRECO, *op. cit.*, p. 464- 465.

⁷⁴ P. GRECO, *op. cit.*, p. 466, nota 2.

⁷⁵ Sul punto G. FERRARO, (*Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, in Enc. Giur. Trecc. (voce), il quale, pur osservando che il tema delle rinunzie e transazioni costituisce "(...)senza dubbio uno degli argomenti centrali del diritto del lavoro, giacché consente di definire i caratteri strutturali della materia e di precisare gli elementi di tipicità del contratto di lavoro rispetto agli altri rapporti obbligatori (...)” invita ad evitare di considerare la detta norma come la "(...) chiave di volta per risolvere tutti i complessi problemi che attengono alla vincolatività della norma lavoristica, alla disponibilità in generale dei diritti dei lavoratori e persino al rapporto tra le fonti, autonome o eteronome che siano (...)”. Inoltre, G. GIUGNI (*Le rinunzie e le transazioni del lavoratore, riesame critico*, D.L. 1970, I, p. 3 e ss) si pone criticamente nei confronti della tendenza che giunge a profilare la norma come la "(...)base ricostruttiva del principio dell'indisponibilità dei diritti dei lavoratori (...)”.

Così come per ogni fenomeno giuridico, anche per le rinunzie e le transazioni del lavoratore e per la disciplina della norma inderogabile – tema centrale e portante dell'intera sistematica lavoristica, che trova nella norma in esame la sua fonte principale – la codificazione compiuta dal Legislatore nel 1942 si presenta come normativa di compromesso e frutto di una stratificazione legislativa e giurisprudenziale risalente addirittura all'inizio del secolo scorso⁷⁶.

Proprio partendo da queste premesse, si ritiene che, prima ancora di soffermarsi sulla esegesi della norma codicistica – che costituirà l'oggetto centrale del presente scritto – è utile al fine di interpretarne correttamente il contenuto e coglierne le peculiarità, prendere le mosse dalla prima normativa lavoristica di carattere organica nella quale fa la propria comparsa l'inderogabilità della disciplina lavoristica ed analizzarne i mutamenti, anche in tema di sanzioni, sino alla stesura definitiva della norma come oggi vigente.

Ed infatti, se nel lontano 1924, per la prima volta il Legislatore sanciva la regola dell'inderogabilità delle norme poste a tutela dell'impiegato privato, l'intervento costante sulle stesse da parte della giurisprudenza ha stimolato una prima organica rielaborazione di carattere ermeneutico della materia dell'inderogabilità e degli atti dispositivi del lavoratore come ulteriore contributo fondante proprio della citata norma dell'art. 2113 cod. civ.. Successivamente la norma è stata oggetto di un ultimo importante intervento legislativo nel 1973 volto ad ampliarne l'ambito di applicazione e a rafforzarne gli strumenti di esercizio, confermando – almeno a parere di chi scrive – la vocazione della regola in parola ad assurgere a strumento principale e privilegiato di tutela dei diritti del prestatore di lavoro.

Questo paragrafo sarà, pertanto, dedicato, se pur brevemente, alla ricostruzione storico giuridica della norma dell'art. 2113, anche attraverso i suoi precedenti normativi

⁷⁶ Si è già dato conto, infatti, nei paragrafi precedenti, come fin dalle prime elaborazioni dottrinarie – in un momento storico in cui il rapporto di lavoro veniva disciplinato come semplice *locatio operarum* e ad esso erano dedicate le due stereotipate norme del codice civile del 1865 – fu avvertita come indispensabile l'esigenza di attribuire alla normativa di tutela del lavoratore la qualifica di “inderogabile” al fine di sottrarla alla libera disponibilità delle parti e di creare, in tal modo, uno statuto protettivo del lavoratore contraente debole del rapporto. Così ricordando tre grandi maestri – si è detto – come Barassi (cfr. par. 1) elabora la teoria della norma categorica; Mossa (cfr. par. 2) quella del diritto sociale inderogabile e in Greco (cfr. par. 3) approfondiva le ragioni dell'espansione dell'inderogabilità della lavoristica. Per quanto concerne, invece, l'elaborazione giurisprudenziale si veda, tra i tanti, G.GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore, riesame critico*, D.L.1970, I, p. 3; E.GHERA, *Diritto del Lavoro*, Cacucci, 2006, p. 230 ss.; G.PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore, Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1990, p. 1 e ss.; G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p.1

e conseguentemente dell'affermarsi della disciplina della inderogabilità nel diritto del lavoro⁷⁷.

La prima apparizione della nozione di inderogabilità della disciplina lavoristica, si rinviene nel R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, prima legge organica per il lavoro nell'ordinamento giuridico italiano.⁷⁸ Il comma 1 dell'art. 17 stabiliva che le disposizioni poste dal decreto medesimo “(...) saranno applicate malgrado ogni patto contrario, salvo il caso di particolari convenzioni od usi più favorevoli all'impiegato e salvo che il presente decreto ne consenta la deroga consensuale (...)”⁷⁹.

La norma, però, sanciva una “inderogabilità” priva di alcuna esplicita sanzione per il caso di disposizione da parte del soggetto titolare o di imposizioni peggiorative della controparte; ed infatti, dalla inderogabilità della normativa – considerata quale principio di ordine pubblico – doveva derivare logicamente l'indisponibilità dei diritti pervenuti al soggetto protetto dalla fonte regolatrice imperativa, poiché, la disponibilità degli stessi avrebbe significato vanificare e frustrare nei fatti la *ratio legis*, cioè l'intento protettivo, implicito nella formale inderogabilità della norma⁸⁰.

È pur vero che l'ordinamento non avrebbe mai potuto prevedere una disciplina che obbligasse il titolare a rivendicare sempre e comunque i propri diritti, imponendogli di agire ed impedendone di fatto l'inerzia, ma avrebbe certamente potuto intervenire sulla rilevanza degli atti dispositivi del lavoratore, prevedendone l'inefficacia o l'invalidità e comunque l'inopponibilità al soggetto protetto. Pertanto, il problema che si pose all'interprete fu la disciplina degli effetti della inderogabilità.

Di tale esigenza fu consapevole la giurisprudenza dell'epoca corporativa, la quale – come si evidenzia da una qualsiasi rassegna giurisprudenziale di quell'epoca – era combattuta tra la rigorosa applicazione dell'art. 17, con l'assoluta invalidità di ogni

⁷⁷ Come osserva U. PROSPERETTI (*Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano Giuffrè, 1995 p. 1) l'inderogabilità “(...) costituisce un fenomeno eccezionale o almeno non comune, nel diritto privato, tanto che, per le materie ove essa si verifica più frequentemente, come nel diritto di famiglia, si parla, perciò, di riflessi pubblicistici (...)”, pur precisando che l'avvicinamento tra il diritto di famiglia e il diritto del lavoro è soltanto approssimativo, data la differenza degli interessi tutelati.

⁷⁸ La definizione di “prima legge organica per il lavoro dell'ordinamento italiano è stata mutuata da G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*...cit. p. 2. In merito alla nozione di inderogabilità, è pur vero che la prima espressa previsione è individuabile nella normativa citata, ma l'inderogabilità delle disposizioni della legge impiegatizia poteva dedursi dalle norme degli art. 11 e 12 delle preleggi del codice del 1865 relative alla inderogabilità delle norme di ordine pubblico.

⁷⁹ Analoga disposizione si trovava nell'art. 8 del R.D.L. n. 692 del 15 marzo 1923 in materia di orario di lavoro degli impiegati e degli operai delle aziende industriali e commerciali.

⁸⁰ In tal senso G. PERA, *ibidem*; e G. FERRARO, *ibidem*. Del resto già nella famosa Relazione Orlando (ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano 1943, p. 151) si affermava con chiarezza che “(...) una legge la quale proponesse una specie di contratto tipo, sia pure perfettamente elaborato, ma che non aggiungesse la clausola coercitiva, tendente ad impedire alle parti di derogare almeno alle parti più essenziali fra quelle disposizioni, sarebbe manifestamente oziosa ed accademica (...)”: la disciplina legislativa cioè doveva sovrapporsi alla libertà dei contraenti.

deroga, e la necessità di limitare gli effetti della norma e delle conseguenze della inderogabilità. Se in un primo tempo nelle controversie giurisprudenziali relative al citato art. 17 tutti i patti stipulati in deroga alle norme di quella legge furono ritenuti “inefficaci”, solo successivamente, nacque l’esigenza di limitare i rigorosi effetti della disposizione. Scrive Pera: “(...) *la risposta non fu quella radicale, astrattamente deducibile dai principi. Ci si rese conto che il lavoratore, come soggetto debole del rapporto, poteva facilmente essere indotto a negozi abdicativi non per sue genuine libere scelte, ma perché ancora una volta ‘sotto il tallone del capitale’ e dei suoi interessi di vita (...)*”⁸¹.

La giurisprudenza, pertanto, pose l’accento sul momento dispositivo dei diritti, introducendo la distinzione tra rinunzie e transazioni intervenute in costanza di rapporto di lavoro e quelle successive alla sua estinzione, considerando non valide solo le prime, presumendo alla base della norma l’esistenza di un vizio del consenso dell’impiegato⁸². Si equiparava in tal modo lo *status subiectionis* del lavoratore alla situazione di minorata libertà negoziale del soggetto passivo della violenza morale e si trasformava – tra mille discussioni – il problema della indisponibilità dei diritti – e della connessa irrinunciabilità – in un problema sull’indagine dello stato psicologico del prestatore di lavoro e dell’esistenza di un vizio del consenso, distinguendo, in modo certamente discutibile, tra il tempo anteriore e quello posteriore alla cessazione del rapporto⁸³.

Di conseguenza le rinunzie e le transazioni intervenute durante lo svolgimento del rapporto di lavoro erano certamente invalide, mentre gli atti abdicativi conclusi dopo la cessazione dello stesso producevano a pieno i loro effetti, poiché il prestatore di

⁸¹ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore...*cit., p. 3. Dalla lettura della norma sarebbe infatti dovuta derivare automaticamente la sanzione della nullità per tutti i negozi abdicativi aventi ad oggetto i diritti sanciti dal regio decreto del 1924. È pur vero, però, che si sarebbe dovuto evitare che la sanzione della nullità potesse protrarre all’infinito – o quanto meno nei limiti della prescrizione dell’azione – il diritto del lavoratore alla rivendicazione esponendo la parte datoriale all’incertezza della definizione e liquidazione dei rapporti. D. NAPOLETANO *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Milano Giuffrè, 1953, p. 124.

⁸² Tale impostazione è desumibile dalla rassegna giurisprudenziale dell’epoca in materia. Tra tutte, pregevole espressione di tale orientamento è la sentenza Cassazione 11 gennaio 1939, R.D.L. 1939, II, p. 244, la quale testualmente afferma che “(...) *l’art. 17 della legge impiegatizia pone in essere una presunzione legale non di incapacità naturale o giuridica, bensì di una minorata libertà di consenso del lavoratore, per quanto possa attenersi ad eventuali rinunce, finché duri lo stato di soggezione di detto lavoratore di fronte al principale. Tale presunzione di vizio del consenso viene però meno quando al rinunzia non si verifichi in costanza di servizio, ma con riferimento ad un precedente rapporto di lavoro (...)*”.

⁸³ Di trasformazione del problema della irrinunciabilità in problema di vizi del consenso parla U. PROSPERETTI *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 10; in merito alla equiparazione tra lo *status subiectionis* del lavoratore e alla situazione di minorata libertà negoziale del soggetto passivo della violenza morale cfr. G. FERRARO, *op. ult. cit., ibidem*, sul punto G. GIUGNI, (*Le rinunzie e le transazioni del lavoratore, riesame critico*, cit. p. 4) afferma che il lavoratore non è nella condizione di chi soggiace alla violenza morale, come definita dalla tradizione romanistica, ma in uno stato di soggezione molto più attenuata – e che molti ordinamenti transalpini non riconducono a ragione di invalidità del negozio giuridico – paragonabile a talune situazioni di squilibrio o di influenza indebita tra le parti e che costituisce nel nostro sistema il fondamento di alcune specifiche incapacità o invalidità di atti (es. donazioni o alienazioni).

lavoro, venuto meno lo stato di soggezione, riprendeva la propria libertà d'azione non avendo più nulla da temere o da perdere⁸⁴.

La dottrina, però, rispose vivacemente alla giurisprudenza: non sempre fu d'accordo – infatti – sulle sue conclusioni. Da un canto vi fu chi contestò la tesi dell'invalidità dei negozi abdicativi con la speciosa asserzione che era insostenibile il vizio della volontà per violenza morale, in un sistema, come quello corporativo, nel quale il sindacato di diritto pubblico assicurava al lavoratore una libertà piena⁸⁵. Dall'altro si osservava che era erroneo ritenere che, cessato il rapporto, il lavoratore avrebbe potuto esercitare liberamente i propri diritti, non avendo più nulla da perdere: considerato che il prestatore ormai disoccupato, spinto da impellenti necessità di vita, era più esposto a rinunzie e compromessi a suo danno, si rifiutava il differente trattamento degli atti abdicativi compiuti prima o dopo la fine del rapporto di lavoro⁸⁶.

In particolare Greco sottolineava che la distinzione tra il “prima” e il “dopo” avrebbe potuto indurre, pericolosamente, il datore di lavoro ad optare per un licenziamento puramente “amministrativo”, cioè fatto unicamente allo scopo di concordare con il dipendente la transazione, riassumendolo subito dopo⁸⁷.

Orbene, tale dibattito sviluppatosi in dottrina e in giurisprudenza influenzò profondamente la formulazione della norma. Infatti, nella discussione della Commissione parlamentare e di quella sindacale fu ricordato proprio come il problema non riguardava la presunzione di inferiorità del lavoratore, di cui parlava la giurisprudenza, ma la disponibilità dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro, tanto che – si sosteneva, accogliendo la posizione dottrinale sostenuta proprio da Greco – non era ammissibile la distinzione tra rinunce e transazioni effettuate prima della cessazione del rapporto e gli atti dispositivi compiuti successivamente alla sua estinzione, nonché si

⁸⁴ G. PERA, *op. cit.*, p. 3-4; G. FERRARO, *ibidem*. In giurisprudenza si vedano Cass. 17 dicembre 1931, F.I., 1932, I, p. 494 con nota di P. GRECO; Cass. 21 marzo 1935, F.I., 1935, I, p. 1482, con nota critica di A. NAVARRA. L'autore, innanzi alla pronuncia della Suprema Corte che riteneva invalida la rinuncia intervenuta in costanza di rapporto, anche se intervenuta in pendenza della causa, obiettava che nei fatti la pendenza del processo dimostrava che il lavoratore non era incapace di agire.

⁸⁵ A. NAVARRA, *Nota...cit.*, p. 1428.

⁸⁶ L. DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Torino, Utet, 1949, p. 543; G. PETRACCONE, *Rinunzie e transazioni in tema di impiego privato e conciliazioni in materia di contratto di lavoro*, in F.I., 1936, I, p. 480; P.GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 46; D.R. PERETTI GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, Torino, 192, p. 616 e ss.

⁸⁷ P.GRECO, *ibidem*. In particolare l'autore (nella medesima opera ma a p. 284 e ss. e in *La transazione nei rapporti soggetti a regolamento imperativo*, in *Annali Macerata*, 1932, p. 182) distingueva tra rinuncia e transazione, argomentando che quest'ultima non avrebbe un contenuto abdicativo consistendo in una soluzione di compromesso della controversia che sarebbe stato socialmente da miopi voler impedire. In merito alla natura della transazione, G. PERA (*op. cit.*, p. 5) spiega che l'intransigibilità di determinati diritti sarebbe, in effetti, giustificata dal fatto che “(...) talora l'ordinamento vuole che di certe liti conosca esclusivamente il Giudice dello Stato, appunto per la rilevanza della pretesa dedotta: non perché sicuramente il giudice attribuirà al soggetto più di quanto possa riconoscere un arbitro, ma perché di certe questioni non debbono conoscere giudici scelti privatamente. L'ordinamento vuole garantirsi soltanto che della lite conosca il giudice dello Stato, come garante della scrupolosa applicazione della legge(...)”.

pose l'accento sulla necessità di sanare il contrasto tra l'indisponibilità dei diritti derivanti da disposizioni inderogabili e la necessità di non creare situazioni di prolungata incertezza nei rapporti di lavoro⁸⁸.

Tali esigenze furono tutte soddisfatte dalla formulazione dell'art. 59 del "libro del lavoro" del codice civile pubblicato come libro separato il quale – con la sola eccezione della sanzione della nullità, poi modificata in sede di pubblicazione del testo coordinato ed unificato del codice⁸⁹ – riproduceva integralmente il contenuto del successivo art. 2113 prevedendo l'eliminazione della distinzione, invalsa nella giurisprudenza, fra il tempo anteriore e quello posteriore alla cessazione del rapporto di lavoro, il contenimento della sanzione della nullità in limiti ragionevoli e la sottoposizione della stessa ad un termine breve di decadenza⁹⁰.

Con la pubblicazione definitiva del codice civile, l'art. 2113 assumeva quindi questa forma: *“Le rinunce e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o da norme corporative, non sono valide. L'impugnazione deve essere proposta a pena di decadenza, entro tre mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Resta salva, in caso di controversia, l'applicazione degli articoli 185, 430 e 431 del codice di procedura civile”*.

Tale formulazione recepiva e consolidava la posizione giurisprudenziale che si era formata sin dall'originario testo dell'art. 17 della legge sull'impiego privato con alcuni

⁸⁸ Quanto alla posizione dottrinale prevalente in merito alla validità delle rinunce e transazioni P. GRECO, *ibidem*. Per quanto concerne, invece, la ricostruzione dettagliata dei lavori preparatori si vedano U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 10; ed ancora *Atti del Comitato dei rappresentanti delle confederazioni sindacali per l'esame del "libro del lavoro" appendice*, Roma, 1941, p. 435, (nel quale si può leggere l'art. 31 del progetto del libro delle obbligazioni affermava *“Le rinunce e le transazioni, che hanno per oggetto diritti derivanti dal rapporto di lavoro, anche se intervengono posteriormente alla cessazione di esso, sono nulle se sono state fatte o concluse dal lavoratore senza l'assistenza della propria associazione professionale o, quando questa manchi, senza l'omologazione del prestatore”*) e *Atti della Commissione delle Assemblee legislative*, Roma, 1940, p. 610 (nel quale si legge l'art. 491 del progetto ministeriale del libro delle obbligazioni del codice civile che affermava *“le rinunce e le transazioni che hanno ad oggetto diritti derivanti dal rapporto di lavoro anche se intervengono posteriormente alla cessazione del rapporto sono annullabili se sono fatte dal lavoratore senza l'assistenza della propria associazione sindacale”*).

⁸⁹ Il libro del lavoro fu pubblicato separatamente con R.D. 30 gennaio 1941 n. 17. Orbene, la sanzione della nullità prevista per le rinunzie e transazioni aventi ad oggetto diritti previsti da norme inderogabili fu necessariamente trasformata in invalidità, intesa quale annullabilità. Infatti la previsione di un termine di decadenza pose un problema sistematico causato proprio dalla natura imprescrittibile della azione di nullità, che non si rinveniva nella sanzione posta nel detto art. 59. In sede di revisione e di unificazione, il legislatore procedette alla eliminazione di tale previsione e alla sua trasformazione in invalidità. Peraltro, la natura della sanzione e la sua compatibilità con la norma inderogabile sarà oggetto di continuo dibattito anche successivamente alla pubblicazione del codice civile nella sua versione definitiva.

⁹⁰ In tal senso parla chiaramente la *Relazione al libro del lavoro del codice civile* del Ministro Guardasigilli in G.U. n. 31 del 5 febbraio 1941 suppl. p. 17, la quale – tra l'altro – afferma che *“la sanzione della nullità è stata contenuta entro limiti ragionevoli (...) si è eliminata la discutibile distinzione fra tempo anteriore e quello posteriore alla cessazione del rapporto riconoscendo la nullità in ogni caso (...) si è sottoposta l'azione di nullità ad un breve termine di decadenza (...)”*

correttivi che la dottrina aveva elaborato⁹¹. Ed infatti – come si legge chiaramente – da una parte si prevedeva che gli atti di dismissione aventi ad oggetto diritti previsti da norme inderogabili fossero colpiti dalla sanzione della invalidità. Tale invalidità – a differenza della versione prevista nell’art. 59 del progetto definitivo che parlava di “nullità” – veniva sottoposta ad un termine di decadenza – avendosi in sostanza una annullabilità sia pure *sui generis* – e prevista per tutti gli atti di dismissione sia precedenti sia successivi alla cessazione del rapporto, senza la necessità che si effettuasse un’indagine sullo stato psicologico del lavoratore, dando così ragione a quanti ritenevano che la *status* di disoccupazione poteva incentivare (e non far cessare) la debolezza e i cedimenti del lavoratore. Inoltre l’art. 2113 prevedeva l’applicazione – in caso di controversia – degli artt. 185, 430 e 431 cod. proc. civ., affermandosi in tal modo la validità dei negozi dismissori in sede giudiziale o con l’intervento delle rispettive associazioni sindacali di diritto pubblico⁹².

All’indomani dell’entrata in vigore dell’art. 2113 cod. civ. non cessarono le discussioni sul fondamento dell’invalidità delle rinunzie e della transazioni; e mentre la giurisprudenza seguiva a far riferimento a una specie di presunzione di vizio del consenso, la dottrina individuava la causa della invalidità nella non conformità alla legge dell’oggetto delle rinunce e delle transazioni e cioè nella “inderogabilità delle norme” da cui derivano i diritti del prestatore di lavoro rinunciati o transatti⁹³.

Del resto, il venir meno dell’ordinamento corporativo e l’entrata in vigore della Costituzione – nonché la sua inattuazione quanto alle norme sindacali – crearono ulteriori problemi all’interprete il quale si interrogava se il regime di invalidità sancito nell’art. 2113 cod. civ. di diritti scaturenti da norme corporative – inderogabili *ex lege* – potesse applicarsi anche agli atti abdicativi scaturenti da contratti collettivi di diritto comune⁹⁴. E fu ancora una volta la giurisprudenza che – dopo alcune oscillazioni – maturò la consapevolezza che anche al contratto collettivo di diritto comune potesse

⁹¹ G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 2, E. GHERA, (*Diritto del lavoro*, Cacucci 2006, p.230 ss.) sottolinea le origini giurisprudenziali della limitazione della facoltà di disposizione e parla di *factio iuris*, argomentando dalla esistenza di un vizio del consenso (violenza morale): “(...) si presumeva, cioè, salvo prova contraria che durante il corso del rapporto il lavoratore avesse disposto del proprio diritto, tipicamente mediante rinunzia o transazione, in uno stato di timore reverenziale, assimilabile, o quanto meno, paragonabile alla violenza morale, nei confronti del proprio datore di lavoro (evidentemente il classico padrone)”.

⁹² G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore...* cit., p. 6. L’autore richiama la tesi di M. LEVI DE VEALI, *Per una disciplina di rinunce e transazioni in materia di lavoro*, in Riv. Im. Priv., 1934, p. 33, secondo la quale i negozi abdicativi potessero porsi in essere solo con garanzie istituzionali, mediante, quindi, l’assistenza del sindacato o con l’intervento del giudice.

⁹³ U. PROSPERETTI *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 23, M.MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto delle Disc. Priv. Sez. Comm.* Vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 55.

⁹⁴ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti...* cit., p. 55.

attribuirsi il carattere della inderogabilità⁹⁵. Si fece questione, inoltre, della validità delle transazioni raggiunte con l'assistenza dei sindacati, enti di fatto, e l'opinione prevalente dette risposta negativa al quesito argomentando dal fatto che gli attuali sindacati fossero associazioni non riconosciute, mentre le organizzazioni cui faceva riferimento l'art. 2113 erano di diritto pubblico ed avevano la rappresentanza legale della categoria⁹⁶.

Il ruolo creativo della giurisprudenza, peraltro, non si limitò ai temi indicati, ma consentì di mettere a punto la fisionomia specifica dell'istituto e preparare il terreno per i nuovi interventi legislativi, delineando un processo costante di espansione della norma sia sul piano dei negozi ricompresi nel suo raggio di incidenza, sia sul piano soggettivo⁹⁷.

La legge n. 533 dell'11 agosto 1973 di riforma del processo del lavoro novellando l'art. 2113 cod. civ. ha recepito i contributi elaborati da dottrina e giurisprudenza nei trenta anni trascorsi dalla pubblicazione del codice civile, ed ha modificato, da un lato, il regime giuridico delle rinunzie e transazioni e dall'altro è intervenuta sul testo dell'art. 409 c.p.c. ampliando l'ambito di applicazione ad una serie di rapporti rientranti nell'area abbastanza eterogenea della parasubordinazione⁹⁸.

Sono state introdotte così alcune variazioni di sostanza in ordine al termine e alla forma dell'impugnazione: mentre il primo è stato portato da tre a sei mesi – trascorsi i quali in difetto di impugnazione le rinunce e le transazioni acquistano piena validità – per l'impugnazione si è disposto che essa può essere proposta con *qualsiasi atto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà*, superando così quell'orientamento

⁹⁵ M. MAGNANI, *ibidem*. Decisiva sul punto la sentenza Cass. 12 maggio 1951, n. 1184, in F.I. 1951, I, p. 691 ss.; *ex plurimis* cfr. C.A. Napoli, 20 luglio 1961, R.G.L., 1961, II, p. 464 ss.; C.A. Milano 22 febbraio 1955, R.G.L., 1955, II, p. 366 ss.; ed ancora T. Roma, 14 maggio 1966, D.L., 1967, II, p. 202 e ss..

⁹⁶ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore...*cit., p. 7. L'autore osserva però che se i sindacati non riconosciuti possono stipulare contratti dotati di una particolare forza, quanto meno a livello di porzione della categoria rappresentata "(...) non si vede come possa disconoscersi l'attività di assistenza che solitamente questi medesimi sindacati svolgono ai fini della conciliazione delle liti individuali di lavoro (...)". Del medesimo avviso M. MAGNANI (*ibidem*), la quale ritiene "assai opinabile" la conclusione della giurisprudenza (*ex plurimis* Cass. 5 luglio 1957 n. 2667) secondo la quale l'irriducibilità "(...) per diversità di struttura e di compiti e per carenza altresì di legali poteri pubblici (...)" delle associazioni sindacali di fatto alle associazioni sindacali di diritto pubblico, impediva che le prime potessero essere ricomprese "(...) nella previsione legale che abilitava le seconde a dare in modo giuridicamente valido contributo e assistenza per conciliare e transigere vertenze individuali relative a diritti indisponibili dei prestatori d'opera (...)". Di contrario avviso L. DE LITALA (*Il contratto di lavoro*, cit.) secondo il quale la conciliazione sindacale tornerà valida una volta attuato l'art. 39 Cost. e D.R. PERETTI GRIVA (*Il contratto di impiego privato*, cit., p. 616 e ss.) secondo il quale la conciliazione sindacale sarebbe tornata valida posto che attraverso al legge Vigorelli del 1959, sarebbero tornati i contratti collettivi generalmente obbligatori. Per maggiori approfondimenti cfr. *infra* cap. 2 par. 3.

⁹⁷ G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 2; per quanto concerne il costante processo di espansione della norma ad opera della giurisprudenza si segnala la critica di G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore, riesame critico*, cit. p. 8. per maggiori approfondimenti cfr. *infra* cap. 2 par. 4

⁹⁸ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore...*cit., p. 10. L'autore ricorda che una normativa che in gran parte richiama l'art. 2113 è stata posta dall'art. 23 legge 11 febbraio 1971 n. 11, modificato con l'art. 45 legge 3 maggio 1982, n. 203 in materia di affitto dei fondi rustici. Sul punto cfr. G. FERRARO, *ibidem*. Per maggiori approfondimenti, D. BELLANTUONO, *La nuova disciplina dei contratti agrari*, in F.I., 1982, V, p. 125.

giurisprudenziale che identificava nella sola domanda giudiziale l'atto valevole ad impedire la decadenza⁹⁹.

Si è riconosciuta la piena validità alle rinunce e alle transazioni avvenute con l'intervento del giudice o delle organizzazioni sindacali non riconosciute. Il legislatore, infatti, con la sostituzione del riferimento alle norme corporative con la menzione dei contratti ed accordi collettivi come fonte di norme inderogabili accanto a quelle di legge non solo ha depurato la norma da elementi anacronistici, ma ha affrontato – almeno indirettamente – il tema della inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune, sancendone un'implicita equiparazione di regime giuridico tra norma di legge e norma di contratto collettivo¹⁰⁰.

Da ultimo, la riforma – come detto – ha favorito l'espansione soggettiva della norma collegandosi direttamente all'art. 409 c.p.c., che nel nuovo testo includeva nella disciplina di tutela anche i diritti derivanti da norme inderogabili in relazione non solo ai rapporti di lavoro subordinato – come era implicito nella vigenza della precedente formulazione – bensì ai rapporti con gli enti pubblici economici ed eccezionalmente con gli altri enti pubblici, ai rapporti di mezzadria ed assimilabili, ai rapporti derivanti da altri contratti agrari, ai rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale nonché ai rapporti di collaborazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato¹⁰¹.

⁹⁹ G. IANNIRUBERTO, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni. Le quietanze a saldo*, in *Il diritto lavoro nella elaborazione giurisprudenziale dopo lo statuto dei lavoratori e il nuovo processo del lavoro*, ricerca sistematica diretta da D. NAPOLETANO, volume III, titolo V, p. 234. L'autore sottolinea come il venir meno dell'esclusività dell'impugnativa giudiziale e la possibilità del suo esperimento con una semplice dichiarazione di volontà del lavoratore, consente a quest'ultimo di rinviare la proposizione dell'azione per far dichiarare l'invalidità del negozio impugnato entro l'ordinario termine di prescrizione quinquennale proprio dell'azione di annullamento. Per maggiori approfondimenti vedi *infra* cap. 4. Quanto all'orientamento giurisprudenziale segnalato, si vedano *ex plurimis*: App. Roma9 giugno 1956, in D.L., 1957, II, p. 148; Trib. Foggia, 13 luglio 1960 in *Orient. Giur. Lav.*, 1961, p. 240.

¹⁰⁰ Autorevole l'opinione in proposito di L. MENGONI, *La legge e l'autonomia collettiva*, Relazione al 3° Convegno nazionale Federmeccanica, Roma, 28-29 marzo 1980; ed ancora S. LIEBMAN, *L'efficacia dispositiva del contratto collettivo di lavoro*, in *Studi in onore di G.Grassetti*, Milano, 1981, p. 1219). Sul punto è d'accordo anche G. FERRARO, *ibidem*, il quale precisa – opinione condivisa dallo scrivente – che l'equiparazione tra legge e contratto collettivo di diritto comune può essere ammessa solo nei limiti di efficacia del contratto medesimo.

¹⁰¹ U. PROSPERETTI, *La nuova normativa sulle rinunzie e transazioni del lavoratore*, MGL, 1973, p. 496; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Bari, 1985, p. 430; L. RIVA SAN SEVERINO, *Diritto del lavoro*, XIII edizione, Padova, 1978, p. 123; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 231; L. MONTESANO F. MAZZIOTTI, *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974; F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, 1984, p. 469; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979; M.GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983. Critico sulla portata della riforma del 1973 è S. MAGRINI (*Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, N.D.I., *Appendice*, 1986, p. 847), il quale afferma che la mini riforma dell'art. 2113 risponde "(...) evidentemente a scelte politiche intrise dell'ideologia sessantottarda per la quale non v'è progresso nel sistema che possa liberare il lavoratore in senso lato dall'istituzionale sfruttamento da parte del capitalista (...)". Trattasi quindi – secondo l'Autore – di un intervento legislativo puramente occasionale che non sembra potersi ricondurre a tendenze di fondo dell'ordinamento e che non reca alcun apporto costruttivo ai problemi sostanziali dell'indisponibilità dei diritti del lavoratore, né al nodo inderogabilità della fonte ed

Orbene, la norma nel suo testo, così come novellato, solo apparentemente semplice e chiaro, ha suscitato fiere diatribe – delle quali si darà atto facendone l'esegesi – e ha fatto versare, come suol dirsi, fiumi d'inchiostro nel tentativo di coglierne appieno la portata della sua “*ratio*” e l'ampiezza dei diritti obiettivamente protetti¹⁰².

E così, da alcuni – partendo dall'assioma “inderogabilità della norma uguale assoluta indisponibilità dei diritti protetti e insanabile nullità degli atti abdicativi del lavoratore” – non si è esitato a definire l'art. 2113 cod. civ. una sorta di mostruosità giuridica¹⁰³. Altri, invece, hanno aperto la stura ad una serie di distinzioni tra diritti stessi, o il loro sorgere ed esercitarsi argomentando sulla gradualità della protezione e non è mancato chi ha autorevolmente sostenuto l'illusorietà della tutela predisposta dalla norma codicistica e la sua palese incostituzionalità¹⁰⁴.

Ciò nonostante la Corte Costituzionale – più volte chiamata a pronunciarsi sulla norma dell'art. 2113 cod. civ. – ha rigettato tutte le questioni di illegittimità costituzionale che – sotto vari profili – sono state sollevate in merito; a partire da quella in relazione all'art. 36 della Costituzione e ai diritti da esso sanciti sino alla pretesa

indisponibilità del diritto, né alla qualificazione dell'invalidità delle rinunzie e delle transazioni, né alla categoria degli atti di disposizione sottratti all'impugnativa.

¹⁰² Per tutti DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile, passim*, vi avrebbe sotto certi riguardi trovato più che la protezione del lavoratore quella dell'impresa. Di contrario avviso, G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni*, cit., p. 29 e ss. obietta che senza l'art. 2113 cod. civ., gli atti dismissori del lavoratore sarebbero tutti validi ed inoppugnabili.

¹⁰³ Il primo ad esporre tale punto di vista è D.R. PERETTI GRIVA, *Limiti all'applicazione dell'art. 2113 cod. civ.*, in MGL, 1953, p. 123; l'Autore parla di mostro giuridico poiché assume che dalla violazione della norma inderogabile/imperativa dovrebbe derivare immancabilmente la nullità dell'atto violativo. In verità – si osserva – la stessa norma dell'art. 1418 co. 1 cod. civ. in materia di sanzioni dell'atto nullo, pone un'esplicita riserva, affermando che la violazione della norma imperativa è sanzionata con la nullità “(...) salvo che la legge non disponga altrimenti (...)”. In tale senso non apparirebbe, pur a voler seguire tale indirizzo, destituita di fondamento la teoria che l'art. 2113 cod. civ. si ponga all'interno dell'espressa riserva sancita dalla citata norma.

¹⁰⁴ Per quanto concerne la gradualità della protezione si veda C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, L. RIVA SANSEVERINO e C. MAZZONI (a cura di), Padova, 1971, II, p. 720 e ss; quanto alla illusorietà della tutela apprestata dalla norma DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 266/277 ed in particolare la nota 47 della pagina 266 ove sono indicate le considerazioni della *Relazione alla proposta di modifica dell'art. 2113 cod. civ.*, presentata alla Camera dei deputati il 10 marzo 1956 (RDL, 1956, III, p. 30 ss.), proposta che non ebbe mai esito, e le cui richieste non furono prese in considerazione neppure dalla riforma del 1973. L'Autore, partendo dall'assunto che inderogabilità della norma e indismissibilità del diritto costituiscano un fenomeno normativo inscindibile, in quanto rispondenti entrambi alla finalità di sottrarre spazi all'autonomia privata, scrive che “(...) la maggiore e migliore tutela che si è preteso di apprestare con l'art. 2113 è del tutto illusoria, in quanto tale articolo sarebbe riduttivo della tutela accordata in generale ad ogni cittadino al quale è riconosciuta la possibilità di impugnare (ex art. 1418 e 1966 cod. civ.) senza alcun condizionamento temporale i negozi dismissori aventi ad oggetto diritti derivanti da norme imperative (...)”. Si sottolinea inoltre – ma la questione sarà oggetto di approfondimento e di specifica trattazione nel prosieguo (si veda *infra*, cap. 2 par. 1.2) – che l'Autore scartata l'impostazione gradualistica in quanto “estranea al nostro sistema giuridico”, esclude la sovrapposizione delle disposizioni dell'art. 1418 co. 1 e 2113 che – a suo avviso – sono deputate ad operare su situazioni e piani diversi, per cui il secondo derogherebbe al primo.

disparità di trattamento tra l'art. 2113 cod. civ. e la disciplina ordinaria degli artt. 1418 co. 1 e 1966 co. 2¹⁰⁵.

In conclusione, la disciplina dell'art. 2113 cod. civ. – nella sua stesura definitiva e successiva alla novella del 1973 – è certamente espressione del principio del *favor* e della tutela del lavoratore subordinato quale “parte debole” economicamente e in posizione di soggezione rispetto alla controparte, ma non di questo soltanto. Nella struttura dell'ordinamento giuslavoristico, come si formò in Italia, essa evidenzia anche la tutela “dell'interesse economico nazionale” che si lega non solo alla dignità e produttività del lavoro ma anche e soprattutto all'efficienza dell'impresa che in un certo modo dipende indubbiamente dal rispetto dei diritti del lavoratore – e del conseguente attaccamento di quest'ultimo alle sorti della impresa stessa – e dalla rapidità della risoluzione delle controversie che possono sorgere¹⁰⁶.

Indubbiamente si tratta di una norma speciale, pur nell'ambito della specialità che caratterizza tutto il diritto del lavoro, come ordinamento di tutela del lavoratore subordinato, che tutto sommato deroga ai principi dello stesso diritto del lavoro, tradizionalmente inteso come diritto “vincolistico” e secondo alcuni “paternalistico” oltre che a quelli del diritto civile¹⁰⁷.

¹⁰⁵ In merito alla pretesa incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 36 Cost., si vedano L. MONTESANO e F. MAZZIOTTI, *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974, p. 237 e ss.; F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., p. 314 e ss.; *contra* U. PROSPERETTI, *Sulla costituzionalità dell'art. 2113 cod. civ.*, in MGL, 1971, p. 360; G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 4; G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni*, cit., p. 29 e ss. In particolare si è sostenuto che un atto dimissorio avente ad oggetto il diritto alla retribuzione non dovrebbe poter acquistare validità definitiva anche se non impugnato nei termini di decadenza fissati dall'art. 2113. Si ricorda che tale eccezione di illegittimità costituzionale fu sollevata da Pretore di Ciriè e dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 51 del 30 marzo 1977, poiché ritenuta irrilevante. La Corte ribadiva analoga sentenza (n. 77 del 20 marzo 1974) pronunciata sulla pretesa illegittimità della norma per disparità di trattamento rispetto alla disciplina prescritta dagli artt. 1418 co. 1 e 1966 co. 2 (MGL, 1975, p. 14; MGL 1977, p. 154; MGL 1974, p. 49), questione che riteneva basata su di una premessa indimostrata e inaccettabile consistente nella assoluta indisponibilità dei diritti patrimoniali del lavoratore subordinato per dedurre l'illegittimità degli atti dispositivi. G. FERRARO, *ibidem*, commentando le riferite sentenze definisce tautologico tale modo di ragionare e di carattere aprioristico la qualificazione dei diritti di cui trattasi, trascurando il regime giuridico per essi predisposto, il quale soltanto può stabilire la natura delle diverse posizioni giuridiche attive. *Rebus sic stantibus*, almeno secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale non sono sostenibili profili di incostituzionalità dell'art. 2113 cod. civ.; anche le stesse motivazioni di De Luca Tamajo – che saranno oggetto di specifica trattazione nel prosieguo non reggono al vaglio della Corte: al lavoratore la tutela è assicurata contro i suoi stessi atti di disponibilità che possono nuocergli, ma nel rispetto delle condizioni stabilite dalla legge, nel suo stesso interesse e nell'interesse dell'economia nazionale.

¹⁰⁶ In tal senso A. TORRENTE, F. FANELLI, C. RUPERTO (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Libro V – su art. 2113, Utet, Torino, 1961, p. 202, dove, tuttavia si evidenzia un “conflitto tra giustizia e certezza” del diritto, accettando la tesi di U. PROSPERETTI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., e TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore di opera*, in Riv. Dir. Civ., 1956, p. 69. A mio avviso il conflitto è solo apparente, perché al lavoratore è dato un sufficiente lasso di tempo entro il quale rivendicare le spettanze delle quali si fosse lasciato privare durante il periodo di “soggezione”, chiedendo l'annullamento dei negozi estortigli dalla controparte (*coactus tamen voluit*).

¹⁰⁷ Non si può nascondere l'incertezza riguardo alla sussistenza a tutt'oggi, di questo originario carattere che fa la “specialità” del diritto del lavoro. Quanto meno non mancano dubbi e perplessità, specialmente

L'art. 2113 deroga al preteso paternalismo del diritto del lavoro, perché il lavoratore viene reso arbitro di far valere l'invalidità comminata dalla legge alle sue rinunzie e transazione restringe l'impugnazione entro un termine di decadenza, per cui è la volontà del lavoratore che deve attivarsi: l'invalidità relativa non può essere fatta valere d'ufficio dal Giudice e, d'altra parte, è il lavoratore che deve rivendicare ciò cui illegittimamente aveva rinunciato¹⁰⁸.

Deroga, altresì, agli stessi principi generali del diritto civile, perché le rinunce e le transazioni delle quali si tratta hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge, la violazione delle quali, ai sensi dell'art. 1418 co. 1 e 1966 co. 2 cod. civ., dovrebbe portare, di regola alla nullità insanabile, mentre nel caso dell'art. 2113 co. 1 cod. civ. la prevista decadenza evidenzia una invalidità sanabile, cioè un caso sia pure anomalo di annullabilità.

Di tutti questi aspetti e contrasti si darà atto nel corso della successiva narrativa e nella esegesi della norma.

sulla "parzialità" della tutela o sulla sua bontà. In tal senso P. ICHINO (*Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996), parlando di "(...)lacci e laccioli (...)” che caratterizzano, a suo dire, il diritto del lavoro, teorizza lo "svecchiamento" di un diritto del lavoro, più che vecchio, rimasto però allo stato d'infantilismo (?) visto che dovrebbe crescere e finalmente divenire maggiorenne e del quale evidenzia la parzialità della tutela riservata agli *insider*, mentre ne restano fuori i lavoratori precari e provvisori, *outsider*, e mette in relazione il lavoro con il mercato (tornando così alla mercificazione) piuttosto che con l'umanità del lavoratore. Si dimentica forse che nel 1952, L. RIVA SAN SEVERINO (*Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1952, p. 102), riportando un pensiero di F. CARNELUTTI (*Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in Riv. Dir. Comm., 1913, I, p. 382) affermava che "(...) l'umanità del lavoro, compressa così a lungo nello stampo della locazione, ha reagito appiattendosi il contratto di lavoro da ogni altro e facendone un contratto a sé stante che si stacca sempre più dal diritto delle obbligazioni e si avvicina al diritto delle persone (...)”. Altri autori come S. SIMITIS (*Il diritto del lavoro e la riscoperta all'individuo*, in G.D.L.R.I., 1990, n. 1, p. 87), A. ORSI BATTAGLINI (*L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, procedura civile, diritto amministrativo*, in G.D.L.R.I., 1990, n. 1, pp. 39/50) criticano lo stato sociale come paternalistico, auspicando un individuo lavoratore "imprenditore di se stesso" e un ritorno allo "Stato di diritto", come se lo Stato sociale fosse una specie di stato assoluto e non retto dalla legge! Sulla stessa lunghezza d'onda F. SCARPELLI (*Lavoro subordinato e autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 61) esprime l'esigenza di un diritto del lavoro "meno paternalistico e piagnone". Evidentemente ci si è scordati dell'insorgere insieme all'industrialismo capitalistico della questione sociale o la si risolve in una "falsificazione critica" (cfr. M.GRANDI, *Intervento alla tavola rotonda su "Il mercato e il lavoro. Per un diritto del lavoro maggiorenne" di P. Ichino*, in R.I.D.L., 1997, I, p. 264 e ss.).

¹⁰⁸ Si rifletta sul fatto che nell'art. 2113 cod. civ. la tutela dei diritti del lavoratore nascente da norme inderogabili di legge prende le mosse dall'iniziativa del lavoratore medesimo, alla cessazione del rapporto e quindi dello stato di soggezione, quando il lavoratore non avrebbe più nulla da temere o da perdere: se il lavoratore resta inerte, sopravvenuta la decadenza, la perdita è definitiva. C'è dunque una deroga al carattere del diritto del lavoro oltre che al diritto civile che prevede la sanzione della nullità – imprescrittibile ed insanabile – per i negozi in violazione di norme imperative, anche se – invero – la deroga sarebbe esplicitamente ammessa dallo stesso art. 1418 co. 1 cod. civ.. Si segnala, inoltre, la posizione di P.FABRIS, (*L'indisponibilità dei diritti del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1978, *passim* e spec. p. 109 e ss.), la quale ipotizza anche l'indisponibilità dei diritti del lavoratore come obbligo ad esercitarli. Tuttavia questa concezione non so attaglia alla fattispecie in esame, per la quale mi sembra più calzante l'aurea regola *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*.

CAPITOLO II

INDEROGABILITÀ DELLA NORMA E INDISPONIBILITÀ DEI DIRITTI

1. LA FINALITÀ PROTETTIVA DELLA NORMA TRA INDEROGABILITÀ E DIRITTI INDISPONIBILI

Dopo aver descritto il quadro storico giuridico e normativo di riferimento dell'art. 2113 cod. civ., la trattazione può concentrarsi sui profili ricostruttivi e di collocazione sistematica della norma, e su come il regime della invalidità si atteggia nei confronti dei negozi riguardanti diritti dei lavoratori.

In dottrina, il dibattito, teso ad individuare gli interessi effettivamente tutelati dalla detta norma, si è polarizzato, ormai da tempo, su due contrastanti orientamenti: l'uno di stampo soggettivistico, che giustifica il particolare regime della norma in relazione allo stato di soggezione nel quale il lavoratore si troverebbe nei confronti del datore di lavoro, e dal quale deriverebbe, di conseguenza, un impedimento alla libera disponibilità dei diritti; l'altro di stampo oggettivistico che evidenzia, invece, la *ratio* della norma nella tutela di valori e beni fondamentali, che vengono per ciò stesso sottratti anche alla disponibilità del titolare, in ragione di una valutazione di priorità, che tocca non solo il singolo lavoratore, ma addirittura e soprattutto l'intera collettività¹⁰⁹.

In verità, pur prescindendo dai contrapposti orientamenti dottrinari in merito alla stessa *ratio* della norma – dei quali si darà conto nel prosieguo della trattazione – i maggiori contrasti interpretativi attengono proprio alla relazione intercorrente tra l'inderogabilità della norma protettiva e l'indisponibilità dei diritti che da essa derivano. Ed infatti – come è possibile evincere dalla intera manualistica – tutti gli studiosi si sono ritrovati in una situazione di sostanziale imbarazzo e difficoltà – e in certi casi addirittura di disagio – nel dover spiegare le ragioni per cui dalla normativa inderogabile derivasse, anziché l'indisponibilità dei diritti del lavoratore – e la conseguente nullità di qualsiasi atto di disposizione degli stessi diritti, che dovrebbero essere cioè intransigibili ed imprescrittibili – una mera invalidità corrispondente nei fatti alla annullabilità del

¹⁰⁹ G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 2; quanto alla teoria soggettiva si vedano F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur compl. Cass Civ.*, 1948, II, p. 52 e ss; G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RIDL*, 1958, I, o. 3 ss. Per quanto concerne, invece, la teoria oggettiva, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Milano, 1950; P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1976.

negozio dispositivo, con l'obbligo – *rectius* onere – per il lavoratore di impugnare il negozio eventualmente compiuto, in un breve termine di decadenza decorrente dalla cessazione del rapporto di lavoro o dal compimento dell'atto, se successiva a quella. In difetto, il negozio abdicativo, si convalida, ed è abilitato a produrre definitivamente tutti i suoi effetti, vale a dire la rinuncia ai diritti protetti dalla norma inderogabile. In tal senso, l'art. 2113 cod. civ. segnerebbe la rottura del binomio inderogabilità della norma indisponibilità del diritto, prevedendo una sanzione attenuata alla violazione della norma imperativa¹⁰⁹.

In sostanza, l'art. 2113 cod. civ. rimette nelle mani del lavoratore che ha rinunciato o transatto la sorte di quei diritti, consentendogli con le modalità stabilite ed entro termini perentori di decadenza – per così dire – di pentirsi della rinuncia o della transazione voluta o subita. Se il lavoratore non esercita l'impugnativa, l'invalidità è definitivamente sanata, pur derivando quei diritti – per espressa previsione dell'art. 2113 cod. civ. – da norme inderogabili, per cui gli atti dismissori costituendo atti in violazione di norme imperative, dovrebbero, come regola generale, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. essere inficiati da radicale nullità. Dico come di regola, perché lo stesso art. 1418 cod. civ. fa salvi i casi in cui la legge stabilisca diversamente: si potrebbe addurre dunque, ed è stato da qualcuno addotto che l'art. 2113 cod. civ. costituisca una deroga al regime delle nullità di diritto civile, prevista esplicitamente dallo stesso art. 1418 c.c.¹¹⁰.

La mancata corrispondenza, rinvenibile nella norma, tra l'inderogabilità della legislazione e l'indisponibilità dei diritti, ha indotto a giudicare il meccanismo dell'art. 2113 cod. civ. come uno strumento debole di tutela, giungendo sino a mettere in discussione se la norma, come codificata, costituisse effettivamente un precetto di tutela del lavoratore o non fosse rivolta a difendere ben altri interessi¹¹¹.

¹⁰⁹ Proprio a causa di tale peculiare conseguenza derivante dalla violazione della norma inderogabile, D.R. PERETTI GRIVA, *Limiti all'applicazione dell'art. 2113 cod. civ.*, in MGL, 1953, p. 123, giudicò la norma come una mostruosità in termini giuridici. Peraltro, G. PERA (*Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 29 e ss.) afferma che molti altri studiosi hanno provato grave disagio nel tentativo di spiegare la norma nel contesto dei principi generali dell'ordinamento.

¹¹⁰ Critico rispetto a questa conclusione è G. PERA, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 29 e ss. e spec. p. 34, il quale ritiene errata tale tesi: "(...) le due norme invero non stanno sullo stesso piano. L'art. 1418 c.c. ha riguardo alla forza imperativa della normativa in sé; l'art. 2113 c.c. invece attiene alla limitata disponibilità dei diritti ormai acquisiti, in linea di principio nel patrimonio del lavoratore (...)". Secondo l'autore, che aderisce alla posizione espressa da F. SANTORO PASSARELLI (*Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro* cit.) e che sarà oggetto di specifica trattazione, la prima norma – art. 1418 – attiene al momento genetico di regolamentazione del rapporto, mentre la seconda alla fase funzionale e dinamica. La tesi della eccezionalità della norma dell'art. 2113 rientra nella riserva dello stesso art. 1418 in R. FLAMMIA, in *Nota*, in MGL, 1960, p. 380, che osserva però che se non fosse stato codificato un art. 2113 gli atti dispositivi del lavoratore sarebbero stati validi; anche G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985, p. 294 e ss., che nell'art. 2113 vede un'inspiegabile affievolimento della tutela

¹¹¹ MIGLIORANZI, (*Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, Riv. Lav., 1946, I, p. 48) parlava della norma come soluzione compromissoria non a favore del lavoratore, ma dettata da esigenze di opportunità pratica. Tale argomentazione si rinviene in molti commentatori: G. COTTINO, *L'art. 2113 c.c.*

È più che evidente che *stricto iure* dalla inderogabilità delle norme scaturirebbe, come naturale e necessaria conseguenza, l'indisponibilità dei diritti del lavoratore il cui atto dispositivo – proprio perché contrario a norme imperative – cadrebbe inevitabilmente, ove non fosse stato codificato l'art. 2113, sotto il dominio dell'art. 1418 co. 1¹¹². Insomma, inderogabilità ed indisponibilità dovrebbero costituire come le facce di una stessa medaglia, un modo di esprimere lo stesso fenomeno “(...) *avendosi riguardo col primo termine al rapporto tra norma e soggetto e col secondo al rapporto tra soggetto e interesse protetto dalla norma inderogabile (...)*”¹¹³.

Innanzi a tale inconciliabile dilemma, si sono evidenziati due contrapposti orientamenti, l'uno che ha posto in dubbio l'effettiva esistenza di un postulato fondato sulla coincidenza tra inderogabilità della norma ed indisponibilità del diritto da essa derivante, l'altro che, invece, ha voluto rinvenire la soluzione dell'apparente contrasto nella tutela attenuata e nella natura compromissoria dell'art. 2113 cod. civ., che sancirebbe in tal modo una sanzione mitigata rispetto a quello che è il regime di invalidità dell'art. 1418 cod. civ..

Orbene, in questa seconda strada si sono posti quanti hanno ritenuto che la norma dell'art. 2113 cod. civ. non costituisca, in verità, una vera e propria norma di tutela dettata nell'esclusivo interesse del lavoratore, ma che essa fosse, in effetti, una norma di carattere compromissorio che tutelava simultaneamente i diritti dei lavoratori e l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici¹¹⁴. In tal senso la norma dell'art. 2113 cod. civ. sancirebbe un vera e propria deroga al regime di diritto comune dell'art. 1418 cod.

e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati, in Riv. Dir. Comm, 1949, p. 74, secondo il quale chi tutela il lavoratore è la norma inderogabile, mentre l'art. 2113 non fa che attenuare, a vantaggio del datore, le più gravi conseguenze che da ciò dovrebbero derivare ai sensi dell'art. 1966 c.c. In tale norma – a parere dell'autore – non si fa questione di difesa del lavoratore. Analogamente D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, Milano, 1953, p. 120 ss.: U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, cit. *passim*. *Contra*: TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, RDC, 1956, I, p. 75. Dell'art. 2113 come strumento per definire i rapporti in chiave di certezza A RIDELLA, *La decadenza ai sensi dell'art. 2113 cod. civ. in rapporto alla natura del contratto di lavoro e alla illegittimità del licenziamento*, in MGL, 1948, p. 74. Sul 2113 come norma di compromesso tra le opposte esigenze M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 372. Dell'art. 2113 come norma in favore del datore di lavoro, L. AVENATI BASSI, *Quietanze liberatorie e transazioni nel rapporto di lavoro*, in Riv. Dott. Comm, 1955, p. 116

¹¹² R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit. p. 240 e ss.; G. COTTINO, *L'art. 2113 c.c. e la annullabilità per errore, violenza o dolo nelle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, Riv. Dir. Comm., 1949, I, p. 74; F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effettività del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, p. 138; D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, cit., p. 64.

¹¹³ F. MAZZIOTTI, *ibidem*. G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 3.

¹¹⁴ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto delle Disc. Priv. Sez. Comm.* Vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 57. L'autrice osserva come tale *ratio* giustificativa sarebbe contenuta chiaramente nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile.

civ., che avrebbe trovato applicazione nell'ipotesi di un atto dispositivo avente ad oggetto un diritto nascente da norma inderogabile¹¹⁵.

Più decisamente altra dottrina – seguendo la prima strada – ha messo in dubbio lo stesso dogma della corrispondenza tra l'inderogabilità della norma e la assoluta indisponibilità del diritto da essa sancito, sostenendo la piena coerenza dell'art. 2113 cod. civ. e dell'art. 1418 cod. civ., poiché i negozi dispositivi di diritti non tendono ad una esclusione o a una limitazione dell'acquisto da parte del lavoratore dei diritti e delle tutele predisposte dall'ordinamento, bensì alla disposizione di diritti già acquisiti nel patrimonio del titolare¹¹⁶.

Ed infatti, solo se il negozio dispositivo tendesse alla modifica del regolamento contrattuale, sarebbe colpito dalla ben più grave sanzione prevista dall'art. 1418 co. 1, cod. civ., mentre per l'ipotesi di rinunzie e transazioni la sanzione sarebbe coerentemente quella dell'art. 2113 cod. civ. Peraltro, la norma non prevederebbe alcuna attenuazione del regime protettivo, anzi dalla sua predisposizione deriverebbe la tutela di situazione che in difetto sarebbero andate esenti da sanzione: a fronte, quindi di una attenuazione della libertà di disposizione del lavoratore, sussiste il contemperamento

¹¹⁵ G. COTTINO, *L'art. 2113 c.c. e la annullabilità per errore, violenza o dolo nelle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, cit. p. 74; D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, cit., p. 64. Sostanzialmente conforme è anche la posizione di G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 32 e ss., il quale prospetta una chiave di lettura dell'art. 2113 cod. civ. rovesciata, tale che la norma non sancirebbe un divieto, quanto prescriverebbe le modalità corrette per la disposizione di un diritto: il lavoratore può compiere atti abdicativi purché lo faccia con l'assistenza ed il consenso del giudice o delle organizzazioni sindacali, potendo, comunque, impugnare i negozi posti in essere senza far ricorso alle sedi protette. In sostanza il lavoratore si troverebbe in uno stato transeunte di incapacità, necessitando, per esprimere una valida volontà, dell'intervento del giudice o degli altri organi a ciò deputati. (G. PERA, *ibidem*, afferma di richiamarsi all'insegnamento autorevole di SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 53; poi ribadito da E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 1989, p. 331 e in *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro*, in Aidlass, *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 10. Continua G. PERA, *ibidem*, affermando che i diritti del lavoratore non sono perciò né assolutamente indisponibili, né del tutto disponibili, ma sono "(...) in piena fedeltà alla lettera e allo spirito della norma, limitatamente disponibili nel senso precisato: (...) la volontà del lavoratore va integrata, deve esprimersi in certi contesti (...)": i negozi abdicativi possono essere invalidati su istanza del lavoratore in un termine perentorio di decadenza. Si tratterebbe, in sostanza di una "indisponibilità relativa" nozione sulla quale si dirigono quanti vogliono riferirsi all'art. 2113 cod. civ. come ad una norma di compromesso. Tra questi oltre G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 32 e 44 e ss.; C. ASSANTI, *La conciliazione sindacale delle controversie individuali di lavoro*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, di RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, Padova, Cedam, I, p. 353; A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti del lavoratore*, Milano, 1983, p. 37 e ss., il quale sostiene che parlare di "relativa indisponibilità" può apparire contraddittorio, ma efficace. Secondo G. PERA (*ibidem*, p. 45) la norma ha voluto contemperare la tutela dei diritti dei lavoratori con l'esigenza datoriale di definire con la massima sollecitudine le pendenze relative ai rapporti di lavoro. (in tal senso anche D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, cit. p. 125). Tale soluzione premia certamente l'esigenza datoriale, ma nel complesso non può dirsi che non sia equa. Più specificamente L. GALANTINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 439, ritiene che la soluzione legislativa sia originale e che la previsione di una inderogabilità assoluta sarebbe "(...) eccessiva e dannosa per lo stesso lavoratore, costretto a non poter far disposizione su diritti patrimoniali (...)".

¹¹⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 53.

delle esigenze datoriale non nella deroga dell'art. 1418 cod. civ., quanto nella previsione di un termine di decadenza¹¹⁷.

Da queste due diverse impostazioni non derivano, in effetti, diverse conseguenze pratiche, bensì un diverso modo di spiegare – secondo logica giuridica – quelle conseguenze ricorrendo a laboriose teorie fondate nella distinzione dei diritti del lavoratore, volte da un canto a legittimare, dall'altro a circoscrivere la possibilità del lavoratore di “privarsi” con la sua volontà – o non fosse altro con la sua inerzia – dei suoi diritti: si è parlato così di diritti assolutamente indisponibili e di diritti relativamente indisponibili, di diritti indisponibili nella fase genetica e disponibili nella fase di gestione del rapporto di lavoro, di diritti primari e diritti secondari¹¹⁸.

1.1 LA GRADUAZIONE DELL'INTERVENTO DELLA LEGGE NEL SISTEMA POSITIVO¹¹⁹

I teorici della graduazione dell'intervento del legislatore nell'attuazione del sistema protettivo prendono le mosse da una premessa: il diritto del lavoro ha una finalità sostanzialmente protettiva, conseguente alla necessità di riequilibrare i rapporti tra le parti contrapposte che solo in astratto possono essere inquadrati in termini di parità. Difettando la corrispondenza tra le rispettive libertà di autodeterminazione, la stessa autonomia contrattuale rischierebbe di trasformarsi in un puro *nomen* se non

¹¹⁷ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 58 e ss. L'autrice sottolinea che lo stesso padre di tale teoria – Francesco Santoro Passarelli – alle origine aveva collegato l'art. 2113 cod. civ. alla riserva dell'art. 1418 co. 1. D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, cit. p. 122 e ss. aveva rilevato tale contraddizione. Questa tesi, comunque, incontra il favore indiscusso di dottrina e giurisprudenza prevalenti, tanto da potersi affermare che è patrimonio dei giuslavoristi l'impossibilità di fondare l'equazione inderogabilità della norma/indisponibilità del diritto da essa derivante.

¹¹⁸ Si tratta, in sostanza, delle più importanti teorie in merito alla spiegazione del particolare regime di invalidità che il legislatore ha connesso alla violazione di una norma inderogabile da parte del lavoratore con un suo atto dismissivo. In particolare, per quanto concerne la differenziazione tra diritti assolutamente indisponibili, il cui atto dispositivo è sanzionato con la nullità *ex art.* 1418 cod. civ., e diritti relativamente indisponibili, assistiti, invece dalla invalidità/annullabilità di cui all'art. 2113 cod. civ., vedi G. BRANCA, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, Foro padano, 1958, I, p. 803; U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1964, p. 65 e ss.; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, L. RIVA SANSEVERINO e C. MAZZONI (a cura di), Padova, 1971, II, p. 720 e ss. Per quanto concerne, invece, la teoria genetica e funzionale, vedi F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 53; M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., p. 372; U. PROSPERETTI, *op. ult. cit.*; C. SMURAGLIA *op. ult. cit.* Per quanto concerne la teoria dei diritti primari e secondari, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., il quale critica da un punto di vista oggettivo la divisione santoriana e tenta la giustificazione della coerenza della norma, proprio in forza della *summa divisio* tra diritti primari e secondari.

¹¹⁹ Una nota stilistica. Seppure la teoria della fase genetica e di gestione elaborata da Santoro Passarelli sia cronologicamente la più risalente e la teoria dei diritti primari e secondari si ponga come un correttivo della stessa, si è scelto di esporre la teoria di Santoro Passarelli per l'ultima, poiché nonostante i dubbi che suscita costituisce sempre l'orientamento più seguito.

intervenisse un complesso di norme dirette a salvaguardarla, con l'istituzione di una serie di limiti¹²⁰.

In verità, l'intervento del legislatore non è diretto solo alla tutela di una delle parti, ma è giustificato anche e soprattutto dalla rilevanza generale degli interessi, che si connettono alla posizione tipica delle parti ed è da questa esigenza che deriva l'abituale ricorso alla norma imperativa, alla previsioni di sanzioni penali, alla penetrante disciplina dei rapporti collettivi ed, in sostanza, alle note deviazioni rispetto alla disciplina di diritto comune. A tal fine l'ordinamento predispone vincoli, obblighi e divieti a carico dei datori di lavoro, imprenditori, preposti, ma interviene anche sugli stessi atti di disposizione del prestatore di lavoro, limitandoli in vario modo o condizionandone la validità alla sussistenza di vari requisiti¹²¹.

È possibile, quindi, secondo tale orientamento, stabilire – senza presunzione di sistematicità – una graduatoria di intensità degli interventi legislativi, distinguendo tra ipotesi di assoluta limitazione al potere dispositivo ed ipotesi di limitazione parziale.

Nel primo gruppo si fanno rientrare il diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite (art. 36 co. 3 Cost.), il diritto ad ottenere i trattamenti previdenziali ed assistenziali (art. 2115 co. 3 cod. civ.), il divieto di distrazione dei fondi speciali previdenziali (art. 2117 cod. civ.), e in sostanza tutti i diritti per i quali esiste una espressa previsione di irrinunciabilità o di inderogabilità. Nel secondo, invece, viene collocato l'art. 2113 cod. civ. ed altre sparse disposizioni nelle quali sussiste una limitazione nella disponibilità dei diritti¹²².

¹²⁰ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, L. RIVA SANSEVERINO e C. MAZZONI (a cura di), Padova, 1971, II, p. 717 e ss.

¹²¹ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 719, osserva che “(...) la protezione per essere efficiente non potrebbe arrestarsi a questo punto, perché l'intento finale sarebbe frustrato se il prestatore fosse libero di dismettere i diritti derivanti dal trattamento garantitogli o addirittura se i terzi potessero incidere su di esso con l'esecuzione forzata (...)”. Critica sul punto P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno* Giornate di studio A.I.D.I.A.S.S. “*Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti?*”, Modena 18-19 aprile 2008, inedito, la quale afferma che il diritto del lavoro “(...) vuol essere “a misura d'uomo” e, tuttavia, guarda al suo referente antropologico come si guarda ad una persona dalla soggettività sui generis, tra il capace e l'incapace. Un diritto che è pronto a disseminare la strada di molti divieti categorici e intransigenti, ma di altrettanti meccanismi tutori per superarli, un po' paternamente per proteggerlo e un po' perché, in fondo, non si fida di lui (...)”. Se ho ben colto il significato del pensiero sopra riportato, non posso essere d'accordo: il lavoratore è certamente parte debole del rapporto e lavora alle dipendenze di terzi per bisogno alimentare. Orbene, in questa situazione di necessità – quasi sempre vitale – sarebbe pronto, pur di conservare il proprio posto, ad accettare tutte le condizioni di lavoro, anche le più vessatorie. In questo contesto, la norma inderogabile agisce proprio nel senso di attuare la parità, almeno giuridica, delle parti, le quali invero, sono uguali solo formalmente e per quelle teorie liberali e panciviltiche che mistificando la realtà dei fatti, e trasferendo tutto negli schemi privatistici vedono nel lavoratore un soggetto che si inserisce nel rapporto di lavoro con pari forza a quella della sua controparte. Questa cosa è incontestabile e vecchia quanto il diritto del lavoro. Si ricordi in proposito l'insegnamento di Lorenzo Mossa recentissimo e addirittura rivoluzionario.

¹²² Accanto a questi due gruppi i fautori di questa teoria annoverano un gruppo intermedio nel quale collocare l'art. 36 prima parte Cost. e l'art. 40, per i quali, non essendo posti limiti specifici, si fatica a

Alla luce di tale classificazione è possibile rilevare, in primo luogo, come sia discrezionale la stessa ripartizione, e – ciò posto – non sia possibile parlare nell'ordinamento giuridico di una categoria di indisponibilità unitaria e coerente, proprio a causa della eccessiva varietà di forme che assume la limitazione stabilita dal legislatore al potere dispositivo, nonché per la varietà degli effetti che dalla indisponibilità stessa derivano. Ciò, evidentemente, non vuol dire che al prestatore di lavoro non competono diritti indisponibili, ma che si tratta di fattispecie talmente varie e particolari che non possono essere elevate a sistema. In questo quadro assume rilievo fondamentale proprio l'uso della norma inderogabile che costituisce lo strumento più adatto per garantire il sicuro godimento e corretto esercizio non solo dei diritti dei lavoratori, bensì anche degli interessi generali, come sovente accade – per ricordare gli esempi più evidenti – nel diritto di famiglia e nel diritto del lavoro.

La conseguenza è che non esiste una corrispondenza indefettibile tra l'inderogabilità della norma e l'indisponibilità del diritto, ma che i due fenomeni operano in ambiti diversi; si possono avere così diritti disponibili derivanti da norme inderogabili, diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili e diritti disponibili derivanti da norme derogabili¹²³. La diversa configurazione che l'ordinamento ne avrebbe così fatto deriverebbe – secondo i sostenitori di questa teoria – da un criterio gradualistico di protezione, che si concretizzerebbe nella sanzione della nullità assoluta per i negozi dispositivi aventi ad oggetto i diritti assolutamente indisponibili e nella sanzione più attenuata dell'art. 2113 cod. civ. – in pratica l'annullabilità – per i diritti relativamente indisponibili¹²⁴.

Tale distinzione, e la conseguente differenziata sanzionabilità dei negozi dispositivi, è stata però giudicata inattendibile sia da una parte della dottrina, sia dalla giurisprudenza, che non ha rinvenuto riscontri positivi nell'ordinamento¹²⁵.

rinvienirne una collocazione certa. Ciò evidenzia, come di sistematico in tal ripartizione ci sia ben poco e come, in effetti, il denominatore comune di tale distribuzione sia soltanto la finalità protettiva che contraddistingue tutti le previsioni. C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 721.

¹²³ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 728. In particolare, prevede la diversa sanzione G. BRANCA, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, cit., p. 803 e ss., che ritiene assolutamente irrinunciabili non solo il diritto al riposo settimanale e alle ferie, ma anche il diritto alla retribuzione sufficiente; sul riposo settimanale e sulle ferie, conformi, U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, cit., p. 70; GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, DL, 1955, I, p. 373 e ss., il quale ritiene assolutamente indisponibili i diritti del prestatore di lavoro in materia di previdenza e assistenza obbligatoria, il diritto agli assegni familiari, nonché il diritto alla retribuzione sufficiente.

¹²⁴ G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 3; G. BRANCA, *ibidem*; C. SMURAGLIA *ibidem*.

¹²⁵ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 58. In particolare la giurisprudenza (Cass. 6 dicembre 1958 n. 3844 in RGL 1958, II, p. 535 ss. e Cass. 14 dicembre 1959 n. 3254, in FP, I, p. 802 e ss.) afferma che tra i diritti dei lavoratori non esiste una graduatoria e la regolamentazione della validità o meno delle rinunce o delle transazioni aventi ad oggetto quei diritti indisponibili è sempre la stessa. Peraltro –

Sul punto, in effetti – dottamente viene suggerito – sarebbe sufficiente una semplice considerazione: non è pensabile che oltre ai diritti che rientrano nell'art. 2113 cod. civ. vi siano altri diritti con tutela rafforzata e con conseguente sanzione della nullità per il caso di disposizione, poiché l'unica norma che nell'ordinamento giuridico dispone in ordine alla rinunciabilità o alla transigibilità dei diritti del lavoratore è proprio l'art. 2113 cod. civ.¹²⁶.

Se peraltro, si passano in rassegna i diritti considerati con tutela rafforzata, si dimostra chiaramente l'infondatezza della tesi e la insussistenza di alcun dato positivo che giustifichi una diversa tutela¹²⁷.

In primo luogo, si vedano proprio il diritto al riposo settimanale e le ferie annuali: la teoria della tutela rafforzata verrebbe suggerita dal tenore letterale del comma 3 dell'art. 36 Cost., il quale afferma che il lavoratore non può rinunciare ai detti diritti. In verità, l'art. 2113 cod. civ. esprime il medesimo concetto dell'art. 36 Cost.: la norma codicistica afferma che gli atti dispositivi sono invalidi, la norma costituzionale stabilisce che il lavoratore non può rinunciare a questi diritti. Orbene, ma se il lavoratore vi rinuncia lo stesso, l'impugnativa dovrà comunque avvenire utilizzando lo strumento codicistico, non esistendo nell'ordinamento altro strumento che prescrive la modalità per rendere concreta la irrinunciabilità di tali diritti¹²⁸.

Ed altri esempi possono essere adottati della infondatezza della tesi della gradualità. Così per il caso delle mansioni assegnabili al lavoratore in forza della previsione dell'art. 2103 cod. civ. che commina la nullità di qualunque patto contrario. In tale caso non si deve confondere la regolamentazione del rapporto con il trattamento dei diritti che derivano dalla normazione inderogabile: il lavoratore può sempre rivendicare l'assegnazione alle mansioni in origine pattuite e rifiutarsi pure di prestare la propria attività lavorativa costituendo in mora il datore di lavoro, ma i diritti acquisiti sono comunque prescrivibili¹²⁹.

continua la giurisprudenza – lo stesso art. 36 Cost. quando afferma che i diritti in esso sanciti sono irrinunciabili utilizza una espressione analoga a quella dell'art. 2113 che dispone l'invalidità delle rinunce e transazioni: entrambe le disposizioni significano che gli atti dispositivi sono invalidi ed impugnabili.

¹²⁶ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 37 e ss

¹²⁷ G. PERA, *ibidem*.

¹²⁸ G. PERA, *ibidem*. Osserva l'autore che per una questione di simmetria si è posta la medesima questione per la retribuzione. In tal senso C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 734, il quale ritiene che si debba estendere la tutela rafforzata anche alla retribuzione minima sufficiente, non "(...) non in virtù di un parallelo peraltro logico col disposto del comma 3, ma anche e soprattutto per la stessa natura intrinseca di questo diritto (...)" e di conseguenza lo inquadra tra i diritti della personalità. Di contrario avviso A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti del lavoratore*, cit., p. 44, il quale ricorda che il diritto alla retribuzione è certamente un diritto prescrivibile, addirittura soggetto alla prescrizione presuntiva, e, quindi, non è certo indisponibile come si sosterebbe da taluno.

¹²⁹ G. PERA, *ibidem*. Di contrario avviso L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., n. 5. Negano, invece, la indisponibilità del diritto L. GALANTINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, .cit., p. 435, la quale afferma che alla

Lo stesso infine – per evitare di dilungarsi ulteriormente sul punto – può dirsi sia per i diritti che il lavoratore vanta nei confronti del datore di lavoro ai fini della tutela previdenziale di cui all’art. 2115 co. 3 cod. civ., sia per il diritto che al lavoratore deriva dall’obbligo di sicurezza che incombe sul datore di lavoro *ex art. 2087 cod. civ.*¹³⁰.

Appare evidente, quindi, da questa breve rassegna, che la teoria della graduazione delle tutele e della esistenza di diritti dei lavoratori sottoposti ad una protezione rafforzata sia carente di solide basi positive e come i diritti presuntivamente indisponibili in via assoluta siano sostanzialmente sottoposti alla tutela dell’art. 2113 cod. civ., la quale, ad una semplice scorsa del codice civile e delle leggi speciali, sia l’unica disciplina in tema di rinunzie e transazioni del lavoratore.

1.2 LA TEORIA DELLA DISTINZIONE TRA “DIRITTI PRIMARI” E “DIRITTI SECONDARI”

Nella temperie assai accesa degli anni ’70 – per usare un’espressione di Giuseppe Pera – vi fu, nel proposito di superare le asserite laceranti contraddizioni che minerebbero la coerenza della dibattuta norma codicistica, un organico tentativo di prospettare un nuovo ed originale inquadramento dell’art. 2113 cod. civ.¹³¹.

Si sosteneva, infatti, che lo strumento protettivo elaborato dall’art. 2113 cod. civ. sarebbe stato riduttivo della tutela accordata in generale a tutti i soggetti ai quali è riconosciuta la possibilità di impugnare senza alcuna vincolo temporale i negozi dismissori aventi ad oggetto diritti derivanti da norme imperative, ossia si sosteneva l’esistenza di un contrasto insanabile tra la citata norma codicistica e l’art. 1418 cod. civ., tale che la prima avrebbe assicurato una tutela deteriore e più restrittiva di quanto non accadesse con il regime ordinario della invalidità derivante da violazione di norma inderogabile¹³².

nullità dei patti relativi alle mansioni non segue la indisponibilità dei diritti. Ed ancora nello stesso senso M. GHIDINI, *Diritto del lavoro ...cit.*, p. 449. Medesimo discorso può farsi per il diritto alla qualifica superiore che è soggetto alla prescrizione decennale, così come i diritti economici che ne derivano. Sostiene la imprescrittibilità del diritto alla qualifica superiore, invece, A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori*, cit., p. 53.

¹³⁰ G. PERA, *ibidem*. Quanto all’art. 2115 co. 3, è necessario distinguere il patto con il quale lavoratore e datore si accordano per occultare il rapporto di lavoro onde sottrarre contributi all’ente previdenziale, patto che è certamente nullo, mentre in linea di massima sono transigibili i diritti risarcitori derivanti dalla responsabilità per perdita in capo al datore di lavoro delle prestazioni previdenziali. Lo stesso dicasi per l’art. 2087 cod. civ.: se la normativa di sicurezza non è oggetto di trattativa, il diritto al risarcimento del danno alla salute è, in linea di principio, pienamente transigibile.

¹³¹ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 41

¹³² In dottrina, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 267; F. MAZZIOTTI, in MONTESANO MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1973, p. 236 e ss.; di contrario avviso *ex plurimis* G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 2; in giurisprudenza P. Ciriè, 28 maggio 1974, FI, 1975, I, p. 508. Alla luce di tale supposta disparità di trattamento tra la norma dell’art. 2113 e la norma dell’art. 1418 cod. civ., la Corte Costituzionale con

Per superare tale supposta questione di costituzionalità ritenuta calzante – che però non ha trovato positivi riscontri né in dottrina né in giurisprudenza – Raffaele De Luca Tamajo, peraltro, fortemente critico nei confronti della teoria di Santoro Passarelli della fase genetica e funzionale dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro, proponeva una nuova costruzione che si basava sulla dicotomia tra il “diritto primario”, ovvero diritto derivante da norma inderogabile e il “diritto secondario” diritto di natura patrimoniale conseguente alla violazione del precetto imperativo¹³³.

Secondo questa tesi, il problema della sovrapposizione tra l’art. 1418 co. 1 cod. civ. e dell’art. 2113 cod. civ., sarebbe risolto, perché si tratterebbe di due distinti diritti: l’uno – diritto primario – assoluto ed indisponibile, sottoposto, pertanto al regime dell’art. 1418 co. 1 cod. civ., l’altro – diritto secondario – derivante dalla trasgressione del primo, al quale si riferirebbe la disciplina contenuta nell’art. 2113 cod. civ.¹³⁴.

Sicché il regime speciale in tema di rinunzie e transazioni non riguarderebbe i diritti attribuiti al lavoratore dalla disciplina protettiva, ma gli effetti risarcitori, di natura esclusivamente patrimoniale, derivanti dalla trasgressione da parte dei datori di lavoro degli obblighi principali.

A riprova della fondatezza di questa teoria, il nostro autore si rifà – per usare la sua espressione – “(...)al diritto patrimoniale del prestatore connesso al mancato godimento delle tregue lavorative: riposo settimanale e festivo (...)” o ai casi indicati generalmente con formule quali “indennità compensativa” o “indennità sostitutiva”; diritto alla conservazione del posto di lavoro e analoghe situazioni.

sentenza 30 marzo 1977, n. 51, FI, I 1977, p. 761 ss. ha dichiarato inammissibile le questioni sollevate per difetto di rilevanza nel caso di specie.

¹³³ R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit., passim*. Secondo l’autore questo sarebbe l’unico modo per differenziare, l’area precettiva dell’art. 1418 co. 1 cod. civ. da quella dell’art. 2113. Da questo suo punto di vista la teoria della graduazione dei diritti pure rigettata come estranea al nostro ordinamento, potrebbe aprire, tuttavia, la strada ad un approccio più corretto alla tematica che ci interessa, perché, sempre secondo l’autore, sarebbe nell’ambito dei differenti caratteri strutturali e funzionali dei diritti attribuiti ai lavoratori che andrebbe utilmente ricercata la chiave per l’individuazione delle rispettive sfere di efficacia dei più volte citati artt. 1418 e 2113 cod. civ. Quanto alla differenziazione dei diritti di cui è questione, si avrebbe un precedente nella distinzione delle norme (teoria generale) in primarie e secondarie, con riguardo, tuttavia, ad un rapporto prevalentemente cronologico tra le norme stesse; le prime che stabiliscono regole di condotta, le seconde che irrogano una sanzione o prevedono un rimedio nel caso di violazione delle prime. Si veda N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 175; GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino 1967; H.L.A. HORT, *Il concetto di diritto* (traduzione italiana) Torino, 1965. Come già anticipato della teoria di Francesco Santoro Passarelli si darà atto nel prossimo paragrafo.

¹³⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 272. Lo stesso autore riconosce, tuttavia, che mentre la categoria dei diritti primari (discendenti da norme inderogabili) appare sufficientemente identificata, il carattere secondario o “derivato” o risarcitorio in alcuni casi è pacificamente riconosciuto; ma in ben più numerose ipotesi (basti pensare alle indennità compensative per mancato godimento di riposi e, più in generale, al diritto di cui all’art. 2126 co. 2 cod. civ., al risarcimento del danno per licenziamento invalido e inefficace, al diritto per le retribuzioni arretrate) dottrina e giurisprudenza sembrano ignorare del tutto la natura “risarcitoria” o comunque “secondaria” delle pretese fatte valere.

Così esemplificando, diritto primario sarebbe il diritto al riposo settimanale, festivo, feriale, mentre diritto secondario sarebbe quello alle indennità sostitutive; primario sarebbe il diritto alla conservazione del posto mentre, secondario sarebbe il diritto al risarcimento del danno (conseguente al licenziamento invalido); primario sarebbe il diritto alla retribuzione, mentre secondario sarebbe il diritto alle retribuzioni scadute: la qualificazione del diritto secondario come diritto risarcitorio, e come tale intrinsecamente disponibile, permetterebbe di applicare pacificamente l'art. 2113 cod. civ., senza determinare alcuna alterazione del sistema¹³⁵.

Secondo questo schema, il mancato godimento delle pause lavorative – diritto primario – originerebbe per il lavoratore un diritto secondario di natura indennitaria o risarcitorio, poiché tale violazione integrerebbe un inadempimento del datore, fonte di un danno risarcibile¹³⁶. Si profila, egli sostiene, la lesione dell'interesse generale alla tutela della salute dei cittadini e specificamente dei lavoratori ed un danno tecnico per il singolo prestatore, depauperato delle sue potenzialità fisiopsichiche¹³⁷.

Peraltro – sottolinea De Luca Tamajo – l'ingiustizia della situazione non può ritenersi esclusa dalla “partecipazione consenziente” del lavoratore che rinuncia e l'atto abdicativo (per essere nullo *ex art. 1418 cod. Civ.*) è del tutto inidoneo ad escludere l'illiceità del mancato riposo. La qualificazione in termini di illecito di queste prestazioni lavorative richiama la natura risarcitoria delle pretese economiche connesse, che non sarebbe esclusa neppure dal carattere retributivo, efficacemente ribadito, delle somme versate al prestatore in occasione delle tregue lavorative. Pur in assenza di uno stretto legame di interdipendenza con un lavoro effettivamente svolto, le prestazioni economiche dovute dal datore di lavoro per i riposi goduti trovano fondamento negli

¹³⁵ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 58.

¹³⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 274; testualmente “(...)ove appena si consideri che il mancato godimento dei riposi su menzionati (o anche il godimento con cadenze diverse da quelle stabilite dal legislatore) integra un definitivo inadempimento del datore, fonte di un danno risarcibile o (secondo i sostenitori della responsabilità extracontrattuale) di un fatto illecito produttivo di danno (...)”. La dottrina sul punto non è però d'accordo, poiché per l'indennità compensativa parla di corrispettivo per il lavoro indebitamente prestato, il che farebbe pensare alla condivisibilità, *prima facie* della tesi della natura retributiva e quindi niente affatto secondaria (o risarcitorio) di tali diritti. Ed infatti, si argomenta che a norma dell'art. 2126 co. 2 cod. civ. a mente del quale il lavoro prestato con violazione delle norme poste a tutela del prestatore di lavoro attribuisce a quest'ultimo in ogni caso il diritto alla retribuzione, non può che far considerare il compenso per ferie non godute e la doppia retribuzione sostitutiva della mancata giornata di riposo settimanale, diritto retributivo e non risarcitorio, onde “(...)si applica la prescrizione propria di tale credito (art. 2948 cod. civ.) anziché la prescrizione ordinaria decennale che decorrerebbe durante lo svolgimento del rapporto (...)”. G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 4; Cass. 9 marzo 1981 n. 1331, in *Not. Giur. lav.*, 1981, p. 775; Cass. 9 novembre 1978, n. 5148, in *Dir. Lav.*, 1979, II, p. 377; Cass. 19 aprile 1975, n. 1512, in *MGL*, 1975, p. 402. Secondo R. DE LUCA TAMAJO (*ibidem*) tale interpretazione sarebbe “(...)fuorviante e priva di consistenza (...)”.

¹³⁷ *Ex plurimis*, citati dallo stesso autore (*op.ult.cit.* nota 55 p. 274 e 275) R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, *Riv. Trim. proc. Civ.*, 1969, II, p. 465; ID., voce *Risarcimento danno*, in *NDI*, XVI, Torino, 1969, p. 5 e ss.; ancora DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *RDC*, 1965, p. 269 e ss.

obblighi contrattuali assunti dalla parti, mentre le “indennità compensative” si giustificano nella logica dell’inadempimento¹³⁸.

Orbene, la distinzione tra diritti primari e diritti secondari – ad avviso di De Luca Tamajo – troverebbe applicazione in tutte le fattispecie riconducibili all’art. 2126 co. 2 cod. civ., dove la natura risarcitoria è fondamento della stessa struttura della norma volta a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un fatto illecito – la violazione della norma protettiva – nonché, riguardo al diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, che sia pure nel contemperamento di talune esigenze imprenditoriali – giusta causa e giustificato motivo – trova riconoscimento in una normativa inderogabile. Accanto ad un diritto primario alla reintegrazione, sta infatti, una pretesa risarcitoria per il danno subito durante il periodo che va dal licenziamento alla sentenza che ne accerti l’inefficacia¹³⁹.

La costruzione giuridica sin qui descritta è indubbiamente suggestiva, per certi versi brillante ed affascinante, e talune osservazioni sono eticamente irrefutabili; ma le argomentazioni non sono né necessarie ai fini dell’inquadramento sistematico dell’art. 2113 cod. civ., né convincenti, né peraltro immuni da critiche, principalmente perché – pur prescindendo dalle premesse ideologiche che le ispirano – costituiscono il risultato di una indebita generalizzazione di considerazioni appropriate a talune particolari categorie di diritti, ma non estendibili all’intera gamma dei diritti del lavoratore¹⁴⁰.

La critiche che maggiormente si sollevano in dottrina si concentrano tutte nella medesima direzione: se, infatti, la distinzione tra diritti primari e diritti secondari potrebbe essere accettata con riferimento a taluni tipici diritti a termine, come il diritto

¹³⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, p. 275 e 278

¹³⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, p. 279 e ss. L’autore condanna dal punto di vista etico che si parli di diritto retributivo quando si tratterebbe di diritto risarcitorio. Rileva e stigmatizza che si consideri “diritto alla retribuzione” quello spettante per la prestazione svolta dal lavoratore in violazione di norme inderogabili poste a sua stessa protezione, piuttosto che puntare sull’illecito e sul risarcimento del danno arrecato al lavoratore dall’illecito. L’incongruenza starebbe, a suo avviso, nella conclusione che se ne potrebbe trarre, cioè che il legislatore avrebbe configurato – secondo al visione criticata – la più parte delle obbligazioni datoriali come “alternative”: potere di scegliere cioè tra il rispetto della norma protettiva o in alternativa il pagamento di una somma a titolo di retribuzione per il lavoro prestato *contra legem*. La norma lavoristica è posta a protezione della salute – patrimonio fisico, spirituale o professionale del lavoratore – un diritto, dunque, personale, che viene trasformato in diritto patrimoniale retributivo. Questa però – secondo l’autore – non può considerarsi una scelta alternativa ma una estrema *ratio* riparatoria di un illecito, non trasformabile in un elemento strutturale fisiologicamente inserito (o inseribile) nel rapporto di lavoro

¹⁴⁰ Parla di costruzione suggestiva, ma non necessaria e non convincente M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 59; di indebita generalizzazione G. FERRARO, *Rinunzie e Transazioni del lavoratore*, cit., p. 3; di costruzione brillante G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 42, il quale afferma “(...) questa brillante costruzione che non ha avuto, a ragione, fortuna (...)”. Fuori dal coro BUONCRISTIANO, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Impresa e Lavoro, vol. 15, tomo I, Torino, Utet, 1986. p. 591. L’autore, a suo avviso, parla della teoria dei diritti primari e secondari come di un orientamento consolidato in giurisprudenza, adducendo a prova inconfutabile il paradigma del diritto alle ferie. Critico sul punto, invece, G. PERA, (*ibidem*, in particolare nota 21) secondo il quale trattasi di singolare posizione.

alle ferie o al riposo settimanale, la cui trasgressione determinerebbe una metamorfosi del diritto medesimo, non ugualmente efficace e calzante pare la dicotomia se si pone attenzione ai diritti retributivi¹⁴¹. Infatti, l'inadempimento dell'obbligo retributivo non modifica il titolo attributivo del diritto, né la qualificazione giuridica dello stesso, che permane retributivo e non si trasforma in risarcitorio: il lavoratore che agisce per il recupero delle retribuzioni non pagate, rivendica sempre il medesimo diritto, oltre, ovviamente interessi e rivalutazioni¹⁴².

Peraltro, la trasformazione del diritto primario alla retribuzione in diritto secondario al risarcimento del danno patito – così come elaborata dal suo creatore – ammessane pure la fondatezza, non permette di affermare inequivocabilmente che la nuova obbligazione patrimoniale maturata – diritto alla retribuzione scaduta – perderebbe il carattere della indisponibilità che aveva la sua fonte¹⁴³.

Non si pone, invece, un problema di sdoppiamento dei diritti dei lavoratori di natura strettamente personale – diritto alla libera manifestazione del pensiero, diritto alla tutela della sfera privata e della riservatezza, diritto al proselitismo sindacale – poiché si tratta di diritti che o vengono garantiti ed esercitati, ovvero subiscono un processo di caducazione definitivo. A tutela di questi diritti sono stati predisposti strumenti basati sulla presenza sindacale e su peculiari rimedi processuali, ferma restando la possibilità,

¹⁴¹ In modo conforme e speculare G. FERRARO, *ibidem*; G. PERA, *ibidem*; M. MAGNANI, *ibidem*. In particolare, G. PERA (*ibidem*) ritiene la ricostruzione bipartita inadeguata anche per altri diritti, sui i quali la dottrina si mostra più aperta e possibilista. Ed infatti, dubita del fondamento della teoria anche in merito al diritto alle ferie: “(...) a mio avviso tanto dall'art. 36 co. 3 Cost., quanto dall'art. 2109 co. 2 cod. civ. derivano al lavoratore due diritti: il diritto di assentarsi dal lavoro per godersi le ferie e il diritto di essere pagato nel medesimo periodo percependo quanto nel medesimo percepirebbe in caso di svolgimento di attività lavorativa: col diritto, quindi, all'equivalente della retribuzione (...)”. In nessun modo, pertanto, secondo questo Autore la somma percepita in sostituzione potrebbe avere natura risarcitoria. Il lavoratore che non fruisce delle ferie, rivendica il corrispondente trattamento economico e non fa che azionare il secondo diritto precisato. A questo, eventualmente, può aggiungersi il diritto al risarcimento del danno – fatta salva la prova della esistenza – per mancata fruizione delle ferie. Conforme G. FERRARO, (*ibidem*); sul punto vedi nota n. 141:

¹⁴² G. FERRARO, (*ibidem*): “(...) Anche se in ritardo, il pagamento delle retribuzioni è pur sempre adempimento, seppure inesatto, dell'obbligazione originaria, mantenendo le prestazioni arretrate la loro natura di diritto patrimoniale delle retribuzioni non corrisposte alle scadenze (...)”; G. PERA, *ibidem*; M. MAGNANI, *ibidem*. E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Dir. Lav. Rel. Ind., 1979, pp. 317 e 318; F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV. *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, p. 262, nt. 40; CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, p. 56. LUMIA e CALOGERO, *Sulle rinunce...*cit., p.4; L. GALANTINO, *Lezioni...*cit., p. 439; in particolare BARONE, *La conciliazione stragiudiziale...*cit., p. 255, osserva che l'art. 2113 cod. civ. attiene proprio ai diritti primari; parimenti P. PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Catania, 1988, p. 154, osserva che la norma dell'art. 2113 cod. civ., si riferisce proprio ai diritti in sé e non alle pretese che derivano dalle violazioni dei medesimi.

¹⁴³ Tale interpretazione è condivisa da M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 59; e anche da F. MAZZIOTTI, in MONTESANO MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, cit., p. 241 e ss., il quale movendo dalla distinzione concettuale tra diritti patrimoniali primari e secondari afferma l'indisponibilità del c.d. diritto secondario, in particolare del diritto alle retribuzioni scadute, argomentando tra l'altro dalla disciplina del diritto agli alimenti (art. 447 c.c.).

che dalla violazione degli stessi derivi un obbligo di natura risarcitoria, che ha natura distinta ed eterogenea rispetto al diritto tutelato¹⁴⁴.

Tale costruzione, peraltro, come sopra accennato, non appare neppure sostanzialmente necessaria, che si fonda su una premessa indimostrata: una riduzione di tutela del prestatore di lavoro connessa all'art. 2113 cod. civ. rispetto a quella fornita ad ogni altro cittadino dagli art. 1418 co. 1 e 1966 cod. civ.¹⁴⁵. Non sussiste alcuna riduzione di tutela derivante dall'art. 2113 cod. civ., poiché questa norma e l'art. 1418 co. 1 cod. civ. si occupano in effetti di fattispecie differenti. Ed infatti – rifacendoci alle conclusioni della Magnani – mentre l'art. 1418 sanziona i negozi in deroga alla norma, cioè quelli che intervengono effettivamente sulla norma inderogabile, l'art. 2113 cod. civ. colpisce esclusivamente i negozi dispositivi. Una volta che il diritto sancito da una norma inderogabile entra a far parte della disponibilità del titolare questi ne può disporre andando incontro solo alla sanzione della invalidità di cui all'art. 2113 cod. civ.: l'interesse superindividuale protetto dalla norma inderogabile decadrebbe in un interesse individuale una volta che il diritto viene acquistato dal titolare¹⁴⁶.

1.3 LA TEORIA DELLA FASE “GENETICA” E DELLA FASE DI “GESTIONE” DEI DIRITTI DERIVANTI DAL RAPPORTO DI LAVORO.

L'orientamento più antico in ordine di tempo e tuttora dominante è quello formulato da Francesco Santoro Passarelli in uno scritto risalente addirittura al 1948, nel quale, l'illustre giurista, prendeva lo spunto dalle conclusioni formulate da Ubaldo Prosperetti sul tema delle invalidità delle rinunzie e transazioni, per formulare la sua teoria in merito alla questione degli atti dispositivi dei lavoratori, tracciando le linee guida di quella che sarà – per il successivo cinquantennio e anche oltre – l'ipotesi di

¹⁴⁴ Tali riflessioni si rinvergono in G. FERRARO, *ibidem*, l'autore sottolinea come l'indisponibilità di questi diritti è assoluta, poiché si tratta di diritti che non hanno un valore di scambio. Il diritto al risarcimento del danno – ipotetico diritto secondario – avrebbe in effetti una natura risarcitoria *tout court*. Vedi anche C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, I, Milano, 1978, p. 143 e ss.

¹⁴⁵ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 59. Non nascondo – ma ne parlerò più ampiamente in seguito – che la sovrastruttura dei diritti primari e secondari, nonché la stessa costruzione tra fase genetica e fase di gestione, rappresentano dei nobili tentativi per compiere una *reductio ad unitatem* della materia dell'invalidità civilistica e lavoristica. Tale tentativo, però rischia di forzare l'anima del codice e la volontà del legislatore, ignorando che quando parliamo di diritto del lavoro, non ci riferiamo al diritto civile, ma ad una disciplina speciale, che non è tale solo per il suo referente principale – il lavoratore – ma anche per gli strumenti utilizzati. Mi piace ricordare una frase di un grande giurista del passato che nel 1922 affermava “(...) *La legge* – si riferisce alla legge sull'impiego privato, ma evidentemente non a quella del 1924 visto che scriveva nel 1922 – *ha quindi modificato tutto il sistema del diritto comune per l'interesse sociale alla continuità del contratto di impiego. Il nuovo sistema che ne risulta non potrà adattarsi al diritto privato comune e dovrà, al contrario, estendersi a tutto il diritto del lavoro. Quella che è la ratio di eccezione per il diritto comune diviene, in verità, ragione comune dell'ordinamento del lavoro (...)*”. L. MOSSA, *Discorso*, cit., p. 19; vedi anche p.del presente lavoro.

¹⁴⁶ M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 60; MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. Econ.*, 1981, sett. '78- ago. '79, p. 247 e ss.

“quadratura del cerchio” più accreditata e più seguita nella dottrina giuslavoristica, seppur – come si dirà – qualche dubbio e perplessità non può non suscitarli¹⁴⁷.

Secondo l'autorevole giurista i negozi dismissivi aventi ad oggetto i diritti del lavoratore sanciti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo non sono contrari alle norme che contemplano l'attribuzione dei diritti medesimi, poiché non tendono all'esclusione o alla limitazione dell'acquisto da parte del soggetto nei cui confronti sono predisposti, ma, semplicemente alla disposizione di diritti già acquisiti ad opera del titolare.

Nel rapporto di lavoro si distingue, quindi, un momento costitutivo o “genetico” dei diritti del lavoratore e una fase di esercizio o di “gestione” del rapporto medesimo e dei dipendenti diritti. Orbene, nella fase “genetica” l'inderogabilità della norma disciplinatrice del rapporto avrebbe come conseguenza naturale e necessaria l'indisponibilità – cioè irrinunziabilità ed intransigibilità – dei diritti: da qui l'invalidazione degli atti di disposizione di questi diritti con la sanzione della nullità. Diversamente, gli atti di disposizione che intervengono nella fase di “gestione” del rapporto di lavoro sono semplicemente annullabili: la sanzione che colpisce tali atti dismissivi non è la nullità, ma semplicemente l'annullabilità¹⁴⁸.

Le rinunzie e le transazioni, infatti, non possono considerarsi come atti contrari alle norme che contemplano l'attribuzione dei diritti medesimi, perché “(...) *non tendono ad una esclusione o limitazione dell'acquisto da parte di colui in cui favore sono predisposti, ma ad una disposizione di diritti già acquistati dal titolare. Pertanto, mentre i negozi contrari a norme imperative*

¹⁴⁷ Come già detto nel precedente paragrafo, Prosperetti poneva due questioni fondamentali: in primo luogo sosteneva che la tutela dell'interesse collettivo di categoria avvenisse tramite l'annullabilità, mentre la tutela dell'interesse pubblico si realizzasse tramite la comminatoria della sanzione della nullità; in secondo luogo che l'invalidità comminata per le rinunzie e le transazioni, avendo ad oggetto la tutela dell'interesse collettivo, corrisponde alla annullabilità (U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, 1947-1948, nonché in Dir. Lav. 1948, p. 386 e poi sull'opera completa *Le rinunze e le transazioni del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 22 e ss.). Santoro Passarelli sosteneva che entrambe le conclusioni non fossero attendibili. La prima in forza del rilievo che l'art. 1418 cod. civ. sancisce la nullità del contratto contrario a norma imperative e “(...) *tali sono le norme collettive (...)*”; ciò peraltro, a giudizio di Santoro Passarelli, è confermato sempre dall'ulteriore dato testuale, secondo il quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto (art. 1419 co. 1 cod. civ.) quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative. In verità, scrive il giurista, “(...) *il negozio contrastante con norma imperativa legislativa o collettiva posta a tutela di un interesse di categoria è nullo perché la legge considera d'interesse generale o pubblico la tutela dell'interesse collettivo di categoria (...)* per l'invalidità del negozio non può distinguersi tra interesse pubblico e interesse collettivo (...)”. La seconda conclusione non era attendibile perché l'irrinunziabilità o l'intransigibilità dei diritti derivanti da norme inderogabili non può essere intesa quale tutela dell'interesse collettivo.

¹⁴⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, Giur. Compl. Comm., 1948, p. 53. L'autore elabora tale teoria affermando che la sanzione dell'annullabilità derivi in applicazione della riserva espressa del codice all'art. 1418, co. 1, cod. civ.. In verità, sul punto, come già si è detto in precedenza, M. MAGNANI *Disposizione dei diritti*, cit., p. 58 sottolinea che tale impostazione non era affatto nitida neppure per il suo autore che alle origini aveva collegato l'art. 2113 cod. civ. alla riserva dell'art. 1418 co. 1. Tale incongruenza era stata rilevata da D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, cit. p. 122. Vedi nota *supra* 118.

*possono essere nulli, i negozi di rinunzia e transazione, possono, senza contraddizione, essere semplicemente annullabili (...)*¹⁴⁹.

La sanzione prevista dall'art. 2113 cod. civ. quindi entra nel novero delle annullabilità perché può farsi valere solo in un breve termine di decadenza, e solo da parte del prestatore di lavoro il cui diritto è in questione. Il suo fondamento positivo – secondo il padre della teoria – deve essere rinvenuto in una incapacità relativa di disporre del prestatore di lavoro, cioè sussistente solo nei confronti del datore di lavoro¹⁵⁰.

Peraltro, il fatto che si tratti di annullabilità e non di nullità confermerebbe che l'oggetto diretto della tutela sia un mero interesse individuale, anche se l'interesse indirettamente protetto è non un interesse collettivo di categoria, bensì un interesse pubblico, protetto con la norma inderogabile¹⁵¹.

Si è molto discusso in dottrina sulla stessa fondatezza di questa teoria, che rimane certamente la più collaudata, e si sono mosse critiche di vario genere, non ultima – peraltro, a giudizio dei più, priva di fondamento – quella che tale impostazione rischierebbe di attrarre nell'area dell'art. 2113 patti contrari a norme imperative¹⁵².

È pure vero, che “l'inderogabilità che opera e si riflette solo sul momento genetico”, “l'inderogabilità e l'indisponibilità che non rappresentano come testa e croce dello stesso fenomeno” (Grandi), “l'inderogabilità intesa come imperatività delle norme che non determina l'invalidità degli atti di disposizione dei diritti, ma solo degli atti che impedirebbero l'acquisizione dei diritti stessi” (Prosperetti), sono affermazioni che possono destare sconcerto o disorientamento.

Orbene, nell'art. 2113 cod. civ. testualmente si commina l'invalidità alle rinunzie e transazioni di diritti derivanti da norme inderogabili, cioè puramente e semplicemente perché si sono violate norme inderogabili e non per l'incapacità giuridica del lavoratore o perché il lavoratore ha commesso errore o ha subito violenza o è stato vittima del dolo! Beninteso, tutti questi fatti sono ipotizzabili, ma l'art. 2113 cod. civ., non li considera; per la legge, dunque, rileva un fatto solo e semplice: è stata violata una norma

¹⁴⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, cit. p. 53. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, cit., p. 124. parla di una autorevole proposta interpretativa sistematica.

¹⁵⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *ibidem*. Il giurista parla di una incapacità specifica del prestatore di lavoro riconducibile ad altre incapacità giuridiche relative presenti nell'ordinamento: così l'incapacità di donare al tutore e al protutore, al figlio naturale riconoscibile, al coniuge, l'incapacità del genitore o del tutore di acquistare dal minore soggetto alla patria potestà o alla tutela.

¹⁵¹ F. SANTORO PASSARELLI, *ibidem*.

¹⁵² M. MAGNANI, *op. ult. cit.*, p. 60. Afferma: “(...) accogliere questa impostazione non significa affatto restringere l'operatività del regolamento imperativo alla fase genetica del rapporto consentendo all'autonomia privata di alterarne successivamente i connotati attraverso negozi formalmente dispositivi, ma sostanzialmente derogativi (...)”.

inderogabile. Riesce, inoltre, davvero poco comprensibile il valore logico e il significato giuridico della irrinunciabilità e intransigibilità, in una ipotetica fase genetica, di diritti che poi si sarebbe “costretti” ad riconsocere nei fatti come disponibili: in nome di una simmetria di architettura giuridica si ricorre ad una sorta di ipocrisia logica che è come tentare la quadratura del cerchio. Sembrerebbe che la dottrina ragioni, un po’ come nelle nuvole aristofanee; la norma inderogabile non può che attribuire diritti indisponibili; ma una volta acquisiti (fase genetica) il lavoratore può disporne (fase di gestione o di esercizio): ma, se fosse nella fase genetica non potrebbe! Ma di grazia, in quale tempo si pone questa fase genetica? Al momento della stipula del rapporto, dell’assunzione del lavoratore nell’azienda o in un astratto a priori, pura ipotesi logica fuori da spazio e tempo? Che senso avrebbe acquistare diritti irrinunciabili che subito dopo diventano rinunciabili?

Come si è già detto, De Luca Tamajo, partendo dalla “(...) constatazione che l’autonomia privata non è in alcun modo legittimata a incidere su un assetto di interessi predisposto a tutela di finalità di rilievo superindividuale (...)” ne deduce “(...) una sicura preclusione non solo nei confronti di qualsivoglia difforme regolamentazione iniziale del rapporto, ma anche rispetto ad ogni sua successiva modificazione realizzata per il tramite di negozi dispositivi (...)”¹⁵³.

Non è del tutto infondata la conclusione che lo scopo della norma inderogabile resterebbe frustrato sia che il privato potesse impedire la nascita della relazione giuridica strumentale alla tutela dell’interesse generale, sia che si consentisse ogni attività negoziale di tipo dismissorio idonea a modificare o estinguere quella relazione in favore del soggetto cui incombe una posizione di obbligo¹⁵⁴.

Ma non meno criticabile – come si è osservato – è la posizione del giurista dei diritti primari e secondari.

In questa polarizzazione di opinioni, si è tentato, in questa ricerca, di trovare non solo una chiave di lettura adeguata della teoria santoriana, ma soprattutto una sintesi di tale posizione con orientamenti apparentemente distanti e contrastanti. Tale tentativo

¹⁵³ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 248 e ss.; G. GIUGNI, *I limiti legali dell’arbitrato nelle controversie di lavoro*, in Riv. dir. Lav., 1958, I, p. 77 si chiede “(...) se e fino a che punto sia accettabile una così netta separazione tra il momento dell’acquisizione formale del diritto e quello logicamente distinto, ma non per questo inerente ad un diverso rapporto giuridico, della soddisfazione dello stesso mediante l’adempimento dell’obbligato (...)” e più oltre “(...) è vero che la retribuzione o le altre attribuzioni maturate sono entrate nel patrimonio del prestatore e questi ne può disporre entro i limiti di legge (...) ma è anche vero che (...) resta operante un rapporto di obbligazione tra le parti e non si vede perché esso non debba soggiacere al regolamento imperativo che ab initio si è sovrapposto all’autonomia delle stesse (...)”

¹⁵⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *ibidem*, p. 250. Ribadiamo quanto già affermato dal giurista: una tutela differenziata tra il momento genetico e il momento funzionale sarebbe *ictu oculi* del tutto abnorme; l’effetto dell’indismissibilità in forza della norma imperativa è riconfermato dall’ art. 1344 cod. civ. (il negozio si reputa altresì con causa illecita e quindi nullo se costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa) e dall’art. 1229 co. Cod. civ. (è nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o limitazione di responsabilità del debitore quando il fatto costituisce violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico).

muove dalla distinzione tra il “negozio in deroga” e il “negozio dispositivo”, ovvero tra potere normativo e potere dispositivo: se un negozio dismissivo si compie in un momento anteriore alla maturazione del diritto esso presenterebbe un carattere sostanzialmente normativo e come tale, poiché modifica il regolamento del rapporto, stando alla teoria genetica, sarebbe certamente soggetto alla nullità, costituendo nient'altro che un negozio derogativo; se diversamente l'atto abdicativo si manifesta successivamente alla maturazione del diritto si potrebbe certamente parlare di negozio dispositivo assoggettato alla sanzione della annullabilità¹⁵⁵.

Ed infatti, si sostiene, tra le due opposte posizioni qui delineate – la differenziazione dei diritti primari e secondari di cui al paragrafo precedente e la distinzione tra la fase genetica e la fase funzionale di cui in questa sede – sarebbe addirittura difficile individuare una linea di demarcazione¹⁵⁶.

De Luca Tamajo sottolinea come sia assolutamente irrilevante la distinzione tra negozi dismissori compiuti nella fase di instaurazione del rapporto e quelli conclusi in pendenza di esso, mentre sarebbe più importante distinguere se essi siano intervenuti prima o dopo il momento in cui il precetto inderogabile andava rispettato “(...) cioè a dire prima o dopo la violazione materiale (atto illecito) del precetto stesso (...)”: se realizzati prima sarebbero sottoposti a nullità, se realizzati dopo andrebbero incontro alla sanzione della annullabilità di cui all'art. 2113 cod. civ.¹⁵⁷.

Ma ciò in effetti, indicherebbe la medesima conclusione: se il negozio dismissorio interviene prima della violazione del precetto imperativo e quindi nella fase del diritto primario – per dirla con De Luca Tamajo – ovvero nella fase genetica del diritto – per dirla con Santoro Passarelli – avremmo un atto in deroga e quindi

¹⁵⁵ Sul punto è conforme la giurisprudenza (*ex plurimis* Cass. 3 agosto 1977, n. 3454 GI, 1977, I, p. 1030). Di contrario avviso U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni*, cit., p. 120, il quale afferma la possibilità di configurare delle rinunce a diritti futuri. Non è d'accordo G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 34, il quale afferma che la distinzione tra la fase genetica e la fase di gestione serve proprio a risolvere beneficamente la questione della ammissibilità delle rinunce a diritti futuri: se queste rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 cod. civ. Testualmente: “(...) rinunciare per il futuro significa regolamentare diversamente, in contrarietà alla normativa inderogabile, lo svolgimento per l'avvenire del rapporto. Significa porre col contratto individuale, come fonte immediata di regolamentazione del rapporto, una disciplina contrastante rispetto a quella inderogabile di legge. È evidente che questo patto è nullo e la nullità può essere dedotta senza limiti di tempo (...)”. Conforme l'opinione di M. MAGNANI, *op. ult. cit.*, p. 60, la quale afferma che il vero significato abdicativo della rinuncia è la dismissione di un diritto e quindi la sua esistenza nel patrimonio del rinunziante. Comunque quand'anche la rinuncia futura fosse ammissibile, essa in quanto violativa del precetto imperativo dovrebbe considerarsi come un negozio in frode alla legge e dunque nullo (G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, DL, 1970, I, p. 8).

¹⁵⁶ M. MAGNANI, *op. ult. cit.*, p. 61. L'autrice riferisce che tale interpretazione sarebbe avvalorata proprio dalle parole di R. DE LUCA TAMAJO (*La norma inderogabile*, cit., p. 272 e p. 300) il quale riferendosi alla sua teoria dei diritti primari e secondari e alla teoria della fase genetica e di gestione, afferma “(...) nella prima ipotesi vengono in rilievo due distinte situazioni giuridiche, nella seconda vien fatto invece riferimento ad un medesimo diritto sia pur considerato nei due momenti diversi della sua esistenza (...)”

¹⁵⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *ibidem*.

ovviamente nullo; se diversamente la violazione avviene successivamente al mancato godimento del diritto primario, concentrandosi sul secondario maturato, cioè nella fase di gestione, avremo un negozio dispositivo di un diritto già acquistato, e come tale annullabile¹⁵⁸.

Alla luce di questa ricostruzione – che sembrerebbe voler risolvere tutto in base ad una sostanziale differenza lessicale – sarebbe, pertanto, più che giustificabile distinguere tra il vizio radicale della nullità e la sanzione più blanda dell'annullabilità: nel primo caso sono in gioco diritti superindividuali, nel secondo caso i diritti oggetto dell'atto di disposizione avrebbero un rilievo esclusivamente individuale. In tal modo è maggiore la consapevolezza del perché può distinguersi tra esercizio del potere normativo e del potere dispositivo e perché quest'ultimo non è sanzionato dall'ordinamento con il vizio radicale della nullità¹⁵⁹.

Una riflessione conclusiva.

Non c'è certo in chi scrive la presunzione di voler risolvere tale contrasto o di voler porre la parola fine ad una disputa dottrinarica di tale livello. Ma innanzi a tali posizioni non ci si può sottrarre ad alcune osservazioni – magari semplicistiche e banali – ma perfettamente aderenti al testo codicistico, che permettono addirittura di non pensare al legislatore del 1942 come ad un compilatore addirittura frettoloso e sciatto che utilizzava i termini e le categorie giuridiche con una certa disinvoltura.

Ed infatti, si è notato come la norma dell'art. 2113 cod. civ. nonostante abbia un testo così semplice e chiaro abbia suscitato un vespaio di polemiche e contrasti dottrinari e giurisprudenziali¹⁶⁰.

Un punto è indubitabile: se le rinunzie e le transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, nell'istaurarsi del rapporto di lavoro, sono invalide, quei diritti dovrebbero essere – di conseguenza – considerati indisponibili, e ciò non nell'interesse esclusivo della tutela del singolo lavoratore, quanto vieppiù per motivo di ordine pubblico e nell'interesse generale del lavoro che lo Stato intende tutelare.

Orbene, solo al prestatore di lavoro però spetta di valutare l'opportunità di trarre profitto dalla volontà della legge che lo protegge, impugnando – entro il termine di

¹⁵⁸ M. MAGNANI, *op. ult. cit.*, p. 61.

¹⁵⁹ M. MAGNANI, *ibidem*

¹⁶⁰ Secondo R. DE LUCA TAMAJO, (*La norma inderogabile*, cit., p. 302) le polemiche sarebbero state influenzate dalla dottrina nata sull'art. 17 della legge 1825/1924 per il quale si parlava di un fondamento oggettivo e di un fondamento soggettivo dell'invalidità degli atti dismissori, data la distinzione in quella legge contenuta tra gli atti compiuti o meno in costanza di rapporto, mentre, estendendo lo stesso trattamento l'art. 2113 a tutti gli atti di dismissione compiuti prima o dopo la fine del rapporto di lavoro, la distinzione tra il fondamento soggettivo e oggettivo dell'invalidità comminata, sarebbe dovuta venir meno, ed invece si è perpetuata.

decadenza stabilito – l’atto dismissorio di cui è autore o coautore, o vittima. Ma l’invalidità sancita dall’art. 2113 cod. civ. – e ciò è chiaro come il sole – non è classificabile, *stricto iure*, né come nullità, né come annullabilità, mancando i presupposti dell’una e dell’altra sanzione come elaborati dalla sistematica civilistica¹⁶¹.

Stracciarsi le vesti perché la violazione di norme imperative dovrebbe portare alla nullità insanabile, parlare di annullabilità quando l’art. 2113 cod. civ. non ne prevede alcun presupposto – se non la temporaneità dell’azione – rilevare contraddizioni e arrovellarsi nel tentativo di conciliare le supposte antinomie che il legislatore si sarebbe lasciato sfuggire come il refuso di un tipografo distratto, potrebbe ancora costituire una esercitazione elegante, ma sterile, di quella sistematica perfezionista e statica che non piaceva a Lorenzo Mossa quando pensava a un diritto del lavoro nascente come speranza di una economia e di una società nuova¹⁶².

Ciò detto, la distinzione – o distinguibilità – nell’ambito dei diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili di una disciplina diversa del momento attributivo – genetico – del diritto da quella del momento del suo esercizio – o momento di gestione – appare dunque, seppur collaudata, una tesi indimostrata e indimostrabile, tanto fragile quanto strumentale allo scopo esclusivo – ma nella sostanza inutile – di concepire l’art. 2113 cod. civ. entro i binari della nullità e annullabilità civilistica. Così come altrettanto indimostrata è la teoria della dicotomia dei diritti di cui si è detto nel precedente paragrafo.

Quindi la questione è una falsa questione. L’interprete deve sforzarsi di chiarire il senso della norma e non cercare di far dire al legislatore quello che non ha detto, né voleva dire, inventandosi distinzioni nell’ambito delle vicende del diritto soggettivo protetto o diverse categorie di diritti protetti gli uni con la nullità gli altri con l’annullabilità, lontani dalla mente del legislatore. E tutto per poter concludere che la violazione del diritto nascente da norma protettiva inderogabile non può produrre altro che nullità, mentre l’annullabilità non può che riguardare diritti disponibili, quindi nella

¹⁶¹ Si osservi che la nullità è imprescrittibile, e non potrebbe come tale essere soggetta ad un termine di decadenza, peraltro, breve; l’annullabilità consegue ai vizi di cui all’art. 1425 cod. civ. e ss.. Orbene, l’invalidità di cui all’art. 2113 cod. civ. è pur vero che consegue alla violazione di una norma inderogabile, e come tale dovrebbe costituire una nullità, ma l’azione per farla valere è sottoposta ad un termine di decadenza. D’altra parte, la previsione di azione a tempo, potrebbe far pensare che la sanzione di cui all’art. 2113 fosse l’annullabilità, ma di essa certo l’invalidità lavoristica non condivide i presupposti, atteso che il legislatore ha escluso che il giudice debba compiere un’indagine sullo stato psicologico del lavoratore, essendo sufficiente la prova del fatto storico della stipulazione della transazione o della effettuazione della rinuncia. L’art. 2113 cod. civ. commina l’invalidità a tutela del lavoro in generale, qualunque sia la ragione dell’agire del prestatore, sul fondamento puro e semplice – oggettivo dunque – che i diritti dismessi gli sono attribuiti da norme imperative, vuoi di carattere costituzionale, vuoi codicistiche, vuoi di leggi speciali, vuoi di contratto collettivo.

¹⁶² L. MOSSA, *Discorso*, cit., p. 9. cfr. capitolo 1 par. 2, p. 12 del presente lavoro

fase di gestione del rapporto o – detto in altro modo, ma tutto sommato specularmente – diritti patrimoniali derivati o secondari.

Le rinunzie, le transazioni del lavoratore, riguardanti i diritti attribuitigli, nel rapporto di lavoro dalla norma protettiva inderogabile non sono valide. Il lavoratore, perciò, quei diritti, può farli valere, nonostante l'atto dimissorio, perché quei diritti non si sono estinti, ma deve farli valere entro i termini di decadenza. Ciò per la tutela dell'altro interesse di ordine pubblico che è quello dell'impresa o, se si vuole, dell'efficienza del capitale.

Ciò nell'osservanza della sostanza e della lettera della legge, senza ricorso a laboriose architetture giuridiche. Un *tertium genus* di invalidità che ha la sostanza della nullità – la sua causa è la violazione della norma protettiva inderogabile – e la temporalità dell'annullabilità – il termine perentorio di decadenza. Insomma una invalidità lavoristica¹⁶³

2. IL FONDAMENTO DELL'INVALIDITÀ DI CUI ALL'ART. 2113 COD. CIV. : UN TENTATIVO DI SINTESI CRITICA DEI CONTRASTANTI ORIENTAMENTI

Dopo aver analizzato i principali indirizzi dottrinari in materia, una conclusione di sintesi o riepilogativa, finalmente si può certo trarre: nel diritto del lavoro alla inderogabilità della disciplina può accadere che non corrisponda l'indisponibilità assoluta dei diritti del lavoratore¹⁶⁴.

Se la dottrina ha cercato di spiegare in vario modo il motivo e le cause – almeno presunte – della scissione di tale binomio ritenuto inscindibile, elaborando teorie di distinzione in fasi del diritto soggettivo del lavoratore, ovvero di divisione nelle due categorie di primari e secondari degli stessi diritti, rimane ancora da definire – almeno sotto il profilo ricostruttivo – il fondamento e la natura della invalidità di cui all'art. 2113 cod. civ. Anche su questo aspetto la dottrina si è sostanzialmente polarizzata tra una posizione soggettiva, individuando il fondamento della stessa nello stato di soggezione

¹⁶³ Si noti, tale inquadramento costituisce un puro esercizio stilistico, che nulla aggiunge o toglie alla funzionalità o alla efficacia della norma. L'art. 2113 cod. civ. resta, pur dopo la novella del 1973, che tuttavia ha confermato il disegno funzionale originario, una norma lavoristica speciale. In dottrina si afferma che si tratti di invalidità speciale da parte di ARANGUREN, *la tutela dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1981, p. 39 e ss.; dello stesso avviso M. BUONCRISTIANO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 590, il quale dopo aver analizzato sia la nullità, sia l'annullabilità, conclude affermando che quella dell'art. 2113 cod. civ. è una invalidità speciale, giungendo addirittura ad affermare che l'azione non sarebbe sottoposta al termine quinquennale, ma al più lungo ed ordinario decennale. (vedi par. 2 di questo stesso capitolo e par 1 capitolo 4)

¹⁶⁴ G. FERRARO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 5.

del lavoratore, e una posizione oggettiva, indicando il fondamento della norma nella tutela derivante dalla inderogabilità della disciplina protettiva.

È noto che la giurisprudenza corporativa, per circa venti anni, prima ancora della pubblicazione del nuovo codice civile e quindi della formulaizione della norma dell'art. 2113, spiegava l'invalidità delle rinunce e delle transazioni con una presunzione generale di minorata capacità di tutelare i propri interessi del prestatore di lavoro, in relazione alla situazione di dipendenza e di inferiorità economica nei riguardi dell'imprenditore, distinguendo peraltro tra i negozi dismissori effettuati in costanza di rapporto e quelli compiuti successivamente alla cessazione dello stesso, giudicando invalidi i primi e validi i secondi¹⁶⁵.

Successivamente alla redazione della norma, non si poté più distinguere temporalmente l'invalidità dei negozi dismissori compiuti dal lavoratore, ma nonostante ciò, si continuò a coltivare la spiegazione della invalidità dell'art. 2113 cod. civ. *a parte subiecti*, ritenendo che il fondamento positivo della sanzione andasse, comunque, rinvenuto nella "speciale incapacità giuridica del prestatore di lavoro"¹⁶⁶.

Su queste basi, ancora di recente, partendo dalla premessa che la normativa inderogabile vincola l'autonomia negoziale del lavoratore solo per un periodo temporalmente collegato alla permanenza del rapporto di lavoro, se ne è dedotta la presunzione di uno "(...) stato di soggezione suscettibile di influenzare e condizionare la capacità negoziale del soggetto economicamente più debole (...)". In tale contesto, si è posto a fondamento della tutela codicistica non la rilevanza di particolari beni e valori protetti dalla norma inderogabile, bensì la valutazione della posizione tra i due soggetti¹⁶⁷.

Tale orientamento troverebbe la sua conferma – secondo i suoi sostenitori – sia nella stessa disciplina vigente in materia di rinunzie e transazioni, sia nella riconosciuta

¹⁶⁵ In tal senso si veda Cass. 22 marzo 1937, in MGL, 1937, p. 143, la qual contempla peraltro, il particolare caso di una rinuncia – ritenuta valida – compiuta successivamente alla cessazione del rapporto, seguita da un nuovo rapporto per susseguente riassunzione. U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 90, ricorda che anche successivamente alla codificazione del 1942, tale impostazione trovava ancora qualche adesione in giurisprudenza (Cass. 31 gennaio 1947 in Dir. Lav., 1947) e in dottrina (D'EUFEA, *Elementi...*cit., p. 133). Peraltro, tale orientamento era certamente infondato anche alla luce dei lavori preparatori (cfr. capitolo I par. 4 p. 32), i quali non accoglievano la distinzione giurisprudenziale tra il periodo anteriore e posteriore alla cessazione del rapporto. Orbene, nell'attuale testo dell'art. 2113 – Prosperetti scrive nel 1950, ma sotto questo profilo la novella del 1973 non ha portato alcuna modifica – "(...) non sembra soddisfacente spiegare la norma con la presunzione di inferiorità economica e psicologica e di una conseguente incapacità di agire (...)".

¹⁶⁶ Il primo a elaborare tale teoria si è più volte ricordato fu F. SANTORO PASSARELLI, (cfr. nota 150) con forti critiche di U. PROSPERETTI, *ibidem*, il quale riteneva la nozione di incapacità utilizzata dall'illustre giurista eccessivamente ampia. Ed affermava anche "(...) se l'incapacità giuridica si configura come incapacità dipendente dalla posizione della persona rispetto ad un'altra persona si dà una descrizione del fenomeno, ma non si indica la causa di tale incapacità, né l'interesse che la legge intende tutelare (...)".

¹⁶⁷ G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, in Dir. Lav., 1970, I, p. 3 e ss. dello stesso avviso G. FERRARO, *ibidem*, il quale afferma che "(...) tale opinione benché ancora oggi oggetto di accesi dibattiti, può considerarsi senza dubbio prevalente (...)".

prescrittibilità dei diritti del lavoratore, anche di natura retributiva. Ed infatti, la previsione di un termine di decadenza per esercitare l'impugnazione e la qualificazione della invalidità dell'atto dispositivo in termini di annullabilità, nonché il regime di prescrittibilità dei diritti dei lavoratori, ivi compresi i diritti di natura retributiva sarebbero elementi assolutamente incompatibili con la totale e completa indisponibilità dei diritti stessi per le parti¹⁶⁸.

Di conseguenza, all'inderogabilità della disciplina lavoristica non corrisponderebbe automaticamente l'indisponibilità assoluta di diritti che ne seguono, poiché la finalità perseguita dal legislatore è quella di garantire l'attribuzione dei diritti al prestatore di lavoro e l'esercizio degli stessi in ragione della funzione che svolgono¹⁶⁹. Si distinguono così due momenti: in costanza di rapporto ogni patto in deroga alla normativa legale è inficiato da nullità sia che si tratti di atto negoziale che intervenga sul contenuto regolativo del contratto, sia che concreti una rinuncia o una transazione; mentre, cessato il rapporto, il legislatore avrebbe concesso al lavoratore sia di non impugnare le rinunzie e le transazioni già effettuate, sia di stipulare nuove rinunzie e transazioni che non verranno impugunate nei termini prescritti. Da questa ricostruzione sarebbe deducibile per Ferraro la chiara intenzione del legislatore che il lavoratore disponga dei suoi diritti in modo consapevole e con volontà piena¹⁷⁰.

Orbene, tale ricostruzione non appare pienamente soddisfacente, poiché non spiega, in effetti, la natura dell'invalidità e il fondamento positivo della stessa, ma sembra limitarsi ad analizzare e ad evidenziare le conseguenze e gli effetti della invalidità sancita dall'art. 2113 cod. civ. Si opera, in sostanza in modo aprioristico: si assume come premessa che il fondamento della norma sia la tutela della incapacità giuridica del lavoratore, e ci si sforza di rinvenire le prove e le dimostrazioni a conferma; la premessa del ragionamento, insomma, appare essere il risultato dello stesso.

Ma né la premessa, né le prove addotte sono convincenti.

¹⁶⁸ G. FERRARO, *ibidem*, ritiene che i tentativi falliti di ricondurre la materia della prescrizione dei crediti di lavoro nell'alveo dell'art. 2934 co. 2, e cioè della imprescrittibilità dei diritti indisponibili e degli altri diritti che la legge indica come tali, dimostrerebbe, come il legislatore, rifuggendo da “(...) *soluzioni radicali e pregiudizialmente garantistiche* (...)” abbia scelto di conciliare le esigenze di tutela del prestatore di lavoro con le esigenze di certezza giuridica incorporate nell'istituto della prescrizione. Vedi anche A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983). Lo stesso accade – dice l'autore – con il diritto alle ferie, che sarebbe, in verità irrinunciabile: “(...) *ma l'irrinunciabilità è un concetto meno ampio dell'indisponibilità richiamata dal codice civile* (...)”. C. Cost. 10 giugno 1966 n. 63 in Giur. Cost. 1966, II, p. 942 ss.

¹⁶⁹ G. FERRARO, *ibidem*.

¹⁷⁰ G. FERRARO, *ibidem*. Pertanto, se durante il rapporto di lavoro qualsiasi atto negoziale è certamente colpito da nullità, nella fase successiva alla cessazione del rapporto, la situazione regolamentare descritta muta notevolmente.

In primo luogo, l'affermazione che il fondamento giuridico della norma deve essere rinvenuto nella incapacità giuridica speciale del titolare dei diritti è una affermazione che non trova riscontro alcuno nel testo dell'art. 2113.

Come si è detto sopra, fu la giurisprudenza corporativa a stimolare questo tipo di orientamento: ed infatti, in assenza di una disciplina in materia ed innanzi al tenore letterale dell'art. 17 della legge 1825 del 1924 – che prevedeva l'inderogabilità della disciplina dettata dal decreto stesso ma nessuna sanzione – i giudici avevano ritenuto corretto distinguere le deroghe alla normativa intervenute in costanza di rapporto di lavoro da quelle avvenute successivamente alla cessazione dello stesso, fondando tale distinzione proprio su una supposta incapacità giuridica relativa del lavoratore derivante dallo stato psicologico di soggezione – *timor riverentialis* – esistente nei confronti della controparte datoriale.

Tale interpretazione – discutibile ed opinabile già nella fase precedente alla codificazione – diviene assolutamente inaccettabile nel momento in cui il legislatore collega la sanzione della invalidità alla violazione della norma inderogabile, facendo venire meno qualsiasi differenza tra i negozi dismissori compiuti prima della cessazione del rapporto da quelli intervenuti in un momento successivo. Orbene, se lo stato di soggezione e di relativa incapacità giuridica potrebbe ancora essere presuntivamente ammesso per negozi abdicativi avvenuti in corso di rapporto e per i quali i termini dell'azione di impugnazione decorrono successivamente alla cessazione dello stesso, non vengono fornite dai sostenitori di tale dottrina spiegazioni convincenti in merito alle rinunzie e alle transazioni effettuate dopo al scadenza del rapporto: affermare che il lavoratore si trovi uno stato di soggezione anche nella fase successiva alla cessazione del rapporto, significa prolungare in maniera discutibile e del tutto arbitraria l'esistenza di tale supposto stato di soggezione psicologica del lavoratore anche dopo la fine del rapporto, quando, in effetti, non si capisce cosa e chi il lavoratore dovrebbe più temere¹⁷¹.

Le stesse prove addotte a sostegno di tale tesi non appaiono convincenti: che l'azione per far valere l'invalidità sia sottoposta a decadenza nulla prova in effetti in merito alla indisponibilità dei diritti, così come la prescrittibilità degli stessi. La norma in effetti è molto più garantista dell'art. 1418 co.1: il termine per impugnare – come si vedrà – decorre dalla cessazione del rapporto o addirittura dalla compimento della rinunzia e della transazione se avvenute successivamente alla fine dello stesso. Ciò vuol

¹⁷¹ Contro questa tesi si ricorda P. GRECO, (*op. cit.*, vedi par. 3 capitolo I e successive cit.) con l'intento tuttavia di accrescere la copertura della norma protettiva a favore del lavoratore

dire che, fosse anche che il rapporto di lavoro duri trenta anni, alla cessazione dello stesso il lavoratore potrà impugnare i patti dimissori stipulati durante il primo anno di occupazione! Quale maggiore tutela darebbe l'imprescrittibilità dell'azione di nullità rispetto alla non decorrenza di un termine durante lo svolgimento del rapporto; e al contempo quale interesse dovrebbe tutelarsi, garantendo al lavoratore di poter impugnare un atto dimissorio trascorsi dieci anni dalla cessazione dello stesso. Se il lavoratore ha interesse ad esercitare l'azione per invalidare l'atto dimissorio, lo deve fare entro sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla effettuata rinuncia o transazione se successiva: perché si dovrebbe garantire al lavoratore un termine infinito¹⁷².

Si badi bene, il legislatore – molto avvedutamente – ha saputo contemperare le opposte esigenze delle parti, senza abbracciare posizioni ipergarantistiche ad esclusivo vantaggio del lavoratore: ha riconosciuto a quest'ultimo il privilegio di non dover impugnare il negozio dimissorio in costanza di rapporto, ma d'altronde ha ritenuto meritevole di tutela l'interesse alla certezza del diritto e legittime le ragioni del datore di lavoro a non vedersi convenire in giudizio un ventennio dopo la cessazione di un rapporto di lavoro, per una transazione magari più risalente.

Non è quindi nella incapacità giuridica del lavoratore o nello stato psicologico del titolare del diritto – peraltro irrilevante per la legge che fa riferimento solo alla derivazione dei diritti da disposizione inderogabile – che si può rinvenire il fondamento della invalidità sancita dall'art. 2113 cod. civ., bensì nella violazione di una norma inderogabile di legge o di contratto collettivo posta a tutela dell'interesse del lavoratore¹⁷³.

È la lesione dell'interesse del lavoratore protetto mediante la norma inderogabile che costituisce il fatto rilevante ai fini dell'invalidità della rinuncia e della transazione.

Orbene – sostiene Ghera – la norma inderogabile assolve una funzione minimale di tutela dell'interesse collettivo, tale che l'invalidità disposta dall'art. 2113 cod. civ. “(...) è pur sempre da riportare al principio dell'inderogabilità del regolamento contrattuale

¹⁷² Si può ricordare un brocardo latino: *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt!*

¹⁷³ In tal senso E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 232 e ss. Più risalente e conforme l'opinione di U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 96 il quale afferma “(...) in conclusione ci sembra che l'invalidità delle rinunce e delle transazioni, anche se si può ricondurre alla figura generica della incapacità giuridica relativa si può più efficacemente spiegare dal punto di vista della intrinseca inidoneità dei diritti “inderogabili” del prestatore di lavoro ad essere oggetto di piena disponibilità (...)”. Risalente ma chiarissima sul punto è la sentenza Cass. 23 maggio 1951, in *Dir. Lav.*, 1952, II, p. 309, la quale stabilisce “(...) l'unica indagine che deve fare il giudice di fronte all'impugnazione proposta dal lavoratore, è se, mediante la rinuncia o la transazione sia stato leso un diritto inderogabile del lavoratore, senza che costui abbia bisogno di invocare alcun vizio del consenso e tanto meno un errore qualsiasi, sia di fatto che di diritto. La causa della invalidità sancita dall'art. 2113 risiede infatti unicamente nella non conformità alla legge dell'oggetto delle rinunce e delle transazioni (...)” con ciò ribadendo che l'art. 2113 cod. civ. è un particolare mezzo di impugnazione che “(...) è stato dettato dal legislatore in relazione alla natura del diritto rinunziato o transatto e quindi in aggiunta e non più in sostituzione dei normali mezzi di impugnazione dei contratti (...)”.

collettivo (...)” e svolge quindi un effetto limitato al minimo inderogabile di trattamento economico normativo: si ha una limitazione non totale ma soltanto parziale e precisamente nei limiti minimali imposti dalla disciplina inderogabile legale e collettiva della facoltà di disposizione dei diritti soggettivi attribuiti alla titolarità del lavoratore¹⁷⁴.

La stessa formula della indisponibilità dei diritti del lavoratore ha un valore soprattutto descrittivo degli effetti dell'art. 2113 cod. civ., il fondamento del quale non potrà essere rinvenuto nella incapacità giuridica speciale, che costituisce, in effetti, una incapacità di agire claudicante: invece di investire nella sua integrità l'oggetto del diritto attribuito al lavoratore è circoscritta all'area dell'inderogabilità del regolamento contrattuale del rapporto¹⁷⁵. I diritti dei lavoratori non sarebbero in effetti indisponibili, quanto piuttosto i lavoratori avrebbero un potere di disposizione sottoposto a determinati limiti, “(...) *imposti a garanzia dell'interesse del (singolo) prestatore alla conservazione del trattamento minimo imposto al datore dalle norme di legge e dei contratti collettivi (...)*”¹⁷⁶.

È l'inderogabilità della norma, quindi, il fondamento della invalidità sancita dall'art. 2113 cod. civ. e non certo una presunta ed indimostrata incapacità del lavoratore.

Quanto, da ultimo, alla stessa natura della invalidità, è oramai pacifico in dottrina che la sanzione dell'art. 2113 cod. civ. sarebbe una forma di annullabilità, e ciò si deduce sia dalla legittimazione all'azione attribuita esclusivamente al lavoratore, sia dalla possibilità che l'invalidità stessa possa essere sanata, sia infine dalla decadenza cui è sottoposta l'impugnazione: di conseguenza, tale invalidità non potrebbe non essere assimilata all'annullabilità¹⁷⁷.

Neppure tale ricostruzione, tuttavia, appare pienamente condivisibile.

¹⁷⁴ Pressoché testualmente E. GHERA, *ibidem*. È evidente come tale ragionamento pone un ponte ideale l'art. 2113 cod. civ. e l'art. 2077 cod. civ., confortando così come osserva l'autore “(...) *l'interpretazione giurisprudenziale in relazione all'attuale vigenza dell'art. 2077(...)*”. Conclude Ghera affermando che da questo punto di vista “(...) *la norma dell'art. 2113 c.c. funge da garanzia dei livelli minimi imposti a pena di nullità dalle norme imperative (...)*”. La posizione è pienamente condivisibile: innanzi, pertanto, ad un superminimo riconosciuto dal datore di lavoro, che vada oltre e si aggiunga ai minimi di trattamento retributivo stabiliti dai contratti collettivi, il lavoratore potrà stipulare qualsiasi accordo transattivo o patto derogativo, o effettuare qualsiasi rinuncia, senza dover ricorrere alle cc.dd. sedi protette, ovvero senza poter invocare l'azione di invalidità prevista dall'art. 2113 cod. civ. L'impugnazione potrebbe essere proposta solo ove il negozio dimissorio avesse ad oggetto anche parzialmente il trattamento minimo.

¹⁷⁵ E. GHERA, *ibidem*.

¹⁷⁶ E. GHERA, *ibidem*.

¹⁷⁷ *Ex plurimis*: G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 5, il quale dalla “(...) *previsione di un termine di decadenza per l'impugnazione delle rinunzie e delle transazioni sia nella riconosciuta (...)*” deduce la qualificazione dell'invalidità dell'atto dispositivo alla stregua di un negozio semplicemente annullabile. C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 757, osserva l'esistenza di anomalia dettata a suo avviso dalla previsione di un termine di decadenza e non di prescrizione; E. GHERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 232, afferma che l'invalidità è della “(...) *specie dell'annullabilità come risulta dai tratti caratteristici della sua disciplina (...)*”.

In primo luogo, si deve rimanere fedeli e rispettare il dato positivo del testo della norma: il legislatore non parla né di annullabilità, né di nullità, bensì utilizza – non a caso, almeno a parere di chi scrive – la locuzione “invalidità”.

In effetti, stando alla nozione di nullità e di annullabilità come descritte dalle norme civilistiche non sembra possibile rinvenire esclusivamente né l’una né l’altra sanzione. Non si tratta di nullità, poiché nonostante il fondamento della invalidità sia la violazione della norma imperativa, l’impugnazione deve essere esercitata in un termine definito; non può parlarsi, però, neppure di pura annullabilità, poiché a fronte di una azione sottoposta a termine, l’art. 2113 cod. civ. non fa menzione né della incapacità del lavoratore, né di un vizio del consenso, bensì sancisce l’invalidità del negozio dismissorio su due requisiti: violazione della norma inderogabile, prova dell’avvenuta rinuncia o transazione nel periodo indicato dalla legge.

Orbene, se il legislatore ha utilizzato il termine “invalidità” per descrivere la sanzione che colpisce il negozio dismissorio avente ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, ha voluto, in effetti, evitare commistioni con altri istituti e categorie civilistiche che solo parzialmente si adatterebbero alla sanzione speciale dell’art. 2113 cod. civ.: tanto speciale che la conseguenza della invalidità dovrebbe essere la sostituzione automatica delle clausole¹⁷⁸.

L’invalidità dell’art. 2113 cod. civ. non è certamente una annullabilità, ma non è una nullità, trattandosi, plausibilmente, di una sanzione specialistica¹⁷⁹.

3. I DIRITTI DERIVANTI DA “DISPOSIZIONI INDEROGABILI DI CONTRATTO O ACCORDO COLLETTIVO”

Il tema della invalidità degli atti dispositivi effettuati dal prestatore di lavoro aventi ad oggetto “(...) *diritti derivanti da disposizioni inderogabili dei contratti o accordi collettivi* (...)”, e, in sostanza, il tema della inderogabilità della norma collettiva, non ha potuto non suscitare discussioni e fiere diatribe in un sistema giuslavoristico e giussindacale quale il nostro, ove il sindacato è un ente di fatto e il contratto collettivo – ricondotto nell’alveo privatistico – è privo di efficacia generalizzata.

¹⁷⁸ Non soccorrono in aiuto all’opposta teoria neppure i lavori preparatori; nell’art. 59 del libro del lavoro, si rinveniva la parola “nullità” che fu sostituita con “invalidità” nella codificazione definitiva. Quindi, il legislatore era molto accorto sull’uso delle categorie civilistiche e non ha utilizzato il termine invalidità a caso, o per distrazione.

¹⁷⁹ Come già si è detto, le conseguenze di una tale classificazione, non sono solo di ordine sistematico, ma hanno delle ricadute sul funzionamento della norma. Nel silenzio dell’art. 2113 cod. civ., la classificazione della invalidità come sanzione speciale lavoristica avrebbe come conseguenza l’applicazione del termine di prescrizione ordinario decennale e non del termine quinquennale. Dello stesso avviso M. BUONCRISTIANO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 590.

In effetti – come è noto – la previsione codicistica sopra riportata e il riconoscimento della inderogabilità della norma collettiva di diritto comune è frutto di una modifica – secondo alcuni disinvolta – intervenuta a seguito della riforma del processo del lavoro con la legge n. 533 del 1973, la quale – nel tentativo di porre un punto fermo nel dibattito sulla inderogabilità della norma collettiva di diritto privato – si è limitata a sostituire la precedente formula “norme corporative” con “contratti o accordi collettivi”, con la convinzione, forse, di aver risolto l’annoso problema del fondamento positivo della inderogabilità *in peius* del contratto collettivo di diritto comune¹⁸⁰.

La modifica è stata decisiva al fine di dare risposte concrete al problema del rapporto tra il contratto collettivo e il contratto individuale: impedire cioè l’accettazione da parte dei soggetti dei rapporti individuali di lavoro di trattamenti inferiori a quelli collettivamente posti, questione che ha costituito uno dei dilemmi del diritto sindacale che ha richiesto il maggior impegno dottrinale¹⁸¹.

Ed infatti, sebbene l’ordinamento giuslavoristico sancisse già il principio della inderogabilità del contratto collettivo, le norme esistenti non potevano trovare facile applicazione nel mutato sistema giuridico successivo alla soppressione dell’ordinamento corporativo. Da una parte, è pur vero che l’art. 2077 cod. civ. – trasposizione fedele dell’art. 54 della legge n. 1130/1926 – prevedeva la sostituzione automatica delle clausole del contratto individuale peggiorative del contratto collettivo, garantendo l’inderogabilità dello stesso, ma detta norma si riferiva in verità al contratto collettivo corporativo e come tale difficilmente poteva trovare applicazione in relazione al contratto collettivo di diritto comune. Dall’altra, la stessa norma dell’art. 2113 cod. civ. – nel suo testo originario precedente alla novella del 1973 – prescriveva l’invalidità degli

¹⁸⁰ In questo senso la prevalente dottrina: cfr. G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977, p. 139; L. RIVA SAN SEVERINO, *Diritto Sindacale*, Torino, 1976, p. 279 e ss.; U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1973, p. 497 e ss.; Grasselli, *Contributo alla teoria del contratto collettivo*, Padova, 1974, p. 82; COMITO, *La nuova disciplina delle rinunzie e transazioni*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1976, p. 199 e ss.; FEDERICO – FOGLIA, *La disciplina del nuovo processo del lavoro*, Milano, 1973, p. 169; MONTESANO – MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974, p. 236; PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, p. 531 e ss.; cfr. D’HARMANT – FRANCOIS, *Sindacato e contratto collettivo nel nuovo art. 2113 c.c.*, in *Dir. Lav.*, 1975, p. 198; U. RINGGALDIER, *Osservazioni sulla inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all’art. 2113 c.c.*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1980, p. 290. Di contrario avviso G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985, p. 276 e ss., il quale ritiene disinvolto ed ingiustificato alla luce del tenore dell’art. 6 della legge n. 533/1973 l’atteggiamento della dottrina che invoca tale norma come risolutiva. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Il Codice civile. Commentario. Art. 2113*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Torino, 1990, p. 20 e ss. – che come sopra citato è convinto della opportunità della novella del 1973 – in merito alla portata della novella stessa e alla sua efficacia risolutiva della *querelle* in merito al fondamento positivo della inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune parla di *tesi corrente*, anche se sottolinea, facendo riferimento alla teoria di Vardaro “(...) malgrado i dubbi sottilmente prospettati da un giuslavorista filosofo (...)”.

¹⁸¹ G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 35 e ss.

atti dispositivi aventi ad oggetto diritti derivanti da norme corporative, ma queste ultime, salvo quanto previsto dai decreti luogotenenziali del 1944, non potevano essere più considerate fonti di diritto.

Si aggiunga che il Costituente – forse più lungimirante ed avveduto del legislatore successivo – aveva voluto inserire nella Legge fondamentale l'art. 39, il quale ripercorreva – innegabilmente – il sistema corporativo seppure in chiave democratica e pluralista, riconoscendo al sindacato la funzione rappresentativa delle categorie e creando un meccanismo per garantire al contratto collettivo una efficacia generalizzata, onde si comprende appieno come il sistema legislativo si basava, sostanzialmente, su norme di radice corporativa e su norme elaborate dal nuovo legislatore, con gli ovvi ed immancabili problemi di coerenza e di armonia.

Orbene, successivamente all'abrogazione dell'ordinamento corporativo, l'interprete si trovò innanzi al problema di voler raggiungere il medesimo effetto della inderogabilità, pur non avendo più a disposizione gli stessi strumenti che quel risultato avevano garantito. È pur vero che l'ordinamento giuslavoristico riecheggiava e ricalcava ancora pesantemente il precedente sistema legale – le cui norme, come detto, erano in parte vigenti – ma il contratto collettivo, che era ritornato nell'alveo del diritto privato e come tale spiegava una efficacia limitata alle parti contraenti, si poneva, almeno tecnicamente e *stricto iure* su un piano di parità con il contratto individuale, condividendone la natura, anche se non la funzione che rimaneva normativa. L'interprete, quindi, si trovava innanzi all'insolubile dilemma di rinvenire nel mutato ordinamento i fondamenti della inderogabilità della norma collettiva.

Da qui il problema e l'interesse dell'indagine sul fondamento positivo dell'inderogabilità del contratto collettivo, del quale si darà atto nel corso dei successivi paragrafi, partendo dalle teorie precedenti il sistema corporativo e che hanno creato le condizioni per l'affermazione del sindacato istituzionale e del contratto collettivo corporativo con efficacia generale inderogabile, illustrando l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha condotto – successivamente alla soppressione dell'ordinamento corporativo e all'approvazione della Costituzione repubblicana – alla riforma del 1973, tentando di comprendere se da essa sia derivato un punto fermo sulla questione, ovvero se sussistano ancora oggi dubbi sulla inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune.

3.1 LA STESURA ORIGINARIA DELLA NORMA: LA FORZA COGENTE DELLA NORMA CORPORATIVA

Il legislatore corporativo – nel dichiarato intento di colmare un'imperdonabile lacuna che l'ordinamento liberale non aveva saputo affrontare – risolveva la “profonda crisi del contratto collettivo” con la legge n. 563 del 3 aprile 1926¹⁸². La soluzione proposta ed attuata dal legislatore superava lo scoglio sul quale si era arenato in epoca precorporativa il dibattito dottrinario, che era rimasto ingessato e paralizzato dalla ossessione – tipica del pensiero liberale – di dover risolvere il tema della inderogabilità del contratto collettivo alla luce del diritto comune, nell'ambito delle categorie giuridiche civilistiche, disdegnando qualsiasi intervento legislativo in materia¹⁸³.

Di tal orientamento dottrinario, il più autorevole esponente italiano fu Giuseppe Messina il quale – interpretando autorevolmente la teoria di Lotmar – si proponeva di ricercare nel diritto codificato le risposte alla questione della efficacia del contratto collettivo, prima di invocare la necessità dell'intervento legislativo¹⁸⁴.

Il giurista partiva dall'assunto della compatibilità tra i concordati di tariffa e il principio generale della libertà contrattuale, affermando che il problema tecnico da risolvere era, in effetti, quello di impedire l'operatività del principio del mutuo dissenso

¹⁸² R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, Riv. Giur. Lav., 2006, p. 260 e ss.. L'autore segnala che con il legislatore fascista caddero d'un colpo le perplessità e i dubbi in merito alla opportunità di una soluzione legislativa della questione della inderogabilità del contratto collettivo. Per quanto riguarda l'espressione “profonda crisi del contratto collettivo” la troviamo in M. CASANOVA, *Sistemi e fonti nel diritto del lavoro*, in Riv. Dir. Comm., 1929, I p. 570. Ritene, invece, che la vicenda italiana sia stata assolutamente atipica rispetto alla evoluzione degli altri paesi europei G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Angeli, Milano, 1985, pp. 26-27.

¹⁸³ Già in precedenza alla legge sindacale del 1926, erano sempre più ricorrenti le proposte di un intervento legislativo. La prima richiesta in tal senso fu avanzata dal *Katheder Sozialismus* e in particolare da L. BRENTANO, *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1872; R. VOZA, (*L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, Riv. Giur. Lav., 2006, p. 260 e ss.) osserva come la questione della inderogabilità del contratto collettivo fosse “(...) inizialmente circoscritta ad un problema di effettività politico sociale, ed in seguito si trasformò in un problema di efficacia giuridica costituendo una delle principali questioni sulle quali il nascente pensiero gius-sindacale cominciò a sperimentare la propria autonomia e la propria dipendenza dalla scienza giuridica ufficiale (...)”.

¹⁸⁴ R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, cit., p. 260 e ss.; ID. *L'autonomia individuale assistita nel diritto le lavoro*, Bari, Cacucci, 2007, p. 28 e s.; M. D'AMELIO, *Per un progetto di legge sul contratto di lavoro*, in Riv. Dir. Comm., 1907, p. 236, parla in merito alla interpretazione di Giuseppe Messina come di “contributo di perfezionamento” delle tesi del giurista elvetico Philipp Lotmar. Per completezza P. LOTMAR, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 15, 1900, nella versione italiana, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, in DLRI, 1984, p. 313. Il giurista elvetico fu il principale fautore dello spostamento della questione della inderogabilità del contratto collettivo dal piano riformatore legislativo a quello interpretativo contrattuale. Egli riteneva che l'inderogabilità fosse una questione di conformazione delle clausole del contratto individuale a quelle fissate nel contratto collettivo, le quali – a parere del giurista – entrano comunque a far parte del contenuto del contratto individuale, anche se dallo stesso non riproposte. Osserva però, L. MENGONI, (*Il contratto collettivo nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in Jus, 1975, pp. 450-451) tale ricostruzione costituirebbe una forzatura dei principi civilistici, poiché al momento della stipulazione del contratto, ciascuna coppia ha il potere di sciogliersi, per mutuo dissenso, dall'obbligo reciproco di conformare il contenuto del contratto individuale alle clausole del contratto collettivo.

che permette alle parti di sostituire liberamente il regolamento negoziale concordato con uno diverso¹⁸⁵. Orbene, secondo il giurista, l'efficacia che il contratto collettivo poteva comunque vantare nei confronti dei singoli contratti individuali non poteva mai essere di natura reale, impedendo la stipulazione di contratti difformi, bensì, dalla violazione delle clausole concordate poteva originare solo un effetto risarcitorio¹⁸⁶.

Messina si rendeva ben conto che, sul piano giuridico, la soluzione non era forte e nel corso del tempo – con un'improvvisa inversione di marcia – si schierò a favore di “(...) *quel riconoscimento legislativo dell'effetto automatico del contratto collettivo, inizialmente ritenuto inopportuno* (...)”¹⁸⁷. Del medesimo avviso era Barassi il quale, preso atto che le parti del contratto possono liberamente rinunciare esplicitamente ad includere nel contratto le clausole concordate, per evitare tale inconveniente affermava che era indispensabile invocare l'intervento legislativo “(...) *che abbia a togliere ogni valore a quella deroga* (...)”¹⁸⁸.

Innanzitutto a tali conclusioni si palesò il fallimento della dottrina giolittiana di risolvere il problema della inderogabilità del contratto collettivo, senza rinnegarne la matrice negoziale e il suo essere espressione del diritto dei privati che liberamente accedono a un componimento dei loro interessi in conflitto e si schiusero le porte al legislatore fascista, il quale, dotato di una forte dose di pragmatismo e superando in un colpo i precedenti dubbi e perplessità, prese atto che l'inderogabilità non può essere stabilita che per precetto di legge¹⁸⁹.

La soluzione adottata con l'art. 54 del R. D. n. 1130/1926 costituì certamente un salto di qualità incontestabile e conferì al sindacato un vero e proprio privilegio attribuendogli il potere di regolamentazione dei rapporti di lavoro, sancendo la sostituzione automatica delle clausole difformi del contratto individuale e conformando

¹⁸⁵ G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904), rinvenibile in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 35 e ss. Il giurista riteneva che si dovesse individuare il contratto collettivo come atto complesso e cioè come un unico contratto e non come una serie di singoli contratti e che da ciò deriverebbe la inderogabilità *ad libitum* del concordato per ogni coppia di contraenti.

¹⁸⁶ G. MESSINA, *I contratti collettivi ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, rinvenibile in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 44 e ss. Si afferma anche che l'unico strumento di coazione è costituito dai mezzi di esecuzione psicologica quali l'esclusione dal gruppo o il boicottaggio di chi non garantisce l'osservanza delle tariffe.

¹⁸⁷ R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro*, cit., p. 264. B. VENEZIANI, G. VARDARO, *La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, in QF, n. 16, p. 445.

¹⁸⁸ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 319.

¹⁸⁹ R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro*, cit., p. 267; A. CIOFFI, *L'inderogabilità del contratto collettivo di lavoro nella legislazione italiana*, in Riv. Lav., 1932, I, p. 16. Ci ricorda G. VARDARO (*Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, cit. p. 98), citando A. ROCCO (*Discorso all'Università di Perugia del 30 agosto 1925*, in A. ROCCO, *La formazione dello Stato fascista (1925- 1934)*, III, Giuffrè, Milano, 1938, p. 1093) che il grande risultato “reazionario” che il legislatore fascista raggiunse fu di ridurre l'organizzazione di classe “(...) *da organo di difesa extralegale, di autodifesa, ad organo di difesa legale* (...)”. L'insigne giurista aveva infatti intuito che “(...) *l'organizzazione di classe in quanto tale, fuori dall'atmosfera dialettica della società liberale, si rivela non fermento di irrequietezza, ma mezzo per una più salda disciplina sociale ed anzi elemento integrale e necessario di ogni moderno edificio dell'autorità nei tempi moderni* (...)” P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963, p. 40 e ss.

la norma collettiva – detta norma corporativa – come vera e propria fonte del rapporto di lavoro dotata di efficacia cogente¹⁹⁰.

La norma collettiva si poneva quindi come fonte di diritto e gli artt. 1 e 7 – oggi abrogati – delle disposizioni preliminari al codice civile attribuivano alla stessa il terzo grado nella scala gerarchica delle fonti: essa era inderogabile da parte dei soggetti destinatari, e cedeva solo nei confronti della legge e dei regolamenti. Tale natura inderogabile della norma corporativa era evidente nella stessa formula originaria dell'art. 2113, il quale nel prevedere l'invalidità degli atti dispositivi aventi ad oggetto “*diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge o da norme corporative*”, si limitava a qualificare come inderogabili solo le norme di legge le quali in difetto di una espressa previsione potevano anche non essere imperative, mentre parlava di norme corporative, senza nulla aggiungere, attesa la loro natura inderogabile¹⁹¹.

Considerato poi che il contratto collettivo corporativo era stipulato da soggetti dotati della “*rappresentanza legale*” della intera categoria, esso aveva una applicazione generalizzata a tutti gli appartenenti allo specifico settore merceologico, indipendentemente dalla adesione alla organizzazione sindacale. Ciò comportava che il contratto collettivo – a fronte della sua denominazione – esplicava una efficacia diversa da un qualunque altro contratto di diritto comune, tanto che la dottrina stessa era indotta ritenere che ormai il contratto collettivo costituisse una vera e propria “legge professionale per gli appartenenti alle categorie”¹⁹². Dipingeva, egregiamente, tale natura la celebre espressione carneluttiana secondo la quale il contratto collettivo corporativo “*(...) ha il corpo del contratto, ma l'anima della legge (...)*”¹⁹³.

Ed infatti, per sua natura il contratto è un negozio: nasce tra due o più parti, tra le quali esso – per usare l'espressione icastica dell'art. 1372 cod. civ. – ha la forza di legge; ma nei confronti dei terzi, trattandosi di *res inter alios acta*, di regola, non produce alcun effetto – *tertiis neque nocet neque prodest*. Il contratto collettivo – invece – è per sua natura destinato a produrre effetti non tra le parti – associazioni o organizzazioni

¹⁹⁰ R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro*, cit., p. 268. L'autore osserva che l'art. 54 del R.D. 1130/1926 rappresenta la prima apparizione del meccanismo della sostituzione automatica delle clausole difformi poi codificato nell'art. 1339 cod. civ. C. VIVANTE (*La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, DL, 1931, I, p. 438) definì tale legge come “*(...) sovversiva di un principio fondamentale di diritto privato per cui i contratti fanno legge per i contraenti e se sono contrari a norma di diritto pubblico non sono sostituibili, ma cadono nel nulla, appunto perché il solo libero incontro dei consensi fa legge (...)*”. Di privilegio parla sia lo stesso R. VOZA, *ibidem*, sia G. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 100, il quale però sottolinea come, a suo avviso, tale concessione snaturò il ruolo del sindacato, privandolo di qualsiasi potere contrattuale sull'organizzazione.

¹⁹¹ U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 105.

¹⁹² G. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 104; D. GUIDI, (*L'oggi e il domani del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.* 1928, I, pp. 184 e ss.) preferiva parlare di legge pattizia; C. VITTA, *Il carattere normativo del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.*, 1930, I, pp. 721 e ss.

¹⁹³ F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1930, p. 108.

sindacali – ma proprio nei confronti dei terzi – lavoratori e datori di lavoro – ragion per cui si è dovuto spiegare come questo fenomeno potesse avvenire¹⁹⁴. Per il contratto corporativo la spiegazione è semplice: l'effetto veniva raggiunto per volontà della legge e secondo le regole stabilite dalla legge stessa¹⁹⁵.

Il contratto collettivo cessava, quindi, di essere atto di autonomia e momento di un più complesso processo di produzione normativa extrastatale e veniva trasformato in eterocomando¹⁹⁶. Insomma, l'unica differenza individuabile tra il contratto collettivo corporativo e la legge era nel fatto di essere “(...) formato non dal gruppo superiore (Stato), ma dal gruppo inferiore (Sindacato) (...)” rimanendo, ovviamente subordinato agli atti normativi posti direttamente dallo Stato¹⁹⁷. La statualizzazione generava, in effetti, come conseguenza immediata la sostituzione di diritto delle clausole più favorevoli del contratto collettivo a quelle dei contratti individuali soggetti al suo regolamento¹⁹⁸.

Tale effetto, incarnato dall'art. 2077 cod. civ. – e già anticipato, come detto dall'art. 54 del R.D. 1130/1926 – diveniva il vero e proprio simbolo del nuovo assetto contrattuale¹⁹⁹.

In tale contesto giuridico, trasferita l'obbligatorietà del patto collettivo dal diritto dispositivo al diritto cogente, il legislatore non si preoccupava più di vietare agli appartenenti o ai non appartenenti all'associazione di stipulare patti in deroga alla

¹⁹⁴ Orbene, a fronte della utilizzazione della terminologia civilista, il contratto collettivo è contratto solo quanto alla modalità di stipulazione essendo il frutto dell'accordo delle rispettive rappresentanze delle parti sociali, ma dal punto di vista degli effetti che esplica e che comunque aspira ad esplicare – regolamentazione unitaria di tutti i rapporti di lavoro relativi ad una categoria di lavoratori – la sua natura è quella di una vera e propria legge. Per il contratto collettivo corporativo si potrebbe, in sostanza, parlare di legge contrattata o pattizia, che stipulata dai sindacati istituzionali rappresentanti la categoria ha la capacità di definire e disciplinare tutti i rapporti di lavoro, prescindendo dal dato soggettivo della iscrizione al sindacato. Da ciò due riflessioni: in primo luogo, le dottrine precorporative avevano disperso enormi energie nel tentativo improduttivo di rinvenire il metodo più efficace per estendere l'applicazione del contratto collettivo a tutti gli appartenenti alla categoria e renderne inderogabili le previsioni, avvalendosi però sempre degli strumenti civilistici. In secondo luogo, la dottrina post corporativa, successivamente all'abolizione della legge sindacale del 1926 e dei regolamenti applicativi si limiterà ad una reazione di stampo liberale non solo “riprivatizzando” il diritto sindacale, ma attribuendo al contratto collettivo di diritto comune una efficacia pari a quella del contratto corporativo, senza rendersi conto che in tal modo si violentava lo stesso diritto civile creando un mostro giuridico che – parafrasando la formula carneluttiana – ha il corpo e l'anima del contratto, ma aspira a produrre gli effetti della legge. E tutto ciò, in verità, per la pervicace ostinazione di non dare attuazione al comma 4 dell'art. 39 Cost. che avrebbe, certamente, evitato tanti dibattiti e tanta confusione nelle dinamiche sindacali e industriali.

¹⁹⁵ G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, p. 323. Precisamente “(...) la giuridificazione quasi totale delle relazioni collettive...risolveva ab imis i problemi di legittimazione dei soggetti sindacali (...)”. Cfr. anche M. RUSCIANO, *Sul problema della rappresentanza sindacale*, GDLRI, n. 34, 1987, 2, p. 231.

¹⁹⁶ F. CARNELUTTI, *Contratto collettivo*, in *Dir. Lav.*, 1928 I, pp. 184 e ss.

¹⁹⁷ D. GUIDI, *L'oggi e il domani del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.* 1928, I, pp. 184 e ss.; G. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 101;

¹⁹⁸ D. GUIDI, *ibidem*.

¹⁹⁹ G. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 102; in particolare F. CARNELUTTI (*Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, cit., p. 53. L'autore osserva che “(...) vero e proprio contratto collettivo esiste quando l'accordo dei gruppi costituisce il regolamento collettivo e così vale a regolare rapporti individuali senza o contro la volontà dei soggetti che lo contrarranno (...)”).

convenzione collettiva, ma stabiliva la surrogazione delle clausole del contratto collettivo a quelle del contratto individuale. Tale effetto si noti non era collegato semplicemente alla declaratoria di nullità delle clausole derogative, bensì proprio alla natura pubblicistica dei contratti collettivi²⁰⁰.

Una precisazione: l'eterocomando derivante dal contratto collettivo corporativo e l'inderogabilità in esso sancita era attenuata dal principio di salvaguardia delle “speciali condizioni più favorevoli” conseguite dal lavoratore nella contrattazione individuale, principio sul quale si fondava l'interpretazione secondo la quale il sistema corporativo manteneva una indelebile matrice di ispirazione liberale²⁰¹. Le clausole del contratto collettivo, quindi, erano inderogabili e la loro violazione era sanzionata con la sostituzione automatica sancita dall'art. 2077 cod. civ. – norma che rappresentava lo strumento principe della inderogabilità – salvo che le parti avessero contrattato condizioni migliorative.

Il sistema corporativo, quindi, non si limitò a trasferire il sistema di contrattazione collettiva dall'area del diritto privato a quella del diritto pubblico, bensì giunse a traslare l'intera esperienza contrattuale collettiva dal piano politico sociale a quello giuridico formale, tramutando il contratto collettivo in uno strumento esclusivamente legale²⁰².

3.2 L'INDEROGABILITÀ DEL CONTRATTO COLLETTIVO POSTCORPORATIVO E LA NOVELLA DEL 1973

²⁰⁰ R. VIGLIONE, *Le pattuizioni particolari e le azioni sindacali*, Roma EDL, 1927, p. 171. L'autore parla non di semplice invalidità delle clausole, ma di vera e propria inesistenza delle stesse. Osserva G. VARDARO (*op. ult. cit.*, p. 107) che il sistema di sostituzione automatica a causa della sua rigidità strutturale e funzionale, serviva ad attribuire al contratto collettivo l'esecutorietà e la stabilità propria delle disposizioni inderogabili di legge e degli altri atti autoritativi dello Stato corporativo. Le organizzazioni sindacali non conservavano alcun tipo di potere dispositivo in merito alla applicazione della sostituzione automatica, poiché essa scattava di diritto: “(...)la conformazione dei contratti individuali alle norme collettive costituiva infatti, non più solo oggetto di un obbligo di influenza da parte delle organizzazioni sindacali nei confronti dei propri iscritti (e, più in generale di tutti gli appartenenti alla categoria professionale) ma anche il contenuto di un vero e proprio vincolo funzionale posto dallo Stato corporativo sull'intero patrimonio delle organizzazioni sindacali riconosciute (...)”. Ricordiamo che alla disapplicazione delle clausole collettive, in verità seguiva – art. 59 r.d. 1130/1926 – non solo la sostituzione automatica delle stesse, ma anche sanzioni nei confronti dei dirigenti sindacali e delle stesse organizzazioni, tanto che si può affermare che la sostituzione automatica delle clausole individuali difformi dal contratto collettivo era solo un aspetto di un più ampio e complesso sistema sanzionatorio, volto a reprimere la non conformazione individuale al contratto collettivo. Quanto alla disciplina sanzionatoria vedi F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo*, cit., p. 60 e ss. e G. CHIARELLI, *Lo stato corporativo*, Padova, Cedam, 1936, p. 79 e ss.

²⁰¹ Si sosteneva, infatti – a fronte di quanti parlavano di sistema autoritario – che la *ratio* ispiratrice di tale sistema dovesse essere ricondotta al più generale principio di protezione del contraente debole. In tale senso R. MICELI, *La protezione del contraente debole nel diritto comune e nel diritto corporativo*, in *Dir. Lav.*, 1928, I, p. 269.

²⁰² G. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 103.

La soppressione dell'ordinamento corporativo ebbe come sua immediata conseguenza quella di riportare il dibattito in merito alla inderogabilità della norma collettiva nell'ambito del puro diritto civile: venuto meno il sistema del sindacato istituzionale, e cancellata tra le fonti del diritto la norma corporativa, cessò d'un colpo l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, ritornato nell'alveo del diritto civile, e la giustificazione della inderogabilità delle clausole collettive divenne oggetto di ampio dibattito²⁰³.

E ciò – si badi bene – nonostante l'ordinamento fosse ancora costellato di norme vecchie e nuove che spingevano nel senso della efficacia *erga omnes* e della inderogabilità della disciplina collettiva. Così le due norme codicistiche – l'art. 2077 e l'art. 2113 cod. civ. – per le quali sussistevano effettivi dubbi e perplessità in merito alla loro applicazione al neonato sistema, ovvero l'art. 39 della Costituzione, ideato dalla Costituente proprio in funzione del raggiungimento dell'*erga omnes* e della inderogabilità della norma collettiva, che, però, non fu mai veramente oggetto di attuazione e di applicazione²⁰⁴.

Nonostante, però, la soppressione del sistema corporativo e l'emergere di un orientamento che voleva fondare il diritto sindacale nuovamente su basi volontaristiche e civilistiche, permane ferma la necessità di garantire al contratto collettivo una funzione pubblicistica. Scriveva nel 1952 Messineo: “(...) *il contratto collettivo è vera e propria fonte di norme giuridiche, quando riguarda e disciplina la materia dei rapporti di lavoro; esso ha per finalità il fissare, in anticipo e in astratto, certe clausole dei futuri contratti individuali (e il relativo contenuto) nei riguardi di certe categorie di soggetti nel cui interesse agiscono le rispettive associazioni professionali (art. 2069 cod. civ.) (...)*”²⁰⁵.

È evidente come l'Autore tragga tali conclusioni dal codice civile e dal contratto collettivo corporativo che rispecchia la natura essenziale – normativa e con efficacia

²⁰³ L'ordinamento corporativo cessò di esistere, com'è noto, per effetto del R.D. 9 agosto 1943 n. 721 che sopprime gli organi dell'omonimo regime, mentre l'art. 43 del D. L. Lgt. 23 novembre 1944, n. 369, lasciò in vigore le norme corporative vigenti alla data del R. D. n. 721 /1943 su ricordato, sicché di norme corporative si poteva continuare a parlare pur dopo che il D. L. Lgt. 14 settembre 1944 n. 287, eliminava dal codice civile l'accenno all' "ordine" corporativo contenuto in più luoghi del codice stesso. Così F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 5.

²⁰⁴ U. PROSPERETTI, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 105, ancora fiducioso, affermava che “(...) *se sarà attuato l'art. 39 della Costituzione (...) tutte le norme precedenti che si riferiscono ai contratti collettivi, si applicheranno, salvo le modifiche della legge speciale, anche ai nuovi contratti (...)*”

²⁰⁵ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 253. L'autore scriveva nel 1952 nell'attesa dell'attuazione dell'art. 39 della Costituzione, considerando il contratto collettivo *erga omnes* ed inderogabile, una conquista del mondo del lavoro: si noti, ad ordinamento corporativo abrogato, le sue riflessioni sono perfettamente riferibili al contratto collettivo corporativo. Precisa in particolare: “(...) *Il contratto collettivo, infatti, non ha per funzione quella di disciplinare direttamente i rapporti tra i contraenti – le associazioni professionali – né di obbligare questi a contrarre, bensì di fissare clausole aventi ad oggetto le condizioni generali di lavoro e la cui inserzione è obbligatoria o sottintesa (funzione strumentale) per il caso in cui siano stipulati contratti individuali vertenti sulla materia che il dato contratto collettivo è chiamato a regolare (funzione pubblicistica del contratto collettivo) (...)*”

generale dell'istituto – che, pur consapevole degli eventi e dei cambiamenti sopravvenuti, considera tuttavia quella normale da restaurare secondo il dettato della Costituzione. Non solo, se il contratto collettivo è fonte di norme inderogabili, se deve valere per la generalità dei soggetti ai quali è destinato, prestatori e datori di lavoro – la “categoria” dell'art. 39 della Costituzione – la conclusione sulla “funzione pubblicistica” del contratto collettivo appare naturale, oltre che coerente, garantendo, peraltro, il sistema della sostituzione automatica delle clausole difformi, fatte salve quelle migliorative²⁰⁶.

Messineo illustra un sistema che sa che non esiste più da ben nove anni, ma evidentemente, ritenendolo giovevole a ordine e giustizia sociale, e valido per la tutela della parte debole, ne parla come se fosse per essere ripristinato nel modo che i costituenti hanno giudicato il più rispondente alla libertà di organizzazione e all'unità del contratto collettivo, tale che possa valere per l'intera categoria di riferimento.

Ma alla efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi in Italia non si tornò più, almeno con una legge attuativa dell'art. 39 della Costituzione, ma ciò nonostante, l'esigenza di una efficacia generalizzata del contratto collettivo, e della inderogabilità delle sue previsioni fu perseguita con strumenti alternativi che hanno avuto una ricaduta, certo non favorevole, sull'ordinamento in termini di coerenza del sistema, di certezza del diritto e di conflittualità intersindacale; problemi impensabili se l'art. 39 fosse stato

²⁰⁶ Le riflessioni di Messineo e la rilevata funzione pubblicistica del contratto collettivo, richiamano alla mente le affermazioni di tanti giuslavoristi critici nei confronti della rappresentanza sindacale fondata privatisticamente sulla volontà del singolo lavoratore affiliato al sindacato. Si vedano: G. TRIONI, *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in GDLRI, n. 27, 1985, p. 538 dove scrive “(...) il criterio civilistico non è affatto un crocevia obbligato nel sistema sindacale emergente dal diritto costituzionale e più ancora che inadeguato si rivela del tutto inutilizzabile nell'assetto normativo degli anni '80 (...)” e alle pp. 585-586 del medesimo saggio parla addirittura di rappresentanza sindacale come rappresentanza politica e istituzionale in un significato di polarità opposta alla rappresentanza civilistica; G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporto di lavoro*, cit., p. 171 scrive “(...) la dottrina privatistica porta alla deconstituzionalizzazione del contratto collettivo che in questo modo avrebbe fatto un passo avanti (evitando la disciplina del modello costituzionale più rigida) e un passo indietro perché questa sistemazione rimaneva inadeguata al fenomeno da regolare (...)”; R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, V, p. 994, ritiene che il riferimento al contratto e all'art. 1322 cod. civ. è insufficiente a fungere da “porta d'ingresso” al fenomeno sociale nell'ordinamento, perché l'art. 1322 riguarda l'autonomia individuale, mentre il fenomeno collettivo trova rilievo e riconoscimento nella seconda parte dell'art. 39 Cost.. L'illuminato autore riconosce l'inadeguatezza dell'impostazione civilistica e rinvia all'attuazione dell'art. 39 Cost. la soluzione del problema. Fuori dal coro F. SCARPELLI, *Lavoro subordinato e autonomia collettiva*, Milano, 1993, p. 84, il quale è critico nei confronti della ricostruzione civilistica, ma per motivi diametralmente opposti: l'autore ostile alla disciplina dettata dalla seconda parte dell'art. 39, trova erroneo dal punto di vista metodologico il ricorso al codice civile per cercarvi regole, invece di trovare il modello nella libertà sindacale di cui al primo comma dell'art. 39 Cost. La dottrina codicistica cercando una soluzione legale si pone, secondo Scarpelli, sullo stesso piano di quanti rinvergono la soluzione nella seconda parte dell'art. 39 Cost.

attuato, sprechi di energie nell'invenzione di teorie non sempre fondate, per giustificare l'impossibile²⁰⁷.

Si ebbe così una privatizzazione integrale del diritto sindacale, sostenuta fortemente dalla dottrina, la quale vanificò l'unico punto fermo del disegno costituzionale: l'aver compreso che la disciplina del complesso fenomeno sindacale necessitava di un intervento statale²⁰⁸. Ed infatti, la dottrina preoccupata soltanto dei controlli che potevano derivare dall'attuazione dell'art. 39 sui sindacati, non aveva valutato consapevolmente il prezzo che mancanza di controllo sull'organizzazione interna avrebbe importato in termini di affievolimento del sostegno statale allo svolgimento dell'attività sindacale²⁰⁹. Si ripropose, in tale contesto, il mito della dottrina giolittiana di poter impedire l'accettazione da parte dei singoli lavoratori di condizioni di trattamento peggiorative rispetto a quelle del contratto collettivo sulla sola base degli strumenti civilistici.

La giurisprudenza, fin dai primi anni del dopoguerra, risolveva il problema applicando la disciplina dell'art. 2077 cod. civ. anche ai contratti collettivi post corporativi, dimostrando in tal modo di aver compreso la necessità di assicurare un fondamento positivo alla inderogabilità della norma collettiva di diritto comune e di ritenere inutili ed improduttivi gli sforzi della dottrina di risolvere la questione sulla base dei soli strumenti civilistici, anche se l'estensione soggettiva del contratto stesso non corrispondeva con l'intera categoria. In tal modo la giurisprudenza, appiattendosi sulla normativa previgente, non compiva alcuno sforzo per rinvenire nel mutato ordinamento giuridico il referente positivo della inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune e dava per scontato che anche il contratto collettivo post corporativo fosse dotato di efficacia inderogabile e che l'art. 2077 cod. civ. ne fosse la fonte²¹⁰.

²⁰⁷ Si veda ad esempio la teoria del sindacato o dei sindacati facitori di un "ordinamento autonomo e originario" sul quale lo Stato non interferisce, ma si limita a riconoscerlo come riconosce quello degli Stati stranieri, per consentirne l'efficacia o l'operatività sul suo territorio. In tal senso P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1978, ultimo capitolo.

²⁰⁸ G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporto di lavoro*, cit., p. 172.

²⁰⁹ G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporto di lavoro*, cit., p. 173; si vedano anche F. SANTORO PASSARELLI, *Stato e Sindacati*, in *Studi in memoria di A. Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, I, p. 661 ss. e F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra sindacati e lo Stato*, Riv. Dir. Lav., 1956, p. 1 e ss.; P. RESCIGNO, *I sindacati e i partiti nel diritto privato*, in *Ius*, 1956, pp. 1 e ss. quanto al prezzo pagato per l'attuazione dell'art. 39 Cost. si veda M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, cedam, 1980, pp. 35 e ss.

²¹⁰ In tal senso G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporto di lavoro*, cit., p. 198 e ss.. Sottolinea l'autore come né l'astensionismo legislativo, né l'inattuazione dell'art. 39 Cost. erano ragioni sufficienti a giustificare la posizione giurisprudenziale, poiché il silenzio del legislatore poteva essere inteso come mancato riconoscimento di una inderogabilità del contratto collettivo e comunque nell'ordinamento esistevano altre disposizioni – art. 36 Cost., art. 14 legge n. 264/1949, art. 7 legge 741/1959 – che potevano essere quantomeno la conferma testuale della inderogabilità *in peius* del contratto collettivo. Sul punto P. RESCIGNO (*I rapporti economici nella Costituzione, Saggio introduttivo*, Vol II, *Il diritto sindacale*, a cura di M

In tal modo si dava nuova vitalità ad una norma intrisa della disciplina corporativa, non solo per la sua efficacia soggettiva categoriale, ma anche per la fisionomia categorica della inderogabilità omogenea alla inderogabilità delle norme di legge²¹¹.

La dottrina, dal canto suo, in opposizione all'orientamento giurisprudenziale che continuava ad applicare l'art. 2077 cod. civ., cercava di risolvere la questione sulla base degli strumenti privatistici. Così Francesco Santoro Passarelli – nell'attesa dell'attuazione della norma costituzionale – sosteneva che i sindacati, associazioni non riconosciute ricadenti sotto l'apposita normativa del codice civile (titolo II capo II art. 36 e ss.) e dell'art. 18 Cost., potevano esercitare una attività efficace solo per i loro affiliati e dagli stessi ricevevano un mandato irrevocabile a trattare e a contrarre, in considerazione dell'interesse collettivo di cui ciascun sindacato è titolare. Orbene – sosteneva l'Autore – al fine di evitare che tale mandato venga liberamente revocato dagli iscritti, esso deve ritenersi irrevocabile, per cui i contratti di lavoro individuali degli iscritti ai sindacati stipulanti non possono derogare a quel contratto collettivo: il singolo associandosi al sindacato, ha subordinato l'interesse individuale all'interesse della collettività professionale cui partecipa, in vista di un'uguale subordinazione da parte di tutti gli altri consociati²¹².

Dottrina e giurisprudenza si sono trovate, pertanto, nella interpretazione della norma, in una contrapposizione insanabile: la conclusione giurisprudenziale dell'applicabilità dell'art. 2077 cod. civ. ai contratti collettivi di diritto comune non fu mai, in effetti, accettata dalla dottrina, forse più – come osservava acutamente un autore

BUONCRISTIANO, Milano, Giuffrè, 1987, p. VII) osserva che i giudici nella prassi dei primi anni, proprio a sostegno dell'inderogabilità del contratto collettivo, sono costretti ad avvalersi di “(...) *alcune norme di base del diritto sindacale che rimangono iscritte nel codice, a cominciare da quella che dispone la prevalenza e l'automatico inserimento delle clausole del contratto collettivo nel difforme contratto individuale di lavoro (...) la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto ripiegare su operazioni intellettuali o su decisioni di recupero incompatibili col nuovo quadro o di norme sradicate dalle loro matrici (...)*”. Inoltre M. PERSIANI (*Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 1994, p. 74, con riferimento all'art. 2077 cod. civ.) ritiene che l'art. 2077 cod. civ. sia stato dettato solo per i contratti collettivi corporativi e parla di “giurisprudenza in funzione normativa” per quei giudici che continuano ad applicarlo anche ai contratti collettivi di diritto comune.

²¹¹ G. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 200. L'autore evidenzia come lo strumento dell'art. 2077 cod. civ. condivide l'anima propria del sistema corporativo non solo per l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, ma soprattutto per la natura di fonte del diritto nella norma corporativa che in quanto tale mostrava una inderogabilità omogenea alla legge.

²¹² F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, ed V, Jovene, Napoli, 1951, p. 25 ss.; nella ed. XXXV, p. 35 e ss. Si tratta dell'arcinota ricostruzione privatistica, fondata sulla rappresentanza volontaria di diritto civile che dagli anni '70 – successivamente alla legge n. 300/1970 – è entrata in crisi, essendo considerata dalla dottrina giuslavoristica come inadeguata – un vestito troppo stretto – anche in relazione alla notevole espansione del potere sindacale nel nostro Paese e alle delicatissime funzioni acquisite dalle Confederazioni. Ma Santoro Passarelli, secondo G. DE SIMONE (*Il problema della rappresentanza sindacale nel diritto corporativo*, in Arch. Giur., Vol. CXXXI, fasc. I, genn. 1939 e fasc. II apr. 1939, Mod. STM, 1938) e G. D'EUFEFEMIA (*Natura giuridica della rappresentanza sindacale*, in *La giustizia del lavoro*, Dir. Corpor. Bari, 1935) interpretava in senso civilistico persino la rappresentanza legale del sindacato corporativo.

– per le implicazioni che da essa derivavano, che non per l’effettivo contenuto della disposizione²¹³.

È pur vero, che a fronte di posizioni differenti, giurisprudenza e dottrina hanno compiuto entrambe un errore metodologico, fondando le loro teorie su apriorismi di tipo ideologico. Così la giurisprudenza, partendo dall’assunto che la finalità della stipulazione dei contratti collettivi – prescindendo dalla natura giuridica dei soggetti stipulanti – è quella di sottoporre i consociati ad una medesima regolamentazione e di sottrarre la disciplina dei rapporti alla autonomia individuale, individuata la funzione comune tra il contratto collettivo pubblicistico e quello privatistico, ne ha dedotto, come conseguenza, l’applicabilità della norma dell’art. 2077 anche al contratto collettivo di diritto comune. In tal modo, si osserva, non ha giustificato l’inderogabilità del contratto collettivo, ma ha dato tale caratteristica per scontata, seppure, dovendo limitare tale nderogabilità agli iscritti alle associazioni stipulanti²¹⁴.

Dal canto suo, la dottrina, pur rilevando e contestando tale apriorismo, si poneva su una posizione sostanzialmente speculare escludendo di principio l’applicabilità dell’art. 2077 cod. civ. al fine di evitare proprio la equiparazione tra le due tipologie contrattuali: di qui il ricorso alla teoria del mandato irrevocabile e alla teoria associativa, nonché il ricorso alla nuova stesura dell’art. 2113 cod. civ., figlia di quella impostazione che, escludendo recisamente l’applicabilità dell’art. 2077 cod. civ. ai contratti collettivi di diritto comune, sosteneva che nulla vieterebbe che “(...)una norma di attuazione dei principi costituzionali possa integralmente riprodurre la disposizione dell’art. 2077 cod. civ. (...)”²¹⁵.

Tale contrasto venne risolto – almeno così appare – con un intervento disinvolto del legislatore che con la legge n. 533 del 1973, in occasione della riforma del processo

²¹³ Sul contrasto tra dottrina e giurisprudenza L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell’ordinamento giuridico*, in AA. VV. *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1976, p. 32; in merito, invece, alle motivazioni della posizione dottrina G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporto di lavoro*, cit., p. 258.

²¹⁴ G. VARDARO, *ibidem*, l’autore, in merito alla posizione giurisprudenziale, parla di vero e proprio *salto logico* poiché “(...) utilizza quale premessa del procedimento argomentativo, quanto andrebbe, invece, dimostrato: e cioè la riferibilità al contratto collettivo postcorporativo di regole dettate in ragione della particolare natura del contratto corporativo (...)” cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, I, *Diritto sindacale*, Torino Utet, 1999, p. 233; G. GIUGNI, *La funzione giuridica...*, p. 33; sul punto si confronti anche la Cass.16 maggio 1951 n. 1184, in Riv. Giur. Lav., 1951, II, p. 253 che afferma che i contratti collettivi di diritto comune: “(...) hanno la stessa efficacia normativa che avevano i contratti corporativi, giacché la loro portata è essenzialmente quella di sottoporre la pluralità dei soggetti ad una disciplina comune dei rapporti individuali di lavoro, sottraendone la regolamentazione alla disponibilità dei singoli (...)”.

²¹⁵ G. VARDARO, *op. ult. cit.* p. 260; B. BALLETTI, *Contributo alla teoria dell’autonomia sindacale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 361. In verità traspare dalla posizione dottrinale più la preoccupazione che l’atteggiamento “restauratore” della giurisprudenza potesse mortificare le premesse individualistico privatistiche poste dalla dottrina stessa a fondamento del diritto sindacale post corporativo, che la norma stessa fosse tecnicamente inapplicabile. In sostanza, la polemica dottrinale contro l’art. 2077 cod. civ. sembrava strumentale alla polemica contro l’attuazione dell’art. 39 co. 4 Cost.

del lavoro modificò – lasciandone immutato l’originario fondamento – sul testo dell’art. 2113 cod. civ., emendandolo in più parti e sostituendo – per quanto ci interessa in questa sede – l’inciso “o da norme corporative” con “e dei contratti e accordi collettivi”²¹⁶. La svolta legislativa riattribuiva ufficialmente al contratto o all’accordo collettivo la natura di fonti di norme inderogabili: strumento che, nell’inattuazione dell’art. 39 della Costituzione, era destinato comunque a poter esplicare un effetto ridotto rispetto alle sue potenzialità.

In tal modo il legislatore sanciva l’invalidità anche degli atti con i quali il prestatore di lavoro dispone, nei rapporti con il datore, di diritti derivanti da contratti o accordi collettivi: le clausole del contratto collettivo non dichiarate derogabili dalle parti concorrono a determinare la disciplina dei rapporti individuali di lavoro indipendentemente dalla volontà dei contraenti, analogamente alle norme imperative di legge, raggiungendo quell’effetto designato con la formula di “sostituzione automatica” sancito in passato dall’art. 2077 cod. civ.²¹⁷.

3.3 IL CONTRATTO COLLETTIVO DI DIRITTO COMUNE E L’INDEROGABILITÀ: DUBBI INTERPRETATIVI

La modifica dell’art. 2113 cod. civ. sembrerebbe aver risolto in modo definitivo l’annosa questione circa la derogabilità o meno delle disposizioni degli attuali contratti collettivi, anche se permane un orientamento dottrinario che tenderebbe a sminuire la portata dell’intervento legislativo, e a mettere in dubbio la stessa risoluzione della questione²¹⁸.

Prescindendo, infatti, da una interpretazione sostanzialmente grammaticale del primo comma dell’art. 2113 cod. civ. come emendato dalla novella del 1973, si osserva, tuttavia, da qualche commentatore che dalla modifica del testo del primo comma del detto articolo, non può assegnarsi alcuna rilevanza di effettività alla qualificazione

²¹⁶ Di intervento disinvolto del legislatore parla G. VARDARO, *op.ult.cit.* p. 260; come si vedrà nel prosieguo la novella del 1973 intervenne non solo sulla questione che ci occupa in questa sede, ma modificò la norma sia nella sua estensione soggettiva, prevedendo l’applicabilità della stessa a tutti i rapporti di cui all’art. 409 c.p.c., nonché emendando i termini e le modalità dell’impugnazione.

²¹⁷ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 138; l’autore osserva che con l’introduzione di questa norma il dibattito sul problema dell’inderogabilità aveva trovato un indiretto, ma pressoché sicuro elemento di soluzione a cui la stessa giurisprudenza si era da subito adeguata, cfr. Cass. 21 novembre 1977 n. 5084; di “sostituzione automatica” parla L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 15.

²¹⁸ Ritengono ormai definita la questione della inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune, *ex plurimis*: U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e delle transazioni del lavoratore*, in M.G.L., 1973, pp. 497 ss.; F. MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Jovene, Napoli, 1974, p. 206; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 1976, p. 289 e ss.; G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977, p. 139; G. PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, p. 531; D. NAPOLETANO, *Primi orientamenti interpretativi del nuovo processo del lavoro*, Liguori, Napoli, 1973, p. 21 e ss..

legislativa delle norme collettive come “inderogabili” e alla completa equiparazione fra queste ultime e le norme inderogabili di legge: si ritiene cioè che l’inderogabilità della norma collettiva potrebbe avere una rilevanza effettiva solo se si rinvenisse un coordinamento tra l’art. 2113 cod. civ. e la disciplina generale fissata per le norme inderogabili dal codice civile²¹⁹.

Sostiene Vardaro, infatti, che se per la norma di legge il fondamento positivo dell’inderogabilità può essere rinvenuto sia nell’art. 1339 cod. civ., sia negli artt. 1418 e 1419 cod. civ., il medesimo fondamento non può essere previsto per l’inderogabilità della norma collettiva, per la quale si dovrebbe o ricorrere ancora una volta all’art. 2077 cod. civ. pur contestatissimo, ovvero ritenere fondante la modifica apportata all’art. 2113 cod. civ. che in sé sarebbe irrilevante al fine di risolvere l’annoso problema del fondamento positivo dell’inderogabilità *in peius* del contratto collettivo.

In sostanza, secondo questa dottrina e un po’ polemica ma giuridicamente ineccepibile ricostruzione, l’art. 2113 cod. civ. non potrebbe costituire il fondamento diretto ed immediato della inderogabilità, ma se mai – come è stato affermato – costituirebbe la “conferma testuale” di tale carattere delle norme collettive, ma siccome l’unica disposizione utilizzabile come fondamento positivo diretto in tal caso rimarrebbe l’art. 2077 cod. civ., onde la conclusione sarebbe che l’art. 2113 cod. civ. emendato confermerebbe la vigenza dell’art. 2077 cod. civ. nei confronti dei contratti collettivi postcorporativi²²⁰. Così però, conclude Vardaro, si dimostrerebbe che nulla è cambiato rispetto alla situazione previgente alla riforma del 1973, poiché si dà per scontato ciò che deve essere dimostrato²²¹.

La dottrina – a suo avviso – si troverebbe nell’imbarazzo di rinvenire un fondamento positivo che consenta di affermare in maniera sicura l’inderogabilità *in peius* del contratto collettivo di diritto comune che se non è rinvenibile nell’art. 2077 cod. civ.,

²¹⁹ G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporto di lavoro*, cit., p. 296 e ss.; quanto invece alla dottrina fondata sulla interpretazione grammaticale della norma, vedi MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1977, p. 199 e ss.; U. PROSPERETTI, *La nuova normativa sulle rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 497. Tale orientamento si fonda sulla congiunzione “e” che collega il lemma “*disposizioni inderogabili delle leggi*” con “*dei contratti o accordi collettivi*”, dalla quale si dedurrebbe che il legislatore abbia voluto affermare solamente l’inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi che sono poste in attuazione di disposizioni inderogabili della legge. Tale lettura appare però difficilmente condivisibile, sia perché dal tenore letterale non è dato ricavare necessariamente tale conclusione, sia perché l’interpretazione letterale costituisce comunque un approccio parziale all’esegesi di una norma, dovendo la stessa essere analizzata anche alla luce della sua *ratio*. In tal senso, cfr. anche U. RUNGGALDIER, *Osservazioni sull’inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all’art. 2113 c.c.*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1980, p. 290 e ss.

²²⁰ G. VARDARO, *op.ult.cit.*, p. 297; quanto alla espressione “conferma testuale” vedi G. PERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 139.

²²¹ G. VARDARO, *ibidem*; l’autore afferma che tale ragionamento non solo costituisce una inversione logica ma altera le regole più elementari della successione della legge nel tempo

sarebbe comunque da trovare nell'art. 6 della legge n. 533 del 1973, richiamando altre disposizioni di legge come l'art. 39 co. 1 Cost., o gli artt. 1339 e 1374 cod. civ.²²².

Tale impostazione, come è noto, non ha riscontrato il favore della dottrina maggioritaria, la quale, invece, ha accolto di buon grado la novella del 1973, come norma sufficiente allo scopo, e da essa è ripartita per definire i contorni della inderogabilità del contratto collettivo.

Particolarmente critica delle argomentazioni di Vardaro – nonché di quanti hanno sentito la necessità di ricorrere ad altre norme per rinvenire il fondamento positivo della inderogabilità della norma collettiva – è Maria Vittoria Ballestrero, la quale, pur riconoscendo che le tesi del ricorso ora all'art. 1339 cod. civ. ora all'art. 1374 cod. civ. fossero prospettate con argomentazioni eleganti, ritiene, tuttavia, che esse costituiscano un inutile artificio²²³. Ipotizza, invece, che il coordinamento tra gli artt. 2077 e 2113 cod. civ. non presenti “(...) *le insormontabili difficoltà che alcuni hanno visto(...)*”²²⁴.

La sua tesi è che l'art. 2077 cod. civ. non potrebbe essere riferito al contratto collettivo di diritto comune quando manchi altra disposizione, che non fosse lo stesso art. 2077, a sancirne l'inderogabilità, ma non esistono – a suo avviso – motivi ostativi all'applicazione della menzionata norma, in presenza dell'art. 2113 cod. civ. che testualmente ormai accomuna il contratto collettivo di diritto comune alla legge come fonte possibile di norme inderogabili²²⁵.

²²² G. VARDARO, *ibidem*; per quanto riguarda l'art. 39 Cost. si veda U. RUNGALDIER, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 c.c.*, cit., p. 294 e ss. L'autore afferma che l'inderogabilità del contratto collettivo si fonda su un potere autoritativo conferito dalla legge e non sulla volontà degli iscritti ad un sindacato. Nel nostro ordinamento (U. RUNGALDIER, *ibidem*) esso deriva dall'art. 39 co.1 Cost., il quale riconoscendo la libertà di organizzazione sindacale implicitamente riconosce al sindacato un potere proprio e dall'art. 2113 cod. civ. che ha la funzione di norma confermativa. Trattandosi di contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* l'inderogabilità riguarderebbe solo gli affiliati ai sindacati stipulanti. Questa tesi è contestata da Vardaro che obietta che mentre ad es. in Germania un solo articolo garantisce la libertà generica di associazione e quella sindacale, in Italia l'art. 39 riconosce specificamente la libertà organizzativa del sindacato, ma la produzione delle norme collettive sarebbe condizionata all'osservazione di forme e procedure previste nel comma 4 dello stesso art. 39. Quanto al riferimento all'art. 1339 cod. civ., Vardaro ne critica l'utilizzabilità, affermando che non c'è equiparazione tra norma collettiva e norme di legge quanto all'automatica sostituibilità delle tariffe o dei prezzi di cui all'art. 1339 cod. civ. Il contratto collettivo dall'art. 2113 cod. civ. riconosciuto come inderogabile non può sostituire automaticamente nell'art. 1339 cod. civ. le “norme corporative” alle quali in origine si faceva riferimento accanto alle norme di legge imperative. Occorrerebbe una espressa statuizione della legge in tal senso, perché, scrive Vardaro, “(...) *quando la legge ha voluto ha parlato e la legge ha parlato solo nel caso dell'art. 2113 (...)*”. Quanto infine all'art. 1374 cod. civ. esso non potrebbe essere invocato poiché si riferisce alla integrazione degli effetti del contratto, mentre nell'art. 2113 cod. civ. si verte in materia di invalidità dei negozi di disposizione.

²²³ M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, RIDL, 1989, I, p. 389 e ss.

²²⁴ M.V. BALLESTRERO, *op.ult.cit.*, p. 390; dove l'autrice si appoggia all'autorità di E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*. Cacucci, Bari, 1989, p. 335

²²⁵ M.V. BALLESTRERO, *ibidem*.

Lo stesso regime dell'invalidità non suscita per l'autrice particolari dubbi, tali da dover scomodare la norma dell'art. 1419 co. 2: la sostituzione automatica delle clausole – in conformità all'art. 2077 cod. civ. – avviene non in seguito alla radicale nullità, ma all'annullamento del negozio dispositivo, spiegando tale presunta anomalia con il regime proprio dell'inderogabilità delle norme imperative nel diritto del lavoro e dell'indisponibilità dei diritti che ai lavoratori derivano da quelle norme²²⁶.

Si può certamente ancora discutere sul fondamento positivo dell'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune, e sulla sua idoneità a sostituire clausole invalide del contratto individuale, cioè se essa debba essere rinvenuta nella norma dell'art. 2077 cod. civ. che ritornerebbe *in auge* grazie alla intermediazione o al filtro del novellato art. 2113 cod. civ., ovvero se la dottrina debba impegnarsi nella ricerca di un'altra norma – l'art. 1339 cod. civ., meglio che l'art. 1374 cod. civ. – che possa suffragare lo speciale effetto derivante dalla illegittima violazione della norma inderogabile di contratto collettivo. Peraltro, anche se sono apprezzabili i dubbi e le argomentazioni dottamente espressi da Vardaro, essi non possono tuttavia costituire altro che una elegante (e forse un po' polemica e ironica) esercitazione dialettica, che si conclude con l'ammissione più o meno *oborto collo*, della ammissibilità del riferimento all'art. 2077 cod. civ., pur se contestato come appartenente ad altro sistema, esplicitamente o implicitamente ammesso da dottori e magistrati.

Ciò che riemerge, invece, seppure nelle differenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali è l'esigenza irrinunciabile di dotare il contratto collettivo di una efficacia non solo inderogabile, ma anche generale.

Probabilmente la dottrina odierna difficilmente ammetterà che tale risultato era stato raggiunto quando – messe da parte le teorie panprivatistiche si riuscì a creare un sistema sindacale istituzionale e un contratto collettivo con efficacia generale. Questo era pure nello spirito e nelle aspettative dei *patres* costituenti che vollero una Repubblica fondata sul lavoro e un sistema sindacale garantito dalla Costituzione democratica anche nelle sue strutture organizzative: come suol dirsi non si voleva con l'acqua sporca buttar via anche il bambino.

Motivi contingenti e di carattere anche strategico, hanno fatto prevalere la tesi dell'*anomia* in materia sindacale, addirittura come il modo migliore di osservare la Costituzione²²⁷.

²²⁶ M.V. BALLESTRERO, *ibidem*; E. GHERA, *ibidem*.

²²⁷ F. SCARPELLI, *Lavoro subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993, pp. 25-30.

Ma la storia come la natura *non facit saltus* e il problema ciclicamente torna all'attenzione ed è innegabile che la mancata attuazione dei commi 2, 3 e specialmente 4 dell'art. 39 ha dato filo da torcere alla dottrina giussindacale e problemi per strutture ben fondate dello stesso diritto del lavoro. La conflittualità intersindacale, nonostante i tentativi di adozione di criteri selettivi nel ginepraio di sigle in cui si è concretato il pluralismo sindacale – la famosa “maggiore rappresentatività” – ha moltiplicato problemi e difficoltà, fino a sfociare in un referendum popolare.

Per restare nei limiti della attuale trattazione, tuttavia torniamo alla novella del 1973 e alla inderogabilità del contratto collettivo: rimarrebbe aperto solo il problema del fondamento positivo della sanzione speciale della sostituzione automatica delle clausole²²⁸. Ed infatti, ove si ritenga applicabile ancora la norma dell'art. 2077 cod. civ. – e la stessa non tacitamente caduca dalla soppressione dell'ordinamento corporativo – la norma potrebbe costituire con certezza il fondamento positivo del meccanismo di sostituzione, con l'ovvia limitazione della sua efficacia soggettiva²²⁹. Ove diversamente, si dovesse abbracciare il più rigido orientamento che ritiene tale norma un relitto di un ordinamento scomparso e come tale non utilizzabile nei confronti di un contratto collettivo di diritto comune, sarebbe compito dell'interprete cercare di individuare una nuova norma nell'ambito dell'ordinamento sulla quale fondare il meccanismo di sostituzione. E se quanto alla disposizione inderogabile di legge essa potrebbe essere comodamente rinvenuta oltre che nella legge fonte di diritto alla quale il contratto individuale di lavoro deve necessariamente sottostare, anche nell'art. 1339 cod. civ. che prevede l'automatica sostituzione delle clausole contrarie alle norme legge imperative, più complesso ed improbo è l'obbiettivo di rinvenire tale strumento per il contratto collettivo. Ove infatti, non trovino applicazione l'art. 2077 né l'art. 1339 – il quale si riferisce peraltro con un inciso da ritenersi abrogato, alle norme corporative – in effetti il risultato non cambierebbe. Il giudice, infatti, innanzi alla contestazione della irregolarità o illiceità della clausola contrattuale rispetto a quella più favorevole contenuta nel contratto collettivo, dovrebbe disporre, innanzi tutto – su istanza del lavoratore

²²⁸ Interessante è ricordare una riflessione di M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 65; l'autrice sottolinea l'importanza che la novella del 1973 ha avuto in merito alla annosa questione della inderogabilità del contratto collettivo. Infatti, successivamente al pronunciamento della Corte di Cassazione che ritenne di poter estendere l'art. 2077 cod. civ. al contratto collettivo di diritto comune, ovviamente nei limiti soggettivi della sua applicazione, seppur si rinvenne nella norma dell'art. 2113 cod. civ. il fondamento positivo delle inderogabilità della norma collettiva (L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, 1975, p. 186 ss.), rimasero da verificare gli effetti della inderogabilità, ovvero se da essa potesse derivare ancora la sostituzione automatica.

²²⁹ E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p. 232, argomentando sul principio dell'inderogabilità del regolamento contrattuale collettivo, afferma che “(...) sotto questo profilo l'art. 2113 conforta l'interpretazione giurisprudenziale in relazione all'attuale vigenza dell'art. 2077c.c. (...)”. Per maggiori approfondimenti vedi questo capitolo par. 2.

interessato – la dichiarazione di invalidità della clausola del contratto individuale; successivamente, al fine di colmare il vuoto regolamentare che in questo si creerebbe, dovrebbe – in via interpretativa – rinvenire altra diversa norma che possa sostituire la clausola cancellata. Essa potrebbe essere rinvenuta sia nella legge, come fonte diretta, sia nella contrattazione collettiva, alla quale la legge stessa fa riferimento, e quindi in via mediata. In tal modo seppure la sostituzione automatica non dovesse ritenersi ammissibile tramite lo strumento dell'art. 2077, di fatto il risultato conseguito sarebbe lo stesso: con l'unica differenza che il contratto collettivo troverebbe comunque attuazione come fonte mediata e non diretta.

4. IL REGIME DELL'INDEROGABILITÀ DELL'ART. 2113 COD. CIV. E GLI ALTRI RAPPORTI DI CUI ALL'ART. 409 C.P.C.

L'art. 2113 cod. civ. nella sua stesura originaria prendeva in considerazione esclusivamente gli atti dispositivi aventi “*per oggetto diritti del prestatore di lavoro*”, dato testuale che, di concerto alla posizione sistematica della norma, rendeva pacifica l'applicazione della stessa ai soli rapporti di lavoro subordinato in senso tecnico, escludendo tutte le ulteriori tipologie di prestazione di lavoro che esulassero dall'art. 2094 cod. civ.²³⁰.

Con la riforma del 1973, il legislatore intervenne anche sulla sfera soggettiva di applicabilità dell'art. 2113 cod. civ., modificandone sostanzialmente l'ambito di operatività. Ed infatti, l'inserimento nel testo dell'inciso “*di cui all'art. 409 del codice di procedura civile*” ha sostanzialmente esteso la tutela codicistica ad una serie di rapporti di lavoro non necessariamente subordinati, ma per i quali i soggetti contraenti, in caso di lite devono azionare giudizialmente i loro diritti nelle forme dettate per il rito del lavoro, essendo le stesse qualificate come “controversie individuali di lavoro”²³¹.

L'art. 409 cod. proc. civ., richiamato dalla norma in esame, contempla nei suoi cinque numeri oltre ai rapporti di lavoro subordinato intercorrenti con datori di lavoro

²³⁰ Come osserva G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore* cit., p. 15 e ss., “(...) poiché la norma era contenuta nella sezione del libro quinto del codice civile relativa alla disciplina del rapporto di cui all'art. 2094 cod. civ. era pacifico che il disposto era invocabile solo nell'ambito del lavoro subordinato in senso tecnico (...)”. Ribadivano questa impostazione anche alcune sentenze della Suprema Corte, la quale aveva negato qualsiasi portata estensiva della norma sia nei confronti dei rapporti agrari sia per l'agenzia. Si vedano App. Roma, 31 maggio 1955, in *Giur. agr.it.*, 1955, II, p. 364 per le prestazioni accessorie del mezzadro; App. Lecce 6 dicembre 1955, in Corti bari, 1956, p. 267, per la mezzadria e la colonia parziaria; App. Milano 30 marzo 1956, in G. JANNIRUBERTO, *Rinunce e transazioni quietanze a saldo nel diritto del lavoro*, Novara, Pem, 1969 (rassegna giurisprudenziale) capo VI n. 22, per il rapporto di agenzia.

²³¹ S. MAGRINI, *Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, N.mo D.I. , *Appendice*, 1986, p. 848, descrive tale modifica come “(...)l'innovazione forse più rilevante della riforma del 1973 (...)”.

privato (n. 1) o con enti pubblici economici (n. 4) o nel settore pubblico tecnicamente inteso, purché non devoluto alla competenza di altro giudice (n. 5), anche i rapporti agrari (n. 2) – mezzadria, colonia parziaria, compartecipazione agraria, affitto a coltivatore diretto ed altri rapporti agrari non devoluti alla competenza delle sezioni specializzate – nonché ai rapporti di agenzia, rappresentanza commerciale e in genere di “parasubordinazione”, secondo la definizione del n. 3²³².

Tale ampia estensione soggettiva è stata contestata da parte di una dottrina sul presupposto che il richiamo dell’art. 409 c.p.c. non riguarderebbe tutte le fattispecie in esso contenute, bensì solo quelle relative a rapporti di lavoro subordinato. Questa interpretazione, che causerebbe l’esclusione dei numeri 2 e 3 dell’art. 409, e quindi le figure di lavoro autonomo, sarebbe fondata sulla presenza nella norma dell’art. 2113 cod. civ. della locuzione “prestatore di lavoro”, la quale si dovrebbe riferire esclusivamente ai lavoratori subordinati²³³.

Escludono l’attendibilità di tale interpretazione, sia il tenore letterale della norma che rinvia genericamente a tutti i rapporti di cui all’art. 409 c.p.c., nonché agli accordi collettivi, tipica pattuizione collettiva tra categorie professionali, ed infine anche il fatto che l’espressione prestatore di lavoro sia equivalente a quella più generica di lavoratore che compare nella stessa novella del 1973²³⁴.

Nei confronti di tali rapporti di lavoro – associato o autonomo – di cui la categoria più vasta è quella dei rapporti di parasubordinazione, trovano applicazione non solo le norme processuali contenute negli artt. 410 e ss. del codice di rito, bensì anche le norme sostanziali di cui all’art. 2113 cod. civ.²³⁵

L’estensione della applicabilità della norma anche ai rapporti di lavoro non subordinato – pur non essendo immune da dubbi e perplessità – è stata sostenuta in via generale dall’indirizzo dottrinale dominante, e trova nella lettera dell’art. 2113 cod. civ. un supporto testuale invincibile, costituito non solo dal richiamo che l’art. 2113 cod. civ. fa nei confronti della norma processuale, bensì dall’inserimento tra le fonti dei diritti non dismissibili liberamente dal lavoratore accanto alla legge e ai contratti collettivi, anche degli “accordi collettivi”, formula che il legislatore utilizza, sin dai tempi del diritto

²³² G. PERA, *I rapporti soggetti al nuovo rito*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, di L. RIVA SANSEVERINO – MAZZONI, Padova, Cedam, IV, 1975, p. 159; sui rapporti parasubordinati G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro “parasubordinato”*, Milano, Angeli, 1979; M. PEDRAZZOLI, *Opera (prestazioni coordiante e continuative)* in N.D.I., Appendice; M.V. BALLESTRERO, *L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. e dir.*, 1987, p. 41.

²³³ U. PROSPERETTI, *La nuova normativa sulle rinunzie e transazioni del lavoratore*, in MGL, 1973, p. 496

²³⁴ G. FERRARO, *Rinunze e transazioni del lavoratore*, cit., p. 11 che afferma che comunque il legislatore avrebbe fatto bene a prediligere la locuzione “lavoratore”; V. DENTI – G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro. Commento alla legge 11 agosto 1973 n. 533*, Milano, 1974.

²³⁵ S. MAGRINI, *ibidem*.

corporativo per designare le norme collettive relative ai rapporti di lavoro autonomo e in particolare ai rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale²³⁶.

L'estensione della tutela codicistica a rapporti di lavoro rispondenti a schemi diversi rispetto alla classica subordinazione risponde certamente alla valutazione che anche il lavoratore parasubordinato manifesta degli aspetti di debolezza e di sottoprotezione analoghi a quelli del lavoratore subordinato. È pur vero, però, che tra le due tipologie contrattuali sussiste una differenza innegabile: mentre la disciplina del rapporto di lavoro subordinato presenta caratteri di inderogabilità sia nella fonte legale sia nella fonte collettiva, le fonti legislative del lavoro autonomo sono sostanzialmente prive di tale carattere dell'inderogabilità. Peraltro, nella stessa normativa collettiva – come statuisce l'art. 2066 cod. civ. – gli accordi economici collettivi non sono automaticamente inderogabili, potendosi prevedere la loro derogabilità²³⁷.

Sussisterebbe, quindi, un difetto di coordinamento tra l'efficacia della disciplina legale dei diritti del lavoratore parasubordinato e regime giuridico degli atti di disposizione²³⁸.

²³⁶ Osserva G. PERA (*Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 16 e ss.) che, stando al dato testuale, la norma vale anche per i rapporti non propriamente di lavoro subordinato, purché regolati da norme imperative di legge di contratto o di accordo collettivo, ivi compresi, secondo la interpretazione corrente, i rapporti c.d. "parasubordinati". La tesi non è pacifica. Di contrario avviso, infatti, U. PROSPERETTI, (*La nuova normativa sulle rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 496 e ss.) il quale rileva che l'art. 2113 cod. civ. prende sempre in considerazione i diritti del "prestatore di lavoro", il che farebbe pensare alla esclusione di tutti i rapporti non subordinati. Tale tesi è respinta da G. PERA (*op.ult.cit.*, p. 16) il quale rileva che non avrebbe allora senso il richiamo all'art. 409 c.p.c. "(...)se si fosse voluto far riferimento solo ai rapporti di lavoro subordinato non era necessario richiamare la norma processuale (...)". Contrari anche CESSARI, *Forme stragiudiziali di composizione delle controversie di lavoro*, in RIDL, 1974, I, p. 82, il quale rileva – opinione discutibile – che per i rapporti non subordinati non sindacalmente emergenti, sarebbe impraticabile la conciliazione sindacale presso gli uffici del lavoro. Esclude, invece, dal novero dei rapporti rientranti nell'ambito oggettivo della norma dell'art. 2113 cod. civ., i lavoratori autonomi titolari di impresa e i lavoratori discontinui E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2006, p. 231, il quale peraltro sottolinea, in tal senso che non sussiste ai fini della norma una equiparazione totale tra rapporti di lavoro subordinati ed autonomi. Parla, invece di dato testuale "invincibile" S. MAGRINI, *ibidem*. Quando si parla di indirizzo dottrinale dominante, in merito alla estensione dell'art. 2113 cod. civ. al lavoro parasubordinato, si fa riferimento a G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, cit., p. 41 e 175; P. SANDULLI, *In tema di collaborazione autonoma continuativa*, Dir. Lav., 1982, p. 247 e ss.

²³⁷ U. PROSPERETTI, (*La nuova normativa sulle rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 496 e ss.); S. MAGRINI, *ibidem*. È certo che non sussiste nell'ordinamento un principio generale di tutela dei lavoratori autonomi analogo a quello che assiste i lavoratori subordinati. V.M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in Arg. Dir. Lav., 2003, p. 545; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita*, in GDLRI, 1998, p. 605.

²³⁸ Tale difetto di coordinamento viene rilevato da S. MAGRINI, *ibidem*.

CAPITOLO III

GLI ATTI DISPOSITIVI DEL LAVORATORE

1. LA TIPOLOGIA DEGLI ATTI DISPOSITIVI DEL PRESTATORE DI LAVORO: IL CONTENUTO ABDICATIVO

Secondo il dato letterale della norma in commento, gli atti dispositivi del lavoratore oggetto della sanzione dell'invalidità sono i negozi di rinuncia e di transazione. Ed invero, sfogliando un qualsiasi manuale giuridico o una qualsiasi opera o intervento che abbia ad oggetto l'esegesi e l'illustrazione del contenuto dell'art. 2113 cod. civ., si noterà come in ciascuno di essi, dopo aver dato conto del dibattito relativo al fondamento giuridico della norma ed aver tentato – tra un profilo meramente ricostruttivo ed uno illusoriamente innovativo – di dare un contributo alla risoluzione dell'apparente conflitto tra inderogabilità ed indisponibilità, si procede – direi scolasticamente – alla analisi delle due fattispecie che il codice civile elenca quale enucleazione dei negozi dispositivi. Ed anche in questa sede, non si ha intenzione di rinnegare lo schema classico e tradizionale, anche se ciò al solo fine di illustrare la varia casistica delle tipologie negoziali nascosta dietro le forme delle rinunce e delle transazioni, che ricadono nell'applicazione dell'art. 2113 cod. civ.

In verità, però, prima ancora di passare all'analisi delle singole fattispecie è necessario interrogarsi se l'ampia formula dell'art. 2113 cod. civ. legittimi una lettura “funzionalistica” e onnicomprensiva che includa nella nozione qualunque negozio che determini la perdita dei diritti del lavoratore con vantaggio del datore di lavoro, ovvero se, privilegiando il dato letterale, si debba escludere l'applicabilità della norma in parola ai negozi a contenuto dispositivo diverse dalla rinuncia e dalla transazione²³⁹.

In effetti, pur nel disaccordo in dottrina, si privilegia un orientamento che tende ad inquadrare la norma in una visuale più ampia, e a non fermarsi all'apparenza del dato

²³⁹ M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, volume XXIV, *Il lavoro subordinato*, F. CARINCI (a cura di), tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, Giappichelli, Torino, 2007, p. 595 e ss. Per la lettura letterale, M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, p. 375; C. CESTER, voce *Rinunce e transazioni* (dir. Lav.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, p. 987; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, L. RIVA SANSEVERINO e C. MAZZONI (a cura di), Padova, 1971, II, p. 757; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 63; G. GIUGNI, *I limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1958, I, p. 72 e ss., secondo il quale la *ratio* dell'art. 2113 cod. civ. è salvaguardare il lavoratore dagli atti che nella pratica presentano un più alto grado di pericolosità sociale.

letterale per indagare sull'effettivo contenuto degli atti dismissori del lavoratore, in modo da ampliare l'orizzonte dell'applicabilità della norma stessa, poiché "(...) *non conta la forma, il congegno formale, ma la sostanza (...)*"²³⁹. Tale interpretazione, che intende l'espressione normativa non come tassativa, ma meramente esemplificativa appare, peraltro, più aderente alla stessa *ratio* della norma: la sostanza cui guarda l'art. 2113 cod. civ. è l'effetto dispositivo di diritti derivanti da norme inderogabili prodotto dagli atti menzionati nella norma, nell'esigenza di preservare lo spirito garantistico dell'art. 2113 cod. civ., che altrimenti potrebbe essere facilmente eluso attraverso accorte pratiche negoziali ad effetto dispositivo²⁴⁰.

In particolare, Giuseppe Pera, infatti, intitola il capitolo terzo della sua monografia – alla quale più volte si è fatto riferimento nel corso della trattazione – "*I negozi abdicativi*", intendendo, in tal modo, segnalare che a suo avviso la formula usata dal legislatore del 1942 "rinunce e transazioni" non costituisca un limite alla gamma e alla tipologia dei negozi dismissori, ma sia piuttosto unaendiadi tramite la quale esprimere con due parole un unico concetto²⁴¹.

L'autore si mostra sostanzialmente contrario ad una lettura della norma che sia separata ed atomistica. E la sua posizione non pare suggerita da mere esigenze di semplificazione, ma sottesa a tale ricostruzione è l'esigenza pratica di comprendere il significato degli atti che nella pratica del diritto sono sottoposti all'approvazione del lavoratore e che raramente si palesano come pure e semplici rinunzie o transazioni²⁴².

Infatti, la questione di maggior rilievo è proprio la qualificazione e l'interpretazione dei documenti che di consueto vengono sottoposti alla approvazione dei lavoratori e che difficilmente integrano la forma del puro atto di rinuncia o del puro

²³⁹ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 49, afferma che la conseguenza di tale interpretazione è che "(...) *non può accertarsi che ex art. 2113, valgano solo le rinunce e le transazioni in senso proprio (...)*".

²⁴⁰ E. TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., p. 82 e ss. fa riferimento alla compensazione volontaria, la novazione, la *datio in solutum*; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, III, Torino, 1969, p. 1041; G. GHEZZI – U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 334; G. PERA, *ibidem*; A. M. PALMIERI, *Transazione*, p. 203. In giurisprudenza la Cass. 12 luglio 2001 n. 9467, in *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 90, ha riconosciuto l'assoggettamento all'art. 2113 cod. civ. di un legato con il quale erano stati lasciati ad una collaboratrice domestica una somma di denaro e l'usufrutto della casa con l'intendimento di estinguere il persistente debito per retribuzione e tfr.

²⁴¹ G. PERA, *ibidem*.

²⁴² Esordisce il giurista "(...) *gli interpreti spesso si soffermano premettendo considerazioni sui due negozi considerati separatamente, richiamando le due nozioni quali risultano dall'elaborazione plurisecolare del diritto privato; intendendosi stabilire preventivamente cosa si intenda per rinuncia, e per transazione (...)*". Ed in questo senso tutti gli scrittori: dal più risalente U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano 1955, il quale dedica svariati capitoli alla classificazione dei due negozi, sino ad arrivare allo stesso G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Enc. Giur. Treccani*, (voce), 1998; sul negozio di transazione: F. SANTORO PASSARELLI, *La Transazione*, Napoli, Jovene, 1986; F. CARRESI, *La transazione*, Torino, Utet, 1954; quanto alla rinuncia A. BOZZI, *Rinuncia* (voce), in *N.mo D.I.*, Torino, Utet, XV, 1968.

contratto di transazione. Si tratta di documenti che integrano vari contenuti e che nella prassi assumono il nome di “quietanze liberatorie”, che corrispondono normalmente ad una “(...) *abdicazione totale e ben più spesso parziale del lavoratore ai diritti almeno astrattamente rivendicabili* (...)”²⁴³.

Orbene, al fine di azionare il meccanismo dell’art. 2113 cod. civ. – si badi bene – non è certo necessario che il lavoratore abbia sottoscritto un atto che formalmente integri in tutte le sue parti una rinuncia o una transazione: il minimo indispensabile è che nella sottoscrizione del documento e quindi nella manifestazione della volontà il lavoratore abbia quanto meno parzialmente rinunciato a propri diritti rivendicabili²⁴⁴.

La conseguenza non è di poco momento, ed attiene proprio alla estensione oggettiva della norma dell’art. 2113 cod. civ.; se quanto detto è vero, e se ciò che l’interprete deve tenere presente è il contenuto abdicativo dell’atto dismissorio compiuto dal prestatore di lavoro, saranno sottoposte alla sanzione della invalidità dell’art. 2113 cod. civ. oltre che le rinunce e le transazioni propriamente dette, tutte gli atti contenenti una manifestazione di volontà con la quale il lavoratore abbia abdicato – e quindi rinunciato – ad un suo diritto²⁴⁵. Una lettura, quindi non ferma al dato letterale, ma che va – in nome della effettiva tutela del lavoratore – alla sostanza dell’atto dismissivo²⁴⁶.

²⁴³ G. PERA, *op. ult. cit.*, p. 48. Osserva il giurista che proprio alla luce di tale consapevolezza e nel chiaro perseguimento di tale scopo pratico, gli autori sono soliti principiare i loro scritti sul tema dalla elencazione delle tipologie negoziali dismissorie. Ed infatti, la dimostrazione che il documento sottoscritto dal lavoratore – sostanzialmente la detta quietanza liberatoria – non rivesta gli elementi formalmente richiesti per integrare i due negozi codicistici, permetterebbe un facile contrasto della pretesa decadenza dall’impugnazione che deriva solitamente dal datore di lavoro. Da qui le varie asserzioni in merito ai requisiti che i singoli negozi richiedono.

²⁴⁴ In tal senso G. PERA, *op. ult. cit.*, p. 49, ma anche BRUNETTI, *Quietanze, rinunce e transazioni nei rapporti di lavoro*, Roma, 1965, *passim*, il quale afferma che la legge parla di “rinuncia” per coprire qualsivoglia ipotesi di negozio abdicatorio, ritenendo inutile approfondire la differenza intercorrente tra la rinuncia e la transazione.

²⁴⁵ Per una interpretazione restrittiva della norma si veda LUMIA C. e CALOGERO M., *Sulle rinunce e transazioni dei lavoratori*, in RDL, 1983, I, p. 467; U. PROSPERETTI, *Considerazioni della funzione regolatoria della quietanza a saldo*, MGL. 1976, p. 376; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 757; di contrario avviso, cioè favorevole alla interpretazione sostanziale della norma e non alla formalistica, E. TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d’opera*, cit., n. 10; A RIDELLA, *La decadenza ai sensi dell’art. 2113 cod. civ. ...* in MGL, 1948, p. 74; G. GHEZZI e U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 366.

²⁴⁶ G. PERA, *ibidem*. Si precisa che sono pretese deducibili *ex art.* 2113 cod. civ., anche quelle derivati da un rapporto di fatto ai sensi dell’art. 2126, co. 1, cod. civ. In tal senso CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, Utet, 1965/1969, p. 461. Si deve osservare, però, che l’opinione dominante è nel senso che l’invalidità sancita dall’art. 2113 cod. civ. non è elevabile a principio, e di conseguenza solo i negozi di rinuncia e transazione sarebbero sottoposti all’art. 2113 cod. civ. Si veda M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 63; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Jovene, Napoli, 1986, p. 121. Per maggiori approfondimenti sul punto si veda questo capitolo par. 3.1.

2. LA NOZIONE DI RINUNCIA E L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 2113 COD. CIV.

Secondo la sistematica civilistica la rinuncia è quel negozio unilaterale, normalmente non recettizio ed irrevocabile ed a forma libera, con il quale si manifesta la volontà di dismettere con efficacia abdicativa o traslativa una posizione giuridica soggettiva da parte del titolare: essa costituisce la manifestazione principale del potere dispositivo facente parte del diritto soggettivo²⁴⁷.

Ed infatti, la possibilità per il titolare di un diritto soggettivo di rinunziarvi non costituisce mero svolgimento o pura concretizzazione della capacità giuridica o della capacità d'agire – le quali, in verità si atteggiano come semplice presupposto – bensì si presenta come modo di essere delle facoltà formanti il contenuto del diritto soggettivo stesso, o come modo di apparire del potere di disposizione, inteso quale facoltà dispositiva facente parte del contenuto del diritto soggettivo²⁴⁸.

In questi termini il rapporto tra il potere di rinuncia e il diritto soggettivo si pone negli stessi termini in cui ricorre quello tra facoltà o potere di disposizione ed il diritto soggettivo che ne sia il punto di riferimento²⁴⁹.

Tuttavia, va subito precisato che la rinuncia in materia di diritto del lavoro presenta dei caratteri tipici e peculiari che la discostano sostanzialmente dal paradigma civilistico sin qui descritto. Ed infatti, i diritti oggetto dell'atto di disposizione da parte del lavoratore non possono inquadrarsi – per le ragioni lungamente descritte – nell'alternativa tra rinunziabilità ed irrinunziabilità. La differenza che deve essere operata nel diritto del lavoro – e in special modo nella trattazione dei negozi dismissivi rientranti nell'ambito di applicazione della tutela di cui all'art. 2113 cod. civ. – non ha riguardo alla rinunziabilità di un diritto, bensì alla inderogabilità della norma che lo sancisce e alla tipologia di atto che ne dispone: ovvero se si tratti di negozio in deroga o di negozio dispositivo. Inoltre, la rinuncia del lavoratore ha carattere sostanzialmente recettizio e fa riferimento a diritti di cui lo stesso è titolare in ragione del rapporto obbligatorio pregresso; orbene, considerato che il rapporto di lavoro è a prestazioni corrispettive, la rinuncia, pur avendo un'anima dismissoria ed abdicativa, produce, però, un effetto sostanzialmente traslativo, poiché nel momento in cui il titolare del diritto rinuncia allo

²⁴⁷ Definizioni del negozio di rinuncia possono essere rinvenute in tutta la manualistica corrente. *Ex plurimis*: MOSCARINI, *Rinuncia. Diritto civile*. In *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XXVII, 1991, p. 1. Per quanto riguarda la rinuncia come estrinsecazione del diritto soggettivo: S. PUGLIATTI, *Il Trasferimento della situazione soggettiva*, I, Milano, 1984, p. 72, secondo il quale "(...) la facoltà di disporre può considerarsi come il termine estremo della facoltà di godere (...)"; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, p. 214

²⁴⁸ A. BOZZI, *Rinuncia (Diritto pubblico e privato)*, in N.mo D. I. XV Torino, 1968, p. 1140 ss..

²⁴⁹ ANASTASI, *Facoltà (voce)*, in *Encicl. del diritto*, vol. XVI, 1967, p. 212 e ss. In sostanza, appare che il potere di rinuncia è una manifestazione del potere di disposizione, di tipo dismissivo.

stesso, arricchisce automaticamente la sfera giuridica del datore di lavoro, e per questo motivo la rinuncia viene assimilata alla remissione di debito²⁵⁰.

Quanto, inoltre, all'oggetto della rinuncia, affinché il negozio dismissivo sia posto validamente in essere dal lavoratore – secondo l'orientamento prevalente di dottrina e giurisprudenza – occorre che la volontà abdicativa sia effettiva, e cioè che il lavoratore abbia la piena consapevolezza di privarsi della titolarità di diritti specifici “(...) *che siano quindi determinati o, almeno, obiettivamente determinabili* (...)”²⁵¹. La volontà abdicativa del lavoratore, quindi, non deve e non può risultare da una semplice dichiarazione di stile – come avviene nella quietanza a saldo, che difatti non costituisce rinuncia – ma deve necessariamente consistere nella indicazione del titolo del diritto preteso e nella attestazione di ritenerlo comunque soddisfatto e non più suscettibile di richiesta, rimanendo sullo sfondo – peraltro, irrilevante, per il giudice – lo stato psicologico del lavoratore che dismette il proprio diritto²⁵². È quindi l'elemento volitivo che caratterizza la rinuncia come negozio giuridico dismissorio del lavoratore²⁵³.

Sarà quindi il lavoratore, titolare del diritto soggettivo cui la rinuncia si riferisce, l'unico soggetto che potrà a buon diritto compiere il negozio abdicativo, essendo l'unico legittimato a manifestare tale volontà dismissiva; si tratta – si faccia caso – di una legittimazione esclusiva non potendo lo stesso atto compiersi da parte di altri soggetti, ivi compresi i rappresentanti sindacali²⁵⁴. In verità, a differenza del potere di disposizione

²⁵⁰ G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, p. 6; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, V, Torino, 1990, pp. 61 e ss.; ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Enc. Giur. Lav.*, diretta da G. MAZZONI, VII, Padova, 1981, p. 44 e ss.; U. PROSPERETTI, *Le rinunce e transazioni del lavoratore*, Milano, 1955, p. 81 e ss. In particolare: “(...) *La rinuncia è un negozio giuridico di disposizione, estintivo, di carattere risolutorio e abdicativo* (...)”. Secondo l'Autore il negozio di disposizione è quel negozio che produce immediatamente, o meglio direttamente una modificazione su un diritto, nel senso che tale modificazione è l'effetto della fattispecie negozio di disposizione. “(...) *la qualificazione della rinuncia come negozio giuridico esclude che si possa considerare come rinuncia qualunque abbandono di una posizione giuridica, il cui effetto non derivi direttamente dalla volontà di un soggetto* (...)”.

²⁵¹ G. FERRARO, *ibidem*; in giurisprudenza: Cass. 10 giugno 1993, n. 6473, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 1019; Cass. 4 gennaio 1995, n. 77, in *MGL*, 1995, p. 62; Cass. 2 maggio 1976, n. 1941, in *MGL*, 1976, p. 514; Cass. 20 maggio 1976, n. 1819, in *Mass. Giur. It.*, 1976, p. 482).

²⁵² In tale senso: Cass. 13 dicembre 1982, n. 6855, in *FI*, 1982, voce *Lavoro* (rapporto di) n. 2304; Cass. 8 agosto 1979, n. 4608, in *MGL*, 1980, p. 808; Cass. 30 marzo 1978, n. 1475, in *Giur. It. Mass.*, 1978; Cass. 30 maggio 1975 n. 2200 *Giur. It. Mass.*, 1975; Cass. 20 dicembre 1971, n. 2696, in *MGL*, 1971, p. 1329. In particolare Cass. 11 ottobre 1989, n. 4064 in *Or. Giur. Lav.*, 1989, p. 962, pone l'accento sulla necessità di una indagine tesa ad accertare l'effettività della rinuncia, cioè ad individuare l'esistenza dell'*animus rinunciandi* del lavoratore, inteso come “(...) *piena consapevolezza da parte del prestatore di lavoro dei diritti che dovrebbero costituire l'oggetto della rinuncia* (...)”.

²⁵³ G. FERRARO, *ibidem*.

²⁵⁴ La questione della legittimazione attiva al compimento della rinuncia non solleva particolari questioni interpretative. Per quanto concerne la legittimazione di soggetti differenti, di natura collettiva o sindacale vedi *infra* par. 3.2 di questo capitolo). In merito, invece, al tema della capacità del rinunciante a porre in essere un negozio di rinuncia, ferme restando le regole di diritto civile in

propriamente detto, il potere di dismissione – inteso quale potere di disposizione negativo – non può essere esercitato se non dal soggetto titolare del diritto, poiché solo questo può valutare il venir meno dell'interesse al mantenimento del diritto stesso²⁵⁵.

Quanto detto, però, non è sufficiente ad illustrare né il potere del lavoratore di rinunciare ai propri diritti, né l'ambito di applicazione della stessa norma dell'art. 2113 cod. civ. Si tenga presente, infatti – come già altrove sottolineato – che la norma dell'art. 2113 cod. civ. ha, sostanzialmente, una doppia natura: da una parte è norma di divieto, poiché stabilisce le conseguenze sanzionatorie per le rinunzie del lavoratore che hanno ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, ma dall'altra è “norma permissiva” poiché fissa il paradigma per la corretta e valida disposizione dei medesimi diritti. Ed infatti, come si è rilevato, i diritti dei lavoratori ancorché derivanti da norme inderogabili non sono né assolutamente indisponibili, né, tanto meno, assolutamente irrinunciabili: proprio intuitivamente in considerazione dell'impugnativa o della disposizione del 4° comma dell'art. 2113 cod. civ. stesso. E questa è una precisazione fondamentale proprio nell'indagine sul possibile oggetto del negozio di rinuncia.

È necessario, quindi, tracciare i confini dell'ambito di applicazione della norma, ossia specificare a quali diritti il lavoratore può rinunciare liberamente, e quali, invece, sono soggetti al regime restrittivo – e in quali limiti – della norma in commento.

È più che evidente che il criterio selettivo principale è dato proprio dalla fonte del diritto soggettivo, ossia se esso sia sancito da una norma inderogabile. In tal caso, l'atto di rinuncia che ha ad oggetto tale diritto – che sia già acquisito al patrimonio del lavoratore, secondo l'illustrata e criticata teoria della doppia fase – andrà incontro ad invalidità se il negozio dismissivo non sia stato compiuto con le formalità di cui al quarto comma della norma, che, detto in altri termini, significa che per rinunciare validamente ad un diritto sancito da norma inderogabile, il lavoratore dovrà compiere il proprio negozio nella sede sindacale, amministrativa o giudiziale. Così – a mero titolo esemplificativo, considerata l'estensione della applicazione della norma inderogabile in diritto del lavoro – seguiranno tale destino le rinunzie aventi ad oggetto la retribuzione,

materia di capacità giuridica e capacità di agire, nell'ambito del diritto del lavoro, è necessario sottolineare come il minore degli anni diciotto che può però prestare una attività lavorativa può liberamente e validamente compiere – quanto alla legittimazione – atti di disposizione abdicativi dei propri diritti. G. FERRARO, *ibidem*. Per una approfondita trattazione del tema della capacità di rinunciare del prestatore di lavoro si veda U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 84 e ss. Si veda anche il capitolo 4 par. 1 in merito alla legittimazione all'esercizio dell'impugnazione: infatti, per quanto unico legittimato a compierlo, quell'atto, se dismissivo di diritto derivante da norma inderogabile, è invalido e lo stesso lavoratore è l'unico legittimato ad esercitare l'impugnativa nei termini di decadenza.

²⁵⁵ A. BOZZI, *Rinuncia*, cit., p. 1141; di contrario avviso PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, Nuova Riv. Dir. Comm., 1947/1948, I, 1, p. 34, il quale sostiene l'ammissibilità di un negozio posto in essere dal rappresentante.

le indennità sostitutive delle ferie, le maggiorazioni dovute a straordinario o al lavoro notturno o festivo e così via²⁵⁶.

Validi sono quindi gli atti dispositivi di diritti che trovano fonte in clausole del contratto individuale di lavoro contenenti trattamenti economici o normativi di migliore favore rispetto ai minimi legali o contrattuali collettivi²⁵⁷. Come, altrettanto valida è la clausola di autonomia individuale con la quale le parti concordino una futura riduzione o assorbimento del superminimo concesso *ad personam* ulteriore rispetto ai minimi inderogabili, trattandosi anche in questo caso di una fattispecie non regolata dall'art. 2113 cod. civ.²⁵⁸

La rinuncia di cui all'art. 2113 cod. civ., quindi, deve avere ad oggetto sempre un diritto del lavoratore già acquisito nel suo patrimonio e del quale lo stesso è titolare. Non rientrano, quindi, nella tutela dell'art. 2113 cod. civ. né la rinuncia al diritto futuro – della quale si dirà ampiamente nel prosieguo – che si pone come negozio in deroga, e non come atto dispositivo né la rinuncia ad una azione giudiziaria o ad altri elementi che contraddistinguono il rapporto, ma che non costituiscono diritti in senso proprio.

Non mancano, in effetti, questioni e problemi interpretativi di un certo interesse. Consueto, in giurisprudenza, è il caso della “rinuncia alla qualifica”: la qualifica non è un diritto in sé, rinunciabile da parte del lavoratore, bensì rappresenta la manifestazione del regolamento contrattuale: un patto modificativo della stessa equivarrebbe ad una modifica del regolamento contrattuale. Dalla modifica della qualifica deriva la variazione della retribuzione, dell'entità delle ferie, del trattamento di fine rapporto e così via. Il mutamento della qualifica, in sostanza, si risolve in un patto in deroga al contratto che lega entrambe le parti, che ove contrasti con norme imperative sarà non semplicemente

²⁵⁶ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 233. In verità, il lavoratore potrà rinunciare liberamente a quei diritti o quei crediti che gli sono riconosciuti in misura superiore al minimo indicato dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Si pensi ad esempio al superminimo individuale: questo elemento retributivo potrà essere oggetto di libera disposizione tra le parti sempre che non si intacchi il minimo tabellare fissato dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Nella predetta ipotesi le potranno accordarsi – senza ricorrere alle sedi protette – per compiere negozi di disposizione aventi ad oggetto tale diritto e tale negozio non sarà impugnabile. Non saranno invece consentite le modifiche unilaterali del datore di lavoro a quel medesimo patto, potendo una modificazione della pattuizione passare esclusivamente dalla via dell'accordo.

²⁵⁷ M. NOVELLA, *Le Rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 610; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 22; L. A. COSATTINI, *Rinunce..cit.*, p. 626; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 606; in giurisprudenza, in tema di rinuncia al superminimo individuale, Trib. Milano, 10 dicembre 1997, in *Orient. Giur. Lav.*, 1997, I, p. 1203; Cass. 9 febbraio 1982, n. 794, in *RIDL*, 1982, II, p. 725.

²⁵⁸ Si ritiene, in effetti, che nell'area della c.d. disponibilità non avrebbe rilievo neppure la differenza tra atti volti a disporre di diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore e atti che disciplinano per il futuro il rapporto, sempre che non si pensi che il diritto futuro non possa in ogni caso essere oggetto di rinuncia. Ciò dimostrerebbe – come è stato acutamente osservato – che la “(...)teorica spesso addotta a giustificazione del 2113, quella del ritenuto vizio del consenso del lavoratore, non coglie del tutto (...)” G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 23.

invalido *ex art.* 2113 cod. civ., bensì radicalmente nullo ai sensi dell'art. 1418 co. 1 cod. civ.²⁵⁹.

Rinunciabili sono, invece, i diritti derivanti dal mutamento della qualifica, come per la maggiore retribuzione, purché – si badi bene – ricorra un atto dispositivo: il lavoratore viene adibito a mansioni superiori, svolge la propria attività e successivamente viene invitato a rinunciare ad una parte della maggiorazione economica derivante dalla qualifica superiore; in tale ipotesi si verifica un vero e proprio atto dispositivo avente ad oggetto un diritto derivante da norma inderogabile. Siamo certamente nel paradigma dell'art. 2113 cod. civ.

Diverso è il caso in cui il datore di lavoro all'atto della adibizione del lavoratore ad una mansione superiore, concluda con lo stesso un patto con il quale gli venga riconosciuta la mansione superiore, ma non la maggiorazione della retribuzione; tale pattuizione violerebbe chiaramente la previsione inderogabile dell'art. 2103 cod. civ., il quale prescrive che dalla adibizione a più elevata mansione, derivi la maggiore retribuzione. Tale patto, in effetti, non andrebbe ad incidere sul diritto del lavoratore – che in effetti non si è ancora concretizzato nel patrimonio dello stesso – bensì sullo stesso regolamento contrattuale: si configura, così, non una rinuncia del lavoratore sottoposta al regime di invalidità di cui all'art. 2113 cod. civ., bensì un vero e proprio patto derogativo del regolamento contrattuale che è colpito dall'art. 1418 cod. civ., con la conseguenza che i diritti nascenti dal trattamento corrispondente alla mansione restano in capo al lavoratore fino a quando non si sia compiuto il ciclo della prescrizione che – dopo la Corte Costituzionale n. 63 del 1966 – decorre, con esclusione dei rapporti stabili e resistenti, dopo la cessazione del rapporto²⁶⁰.

Sono altresì validi – almeno in linea di principio – i patti intercorsi tra le parti con i quali si concorda la sospensione del rapporto, poiché da essi non deriva la rinuncia a diritti di futura acquisizione, bensì la perdita del corrispettivo che dipende dalla mancata esecuzione della prestazione²⁶¹.

Per quanto concerne, invece, il problema della rinuncia ad impugnare il licenziamento, e comunque gli atti di rinuncia aventi ad oggetto la cessazione del rapporto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che essa non è correlabile alla

²⁵⁹ G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 8.

²⁶⁰ G. GIUGNI, *ibidem*.

²⁶¹ In tal senso, Cass. 19 maggio 2003, n. 7843, in RIDL, II, p. 94; con riferimento agli accordi per la riduzione della prestazione, Cass. 14 ottobre 1993, n. 10129, in MGL, 1994, n. 321; Cass. 13 ottobre 1992, n. 1154, in MGL, 1992, p. 621; Cass., 25 marzo 1992, n. 3695, in RGL, 1992, II, p. 671. Diverso è il caso in cui l'accordo tra datore di lavoro e lavoratore subordinasse la sospensione alla volontà del datore, per il quale vi sarebbe nullità per indeterminatezza dell'oggetto: Cass. 10 maggio 1995, n. 5090, in RIDL, 1996, II, p. 387.

speciale impugnativa prevista dall'art. 2113 cod. civ., poiché – si afferma – il potere generale del lavoratore di dimettersi o di risolvere consensualmente il contratto di lavoro costituirebbe una vera e proprio diritto potestativo del lavoratore²⁶². Peraltro, considerato che il legislatore ha previsto una specifica disciplina per l'impugnativa del licenziamento, l'accettazione dello stesso sarebbe atto pienamente valido ed idoneo a rendere inoppugnabile l'intimato recesso, soprattutto ove accompagnato dal riconoscimento e dalla riscossione di una somma di denaro ulteriore rispetto alle normali indennità di fine rapporto²⁶³.

Si deve dare atto, comunque, di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale sarebbero invalide e perciò assoggettabili all'impugnativa prevista dall'art. 2113 cod. civ. le rinunce all'impugnazione dei licenziamenti comminati in violazione delle regole della legge n. 604/1966²⁶⁴. Tale opinione si è sviluppata nel corso della evoluzione della legislazione sociale, durante la quale, la tutela del posto di lavoro, che si è concretata nella riduzione dell'area della libera recedibilità e nella previsione di una dettagliata disciplina per l'intimazione e la giustificazione del licenziamento, si sono creati veri e propri diritti soggettivi, ritenuti inderogabili, relativi alla conservazione del posto di lavoro. Si è sostenuto che anche tali diritti ricadessero nell'area dell'art. 2113 cod. civ., poiché il sistema di difesa di quest'ultima norma è stato ritenuto

²⁶² P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 380; in giurisprudenza Cass. 24 marzo 2004, n. 5940; Cass. 28 marzo 2003, n. 4780; Cass. 20 gennaio 1999, n. 509; Cass. 20 novembre 1997, n. 11581.

²⁶³ In tal senso G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 7; in giurisprudenza Cass. 21 giugno 1980, n. 3920, MGL, 1980, p. 648; Cass. 4 maggio 1981, n. 2721, in *Orient. Giur. Lav.*, 1982, p. 213; Cass. 30 ottobre 1981, n. 5734, in MGL, 1982, p. 394. Non rientrano neppure nella tutela dell'art. 2113 cod. civ., né il diritto dalla conservazione del posto di lavoro vedi Cass. 8 gennaio 1980, n. 150 in MGL, 1980, p. 218, Pret. Castel Franco Veneto, 23 gennaio 1982, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 1072; Cass. 4 maggio 1981, n. 2721, in *Orient. Giur. Lav.*, 1982, p. 213. Dalle ipotesi qui formulate si differenziano i casi in cui sia possibile dedurre da comportamenti concludenti del lavoratore la volacertontà di non impugnare il licenziamento; sul punto si veda il successivo paragrafo dedicato proprio alle condotte tacite, concludenti ed acquiescenti del lavoratore e alla possibilità di dedurre dalle stesse volontà negoziali o abdicative del lavoratore.

²⁶⁴ G. IANNIRUBERTO, *Rinunze, transazioni e quietanze a saldo*, cit., p. 707. Si tratta, in verità, di un orientamento nato sotto la vigenza della formula ante novella dell'art. 2113 cod. civ.; la giurisprudenza (App. Milano, 21 settembre 1971, in *Orient. Giur. Lav.*, 1971, p.999) afferma che ove il lavoratore abbia rinunciato a diritto di impugnare il licenziamento "(...) *se intende far dichiarare l'invalidità della predetta rinuncia ad impugnare quindi il licenziamento stesso, deve proporre domanda giudiziale nei tre mesi dalla rinuncia, ex art. 2113 cod. civ., o nei sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione del licenziamento ex art. 6 legge n. 604/1966, in quanto l'impugnazione delle rinunce aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge, può essere proposta esclusivamente mediante atto giudiziale (...)*". Tale orientamento, in verità lascia perplessi; nella vigenza della vecchia formula dell'art. 2113 cod. civ., il lavoratore sottoscriveva una rinuncia all'impugnazione del licenziamento, avrebbe dovuto certamente impugnare il licenziamento nei sessanta giorni stabiliti anche con atto stragiudiziale, ma avrebbe dovuto impugnare giudizialmente anche la rinuncia effettuata, non essendo sufficiente, ai tempi, la semplice impugnazione stragiudiziale. Prudenza avrebbe voluto che il lavoratore effettuasse entrambi gli adempimenti, soprattutto ove lo sfasamento dei tempi – rinuncia intervenuta quasi allo scadere dei termini per l'impugnazione del recesso – avrebbe potuto far temere una stabilizzazione dell'atto interruttivo del rapporto.

sostanzialmente fungibile – quanto meno sotto il profilo procedurale – con l’impugnativa del licenziamento previsto dall’art. 6 della legge n. 604/1966. In questo senso l’azione di impugnazione di licenziamento dovrebbe essere rinunciata *ex art.* 2113 cod. civ., pena la possibile contestazione della stessa nel termine di decadenza previsto.

Ove si ammettesse tale soluzione – che sin da subito si ritiene di non poter condividere – resterebbe, certo, in dubbio quali potrebbero essere gli effetti derivanti dalla impugnazione del negozio di rinuncia avente ad oggetto la medesima azione: il problema è di non poco momento e non può certo essere esaurito in questa sede rischiando di finire fuori tema.

Orbene se è certo che il lavoratore impugnando la rinuncia che ha ad oggetto l’azione di impugnazione al licenziamento illegittimo, contesta la validità del licenziamento stesso, si pone tuttavia il problema se tale contestazione sia tempestiva qualora giunga successivamente alla scadenza dei sessanta giorni riconosciuti dall’art. 6 della legge n. 604/1966 per impugnare il licenziamento. Considerato che, successivamente alla riforma del 1973, le due norme – art. 2113 cod. civ. e art. 6 legge n. 604/1966 – si avvalgono degli stessi strumenti procedurali, con l’unica eccezione del termine di decadenza, potrebbe accadere che il lavoratore impugni la rinuncia tempestivamente ai sensi dell’art. 2113 cod. civ., ma nel frattempo il licenziamento potrebbe essere divenuto inopponibile, per decorrenza dei termini di impugnazione. Di conseguenza, l’impugnazione in termini della rinuncia all’azione contro il licenziamento o provoca una rimessione in termini dell’azione contro il recesso stesso – cosa ad avviso dello scrivente difficilmente ammissibile – ovvero l’impugnazione della rinuncia oltre il termine dei sessanta giorni dall’intimazione del licenziamento – ma entro i sei mesi previsti dalla norma dell’art. 2113 cod. civ. – è posta inutilmente, non potendo sortire alcun effetto pratico²⁶⁵.

Alla luce di tali e tanti dubbi, non appare condivisibile l’orientamento giurisprudenziale che vorrebbe un’interpretazione estensiva dell’art. 2113 cod. civ. tale da farvi rientrare anche l’azione per l’impugnazione del licenziamento, che non avrebbe altro effetto se non quello di far aumentare le incertezze interpretative ed applicative

²⁶⁵ Si consideri che le conseguenze sono ben più complicate. Innanzi a tale gravame il giudice non potrà limitarsi a verificare la legittimità del recesso del datore di lavoro, ma dovrà prima verificare la regolarità della rinuncia, rimanendo l’impugnazione del licenziamento *sub iudice* sino allo scioglimento di questo primo nodo. Si potrebbe addirittura pensare che successivamente alla rinuncia all’azione, il lavoratore impugni il licenziamento, in tal modo facendo venir meno lo stesso negozio di rinuncia. Sempre che non si voglia opinare che dopo la rinuncia all’impugnazione, questa possa farsi venir meno solo con l’impugnazione della rinuncia stessa. Sul punto G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, cit., p. 708, ritiene che la novella del 1973 “(...) finirà col rendere credibile la previsione del consolidarsi di questo orientamento, assoggettandosi alla norma dell’art. 2113 novellato anche quei diritti che ne rimanevano estranei (...)”.

della norma, esponendo, peraltro, il lavoratore al rischio della inoppugnabilità del licenziamento a fronte di una rinuncia che seppure invalida *ex art. 2113 cod. civ.*, venga impugnata solo quando il termine di opposizione al recesso sia già spirato.

Non sono quindi contestabili *ex art. 2113 cod. civ.* la rinuncia del lavoratore ad impugnare il licenziamento, la risoluzione consensuale del rapporto o la rinuncia agli effetti della sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro: ciò non vuol dire che le parti possono sottrarsi convenzionalmente all'applicazione delle norme inderogabili nella disciplina dei licenziamenti, ma che possono disporre del diritto derivante da tal normativa: il lavoratore non può rinunciare a che il licenziamento avvenga nelle forme previste dalla legge, bensì può abdicare dal proprio diritto di contestarne il fondamento e di accertare l'illegittimità del recesso²⁶⁶.

Sono altresì esclusi – almeno in linea teorica – dall'ambito di applicazione della norma dell'art. 2113 cod. civ., i negozi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, il quale – come è noto – oltre che per volontà unilaterale di una delle parti può estinguersi ai sensi dell'art. 1372 co. 1 cod. civ., per mutuo consenso, senza che tale atto rivesta alcun requisito formale, potendo l'accordo risolutivo essere raggiunto anche oralmente o per fatti concludenti²⁶⁷.

Il negozio di risoluzione consensuale non costituisce in effetti un atto di disposizione impugnabile ai sensi dell'art. 2113 cod., poiché il lavoratore e il datore di lavoro, nella considerazione dei reciproci interessi, possono, liberamente e in accordo, fissare tempi, modalità ed effetti della estinzione del rapporto di lavoro²⁶⁸. Ciò purché tale accordo non sia inserito come elemento essenziale nell'ambito di un più ampio accordo transattivo. Ed infatti, come risulta dalla pratica del diritto, alla cessazione del rapporto di lavoro, le parti contraenti, pur prestando reciproco consenso allo

²⁶⁶ Sulla rinunciabilità all'impugnativa del recesso del datore di lavoro si vedano P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 606; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 26; dubita C. CESTER, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 997, che ritiene discutibile la motivazione. Quanto alla sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro, Cass. 26 maggio 2005, n. 11091, in Riv. Crit. Dir. lav. 2005, p. 890. È ovvio che si debba distinguere, però, la rinuncia all'impugnazione del licenziamento già intimato, dalla rinuncia preventiva ad impugnare un licenziamento, prima che l'atto di recesso sia intimato: in questo secondo caso si tratterebbe di violazione di norma inderogabile. M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 612; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, pp. 997/998.

²⁶⁷ In tal senso si veda in giurisprudenza: Cass. 1 febbraio 1989, n. 617, LPO, 1990, p. 93; Cass. 28 novembre 1992, n. 12745, in DPL, 1993, p. 315; Cass. 14 maggio 1996, n. 4471, in MGL, 1996, suppl., p. 53; Cass. 15 novembre 2001, n. 14217, MGL, 2002, p. 183. In effetti il tema della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro non solo esorbita rispetto al tema della disponibilità dei diritti del prestatore, ma coinvolge questioni e temi ben più complessi e che meritano certamente una trattazione monografica che in questa sede non può essere ovviamente affrontata.

²⁶⁸ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 179; S. MAINARDI, *Dimissioni e risoluzione consensuale in Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, cit., p. 78;

scioglimento del vincolo contrattuale, possono inserire nel medesimo documento pattuizioni o clausole dal contenuto dismissorio.

Orbene, è possibile quindi distinguere due diverse ipotesi di accordo di risoluzione del rapporto di lavoro: una, nella quale le parti si limitano ad esprimere il loro *contrarius consensus* alla prosecuzione del rapporto di lavoro, che non sarà certamente soggetta alla disciplina vincolistica dell'art. 2113 cod. civ., non contenendo pattuizioni aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili; l'altra, nella quale, invece, i contraenti inseriscono l'accordo risolutivo in un più ampio documento contenente la regolamentazione dei rispettivi diritti ed obblighi derivanti dal rapporto stesso. In quest'ultimo caso, appare evidente che troverà applicazione la norma dell'art. 2113 cod. civ., anche se a tal fine devono essere accertati i rapporti intercorrenti tra la volontà risolutiva e le eventuali pattuizioni dismissive del lavoratore.

Ed infatti, nell'ipotesi in cui le dimissioni del lavoratore subordinato e comunque la risoluzione consensuale del rapporto siano poste in essere nell'ambito di un contesto negoziale complesso, il cui contenuto investa anche altri diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dell'autonomia collettiva, il precetto posto dall'art. 2113 cod. civ. trova applicazione in relazione all'intero contenuto dell'atto soltanto se la clausola relativa alle dimissioni o alla risoluzione sia strettamente connessa alle altre, e non già se risulti distinta ed autonoma²⁶⁹. In tale ipotesi, il negozio di risoluzione sarà soggetto integralmente all'eventuale impugnazione che il lavoratore dovesse compiere entro il termine di decadenza di sei mesi con decorrenza dalla data di cessazione del rapporto di lavoro o da quella del compimento dell'atto se successivo alla fine del rapporto stesso, come previsto dall'art. 2113 co. 3, cod. civ., ed il gravame coinvolgerà l'intero contenuto dell'atto. Diversamente, qualora non sussista tale connessione l'accordo di risoluzione del rapporto di lavoro potrebbe essere impugnato con esclusivo riguardo alle eventuali pattuizioni transattive o abdicative in esso contenute, fuori da questa ipotesi rimanendo definitiva ed imm modificabile la volontà delle parti liberamente espressa per la risoluzione del contratto di lavoro²⁷⁰.

²⁶⁹ In tal senso Cass. Sez. Lav., 20 novembre 1997, n. 11581. Si veda anche A. VALLEBONA, *Istituzione di diritto del lavoro*, Vol. II, *Il Rapporto di lavoro*, Cedam Padova, 2002, p. 457.

²⁷⁰ In effetti il tema della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro non solo esorbita sostanzialmente dal tema della disponibilità dei diritti del prestatore, ma coinvolge questioni e temi ben più complessi. Si vuole solo accennare – ma la questione necessita ovviamente di una trattazione separata – che il mutuo consenso potrebbe divenire nient'altro che uno strumento per aggirare e i limiti legali imposti dalla disciplina vincolistica in tema di estinzione del rapporto, configurandosi come un negozio in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) e come tale nullo. Si veda, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 179. Di contrario avviso, A. VALLEBONA, *Istituzione di diritto del lavoro*, cit., p. 456, il quale ritiene che la configurazione del negozio di risoluzione del rapporto di lavoro come negozio fraudolento sia assai ardua, poiché l'estinzione del rapporto di lavoro è un risultato in sé legittimo,

La verifica che dovrà essere compiuta dall'interprete sarà, quindi, rivolta a rinvenire nel negozio di risoluzione del rapporto di lavoro una volontà dismissiva o abdicativa del lavoratore: solo da questa, infatti, potrebbe derivare l'applicazione dell'art. 2113 cod. civ. Tale ricostruzione conferma che la *ratio* della norma citata non è quella di sancire l'invalidità dei soli negozi di rinuncia e di transazione del lavoratore – come parte della dottrina sostiene – bensì di impedire la dismissione dei diritti derivanti da norme inderogabili, indipendentemente dal tipo negoziale con il quale tale dismissione viene compiuta.

2.1 RINUNCIA TACITA, INERZIA, TOLLERANZA E ACQUIESCENZA

È vecchio insegnamento che la rinuncia debba rivestire la medesima forma del rapporto nel quale opera²⁷¹. Ed in effetti, conferma, almeno parzialmente, tale regola sia l'art. 1350 cod. civ., che al n. 5 statuisce la forma scritta *ad substantiam* solo per determinate e specifiche rinunce, relative a determinati diritti individuati dalla norma, sia la stessa norma dell'art. 2113 cod. civ., dalla quale – non prevedendo alcun requisito di forma per il compimento del negozio di rinuncia – si evince chiaramente che la rinuncia è un atto a forma libera²⁷².

Orbene, la mancata previsione da parte del legislatore di un requisito di forma per il compimento del negozio di rinuncia ha posto il problema se il lavoratore possa rinunciare tacitamente o per fatti concludenti ad un proprio diritto, ovvero se sia sempre

mentre gli eventuali vizi della volontà del lavoratore possono essere fatti valere secondo le regole del diritto comune. Ciò nonostante, la giurisprudenza valuta con rigore la manifestazione della volontà delle parti, ritenendo insufficienti i comportamenti concludenti o acquiescenti del lavoratore. Si vedano: Cass. 11 dicembre 2001, n. 15628 e Cass. 17 dicembre 2004, n. 23554, le quali ritengono che sia necessario accertare una “(...) chiara e certa volontà (...)” delle parti di porre fine al rapporto.

²⁷¹ U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 152 e ss.

²⁷² La norma dell'art. 1350 n. 5 cod. civ., stabilisce che devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata a pena di nullità “(...) gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti (...)”, e cioè in sostanza la rinuncia ai diritti di proprietà, usufrutto, superficie, enfiteusi, comunione, servitù prediali, uso e abitazione. Nel diritto del lavoro non esiste una specifica norma generale che prescrive un requisito di forma: lo stesso art. 2113 cod. civ., nulla dice in merito ai requisiti formali del negozio abdicativo. Si osserva sul punto (G. FERRARO, *ibidem*) che viene fatta salva la forma scritta per il compimento di atti a cui la rinuncia si riferisce; e così sarebbe per la rinuncia ai diritti derivanti da un contratto di lavoro a tempo determinato, la rinuncia alla maggiorazione del lavoro straordinario etc. Si veda in senso contrario Cass. 15 aprile 1981, n. 2276, in RGL, 1981, II, p. 577. Sul punto non vi è accordo, poiché il principio di corrispondenza tra la forma della rinuncia e la forma stabilita per l'atto di costituzione del diritto oggetto della stessa, rischierebbe di trasformare la rinuncia in un atto formale, quando la previsione di tale requisito per il negozio abdicativo costituisce, in verità, una eccezione, A. BOZZI, *Rinuncia*, cit., p. 1150. il medesimo problema non si è posto per la transazione, attesa la espressa e chiara previsione dell'art. 1967 cod. civ.

necessario un atto espresso, dal quale risulti chiaramente la manifestazione della volontà abdicativa da parte del lavoratore²⁷³.

E se in passato – specie in quello meno recente – la giurisprudenza, con un atteggiamento tutt'altro che univoco ed ispirato ad una certa elasticità – ha ammesso con disinvolture che la rinuncia possa avvenire anche tacitamente attraverso un comportamento positivo o negativo assolutamente incompatibile con la volontà di avvalersi del diritto e tale da rilevare in modo chiaro ed univoco il preciso proposito di non conservare il diritto stesso, la gran parte della dottrina, all'opposto, si è sempre espressa in merito con enorme titubanza ed ha affrontato la questione con estremo disagio²⁷⁴.

Si faceva rilevare, infatti, che a fronte della ammissibilità teorica della rinuncia tacita o per *facta concludentia*, la posizione di debolezza economica e contrattuale del lavoratore nel rapporto di lavoro, può dar luogo con estrema frequenza ad atti o fatti di astensione, di inerzia, di tolleranza ai quali potrebbe ricollegarsi impropriamente una volontà abdicativa ovvero che potrebbero essere ritenuti come una tacita accettazione di condizioni unilateralmente imposte dal datore di lavoro²⁷⁵. Molte cause possono indurre il lavoratore al silenzio, alla non pronta rivendicazione dei suoi diritti, senza che questo suo comportamento attesti, per massima di esperienza sociale, una volontà abdicativa ai diritti²⁷⁶.

La difficoltà tecnica di rilevare il significato delle condotte del lavoratore, nonché una diffusa diffidenza per l'ammissibilità di una rinuncia tacita nel rapporto di lavoro, si

²⁷³ Oltre alla mancanza di una espressa previsione formalistica per il compimento del negozio di rinuncia, farebbe propendere per una interpretazione favorevole anche alla rinuncia tacita, l'art. 2937 cod. civ., il quale all'ultimo comma stabilisce “(...)la rinuncia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione (...)”. Tale ricostruzione spingerebbe per l'ammissibilità della rinuncia tacita, MASSART, *Le impugnative...*, cit., p. cit. n. 3, il quale ammette comunque che non può aver corso la rinuncia meramente presunta. Acutamente U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 153 e ss. fa osservare che il problema della rinuncia tacita riguarda “(...) più esattamente non la forma della rinuncia, ma la manifestazione di volontà (...)” tale che si ha rinuncia tacita “(...)soltanto quando esiste un comportamento che possa costituire una dichiarazione tacita di volontà (...)”.

²⁷⁴ Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza: Cass. 24 novembre 1971, n. 3412, in FI, 1972, I, p. 2200; Cass. 6 aprile 1970 n. 934, in FI, 1970, I, p. 1594. In dottrina ha espresso notevole diffidenza nei confronti dell'ammissibilità della rinuncia tacita, G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica del rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 390, nonché G. GIUGNI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 7.

²⁷⁵ G. FERRARO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 6; l'autore rileva che il silenzio non può essere valutato in materia di lavoro subordinato col medesimo metro che vale ad attribuirgli gli stessi effetti del comportamento adesivo negli altri contratti, proprio a causa dello stato di soggezione economica del lavoratore; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto delle Disc. Priv. Sez. Comm.* Vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 6, la quale sottolinea che la rinuncia tacita è teoricamente ammissibile, anche se va “(...) ammesso che il principio può trovare solo limitatissima applicazione nel campo del diritto del lavoro, a causa delle ben note cautele con cui il contegno omissivo, e più in generale, non dichiarativo del lavoratore deve essere apprezzato (...)”.

²⁷⁶ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 53

è trasformata in un atteggiamento di estrema prudenza della dottrina che ha ritenuto di poter valutare l'esistenza di un comportamento concludente assimilabile a rinuncia solo all'esito di un'indagine rigorosa²⁷⁷. Non è sufficiente, quindi, ad individuare una rinuncia la presenza di un comportamento tale da esprimere non solamente una generica volontà abdicativa, ma una vera e propria dichiarazione tacita, la quale, pur non risultando *expressis verbis*, costituisca una vera e propria volontà abdicativa. Non basta per rinvenire una volontà dismissiva il mancato esercizio del diritto, bensì è necessario un comportamento del tutto incompatibile con la volontà di usufruire di quello specifico diritto: la rinuncia tacita non è sinonimo di trascuratezza e di disinteresse, né di sopportazione, ma manifestazione dell'intendimento di dismettere il diritto²⁷⁸.

È stato, peraltro, acutamente osservato che la rinuncia tacita dovrebbe escludersi a priori, in forza di un argomento preclusivo ricavabile dall'art. 2113 cod. civ.: la norma stabilisce che la rinuncia vada impugnata nel termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla cessazione del rapporto, ovvero dal compimento del negozio medesimo, a seconda che l'atto dismissorio sia stato compiuto prima o dopo la cessazione del rapporto. Ciò avrebbe come conseguenza che la rinuncia per poter essere impugnata deve essere formalmente identificabile in uno scritto datato; in difetto il lavoratore sarebbe sottoposto all'onere di dover ricostruire nell'atto di impugnazione il negozio abdicativo tacitamente compiuto, collocandolo in un giorno preciso²⁷⁹.

²⁷⁷ In dottrina si sono evidenziate diverse posizioni: C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, cit., p. 761, ha sostenuto "(...)l'esigenza di una ricerca attenta e penetrante del significato del comportamento tacito di cui si assume il valore dismissorio (...)") e si è pronunciati molto criticamente sulla rilevanza del comportamento concludente del lavoratore; ID, *Comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, p.117 e ss.; altri hanno sostenuto differenze radicali tra volontà abdicativa, inerzia e tolleranza, S. PATTI, *Il rilievo della tolleranza nel rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1977, I, p. 405 e ss. nonché A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori*, cit., p. 6 e ss.; altri ancora invece si pongono in una posizione di estrema prudenza: L. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro*, cit., n. 2, afferma che vale la rinuncia chiaramente dichiarata; G. JANNIRUBERTO, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni. Le quietanze a saldo*, cit., n. 2, afferma che un argomento a favore della rinuncia tacita dovrebbe ricavarsi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 63/1966.

²⁷⁸ C. SMURAGLIA, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, p. 116 e ss., R. ROMEI, *La prescrizione e la decadenza*, in *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*, ANGELINI, RENNA, ROMEI, Torino, Utet, 1994, p. 11 e ss.

²⁷⁹ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 54; l'autore sottolinea che "(...) il fatto che legislatore richieda, ai fini della impugnabilità della rinuncia, un atto formale indubbiamente datato trae origine e giustificazione da una valutazione realistica del comportamento omissivo del lavoratore, nel senso che al medesimo non può attribuirsi valore di manifestazione di volontà (...)". U. PROSPERETTI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 150; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni*, cit., p. 6; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., p.835. Secondo E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 236, da tale circostanza deriverebbe che quanto meno i negozi successivi alla cessazione del rapporto di lavoro – per i quali l'art. 2113 cod. civ. fa decorrere il termine di decadenza dalla data di compimento del negozio stesso – non potrebbero che avvenire per atto scritto e come tali non nella forma tacita.

D'altro canto, in giurisprudenza si è riscontrata una progressiva evoluzione nel senso di escludere che un comportamento omissivo del lavoratore possa di per sé configurare un atto negoziale, e si è avuto anche un timido accoglimento della tesi dell'inammissibilità della rinuncia tacita a causa delle cautele con le quali il contegno omissivo e non dichiarativo del lavoratore deve essere apprezzato: tenuto conto della tipica situazione di sottoprotezione sociale del lavoratore, nonché dello stesso vincolo di subordinazione, si ritiene insufficiente l'inerzia o la mera tolleranza, affermando che al comportamento omissivo del lavoratore si può dare rilievo concludente in senso dismissivo soltanto a seguito di una indagine rigorosa ed in presenza di una consapevolezza della esistenza del diritto e di una univoca volontà abdicativa²⁸⁰.

Così, in sostanza, non è possibile individuare un comportamento concludente dismissivo dalla accettazione del trattamento di fine rapporto o dall'iscrizione alle liste di collocamento a seguito dal quale dedurre un'accettazione o una rinuncia all'impugnazione del licenziamento: si tratta evidentemente di comportamenti neutri, insufficienti, da soli a ricostruire la volontà del lavoratore²⁸¹. Neppure l'accettazione da parte del prestatore di lavoro licenziato dell'indennità sostitutiva di preavviso lavorato integra una rinuncia, né una deroga al regolamento contrattuale, e come tale non è soggetta all'art. 2113 cod. civ.²⁸².

Ed in effetti, tale interpretazione appare assolutamente condivisibile, poiché le somme percepite in occasione della cessazione del rapporto non hanno giuridico rilievo in ordine ad un rapporto risolto per fatto unilaterale del datore di lavoro e non possono assurgere ad elemento dimostrativo di una formazione e manifestazione di volontà del dipendente licenziato di rinuncia a far valere l'inefficacia o l'illegittimità del licenziamento. Peraltro, le somme spettanti alla cessazione del rapporto sono dovute al lavoratore proprio come conseguenza del fatto storico dell'avvenuto licenziamento e

²⁸⁰ Quasi testualmente E. GHERA, *ibidem*. Vedi in questo senso: Cass. 5 febbraio 1983, n. 996, in Giust. Civ. Mass. 1983, fasc. 2; Cass. 14 aprile 1981, n. 2261, in Giust. Civ. Mass. 1981, fasc. 4. In particolare in relativamente recente orientamento si è affermato che “(...)alle rinunzie tacite, cioè a quei comportamenti concludenti con i quali il lavoratore manifesta informalmente la propria volontà abdicativa, va riconosciuta efficacia dispositiva solo quando siano specificamente e univocamente riferite a concrete pretese (o diritti) del lavoratore, oggettivamente determinate o determinabili, talché la volontà abdicativa di questi risulti chiaramente espressa da comportamento acquiescente alla violazione (...)”. Cass. 18 febbraio 1998, n. 1735, in Giust. Civ. 1998, I, 1603; Cass. 14 gennaio 1998, n. 304).

²⁸¹ G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 8. In giurisprudenza: Cass. 10 giugno 1980, n. 3707, in Not. Giur. Lav., 1980, p. 1087; Cass. 13 settembre 1977, n. 3970 in Giur. It. Mass, 1977; e più di recente, Tribunale Milano, 11 marzo 2004, in Orient. Giur. Lav., 2004, I, p. 426; Cass. 28 novembre 1992, n. 12745, in Not. giur. lav., 1993, p. 146

²⁸² G. FERRARO, *ibidem*. E anche Cass. Sez. lav. 11 novembre 1980, n. 6053, in FI 1980, I, p. 384. I giudici hanno escluso che la mera accettazione del t.f.r., ancorché non accompagnata da alcuna riserva, possa essere interpretata come tacita dichiarazione di rinuncia ai diritti derivanti dall'illegittimità del licenziamento, in tal senso Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in Not. Giur. Lav., 2000, p. 485; Cass. 2 giugno 1995, n. 6189, in Rep. FI, n. 1759.

non sussistono motivi per cui il prestatore non debba accettarle. Collegare, quindi, all'accettazione delle stesse un significato abdicativo o dismissivo costituirebbe un'operazione arbitraria ed opinabile: il licenziamento, ancorché illegittimo, produce tutti i suoi effetti, ivi compreso quello risolutivo, dal quale deriva il pagamento delle spettanze di fine rapporto. Orbene, dalla risoluzione unilaterale del rapporto derivano due diritti autonomi per il prestatore: il diritto a vedersi riconosciute tali somme, ivi compresa l'eventuale indennità di mancato preavviso, e quello di gravare il licenziamento al fine di ottenerne l'annullamento. Si tratta di due diritti autonomi, con la particolarità che l'esito positivo del gravame avrà come ovvia conseguenza la restituzione delle somme, ovvero il conguaglio delle stesse con i maggiori compensi dovuti del datore di lavoro.

Orbene, nel comportamento omissivo del lavoratore oltre alla rinuncia tacita è possibile rinvenire altre due fattispecie: l'inerzia, laddove il comportamento inattivo del titolare di un diritto sia espressione del disinteresse di quest'ultimo, e la tolleranza, caratterizzata dalla sopportazione e dall'intendimento di rinviare l'esercizio del diritto²⁸³. In verità – si è osservato – ove però il prestatore di lavoro serbi un contegno omissivo, in quest'ultimo va individuata non l'inerzia, ma in via presuntiva la fattispecie della tolleranza, attesa la posizione di soggezione del lavoratore subordinato²⁸⁴. Del resto, è innegabile che è difficile distinguere la rinuncia tacita, quale manifestazione di volontà abdicativa del lavoratore, dall'inerzia che, invece, non produce effetti dismissivi del diritto²⁸⁵.

L'inerzia, in effetti, per poter acquistare rilevanza giuridica dovrebbe concretizzare un comportamento concludente, poiché non è sufficiente che un soggetto non eserciti un determinato diritto per un determinato tempo per individuare una rinuncia allo stesso, ma è necessario che il comportamento assuma nella valutazione sociale le caratteristiche tipiche dell'atto omissivo, dovendosi dedurre la concludenza da circostanze idonee a qualificare ed a dare significato al comportamento medesimo²⁸⁶.

Sul punto, però, si tende anche a distinguere ulteriormente tra inerzia e comportamento concludente, affermando che quest'ultimo consiste in un

²⁸³ R. ROMEI, *La prescrizione e la decadenza*, cit., p. 12.

²⁸⁴ S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 197.

²⁸⁵ M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 609. per maggiori approfondimenti sui temi dell'inerzia, dell'acquiescenza, si veda *infra* e in particolare R. ROMEI, *La prescrizione e la decadenza*, cit., p. 11 e ss.

²⁸⁶ GRASSO, *Prescrizione*, p. 64; R. ROMEI, *op. ult. cit.*, p. 10, sottolinea come al fine di individuare la condotta costituente l'inerzia non sussiste "(...) la necessità di attribuire rilevanza ad impedimenti e circostanze soggettive (...)", ma le circostanze obiettive devono essere "(...) idonee a qualificare nei confronti di tutti, e naturalmente della controparte, il comportamento come vera e propria inerzia (...)". Vedi anche A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Bari, 1978, pp. 25 e 26.

comportamento del soggetto in cui possa rinvenirsi “(...) *una diversa volontà, che sia da ritenere implicitamente dichiarata* (...)”: si tratterebbe quindi di un comportamento negoziale dal quale, in via interpretativa, possa trarsi in modo sicuro un’illazione univoca circa il significato oggettivo del negozio²⁸⁷. In questi termini, ove nel comportamento omissivo del lavoratore – in forza delle circostanze in cui è espresso – non sia rinvenibile alcuna connotazione negoziale dovrà parlarsi di inerzia e non certo di comportamento concludente.

In tal modo, l’inerzia, così qualificata, non si distinguerebbe dalla tolleranza, venendo meno, in difetto di una precisa indicazione legislativa, l’autonomia concettuale di questa categoria: mentre il soggetto che rinunzia, sia pure tacitamente, intende dismettere un diritto e pone in essere tramite un comportamento concludente un negozio giuridico, il soggetto che tollera non dismette alcunché e non manifesta alcuna volontà ancorché negativa: colui che tollera non reagisce, mantenendo un comportamento meramente passivo²⁸⁸. Ovviamente, per la sua configurazione giuridica, la tolleranza non ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 2113 cod. civ., bensì è sottoposta al diverso regime in materia di prescrizione²⁸⁹.

Da ultimo, non va confusa né con la rinunzia tacita, né con l’inerzia l’acquiescenza, la quale può, invece, essere definita come il “(...) *comportamento di una delle parti del rapporto in apparenza diretto a non contrastare la produzione nella propria sfera giuridica di determinati effetti di massima svantaggiosi per il soggetto acquiescente conseguenti ad atti e comportamenti dell’altra parte* (...)”²⁹⁰. In sostanza l’espressione “acquiescenza” si riferisce a quei comportamenti del lavoratore che possono essere interpretati come accettazione di un provvedimento o di una modificazione in senso peggiorativo delle condizioni nelle quali si svolgeva il rapporto di lavoro o come rinuncia a far valere un proprio diritto²⁹¹.

²⁸⁷ C. SMURAGLIA, *Il comportamento concludente*, cit., p. 17 e ss. ed ID. *Indisponibilità ed inderogabilità dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 803 e ss.; ARANGUREN, *La tutela dei diritti*, cit., p. 349; si veda anche GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento negoziale*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1961, p. 790 e ss.

²⁸⁸ S. PATTI, *Il rilievo della tolleranza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 405 e ss.; SICCHIERO, *Tolleranza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIX, 1998, Torino, p. 371 e ss., spec. p. 385; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 71; in giurisprudenza Cass. 24 aprile 1981, n. 2489, in FI Rep. 1981, voce *Lavoro* (rapporto), p. 1456; sulla mancanza di autonomia della categoria della tolleranza A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti*, cit., p. 32.

²⁸⁹ GRASSO, *Prescrizione*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 63 e ss. intende la tolleranza come determinata da circostanze idonee a qualificare e dare significato al comportamento medesimo. A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., p. 28.

²⁹⁰ G. FERRARO, *Acquiescenza V*, in *Enc. Giur. Trecc.* Roma, 1988, p. 1 e ss., G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni: riesame critico*, cit., p. 7.

²⁹¹ A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, p. 34; C. MAZZONI, *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattuale*, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 1573.

Orbene, come già detto in tema di rinuncia tacita, il problema della identificazione della condotta acquiescente è molto delicato, poiché è elemento fisiologico del rapporto di lavoro subordinato, o comunque della soggezione socio-economica, l'inclinazione all'acquiescenza del soggetto normalmente interessato alla conservazione del rapporto stesso. Di conseguenza la disciplina protettiva influenza in maniera determinante la qualificazione e la rilevanza del comportamento acquiescente del prestatore; esso è totalmente irrilevante quando il datore di lavoro pone in essere atti che violano le norme inderogabili poste a tutela dei diritti del lavoratore. Non è ammesso, infatti, nessun tacito consenso né tolleranza che possa legittimare un atto violativo di una norma imperativa. Lo stesso si dica, quando, l'esercizio del potere del datore di lavoro è sprovvisto di requisiti di legittimità che non possono essere sanati dalla acquiescenza del lavoratore²⁹².

Pertanto, il mero fatto della prosecuzione delle prestazioni lavorative è comportamento del tutto equivoco, potendo essere interpretato sia in termini di assenso all'atto unilaterale compiuto dal datore di lavoro, sia in termini esattamente contrari e, cioè, da un lato di non voler manifestare alcun assenso a detta sospensione e, dall'altro, al fine di conservare il posto di lavoro, di riservare al prosieguo ogni rivendicazione al riguardo²⁹³.

È quindi lo *status subiectionis* non solo sociale, ma anche giuridico del prestatore di lavoro che impedisce al suo comportamento di assumere quel carattere non equivoco che può conferirgli efficacia negoziale²⁹⁴.

È pur vero che l'accettazione espressa di una proposta contrattuale può essere ben sostituita da un comportamento attuativo – come del resto sancisce la norma

²⁹² Si pensi alle ipotesi in cui il datore di lavoro opera dei trasferimenti senza le comprovate ragioni tecniche o produttive (Cass. 15 gennaio 1979, n. 331 in MGL 1979, p. 386), ovvero provvede alla modifica delle mansioni fuori dalle regole poste dall'art. 2103 cod. civ. ovvero di sanzioni disciplinari irrogate senza il rispetto delle procedure fissate dalla legge.

²⁹³ In questo senso M.G. GARAFOLA, *Brevi note sul tema della c.d. acquiescenza del lavoratore (e brevissime sull'art. 36 Cost.)*, in RGL, 1973, II, p. 419; respingendo un costante orientamento giurisprudenziale già contrastato da autorevole dottrina (G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 390 e Id. *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 7; C. SMURAGLIA, *Il comportamento concludente del rapporto di lavoro*, cit., p. 111; SIMI, *Comportamento delle parti e sospensioni cautelare*, in RGL, 1962, II, p. 213; DE NUBILA, *La rinuncia del lavoratore alla qualifica e la sua affermata validità*, RGL, 1969; II, p. 488; SCORZA, *In tema di consenso del lavoratore alla riduzione della mercede*, in Dir. Lav. 1961, II, p. 299 e ss.) afferma che il mancato esercizio da parte del lavoratore della facoltà di recesso in presenza di un mutamento *in peius* delle mansioni o di una diminuzione della retribuzione disposti unilateralmente dall'imprenditore, non costituisca comportamento concludente di accettazione del provvedimento.

²⁹⁴ M.G. GARAFOLA, *ibidem*. In particolare G: GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di Giovanni Battista Fumaioli*, Milano, p. 1961, pp. 99 e ss. e spec. 108, il quale scrive "(...) perché un comportamento possa qualificarsi concludente occorre che valutato alla stregua delle circostanze di insieme sia atto a giustificare la illazione univoca e sicura del fatto psichico volta a volta considerato, in quanto lo presuppone e implica, per logica coerenza (nesso di continenza) ovvero esclude per logica repugnanza un fatto contrario (nesso di incompatibilità (...))".

dell'art. 1327 cod. civ. – che sia indice inequivocabile di accettare la proposta, ma tale non può essere considerata semplicemente la prosecuzione del rapporto, poiché il lavoratore non tiene un comportamento diverso da quello dedotto in contratto, e quindi innanzi ad una diminuzione della retribuzione, intesa quale proposta modificativa del contratto, la continuazione da parte del lavoratore della prestazione non può assumere il valore di accettazione di quella modifica unilaterale. In particolare, pertanto, tutte le volte in cui sussiste una norma inderogabile, la condotta del datore di lavoro consistente nella introduzione unilaterale di una clausola nel contratto individuale verrebbe immediatamente bloccata anche innanzi alla acquiescenza del lavoratore: ovvero anche ove si desse rilevanza negoziale di quel dato comportamento in tale ipotesi. Infatti l'acquiescenza si porrebbe in contrasto con le norme inderogabili, che garantiscono e tutelano il precedente assetto di interessi raggiunto tra le parti e come tale costituirebbe una condotta negoziale invalida²⁹⁵.

2.2 LA RINUNCIA A DIRITTI FUTURI

Come è noto, l'ammissibilità del negozio di rinuncia avente ad oggetto diritti futuri costituisce uno dei temi più delicati e problematici nella sistematica civilistica e ancor più nel diritto del lavoro, e ciò anche per la mancanza di norme specifiche in materia e per l'impossibilità di estendere analogicamente quelle disposizioni che prevedono un divieto di disposizione di beni futuri poiché riguardanti materie speciali e peculiari²⁹⁶.

Ed infatti, se il potere di rinuncia è – come detto – la manifestazione principale del potere dispositivo, che è elemento costitutivo del diritto soggettivo, ne deriva che il suo presupposto dovrebbe rinvenirsi nella attualità del diritto o nella titolarità dello stesso da parte del rinunciante²⁹⁷. Quando si parla di rinuncia a diritti futuri, quindi, ci si riferisce a quell'atto abdicativo che ha ad oggetto diritti di cui il rinunciante non sia

²⁹⁵ SUPPIEJ, *Mansioni del lavoratore*, in *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, MILANO, 1975, I, p. 366; conforme M. PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei diritti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.* 1971, I, p. 12 e ss.

²⁹⁶ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, L. RIVA SANSEVERINO e C. MAZZONI (a cura di), Padova, 1971, II, p. 760 e ss. Le norme cui si fa riferimento sono: l'art. 458 cod. civ. in tema di divieto di patti successori; l'art. 179 cod. civ. in materia di beni personali della comunione legale; l'art. 771 cod. civ., in materia di donazione di beni futuri.

²⁹⁷ S. PUGLIATTI, *Il Trasferimento della situazione soggettiva*, cit. p. 72; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit. p. 214; vedi *supra*, nota 248.

divenuto ancora titolare e che sono, pertanto, privi del requisito della attualità, e come tali inidonei a costituire oggetto di abdicazione²⁹⁸.

La conseguenza, quindi, sarebbe che tali rinunzie non avrebbero la capacità di generare effetti estintivi della situazione giuridica qualora i diritti dismessi non esistano al momento dell'atto abdicativo, né peraltro, di provocare effetti provvisori, che sarebbero consolidati all'atto dell'acquisto del diritto stesso. La rinuncia al diritto futuro sarebbe dunque radicalmente nulla e priva di effetti, poiché il rinunziante – stante il difetto di attualità del diritto – non sarebbe legittimato alla disposizione dello stesso²⁹⁹.

Orbene, nonostante su queste basi, dovrebbe negarsi cittadinanza alla rinuncia avente ad oggetto un diritto non attuale – e ciò anche in forza dello stesso principio *nemo trasferre potest plus iuris quam habet* – tuttavia la dottrina civilistica prevalente è orientata nel senso di ammettere la figura della rinuncia ai diritti futuri³⁰⁰.

Tale orientamento ha preso le mosse dall'art. 1348 cod. civ., il quale prevede, fatti salvi i divieti di legge, la possibilità di dedurre in contratto prestazioni di cose future, comprendendosi nella nozione anche i diritti futuri. Ed infatti, dal combinato disposto del citato art. 1348 cod. civ. con la norma correlata dell'art. 1346 cod. civ. – secondo il quale l'oggetto del contratto deve essere tra l'altro determinato o determinabile – deriverebbero due differenti ipotesi: l'una nella quale la rinuncia abbia ad oggetto un diritto né determinato, né determinabile, l'altra, nella quale l'atto abdicativo avrebbe ad oggetto un diritto non determinato al momento del compimento del negozio, ma che sarebbe determinabile e per il quale esisterebbe una previsione di futura certezza.

²⁹⁸ Per la definizione, G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 34; C. COPPOLA, *La rinuncia a diritti futuri*, Milano, 205, p. 127, quanto, invece, al requisito della attualità come elemento immancabile del diritto oggetto di rinuncia, si veda A. BOZZI, voce *Rinuncia*, cit., p. 1141.

²⁹⁹ A. BOZZI, voce *Rinuncia*, cit., p. 1141, afferma che la rinuncia a diritti futuri non può essere concepita né come rinuncia anticipata né come rinuncia sospensivamente condizionata “(...)poiché il soggetto ha o acquista la legittimazione alla rinuncia di un diritto solo se ne è titolare o dal momento in cui lo acquista. Non vi può essere, infatti, legittimazione attuale – come è necessaria per l'atto di rinuncia – a disporre d'un diritto il cui sorgere è sub condizione(...)”; vedi anche G. ATZERI, G.M. VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1915, p. 320; P. PERLINGERI, *I negozi sui beni futuri, I. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, pp. 24 e ss. Rinviene, invece, la ragione del divieto “(...)nella impossibilità del prodursi dell'effetto abdicativo con riferimento a un diritto non esistente nel patrimonio del soggetto (...)” F. MACIOCE, voce *Rinuncia*, - *Diritto privato*- in *Enc. Dir.*, 1989, Milano, pp. 940 e ss., il quale aggiunge che “(...) il prodursi di tale effetto dovrebbe essere impedito dalla carenza dei presupposti indispensabili per il compimento dell'atto, che consistono nella capacità di rinunciare, nella disponibilità del diritto e nella legittimazione a porre in essere la rinuncia (...)”.

³⁰⁰ In tal senso F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1950, p. 170; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 53; L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, 1991, p. 5. Anche la giurisprudenza propende per l'ammissibilità di una rinuncia avente ad oggetto un diritto futuro: Cass. 12 luglio 1994, n. 6533, in *FI*, 1995, I, c. 861; App. Firenze, 23 marzo 1984, in *Giur. agr. it.*, 1984, p. 224; più risalente Cass. 19 agosto 1948, n. 528, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, p. 740, la quale ha affermato l'inefficacia della rinuncia a diritti eventuali e futuri quando sia vietata da ragioni di ordine pubblico o di moralità, oppure riguardi diritti futuri assolutamente indeterminati o indeterminabili.

Mentre nella prima ipotesi la rinuncia sarebbe certamente inammissibile poiché avrebbe ad oggetto un diritto non ancora venuto ad esistenza al momento della dismissione, nel secondo caso, esistendo tale previsione futura, e quindi la certezza che il bene entrerà a far parte del patrimonio del soggetto, il rinunciante avrebbe la chiara nozione di ciò che sta abbandonando, e la rinuncia sarebbe addirittura ammissibile³⁰¹.

In tal modo le parti potrebbero, da un lato, invertire l'ordine temporale degli elementi della fattispecie dispositiva, poiché l'atto di disposizione precederebbe l'atto di acquisto del diritto, e dall'altro, riconoscendo che un diritto futuro possa essere oggetto di un contratto, attribuire a tale oggetto il requisito della possibilità, richiesto a pena di nullità dall'art. 1346 cod. civ.³⁰² In tal modo l'atto dispositivo avrebbe un oggetto certamente possibile, rimanendo da verificare, caso per caso, se lo stesso oggetto sia anche lecito, determinato o determinabile³⁰³.

Quindi, se da una parte si è negata l'ammissibilità delle rinunzie a diritti di futura acquisizione sulla base del difetto di titolarità e di legittimazione da parte del soggetto rinunciante al diritto futuro, dall'altra – con una posizione più accomodante e possibilista – ci si è concentrati esclusivamente sulla verifica della determinatezza o determinabilità dell'oggetto dell'atto abdicativo³⁰⁴. E su queste basi, anche nel diritto del lavoro – seppure sempre con una certa prudenza – con un orientamento che non è andato certo esente da critiche, si è avuta un'apertura alla rinunciabilità da parte del lavoratore ai diritti futuri, purché l'oggetto dell'atto dismissivo sia comunque determinato e determinabile, ovvero purché la rinuncia sia limitata a singoli rapporti obbligatori, circoscritti nell'oggetto e nel tempo: in tale ottica si è giunti ad affermare che le rinunzie a diritti futuri andrebbero esenti dalla sanzione radicale della nullità per entrare nell'ambito applicativo dell'art. 2113 cod. civ.³⁰⁵.

³⁰¹ A. BOZZI, *Rinuncia*, cit., p. 1142; vedi anche D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 107 e ss.

³⁰² M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 595 e ss.

³⁰³ M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 596;

³⁰⁴ Favorevole all'utilizzazione della norma dell'art. 1348 cod. civ. U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni...*cit., p. 120, secondo il quale l'ammissibilità della rinuncia a diritti futuri può ricavarsi dal principio generale dell'art. 1348 cod. civ. col limite, però, derivante dai requisiti dell'oggetto (possibilità e determinabilità). Conforme anche CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro* cit., III, p. 990. Di contrario avviso G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 1969, p. 671. In particolare G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro* Napoli, 1963, p. 223, pur ammettendo la figura generale della rinuncia su diritti futuri, nega che essa possa applicarsi alla disciplina del rapporto di lavoro, in quanto renderebbe del tutto evanescenti i contorni dell'inderogabilità e dell'irrinunciabilità.

³⁰⁵ C. CESTER, voce *Rinunce e transazioni*, cit., p. 996, afferma che "(...) nella gestione di un rapporto complesso come quello di lavoro, nel quale si susseguono una pluralità di rapporti obbligatori singoli, ciascuno dei quali ubbidisce ad una regola inderogabilmente posta, una rinuncia preventiva rischia fortemente di incidere (...) sulla regola stessa. Di talché, una rinuncia ai diritti futuri sembra

In verità, tale orientamento non appare condivisibile nel caso in cui il diritto oggetto di abdicazione non nasca da un qualsiasi rapporto disciplinato dal diritto comune, bensì da un rapporto di lavoro, che per sua natura è contraddistinto da una disciplina normativa di carattere prevalentemente inderogabile. In questa ipotesi, la rinuncia a diritti futuri si configura come una regolamentazione preventiva elusiva della disciplina inderogabile, con la conseguenza che gli atti dismissivi non potrebbero essere considerati soggetti alla più tenue sanzione dell'art. 2113 cod. civ., bensì alla radicale nullità codicistica³⁰⁶.

Rinunciare a un diritto futuro significa, in realtà, stipulare un patto modificativo del contratto di lavoro e se vi è una norma inderogabile in ordine al diritto rinunciato, vuol dire stipulare un patto contrario alla norma inderogabile e quindi un patto nullo ai sensi dell'art. 1418 co. 1. La rinuncia a diritti futuri, quindi, si configura come un vero proprio patto derogatorio della disciplina inderogabile e come tale fraudolento e radicalmente nullo: i diritti futuri del lavoratore non possono costituire oggetto di valida rinuncia, stante la mancanza attuale del diritto nel patrimonio del rinunciante ed il soggetto è legittimato alla rinuncia di un diritto solo se ne è titolare o dal momento in cui lo acquista³⁰⁷. In conclusione la rinuncia a diritti futuri in ambito giuslavoristico non è soggetta all'impugnazione *ex art.* 2113 cod. civ., ma soggiace alla azione di nullità, proprio perché la rinuncia preventiva a diritti di futura acquisizione incide sul momento genetico del diritto stesso.

Si nota, quindi, come a fronte di un orientamento civilistico che si è espresso positivamente sulla rinunciabilità dei diritti futuri nel diritto comune, si pone una giurisprudenza giuslavoristica che si è pronunciata per l'inammissibilità del negozio di rinuncia avente ad oggetto un diritto di futura acquisizione³⁰⁸.

Alle medesime conclusioni, peraltro, si giunge ove si ragioni secondo l'insegnamento di Santoro Passarelli distinguendo la fase genetica del rapporto dalla fase di gestione: la rinuncia al diritto futuro diverrebbe patto violativo della normativa

possa sfuggire alla sanzione della nullità (...) e rientrare nell'ambito dell'art. 2113 cod. civ. solo se limitata ai singoli rapporti obbligatori, circoscritti nell'oggetto e nel tempo (...)".

³⁰⁶ G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 7, Conforme, A. BOZZI, *Rinuncia*, cit., p. 1142. anche C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 761 afferma che "(...) se l'oggetto deve essere determinato o determinabile è ovvio che il soggetto non può avere esatta nozione di ciò che abbandona; la possibilità di apprezzare convenientemente l'importanza della rinuncia scaturisce direttamente dalla necessità che l'oggetto di essa abbia quei requisiti di determinatezza che l'art. 1346 chiaramente specifica (...)".

³⁰⁷ G. FERRARO, *ibidem*; G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, cit., p. 8.

³⁰⁸ Si vedano in proposito, Cass. Sez. Lav. 8 agosto 1987, n. 6823; Cass. Sez. Lav. 2 febbraio 1988, n. 983; Cass. Sez. Lav. 13 ottobre 1992, n. 3093; Cass. Sez. Lav. 14 dicembre 1998 n. 12548; cass. Sez. Lav. 13 luglio 1998, n. 6857.

inderogabile del rapporto di lavoro, cioè sarebbe un patto in deroga, significherebbe cioè porre nel contratto individuale, come fonte immediata di regolamentazione, una disciplina contrastante rispetto a quella inderogabile. Il patto, cioè la rinuncia al diritto futuro, sarebbe ovviamente sanzionabile non *ex art.* 2113 cod. civ., bensì da radicale nullità in forza del disposto dell'art. 1418 co. 1 cod. civ., deducibile, ovviamente, senza limiti di tempo³⁰⁹.

In verità il risultato non cambierebbe – e qui si evidenzia l'equivalenza delle due teorie sostenuta in precedenza – ove, anziché far riferimento allo schema della fase genetica e della fase di gestione applicassimo lo schema bipartito elaborato da De Luca Tamajo: la rinuncia a diritti futuri corrisponderebbe alla abdicazione dal diritto primario e non dalla conseguenza risarcitoria della sua violazione, e come tale l'atto dimissorio sarebbe colpito da nullità insanabile.

Contrariamente a tale ricostruzione, si è autorevolmente sostenuto che la rinuncia a diritti futuri costituisce un negozio fraudolento, poiché le parti non potendo stipulare un patto derogatorio del contratto di lavoro, lo pongono in essere nella diversa forma della rinuncia di diritti futuri³¹⁰. In questi termini non sarebbe difficile l'impugnazione, che potrebbe avvenire senza un problema di decorrenza di termini³¹¹.

In verità, non si vedono grandi differenze tra queste interpretazioni: se per le teorie delle due fasi e dei diritti primari e secondari, si è già messa a suo luogo in rilievo la sostanziale equivalenza, non sembra che si possa affermare che la qualificazione della rinuncia ai diritti futuri come un negozio *in fraudem legis*, non dice altro che il medesimo concetto espresso con una terminologia differente, sempre che non si voglia sostenere che il patto in deroga alla legge non costituisca nient'altro che uno strumento elusivo della inderogabilità. Del resto, anche dal punto di vista degli effetti il risultato non cambia: sia che si voglia seguire la classica via delle fasi, lo schema bipartito dei diritti, ovvero l'ipotesi del negozio fraudolento, il negozio eventualmente compiuto ed avente ad oggetto diritti non ancora nati nel patrimonio del lavoratore rinunciante è, comunque, colpito da nullità radicale, poiché attiene non alla disposizione di un diritto,

³⁰⁹ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 34 e ss. D'accordo anche G. FERRARO, *ibidem*, che ritiene tale conclusione ineccepibile in una materia come il diritto del lavoro contraddistinta da una disciplina di carattere prevalentemente inderogabile, l'elusione della quale – conseguente alla rinuncia al diritto futuro – verrebbe colpita non con l'invalidità del 2113, bensì con la radicale nullità dell'art. 1418 cod. civ. Si veda in tal senso Cass. Sez. Lav., del 14 dicembre 1998, n. 12548; "(...) *La rinuncia del lavoratore subordinato a diritti futuri ed eventuali è radicalmente nulla ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. e non annullabile previa impugnazione da proporsi nel termine di cui all'art. 2113 cod. civ., riferendosi tale ultima norma ad atti dispositivi di diritti già acquisiti e non ad una rinuncia preventiva, come tale incidente sul momento genetico dei suddetti diritti (...)*". Conforme Cass. Sez. Lav. 15 febbraio 1988 n. 1622.

³¹⁰ G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 8

³¹¹ G. GIUGNI, *ibidem*.

ma alla alterazione del regolamento contrattuale, ponendosi, in questi termini fuori dall'art. 2113 cod. civ.

È sufficiente, peraltro, attenersi al dato positivo della norma per trovare le medesime risposte : il tenore letterale della norma dell'art. 2113 cod. civ. – “(...) *le rinunce e le transazioni che hanno ad oggetto diritti del prestatore di lavoro, derivanti da norme inderogabili (...)*” – indica chiaramente che il diritto di cui si tratta è e deve essere del prestatore di lavoro, intendendo necessariamente, non che questi lo possa potenzialmente acquistare, ma che il titolare lo deve poter gestire all'atto del negozio abdicativo: affinché, quindi, il lavoratore possa rinunciare ad un proprio diritto è condizione necessaria ed indispensabile che tale diritto sia già nato nella sua sfera giuridica.

3. LA TRANSAZIONE NEL DIRITTO DEL LAVORO: ELEMENTI ESSENZIALI E CONTENUTO

Il richiamo che la norma dell'art. 2113 cod. civ. fa alla transazione appare, in effetti, improprio. Ed infatti, se la transazione è il “(...) *contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, rimuovono una lite esistente o prevengono una lite eventuale (...)*”, in verità nell'ambito del diritto del lavoro – proprio a causa della peculiarità degli interessi implicati nel negozio transattivo – non è possibile parlare di vera e propria transazione, sia per la mancanza di *res dubia*, sia perché frequentemente le concessioni sono a carico di una sola parte³¹².

Questa è una normale conseguenza derivante dallo squilibrio fisiologico di forza contrattuale tra le parti, che supera la stessa situazione di incertezza, tanto che lo stesso scambio delle reciproche concessioni caratterizzante il negozio transattivo è “(...) *soverchiato dallo stato di sottoprotezione sociale del lavoratore (...)*”, tanto che nel diritto del lavoro può parlarsi di “(...) *assimilazione della rinuncia alla transazione (...)*”³¹³.

In effetti, solo con difficoltà è possibile definire transazione l'accordo intercorrente tra le parti, in base al quale il creditore – lavoratore – acconsente a ricevere dal debitore – datore di lavoro – una somma inferiore a quella pretesa o una prestazione

³¹² Tali conclusioni in G. FERRARO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 8, il quale sottolinea in merito al difetto di *res dubia* che spesso e volentieri – come emerge di consueto dalla pratica del diritto – le situazioni giuridiche dedotte nelle c.d. transazioni rappresentano situazioni definite. A conferma anche dell'opinione del giurista G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 49. Ed infatti, Come si è già detto (Cfr. questo capitolo, par. 1), con una opinione condivisa da chi scrive, a fronte della bipartizione presente nell'art. 2113 cod. civ. tra rinuncia e transazione, l'elemento unificante dei due negozi è il contenuto abdicativo e dismissorio, tanto che al fine di attivare lo strumento di tutela dell'art. 2113 cod. civ. è sufficiente che “(...) *nella manifestazione di volontà si concretizzi una rinuncia (...)*” G. PERA, *ibidem*.

³¹³ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 235.

diversa, qualora questi dichiarino di non essere in grado di adempiere alle proprie obbligazioni, e ciò al solo fine di evitare le lungaggini del processo³¹⁴.

Ciò conferma come l'espressione utilizzata dal legislatore nel comma 1 dell'art. 2113 cod. civ. – *le rinunzie e le transazioni* – costituisca in effetti una vera e propria endiadi e come di fatto nella transazione del lavoratore sia sempre predominante l'elemento della rinuncia.

Orbene, stando alla lettera della legge, i presupposti della transazione sono l'esistenza di una *res dubia*, l'indicazione specifica del rapporto incerto o controverso al quale le parti intendano sostituire un rapporto certo ed incontrovertibile e le reciproche concessioni.

Come detto, però, non sempre è possibile rinvenire nella transazione del lavoratore una effettiva *res dubia*, poiché in molte ipotesi l'incertezza è apparente e strumentale al raggiungimento di un accordo alle “migliori” condizioni, così come può escludersi l'esistenza di una *res dubia* in tutti quei casi in cui sia intervenuto un provvedimento giudiziario di carattere definitivo che ha chiarito i rapporti tra le parti: in entrambi i casi descritti può affermarsi che a fronte di un apparente negozio transattivo il lavoratore abbia effettuato una vera e propria rinuncia³¹⁵.

Con riguardo alle reciproche concessioni, non è possibile che con il negozio transattivo si abbia la soluzione di qualsiasi lite, bensì è necessario che le parti sopportino reciproci sacrifici, fermo restando che non deve sussistere un principio di equivalenza economica tra le concessioni, essendo sufficiente la valutazione soggettiva delle parti in relazione a ciò a cui rinunciano in ragione delle utilità corrispettive che acquisiscono³¹⁶.

La transazione che intercorre tra le parti può essere generale, propria o novativa. Si può parlare di transazione generale – o come in gergo si dice transazione “tombale” –

³¹⁴ G. FERRARO, *ibidem*. Medesima è la situazione qualora il debitore – datore di lavoro – contrasta le rivendicazioni del lavoratore creditore, prospettando una diversa interpretazione dei fatti al solo fine di ridurre le pretese del lavoratore.

³¹⁵ G. FERRARO, *ibidem*. Si ipotizza nei casi appena descritti, e in particolare nell'ipotesi in cui l'incertezza delle pretese sia strumentale, ossia il datore di lavoro abbia contestato la fondatezza delle richieste del lavoratore al solo fine di spuntare “migliori” condizioni, la possibilità quanto meno teorica di ottenere dal giudice l'annullamento della transazione per temerarietà della pretesa di una delle parti. In pratica, il perseguimento di tale obiettivo è reso complesso dalla necessità di fornire idonea prova in merito alla consapevolezza della parte circa l'infondatezza della propria domanda.

³¹⁶ Si aggiunga, come giustamente scrive M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 62, non può ritenersi provata l'esistenza di una transazione “(...) per la semplice presenza in una quietanza liberatoria della formula di stile “in via transattiva”. Occorrerà infatti che risulti l'esistenza di una controversia risolta attraverso lo scambio delle reciproche concessioni, di modo che possa ritenersi che la quietanza liberatoria non è altro che il momento terminale di un conflitto di interessi e di un successivo accordo che essa è destinata a certificare (...)”. In tal senso anche Cass. 30 marzo 1978, n. 1475, RDL 1979, II, 257.

quando le parti intendono risolvere con un solo un atto più rapporti e situazioni tra di loro intercorrenti. Ciò che deve essere evitato, comunque, è che il negozio transattivo – ipotesi ricorrente soprattutto nel caso della transazione generale – sia sostanzialmente generico, non integrando un oggetto determinato o determinabile: in tale ipotesi la transazione sarebbe nulla. Le parti, quindi, non possono limitarsi ad affermare di voler porre termine ad una generica lite tra loro intercorrente, magari apponendo clausole di stile – in via transattiva, al fine di prevenire l’insorgenza di una lite, o simili – ma devono nell’ambito della redazione del documento transattivo fare specifico riferimento alle situazione e alle controversie che in esso si deducono.

La transazione, inoltre, può essere propria o novativa. La transazione è propria quando ha un contenuto determinato e con essa si risolve una singola controversia³¹⁷. In questo caso le parti regoleranno con l’accordo i loro reciproci interessi, che avranno il loro fatto causativo nel rapporto originario controverso e transatto, e la fonte concorrente e complementare, invece, nel contratto di transazione. Diversamente la transazione ha carattere novativo quando le parti eliminando ogni pregresso rapporto stabiliscono che l’una effettui a favore dell’altra una certa prestazione, oppure che si addivenga alla stipulazione di un nuovo contratto, anche se eventualmente dello stesso tipo e del medesimo contenuto economico di quello preesistente litigioso il quale dovrà considerarsi venuto meno³¹⁸. Rispetto a quella propria, le obbligazioni nascenti dalla transazione novativa avranno il loro fatto causativo e la fonte concorrente e complementare sempre nel contratto di transazione. Il problema che deriva dalla transazione novativa, in effetti, è quello della sottoposizione delle somme dedotte in transazione alla contribuzione previdenziale, questione diversa che qui non interessa affrontare³¹⁹.

³¹⁷ Si pensi alle ipotesi di transazione avente ad oggetto lo straordinario non pagato o l’ipotesi di premi di produzione non corrisposti.

³¹⁸ F. CARRESI, *Transazione (diritto vigente)* in N.mo D.I., 1991, Utet, Torino, Vol. XIX, p. 487. La transazione novativa si distingue in tipica ed atipica. La prima descritta – transazione che produce direttamente l’effetto di risoluzione della controversia – è la forma tipica; la seconda che obbliga le parti alla stipulazione di un nuovo contratto, è la forma atipica. F. SANTORO PASSARELLI, *L’accertamento negoziale e la transazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1956, p. 1 e ss. spec. 20: “(...)dalla misura della sostituzione rispetto alla situazione giuridica complessiva di cui si tratti, dipende, come vedremo, che la transazione sia novativa o non novativa (...)”.

³¹⁹ Solo per inciso: se la transazione è propria ed essa ha ad oggetto la corresponsione degli emolumenti dovuti a titolo di pagamento dello straordinario non pagato, è evidente che le somme riconosciute con la transazione andranno sottoposte a contribuzione previdenziale; tipica nella pratica del diritto è l’apposizione delle clausole “al netto” o “al lordo” proprio per indicare se la somma corrisposta sia comprensiva delle spettanze previdenziali. Nella transazione novativa, invece, originando le obbligazioni dal contratto di transazione non dal rapporto controverso, che si intende cancellato con la transazione medesima, bensì dall’accordo transattivo novativo, le somme corrisposte non possono essere considerate come pagate in dipendenza del rapporto di lavoro, essendo tale rapporto sparito al momento della conclusione della transazione novativa. Cfr. Cass. Sez. lav.,

La differenza tra la transazione novativa e non novativa o propria non è di natura, ma è *di misura* rispetto alla incidenza sulla situazione giuridica preesistente: si ha transazione novativa, quando la situazione preesistente essendo interamente dedotta in lite è interamente sostituita dalla situazione giuridica che origina dalla transazione; si ha transazione non novativa quando la situazione preesistente non è interamente dedotta in lite, e quindi non è totalmente sostituita, ma integrata da quella creata con la transazione³²⁰

Ulteriore ed ultima questione che si pone è la validità di una transazione relativa ad un contratto illecito, e in particolare se trovi applicazione la norma specifica dell'art. 1972 co. 2 – che ne sancisce la nullità – ovvero la specialissima norma lavoristica dell'art. 2126 cod. civ. Appare evidente che una transazione avente ad oggetto un contratto di lavoro nullo, sarebbe colpita da nullità essa stessa; tuttavia, riconoscendo l'art. 2126 cod. civ. il diritto del prestatore di lavoro ad ottenere le spettanze derivanti dall'esecuzione delle prestazioni inerenti al rapporto – fatto salvo il caso che l'invalidità derivi dalla illiceità dell'oggetto o della causa – dovrebbe ritenersi ammissibile la transazione avente ad oggetto il diritto del lavoratore ancorché derivante da contratto nullo, nei limiti dell'art. 2113 cod. civ.³²¹. Secondo questa interpretazione, la transazione avente ad oggetto diritti del lavoratore derivanti da un contratto di lavoro nullo, sarebbe annullabile a sensi dell'art. 2113 cod. civ.³²²

3.1 TRANSAZIONE E NEGOZIO DI ACCERTAMENTO: STRUTTURA E FUNZIONE DEL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO

Una delle questioni – di rilievo dogmatico non meno che pratico – sulla quale giurisprudenza e dottrina si sono confrontate è stata quella della assoggettabilità o meno

4811/1999, in DPL1999, n. 41, p. 2948. cfr. anche Cass. Sez. lav. N. 6663/2002 in DPL 2003, n. 1, p. 10.

³²⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 22: “(...) la distinzione (...) si risolve quindi nell'antitesi tra parziale persistenza e totale eliminazione della fonte originaria della situazione giuridica, intorno alla quale verte la lite (...)”. Vedi anche VALSECCHI, *Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione*, in FI, 1952, I, c. 885

³²¹ In tal senso U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 195, scrive “(...) non si tratta di transazione su contratto illecito, ma soltanto di transazione su un diritto del prestatore di lavoro e l'art. 2113 non ha riferimento al contratto di lavoro, ma soltanto al rapporto (...)”.

³²² G. FERRARO, *Rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 9, illustra due orientamenti; l'uno che distingue la transazione che si riferisca ad un contratto nullo per illiceità dell'oggetto o della causa, ipotesi nella quale troverebbe applicazione l'art. 1972 co. 1, l'altro relativo ad ipotesi di nullità o annullabilità diverse da quelle sopra dette, con la conseguenza che la transazione sarebbe sottoposta all'art. 2113 cod. civ. L'autore non ritiene convincente questa impostazione, riportandosi all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sono nulle le transazioni che comportano abdicazione dei lavoratori ai diritti nascenti da negozi fittizi e quindi nulli, ancorché le parti abbiano espressamente trattato della nullità stessa e l'esercizio della relativa azione di nullità non trova deroga nella disciplina di cui all'art. 2113 cod. civ., aggiungendo un mezzo di impugnazione, ma non sostituendo quelli normali dei contratti. Si veda Cass. 20 dicembre 1982 n. 7017.

del negozio di accertamento al regime di tutela di cui all'art. 2113 cod. civ.; ed indirettamente, quindi, poiché collegato con lo stesso, è stato affrontato il problema della tassatività dei negozi dispositivi invalidi ai sensi della stessa norma³²³.

In effetti, uno dei primi tentativi compiuti in dottrina volti a ridurre la zona di operabilità della regola della invalidità dei negozi abdicativi del lavoratore fu quello di Peretti Griva il quale suggerì la possibilità di configurare validi negozi dispositivi sui presupposti di fatto della lite potenziale: con tali negozi le parti non disporrebbero dei loro diritti, bensì dei presupposti di fatto del diritto medesimo, facendo dipendere così il componimento della lite dal comune consenso in ordine alla sussistenza dei presupposti di fatto³²⁴.

In verità, la pretesa di disporre dei fatti, senza disporre dei diritti non appare realizzabile, poiché, fatti e relativi diritti sono uniti in un groviglio inestricabile e non appare possibile disporre del fatto, senza, quanto meno indirettamente, disporre del diritto stesso³²⁵. La teoria di Peretti Griva portava, quindi, alla ammissibilità del negozio di accertamento inteso quale strumento che non solo era utilizzabile per la risoluzione delle liti di lavoro, ma, oltretutto, sfuggiva alla previsione dell'art. 2113 cod. civ., avendo quest'ultimo riguardo esclusivamente ai diritti³²⁶.

Orbene, la questione della validità e della ammissibilità del negozio di accertamento diviene, quindi, tema centrale per quanto riguarda l'individuazione delle tipologie negoziali sottoposte alla invalidità dell'art. 2113 cod. civ. Peraltro, il problema della classificazione del negozio di accertamento riguarda molto da vicino l'istituto della transazione, tanto che – parte della dottrina – ha incluso la stessa transazione tra i negozi accertamento³²⁷.

E ciò – si badi – perché il negozio di accertamento avrebbe la funzione di eliminare l'incertezza delle parti in merito ad una determinata situazione giuridica

³²³ Sul problema della tassatività si è già parzialmente detto nel paragrafo di questo capitolo, dove si illustra la tesi di G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 48 e ss., sul principio del contenuto abdicativo degli atti soggetti al regime di tutela dell'art. 2113 cod. civ. In verità, la teoria espressa riguarda la formula “rinunzie e transazioni” presente al comma 1, che viene interpretata come una endiadi, alla luce della conclusione che non esiste una vera transazione per il lavoratore (cfr. *supra* par. 2 di questo capitolo), bensì si deve parlare di atto abdicativo o dismissorio. Questa conclusione permetterebbe di rispondere alla domanda sulla tassatività dei negozi sottoposti alla tutela.

³²⁴ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 50; D. R. PERETTI GRIVA, *Sull'efficacia delle quietanze a saldo*, in Riv. Lav., 1932, p. 709;

³²⁵ G. PERA, *ibidem*.

³²⁶ Sono favorevoli a questa ricostruzione R. MANDELLI, *I requisiti della conciliazione in sede sindacale*, in Riv. Dir. proc., 1980, p. 586, che ammette il negozio di accertamento dei fatti rilevanti per la definizione della lite per le mansioni; C. NOCELLA, *Brevi considerazioni sulla natura della quietanza a saldo*, in Gius. Civ., 1957, I, p. 2054

³²⁷ F. CARNELLUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1940, I, spec. p. 4, 13, 16; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1933, I, p. 133.

preesistente, determinando così la cessazione della lite, se questa è già insorta, ovvero la rimozione di una situazione idonea a far insorgere una lite³²⁸.

Per individuare un negozio di accertamento non è requisito immancabile l'esistenza della lite: le parti possono essere o non essere in lite. L'accertamento può avere ad oggetto i soli fatti sui quali le parti concordano, senza prendere in considerazione le conseguenze giuridiche che dagli stessi derivano, ovvero può avere ad oggetto anche le situazioni giuridiche, trovando le parti un accordo non sui fatti, ma proprio sulle situazioni giuridiche. Ove si realizzi tale concordia e si rediga un negozio di accertamento, a differenza dell'ipotesi della stipulazione di una transazione, la lite non è composta, ma radicalmente esclusa eliminata con l'abbandono delle posizioni di contrasto³²⁹. Quindi la vera differenza tra il negozio transattivo e il negozio d'accertamento starebbe nella natura dei due strumenti: la transazione ha certamente un valore costitutivo perché interviene su una situazione preesistente, e la modifica, mentre il negozio di accertamento non costituisce una situazione giuridica, ma si limita a dichiarare, in conformità all'intento delle parti, la situazione giuridica preesistente.

Il problema di fondo è però accertare se i privati siano titolari di un potere di accertamento e come tali possano con loro atti negoziali, per così dire autenticare determinante situazioni e dichiararle. La dottrina sul punto sembra sostanzialmente concorde a riservare tale facoltà esclusivamente agli organi giurisdizionali – anche se sussistono in merito opinioni discordanti – riconoscendo ai privati solo il potere dispositivo, con la conseguenza, per l'interprete, di dover “accertare” il contenuto concreto del negozio di accertamento³³⁰.

Se si nega, quindi, il potere di accertamento ai privati, il c.d. negozio di accertamento viene ad acquisire una funzione sostanzialmente dispositiva, e come tale idonea a produrre delle modifiche del rapporto, e di conseguenza la questione relativa alla differenza tra il negozio transattivo e il negozio di accertamento, e alla

³²⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 2: “(...) il negozio di accertamento costituirebbe dunque lo schema dei negozi con i quali le parti possono superare la lite sia pure mediatamente, attraverso l'eliminazione della incertezza, sicché l'esame della figura si giustificerebbe già per contrapposto alla transazione, che è volta ad attuare direttamente la composizione della lite (...)”.

³²⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 3.

³³⁰ Larga ed autorevole dottrina nega la configurabilità di questo negozio, non avendo le parti il potere di accertare ma solo di disporre: F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 21; M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 34 e ss.; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 63; F. CARRESI, *Transazione (diritto vigente)*, cit., p. 484; Id. *La transazione*, in *Trattato Vassalli IX*, tomo 3, Torino, 1966, p. 47 e ss.; G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit. p. 8. Di parere discordante G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 51, il quale ammette di non avere idee chiare sulla questione generale, ma di nutrire “(...) tuttavia qualche dubbio sulla negazione tanto autorevolmente sostenuta (...)”.

assoggettabilità di quest'ultimo al regime dell'art. 2113 cod. civ. si traduce in una indagine sul contenuto del negozio stesso³³¹. Se il negozio di accertamento conterrà una rinuncia, una remissione di debito, o una transazione, sarà soggetto all'art. 2113 cod. civ.³³².

Orbene, è possibile, alla luce di questa breve riflessione sulle caratteristiche del negozio di accertamento e sulla sua assoggettabilità al regime dell'invalidità speciale dell'art. 2113 cod. civ., aggiungere un tassello alla questione della tassatività della previsione della detta norma in merito ai negozi assoggettati al suo regime. È evidente, come il problema del negozio di accertamento nasca in parte dal fatto che *in rerum natura* non esiste un numero chiuso dei negozi che le parti possono stipulare, come del resto prevede l'art. 1322 cod. civ.: i soggetti decidono di regolare i propri rapporti non sulla base di atti nominati e tipizzati, ma secondo le loro necessità; sarà quindi compito dell'interprete capire quale sia il significato giuridico di quei negozi e la loro tutelabilità, indagandone il contenuto. Ove dovesse riscontrare che le parti abbiano esercitato il loro potere dispositivo dismettendo dei diritti o abdicando da posizioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento, l'interprete dovrà concludere necessariamente per l'assoggettabilità di tali negozi al regime dell'art. 2113 cod. civ. indipendentemente dalla qualificazione formale di rinuncia e di transazione. In sostanza si dovrà fare la stessa identica operazione che la dottrina indica per la verifica del negozio di accertamento. Ecco perché alla luce di tali riflessioni sembra cadere in contraddizione quella dottrina che conclude ritenendo che l'art. 2113 cod. civ. non sia elevabile a sistema e che non abbia alcuna forza espansiva al di là delle due fattispecie espressamente contemplate³³³.

³³¹ La differenza tra il negozio di accertamento e il negozio transattivo viene in effetti individuata nella mancata deduzione nella sua struttura oggettiva della causa di scambio tra pretesa e contestazione: G. GIUGNI, *I limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 3 e ss. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 22 e ss.

³³² G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit. p. 8; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 63; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 52 che conclude "(...) una cosa è certa, come diversi hanno riconosciuto: che l'accordo, ove contenga una rinuncia da parte del lavoratore rispetto al massimo rivendicabile, è in ogni caso, se intercorso "privatamente", impugnabile (...)".

³³³ È favorevole alla tesi restrittiva M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 63; F. SANTORO PASSARELLI, *La Transazione*, cit., p. 121; G. GIUGNI, *I limiti legali all'arbitrato*, cit., p. 73 che scrive che la norma "(...) si inserisce nel quadro di una serie di interventi testuali diretti a comprimere nelle forme più varie, l'autonomia individuale nei punti in cui essa si presenta viziata alla base dallo squilibrio contrattuale tra le parti (...)".

4. IL POTERE DISPOSITIVO DELL'AUTONOMIA COLLETTIVA: LE TRANSAZIONI COLLETTIVE

Sebbene l'istituto sia certamente al di fuori dalla sfera di operatività dell'art. 2113 cod. civ., e formalmente esorbitante dalla stretta esegesi della norma, non può trascurarsi un cenno, seppur breve, al potere dispositivo dell'autonomia collettiva e alle cosiddette transazioni collettive, ovvero ai negozi dispositivi direttamente conclusi dalle associazioni sindacali. Ciò – si badi – non solo perché esse hanno costituito negli ultimi anni un tema vivace e problematico soprattutto in alcuni settori del diritto del lavoro della crisi, ma soprattutto perché tra la disponibilità individuale dei diritti e quella collettiva v'è certamente un nesso funzionale e si pone un problema di effetti sul piano dei singoli rapporti individuali da parte dei negozi dispositivi direttamente conclusi dalle associazioni sindacali³³⁴.

Come detto, la natura superindividuale del soggetto stipulante permette sin da subito di precludere l'applicazione della norma in esame, sia perché la stessa presuppone l'esistenza di un negozio dispositivo stipulato dal prestatore di lavoro sia perché anche la previsione dell'ultimo comma in tema di conciliazioni sindacali, non contempla, certamente, l'ipotesi della transazione collettiva, bensì l'attività di assistenza nel procedimento di stipulazione di una transazione ad opera dello stesso lavoratore³³⁵.

In verità, l'individuazione della stessa fattispecie della transazione collettiva – per la quale, del resto, non si rinviene alcuna disciplina legale – non appare agevole, in quanto si può parlare di transazione collettiva anche in occasioni di attività sindacali che esulano, in effetti, dalla materia di disposizioni di diritti cui comunemente ci si riferisce: così, in sede di interpretazione ed applicazione del contratto collettivo di lavoro sorgono

³³⁴ Ritengono esorbitante la trattazione del tema G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 115 e ss.; S. MAGRINI, *Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, cit., p. 849; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni* (diritto del lavoro), in Encicl. Del diritto, vol. XL, p. 984; M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 618; anche G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 14, ne accenna usando più che il nome di negozio, l'aggettivo "transattivo" in tema di trattazione delle conciliazioni collettive, quando si chiede se "(...) qualunque accordo a contenuto transattivo, intervenuto con mediazione sindacale debba ritenersi inoppugnabile a prescindere da ogni previsione contrattuale e sempre che vi sia stata un'effettiva ed autentica partecipazione del sindacato all'intero procedimento negoziale (...)" e quando nella medesima pagina menziona "(...) conciliazioni a carattere prevalentemente transattivo (...)" delle organizzazioni sindacali

³³⁵ S. MAGRINI, (*ibidem*), il quale afferma che non è, pertanto, giustificato lo scandalo da più parti sollevato "(...) per lesa maestà del sindacato (...)" nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale che ritiene non vincolanti per i lavoratori non aderenti gli accordi sindacali in materia di ristrutturazioni aziendali e di cassa integrazione guadagni e ciò evidentemente perché come ha sottolineato alla Suprema Corte (Cass. 2 aprile 1982. n. 2039 in Rep. Giust. Civ., 1982. voce *Lavoro (rapporto di)* n. 1701) in "(...) difetto di specifico mandato, l'accordo sindacale intervenuto in sede aziendale a fini transattivi non obbliga i lavoratori che non lo abbiano sottoscritto alle rinunzie in esso previste (...)".

controversie collettive tra contrapposte associazioni sindacali, che di frequente possono sfociare in un negozio transattivo “(...)come negozio terminativo della controversia (...)”³³⁶.

Di conseguenza, con l'espressione transazioni collettive ci si riferisce a quegli atti di autonomia collettiva posti in essere da soggetti sindacali, ma di cui sono destinatari i lavoratori³³⁷. La peculiarità dell'istituto – e al contempo il suo elemento di ambiguità e di dibattito – consiste proprio in questa caratteristica, ossia nel fatto che tramite la transazione collettiva gli agenti sindacali si propongono di definire i rapporti pendenti tra lavoratori e datori di lavoro attraverso la disposizione delle posizioni giuridiche acquisite dai singoli lavoratori: si verifica cioè una sfasatura tra i soggetti stipulanti l'accordo e la titolarità delle posizioni giuridiche oggetto di disposizione.

Non è trascurabile, proprio alla luce di tale elemento, l'opinione di chi osserva che, nonostante la natura transattiva di questi accordi si colga eminentemente nell'esame delle conseguenze che ne derivano sul piano della disciplina giuridica cui gli stessi atti sono soggetti, la definizione sarebbe frutto di un uso sostanzialmente atecnico della nozione di transazione collettiva come descrittiva di accordi collettivi che pur risolvendo un conflitto di interessi di dimensioni collettive, tuttavia sottende la soluzione di conflitti giuridici, anche potenziali, tra le parti individuali che ne sono destinatarie, incidendo direttamente o indirettamente nelle loro sfere giuridiche³³⁸.

Ed infatti, la transazione collettiva non è semplicemente il negozio dispositivo del sindacato corrispondente alla transazione individuale contemplata nell'art. 1965 e

³³⁶ L'espressione è di A. ARANGUREN, *Controversie individuali e controversie collettive di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, p. 39; T. TREU, *e diritti acquisiti degli associati nella contrattazione collettiva*, in *RDC*, I, p. 361, afferma che “(...) le transazioni collettive costituiscono il risultato di gran lunga più frequente della risoluzione in via intersindacale delle controversie giuridiche del lavoro (...)”; P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo ed autonomia individuale*, Padova Cedam, 1990, p. 320. Si osservi che il potere dispositivo del sindacato non si concretizza e realizza esclusivamente nella stipulazione di negozio dal sapore vagamente transattivo, bensì anche nella stipulazione di contratti collettivi che modificano precedenti regolamenti contrattuali, disponendo dei diritti.

³³⁷ A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, p. 275 e ss. Si devono comunque escludere dal novero delle transazioni collettive le conciliazioni concluse in sede sindacale dal lavoratore con l'assistenza di un soggetto collettivo ai sensi del comma 4 della stesso art 2113, le quali non costituiscono un autonomo negozio dispositivo, ma la modalità di stipulazione degli negozi dispositivi aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da norme inderogabili.

³³⁸ V. LECCESE, *Transazioni collettive e disposizioni dei diritti dei lavoratori*, in *GDLRI*, n. 50, 1992, 2, p. 290 e ss., rileva che nella dottrina giuslavoristica è frequente la definizione in termini meramente modificativi del negozio transattivo collettivo. In tal senso, A. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, DLRI, 1985, p. 717 afferma “(...) la rimozione delle situazioni individuali attraverso risoluzioni transattive collettive, viene letta come conseguenza di una modificazione della disciplina collettiva (...)”. CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 176; G. PROSPERETTI, *Le transazioni collettive (Premesse generali: autonomia e disposizione)*, Editore La Sapienza Roma, 1984, p. 15. Sempre V. LECCESE (*ibidem*) individua tra gli elementi essenziali e distintivi delle transazioni collettive ricomprende le reciproche concessioni e l'intento innovativo degli agenti contrattuali, cioè di “(...)modificazione della situazione giuridica preesistente (...)”.

nell'art. 2113 cod. civ., bensì è una formula avente una estensione semantica maggiore e comprendente qualsiasi atto compiuto dal sindacato con il quale si pone termine ad una lite di livello collettivo, aziendale o nazionale, con la stipulazione di un accordo o di un vero e proprio contratto collettivo, consistente in un accomodamento economico per il passato – con la rinuncia da parte dei lavoratori alle maggiori pretese astrattamente proponibili in giudizio – e in una regolamentazione da valere per il futuro³³⁹.

È quindi arduo – anche alla luce di tali riflessioni – distinguere nell'ambito dell'autonomia collettiva un'attività normativa diretta a porre la regolamentazione del rapporto di lavoro e un'attività propriamente dispositiva delle posizioni giuridiche consolidate nel rapporto, soprattutto se si considera che nelle ipotesi di crisi aziendale i due profili tendono a sovrapporsi³⁴⁰. Ma anche quando è possibile isolare le due diverse ipotesi, rimane da chiedersi se l'attività compiuta dalle associazioni sindacali che addiventano ad una vera e propria transazione che coinvolga diritti già entrati nel patrimonio dei prestatori di lavoro costituisca il legittimo esercizio di un potere, ovvero se, vengano in tal modo oltrepassati i limiti della azione sindacale. In sostanza, il problema che coglie gli atti dispositivi compiuti dai soggetti collettivi, riguarda proprio gli effetti che gli stessi possono spiegare nei confronti della sfera giuridica dei singoli lavoratori rappresentati e quindi se le pattuizioni intersindacali possano giuridicamente avere corso nel senso di impegnare direttamente i singoli lavoratori e provocare la rinuncia o comunque – transattivamente – la perdita dei diritti soggettivi.

La giurisprudenza si è ripetutamente occupata della problematica degli accordi collettivi a contenuto transattivo, giungendo, però, a soluzioni non univoche; ed infatti, come si evince dalle pronunce più risalenti, i giudici di merito, prendendo le mosse

³³⁹ Tale definizione si rinviene in G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 116 e 117, il quale sottolinea che per consolidato indirizzo giurisprudenziale il più recente contratto collettivo può ben disporre e derogare *in peius* per i lavoratori al contratto collettivo precedente.

³⁴⁰ G. GIUGNI, *La conciliazione collettiva*..., p. 861 distingueva tra transazioni collettive a contenuto normativo e transazioni collettive a contenuto non normativo; mentre le prime hanno la caratteristica di modificare la fonte regolativa del rapporto di lavoro individuale e sono esposte quindi alla sanzione della nullità per violazione del regolamento imperativo, le seconde, operando sul meccanismo di acquisizione dei diritti, attuano una disposizione di diritti soggettivi già acquisiti dai titolari dei singoli rapporti individuali, e si sottraggono al campo di applicazione del regolamento imperativo; nel medesimo senso F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, Napoli, 1961, p. 1127. G. PROSPERETTI, *Le transazioni collettive*, cit., p. 11, afferma che la nozione di transazione collettiva andrebbe, in effetti, riferita essenzialmente a quelle pattuizioni collettive di scarso contenuto normativo con le quali i sindacati dei lavoratori contrattano, specie a livello aziendale, materie quali la mobilità interna ed esterna, trasferimenti d'azienda, riduzioni di personale o di orario di lavoro, ricorso all'integrazione salariale, presupponendo la rinuncia dei singoli a diritti maturati e a specifiche tutele di legge. Anche per G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 115, il quale afferma che "(...) come l'esperienza largamente dimostra, le liti del lavoro sono spesso di massa per il fatto che nella sostanza la medesima pretesa è comune a molti lavoratori talora tutti componenti di una data categoria, in riferimento ad una certa normativa (...)".

dall'interpretazione dell'accordo interconfederale del 20 aprile 1956 in tema di definizione – in via transattiva – della controversia relativa alla natura retributiva dell'indennità di mensa, nella stragrande maggioranza dei casi hanno reputato invalida la transazione collettiva con la motivazione che disponeva di diritti individuali indisponibili del lavoratori³⁴¹.

Nella giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione si possono, invece, individuare due diversi indirizzi interpretativi. In base al primo si rileva che il sindacato assume per suo compito istituzionale la tutela degli interessi collettivi e nei riguardi degli interessi esclusivi dei singoli lavoratori associati svolge una mera funzione di assistenza. Orbene, essendo tale anche l'attività svolta in sede di conciliazione ai sensi dell'art. 411 c.p.c., la Suprema Corte riterrebbe che le organizzazioni sindacali non sono abilitate a disporre dei diritti dei lavoratori singoli, senza un previo specifico mandato, onde l'accordo sindacale a contenuto transattivo non può essere ritenuto vincolante, per i singoli prestatori di lavoro, in virtù del mero vincolo associativo³⁴².

In base al secondo indirizzo, la Corte accoglieva il principio che la transazione conclusa tra le rappresentanze sindacali e il datore di lavoro è vincolante per tutti gli associati all'organizzazione stipulante ed anche per i non associati che abbiano ritenuto di aderirvi. L'adesione – secondo questo orientamento – non richiede alcuna forma *ad substantiam* e può essere anche manifestata *per facta concludentia*³⁴³.

Come appare evidente da una analisi ricostruttiva della vincolatività di tali accordi incidenti sulla posizioni soggettive dei singoli, sono assenti normative che

³⁴¹ Quasi testualmente, P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo ed autonomia individuale*, cit., p. 323; G. GIUGNI, *I limiti legali all'arbitrato*, cit., p. 8; ed ID., *La conciliazione collettiva...*, p. 839 e ss.; in giurisprudenza, Pret. Genova 10 settembre 1957 in *Orient. Giur. Lav.*, 1958, p. 86; App. Milano, 20 maggio 1958, *ibidem*; Pret. Napoli, 14 maggio 1958, *Riv. Giur. Lav.*, 1958, II, p. 799; App. Trento, 31 gennaio 1959, *ivi*, 1959, II, p. 13; *contra* Pret. Rovereto, 15 gennaio 1958, in *Orient. Giur. Lav.*, 1958, p. 213.

³⁴² In tal senso Cass. 9 marzo 1982, n. 1482, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982, II, p. 450; Cass. 9 marzo 1982, n. 1484, in *FI*, 1982, I, p. 1201; Cass. 26 febbraio 1982, n. 1253, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 2121, relativa ad un accordo sindacale concluso in sede aziendale a seguito della cessazione concordata di scioperi ed agitazioni, ritenuto non vincolante per i singoli lavoratori e non preclusivo del diritto di chiedere in giudizio il pagamento dei crediti retributivi spettanti sulla base della contrattazione collettiva; Cass. 14 febbraio 1983, n. 1140, in *F.I. Rep.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 975, relativa al diritto all'inquadramento nella categoria contrattuale corrispondente alle mansioni espletate; Cass. 8 marzo 1986, n. 1584; Cass. 25 giugno 1988, n. 4323, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, II, p. 309 con nota di V. LECCESE, *Contratto collettivo, diritti individuali, potere transattivo delle organizzazioni sindacali*; Cass. 5 luglio 1990, n. 7050, in *FI*, 1990, I, p. 2803.

³⁴³ P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo ed autonomia individuale*, cit., p. 325. L'autore rileva che in alcuni casi alla Corte si è pronunciata su diritti maturati dai singoli lavoratori; in altri su accordi sindacali a seguito di scioperi e implicanti la rinuncia a far valere la tutela dei propri diritti; in altri casi ancora, la Corte ha deciso sull'inquadramento professionale o sull'anzianità maturata dai lavoratori. In giurisprudenza *ex plurimis* Cass. 20 agosto 1977, n. 3814, in *Giust. Civ. Mass.*, 1977, II, p. 1546; Cass. 8 maggio 1981, n. 3037, in *FI Rep.* 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2017; Cass. 24 maggio 1988, n. 3592, in *FI*, 1989, I, p. 457.

forniscano un supporto univoco³⁴⁴. E neppure la giurisprudenza della Suprema Corte si è ispirata ad un *iter* argomentativo univoco e rigoroso circa la ricostruzione dei limiti in ordine alla disponibilità del diritto, correlandoli alla fonte di attribuzione del diritto stesso³⁴⁵.

A questo punto, è necessario rispondere all'interrogativo che ci si è posti all'inizio: capire se queste pattuizioni possono avere giuridicamente corso nel senso della impegnatività rispetto ai singoli lavoratori.

La questione è in effetti complessa e controversa e non si rinviene concordia in dottrina. La soluzione che si dà solitamente al problema è negativa, poiché si sostiene che il sindacato non potrebbe disporre dei diritti ormai acquisiti dal lavoratore, necessitando il consenso del medesimo, quantomeno espresso per fatti concludenti. Ed infatti, sulla scorta della giurisprudenza della Cassazione e della dottrina prevalente si afferma che non è sufficiente l'iscrizione al sindacato a rendere vincolante per il lavoratore il risultato della transazioni collettiva, ma occorre o un mandato specificamente conferito all'organizzazione sindacale o una ratifica successiva da parte del lavoratore³⁴⁶. La transazione come stipulata dagli agenti sindacali, verrebbe ad assumere il valore di una offerta di un regolamento collettivo in grado di risolvere il conflitto, ma che comunque dovrebbe essere sempre accettato dalla parte interessata³⁴⁷.

Autorevole dottrina ritiene tale conclusione inaccettabile e, addirittura, socialmente mortificante per il sindacato³⁴⁸. Non sono individuabili, secondo Pera, ostacoli alla transazione collettiva, poiché, come è evidente, la lite a livello di rapporti

³⁴⁴ V. LECCESE, *ibidem*.

³⁴⁵ P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo ed autonomia individuale*, cit., p. 327; A. MARESCA, *Ancora sulla disponibilità in sede collettiva dei diritti individuali*, in RIDL, 1985, p. 685; V. LECCESE, *Transazioni collettive e disposizioni dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 325.

³⁴⁶ V. LECCESE, *Transazioni collettive e disposizioni dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 310; afferma l'autore "(...)ciò che conta, insomma, perché si abbia una transazione efficace e non impugnabile, con la conseguente improcedibilità della domanda giudiziale ex art. 2113 cod. civ. (...) è che la volontà del titolare del diritto si accompagni a quella del sindacato, indipendentemente dalla successione temporale (...)".

³⁴⁷ V. LECCESE, *ibidem*. Di contrario avviso G. PROSPERETTI, *Le transazioni collettive*, cit., p. 115/122, il quale sulla scorta della teoria di CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato* cit., p. 121, osserva che il lavoratore, iscrivendosi al sindacato si spoglierebbe del potere di esercizio di autonomia, come singolo, rimettendosi alle decisioni del sindacato quanto alla determinazione di condizioni minime di lavoro. in tal senso la volontà del singolo che aderisce al sindacato è di un globale rinvio all'autonomia collettiva non limitata alla fase genetica dell'inizio del rapporto di appartenenza, ma verificata e condizionata dalla permanenza del rapporto: così come il sindacato può disporre delle situazioni soggettive dei singoli non ancora esaurite, tramite la stipulazione di un contratto collettivo peggiorativo, altrettanto, il soggetto collettivo potrebbe disporre delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli lavoratori, per i quali l'adesione al sindacato equivarrebbe all'accettazione di tutto quanto il sindacato decide : si tratta cioè della c.d. teoria abdicativa dell'autonomia individuale.

³⁴⁸ In tal senso G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 118; tale conclusione viene formulata, per ammissione dello stesso autore "(...)sulle orme della più attenta dottrina (...)": si tratta di G. GIUGNI, *La conciliazione collettiva...*cit., p. 839.

individuali di lavoro può diventare generale a vario livello: così nel caso di interpretazione di una clausola del contratto collettivo nazionale, ovvero quando si controverta in merito alla applicazione di una clausola contrattuale e al contempo si valuti la salvaguardia dei livelli occupazionali raggiunti. Secondo questo orientamento, la disposizione di cui all'art. 2113 co. 4 cod. civ., non va intesa soltanto in chiave di assistenza per il singolo lavoratore indifeso, ma nel senso più ampio di tutela e di preminenza dell'interesse collettivo. In tal modo, almeno quando non interferiscano con norme inderogabili di legge, e tutto sia in termini di interpretazione e di applicazione della previsioni del contratto collettivo, non sussisterebbero ostacoli alla transazione collettiva. I singoli, quindi, indipendentemente dalla affiliazione al sindacato sarebbero vincolati solo perché il rapporto di lavoro di cui sono parti è regolato da quel determinato contratto collettivo³⁴⁹. Pertanto, sulla falsariga dell'art. 2113 co. 4 cod. civ., si sostiene che il sindacato come assiste il lavoratore nella fase di dismissione individuale del suo diritto, altrettanto potrebbe fare quando la lite non sia individuale, ma collettiva.

La soluzione autorevolmente proposta non convince totalmente, o meglio non appare recare un contributo decisivo in merito al problema che ci si è posti inizialmente e che ha dominato la trattazione di questo argomento: se la transazione collettiva sia in grado di interessare e compromettere i diritti individuali del singolo lavoratore. Ed invero, lo stesso Pera, afferma – come detto – che se non sussiste interferenza tra la pattuizione collettiva e le norme inderogabili di legge e la stessa sia in termini di interpretazione e di applicazione dei disposti collettivi, non sussiste alcun tipo di dubbio in merito alla ammissibilità, alla legittimità e all'ampiezza degli effetti della transazione. E sul punto in effetti non sorge alcun dubbio. Rimane però da capire quale sia l'efficacia di quelle transazioni che intervengono, ad esempio, in sede di trasferimento di azienda, di riduzione del personale, di modifica delle condizioni di lavoro, della durata della prestazione e che incidono direttamente nelle sfere giuridiche dei lavoratori.

Non esiste dubbio – e vi è accordo anche in dottrina – sul fatto che il tema della transazione collettiva, sebbene vi sia una assonanza terminologica, non abbia alcun tipo di connessione con la disciplina dell'art. 2113 cod. civ. La transazione collettiva di cui si occupa la norma citata non ha in comune elementi decisivi con la transazione individuale, tanto che appare essere un'operazione assolutamente arbitraria porre un collegamento tra i due negozi sul presupposto che l'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. racchiuda la soluzione della questione.

³⁴⁹ G. PERA, *ibidem*.

In verità, il sindacato è titolare dell'interesse collettivo, il quale deve essere considerato non certo come la somma dei singoli interessi individuali dei soggetti rappresentati, ma come la sintesi degli stessi. Come tale, non avrebbe la titolarità delle medesime situazioni giuridiche soggettive e non ne potrebbe disporre: l'iscrizione del lavoratore al sindacato non conferirebbe allo stesso il potere di disporre liberamente dei diritti del rappresentato, poiché con l'adesione all'associazione il lavoratore chiede protezione, e conferisce un potere rappresentativo solo in relazione alla vicende collettive, ivi compresa la stipulazione del contratto collettivo. Il sindacato è titolare di un suo esclusivo interesse che è quello collettivo; se si ammettesse il potere dello stesso di disporre sulla base della semplice iscrizione dei diritti individuali di ciascun lavoratore lo si creerebbe come un mandatario e si trasformerebbe ingiustificatamente l'adesione alla associazione nel conferimento di un mandato rappresentativo generale ed in bianco: un potere che neppure il sindacato istituzionale potrebbe forse vantare.

Si badi bene, la disponibilità collettiva dei diritti dei lavoratori è un tema delicatissimo, poiché il sindacato è spesso chiamato ad intervenire nella risoluzione di vertenze di livello aziendale, locale o nazionale che spesso vengono risolte con accordi contenenti regolamentazioni opinabili e che non sempre sono dirette a tutela dell'interesse collettivo dei lavoratori, ovvero non sempre contemplano misure idonee a difendere l'interesse dei lavoratori³⁵⁰.

Orbene, il sindacato non solo non è titolare dei diritti dei singoli lavoratori, ma è – con buona pace di autorevoli autori – un soggetto “di fatto” che rappresenta l'interesse collettivo sulla scorta di rapporti di forza e non secondo lo schema legale³⁵¹. Ed è proprio per questa ragione che si ritiene intangibile il diritto del lavoratore di

³⁵⁰ Si pensi per fare qualche esempio tratto dalla realtà del diritto al c.d. “accordo Atesia”, con il quale – con il beneplacito del governo – si è autorizzata la transazione “tombale” dei diritti e delle azioni dei lavoratori, inquadrati dapprima come collaboratori coordinati e continuativi, ma utilizzati come subordinati, in cambio di una assunzione a tempo indeterminato e parziale per uno stipendio di gran lunga inferiore ad un sussidio di disoccupazione. I lavoratori, con l'assistenza del sindacato, hanno sottoscritto tali transazioni rinunciando a far valere in giudizio le innumerevoli irregolarità compiute dal datore di lavoro, in cambio di un “piatto di minestra”. Lo stesso si dica per l'accordo sul “bacino” dei precari giornalisti siglato da Usigrai, e dalla Federazione Nazionale della Stampa, il quale tra clausole ambigue e vaghe impegna la Rai alla stabilizzazione del personale precario in un ampio arco di tempo in cambio dell'impegno degli interessati “(...)mediante sottoscrizione in sede sindacale di un apposito verbale di conciliazione – a non promuovere azione giudiziaria nei confronti dell'Azienda sino al termine (...) del 31 maggio 2013 (...)”, quando le azioni esercitabili sarebbero forse prescritte.

³⁵¹ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 118; sostiene l'autore – che ad oltre sessant'anni dalla soppressione dell'ordinamento corporativo è incongruo parlare ancora di sindacato di fatto per un soggetto che tratta quotidianamente con il padronato e con i pubblici poteri; il sindacato è “(...)un'entità (...) di fatto, ci si perdoni il bisticcio, giuridicamente riconosciuta (...)”. Probabilmente nella sostanza ha ragione l'autore, e può persino essere ovvio che anche il sindacato di fatto, come qualsiasi fenomeno giuridico riconosciuto dalla legge è un'entità di fatto, ma giuridicamente regolata. Però il sindacato non è una associazione qualsiasi: che lo si voglia o no finisce per esercitare funzioni istituzionali, onde la disciplina costituzionale.

valutare l'azione del sindacato ed apprezzarne il contenuto in ragione dei propri interessi.

Orbene, il difetto di potere rappresentativo del sindacato non deriverebbe dalla annosa ed insoluta questione dell'attuazione del comma 4 dell'art. 39 della Costituzione, anche perché, a voler immaginare un ordinamento intersindacale costituito da soggetti riconosciuti, registrati, dotati di personalità giuridica e capaci di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, potrebbero nutrirsi seri e fondati dubbi sulla legittimazione di tale sindacato a stipulare, in assenza di speciale preventivo mandato o di successiva ratifica, pattuizioni collettive aventi ad oggetto diritti quesiti dei singoli lavoratori. Il difetto rappresentativo deriva, invece, dalla stessa tipologia di diritti oggetto di disposizione che fanno capo non al soggetto collettivo, ma al prestatore di lavoro singolo.

In effetti, è necessario riflettere su un punto decisivo: se il sindacato è titolare dell'interesse collettivo e il lavoratore dei suoi diritti e del potere di disporne, deve trarsi la conseguenza che ciascun operatore nell'ambito e nel rispetto delle proprie prerogative potrà esercitare i poteri che l'ordinamento gli ha riconosciuto: ciò non appare né inaccettabile né socialmente mortificante. Così il sindacato potrà stipulare valide transazioni collettive aventi ad oggetto l'interpretazione dei contratti o altri diritti allo stesso facenti capo, nonché contratti collettivi che stabiliscano nuovi regolamenti contrattuali per il futuro, facendo salvi i diritti quesiti; il lavoratore, da parte sua, potrà disporre dei propri diritti validamente con l'assistenza del sindacato, o potrà conferire allo stesso il mandato di disporne, ovvero ratificare l'accordo negoziato.

In tal modo la transazione collettiva sarebbe tale solo nella sua fase di negoziazione, tornando ad essere individuale per l'accettazione o la ratifica da parte del lavoratore: si tratterebbe quindi di un negozio plurisoggettivo, una somma di transazioni individuali.

5. NATURA GIURIDICA ED EFFETTI DELLE C.D. "QUIETANZE LIBERATORIE" NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA

Connesso al tema delle rinunzie e transazioni – è più ampiamente dei negozi abdicativi del lavoratore – è quello della natura e del valore delle quietanze a saldo o liberatorie: capitolo di gran lunga il più tormentato e copioso nella giurisprudenza del settore³⁵².

³⁵² G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 56. G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 9, il sottolinea, che "(...) tuttavia, l'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale può essere in buona parte ridimensionata a seguito del consolidarsi di alcune linee

Si tratta di dichiarazioni rilasciate solitamente dal lavoratore al datore di lavoro alla fine del rapporto, con le quali il prestatore di lavoro all'atto di percezione delle spettanze dovute, attesta il ricevimento delle dette somme "a saldo di ogni pretesa" ovvero "a saldo, stralcio e transazione d'ogni suo avere per qualsiasi titolo o causa" dichiarando al contempo di "non aver null'altro a pretendere", nonché, a volte, aggiungendo esplicite rinunce a qualsivoglia altra pretesa.

Tali dichiarazioni – sostanzialmente formulari ed arricchite da consuete clausole di stile – vengono, spesso e volentieri, rilasciate su moduli appositamente predisposti dal datore di lavoro, che il lavoratore deve limitarsi addirittura – in certi e ricorrenti casi – a riempire negli spazi vuoti³⁵³.

Esse possono però assumere i contorni e i contenuti più vari. Può trattarsi di una mera quietanza e quindi attestare solo della dazione di determinate spettanze: una sorta si ricevuta di pagamento; può trattarsi di una "dichiarazione contrattata", contenendo sia l'attestazione del ricevimento di somme dovute a vario titolo, e contestualmente la rinuncia a pretendere eventuali e non computate differenze; in altri casi al prestatore di lavoro all'atto della firma della quietanza viene impedito di apporre qualsiasi tipo di clausola o di riserva sul documento, parlandosi addirittura da parte di taluno di violenza morale³⁵⁴. In altri casi ancora, il datore, proprio al fine di assicurarsi

interpretative (...)"; G. GIUGNI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 5, afferma che il tema delle quietanze a saldo "(...) ha invaso i nostri repertori e che, appunto, in base agli indici di essi, dovremmo forse considerare, insieme con quello delle qualifiche, l'argomento principale del contenzioso del lavoro (...)".

³⁵³ Si tratta, in sostanza di documenti nei quali il lavoratore dichiara di aver ricevuto dal datore di lavoro una certa somma a saldo di tutte le sue spettanze e nel contempo dichiara di non aver null'altro a pretendere. In verità la tipologie di clausole di stile che si rinveno nella pratica aziendale sono le più varie; ne dà contezza approfonditamente G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, in *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale dopo lo Statuto dei lavoratori e il nuovo processo del lavoro*, ricerca sistematica diretta da D. NAPOLETANO, Novara, Edipem, Roma, 1969, p. 710 e ss.

³⁵⁴ Di dichiarazione contrattata, scrive G. M. BERRUTI, *In tema di transazioni del lavoro*, in *Dir. Giur.*, 1979, p. 198; di quietanza con riserva, S. BONDU, *Dichiarazione di saldo e riserva di azione per maggiori diritti*, MGL, 1950, p. 234; C. VISCONTI TRASCA, *Effetti della dichiarazione di saldo seguita dalla riserva*, in *Temi gen.*, 1951, p. 427. Si osserva come, in effetti, l'apposizione di una riserva alla quietanza fa venir meno, o comunque, compromette la portata liberatoria della dichiarazione. In più, G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, cit., p. 714, afferma che, secondo la giurisprudenza prevalente, l'apposizione della riserva vale a palesare ulteriormente la volontà del lavoratore di escludere l'esistenza di una rinuncia o di una transazione col risultato utile di rafforzare la già presunta inefficacia negoziale dell'atto. In senso contrario, applicando l'antico brocardo *protestatio contra factum non valet* si dovrebbe ammettere il valore della dichiarazione e non della riserva, ma se quest'ultima – consistendo in qualcosa di ben maggiore di un semplice dubbio, essendo una manifestazione contraria di volontà – è contestuale alla dichiarazione non può che operare nel senso di escludere che al comportamento principale possa attribuirsi valore abdicativo. C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 785; D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Milano, 1953, p. 47.

della non impugnazione della quietanza, ricorre al pagamento dilazionato, che gli permette di far trascorrere inutilmente il termine dell'azione³⁵⁵.

Appare evidente come – innanzi a tale variegata tipologia – il problema della dottrina e ancor più della giurisprudenza sia stato quello di indagare e determinare quale sia il valore di queste quietanze, la portata del loro effetto liberatorio, nonché di capire, se – al di là del dato strettamente formale – esse integrassero un contenuto di tipo negoziale assimilabile ad rinuncia o ad una transazione, con le evidenti conseguenze in termini di decadenza ed impugnazione ai sensi dell'art. 2113 cod. civ.³⁵⁶.

La quietanza a saldo o liberatoria, in verità, tecnicamente consiste in un mero atto ricognitivo, il quale se, da una parte, ha l'effetto di certificare l'avvenuto pagamento di una determinata somma di denaro, dall'altra costituisce una mera dichiarazione del convincimento del prestatore di lavoro di essere stato soddisfatto nei suoi diritti. In tal senso, essa non integra una volontà di autoregolamento di interessi privati, bensì soltanto l'attestazione, contraria all'interesse di chi la rende, che è stato pagato un debito³⁵⁷.

In sostanza, una mera quietanza non integrerebbe – al di là delle formule di stile che possono essere utilizzate nella compilazione del documento – una volontà dismissoria ed abdicativa del lavoratore, tale da causare un assorbimento di tali documenti nell'alveo dell'art. 2113 cod. civ., e ciò sia per modalità di stipulazione – ci si riferisce alle c.d. sedi protette – sia per i termini di decadenza per l'impugnazione che nel caso di specie non decorrerebbero. Tali dichiarazioni, infatti, ove successivamente fossero riconosciute dal loro autore erronee, potrebbero, comunque, essere impugate dal dichiarante – il quale non incorrerebbe così in nessuna preclusione – nel termine di prescrizione del diritto vantato e non ancora soddisfatto³⁵⁸.

³⁵⁵ CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., p. 457.

³⁵⁶ G. FERRARO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 9, afferma che le formule solitamente utilizzate per le quietanze a saldo dei lavoratori hanno "(...) un contenuto promiscuo e composito, che va disarticolato nelle sue varie componenti (...)".

³⁵⁷ G. GIUGNI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 5. In verità la dottrina civilistica quanto alla natura della quietanza distingue tra il puro e semplice riconoscimento di pagamento, che viene configurato dalla giurisprudenza come un negozio unilaterale e, più precisamente, come confessione stragiudiziale e l'atto che contiene anche la dichiarazione liberatoria dell'obbligazione. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2° ed., Milano 1948, p. 63/64, in particolare parla di "atto ricognitivo" in cui troviamo la confessione stragiudiziale. Considerato quindi che il medesimo documento può contenere sia la dichiarazione di riconoscimento del pagamento, sia la dichiarazione liberatoria, il termine quietanza non assume un significato univoco, potendosi riferire a fattispecie di diverso tipo, giacché la dichiarazione di ricevuta del pagamento non sempre implica liberazione del debitore dall'obbligazione. P. LOCATELLI, *Quietanza (atto di)*, in N.mo D.I., vol. XIV, Torino, Utet, 1967, p. 705.

³⁵⁸ G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 10; conformi Cass. 16 dicembre 1982, n. 6959, in FI Mass., 1982; Cass 20 aprile 1985, n. 2627, in FI Rep., 1985, Voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 2593.

Orbene, affinché la dichiarazione di quietanza possa produrre una efficacia differente dal mero riconoscimento del pagamento deve contenere una serie di elementi che dimostrino la volontà negoziale del lavoratore di dismettere un proprio diritto e che permettano, in sostanza, di individuare i requisiti strutturali dell'atto di rinuncia, ovvero del negozio di transazione o di accertamento³⁵⁹. Del resto, è pur vero, che nel diritto e nella pratica del lavoro difficilmente si incontrano delle dichiarazioni di quietanza meramente ricognitive, poiché il datore di lavoro – che solitamente predispose tali atti – vi introduce di consueto dichiarazioni precise circa il superamento di ogni pretesa del lavoratore.

Pertanto, conformemente all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, si deve escludere un valore negoziale delle quietanze, se queste non esprimono una volontà negoziale del lavoratore diretta a transigere o a rinunciare ai suoi diritti disponibili, restando, così, semplici ed unilaterali manifestazioni di scienza attestante il convincimento dell'interessato di essere stato compiutamente soddisfatto di ogni pretesa³⁶⁰.

In difetto di tale volontà negoziale la quietanza a saldo costituirebbe niente più che una mera valutazione errata e non impegnativa per il lavoratore, cioè in sostanza una mera clausola di stile³⁶¹. Ciò non esclude che la quietanza a saldo possa contenere una vera volontà negoziale e quindi un contenuto abdicativo, ma ciò è rimesso, ovviamente all'accertamento del giudice di merito, con la conseguenza di determinare una progressiva riduzione interpretativa dell'area delle rinunce e delle transazioni in favore di una concezione che, senza negarne la possibile ricorrenza, lascia intendere il mero valore

³⁵⁹ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 782 scrive "(...) il confronto tra il momento logico e quello teleologico consente solo la conclusione che la parte ha inteso certificare l'avvenuto pagamento di una somma; per andare al di là di questo e reperire una non equivoca direzione ulteriore della volontà del soggetto occorrono elementi diversi dalle semplici formulazioni generiche, ancorché reperibili aliunde (...)".

³⁶⁰ G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, cit., p. 711. Sottolinea l'autore che tale orientamento non è stato "(...) avaro di diverse posizioni (...)", poiché la giurisprudenza ha variamente argomentato spostando i limiti della distinzione tra quietanza a saldo come tale e quietanza valevole come rinuncia o transazione. Così, nell'intento di ricondurre all'art. 2113 cod. civ. il sempre diffuso fenomeno delle quietanze a saldo, qualora il lavoratore dichiara di essere "(...) tacitato, anche in via di transazione stralcio e rinuncia (...)" si doveva individuare in tale dichiarazione un negozio transattivo; così la formula "(...) non aver null'altro a pretendere (...)" costituisce una manifestazione di volontà contenente una rinuncia implicita ad un diritto soggettivamente incerto o controverso soprattutto se la dichiarazione viene seguita da espressioni quali "(...) con espressa rinuncia a qualsiasi ulteriore richiesta o azione (...)".

³⁶¹ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 56.

formale delle quietanze, come tali utilizzabili ai soli fini probatori delle somme ricevute e talora dell'esistenza di fatti da esse sottesi o ammessi³⁶².

Secondo questo parametro, la dichiarazione liberatoria può contenere una rinuncia o una transazione, a patto che sia individuabile ed accertabile una particolare e specifica volontà dismissoria del lavoratore; così per la rinuncia, dovrà rilevare la precisa volontà di privarsi del diritto, ovvero dovranno essere individuati gli elementi costitutivi dell'atto³⁶³. Per la transazione, dovrà esservi stata una controversia risolta attraverso lo scambio delle reciproche concessioni, intendendosi in tal modo la quietanza come la fase finale della trattativa³⁶⁴.

Di conseguenza, in difetto di una volontà negoziale, la quietanza si riduce ad un personale convincimento del soggetto circa la completezza del pagamento, e nella stessa non è possibile rinvenire né una confessione, né un accertamento, né un qualunque altro negozio dismissivo.

In particolare, la dottrina tende a negare che la quietanza possa integrare un contenuto sostanzialmente confessorio, sul rilievo che a norma dell'art. 2730 cod. civ., le confessioni devono riguardare circostanze di fatto e non valutazioni giuridiche o semplici opinioni³⁶⁵. È pur vero che la quietanza nella parte in cui il lavoratore attesta e dichiara determinate circostanze di fatto – come di non aver prestato lavoro straordinario, di aver goduto del riposo settimanale o delle ferie – acquisisce su le dette circostanze un valore di confessione stragiudiziale e fa piena prova contro il lavoratore, salva la possibilità per quest'ultimo di revocarla ai sensi dell'art. 2732 cod. civ., fornendo la prova che la stessa sia stata determinata da errore di fatto o da violenza. Viceversa, ove nella medesima quietanza il lavoratore dichiara di aver svolto determinate mansioni di concetto o di ordine, di operaio o di impiegato, ovvero qualifichi la propria prestazione come subordinata o autonoma, la dichiarazione resa non può acquisire alcun valore confessorio, trattandosi di valutazioni tecniche “indisponibili” e rimesse

³⁶² G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, cit., p. 712. In tal modo si è assistito all'affermazione di un orientamento che ha finito col negare alle quietanze liberatorie ogni efficacia giuridica, ritenendole delle vere e proprie clausole di stile.

³⁶³ G. FERRARO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 10; Cass. 30 marzo 1980, n. 1792, in FI Mass., 1980.

³⁶⁴ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 56, fa questo esempio: “(...)può comprovarsi che il pagamento è avvenuto e il documento è stato rilasciato a conclusione di una concreta vertenza iniziata dal lavoratore per ben maggiori pretese, vertenza snodatasi con trattative ed incontri, fino al raggiungimento di una ipotesi transattiva (...)”.

³⁶⁵ In tale senso A. ARANGUREN, *La tutela dei lavoratori*, in Enc. Giur. del lavoro, diretta da G. MAZZONI, VII, Padova, 1981, p. 70; G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, in *Il diritto del lavoro nella esperienza giurisprudenziale*, ricerca sistematica diretta da D. NAPOLETANO, XII, Novara – Roma, 1969, p. 214.

all'apprezzamento del giudice³⁶⁶. Nel medesimo senso si esprime l'orientamento maggioritario della giurisprudenza che ritiene prive di effetti tali quietanze perché avrebbero ad oggetto diritti indisponibili del lavoratore³⁶⁷.

Su questa posizioni sembra ormai allineata la prevalente giurisprudenza la quale richiede elementi e requisiti ulteriori perché possa oggettivamente ricostruirsi una volontà negoziale abdicativa e dismissoria³⁶⁸.

In conclusione, il valore e l'efficacia della quietanza a saldo o liberatoria potranno essere tratti solo in via interpretativa dal prudente apprezzamento del giudice, il quale non dovrà basarsi esclusivamente i canoni interpretativi di cui all'art. 1362 cod. civ. e ss., bensì, principalmente, le regole dell'art. 1370 cod. civ., a norma del quale le clausole predisposte da uno dei contraenti si interpretano a favore dell'altro³⁶⁹.

³⁶⁶ Si aggiunga che dal punto di vista probatorio, in sede di impugnazione giudiziale, sarà il lavoratore a dover dimostrare che le somme riscosse sono inferiori a quelle effettivamente dovutegli. G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, cit., ed. 1969, p. 248, parla di negozio ricognitivo dell'estinzione delle obbligazioni del datore di lavoro, che ai sensi dell'art. 1988 cod. civ., farebbe presumere l'estinzione dell'obbligazione sino a prova contraria.

³⁶⁷ Un risalente orientamento giurisprudenziale (App. L'Aquila, 9 maggio 1958, in *Orient. Giur. Lav.* 1959, p. 322; App. Bologna, 31 maggio 1958, in *Riv. Dir. lav.*, 1959, II, p. 501) nega totale efficacia negoziale alle dichiarazioni di saldo, ritenendo che sarebbero affette da simulazione relativa. Aderisce a tale posizione G. IANNIRUBERTO, *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, cit., ed. 1973, p. 715, il quale afferma che tale indirizzo è "(...) più aderente alla realtà dei fatti che spesso dimostra come sotto l'apparenza delle confessioni stragiudiziali non vi sono che delle tacite rinunce a diritti derivanti da violazione di norme inderogabili (...)". Sarà ovviamente onere del lavoratore provare l'esistenza dell'accordo simulatorio e della sua imposizione da parte del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 1417 cod. civ.

³⁶⁸ G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 10, dove riporta un lungo elenco di sentenze con vari orientamenti giurisprudenziali: così la quietanza sarebbe una mera dichiarazione di scienza o disposizione è priva di qualsiasi effetto negoziale se non concorrono ulteriori elementi e non generiche formulazioni di stile. Cass. 16 dicembre 1982, n. 6959, in *FI Mass.*, 1982; Cass. 8 aprile 1976, n. 1234, in *Riv. Dir. lav.*, 1977, I, p. 116; Cass., 23 ottobre 1974, n. 3031, in *Giur. It.*, 1976, I, p. 362; la quietanza dovrebbe essere rilasciata a seguito di rivendicazioni precedenti di propri crediti esattamente individuati nella medesima quietanza: Cass. 8 luglio 1977, n. 3049, in *Giust. civ. Mass.* 1977, p. 1216; la quietanza per avere valore negoziale deve avere un chiaro elemento volitivo: Cass. 20 maggio 1976, n. 1819, in *Giust. Civ. Mass.*, 1976, p. 800; Cass. 28 maggio 1982, n. 3297, *FI Mass.*, 1982. Conforme anche la giurisprudenza più recente: Cass., n. 15737/2005; Cass., 26 maggio 2006 n. 12561; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449; Cass. 27 luglio 2005, n. 15737; Cass. 21 febbraio 2005, n. 3474; Cass. 26 maggio 2004, n. 10172; Cass. 11 luglio 2001 n. 9047, neganti esplicitamente efficacia negoziale alla quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore che considerano una mera dichiarazione di scienza. Analogamente si esprime Cass., n. 10172/2004, la quale considera la dichiarazione del lavoratore di rinuncia a maggiori somme, riferita, in termini generici, ad una serie di titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, "(...) idonea ad avere valore di rinuncia o transazione e quindi ad essere impugnabile nel termine previsto dall'art. 2113 c.c., a condizione che risulti provato sulla base del documento medesimo o altrimenti dimostrabile, che sia stata rilasciata con la consapevolezza, da parte del prestatore di lavoro, di diritti determinato o comunque determinabili obiettivamente e con il cosciente intento di abdicarvi o transigere sui medesimi (...)". Da ultimo, a conferma della precedente sentenza: Cass. 14 giugno 2006, n. 13731 si è ribadito che "(...) Questo tipo di dichiarazione può assumere il valore di rinuncia o transazione - con l'onere per il lavoratore di proporre impugnazione nel termine di sei mesi ex art. 2113 cod. civ. - solo qualora venga accertato che questo atto era stato sottoscritto proprio con la consapevolezza di riferirsi a diritti determinati o determinabili oggettivamente e con il cosciente intento di rinunciare o di transigere sui medesimi (...)".

³⁶⁹ A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 69; G. FERRARO, *ibidem*.

Sul punto però non vi è totale accordo in dottrina; si sostiene, infatti, che il giudice nell'interpretazione di dette clausole fa uso di un criterio che non potrebbe essere ricondotto a principi generali quali l'interpretazione a favore del lavoratore, bensì ad una valutazione del significato delle stesse, misurata sulla realtà dei rapporti sociali specifici cui tali dichiarazioni ineriscono³⁷⁰. In tal senso quando il lavoratore dichiara di non aver nulla a pretendere, secondo un dato di esperienza, non manifesta una volontà diretta ad un fine pratico, trasferendo il rischio sulla controparte la quale deve essere avvertita che, in ragione della posizione contrattuale di chi la emette, non può attribuirsi ad essa un valore di impegno negoziale³⁷¹.

Dissente dalla autorevole opinione Giuseppe Pera, il quale afferma che, innanzi a dichiarazioni di percepire “a saldo” dovrebbe trovare applicazione il canone ermeneutico dettato dall'art. 1367 cod. civ. secondo il quale, nel dubbio, le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo il quale non ne avrebbero alcuno³⁷². Del resto – a suo avviso – le parole utilizzate dalle parti non possono “(...)bellamente cancellarsi (...)”, e che qualora queste avessero un significato latamente abdicativo, graverebbe, quantomeno, sul lavoratore l'onere di provare il contrario, deducendo circostanze precise³⁷³.

Orbene, alla luce di tali contrapposti orientamenti dottrinari e delle posizioni giurisprudenziali sostanzialmente consolidate, resta, senza dubbio, controverso il problema applicativo e in particolar modo l'atteggiamento che deve assumere il lavoratore innanzi ad atti di tale tenore. Si badi, il problema nasce proprio dalla riconducibilità o meno nell'alveo dell'art. 2113 cod. civ. anche di questi documenti con

³⁷⁰ G. GIUGNI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, cit., p. 6. L'autore parte dalla premessa che le dichiarazioni formulari apposte alla quietanze del tipo “non avere nulla a pretendere” hanno una bivalenza semantica: possono costituire una dichiarazione negoziale nel senso di “non voglio più nulla a pretendere” ovvero, essere una dichiarazione di opinione “ritengo, penso di non aver nulla più a pretendere. Sarà quindi il giudice applicando i criteri ermeneutici a dover trarre il significato di tali clausole.

³⁷¹ G. GIUGNI, *ibidem*.

³⁷² G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 58. Per F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, p. 406, solo in particolari circostanze può derivarsi dal documento la prova del negozio abdicativo, fermo che questo presuppone la chiara consapevolezza nel lavoratore dei diritti rivendicabili. Esprime un parere fuori dal coro e favorevole al valore negoziale delle quietanze V. DELLE NOCI, *In tema di quietanza a saldo*, in *Giur. Merito*, 1981, I, p. 970, sollecitando la responsabilizzazione del lavoratore da non tenersi sempre “per mano”. P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 284 il quale afferma che non vale, ai fini negoziali e della dismissione, la mera convinzione di essere soddisfatto. Vivacemente critico D. R. PERETTI GRIVA, *Sull'efficacia delle quietanze a saldo*, in *Riv. Lav.*, 1932, p. 709, il quale afferma che le quietanze non sono rilasciate dal lavoratore con riserva mentale e che “(...)la riserva non potrebbe essere sconosciuta al datore di lavoro, al cui anche moralmente non commendevole fatto dovrebbe la riserva mentale dell'impiegato riferirsi (...)”.

³⁷³ G. PERA, *ibidem*.

le ovvie conseguenze del decorrere dei termini di decadenza e della stabilizzazione del negozio “inconsapevolmente” effettuato.

Ed infatti, se – come detto – la valutazione sulla consistenza della quietanza a saldo viene effettuata *ex post* dal giudice adito, solo in quella sede si potrà capire se la dichiarazione rilasciata aveva i requisiti per costituire, oltre che una dichiarazione di scienza e una ricevuta di pagamento, anche un vero negozio abdicativo. Ove da tale verifica, si accerti che la dichiarazione aveva un contenuto negoziale e per di più abdicativo, se il lavoratore ha proposto la domanda in tempo successivo alla scadenza del termine di decadenza previsto dall’art. 2113 cod. civ., le dimissioni eventualmente compiute sarebbero immodificabili e definitive. Se si considera la soggettività di tale giudizio e l’opinabilità di alcune decisioni dei giudici – nonché l’abilità di alcuni avvocati – ben si comprende lo stato di pericolo in cui versa un prestatore di lavoro che inavvertitamente abbia firmato la quietanza a saldo – magari proprio per ottenere le spettanze dovute e che altrimenti non gli sarebbero state corrisposte – e che nel dubbio della sua efficacia e validità tardi ad impugnarla oltre il termine di decadenza dell’art. 2113 cod. civ.

Prudenza vorrebbe, quindi, che il lavoratore – sempre che non si voglia accontentare delle azioni ordinarie con i connessi oneri della prova – ove abbia firmato tale documento alla cessazione del rapporto, lo impugnasse in ogni caso nel termine di decadenza di sei mesi, essendo questo l’unico espediente di cautela che può garantire il lavoratore innanzi ad una giurisprudenza eccessivamente interpretativa³⁷⁴.

³⁷⁴ G. PERA, *ibidem*, afferma che tale cautela non pare essere un onere eccessivo per un lavoratore medio. Si aggiunga che lo stesso datore, ove si voglia garantire da future azioni giudiziali, ben farà a stipulare qualsiasi tipo di accordo dal quale si possa dedurre una benché minima volontà abdicativa innanzi agli organi preposti, come previsto dall’art. 2113 co. 4.

CAPITOLO IV

L'IMPUGNAZIONE DELLE RINUNZIE E TRANSAZIONI: EX ART. 2113 COD. CIV.

1. L'AZIONE DI INVALIDITÀ DELL'ART. 2113 COD. CIV.: FORMA E CONTENUTO DELL'IMPUGNAZIONE

Si è già diffusamente trattato della natura dell'invalidità degli atti dismissivi del prestatore di lavoro aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili. Restano solo da illustrare gli strumenti predisposti dall'ordinamento affinché tale sanzione possa essere concretamente esercitata e fatta valere dai soggetti interessati; ed infatti, gli atti dismissivi compiuti dal lavoratore possono essere gravati alternativamente o congiuntamente tanto con l'impugnazione speciale sancita dall'art. 2113 nei termini di decadenza previsti, quanto con gli strumenti ordinari di invalidità per vizio della volontà nel termine prescrizione stabilito, che saranno però oggetto di successiva trattazione³⁷⁸.

Orbene, il testo originario dell'art. 2113 cod. civ. si limitava a stabilire che l'impugnazione doveva essere proposta nel termine di tre mesi, con la conseguenza che l'unico atto impeditivo della decadenza – trattandosi di annullamento di negozio per contrarietà alla normativa inderogabile – fosse la proposizione della domanda giudiziale con la notificazione alla controparte dell'atto introduttivo nel termine indicato dalla norma³⁷⁹.

³⁷⁸ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 60. Come si spiegherà nel prosieguo del presente capitolo gli atti dismissivi potranno essere impugnati facendo valere i vizi della volontà errore, dolo e violenza; inoltre, qualora si tratti di negozio transattivo restano possibili le impugnative previste dagli art. 1977 e ss. cod. civ. con esclusione di quella prevista dall'art. 1969 cod. civ. per errore di diritto che rimane assorbita dallo strumento speciale dell'art. 2113 cod. civ.

³⁷⁹ In tal senso Cass. 3 agosto 1977, n. 3454, in FI, 1978, I, p. 698. Nella vigenza del vecchio testo era sorta anche una questione – dalla quale oggi si può certamente prescindere – relativa al significato da attribuire all'espressione “impugnazione” usata dal legislatore al posto di “domanda” normalmente riferita all'azione di annullamento. L'uso del termine “domanda” sarebbe stato secondo U.

Con la novella del 1973, la norma è profondamente mutata; ed infatti, il legislatore, oltre a modificare i termini di decadenza, mutuando il modello già previsto dall'art. 6 della legge n. 604/1966 per i licenziamenti individuali, stabiliva che l'impugnazione deve essere proposta dal lavoratore entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro o dalla data in cui è stato effettuato il negozio dimissorio se successivo, con qualsiasi atto anche stragiudiziale idoneo a rendere nota la volontà del prestatore di lavoro³⁷⁵.

Il lavoratore, quindi, al fine di ottenere l'invalidazione degli atti abdicativi compiuti non deve più proporre la domanda giudiziale nel breve termine di decadenza, ma può scegliere tra l'impugnazione giudiziale o quella stragiudiziale. Nel primo caso, potrà adire direttamente il giudice purché il ricorso venga notificato al datore di lavoro nel termine di decadenza, non essendo sufficiente il deposito in cancelleria, avendo l'impugnazione carattere recettizio³⁷⁶.

Qualora, invece, il lavoratore scelga la via stragiudiziale, sarà sufficiente indirizzare al datore di lavoro nel termine di decadenza semestrale un qualsiasi atto scritto da cui risulti la volontà di impugnare il negozio dispositivo, tentando, in tal modo di indurre il datore di lavoro a soddisfare integralmente le sue pretese, senza dover

PROSPERETTI, *Questioni procedurali sulle rinunce e transazioni del lavoratore*, Dir. Lav., 1955, vol. XXIX, p. 189, tecnicamente più esatto secondo la terminologia del codice civile prevista dall'art. 1441 per l'annullamento. C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 765, ritiene tale dizione tecnicamente impropria e che poteva dare adito a qualche dubbio sulle modalità di impugnazione posto che le norme sulla decadenza "(...) fanno riferimento solo all'atto indicato dalla legge come l'unico idoneo ad impedirli (...)"

³⁷⁵ Fortemente critico sull'innovazione introdotta dal legislatore M.S. GIANNINI, *Prefazione*, GONNELLI, *Formulario dei Tribunali amministrativi regionali*, Roma, 1973, il quale ha scritto che "(...) a volte la voce del legislatore somiglia più ad un raglio che ad una parola (...)"; anche U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e transazioni*, cit., p. 499, il quale, però, più pacatamente afferma che "(...) il primo dovere di ogni onesto artigiano del diritto, cui si sottraggono alcuni interpreti magari in nome di nobili ideali che forse meriterebbero migliori paladini, è quello di cercare di inquadrare ogni nuova norma nel sistema (...)". S. MAGRINI, *Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, cit., p. 849, lamenta l'omissione dalla norma dell'inciso sulla possibilità di impugnazione del licenziamento individuale "(...) attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale (...)". L'autore non si spiega perché il sindacato sia legittimato ad impugnare in nome e per conto di un lavoratore iscritto il licenziamento individuale, magari relativo a fatti esclusivamente personali, mentre non sia legittimato ad impugnare in nome e per conto dello stesso lavoratore transazioni magari coinvolgenti almeno indirettamente interessi collettivi.

³⁷⁶ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 65; S. MAGRINI, *Rinunzie e transazioni*, cit., p. 849; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 609; M. PAPALEONI, *Sulle modalità di impugnativa delle rinunce e delle transazioni*, MGL, 1985, p. 548, il quale sottolinea come non sia sufficiente la spedizione nel termine, occorrendo l'arrivo nella sfera del destinatario; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 12; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, cit., p. 1001; in giurisprudenza Cass. Sez. Un. 18 ottobre 1982, n. 5395, in RGL, 1983, II, p. 565. Tale questione si era già posta prima della riforma del 1973, quando era prevalente l'opinione che nel termine di decadenza di tre mesi dovesse essere notificata la domanda alla controparte. Così . SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 764.

affrontare preventivamente l'alea e l'onere del giudizio³⁷⁷. Attesa la natura recettizia dell'atto stragiudiziale di impugnazione, occorre che sia data la prova della data certa, proprio in relazione alla perentorietà del termine di decadenza che non può essere né sospeso né interrotto; per questo motivo l'impugnazione dovrà avvenire in forma scritta a pena di inefficacia e dovrà essere recapitata al datore di lavoro o mezzo lettera raccomandata o a mezzo di ufficiale giudiziario.

L'atto di impugnazione stragiudiziale, però, a differenza della proposizione del ricorso *ex art. 414 c.p.c.*, configura una speciale condizione di ammissibilità dell'azione di annullamento il cui termine prescrizione decorre dalla data dell'impugnazione stessa, poiché anche a fronte della manifestazione della volontà del prestatore di lavoro di proporre il gravame avverso l'atto dismissivo, sarà sempre necessaria al fine di ottenere la declaratoria di invalidità del negozio dismissivo, la proposizione della domanda giudiziale³⁷⁸. L'impugnazione stragiudiziale costituisce, quindi, uno strumento che permette di ritardare l'esercizio dell'azione per un tempo pari alla durata del termine di prescrizione dell'azione, mortificando, di conseguenza, l'esigenza di certezza che era stata determinante per il legislatore codicistico³⁷⁹.

L'introduzione di tale forma di impugnazione delle rinunzie e delle transazioni del lavoratore ha suscitato una discussione in merito all'efficacia dell'atto stragiudiziale e alla funzione della sentenza emessa dal giudice successivamente alla proposizione della domanda nel termine prescrizione. Si è ritenuto che l'atto di impugnazione stragiudiziale fosse idoneo a produrre *ipso facto* la cessazione *ex tunc* degli effetti del negozio abdicativo, tanto è vero che è la stessa norma che parla di "impugnazione" e che l'ordinamento non pone vincoli a che derivi l'effetto di invalidazione del negozio

³⁷⁷ L'impugnazione stragiudiziale riveste integralmente le forme dell'impugnazione del licenziamento individuale previsto dall'art. 6 della legge n. 604 del 1966. Quanto all'atto di promozione del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.*, in sede sindacale o in sede amministrativa, si ritiene che non costituisca atto idoneo all'impugnazione del negozio dismissivo e ad impedire la decadenza dall'azione, a meno che la comparizione delle parti innanzi all'organo di conciliazione non avvenga nel termine semestrale e si rediga dell'incontro e della mancata conciliazione verbale scritto nel quale vengano enunciate le rivendicazioni del prestatore di lavoro. In tal senso, GHIDINI, *Diritto del lavoro*, cit., p.450; G. PERA, *ibidem*. In verità, lo stesso atto potrebbe valere come impugnazione stragiudiziale, ove lo stesso sia indirizzato oltre che alla commissione di conciliazione, anche al datore di lavoro e dall'atto stesso risultino le dette rivendicazioni.

³⁷⁸ Parla di condizione di ammissibilità, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 232. L'autore sottolinea come l'esercizio dell'azione sia soggetto a termine di prescrizione, mentre l'eccezione sarà sempre proponibile (*temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*).

³⁷⁹ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 66, il quale afferma che il datore di lavoro ha interesse in tali casi ad agire per accertare l'infondatezza dell'impugnazione; cfr. Cass. 27 giugno 1997, n. 5819, in MGL, 1997, p. 651; insiste particolarmente sulla esigenza del legislatore del 1942, U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 7.

dalla semplice impugnazione stragiudiziale senza la necessità di ricorrere ad un giudice³⁸⁰. Secondo tale orientamento il ricorso giudiziale non sarebbe necessario a far venire meno gli effetti, sebbene ad ottenere la pronuncia in merito alle ulteriori rivendicazioni, cosicché la sentenza avrebbe un valore meramente dichiarativo³⁸¹.

Tale tesi non sembra, in effetti, condivisibile, poiché in tal modo si permetterebbe al singolo interessato di annullare un negozio di rinuncia o un contratto di transazione con una semplice manifestazione di volontà³⁸². Peraltro, la semplice proposizione della impugnazione stragiudiziale – recapitando un atto con scritto “impugno il negozio” – in verità non sembra idoneo a produrre l’effetto invalidante, bensì ad impedire la decadenza e a permettere la futura proposizione della domanda giudiziale in un termine più lungo. Per di più appare una operazione opinabile, arbitraria e destituita di fondamento giuridico e pratico, quella di voler slegare l’impugnazione del negozio dismissivo dalla produzione degli effetti conseguenti. Quale vantaggio potrebbe il lavoratore trarre da una invalidazione di un negozio che non produce l’effetto concreto della reintegrazione dei diritti dismessi, e che per di più potrebbe consolidarsi ove nel termine di prescrizione non venisse proposta l’azione giudiziale, non è noto. Ben poco senso avrebbe una invalidità già consolidata di un negozio che però continua a produrre quegli effetti che il lavoratore voleva rimuovere³⁸³.

L’invio al datore di lavoro di una lettera contenente la manifestazione della volontà del lavoratore di impugnare il negozio precedentemente compiuto non produce l’effetto di cancellare l’atto gravato, bensì di informare la controparte delle proprie intenzioni e

³⁸⁰ G. PERA, *ibidem*, il quale adduce a prova della propria tesi il tenore letterale della norma che parla di impugnazione, la mancanza nell’ordinamento di una norma che impedisca tale conclusione e il fatto che il negozio abdicativo è intervenuto privatamente tra le parti e non nelle sedi protette e come tale esso è invalido. L. BINDA, *Alcune considerazioni sull’art. 2113 c.c.*, in *Giur. Merito*, 1976, I, p. 445 il quale parla della impugnazione come una clausola risolutiva espressa o una condizione risolutiva del rapporto; C. M. BARONE, *Rinunce e transazioni*, in A. PROTO PISANI-G. PEZZANO-C.M. BARONE-V. ANDRIOLI, *Le controversie in materia di lavoro. L 11 agosto 1973, n. 533*, Bologna, Roma, 1974, n. 551; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, p. 389 e ss.; A. M. PALMIERI, *Transazione*, p. 368, il quale afferma che l’impugnazione non sarebbe presupposto per l’azione giudiziale, configurandosi come atto di carattere ed avente effetti negoziali.

³⁸¹ Tale impostazione sembra essere avvalorata dalle dottrine processualistiche che in materia di impugnative negoziali hanno configurato il potere di annullamento come diritto potestativo sostanziale e non come diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale. In tal senso I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale, Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, p. 45; M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 582

³⁸² G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 12; V. DENTI-G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Milano, 1974, p. 265.

³⁸³ Di contrario avviso una recente giurisprudenza, Cass. Sez. Lav., 20 luglio 2004, n. 13466, secondo la quale “(...) L’impugnazione di una rinuncia o transazione ex art. 2113 cod. civ. da parte del lavoratore ne determina l’automatica caducazione anche se proposta oltre il termine di sei mesi prescritto dalla citata disposizione, essendo onere del datore di lavoro che intenda far valere la rinuncia o la transazione eccepire la decadenza del lavoratore dalla impugnazione nel termine di cui all’art. 416 cod. proc. civ. (...)”.

del fatto che ragionevolmente verrà proposta una azione giudiziale ove la stessa non ritenga di addivenire bonariamente a miti consigli. Gli effetti prodotti dall'atto abdicativo si continuano a produrre e non vengono minimamente scalfiti, fino a quando non verrà emessa – e magari eseguita – una sentenza del giudice che accerti la pretesa vantata dal lavoratore. Del resto – si rifletta – ove il lavoratore non adisca l'autorità giudiziaria nel termine di prescrizione dell'azione di invalidazione, il negozio si consoliderà con tutti i suoi effetti e l'aver manifestato la volontà impugnativa in via stragiudiziale rimarrà un semplice fatto storico privo di alcun rilievo giuridico. Non è pensabile, quindi, che l'atto di impugnazione stragiudiziale possa produrre un effetto da una parte talmente radicale che sia sufficiente una sentenza meramente dichiarativa per ufficializzare il vizio del negozio, e dall'altra rimanga un atto assolutamente inutile se non venga proposta l'azione giudiziale nel termine di legge. Peraltro, la validità dell'impugnazione stragiudiziale – e quindi la possibilità di esprimere i suoi effetti – è legata alla tempestività e alla regolarità della stessa; in caso di dubbio o di contrasto tra le parti, pertanto, sui tempi e i modi della proposizione della stessa, non potrà ad essa connettersi una efficacia invalidante che potrebbe rivelarsi potenzialmente claudicante: il giudice adito, invece, potrà valutare la tempestività dell'impugnazione, ove la parte resistente ne eccepisca la tardività, ed accertare infine i diritti delle parti.

Il lavoratore, quindi, dopo aver effettuato tempestivamente l'impugnazione stragiudiziale, deve sempre ricorrere al giudice al fine di ottenere con sentenza di accertamento costitutivo la declaratoria della invalidità del negozio dismissivo³⁸⁴. L'impugnazione stragiudiziale impedisce la decadenza e soltanto la successiva proposizione dell'azione in giudizio e la pronuncia del giudice determina l'annullamento del negozio, dovendosi, pertanto, escludere che l'art. 2113 cod. civ. contenga un'ipotesi di annullabilità dipendente dalla volontà di un contraente³⁸⁵.

Quindi l'impugnazione stragiudiziale ha come suo effetto quello della contestazione della validità del negozio dismissivo, ma solo la successiva instaurazione

³⁸⁴ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 232; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p.12; U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 8, afferma che "(...) l'impugnazione stragiudiziale non può determinare di per sé l'annullamento dell'atto, per il quale occorrerà pur sempre la domanda giudiziale e la relativa sentenza (...)"; L. RIVA SAN SEVERINO, *Lavoro....*, cit., p. 2; G. GHEZZI- U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 366; F. MAZZIOTTI, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 409; F. M. AGNOLI, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, Patron, 1974, p. 71 il quale sostiene che la vera impugnazione è quella successiva giudiziale in annullamento.

³⁸⁵ M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 582; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)* cit., p. 1001; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 12.

dell'azione innanzi all'autorità giudiziaria permette l'accertamento della invalidità e il soddisfacimento delle pretese derivanti dai diritti illegittimamente disposti.

Ciò detto, rimane da chiarire quale sia l'estensione della efficacia invalidante dell'impugnazione, ovvero se essa riguardi solo le singole clausole aventi ad oggetto diritti derivanti dalla normativa inderogabile, ovvero che il negozio dismissivo, considerato come un *unicum* insolubile venga travolto integralmente e in tutte le sue parti, senza differenza alcuna.

È pur vero che nel contratto di transazione tutte le clausole sono inscindibilmente legate tra di loro “(...)nel gioco e nel dosaggio delle reciproche concessioni (...)” e che in seguito alla impugnazione l'intero regolamento viene travolto³⁸⁶. D'altra parte, però, si afferma che l'invalidità non dovrebbe coinvolgere quei negozi giuridici autonomi che seppur integranti il medesimo documento, hanno un carattere autonomo, riguardando interessi avulsi dal tenore letterale del negozio dispositivo³⁸⁷.

Così, nell'ipotesi di transazione a contenuto misto, con le quali il lavoratore risolve consensualmente il rapporto di lavoro e contestualmente dismette propri diritti derivanti dalla normativa inderogabile, l'art. 2113 cod. civ. risulterebbe integralmente applicabile a tutto il negozio e alle sue clausole, ove non vi fosse una autonoma regolamentazione degli interessi relativi ai diritti disponibili³⁸⁸.

2. I SOGGETTI, LA FORMA E IL CONTENUTO DELL'IMPUGNAZIONE

Per quanto concerne la legittimazione all'esercizio dell'azione di impugnazione delle rinunzie e delle transazioni invalide – ovvero più ampiamente dei negozi dismissori

³⁸⁶ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 74; Cass. 6 luglio 1957, n. 2667, in FI, 1958, I, c. 885; Cass. 20 novembre 1957, n. 4437, in *Orient. Giur. Lav.*, 1958, p. 200; Cass. 17 giugno 1966, n. 1565, in MGL, 1966, p. 326.

³⁸⁷ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 763; in una risalente pronuncia si fanno salve le clausole vantaggiose per il lavoratore, App. Roma, 24 maggio 1955, in MGL, 1955, p. 118. Nella dottrina civilistica si è ammessa per la questione che ci occupa l'operatività della figura dell'annullamento parziale, così F. MESSINEO, *voce Annullabilità e annullamento, (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. II. Milano, 1958, p. 477; G. CRISCIUOLO, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, p. 364; F. CARRESI, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A.CICU-F.MESSINEO, XXI, 2, Milano, 1987, p. 648; A. TRABUCCHI, *voce Errore (diritto civile)*, N.mo D.I., VI, Torino, 1960, p. 672.

³⁸⁸ In particolare la questione è stata già affrontata trattando dell'ambito di applicazione della norma dell'art. 2113 cod. civ., nel capitolo 3 par. 2, quando ci si è posti il problema se i negozi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, fossero soggetti a tale disciplina. In quella sede si è risolta la questione affermando che il negozio di risoluzione in quanto tale non è soggetto alla disciplina vincolistica dell'art. 2113 cod. civ., purché non integri una fattispecie dismissiva; in tal caso la citata norma trovava applicazione integrale se non esisteva indipendenza ed autonomia tra le varie parti del negozio. Quanto alle dimissioni, oggi, a seguito della legge n. 188/2007 il problema non dovrebbe porsi, atteso che il lavoratore può recedere dal rapporto solo manifestando la propria volontà con un modulo prestabilito a pena di nullità. Si deve pertanto pensare alla sostanziale indipendenza dei vari negozi che saranno esplicitati anche sui documenti fisicamente differenti. Cfr. capitolo 3 par. 2.

compiuti dal lavoratore aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili – essa spetta, secondo il chiaro dato letterale della norma in esame, esclusivamente al prestatore di lavoro, ossia a colui il quale, in qualità di titolare del diritto soggettivo, aveva in precedenza compiuto la rinuncia o la transazione³⁸⁹. Il lavoratore, dunque, sarà l'unico soggetto legittimato a far valere le proprie ragioni nei termini e nelle forme di legge – di cui si darà nel prosieguo del capitolo – nei confronti del datore di lavoro, che è, per converso, il solo legittimato passivo dell'azione. Dal canto suo – ovvia precisazione – il datore di lavoro non potrà mai utilizzare lo strumento di impugnazione dell'art. 2113 cod. civ., poiché l'impugnazione è nell'interesse della parte lavoratrice, a favore della quale la norma inderogabile è stata predisposta³⁹⁰.

La legittimazione del lavoratore è quindi esclusiva, ma anche personale, non potendo il sindacato proporre l'azione se non munito di mandato dell'interessato, come si deve correttamente interpretare la norma, visto che il legislatore della riforma non ha mutuato anche tale forma di impugnazione dalla disciplina sui licenziamenti individuali³⁹¹.

³⁸⁹ La medesima legittimazione deve essere riconosciuta al lavoratore minore di età, che abbia stipulato il contratto di lavoro; se questi è abilitato ad esercitare i suoi diritti e quindi a poterli dismettere, sarà altrettanto legittimato ad esercitare le azioni predisposte dall'ordinamento a tutela degli stessi.

³⁹⁰ G. MASSART, *Le impugnative delle cosiddette quietanze liberatorie*, in *Dir. lav.*, 1960, I, 365.

³⁹¹ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 61; del medesimo avviso, G. FERRARO, *Rinunce e transazioni*, cit., p. 12. E. BOGHETICH, *Legittimazione attiva dei terzi a impugnare: art. 2113 cod. civ. e art. 6 l. n. 604/1966 a confronto*, in *MGL*, 1995, p. 63; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, cit., p. 1000, che spiega la esclusione del sindacato con la rilevanza meramente individuale e non collettiva degli interessi coinvolti nelle vicende di gestione dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro. Il riferimento alla legge sui licenziamenti individuali riguarda specificamente l'art. 6 della legge n. 604/1966, a mente del quale "(...)Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza (...) con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale (...) attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale (...)". Secondo tale norma, alla quale evidentemente il legislatore del 1973 si ispirò prendendo a prestito la forma dell'impugnazione tramite atto stragiudiziale, il sindacato ha una legittimazione propria all'impugnazione del licenziamento del lavoratore, formula che non è possibile rinvenire nella norma dell'art. 2113 cod. civ. Si deve segnalare, però, che la giurisprudenza (Cass. 16 giugno 1987, n. 5346, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 2497) ha ammesso in passato la legittimazione del sindacato ad esercitare l'azione di impugnazione – e a fortiori dello stesso legale – anche senza mandato, ritenendo che fosse decisiva la manifestazione di volontà del lavoratore, tenuto conto della difficoltà per quest'ultimo, in carenza di istruzione, di firmare, nonché il costo della procura. Di contrario avviso U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni*, cit., p. 9, il quale auspicava un intervento del legislatore proprio nel senso della sufficienza della denuncia sindacale; critico S. MAGRINI, *Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, cit., p. 848, il quale non capisce "(...)perché il sindacato sia legittimato ad impugnare in nome e per conto del lavoratore aderente un licenziamento individuale magari relativo a fatti esclusivamente personali del lavoratore, mentre non sia legittimato ad impugnare in nome e per conto dello stesso lavoratore transazioni, magari coinvolgenti almeno indirettamente – l'ipotesi è di frequente realizzazione – interessi collettivi (...)". Si attiene pragmaticamente al testo della norma COMITO, *La nuova disciplina delle rinunzie e transazioni*, cit., p. 45, mentre con un po' di imprudenza, P. SANDULLI, *La legge sul nuovo processo del lavoro*, cit., p. 4, ritiene ammissibile l'impugnativa sindacale purché risulti *ex post* la volontà del lavoratore. Sul punto dubita G. PERA, *ibidem*.

Parimenti, l'avvocato incaricato dal lavoratore – così come accade nell'impugnazione del licenziamento – dovrà essere munito di valido mandato³⁹².

Al contrario, in dottrina e giurisprudenza, non sorgono dubbi in merito alla legittimazione all'esercizio dell'impugnazione prevista dall'art. 2113 cod. civ. dell'erede del lavoratore, il quale pur essendo terzo, è il successore a titolo universale in tutti i diritti non strettamente personali pertinenti alla persona del *de cuius*³⁹³. Stando, in verità, alla lettera del comma 3 della norma, gli atti dismissivi possono essere impugnati con atto giudiziale o stragiudiziale del lavoratore. Dovrebbe, quindi, distinguersi l'ipotesi in cui il *de cuius* avesse già intrapreso l'azione, anche in via meramente stragiudiziale, dal caso in cui la morte intervenga durante il rapporto di lavoro o nei sei mesi successivi alla cessazione dello stesso o alla stipulazione dell'atto dismissivo se successiva. Mentre nel primo caso non potrebbe sorgere alcun dubbio in merito, poiché il lavoratore avrebbe già manifestato la volontà di impugnare la rinuncia o al transazione, nel secondo la soluzione non sarebbe – a mio avviso – è così scontata. Infatti, l'art. 2113 cod. civ. valorizza in generale la volontà del singolo lavoratore, e lascia a quest'ultimo la valutazione circa la convenienza e l'opportunità sia della stipulazione dell'atto dismissivo sia della sua impugnazione³⁹⁴.

L'erede, pur proseguendo la personalità del *de cuius*, non potrebbe effettuare una valutazione della convenienza in merito all'esercizio dell'azione di impugnazione, poiché

³⁹² La questione è discussa proprio per l'impugnazione del licenziamento, anche se la giurisprudenza prevalente è nel senso della necessità della procura. Le Sezioni Unite della Cassazione (Sez. Un. del 2 marzo 1987, n. 2179) hanno infatti sancito che “(...) *in tema di licenziamento individuale, l'impugnativa (...) può essere posta in essere unicamente dal lavoratore medesimo oltre che dall'associazione sindacale(...), da un rappresentante del primo munito di specifica procura scritta e quindi anche da un terzo, ancorché avvocato o procuratore legale sprovvisto di procura, il cui operato venga successivamente ratificato dal lavoratore sempre che tale ratifica rivesta la forma scritta e – come l'impugnativa – sia comunicata o notificata al datore di lavoro prima della scadenza del suddetto termine di decadenza (...)*”. Rimane, comunque, da segnalare che nella pratica del diritto, è buona “politica avvocatessa” – per utilizzare una espressione di Pera – non solo farsi rilasciare preventiva delega dal lavoratore, ma far sottoscrivere allo stesso l'impugnazione stragiudiziale sia del licenziamento, e per quel che ci riguarda in questa sede, anche delle rinunzie e delle transazioni.

³⁹³ Sul punto, nonostante qualche immotivata opinione discordante (Cass. 19 febbraio 1987, n. 1805, in MGL, 1987, p. 201), si segnala un sostanziale accordo in dottrina e in giurisprudenza. Si veda U. PROSPERETTI, *Questioni procedurali sulle rinunzie e transazioni del lavoratore*, in DL, 1955, I, p. 189; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 773; G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 11; G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 60 e ss. e anche se risalente e di merito, chiara e non successivamente contraddetta è la sentenza Tribunale di Genova, 19 gennaio 1954, in MGL, 1955, p. 33, la quale afferma “(...) *gli aventi diritto di un lavoratore defunto hanno pieno titolo alla impugnazione ex art. 2113 cod. civ. della quietanza rilasciata dal lavoratore stesso in costanza o alla fine del rapporto (...)*”.

³⁹⁴ C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, cit., p. 1004, sottolinea, infatti, che il sindacato svolge solo un'attività di assistenza, ma che la volontà di stipulare o impugnare è certamente del lavoratore che è l'unico soggetto in grado di valutarne la convenienza.

essa è riservata solo al lavoratore³⁹⁵. Resterebbe quindi da capire se l'erede possa impugnare con qualche altra azione, magari ordinaria, gli atti dismissivi del proprio dante causa, o se questo si trasformerebbe in un onere probatorio eccessivamente gravoso ed irrealizzabile, o addirittura se la morte del lavoratore – stante la categoricità del citato comma 3 – consolidi definitivamente l'atto abdicativo. Il che non potrebbe considerarsi una stranezza.

Diverso è il caso dell'impugnazione di transazioni effettuate dai successori *mortis causa* del lavoratore con il datore di lavoro successivamente alla morte del dante causa, per le quali non può essere riconosciuta la legittimazione all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2113 cod. civ.³⁹⁶. Ed in effetti, la spiegazione è chiara: se si riflette, il sistema predisposto dall'art. 2113 cod. civ. costituisce una tutela e una protezione a vantaggio del lavoratore e dalle stesse norme inderogabili derivano diritti del prestatore in dipendenza di un rapporto di lavoro; la norma in esame – come più volte detto – non costituisce un semplice divieto, ma vieppiù una norma permissiva ed autorizzatoria che indica al lavoratore e al datore di lavoro il procedimento corretto ed inoppugnabile per la dismissione dei diritti. Orbene, le azioni di impugnazione derivanti da tali negozi dismissivi e garantiti dall'art. 2113 cod. civ. saranno acquisite *iure successionis* dagli eredi che potranno farle valere, come se ad agire fosse il lavoratore, in forza della *fictionis iuris* dell'erede *alter ego* del *de cuius*, sempre che – secondo la lettura restrittiva che si è poc'anzi descritta – il lavoratore avesse già manifestato l'intenzione di esercitare tale azione e di impugnare l'atto compiuto. Diversamente, i diritti lavorativi, pur se derivanti da norma inderogabile, che l'erede ritroverà nell'asse ereditario, potranno essere oggetto di disposizione da parte sua, senza dover seguire alcuna procedura speciale, men che meno quella dell'art. 2113 cod. civ., che si riferisce al lavoratore. È il prestatore di lavoro, e lui solo, che se vuole disporre di quei diritti dovrà utilizzare determinate procedure; l'erede se vuole transigere con il datore di lavoro del dante causa, lo potrà fare secondo le regole ordinarie, anche se si tratta dei medesimi diritti³⁹⁷.

³⁹⁵ D'altro canto, se ci volessimo attenere al tenore letterale del comma 3 dell'art. 2113 cod. civ. dovremmo concludere che l'impugnazione possa essere esercitata solo dal lavoratore, ossia da quel soggetto che abbia tale qualità giuridica derivante dal rapporto di lavoro. L'erede pur succedendo a titolo universale al *de cuius* non ne potrebbe mai acquistare le qualità giuridiche personali derivanti da contratti già estinti prima della morte del proprio dante causa: l'erede come non diventerebbe mai locatore di un immobile il cui contratto è già scaduto prima della morte del *de cuius*, a maggior ragione non potrebbe acquisire la qualità di lavoratore nel rapporto di lavoro, nel quale la successione contrattuale non si verificherebbe in nessuna ipotesi, salvo espressa pattuizione. Ciò sembrerebbe limitare la legittimazione attiva al solo soggetto che possiede tale qualità e quindi al lavoratore stesso e solo al lavoratore.

³⁹⁶ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 62;

³⁹⁷ Si noti che è diverso il caso in cui l'erede rinvenga nell'asse ereditario una azione appartenente al *de cuius*, dal caso in cui vi trovi semplicemente il diritto. Nel primo caso, se l'azione è già stata

È anche ammessa in dottrina l'impugnazione dell'atto abdicativo da parte del creditore del prestatore di lavoro in via surrogatoria; infatti, a norma dell'art. 2900 cod. civ. il creditore può esercitare azioni che spettano al proprio debitore purché i diritti e le azioni abbiano natura patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che possano essere esercitati solo dal loro titolare³⁹⁸. Anche in questa ipotesi si pone il problema della personalità dell'azione, e se si accetta il principio secondo il quale l'art. 2113 cod. civ. rimette alla valutazione e alla volontà del singolo lavoratore la decisione in merito all'opportunità della stipulazione della sua impugnazione dell'atto dismissivo, dovrebbe concludersi per la soluzione negativa.

Più complessa è, invece, la questione relativa alla legittimazione all'impugnazione dei soggetti indicati nell'art. 2122 cod. civ. – coniuge, figli e se vivevano a carico del prestatore di lavoro, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado – che acquistano il diritto alla indennità di mancato preavviso e al trattamento di fine rapporto non *iure successionis*, bensì *iure proprio*. Orbene, mentre i nominati soggetti – successivamente alla modifica del regime dell'art. 2120 cod. civ. e alla previsione dei patti individuali – non possono più opporre le anticipazioni erogate dal datore di lavoro fuori dalle causali previste dalla legge, potrebbero comunque impugnare gli atti dismissivi compiuti dal loro dante causa, relativi alle loro spettanze; si tratterebbe cioè di atti non a loro opponibili, in quanto vantano un diritto *iure proprio* e quindi con un titolo autonomo³⁹⁹. Il problema, ancora una volta, si pone per gli atti transattivi compiuti dagli

esercitata, l'erede subentrerà nel processo secondo le regole fissate dal codice di rito; se l'azione non è stata ancora esercitata, ma non si è avuta né decadenza, né prescrizione, l'erede potrà secondo la dottrina maggioritaria, esercitarla come *alter ego* del proprio dante causa, che in verità l'aveva acquistata prima di morire, mentre secondo l'opinione espressa da chi scrive, l'azione potrebbe essere esercitata dagli eredi solo se il lavoratore, unico soggetto legittimo avesse manifestato la volontà di gravare l'atto dismissivo. Diversamente, se l'erede acquista un diritto del dante causa, e ne dispone, dal suo atto non potranno derivare le conseguenze che sarebbero derivate per il *de cuius* lavoratore, non essendo l'erede egli stesso il lavoratore, non avendo cioè tale qualità, ma essendo solo titolare di un diritto, genericamente lavorativo, ma acquisito *iure successionis*. È dalla qualità di lavoratore del disponente che deriva il diritto di esercitare una determinata azione e in particolare quella fissata dall'art. 2113 cod. civ.

³⁹⁸ C. SMURAGLIA *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 772; A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 84; M. NOVELLA *Le Rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 580; L. RIVA SAN SEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 477; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III p. 1006. Egualmente è riconosciuta, qualora ne ricorrano gli estremi, l'impugnazione dell'atto abdicativo mediante azione revocatoria, G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 11; A. ARANGUREN *ibidem*.

³⁹⁹ G. FERRARO (*ibidem*) fa riferimento a titolo esemplificativo alla rinuncia ad una anzianità effettiva. Conforme l'opinione di A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 81; G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 63. In verità secondo C. SMURAGLIA (*Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 773) dalle medesime conclusioni – trattasi di diritto che i nominati soggetti dell'art. 2122 vantano *iure proprio* – si dovrebbe escludere l'impugnabilità, lasciando, comunque, un dubbio sulla indennità di anzianità. Se invece, tali spettanze si intendessero come retribuzioni differite, secondo l'insegnamento della Corte, il titolo sarebbe ereditario con tutte le conseguenze.

appartenenti a tale speciale categoria di successibili successivamente alla morte del *de cuius*. Orbene, se si seguono le linee guida del ragionamento poc'anzi svolto, dovrebbe propendersi per la soluzione negativa, escludendosi la possibilità per tali soggetti di poter impugnare la transazione effettuata, non essendo essi stessi lavoratori e quindi non potendosi richiamare alla norma dell'art. 2113 cod. civ. e avendo perduto "i diritti del prestatore di lavoro" qualsiasi collegamento logico e funzionale con la prestazione di lavoro e quindi con le garanzie riconosciute al lavoratore⁴⁰⁰.

Al contrario – ma la tesi è effettivamente ardua – si è sostenuto che anche le transazioni compiute dai successibili di cui all'art. 2122 cod. civ. – quindi posteriormente alla morte del prestatore dante causa – debbano essere considerati *latu sensu* lavoratori; secondo questa autorevole opinione il diritto di cui si discute è di natura retributiva, il quale, secondo l'insegnamento della Costituzione, è diritto di tipo alimentare riferito anche ai bisogni della famiglia, spendibile proprio nei momenti di difficoltà come la morte del lavoratore e la perdita del reddito da lavoro⁴⁰¹.

Quanto, invece alla legittimazione passiva dell'azione di impugnazione di cui all'art. 2113 cod. civ., tenuto conto che il datore di lavoro è il destinatario esclusivo dell'azione, resta dubbio se nell'ipotesi di atto dismissivo compiuto durante un trasferimento d'azienda, l'azione di impugnazione sia esercitabile nei confronti del solo cedente ovvero sia riferibile anche al cessionario. Si è sostenuto che il cessionario trae vantaggio dalla transazione intervenuta tra lavoratore e cedente, con la conseguenza che si verificherebbe addirittura uno spostamento del termine per l'impugnazione⁴⁰². L'atto dismissivo, in sostanza, passerebbe al cessionario in forza dell'accollo cumulativo derivante dall'art. 2112 cod. civ., e l'impugnazione potrebbe essere proposta nei confronti del nuovo datore di lavoro⁴⁰³.

In verità si dovrebbe distinguere tra l'ipotesi del passaggio del rapporto al cessionario, per la quale l'opponibilità è indiscussa, dal caso in cui il rapporto si è estinto – purché legittimamente – sotto il cedente. In tale caso non dovrebbe escludersi la solidarietà tra cedente e cessionario proprio ai sensi dell'art. 2112 co. 2. Ad ogni modo,

⁴⁰⁰ G. FERRARO, *ibidem*.

⁴⁰¹ In tal senso G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 63; lo stesso autore richiama A. TORRENTE, *Transazione in tema d'indennità per causa di morte del lavoratore*, in RGL, 1965, II, p. 217.

⁴⁰² U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni*, cit., p. 97 e 177.

⁴⁰³ In senso critico, R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., p. 464; F. CARRESI, *La transazione*, cit., p. 188, il quale ritiene che la transazione conclusa con il cedente vincolerebbe il cessionario, ove risulti nei modi previsti nell'art. 2112 cod. civ., per una sorta di accollo cumulativo. A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 72, afferma che ove la transazione sia intervenuta con il precedente imprenditore e questi non adempia, il lavoratore non possa agire nei confronti del nuovo imprenditore.

anche in questa ipotesi, sarebbe prudente proporre l'impugnazione nei confronti di tutti i datori di lavoro che si sono succeduti nel tempo⁴⁰⁴.

3. I TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE: DECADENZA E PRESCRIZIONE DELL'AZIONE

Per quanto concerne i termini entro i quali esercitare l'azione di impugnazione dei negozi dismissivi di diritti sanciti da norme inderogabili, la novella del 1973 ha profondamente innovato la precedente disciplina prevista dall'art. 2113 cod. civ.

Il legislatore del 1942, infatti, aveva stabilito un termine di tre mesi per l'esercizio dell'impugnazione – che, come detto, poteva essere solo di tipo giudiziale – decorrente dalla data di cessazione del rapporto di lavoro o dalla data dell'atto abdicativo se successiva alla stessa: il lavoratore doveva impugnare giudizialmente il negozio dispositivo compiuto, premurandosi di notificare al datore di lavoro la domanda entro il medesimo termine.

Il testo novellato dell'art. 2113 cod. civ. – prescindendo dall'introduzione dell'impugnazione stragiudiziale di cui si già è profusamente discusso, e che ha, comunque, un'importante conseguenza anche in relazione alla determinazione dei termini di impugnazione – detta invece una disciplina più complessa relativa ai termini per proporre il gravame, prevedendo che il prestatore di lavoro potrà impugnare il negozio dispositivo entro il termine di sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione se successiva, sia con la proposizione di un ricorso *ex art. 414 c.p.c.*, sia per mezzo di un atto stragiudiziale con il quale sia manifestata alla controparte la propria chiara volontà di contestare la validità del detto negozio⁴⁰⁵. In tale secondo caso, attesa l'inidoneità di tale strumento, di per sé, di determinare l'annullamento del negozio, il lavoratore dovrà proporre successivamente un'azione giudiziale volta all'accertamento dell'invalidità del negozio e al riconoscimento dei diritti invalidamente rinunciati⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 64

⁴⁰⁵ Critico sul punto S. MAGRINI, *Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, cit., p. 849, il quale ritiene che la modifica del termine sia stata dettata esclusivamente da una opzione ideologico politica del legislatore del 1973, "(...) al di sotto della quale non pare poter cogliere qui alcuna esigenza tecnica, posto che il termine trimestrale previgente non aveva dato luogo – per quanto ne sappiamo – ad inconvenienti o a distorsioni applicative (...)". In tal modo – continua l'autore – viene agevolato il lavoratore che può meglio ponderare la convenienza ad esperire l'azione di impugnazione, ma viene, contestualmente, sacrificato l'interesse del datore di lavoro a un rapido chiarimento della situazione pendente.

⁴⁰⁶ Quanto all'inidoneità dell'atto stragiudiziale di raggiungere l'effetto dell'annullamento del negozio dispositivo, si veda questo capitolo par. 1.

Il lavoratore, quindi, qualora scelga la strada dell'impugnazione stragiudiziale – che, peraltro, si palesa, nella pratica, essere la via consueta – non solo potrà valutare con più comodità la convenienza all'impugnazione giudiziale, tentando, oltretutto, di risolvere bonariamente la controversia, ma otterrà, come conseguenza, il prolungamento del tempo per la proposizione della domanda giudiziale: si ha in tale ipotesi la combinazione di un termine di decadenza di sei mesi e di un termine di prescrizione entro il quale proporre l'azione⁴⁰⁷.

Orbene, nel silenzio della norma dell'art. 2113 cod. civ., occorrerà, innanzi tutto, stabilire proprio la durata del termine entro il quale l'azione giudiziale potrà essere proposta qualora il lavoratore abbia optato per l'impugnazione del negozio dismissivo in via stragiudiziale, desumendola ovviamente dal sistema.

Per individuare il termine di prescrizione dell'azione di invalidazione sancita dall'art. 2113 cod. civ. è necessario qualificare il tipo di invalidità che colpisce le rinunzie e le transazioni aventi ad oggetto diritti previsti da norme inderogabili. Ed infatti, l'ordinamento civilistico contempla un tipo di invalidità assoluta – la nullità dell'art. 1418 cod. civ. e ss. – imprescrittibile ed insanabile e una invalidità relativa – l'annullabilità di cui all'art. 1425 cod. civ. e ss. – soggetta a termine di prescrizione e sanabile. Orbene, nonostante l'invalidità prevista dall'art. 2113 cod. civ. non integri in modo pieno ed esclusivo nessuna delle due tipologie descritte, dottrina e giurisprudenza hanno concordemente accolto l'inquadramento dell'invalidità prevista dalla norma come annullabilità, stabilendo di conseguenza, che il termine di prescrizione dell'azione non può che essere quello quinquennale sancito dall'art. 1442 cod. civ.⁴⁰⁸.

In verità, la sanzione prevista dall'art. 2113 cod. civ. condivide dell'annullabilità il fatto di essere sottoposta ad impugnazione e di costituire, quindi, una forma di invalidità relativa dell'atto: un'azione con legittimazione relativa, riservata nel caso di specie esclusivamente al prestatore di lavoro, ma non certo i presupposti che non sono né l'incapacità del soggetto stipulante il negozio dismissivo, né, d'altronde, un vizio della volontà dello stesso. D'altro canto, pur fondandosi la sanzione sulla violazione della

⁴⁰⁷ U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e delle transazioni*, cit., p. 500, afferma che tale combinazione "(...) di un atto preliminare soggetto ad un breve termine di decadenza e dell'esercizio dell'azione in un termine di prescrizione (...)" potrebbe essere assimilato al paradigma dettato nell'art. 1495 cod. civ. per la proposizione dell'azione di garanzia nella compravendita. In tale ipotesi, abbiamo un termine di otto giorni per la denuncia per vizi e un termine di prescrizione di un anno.

⁴⁰⁸ La questione è stata ampiamente trattata nel corso del capitolo 2 par. 2 nel quale si è dato atto delle diverse opinioni in merito, mettendo in evidenza qualificazioni e contraddizioni. Ad esso si rinvia per qualunque ulteriore approfondimento.

norma inderogabile, non può parlarsi di nullità *ex art.* 1418 cod. civ., essendo comunque l'azione sottoposta a termine e il vizio sanabile⁴⁰⁹.

Alla luce di tali riflessioni, la dottrina più attenta classifica l'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del lavoratore come della specie dell'annullabilità, condividendo della stessa svariati requisiti⁴¹⁰. Non si tratterebbe di annullabilità *tout court*, bensì di una sanzione che per le sue caratteristiche può essere attratta nell'alveo delle annullabilità, pur difettandone integralmente i presupposti. La conseguenza automatica di tale classificazione è l'applicazione della norma dell'art. 1442 cod. civ. la quale prevede la prescrizione dell'azione in cinque anni, ammettendo, comunque l'eccezione di annullamento senza limiti di tempo.

È pur vero, però che la non perfetta riconducibilità della non validità delle rinunzie e transazioni nei paradigmi civilistici, può far ritenere con fondatezza che la sanzione prevista dall'art. 2113 cod. civ. costituisca, in effetti, una invalidità speciale⁴¹¹. Ed infatti, l'uso del termine impugnazione al posto di domanda, l'uso della formula invalidità al posto di nullità o annullabilità, l'irrelevanza dello stato psicologico del soggetto disponente, la straordinaria sanzione della sostituzione automatica delle clausole derivante dal combinato disposto dell'art. 2113 cod. civ. con l'art. 2077 cod. civ., fa in effetti pensare che la sanzione di cui all'art. 2113 cod. civ. assomigli di più ad una invalidità speciale non sussumibile in nessuno schema preconfezionato, ma *tertium genus* nell'ordinamento. E si badi, tale conclusione – come detto – non ha un rilievo sistematico o meramente descrittivo, bensì ha come conseguenza che nel silenzio della norma, trovi applicazione la prescrizione ordinaria decennale, anziché l'art. 1442 cod. civ.⁴¹².

⁴⁰⁹ È per questi motivi che si è detto, parafrasando una nota espressione di Carnelutti, che l'invalidità dell'art. 2113 cod. civ. ha l'anima della nullità, ma il corpo dell'annullabilità. In tal senso si veda capitolo 2 par. 2 p. 62 del presente lavoro.

⁴¹⁰ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 232.

⁴¹¹ In tale senso M. BUONCRISTIANO, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 589; L.A. COSATTINI, *Rinunce...*cit., p. 617; A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti del lavoratore*, cit., p. 44; non esclude la fondatezza della teoria C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, cit., p. 988. Tale qualificazione, in verità, è rispondente alla riluttanza da parte della dottrina giuslavoristica di costringere negli schemi civilistici istituiti che poco o niente hanno con essi a che fare; in merito, G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, cit., p. 9, secondo il quale tali tentativi sistematici hanno nella migliore delle ipotesi un valore meramente descrittivo, nella peggiore inducono deviazioni e travisamenti. La stessa P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., par. 1 e 2, spec. p. 2, 4 e 5 in modo molto critico, definisce l'invalidità di cui all'art. 2113 cod. civ. come neutra, e la inquadra, in una sua visione molto personale della norma, vista come un "(...) arzigogolo, meccanismo empirico creato dalla giurisprudenza corporativa e perpetuato dalla dottrina (...)".

⁴¹² Tale conclusione la si può ritrovare anche in M. BUONCRISTIANO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 590. In questo lavoro capitolo 2 par. 2 p. 61 nota 181. In effetti, vi sono due dati positivi che non vanno trascurati: il primo riguarda la presenza nell'ordinamento di una prescrizione ordinaria decennale di tipo residuale e di una prescrizione speciale quinquennale per gli istituti per cui

Ciò nonostante dottrina e giurisprudenza hanno preferito l'applicazione del termine "breve" quinquennale, che già, comunque, mal sembra conciliarsi con la stessa *ratio* della norma dell'art. 2113 cod. civ. della certezza del diritto: è più che evidente che la possibilità di esercitare l'azione in un termine non di tre o sei mesi, ma addirittura di cinque anni, frustra e mortifica tale esigenza, sottoponendo il datore di lavoro alla possibile rivendicazione dei diritti per un periodo assai lungo di tempo. Ed è forse in quest'ottica che si può ritenere controindicata e pregiudizievole la prescrizione decennale dell'azione. È pur vero, però che, nonostante sia previsto un così lungo tempo per la proposizione dell'azione in caso di impugnazione stragiudiziale, la previsione del breve termine di decadenza di sei mesi, sottoponendo ad un termine perentorio l'esercizio del diritto potestativo di impugnazione, integra, in effetti, la funzione di certezza del diritto⁴¹³.

Oggi il sistema, quindi, ha assunto queste sembianze: il lavoratore potrà proporre l'impugnazione a pena di decadenza nel termine di sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data di compimento del negozio dispositivo se successivo o tramite domanda giudiziale – notificando il ricorso *ex* art. 414 cod. proc. civ. tempestivamente al datore di lavoro – ovvero tramite atto stragiudiziale recettizio contenente la manifestazione di volontà di impugnare il negozio, riservandosi, in tale seconda ipotesi, la possibilità di esercitare l'azione nel termine quinquennale di prescrizione. Orbene, tale termine non potrà essere prolungato *ad libitum* dal lavoratore notificando alla controparte in occasione della scadenza ripetuti atti di costituzione in mora: l'azione di annullamento non riguarda l'adempimento di un debito, sicché il relativo termine di prescrizione non può essere interrotto mediante atto stragiudiziale di costituzione in mora, ma soltanto dalla domanda introduttiva del giudizio⁴¹⁴. La decadenza, inoltre, non

è espressamente prevista. Orbene, nel caso di specie, a fronte di una sanzione non facilmente assorbibile negli schemi civilistici, e del silenzio della norma in merito, non sarebbe peregrina l'ipotesi di una prescrizione ordinaria per l'azione, o quanto meno non dovrebbe essere considerata impossibile, in modo preconetto.

⁴¹³ E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 232. L'autore afferma infatti che la norma agisce secondo due direzioni: da una parte tutela l'interesse del prestatore di lavoro contro le conseguenze dell'inerzia posticipando la decorrenza del termine alla cessazione del rapporto, dall'altra tutela l'interesse del datore di lavoro, "(...) disponendo in conseguenza della decorrenza del termine l'accertamento delle reciproche posizioni soggettive attraverso la preclusione dell'azione spettante al prestatore (...)".

⁴¹⁴ In tal senso A. VALLEBONA, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 613; la medesima situazione può aversi con l'azione di impugnazione del licenziamento, la quale dovrà essere esercitata nel termine di prescrizione quinquennale salvo aver ottemperato all'impugnazione a pena di decadenza nel termine di 60 giorni dall'intimazione dello stesso. In giurisprudenza, *ex plurimis* Cass. 30 gennaio 1985, n. 575, FI, 1985, I, 369; Cass. 23 agosto, 2000, n. 11020, GL, 2000, n. 39, 34. Di contrario avviso appare U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e transazioni*, cit., p. 500, il quale afferma che il nuovo sistema crea un'inversione dell'onere dell'azione in capo al datore di lavoro, il quale avrà interesse ad accertare la situazione prima della scadenza del termine di prescrizione per il lavoratore,

potrà essere rilevata dal giudice, ma dovrà essere eccepita dalla parte che ne abbia interesse, nella prima difesa utile, costituendo una eccezione propria⁴¹⁵.

Ulteriore questione si pone in merito alla decorrenza del detto termine di impugnazione, il quale – come si è visto – derogando alla disciplina civilistica, decorre dalla data di cessazione del rapporto o dalla data del compimento del negozio dismissivo se successiva alla stessa⁴¹⁶.

Si esigono, dunque alcune precisazioni, nonostante il tenore letterale della norma appaia sostanzialmente chiaro e di facile applicazione.

Ed infatti, regola fondamentale ed unanimemente riconosciuta in dottrina e giurisprudenza è che, nell'ipotesi di stipulazione del negozio dispositivo successivamente alla cessazione del rapporto, il termine di impugnazione decorrerà dalla data di compimento del negozio e non dal giorno eventualmente successivo nel quale è collocata, per previsione contrattuale, l'esecuzione della prestazione – anche se nella maggior parte dei casi i due momenti coincidono – né dalla realizzazione della condizione eventualmente prevista nel negozio per l'operabilità del patto⁴¹⁷. Ed infatti, è necessario scongiurare in tutte queste ipotesi le eventuali pratiche furbesche e truffaldine dei datori di lavoro che impedirebbero così di fatto al lavoratore di impugnare in tempo utile l'atto dismissivo.

dato che questi potrebbe, in ipotesi, interrompere ripetutamente il corso della prescrizione con ogni atto che ai sensi dell'art. 2943 valga a costituire in mora il debitore.

⁴¹⁵ Cass. Sez. Lav., 12 ottobre 1987 n. 7550 “(...) *La decadenza del lavoratore dal diritto d'impugnare una rinuncia ai sensi dell'art. 2113 cod. civ. costituisce oggetto di un'eccezione propria – cui si applicano le preclusioni degli artt. 416 e 437 cod. proc. civ. – e non può essere dichiarata d'ufficio (art. 2969 cod. civ.), concernendo non materia sottratta alla disponibilità delle parti ma solo l'osservanza di norme inderogabili poste a tutela del trattamento minimo garantito (...)*”; ed ancora Cass. Sez. Lav., 09 settembre 1987 n. 7230 “(...) *La decadenza, prevista dall'art. 2113 cod. civ., dalla facoltà che ha il lavoratore di impugnare le rinunzie e le transazioni che abbiano ad oggetto suoi diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti o accordi collettivi, ha natura sostanziale e quindi non è rilevabile d'ufficio ex art. 2969 cod. civ., ma deve essere espressamente eccepita dall'interessato nei limiti ex artt. 416 e 437 cod. proc. civ. (...)*”. Il datore di lavoro, quindi, atteso il rigido regime di preclusioni del processo di lavoro dovrà eccepire la decadenza nella memoria di costituzione, non potendo la stessa essere fatta valere in una fase successiva.

⁴¹⁶ Si tratta di una disciplina maturata già in epoca precodicistica (cfr. capitolo 1 par. 4) e formalizzata dal legislatore corporativo e mantenuta dal legislatore repubblicano, sulla scorta delle rilevate difficoltà del lavoratore in costanza di rapporto di esercitare l'azione. G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 69; D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, cit., p. 119, secondo il quale la decorrenza del termine alla fine del rapporto sarebbe prevista al fine di evitare contrasti tra le parti durante lo svolgimento dello stesso. Il diritto del lavoro, in effetti, non è nuovo alle discipline particolari ed eccezionali in tema di decorrenza del termine di prescrizione; si pensi infatti alla previsione della sentenza della Corte Costituzionale, n. 63/1966, la quale ha introdotto il principio della differenziata decorrenza del termine in ragione della tutela applicabile al lavoratore in caso di licenziamento.

⁴¹⁷ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 69; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 12; in giurisprudenza, Cass. 16 aprile 1980, n. 2483, in *Giur. It. Mass.*, 1980; Cass. Sez. lav. 10 giugno 1977, n. 2424, in *Giur. It. Mass.*, 1977; e Cass. Sez. lav. 20 giugno 1969, n. 2190, in *Giur. It. Mass.*, 1969. Di contrario avviso L. PISANO, *Negoziato transattivo sotto condizione e art. 2113 cod. civ.*, MGL. 1956, p. 191, il quale ritiene che il termine comincerebbe a decorrere dal verificarsi della condizione.

Non meno problematica è l'individuazione della data di cessazione del rapporto di lavoro, la quale dovrebbe, obiettivamente, coincidere con la interruzione della collaborazione attiva del lavoratore⁴¹⁸. Orbene, tale semplice ed induttiva conclusione suscita disaccordo in una parte della dottrina, la quale, con il supporto della giurisprudenza, sostiene che in occasione di un licenziamento nullo, il termine di decadenza non comincerebbe a decorrere, poiché, l'atto di recesso non sarebbe in grado di produrre un effetto interruttivo del rapporto di lavoro⁴¹⁹. In realtà, è pur vero che l'atto nullo datoriale di recesso non sia idoneo a provocare l'estinzione giuridica del rapporto, ma esso causa certamente una cessazione sostanziale, perché il dipendente viene allontanato dall'azienda ed estromesso dall'attività; in tale ipotesi il lavoratore, pur potendo vantare il diritto imprescrittibile di far valere la nullità dell'illegittimo recesso ed ottenere il ripristino dell'attività lavorativa, di fatto, è fuori dall'azienda e non si trova più in stato di soggezione o di sottomissione, supposto o presunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionale per le rinunzie e le transazioni del lavoratore di cui, però, l'art. 2113 cod. civ. tace. Non avendo più nulla da perdere, non ha alcuna remora ad agire⁴²⁰. Si vuole evidenziare questo: che nullo – come nel caso di licenziamento – o annullabile – o affetto da invalidità *sui generis* – che si voglia concepire l'atto di cui è vittima il prestatore, questi non può esimersi da un atto volitivo di impugnazione. Anche nel caso dell'ingiusto licenziamento, essendo piuttosto improbabile un “virtuoso ravvedimento spontaneo” del datore di lavoro, l'atto che gli reca comunque danno dovrà essere impugnato dal lavoratore per ottenere la rimozione mediante una sentenza del giudice che ristabilisca la situazione giuridicamente lecita.

Diverso è il caso, invece, del preavviso di licenziamento, per il quale è necessario distinguere diverse ipotesi. Se il preavviso viene lavorato, ovvero se viene compensato con l'indennità sostitutiva, il termine di decadenza potrà legittimamente decorrere dal momento dell'estinzione del rapporto; se diversamente, viene intimato il preavviso, ed il lavoratore, nonostante il mancato accordo sulla cessazione immediata del rapporto, venga estromesso di fatto dalla azienda, il termine di decadenza decorrerà dallo spirare del preavviso, poiché in base alla regola dell'efficacia reale del preavviso il rapporto di lavoro può considerarsi estinto solo successivamente al trascorrere dello stesso⁴²¹.

⁴¹⁸ G. PERA, *ibidem*.

⁴¹⁹ G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 12; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 770.

⁴²⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni*, cit., p. 52.

⁴²¹ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 69, il quale riporta la tesi nota come il “diritto vivente” teorizzata da G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1962. In dottrina si precisa che il termine decorre dalla fine del preavviso, salvo che le parti abbiano concordato per l'estinzione con erogazione dell'indennità: . FERRARO, *Rinunzie e transazioni*

Più complessa, invece, è la determinazione del momento di decorrenza del termine di impugnazione qualora vi sia una successione di diversi rapporti di lavoro. In tale ipotesi il criterio di valutazione utilizzabile è dato dalla *ratio* della norma la quale intende sostanzialmente evitare che il prestatore di lavoro debba impugnare un proprio negozio dispositivo durante il periodo di permanenza del rapporto di dipendenza dal datore di lavoro, attendendo che dopo la cessazione dello stesso venga meno qualsiasi stato di soggezione⁴²². Così, se i identici rapporti di lavoro si succedono senza soluzione di continuità è indubbio che il termine per impugnare decorrerà dalla cessazione dell'ultimo rapporto, pur se ciò avvenga a distanza di anni⁴²³. Del resto se il recesso dal primo contratto costituisce solo un espediente per sottrarsi a qualche obbligo di legge non può sorgere dubbio sulla continuità del rapporto, nonostante la stipulazione di diversi e nuovi contratti, trattandosi, in effetti, di un'ipotesi fraudolenta⁴²⁴.

Diverso è il caso in cui i rapporti di lavoro siano effettivamente distinti, ma immediatamente susseguenti, poiché applicando il dettato della norma dovrebbe concludersi per la necessità di impugnare le rinunzie e le transazioni anche se è in corso un successivo rapporto. Anche in questa ipotesi, però, avendo la norma riguardo, per la decorrenza del termine alla situazione di dipendenza del prestatore di lavoro dal datore di lavoro, potrebbe avanzarsi l'ipotesi che anche in questa ipotesi la decorrenza del termine sia posticipata alla cessazione di qualsiasi rapporto contrattuale con il medesimo datore di lavoro. Del resto, anche nell'ipotesi in cui i rapporti di lavoro si succedano distanziati da intervalli pure consistenti di tempo con una sorta di periodicità costante, si può sostenere che sia onere del lavoratore dimostrare, con circostanze ed elementi

del lavoratore, cit., p. 12; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, cit., p. 771. Di contrario avviso, R. RICCI-F. SAFFIRIO, *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, II, tomo 3, Torino, 1981, p. 541 e ss.

⁴²² Tale *ratio* è chiaramente deducibile dalla stessa Relazione ministeriale al libro del lavoro del codice civile p. 51, la quale afferma che la decorrenza del termine di decadenza dalla cessazione del rapporto "(...)presuppone sempre che il prestatore di lavoro abbia recuperato la sua piena libertà d'azione e si sia sottratto a ogni influsso derivante dal suo stato di dipendenza (...)".

⁴²³ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 72; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 12. La giurisprudenza (Cass. 25 ottobre 1956, n. 2952, in *Orient. Giur. Lav.*, 1957, p. 71) invece, ritiene si debba verificare se vi sia stata novazione del rapporto, poiché in tale ipotesi il termine decorrerà dalla cessazione di ciascuno di esso. A. TORRENTE (nota alla sentenza Cass. 24 marzo 1960, n. 616, in *FI*, 1961, I, p. 113) ritiene che nell'ipotesi non viene meno lo stato di soggezione. E non a torto, come sosteneva Paolo Greco, influenzando positivamente la formulazione codicistica dell'art. 2113 cod. civ., lo stato di soggezione – proprio per effetto del maggior bisogno economico, può aggravarsi in seguito al licenziamento e all'instaurarsi di uno stato di disoccupazione. P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., parla di degenerazione nella norma dell'art. 2113 cod. civ. del principio dell'imperatività della norma. In verità la degenerazione è nella interpretazione.

⁴²⁴ U. PROSPERETTI, *Questioni procedurali sulle rinunce e transazioni del lavoratore*, *Dir. Lav.*, 1955, vol. XXIX, p. 193, il quale parla di nullità del negozio in frode alla legge derivante dai principi generali della disciplina del contratto (artt. 1344 e 1418 cod. civ.); più risalente, ma conforme CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 52

obbiettivi, che negli intervalli non lavorati persisteva lo stato di menomazione psicologica causata dalla fondata aspettativa della riassunzione; in difetto, i termini decorreranno dalla cessazione di ciascuno rapporto contrattuale⁴²⁵.

Invece, ciò che conta in ogni diversa fattispecie è sempre la permanenza di quello stato di soggezione che avrebbe indotto il legislatore a ritardare la decorrenza del termine per l'impugnazione: solo in quel caso potrà essere differita alla fine dell'ultimo rapporto la decorrenza del termine, che altrimenti principierà a trascorrere senza alcuna dilazione.

4. L'ASSISTENZA ALLE RINUNZIE E TRANSAZIONI: LE CONCILIAZIONI VALIDE DELL'ULTIMO COMMA DELL'ART. 2113.

Come si è osservato, l'art. 2113 cod. civ. non è semplicemente una norma di divieto che sancisce l'invalidità dei negozi dismissivi aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, bensì è anche "norma autorizzatoria", poiché detta alle parti il paradigma per la stipulazione di valide rinunzie e transazioni. Orbene, tale funzione si evince chiaramente dalla previsione dell'ultimo comma dell'articolo, il quale sancisce che non si applica l'art. 2113 cod. civ. alle rinunzie e transazioni avvenute in sede di conciliazione delle controversie di lavoro ex art. 185, 410 e 411 cod. proc. Civ.⁴²⁶.

Il prestatore di lavoro, quindi, può porre in essere validi negozi abdicativi con il datore di lavoro solo a certe condizioni ed in sede giudiziale (art. 185 cod. proc. Civ.), in sede amministrativa innanzi agli appositi Collegi e commissioni istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro (artt. 410 e 411 cod. proc. civ. e art. 69 *bis* d.lgs 29/1993 introdotto dal D.lgs. 80/1998) e in sede sindacale secondo le procedure previste dai

⁴²⁵ G. PERA, *ibidem*.

⁴²⁶ Tale previsione confermerebbe seconda R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 77, l'inammissibilità di una configurazione dei diritti dei lavoratori in termini di indisponibilità in senso tecnico, intesa come scriveva E. TILOCCA, *Il negozio di disposizione del prestatore d'opera*, in RDC, 1956, I, p. 79 "(...) quando un diritto è indisponibile, la sua disposizione è sempre vietata ovunque e davanti a chiunque sia fatta (...)". Secondo questo schema – come rilevava G. GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, RIDL, 1958, p. 71 – si avvalorerebbe quella lettura che fonda la *ratio* della norma su una valutazione tipica di menomazione della libertà negoziale del lavoratore, "(...) che esercitò una spiccata influenza nel plasmare talune caratteristiche della norma (...)". In verità seppure la *ratio* della norma non appare possa individuarsi nella condizione psicologica del lavoratore che rimane una circostanza irrilevante e al massimo presunta e – e in definitiva ad avviso dello scrivente fuorviante – bensì, come già si è detto, nella tutela della normativa inderogabile, della quale può farsi disposizione solo con l'assistenza di soggetti qualificati ed in sedi adeguate. Si veda comunque, capitolo 2. Da ultimo. Si vuole sottolineare che una medesima regola è stata elaborata per il lavoro pubblico con l'art. 66 co. 5 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 a mente del quale "(...)Se la conciliazione riesce, anche limitatamente ad una parte della pretesa avanzata dal lavoratore, viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti del collegio di conciliazione. Il verbale costituisce titolo esecutivo. Alla conciliazione non si applicano le disposizioni dell'articolo 2113, commi, primo, secondo e terzo del codice civile (...)".

contratti collettivi (artt. 410 e 411 cod. proc. civ.), nelle quali, grazie all'assistenza di soggetti pubblici, o sindacali, viene garantita la consapevole manifestazione della sua volontà che da sola, altrimenti, sarebbe insufficiente ad una valida disposizione dei diritti⁴²⁷.

Prima ancora di analizzare le procedure conciliative innanzi alle sedi indicate dalla norma, appare utile interrogarsi – stante l'assoluto silenzio della norma – sull'effettivo ruolo che l'organo conciliatore è chiamato a svolgere e sul contenuto della “assistenza” che deve essere dallo stesso prestata nella mediazione della lite.

Ed infatti, l'eterogeneità degli organi di mediazione annoverati dall'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. ha indotto parte della dottrina ad abbandonare qualsiasi tentativo o sforzo di *reductio ad unitatem* e a riconoscere una profonda differenza tra il ruolo del giudice, delle commissioni sindacali e della commissione di conciliazione, tale che mentre il giudice e l'organo amministrativo si limiterebbero a favorire semplicemente l'accordo, il sindacato offrirebbe al lavoratore una garanzia di forza e non di neutralità⁴²⁸.

Secondo tale ricostruzione, si costituirebbero due diversi e contrapposti modelli di assistenza alle parti nella conciliazione della lite: da un lato si posizionerebbero gli organi giudiziari e amministrativi – ossia di carattere pubblicistico – che sarebbero contraddistinti da una sostanziale neutralità nella gestione della mediazione della lite; dall'altra, i sindacati – non più organi dello Stato, ma enti di fatto – ai quali sarebbe impensabile chiedere una semplice mediazione degli interessi in conflitto, contraddistinta da una dose di indifferenza e di equidistanza nei confronti degli interessi dei lavoratori, ma che – almeno in linea teorica – dovrebbero, invece, presidiare i menzionati diritti ed interessi⁴²⁹.

In realtà, tale contrapposizione appare più teorica che reale, poiché se è vero che gli organi pubblici – giudice o commissione amministrativa – non possono certamente perdere la terzietà o l'imparzialità della propria funzione, non per questo sono chiamati a tenere un atteggiamento di sterile equidistanza tra le parti contendenti; tale condotta, in

⁴²⁷ Sulla funzione sindacale in termini di integrazione della volontà del lavoratore si veda G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 77; sulla partecipazione del sindacato in funzione di riequilibrio, vedi M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in Riv. Dir. lav., 1974, I, p. 41 e ss; ed ancora G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 7. In giurisprudenza, Cass., 19 agosto 2004, n. 16283; Cass. 18 agosto 2004; n. 16168; Cass. 10 maggio 1988, n. 3425.

⁴²⁸ G. PERA, *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1967, p. 224, secondo il quale la “(...) soluzione sindacale è naturaliter una soluzione di forza utilizzata ai fini della giustizia almeno nella perdurante situazione d'inferiorità del singolo lavoratore (...)”; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 102.

⁴²⁹ R. VOZA, *ibidem*.

verità, rischierebbe di inficiare il significato del loro stesso ufficio: l'organo pubblico svolge la funzione di assistenza della parte debole, cercando di chiarire il significato e le conseguenze degli atti dismissivi, e ciò al fine di ristabilire una pari libertà nell'esercizio dell'autonomia negoziale tra le parti⁴³⁰.

Pertanto, non esiste nella legge né una preferenza, né una predilezione per una delle sedi conciliative indicate dall'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., le quali si presentano tutte altrettanto idonee a perseguire le finalità indicate dalla norma.

Chiarito questo punto, è necessario quindi affrontare la questione – assai dibattuta – se i soggetti conciliatori debbano partecipare attivamente alla composizione della controversia o se, invece, sia sufficiente che registrino l'accordo intervenuto direttamente tra le parti⁴³¹.

La giurisprudenza è apparsa incerta sulla definizione di tale ruolo, accontentandosi in molte pronunce della semplice presenza dell'organo conciliatore, che, secondo questo orientamento, potrebbe anche limitarsi a registrare l'accordo raggiunto tra le parti⁴³².

⁴³⁰ R. VOZA, *ibidem*. Secondo il quale l'esercizio della libertà autonomia negoziale delle parti costituisce un interesse e un valore per l'ordinamento; riconoscere che il lavoratore è parte debole e deve essere tutelata non è frutto di una posizione ideologica, ma è una risultante evidente della realtà. In verità, appare intrisa di incrostazioni ideologiche che sviliscono la stessa funzione dell'organizzazione, l'opinione secondo la quale il sindacato sarebbe organo di parte e non potrebbe che assumere la difesa del lavoratore. È evidente che il sindacato rappresenta i lavoratori, e si fa paladino delle loro pretese e richieste, ma esso è anche chiamato a svolgere, sia dalla norma dell'art. 2113 cod. civ., sia dall'ordinamento giuslavoristico nel suo insieme, una funzione ben più elevata: al pari dell'organo pubblico, giudiziale o amministrativo, è un soggetto che assistendo la parte debole permetterebbe il libero esercizio dell'autonomia negoziale delle parti: la funzione del sindacato non deve certo essere quella dell'avvocato d'ufficio. È evidente che il sindacato, ente non riconosciuto, non è organo dello SATato al pari del sindacato corporativo, ma la sua funzione non potrebbe e non dovrebbe esaurirsi in una sterile contrapposizione di bandiera, ma dovrebbe essere finalizzata al miglioramento delle condizioni di lavoro, all'incremento della ricchezza e alla migliore distribuzione della stessa: tutti obiettivi che non possono essere perseguiti solo con la contrapposizione, ma con la collaborazione. In questo senso M. BIAGI, *Il sindacato verso il 2000: un viaggio senza ritorno?*, RIDL, 1989, I, p. 173, sosteneva che è necessario che si diffonda “(...) una nuova cultura sindacale, ancora basata sulla solidarietà, ma vista come garanzia di partecipazione dei lavoratori al processo di crescita economica (...) le coordinate di questa ricerca sono quelle del sindacato meno conflittuale e più cooperativo, che può essere realizzato da sindacalisti meno interessati a proclamarsi agitatori di masse di lavoratori e più propensi a considerarsi come rappresentanti del lavoro nella gestione dell'azienda (...)”.

⁴³¹ I. SENATORI, *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale: una nuova pronuncia della Cassazione*, RIDL, 1998, II, p. 392 afferma che non sono sempre chiari i requisiti identificativi della effettiva assistenza degli organi conciliatori.

⁴³² In tal senso, Cass. 3 maggio 1975, n. 1715, in MGL, 1975, p. 717; Cass. 20 gennaio 1977, n. 305, in MGL, 1978, p. 60; Cass. 8 gennaio 1983 n. 138 e Cass. 25 novembre 1983, n. 7092, in NGL, 1984, p. 109, le quali ritengono che “(...)detti organismi, infatti, adempiono il compito loro affidato dalla legge non solo quando, essendo ciò necessario, partecipino attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, ma anche quando, null'altro occorrendo nel caso specifico, riconoscano come espressione di una volontà non coartata del lavoratore, e conseguentemente registrino in un proprio atto una composizione già dagli interessati delineata in trattative dirette (...)”; ed ancora; Cass. 1 aprile 1987, n. 3149, in LPO, 1987, p. 1386; Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, in NGL, 1988, p. 266; Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785, in RGL, 2003, II, p. 607; la sentenza

Tale conclusione non è apparsa integralmente condivisa da altra parte della giurisprudenza, la quale, in accordo con la dottrina, ha sostenuto che l'organo conciliatore non dovrebbe tenere un atteggiamento meramente passivo – limitandosi alla “(...) *mera incombenza di stringere la mano ai paciscenti* (...)” – bensì dovrebbe rendere edotto il lavoratore in ordine alle sue possibili pretese, esaminare seriamente la probabilità della causa, valutare se ed in quali termini convenga la composizione, tenuto conto delle difficoltà in fatto e in diritto che la lite presenta: dovrebbe cioè assumere un ruolo attivo volto non semplicemente a conseguire una composizione della lite, bensì una conciliazione che sia vantaggiosa per il lavoratore e rispettosa della disciplina inderogabile⁴³³. Proprio per questo si è detto che i conciliatori “(...) *si rendono garanti dell'effettiva e reale conformità del negozio alla legge* (...)”⁴³⁴.

D'altra parte, il mediatore può anche partecipare alla conciliazione, senza nulla aggiungere all'accordo delle parti, ma consentendo alla registrazione di un accordo già raggiunto maturo⁴³⁵. È certo che il mediatore non deve tenere una condotta da notaio e per di più passivo, ma è altrettanto certo che nello svolgimento del suo incarico saprà valutare la convenienza delle parti alla risoluzione bonaria della controversia, la

Cass. 18 agosto 2004, n. 16168 così si esprime: “(...) *per effetto dell'intervento in funzione garantista del terzo (Autorità giudiziaria, amministrativa o sindacale) diretto al superamento della presunzione di condizionamento della libertà d'espressione del consenso da parte del lavoratore*(...)”.

⁴³³ Sul ruolo dell'organo conciliatore sussiste un sostanziale accordo in dottrina, la quale sostiene addirittura la possibilità per il conciliatore di rifiutare l'avallo alla soluzione del conflitto maturata; si veda sul punto, A. ROSSI, *Problemi della “conclusa” conciliazione delle controversie di lavoro*, in LPO, 1984, p. 649. È pur vero che anche ammettendosi che il conciliatore possa rifiutare il suo assenso, nulla può impedire che il prestatore di lavoro concili da solo anche a condizioni svantaggiose e non si avvalga poi della facoltà di impugnare il negozio dispositivo invalido, G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 398 e ss.; G. PERONE, *La conciliazione delle controversie di lavoro e il ruolo del giudice in Italia*, in Riv. Dir. comp. Lav., 1978, p. 101, sostiene che il mediatore che non ha realmente partecipato alla formazione dell'accordo non può ratificarlo, derivandone altrimenti, in caso di conciliazione innanzi all'Ufficio del lavoro, la possibilità di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo; G. F. MANCINI, *Le associazioni sindacali e il nuovo processo*, in *Il nuovo processo del lavoro* A GENOVESE, (a cura di), Padova, Cedam, 1975, p. 15, afferma che “(...) *una conciliazione che, come accadeva troppo spesso in passato, si riducesse a mera amministrazione delle rinunce operaie, rappresenterebbe uno scacco drammatico per una linea politica legislativa che, ispirata anch'essa alla filosofia promozionale, ha fatto ai sindacati una larga apertura di credito* (...)”; G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 77 e ss. L'espressione “(...) *mera incombenza di stringere la mano ai paciscenti* (...)” è di P. PETINO, *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, in MGL, 1987, p. 584. In giurisprudenza, Cass. 9 marzo 1982, n. 1482, in MGL, 1982, p. 434; Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in MGL, 1984, p. 89; Cass. 13 novembre 1997, n. 11248, in RIDL, 2000, II, p. 575; Cass. 3 settembre 2003, n. 12858, in RIDL, 2007, II, p. 183.

⁴³⁴ P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore*, p. 40.

⁴³⁵ Contrari a questa prassi sono P. PETINO, *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, in MGL, 1987, p. 585; è critico sulla attività meramente passiva e di registrazione dell'organo di conciliazione A. DI STASI, *Impugnabilità della conciliazione sindacale nelle controversie individuali ed attività dei conciliatori*, in DL, 1989, I, p. 262; CIPRESSI, *Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in MGL, 1985, p. 140, il quale sottolinea come sia difficile controllare in ordine alla tipologia di partecipazione dell'organo di conciliazione. Non deve dimenticarsi, però, che nella pratica le parti formalizzano l'atto innanzi all'organo di conciliazione al solo fine di rendere l'intesa inattuabile.

fondatezza delle contrapposte pretese e la loro sostenibilità in giudizio e sarà certamente in grado di rendersi conto se in via transattiva la soluzione adottata è vantaggiosa per il lavoratore⁴³⁶.

Ma la valutazione che l'organo conciliatore è chiamato a compiere non può riguardare solo l'aspetto tecnico giuridico della vertenza, ma deve essere informata ad una sana dose di realismo: verificare la convenienza di una transazione non è un'operazione che può compiersi esclusivamente fondandosi sull'astratta valutazione delle opposte domande, ma deve avvenire guardando la questione nella sua complessità. Un giudizio può sempre contenere un aspetto aleatorio ed imprevedibile, ma il suo esito può essere ancor più insicuro se esiste un contrasto giurisprudenziale sulle questioni di diritto coinvolte, ovvero se il lavoratore pur essendo in linea teorica dalla parte giusta, ha difficoltà a fornire la prova delle proprie ragioni. D'altra parte non può essere ignorata la volontà del lavoratore di realizzare immediatamente un risultato e conseguire una somma di denaro utile alle proprie necessità, anziché attendere le lungaggini e le spese dell'azione giudiziaria con il rischio di un risultato peggiore, dato, eventualmente da una esecuzione infruttuosa. Il mediatore, quindi, dovrà tenere conto di tutti questi elementi e svolgere una valutazione approfondita della probabilità della causa e di tutti i profili della lite⁴³⁷.

Orbene tale attività e ruolo richiesti al mediatore si atteggiavano diversamente secondo la sede nella quale la conciliazione viene siglata. Così se la conciliazione avviene in sede amministrativa, dove si costituisce una commissione paritetica, secondo una massima ricorrente, la partecipazione del mediatore è idonea a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro che rende sospette di prevaricazione, da parte di quest'ultimo, i negozi dismissivi soggetti all'art. 2113 cod. civ., sia allorché il ruolo del conciliatore sia attivo nella composizione della lite, sia qualora si limiti a riconoscere e ad ufficializzare l'espressione della volontà del lavoratore non coartata⁴³⁸.

Quanto alla procedura sindacale, invece, si ritiene che il mediatore non possa limitarsi a svolgere un ruolo formale o burocratico, non essendo sufficiente né la mera partecipazione alla procedura conciliativa, né l'informativa in merito al contenuto o alle

⁴³⁶ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 82.

⁴³⁷ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 85.

⁴³⁸ Sostanzialmente in questo senso Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785, in RGL, 2003, II, p. 607; Cass., 25 novembre 1983 n. 7092, in Not. Giur. Lav., 1984, p. 109; Cass. 8 gennaio 1983, n. 138, in Not. Giur. Lav., 1983, p. 300. Si segnala però un orientamento giurisprudenziale, comunque minoritario che ritiene *tamquam non esset* la conciliazione quale mera ricognizione o reiterazione di un accordo già raggiunto dalle parti, senza partecipazione attiva dell'organo conciliatore, Cass. 23 giugno 1984, n. 3700.

conseguenze dell'atto⁴³⁹. È necessario, invece, che il mediatore svolga un'effettiva opera di assistenza e – secondo la giurisprudenza – che insaturi con il lavoratore un rapporto di fiducia, con la conseguenza che sarebbe impugnabile la conciliazione sindacale conclusa dal lavoratore con l'assistenza di un esponente del sindacato diverso da quello cui lo stesso lavoratore ha ritenuto di affidarsi⁴⁴⁰. Tale orientamento è stato fortemente criticato sulla scorta della argomentazione che il datore di lavoro potrebbe, in caso di conciliazione sindacale impugnata per questi motivi, incorrere in un onere probatorio eccessivo, potendo documentare la modalità dell'assistenza del mediatore sindacale solo sulla base di prove testimoniali⁴⁴¹. La giurisprudenza ha, in effetti, parzialmente modificato il proprio orientamento, accollando al lavoratore l'onere della prova in merito allo svolgimento della attività di assistenza da parte dell'organo sindacale⁴⁴².

Se, invece, la conciliazione avviene in sede giudiziale è sufficiente la presenza del giudice e la conclusione della conciliazione innanzi allo stesso, senza che sia necessario, come ulteriore requisito, la sottoscrizione da parte del cancelliere⁴⁴³.

L'attività del mediatore, quindi, si affianca, ma non si sostituisce a quella del lavoratore il quale, in questa procedura di disposizione dei diritti – che prende il nome di tecnica dell'autonomia individuale assistita – resta, secondo il disposto dell'art. 2113 cod. civ., l'unico soggetto legittimato a valutare la convenienza e l'opportunità di un accordo anche se alla stipulazione partecipi un soggetto terzo, che si limita esclusivamente a facilitare il raggiungimento dell'intesa. Anche lo stesso sindacato rimane, secondo la giurisprudenza, sempre e solo garante esterno della parità di posizione delle parti e della genuinità della formazione della volontà dei lavoratori, non verificandosi, né una sostituzione né un'integrazione della volontà del lavoratore, bensì

⁴³⁹ P. PETINO, *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, cit., p. 585; A. DI STASI, *Impugnabilità della conciliazione sindacale nelle controversie individuali ed attività dei conciliatori*, cit., p. 262; P. TULLINI, *Conciliazione stragiudiziale ed effettività dell'assistenza sindacale*, in RIDL, 1992, II, p. 1034; G. GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in Riv. Trim dir. proc. civ., 2000, p. 205; A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione ed arbitrato*, Padova, 2003, p. 55.

⁴⁴⁰ M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 615; P. TULLINI, *Ancora sui requisiti della conciliazione sindacale (a proposito della mancata sottoscrizione del rappresentante di fiducia del lavoratore)*, in RIDL, 2002, II, p. 575; in giurisprudenza, Cass. 13 novembre 1997, n. 11248, in RIDL, 1998, II, p. 392; Cass. 22 ottobre 1991, n. 11167; Cass. 11 dicembre 1999, 13910, in RIDL, 2000, II, p. 575; A. PIZZOFERRATO, *ibidem*, sottolinea che l'assistenza svolta dal mediatore si trasforma in sottoscrizione da parte dello stesso, insieme al lavoratore del documento attestante l'accordo, con la conseguenza che deve considerarsi impugnabile la conciliazione sottoscritta soltanto o dal rappresentante sindacale o dal lavoratore.

⁴⁴¹ E GRAGNOLI, *Transazioni individuali, sottoscrizione "con riserva" e assistenza sindacale*, in RIDL, 1998, II, p. 405, afferma che "(...) non si vede come il datore di lavoro si possa premurare di ottenere una partecipazione attiva dei rappresentanti sindacali (...)".

⁴⁴² Si veda, Cass. 3 settembre 2003, n. 12858.

⁴⁴³ Si vedano Cass. 20 marzo 1972, n. 856 in FI Rep.1972, voce *Lavoro* (rapporto), n. 782; Cass. 3 giugno 1983, n. 3789, in MGL, 1983, p. 274; e in dottrina, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 112; G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, cit., p. 8.

una semplice assistenza del mediatore: il negozio rimane imputabile sempre alla volontà delle parti, le quali rimangono le uniche legittimate ad esperire i rimedi ordinari per far valere i vizi del consenso che possono inficiarne la validità⁴⁴⁴.

Del resto, il lavoratore, nonostante l'attività di mediazione compiuta dal terzo – della quale invero non rimane alcuna traccia nel testo dell'accordo – è sempre libero di rinunciare, purché nelle forme della volontà assistita, ai propri diritti, anche accettando una transazione fortemente vessatoria e il mediatore, da parte sua, non potrà far altro che ammonire il lavoratore, non avendo il potere di impedire in nessun modo che il lavoratore compia le proprie scelte⁴⁴⁵.

In tale ottica, però, il ruolo del conciliatore non viene minimamente sminuito o mortificato, poiché l'attività di assistenza può essere effettiva anche se il mediatore non condivide le scelte operate dal suo assistito, poiché quest'ultimo non è obbligato ad attenersi alle indicazioni dell'organo di conciliazione, ma deve formare la propria volontà consapevole delle indicazioni e dei suggerimenti fornitigli⁴⁴⁶.

Si è discusso in passato se il conciliatore potesse addirittura rifiutare il suo assenso alla composizione della lite proposta dalle parti, qualora lo stesso non ritenesse congrua la transazione, ovvero il lavoratore avesse voluto accordarsi con il datore di lavoro nonostante il parere contrario del mediatore⁴⁴⁷. In verità, considerato che il lavoratore potrebbe raggiungere il medesimo effetto disponendo dei propri diritti privatamente fuori dalla procedura del comma 4 dell'art. 2113 cod. civ., rinunciando poi ad impugnare la transazione nel termine di decadenza, non si capisce quale possa essere l'interesse o la finalità di una tale condotta ostruzionistica da parte del mediatore.

⁴⁴⁴ A. DI STASI, *Impugnabilità della conciliazione sindacale nelle controversie individuali ed attività dei conciliatori*, in DL, 1989, I, p. 258, afferma che “(...)l'attività svolta dai conciliatori non si fonde con la volontà negoziale delle parti e non forma un atto complesso (...)”. Si veda anche Cass. 25 gennaio 1992, n. 827, in MGL, 1992, p. 249. Contrari alla teoria della volontà integrativa, G. ARDAU, *Rinunce e transazioni nel rapporto di lavoro secondo il nuovo codice civile*, in MG corp., 1942, p.100 e ID. *La certezza legale quale comune connotato della conciliazione giudiziale e di quelle amministrative delle controversie individuali di lavoro*, in GI, 1979, I, p. 632; A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1970, p. 544; M.N. BETTINI, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 35 e ss.; in particolare E. TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, in RDC, 1956, p. 94., paragona il difetto di capacità del lavoratore a quello dell'interdetto, le cui manifestazioni di volontà possono essere paralizzate dal tutore. In verità, però, all'impugnativa delle rinunzie e delle transazioni è legittimato solo il lavoratore, mentre il mediatore (tutore) nulla può per impedire che il negozio invalido possa produrre effetti.

⁴⁴⁵ G. GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, cit., p. 208.

⁴⁴⁶ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 112; A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 583, il quale per spiegare la funzione dell'intervento sindacale ricorre alla figura del “parere obbligatorio, ma non vincolante”.

⁴⁴⁷ Tale problema non si pone per il giudice, il quale non ha il potere di negare alle parti la facoltà di comporre innanzi a lui la lite alle condizioni che le parti hanno deciso. Anzi al contrario, fa osservare pragmaticamente G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 86, il giudice ha l'interesse esattamente opposto “(...) quello di risparmiarsi possibilmente la sentenza (...)”.

Il conciliatore, quindi, esaurisce il suo compito nel presenziare all'incontro delle parti, nel consigliare la strada migliore, nell'informare il lavoratore del significato dei propri atti, ma, una volta verificata la consapevolezza del lavoratore, la sua posizione di dissenso sarà assolutamente irrilevante⁴⁴⁸.

Si rifletta, peraltro, che affinché la partecipazione del mediatore alla conciliazione non resti un fatto assolutamente astratto e in sostanza presupposto, ma non verificabile, i verbali di conciliazione dovrebbero essere veritieri e completi e dagli stessi dovrebbero emergere effettivamente lo svolgimento della trattativa, i consigli suggeriti dal mediatore, gli assunti delle parti. Solo se risultino questi elementi sarebbe effettivamente possibile evincere dagli stessi il ruolo avuto dall'organo di conciliazione e l'effettiva consapevolezza del lavoratore nella disposizione dei diritti. Invece, nella pratica concreta delle conciliazioni i verbali sono evasivi e generici, ricchi di formule stereotipate con le quali datore di lavoro e lavoratore solitamente decidono di troncare o prevenire una lite a fronte del riconoscimento di somme versate a titolo meramente transattivo o risarcitorio. La ragione di questa laconicità non deriva dalla natura dell'atto dispositivo o da problematiche di tipo giuridico che ad esso possono attenere, ma dalla mera preoccupazione che dalla conciliazione possano derivare per le parti oneri di tipo previdenziale e fiscale⁴⁴⁹.

In conclusione, l'assistenza degli organi di conciliazione permette alle parti di stipulare conciliazioni valide aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, senza che da tale partecipazione derivi una integrazione o una sostituzione della volontà

⁴⁴⁸ R. VOZA, *ibidem*, afferma che il sindacalista potrebbe far registrare la propria posizione discordante al fine di tutelarsi dalla remota ipotesi di responsabilità professionale e dalla connessa domanda di risarcimento del danno che potrebbe provenire dallo stesso lavoratore. Si vuole sottolineare come il sindacato, al pari degli altri soggetti mediatori indicati dalla norma, svolga in tale frangente una funzione "istituzionale": se è vero che la norma non ha un profilo esclusivamente sanzionatorio, ma innanzi tutto racchiude una previsione autorizzatoria, l'organo di conciliazione è chiamato a svolgere una funzione che consenta la realizzazione della *ratio* della stessa. Se il mediatore si rifiuta di registrare e di formalizzare la transazione, costringerà le parti ad agire privatamente e a ricorrere all'espedito dell'accordo e della omessa impugnazione, ovvero a rivolgersi ad altro organo. Tale condotta, pertanto, non appare sostanzialmente corretta, e rispondente alla volontà della legge che conferisce all'organo di conciliazione un potere di assistenza e non di disposizione in merito ai diritti dei quali – come osservato in tema di transazioni collettive – è titolare solo il lavoratore. Del resto la norma non indica le competenze dell'organizzazione sindacale conciliatrice o della commissione amministrativa e, di conseguenza, la elaborazione di un potere di tale ampiezza che possa addirittura impedire la conciliazione stessa, appare eccessivo.

⁴⁴⁹ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 85, sottolinea, inoltre, che proprio per questa finalità si preferisce spesso non formalizzare l'intesa, fidandosi della parola data o di una scrittura privata, e addirittura si abbandona la causa pendente. G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 373. evidenziano come per queste preoccupazioni spesso dai verbali non è neppure possibile rendersi conto dell'oggetto della lite. Ed infatti, proprio per evitare il nascere di ulteriori oneri dalla transazione, le parti, anche con la complicità degli organi preposti, fanno il possibile per presentare ufficialmente le cose in modo che non ne vengano né pesi fiscali né previdenziali. Si parla così di titolo risarcitorio o transattivo, di somma netta o di somma lorda, con l'unica particolarità che la transazione comunque congegnata non è mai opponibile all'ente previdenziale.

del lavoratore, il quale è e rimane l'unico soggetto titolare dei diritti e del potere di disposizione, anche contro il parere del mediatore. Del resto si ricordi che a fronte di una norma inderogabile il lavoratore potrà disporre privatamente del diritto da essa derivante anche fuori dalle ipotesi dell'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., rinunciando poi all'impugnazione. Tale schema, meno raffinato ed elaborato, con buona pace dei sostenitori dello strumento della volontà assistita, non comporta, nei fatti, particolari differenze, neppure sotto il profilo della consapevolezza del lavoratore, rispetto alla conciliazione effettuata nelle sedi abilitate e con l'assistenza degli organi preposti, e permette, anche di aggirare la normativa previdenziale e fiscale di cui si è detto.

La volontà assistita, quindi è solo uno degli strumenti di legittima dismissione dei diritti sanciti da norme inderogabili che se teoricamente avrebbe una funzione di garanzia nei confronti del lavoratore si trasforma spesso in un meccanismo di certezza giuridica della transazione richiesto proprio dal datore di lavoro per assicurarsi la definizione dei rapporti con il lavoratore.

4.1 GLI ORGANI ABILITATI AD ASSISTERE AI NEGOZI DI DISPOSIZIONE

Dopo aver dedicato una lunga riflessione alle forme e alle modalità e al contenuto della assistenza che l'art. 2113 cod. civ. ultimo comma indica come strumento principale per la valida disposizione dei diritti derivanti da normativa inderogabile, rimangono da illustrare le caratteristiche tecniche dei mediatori indicati dalla legge.

La previsione dell'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. ha carattere tassativo e come tale non è suscettibile di interpretazione estensiva, anche se ciò non impedisce – e non ha di fatto impedito – al legislatore di ampliare l'elenco delle sedi abilitate con l'inserimento di nuovi organi di conciliazione⁴⁵⁰.

In effetti, la selezione operata dal legislatore nella indicazione degli organi di conciliazione non ha avuto un andamento lineare, poiché mentre all'epoca della codificazione della norma il legislatore aveva manifestato una indubbia preferenza per l'organizzazione sindacale, nella formulazione definitiva la norma codicistica, come detto, considerò inoppugnabili le conciliazioni effettuate sia innanzi all'organo giudiziario, sia innanzi alle commissioni paritetiche in sede amministrativa, sia con la

⁴⁵⁰ Come è noto il legislatore ha aggiunto tra le sedi abilitate di cui al comma 4 dell'art. 2113 cod. civ. i collegi di conciliazione nel settore pubblico, introdotti dall'art. 66 co. 5 del D. Lgs. n. 165/2001 e le commissioni di certificazione introdotta con l'art. 76 co. 1 lett. a) del D. Lgs. n. 276/2003

mediazione del soggetto sindacale, senza introdurre alcun criterio di preferenza né di simpatia per l'uno o l'altro soggetto⁴⁵¹.

Per quanto riguarda la conciliazione in sede sindacale – tralasciando l'opinione di quanti ne hanno addirittura escluso l'idoneità a costituire un procedimento valido per la formalizzazione di rinunzie e di transazioni inoppugnabili – si sono poste due diverse questioni, l'una relativa alla individuazione dell'organismo sindacale legittimato ad assistere il lavoratore nell'atto di disposizione dei diritti ed idoneo ad assicurare una cosciente e spontanea manifestazione negoziale del lavoratore, l'altra – coincidente anch'essa con un criterio selettivo – secondo la quale la validità stessa della conciliazione sindacale sarebbe rimessa alla previsione nel contratto collettivo di una specifica procedura⁴⁵².

Appare evidente che in un regime di sindacati di fatto, l'inesistenza di una rappresentanza sindacale costituita e formalmente riconosciuta pone un problema in merito alla individuazione dei soggetti effettivamente legittimati allo svolgimento delle procedure conciliative⁴⁵³. A tale fine si è ritenuto di poter individuare, sulla falsariga del

⁴⁵¹ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 78; quanto al periodo corporativo, la menzionata preferenza del legislatore nei confronti dell'organismo sindacale, che compariva quale unico organo abilitato a prestare l'assistenza al lavoratore, comportava l'onere per la parte che intendesse agire in giudizio di denunciare la lite al sindacato per tentare la conciliazione con la partecipazione delle contrapposte associazioni. Con la soppressione dell'ordinamento corporativo, la giurisprudenza, con esclusione di poche pronunzie di merito, sostenne l'inidoneità del sindacato di fatto a garantire la validità degli atti abdicativi sul presupposto che gli artt. 430 e 431 dell'allora codice di rito erano stati elaborati sulle soppresse associazioni sindacali pubblicistiche.

⁴⁵² Per quanto concerne i dubbi in merito alla idoneità della conciliazione sindacale alla valida disposizione dei diritti ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., si vedano V. DENTI, G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, cit., p. 64; C.M. BARONE, *Rinunze e transazioni*, cit., p. 135, il quale parla di una differenza tra la conciliazione stragiudiziale conclusa in sede sindacale o avanti alle commissioni amministrative, dalla quale inferisce uno sfavore del legislatore del 1973 nei confronti dello strumento sindacale; tale concezione di inidoneità della procedura sindacale si rinviene anche nella *Relazione al disegno di legge*, on.li Martinazzoli e Torelli, in *Atti Senato*, VI Legislatura, n. 542-A, p. 5, nella quale per una erronea lettura della norma – ciò secondo R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 82 – si sostiene che la conciliazione sindacale sarebbe suscettibile di impugnazione ai sensi dell'art. 2113 cod. civ.; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 14, ricorda che può dirsi prevalsa l'opinione contraria sul rilievo che “(...) non si riuscirebbe a comprendere perché la parità di trattamento, assicurata dal legislatore alla varie forme di comportamento conciliativo, per quanto concerne la loro idoneità ad acquistare efficacia esecutiva, venga a cessare, per le conciliazioni sindacali, su un punto così delicato e importante, quale è quello della salvezza del risultato dall'invalidazione successiva disposta dall'art. 2113 (...)”, in tal senso M. GRANDI, *Sull'inoppugnabilità della conciliazione in sede sindacale*, in *MGL*, 1975, p. 329. In giurisprudenza, Pret. Cava dei Tirreni, 5 marzo 1977, in *FI*, 1977, I, p. 818; Trib. Busto Arsizio, 7 maggio 1976, in *Orient. Giur. Lav.*, 1976, p. 850.

⁴⁵³ In verità, come racconta E. TILOCCA, *Il negozio di disposizione del prestatore d'opera*, cit., p. 88, già prima della novella del 1973, quanti ritenevano che il sindacato fosse organismo idoneo alla assistenza dei lavoratori nella disposizione dei diritti cercavano comunque di rinvenire un criterio selettivo delle organizzazioni legittimate, individuandolo nel numero degli iscritti e nella esistenza di un statuto a base democratica, il sistema di selezione. Si tenga presente che il problema della assistenza riguarda esclusivamente il lavoratore, poiché è ininfluenza che il datore di lavoro sia assistito dalla propria organizzazione sindacale, G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*,

criterio di costituzione della commissione di conciliazione in sede amministrativa, il requisito di selezione nella maggiore o nella sufficiente rappresentatività in capo ai soggetti sindacali che prestano assistenza nei confronti dei lavoratori⁴⁵⁴.

Di conseguenza, non tutti i sindacati potrebbero assistere i lavoratori in sede di disposizione dei propri diritti, ma solo quegli organismi che rispondano ad un requisito minimo di rappresentanza. Tale orientamento viene ritenuto non accettabile, da quanti in nome della libertà sindacale considerano valida la conciliazione con l'assistenza di qualsiasi soggetto collettivo. Dovrebbero, quindi, essere considerati legittimati alla assistenza tutti i soggetti sindacali ai quali i lavoratori aderiscono genuinamente e dai quali si sentono rappresentati, con l'unica esclusione – sulla quale si registra la convergenza di tutta la dottrina – dei sindacati di comodo come individuati dall'art. 17 dello Statuto dei lavoratori⁴⁵⁵.

Un ulteriore criterio selettivo è stato, invece, individuato – secondo una interpretazione restrittiva – nella previsione da parte del contratto collettivo di una procedura conciliativa⁴⁵⁶. In tal senso, solo le conciliazioni assistite da organismi sindacali la cui rappresentatività è confermata dalla stipulazione di un contratto collettivo, potrebbero superare l'esame dell'art. 2113 cod. civ.⁴⁵⁷. Ed infatti, taluni

cit., p. 14; diversa è, invece, la previsione relativa ai contratti agrari, dove la legge n. 203/1982, art. 45 prevede la presenza bilaterale delle rispettive organizzazioni professionali agricole.

⁴⁵⁴ Sono per il sindacato maggiormente rappresentativo, C. ASSANTI, *Le controversie del lavoro e della previdenza sociale*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SAN SEVERINO e G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1975, vol. IV, p. 130; G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 14, ritiene che tale interpretazione sia “(...) preferibile, oltre che per ragioni di ordine ricostruttivo sistematico (...) per coerenza dell'istituto conciliativo, visto che anche nelle conciliazioni amministrative viene selezionata la presenza sindacale sulla base del requisito della maggiore rappresentatività (...)”; P. PETINO, *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, cit. *passim*; ritiene, invece, idoneo il requisito minimo della rappresentatività “sufficiente”, G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 91.

⁴⁵⁵ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 85; A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1981, p. 92; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 2003, p. 612; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 64; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 393; M. GRANDI, *Sull'inoppugnabilità della conciliazione in “sede sindacale”*, in MGL. 1975, p. 328 che osserva che il criterio della maggiore rappresentatività non può essere esteso oltre i confini entro i quali la legge ne prescrive espressamente l'applicazione; G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, p. 214.

⁴⁵⁶ Tale interpretazione ulteriormente restrittiva verrebbe dalla lettura combinata dell'art. 411 co. 3 c.p.c., il quale si limita a nominare il tentativo di conciliazione in sede sindacale e dell'art. 410 co. 1 c.p.c., il quale afferma che la procedura presso l'ufficio del lavoro possa essere promossa da chi non ritenere di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi.

⁴⁵⁷ Sono di tale parere: D. NAPOLETANO, *Primi orientamenti interpretativi del nuovo processo del lavoro*, Milano, 1973, p. 15; F. MORTILLARO, *Le associazioni sindacali nel processo del lavoro*, IN MHL. 1973, p. 473; P. SANDULLI, *Disponibilità e garanzia dei crediti di lavoro alla luce della legge sul nuovo processo del lavoro*, in *Il Nuovo processo del lavoro*, Atti della Tavola Rotonda di Firenze AIDLASS, 2 febbraio 1974, Milano, 1977, p. 362; C. M. DALMASSO, *Conciliazione sindacale, transazione ed art. 6 della legge 11 agosto 1973, n. 533*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1975, p. 239. La medesima conclusione si rinviene in una circolare del Ministero del lavoro, n. 1138/G/77, 17 marzo

contratti collettivi racchiudono previsioni in merito all'*iter* procedurale da seguire nella risoluzione delle controversie. Anche sotto questo punto di vista, la conclusione rischierebbe di restringere eccessivamente la libertà sindacale, poiché priverebbe del requisito della inoppugnabilità tutte quelle conciliazioni raggiunte con l'intermediazione del soggetto sindacale, che però non ha stipulato un contratto collettivo, ovvero, potrebbe verificarsi un rifiuto di stipulazione da parte di un'organizzazione nei confronti del lavoratore non iscritto o non aderente alla linea politica del sindacato⁴⁵⁸.

Non varrebbe, però, il discorso contrario, poiché la espressa previsione contrattuale di una procedura conciliativa dovrebbe considerarsi vincolante per la legittimità della conciliazione⁴⁵⁹.

Per quanto concerne, invece, il punto di vista strettamente procedurale, l'art. 411 co. 3 cod. proc. civ. prescrive che il verbale di conciliazione in sede sindacale debba essere depositato a cura delle parti, anche per il tramite della medesima organizzazione sindacale presso la direzione provinciale del lavoro competente, affinché il direttore o un suo delegato ne accerti l'autenticità. Successivamente, il verbale autenticato viene depositato nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto, affinché il Giudice, accertata la regolarità dello stesso, lo dichiari esecutivo con decreto. Si è molto discusso, in merito alla effettiva funzione svolta dalla Direzione provinciale del lavoro, soprattutto in merito al detto "accertamento della autenticità"; ed infatti, superati quegli orientamenti che sostenevano che le parti dovessero procedere alla medesima sottoscrizione del verbale anche innanzi all'ufficio amministrativo, ovvero che fosse oggetto di indagine e di accertamento l'autenticità delle firme, magari anche con il confronto delle stesse con quelle precedentemente depositate dai sindacalisti, attenendosi ad una più rigorosa lettura della norma, si è detto che la direzione provinciale del lavoro dovrebbe accertare la veridicità del verbale stesso, ovvero che lo stesso sia autentico perché sottoscritto da sindacalisti noti all'ufficio⁴⁶⁰.

1975, in *Lav. Prev.*, 1975, p. 254. In giurisprudenza, Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, in *RIDL*, 2003, II, p. 178; Trib. Milano, 26 settembre 2002, in *RCDL*, 2003, p. 192.

⁴⁵⁸ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 93; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 86.

⁴⁵⁹ In tal senso P. SANDULLI, *La nuova legge del processo del lavoro (Profili di diritto sostanziale)*, in *DL*, I, p. 362; si veda anche G. PERA, *ibidem*, segnala che si è auspicata a tal fine il raggiungimento di un accordo interconfederale in materia.

⁴⁶⁰ È evidente che la prima soluzione – seconda sottoscrizione del medesimo verbale innanzi all'ufficio amministrativo – appare una inutile duplicazione che renderebbe addirittura superfluo lo svolgimento della pratica in sede sindacale; quanto, invece alla verifica della veridicità del verbale si veda, E. AVANZI, *La conciliazione in sede sindacale delle controversie individuali di lavoro*, in *RDL*, 1974, I, p. 544; U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunzie e delle transazioni*, cit., p. 9; A. ARANGUREN, *La risoluzione conciliativa arbitrale e giurisdizionale delle controversie di lavoro*, Milano, Angeli, 1976, p. 27.

Qualora, peraltro, si ritenga di aderire all'orientamento restrittivo che limita la legittimazione sindacale all'assistenza ai negozi dispositivi solo alle organizzazioni dotate del requisito della maggiore o quantomeno sufficiente rappresentatività, è evidente che l'ufficio amministrativo dovrà controllare anche questo ulteriore elemento, negando l'autenticità alla conciliazione stipulata fuori dai detti requisiti di validità⁴⁶¹.

Orbene, la conciliazione sindacale depositata presso l'ufficio del lavoro e della quale è stata accertata l'autenticità è valida a prescindere dalle altre formalità previste, utili esclusivamente alla acquisizione da parte della stessa della efficacia esecutiva⁴⁶². Per converso, la conciliazione sindacale priva della dichiarazione di autenticità della direzione provinciale del lavoro non sarà valida e non sarà coperta dall'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., anche se potrà essere utilizzata dal lavoratore sia in via di cognizione, sia in via monitoria⁴⁶³.

Questa non è ovviamente l'unica strada dettata dalla norma per la stipulazione di validi negozi dispositivi, poiché la conciliazione, oltre che in sede sindacale, può avvenire innanzi ad una commissione intersindacale – istituita a norma dell'art. 410 cod. proc. civ. presso ciascuna Direzione provinciale del lavoro – su istanza del lavoratore, personalmente o tramite il sindacato delegato – il quale non potrà mai agire autonomamente – ovvero, almeno in linea teorica, su istanza del datore di lavoro⁴⁶⁴.

La commissione ha una struttura paritetica essendo presieduta dal direttore dell'ufficio e costituita da un ugual numero di rappresentanti di lavoratori e datori di lavoro – quattro per ciascuna parte – designati – con una scelta che ha sollevato polemiche e doglianze – dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale⁴⁶⁵. Tale composizione e tale bilanciamento non può essere alterato per

⁴⁶¹ G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 97; MONTESANO – VACCARELLA, *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, Jovene, 1984, p. 33 e ss.; M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., p. 6.

⁴⁶² È evidente che tale deposito sarà superfluo qualora dall'accordo in sede sindacale sia già derivato il pagamento delle spettanze pattuite.

⁴⁶³ Si consideri che, secondo G. PERA, *ibidem*, il lavoratore potrà liberarsi della conciliazione siglata, impugnandola nel termine di sei mesi, sulla base del carattere non rappresentativo del sindacato; il datore di lavoro, dal canto suo potrà resistere dimostrando la effettiva rappresentatività dell'organizzazione.

⁴⁶⁴ Sostiene la possibilità del sindacato di agire autonomamente innanzi alla commissione paritetica, F. MAZZIOTTI, *sub art. 410*, in MONTESANO-MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, Jovene, 1974, il quale riconosce al sindacato una posizione istituzionale; G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p.99, afferma che tale posizione è isolata.

⁴⁶⁵ La scelta del legislatore di riservare ai sindacati maggiormente rappresentativi sul piano nazionale la designazione dei soggetti componenti la commissione ha sollevato polemiche e malumori. Se ne duole M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro (11 agosto 1973, n. 533)*, in RDL, 1974, I, p. 39, il quale avrebbe optato per una scelta basata sulla maggiore rappresentatività sul piano provinciale; al contrario, si felicita per la scelta, F. MANCINI, *Le associazioni sindacali....*, p. 5, secondo il quale con tale criterio si è riaffermata la scelta per il sindacato generale dei lavoratori; MONTESANO – VACCARELLA, *Diritto processuale del lavoro*,

nessuna ragione, neppure qualora vengano istituite sottocommissioni, le quali possono funzionare solo quando vi sia l'equilibrata e pari presenza dei rappresentanti delle opposte parti sociali. Tale necessaria pariteticità può essere utilizzata dai rappresentanti sindacali anche come strumento per impedire la conciliazione, facendo mancare la pari rappresentanza nella commissione⁴⁶⁶. I rappresentanti delle parti, componenti la commissione, non hanno, quindi, un potere propositivo in merito alla conciliazione, ma esercitano i loro uffici al fine esclusivo di facilitare l'accordo tra le parti, che risolvendosi sempre in un accordo transattivo, deve per forza riferirsi alle parti e non certo ai loro rappresentanti⁴⁶⁷.

Del tentativo di conciliazione, ovvero dell'accordo raggiunto si redige processo verbale; orbene, se non si è raggiunto l'accordo, si stilerà un verbale negativo, nel quale può darsi semplicemente atto che non vi sia alcun margine per una soluzione conciliativa della questione, ovvero che sia raggiunta una soluzione parziale dischiudendo la possibilità di creare comunque un titolo esecutivo. Qualora, invece, si raggiunga l'accordo, viene redatto il processo verbale, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal presidente della commissione e depositato, a cura delle stesse o dell'ufficio presso la cancelleria della Sezione lavoro del Tribunale competente per territorio, affinché il giudice, verificatane la regolarità formale, possa dichiararlo esecutivo con decreto.

Il giudice del lavoro avrà quindi un controllo di tipo formale volto a verificare la presenza di tutti i requisiti necessari affinché quel tipo di accordo possa costituire una conciliazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. E così, deve accertare se la lite ineriva ad uno dei rapporti di cui all'art. 409 cod. proc. civ. o se la conciliazione sia

cit., p. 3; quanto al numero dei componenti il collegio, osserva G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 103, come esso, quanto meno dalla parte dei rappresentati sindacali dei lavoratori sembra proprio indicato per legittimare oltre alle tre confederazioni storicamente maggiormente rappresentative, l'allora Cisl. Inoltre, si è criticata la formazione e la selezione dei rappresentanti sindacali, sia dal punto di vista dell'esclusione dalla rappresentanza dei lavoratori non subordinati, A. CESSARI, *Forme stragiudiziali di composizione delle controversie di lavoro*, in RDL, 1974, I, p. 82, e si è sostenuto – F. MORTILLARO, *Le associazioni sindacali nel nuovo processo del lavoro*, in MGL, 1973, p. 472 – come sarebbe stato preferibile costituire di volta in volta la commissione in ragione della specifica vertenza oggetto di conciliazione.

⁴⁶⁶ Tale espediente conferisce soprattutto alla parte rappresentante i lavoratori il potere di impedire la convalida di conciliazioni approvate con il voto favorevole dei quattro rappresentanti datoriali e del presidente. Si tratterebbe cioè di un fondamentale strumento volto ad evitare che i rappresentati dei datori con il voto del presidente della commissione possano imporre una conciliazione sconveniente per il lavoratore; tale soluzione appare – secondo G. PERA, *op. ult. cit.* p.104 – dal punto di vista formale inammissibile per contrasto con la *ratio legis*. Il parere favorevole del sindacato dei lavoratori dovrebbe costituire una garanzia per l'interesse dei lavoratori.

⁴⁶⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 47; VOCINO, *Della conciliazione in genere e di quella sindacale in particolare*, in RGL, 1952, II, p. 347.

avvenuta o in sede sindacale, ovvero innanzi alla commissione paritetica⁴⁶⁸. In quest'ultimo caso dovrà essere verificato l'effettivo svolgimento della riunione e la presenza egualitaria delle rappresentanze sindacali⁴⁶⁹. Sembrerebbe, invece impedito il controllo del giudice relativamente ai requisiti di maggiore o sufficiente rappresentatività del sindacato che ha assistito il lavoratore nella disposizione dei diritti, poiché tale verifica finirebbe per sfociare inevitabilmente in un controllo di merito, ma la questione è dibattuta⁴⁷⁰. Ciò che invece sarà certamente impedito al giudice è il controllo sul merito dell'accordo, ovvero – ad esempio – se lo stesso consista in una vera transazione.

Svolti tali controlli, verificatane la regolarità formale, il Giudice con decreto dichiara la esecutività del verbale di conciliazione conferendogli forza e dignità di titolo esecutivo. Diversamente, ove tale controllo non dia un esito positivo, e il giudice rifiuti la dichiarazione di esecutività, ci si è chiesti se il verbale come confezionato possa conservare una sua efficacia o costituisca un atto giuridicamente irrilevante. Se si riflette che il controllo del giudice è in effetti finalizzato a conferire al negozio l'efficacia esecutiva, il difetto di alcuni requisiti formali, dovrebbe colpire solo l'efficacia processuale dell'atto e non i suoi contenuti sostanziali, che dovrebbero essere integralmente salvati.

Così se dal verbale deriva un accordo tra le parti, questo pur non potendo trovare immediata e diretta esecuzione, potrà essere utilizzato come prova e riconoscimento in altro autonomo ed ordinario giudizio. Certo è che il difetto formale non potrà essere sollevato dal datore di lavoro, preoccupato ed angustiato per la scorretta assistenza prestata dal sindacato al lavoratore: il titolo resta sostanzialmente a favore del lavoratore. Al contrario, qualora il lavoratore, dopo aver siglato l'accordo, lo ritenga non più conveniente, potrà in effetti liberarsene soltanto impugnandolo nel termine di decadenza fissato dall'art. 2113 cod. civ. Infatti, il negozio dispositivo, non essendo avvenuto secondo le procedure fissate dalla menzionata norma, non è coperto

⁴⁶⁸ G. PERA, *Le rinunzie e le trazioni del lavoratore*, cit., p. 106; R. MANDELLI, *I requisiti della conciliazione in sede sindacale*, in RDP, 1980, p. 586; M. GRANDI, *La conciliazione e l'arbitrato nella riforma del processo del lavoro*, cit., p. 39.

⁴⁶⁹ G. PERA, *ibidem*, afferma che deve essere verificato anche che la conciliazione abbia avuto l'assenso maggioritario da parte dei rappresentanti dei lavoratori.

⁴⁷⁰ G. PERA, *Le rinunzie e le trazioni del lavoratore*, cit., p. 107, pur concordando sul punto, si chiede cosa accada, ove la conciliazione sia stata posta in essere con l'intervento di un sindacato la cui maggiore rappresentatività sia generalmente respinta. Si vedano anche, L. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro...*, cit., n.4; F. FOGLIA, *La disciplina...*, p. 62; di contrario avviso, TARZIA, *Manuale...*, p. 16; DENTI SIMONESCHI, *Il nuovo processo*, cit., *sub art. 14*; A. ARANGUREN, *La risoluzione conciliativa prevista dalla legge e dai contratti collettivi di lavoro*, in AA.Vv., *La risoluzione conciliativa, arbitrale e giurisdizionale delle controversie di lavoro*, Collana dell'Istituto di Studi Sindacali del lavoro, n. 4 F. Angeli, Milano, p. 20.

dalla inoppugnabilità, ma può essere contestato nel termine di sei mesi come stabilito dalla legge⁴⁷¹.

Il giudice, però non svolge solo una funzione di ratifica o di convalida delle conciliazioni svolte in altra sede, ma, secondo il dettato in verità non troppo preciso dell'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., è investito del potere di stimolare e verificare la possibilità di accordo tra le parti⁴⁷². In verità, nella citata norma non si rinviene alcun riferimento ai poteri del giudice del lavoro, bensì si richiama impropriamente l'art. 185 cod. proc. civ. il quale attiene ai poteri di conciliazione spettanti al giudice ordinario limitatamente ai casi in cui la causa lo consente. Si è sostenuto, in effetti senza troppe ragioni, che tale richiamo – che dovrebbe essere semplicemente liquidato quale refuso o improprietà di linguaggio del legislatore non sempre attento – potrebbe giustificarsi ammettendo il tentativo di conciliazione solo ove la materia del contendere sia disponibile, con esclusione di tutte quelle liti che hanno ad oggetto diritti coperti dalla assoluta indisponibilità⁴⁷³.

Nell'esperimento del tentativo di conciliazione, il giudice non si limiterà a svolgere una funzione notarile, ma dovrà illustrare alle parti i profili di fatto e di diritto della causa, cercando di tutelare per quanto possibile il lavoratore, fermo restando il proprio ruolo imparziale e terzo.

Nonostante il citato ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. faccia riferimento esclusivamente al giudice, alla commissione sindacale e alla commissione paritetica amministrativa, la lista degli organi abilitati a prestare l'assistenza al lavoratore che vuole disporre dei suoi diritti si è accresciuta della commissione di certificazione istituita dall'art. 76 co. 1 lett. a) del D. Lgs. n. 276/2003 alla quale il legislatore attribuisce a norma dell'art. 82 del medesimo decreto, la competenza “(...)a certificare le rinunzie e le transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse (...)” e del collegio di conciliazione istituito con l'art. 66 co. 5 del D. Lgs. n.

⁴⁷¹ FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, p. 86; è ovvio che in tale ipotesi il datore di lavoro potrebbe resistere sostenendo la validità del negozio, ovvero potrebbe, in caso di proposizione dell'impugnazione stragiudiziale, proporre una domanda di accertamento.

⁴⁷² Si precisa che tale potere è conferito esclusivamente al giudice del lavoro, ossia a quell'organo di giustizia competente a conoscere la lite tra lavoratore e datore di lavoro, non di altri soggetti che operano in un'ottica differente come il giudice dell'esecuzione o il giudice ordinario.

⁴⁷³ Ritiene che si tratti di un refuso del legislatore del “(...) recente periodo che spesso scivola su questi infortuni (...)”, G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 110; ritiene, invece, giustificato il richiamo della legge, C. SMURAGLIA, *Indisponibilità.....*cit., p. 774, che, come detto nel testo, non fa altro che applicare la teoria della differenza tra diritti disponibili e diritti indisponibili. M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, cit., p. 39 ha sostenuto che l'ampio e generico richiamo dovrebbe giustificarsi con la possibilità di consentire il tentativo di conciliazione anche in grado di appello.

165/2001, al quale sono demandate le rinunzie e le transazioni relative al settore pubblico⁴⁷⁴.

In merito la commissione di certificazione, in un primo tempo si riteneva che essa non costituisse una sede abilitata all'assistenza dei lavoratori nella dismissione dei propri diritti, così come previsto per la commissione sindacale o amministrativa dall'art. 2113 cod. civ., ma che la stessa avesse come sua unica finalità quella di qualificare l'atto dispositivo come transazione o rinunzia, al fine di evitare improprie commistioni con le quietanze a saldo⁴⁷⁵. Orbene, tale lettura se pur sostenibile sul piano letterale, privava l'istituto di interesse e di utilità, tanto che si è oggi concordi nel ritenere che anche i negozi certificati ai sensi dell'art. 82 del D. Lgs. n. 276/2003 possano conseguire gli effetti di irrevocabilità e di immodificabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ.⁴⁷⁶.

Per quanto concerne invece l'individuazione della commissione abilitata alla certificazione delle rinunzie e transazioni, dal combinato disposto dell'art. 76 co. 1 lett. a) e dell'art. 82 del decreto n. 276, proviene una indicazione restrittiva che limita l'organo abilitato esclusivamente agli enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale se l'ente bilaterale è costituito nell'ambito di un

⁴⁷⁴ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 93, sottolinea come tale particolare competenza rientra tra le altre ipotesi di certificazione avente ad oggetto i contratti di lavoro con la diversa finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione; D. BORGHESI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *Il processo del lavoro*, D. BORGHESI (a cura di), in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, Utet, Torino, 2005, p. 73, osserva che il tentativo di conciliazione nel settore pubblico "(...) altro non è se non una species del più ampio genus disciplinato dall'art. 410 c.p.c. (...)". Esiste, in verità una terza sede nella quale è possibile stipulare valide transazioni ed effettuare legittime rinunzie da parte del lavoratore: si tratta di quella che coinvolge le funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro istituita dal D. Lgs. n. 124/2004.

⁴⁷⁵ Questa tesi fu elaborata da L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in MGL, 2003, p. 123, il quale concludeva che non vi sarebbe alcuna convenienza da parte del datore ad utilizzare lo strumento della certificazione ove questa non fosse in grado di conferire il requisito della inoppugnabilità e della irrevocabilità all'atto dispositivo; nello stesso senso R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 439 e V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazioni e le rinunzie e transazioni*, in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazioni dei rapporti di lavoro*, P.BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE, *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, 2004, VOL. IV, p. 225, il quale però si mostra consapevole delle contraddizioni che discendono dalla lettura dell'art. 82 del D. Lgs. n. 276/2003

⁴⁷⁶ E. GRAGNOLI, *Sub art. 82*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), Padova, Cedam, 2004, p. 859; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, M. MAGNANI, P.A. VARESI, Giappichelli, Torino, 2005, p. 608; L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, M.T.CARINCI (a cura di), Ipsoa, Milano, 2003, p. 243; si segnala la posizione di chi limita tal efficacia ai soli casi in cui la commissione di certificazione si pronunzia in sede di art. 410 e 411 c.p.c., nella fase preliminare dell'impugnazione del ricorso giurisdizionale avverso l'atto certificato, V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, G. GHEZZI (a cura di), Ediesse, Roma, 2004, p. 376.

organismo a competenza nazionale. Tale norma ha suscitato vive perplessità poiché è apparsa riconoscere un criterio di preferenza a favore degli enti bilaterali che verrebbero insigniti del monopolio della funzione certificativa relativamente alle rinunzie e alle transazioni⁴⁷⁷.

In verità, non esiste un vero e proprio monopolio, poiché la competenza a certificare le rinunzie e le transazioni è riconosciuta in via esclusiva agli enti bilaterali, ma in via concorrente rispetto agli organi abilitati dall'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ.: peraltro, solo ove le parti decidano di far certificare il rapporto di lavoro e contemporaneamente dismettere dei diritti, la competenza esclusiva sarà degli enti bilaterali, ma in caso di impugnazione dell'atto certificato a norma dell'art. 80 co. 4 del medesimo decreto, tutte le commissioni di certificazione sono abilitate ad espletare il tentativo di conciliazione della lite ai sensi dell'art. 410 cod. proc. civ. e di conseguenza ad assistere i lavoratori nella disposizione dei diritti, indipendentemente dal mancato richiamo della norma all'art. 2113 cod. civ.⁴⁷⁸.

Da ultimo, i collegi di conciliazione nel settore pubblico rappresentano una sorta di anello di congiunzione tra la conciliazione e l'arbitrato, poiché, a differenza di tutte le altre commissioni di conciliazione presenti nel settore privato, presentano una composizione variabile in funzione di ciascuna controversia, con membri nominati proprio dalle stesse parti, apparendo così come la più immediata manifestazione della volontà assistita: garantire un esercizio libero e consapevole della volontà del singolo nel suo esclusivo interesse⁴⁷⁹. Si tratta sostanzialmente di una procedura speciale rispetto a

⁴⁷⁷ Si è ritenuto che tale criterio selettivo sia privo di una sua *ratio*, V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazioni e le rinunzie e transazioni*, cit., p. 235, ovvero se ne è paventata addirittura la incostituzionalità, per violazione del principio di parità di trattamento, in ragione del privilegio riconosciuto agli enti bilaterali rispetto agli altri enti pubblici, V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, cit. p. 376.

⁴⁷⁸ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 95; G. LEONE, *Il tentativo di conciliazione nel settore privato. Obbligatorietà, immediatezza e tutela dei diritti*, in *La deflazione del contenzioso del lavoro. Il caso delle Pubbliche Amministrazioni*, Cacucci, Bari, 2007, p. 74. La norma dell'art. 82 del D. Lgs. n. 276/2003 deve essere coordinata con la norma dell'art. 68 del medesimo testo normativo relativo alla disposizione dei diritti inerenti al rapporto di lavoro a progetto, la quale però non costituisce una previsione autonoma tanto da sostenersi che i negozi dispositivi inerenti alle collaborazioni a progetto possano compiersi innanzi a tutte le sedi di certificazione e non solo innanzi agli enti bilaterali, bensì prevede esclusivamente la possibilità delle rinunzie e transazioni nelle sedi di certificazione, e l'art. 82 individua esattamente l'organo di certificazione. In tal senso R. VOZA, *ibidem*; A. BELLAVISTA, *Sub art. 68*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), Cedam, Padova, 2004, p. 783.

⁴⁷⁹ D. BORGHESI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, cit., p. 79; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 91. La commissione, antecedentemente al D. Lgs. 80/1998 era istituita presso i comitati provinciali della pubblica amministrazione, presieduta dal prefetto e composta da quattro rappresentanti effettivi e

quella generale sancita dall'art. 410 cod. proc. civ., che trova comunque applicazione, ai sensi dell'art. 409 n. 5 cod. proc. civ., anche ai rapporti di lavoro pubblico sempre che non siano devoluti alla competenza di altro giudice⁴⁸⁰.

Tale rapporto di specialità tra la norma dell'art. 66 del D. Lgs. n. 165/2001 e l'art. 410 cod. proc. civ., rileva in relazione alla efficacia del verbale di conciliazione redatto in sede pubblica. Ed infatti, nonostante la norma citata sancisca l'immunità dal regime dell'art. 2113 cod. civ. per le conciliazioni raggiunte dalle parti autonomamente innanzi ai collegi di conciliazione, si deve ritenere che anche l'accordo raggiunto su proposta dell'organo di conciliazione debba ritenersi immodificabile ed irrevocabile ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., anche in difetto di un espresso richiamo della norma.

5. CONCORSO CON LE ALTRE AZIONI DI ANNULLAMENTO: L'INCIDENZA DEL DOLO E DELLA VIOLENZA SUGLI ACCORDI DISPOSITIVI DEL PRESTATORE

Gli atti dispositivi del lavoratore aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili possono – come detto – essere impugnati e invalidati, indipendentemente dalla prova dell'esistenza di un vizio della volontà o di una situazione psicologica coartata del titolare del diritto. Si tratta, pertanto, di una tutela molto efficace, poiché non pone a carico del prestatore di lavoro un onere della prova eccessivamente gravoso, dovendo questi limitarsi a fornire la prova della esistenza del negozio dispositivo nel periodo stabilito dalla legge. Orbene, ciò nonostante se la tutela del lavoratore fosse limitata all'esperibilità dell'azione speciale sancita dall'art. 2113 cod. civ., conseguirebbe che, trascorsi i sei mesi decorrenti dalla cessazione del rapporto o dal compimento del negozio abdicativo successivo alla cessazione dello stesso, il prestatore non avrebbe alcun tipo di strumento per poter far valere le proprie ragioni ed invalidare tali negozi; quindi l'inerzia del titolare precluderebbe definitivamente qualsiasi azione di tutela contro tali atti dismissivi, limitando la tutela del lavoratore al breve periodo di decadenza. In effetti, tale previsione che potrebbe apparire di primo acchito non favorevole al lavoratore, se non addirittura discriminante, sarebbe giustificata dalla

quattro supplenti per ciascuna parte, con i rappresentanti dei lavoratori scelti dai sindacati maggiormente rappresentativi sul piano nazionale.

⁴⁸⁰ Non si tratta di “(...) *due distinti generi di tentativo obbligatorio di conciliazione* (...)” ma di una disciplina comune volta a creare “(...) *uno strumento alternativo di definizione della lite* (...)” una disciplina comune che presenta “(...) *alcune norme speciali in grado di migliorare la performance dell'istituto all'interno del settore pubblico* (...)”, A. PIZZOFRERATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)* in *Trattati di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXXII, Cedam Padova, 2003, p. 43; M. GRANDI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in DLRI, 2000, p. 378.

volontà di non assoggettare il datore di lavoro ad un alea ingiustificata e collidente anche con la certezza dei rapporti giuridici.

In verità, però, il regime di invalidità speciale previsto dall'art. 2113 cod. civ. non esclude che gli atti di disposizione dei diritti dei lavoratori possano essere impugnati, sempre che ne ricorrano i presupposti, anche avvalendosi degli usuali mezzi di impugnazione disciplinati dalle norme del codice civile.

È evidente, però, che attesa la disciplina di particolare favore prevista dalla norma codicistica, il lavoratore avrà interesse a ricorrere ai rimedi di diritto comune solo in circostanza particolari. Così se il termine di decadenza per l'impugnazione del negozio dispositivo sia inutilmente spirato, ovvero, qualora il negozio abdicativo sia stato concluso innanzi alle sedi abilitate, e sia quindi sottratto all'impugnazione speciale, ma il lavoratore si sia pentito della stipulazione⁴⁸¹.

Trascorso il breve termine di decadenza senza che il lavoratore abbia eccepito l'invalidità *ex art.* 2113 cod. civ. del negozio abdicativo compiuto, il negozio si consoliderà e non potrà essere più impugnato con il detto strumento, ma, ove ne ricorrano i requisiti, potrà essere attaccato proprio con l'esperimento delle azioni ordinarie di impugnazione. Nell'esercizio delle stesse, il lavoratore, sarebbe certamente avvantaggiato dal fatto che l'azione di nullità è imprescrittibile e l'azione di annullamento è soggetta ad un termine di prescrizione quinquennale e non ad un breve termine di decadenza, ma d'altra parte, dovrebbe farsi carico dell'onere della prova dell'esistenza della causa di invalidità eccepita⁴⁸².

Ed infatti, mentre il lavoratore, proponendo l'impugnazione *ex art.* 2113 cod. civ., può limitarsi a provare di aver effettuato una rinuncia o una transazione avente ad oggetto un diritto derivante da norma inderogabile e di averla impugnata nei termini stabiliti dalla legge, e il giudice dal suo canto dovrà verificare esclusivamente tali requisiti, nell'ipotesi della proposizione dell'azione ordinaria, non sarà più sufficiente al

⁴⁸¹ In dottrina, per la possibilità del cumulo delle azioni, vedi C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, cit., p. 1000; G. PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 12; A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 73; M. BUONCRISTIANO, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 589; U. NATOLI, *Sulla compatibilità della normale azione di annullamento per vizio della volontà con l'impugnativa ex art. 2113*, in RGL, 1949, II, p. 44; G. COTTINO, *L'art. 2113 cod. civ. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in RD comm., I, 1949, p. 77. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. 16 gennaio 1984, n. 368, in Not. Giur. Lav., 1984, p. 300; Cass. 6 marzo 1984, n. 1552, Rep. F.I., 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2506; Cass. 13 gennaio 1983, n. 228, in Not. Giur. Lav., 1983, p. 231

⁴⁸² Proprio per questo grave onere della prova, l'esperimento dell'azione ordinaria è assai improbabile se il termine di decadenza non sia ancora scaduto. M. NOVELLA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 585; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità...*, cit., p. 758; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*.

prestatore di lavoro documentare tali fatti, ma dovrà dare una concreta prova dell'errore, della violenza e del dolo o di ogni altro vizio dell'atto.

Il lavoratore, quindi, qualora l'atto dispositivo di un diritto derivante da norma inderogabile, appaia viziato da dolo o violenza, potrà chiederne l'annullamento dimostrando che la volontà espressa all'atto della disposizione sia stata estorta con violenza o carpita con artifici e raggiri, e ciò anche successivamente alla scadenza del termine fissato dall'art. 2113 cod. civ.⁴⁸³. Il termine di decadenza fissato dall'art. 2113 cod. civ., quindi, preclude l'impugnazione del negozio con lo strumento previsto da quella norma e stabilizza il negozio, salvo che non ricorrano gli estremi per l'esercizio delle altre azioni.

È pur vero, però, che l'ipotesi della violenza e del dolo ricorrono abbastanza raramente, essendo difficile che il prestatore di lavoro possa essere indotto a rinunciare o a transigere a causa di minacce oppure perché siano stati posti in essere raggiri o artifici tali da integrare il disposto della norma dell'art. 1439 cod. civ.⁴⁸⁴.

Nel merito, ove comunque si debba indagare sull'esistenza di tali vizi, affinché si possa individuare una condotta dolosa censurabile con l'azione di annullamento, il giudice dovrà accertare se il *deceptor* abbia avuto la consapevolezza della infondatezza della propria pretesa e ciò nonostante abbia ottenuto dall'altra parte una prestazione alla quale non aveva diritto, indipendentemente dallo stato psicologico del *deceptus*⁴⁸⁵: è sufficiente, quindi, che gli artifici e i raggiri abbiano indotto l'altra parte a concludere un negozio che altrimenti non avrebbe concluso; in difetto di tale circostanza, se si prova che nonostante la condotta della controparte il negozio sarebbe stato ugualmente concluso, la domanda di annullamento apparirebbe infondata, fermo restando il diritto al risarcimento del danno a carico del contraente in mala fede⁴⁸⁶.

Simmetricamente, la violenza consiste nella minaccia seria di una delle parti di arrecare all'altra un male ingiusto e notevole, o nella minaccia ingiusta di far valere un diritto cui consegue la lesione della libertà negoziale del soggetto che cede alle pressioni dell'altro⁴⁸⁷. Orbene, se la violenza consiste nella minaccia di un male ingiusto, dovrà indagarsi in merito alla serietà della minaccia e al carattere notevole del male minacciato; se diversamente, la minaccia consista nella volontà di far valere un diritto, i fattori

⁴⁸³ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., p. 602.

⁴⁸⁴ Quasi testualmente, G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, cit., p. 13

⁴⁸⁵ E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 117

⁴⁸⁶ Si tratta di una ipotesi di dolo incidente, A. PIOVESANA, *Vizi della volontà nella costituzione del rapporto di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 7, p. 117

⁴⁸⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, p. 657.

determinanti dell'invalidità sarebbero fundamentalmente costituiti dal conseguimento di un vantaggio ingiusto e abnorme.

Per quanto riguarda l'impugnazione per errore, esiste una maggior complicazione, data dal fatto che il regime generale dell'annullamento per errore potrà essere fatta valere esclusivamente con riguardo alla rinuncia, ma non alla transazione, per la quale troverebbe comunque applicazione sempre l'art. 1969 cod. civ., che prescrive la non annullabilità del negozio per errore di diritto relativo a questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti: l'errore rende annullabile la transazione solo se si tratti di errore di fatto⁴⁸⁸.

In conclusione, nulla esclude che i due mezzi di impugnativa – quello speciale dell'art. 2113 cod. civ. e le azioni ordinarie – possano tra loro concorrere: sarà compito del lavoratore scegliere lo strumento più adatto e saper fornire i requisiti e le prove a sostegno della propria domanda. Se così non fosse si giungerebbe al paradosso di ritenere valido ed immodificabile un negozio dispositivo concluso in presenza di un vizio della volontà solo perché il lavoratore non ha impugnato tempestivamente nel termine di decadenza di sei mesi, e, per converso, si giungerebbe a considerare invalido un negozio che pur compiuto in perfetta libertà di spirito, sia stato oggetto di gravame *ex art. 2113 cod. civ.* perché avente ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili ed intervenuto nel periodo fissato dalla legge. Quindi le due impugnazioni censurano fatti diversi e si sovrappongono tra di loro senza l'una escludere l'altra. Allo stesso modo – secondo una autorevole opinione – si dovrebbe negare l'applicabilità della norma speciale lavoristica ai negozi dispositivi radicalmente nulli, per i quali dovrebbe trovare applicazione l'art. 1418 cod. civ. dato che dovrebbe escludersi la possibilità di convalidare – anche per inerzia – un atto che sia strutturalmente carente⁴⁸⁹.

Non è peregrina l'opinione che i negozi dispositivi per essere suscettibili di convalida per la semplice inerzia del titolare del diritto e per l'inutile trascorre del termine di decadenza, debbano comunque presentare i requisiti costitutivi: una transazione non è tale per il *nomen iuris* dato dalle parti, ma per il rispetto dei requisiti stabiliti dalla legge per l'esistenza del negozio.

⁴⁸⁸ G. FERRARO, *ibidem*; A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 73; L. A. COSATTINI, *Rinunzie e transazioni*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, tomo III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, M. MISCIONE, (a cura di), Utet, Torino, 2007, è. 619

⁴⁸⁹ C. SMURAGLIA, *Indisponibilità...*cit., p. 758, osserva che si è sostenuto che, se è pur vero che non potrebbe certo sanarsi una transazione o una rinuncia che difettino dei requisiti strutturali, d'altronde, una tale interpretazione rischierebbe di restringere eccessivamente l'ambito applicativo dell'art. 2113 cod. civ.

CONCLUSIONI

Si è detto di recente che rivisitare il tema della norma inderogabile nel diritto del lavoro per un verso può sembrare un compito, ormai, quasi di archeologia giuridica, dal momento che l'inderogabilità della normativa di tutela segna la nascita e caratterizza il patrimonio genetico del diritto del lavoro rispetto al diritto comune dei contratti; per altro verso comporta un continuo e pressante confronto con le ragioni del divenire, sul terreno dei rapporti di produzione, di quelli economici e sociali e sul terreno dei valori e delle ideologie⁴⁹⁵.

Del resto, già da alcuni anni si è avvertito questo malessere serpeggiante nella dottrina giuslavoristica che se da un lato rinviene nella inderogabilità il fondamento genetico del diritto del lavoro, dall'altro la percepisce come un limite o un intralcio per una disciplina che è chiamata a confrontarsi con il dinamismo esasperato dei mercati globali e sperimenta, per questo, strade e metodi per poterla ridurre, trasformarla, convertirla e, in verità, mortificarla degradandola in una tutela minore.

Non è quindi né peregrina né oziosa la domanda che ormai la dottrina giuslavoristica si pone da qualche anno, se questo diritto del lavoro abbia un futuro o se la crisi che lo pervade per effetto del processo di “(...) mercantiliz~~z~~azione globalizz~~z~~ata (...)” tende a ridurlo o a ricondurlo inevitabilmente nelle braccia del diritto dell'impresa⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Così esordisce C. CESTER *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro...* p. 1, Giornate di studio A.I.D.LA.S.S. “*Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*”, Modena 18-19 aprile 2008, inedito.

⁴⁹⁶ Così principiava S. HERNANDEZ, *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi di diritto del lavoro*, in *Il Futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del

In effetti, la riflessione sulla inderogabilità della normativa di tutela comporta contestualmente una valutazione della stessa attualità del diritto del lavoro, poiché è innegabile che nello studio di questa disciplina non si possa prescindere da una equazione netta che pone su un piano di equivalenza semantica e contenutistica il diritto del lavoro e l'inderogabilità della norma. Se oggi si discute della attualità della norma inderogabile e della compatibilità con le nuove dinamiche economiche, e si cercano paradigmi contrattuali alternativi ed elusivi della disciplina inderogabile, cercando di ricondurre nuovamente la disciplina del lavoro nel diritto dei contratti, si rischia non solo di minare alle basi il sistema giuslavoristico, che ha posto da sempre nella norma inderogabile il fondamento e il motivo della sua stessa esistenza, compromettendone il futuro, ma si dimostra di non aver colto la grande novità e la profonda specialità del diritto del lavoro: “(...)l'elevazione della personalità umana (...)”⁴⁹⁰.

Il diritto del lavoro, infatti, fonda la sua esistenza sulla norma inderogabile di legge e di contratto collettivo, presentando così una caratteristica unica nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Non è negabile che il diritto del lavoro viva all'interno del diritto civile e ne utilizzi strumenti ed istituti, ma non può ignorarsi la profonda differenza tra le due discipline. Mentre il diritto civile fonda la sua natura nel contratto che è fonte dei rapporti giuridici, e nella disponibilità dei diritti che è l'espressione più piena del significato della norma civilistica, il diritto del lavoro prescinde dallo stesso contratto – che peraltro non è nemmeno positivamente disciplinato – e pone la sua fonte nelle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo⁴⁹¹. L'inderogabilità sottrae quindi ai soggetti del rapporto il potere di dettare regole diverse da quelle legalmente e contrattualmente stabilite⁴⁹². Ed è questa la diversità profonda tra il diritto civile e il diritto del lavoro: qualsiasi tentativo di *reductio ad unitatem* delle due discipline, o peggio di spiegare istituti giuslavoristici con i rigidi strumenti privatistici – ansia che ha attanagliato più di una generazione di esegeti, preoccupati più della purezza sistematica e

Convegno di Studi tenutosi a Catania 10-11 maggio 2002, C. ROMEO (a cura di), Fondazione diritto del lavoro, L. A. Miglioranza, Roma, 2003, p. 17.

⁴⁹⁰ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro. Discorso inaugurale nella Regia Università di Sassari nel novembre 1922*, cit., p. 4; si veda più diffusamente capitolo 1 p. 11 di questo lavoro.

⁴⁹¹ Ciò non vuol dire che il contratto di lavoro, pur non espressamente disciplinato dal codice civile, non sia un istituto fondamentale del sistema giuslavoristico, ma che esso svolge una funzione assai differente rispetto al diritto civile. In quest'ultima disciplina il contratto è fonte dei rapporti obbligatori e i contraenti possono disciplinare i propri interessi liberamente disponendo e prevedendo la disciplina più confacente. Nel diritto del lavoro, il contratto non è né strumento di autonomia, né fonte diretta del rapporto di lavoro, il quale attinge la sua disciplina inderogabile direttamente dalla legge e dal contratto collettivo, ma richiama semplicemente una disciplina già precostituita imposta dalla legge e dai contratti collettivi.

⁴⁹² M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, in RGL, 2008, II, p. 157. L'autore precisa “(...) l'inderogabilità attiene dunque al piano dei rapporti tra le fonti, anche se non è idonea a negare il carattere privato della fattispecie costitutiva del rapporto cioè il contratto di lavoro (...)”.

della preservazione della integrità del sistema, che della effettività della tutela del contraente debole – mostra una scarsa sensibilità giuridica ed una mancata comprensione del sistema innovativo che nel libro del lavoro è sintetizzato.

L'inderogabilità non è quindi semplice attributo della norma, bensì prerogativa del diritto del lavoro: non c'è – e non ci può essere – diritto del lavoro se non esiste la disciplina inderogabile. Senza inderogabilità la legge non avrebbe potuto svolgere il suo ruolo fondamentale e decisivo nella creazione del diritto del lavoro.

Medesima conclusione deve raggiungersi in relazione alla contrattazione collettiva, la quale deve essere inderogabile per poter perseguire il fine irrinunciabile della tutela del contraente debole. È pur vero che nell'ordinamento la mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione e la costruzione di un sindacalismo di fatto – con buona pace di Mancini, e della sua Prolusione, di Scarpelli e tutti gli altri giuslavoristi di conio liberale, ostili all'impostazione di tutela della asserita parte debole e anelanti a restituire vigore alle istanze pancivilistiche di parità delle parti e di libera formazione della volontà – ha certamente minacciato la stessa funzione del contratto collettivo non più valido per tutta la categoria ma solo per gli iscritti al sindacato. Ma l'interpretazione giurisprudenziale che – contro una dottrina rigida ed intransigente – ha saputo restituire forza e vigenza all'art. 2077 cod. civ. ha permesso di garantire al contratto collettivo e alle norme in esso contenute un'applicazione inderogabile e prevalente sulle contrastanti e peggiorative disposizioni individuali.

L'art. 2113 cod. civ. incarna, quindi, il paradigma della inderogabilità lavoristica collegando il regime imperativo della norma alla disposizione dei diritti. Non si tratta né di una norma bizzarra, né di “(...) *un espediente o di un ingegnoso meccanismo corporativo (...)*” né di un “(...) *arzigogolo empirico o di una artificiosa creazione fondata su una presunzione di minorata libertà del lavoratore subordinato (...)*” che attraverso un “(...) *tortuoso e ozioso percorso interpretativo (...)*” sarebbe elevata “(...) *al rango dommaticamente più nobile di principio fondamentale di diritto del lavoro (...)*”⁴⁹³.

La norma invece rappresenta un raro esempio di tecnica legislativa che coniuga flessibilità e tutela⁴⁹⁴. Il legislatore, riconosciuta l'invalidità del negozio dispositivo violativo delle norme inderogabili, a prescindere da qualsiasi indagine in merito allo stato psicologico del lavoratore e senza onerarne di alcuna incombenza in merito alla prova della invalidità, ha rimesso proprio alla valutazione del prestatore di lavoro la convenienza ad impugnare l'atto abdicativo, e ciò nonostante la natura inderogabile delle

⁴⁹³ P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno* p. 54;

⁴⁹⁴ M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., p. 159.

norme violate. Un coniugio perfetto di tutela forte ed irresistibile e di flessibilità della normativa, che riporta al lavoratore individuo la decisione sulla sua applicazione.

E su questo punto che si è scatenata la dottrina giuslavoristica scandalizzata per una previsione legislativa ritenuta eretica per aver violato il sacro canone della sanzione della nullità radicale per la violazione della norma inderogabile, ed incostituzionale per aver discriminato il lavoratore rispetto a tutti gli altri soggetti di diritto che potrebbero vantare l'invalidità della norma senza limiti di tempo⁴⁹⁵. Ma l'inderogabilità lavoristica ha dei connotati diversi dalla norma imperativa civilistica e ove non fosse stata mai codificata la norma dell'art. 2113 cod. civ. il risultato sarebbe stato del tutto opposto a quell'attuale – checchè ne dicano i detrattori della disciplina – con un sistema rigido e dannoso fondato su una nullità da dimostrare e che può essere fatta valere in ogni momento e da chiunque.

Ed invece, posta la condizione dell'origine del diritto da norma inderogabile, la causa dell'invalidità non può che essere la violazione di detta norma: illiceità del negozio dimissorio, invalidità per illiceità, ma soggetta a termine di decadenza⁴⁹⁶. Null'altro dice la norma. Tutto il resto è invenzione degli interpreti che si sono sforzati di tentare una quadratura del cerchio tra la norma dell'art. 2113 cod. civ. e il sistema civilistico, sostenendo teorie fantasiose, trincerandosi dietro sterili formule linguistiche che nulla hanno in effetti aggiunto alla interpretazione e al funzionamento di una norma che nell'applicazione pratica non solleva problemi di sorta. Favole che nulla hanno a che vedere con la volontà del legislatore e con la *ratio legis*.

Neppure quando all'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. si indicano le modalità per una legittima e valida disposizione dei diritti da parte del lavoratore si nega la *ratio* della norma, che manifesta in tale previsione l'anima e l'aspetto autorizzatorio: l'assistenza prestata dagli organi di conciliazione non si trasforma mai in una integrazione della capacità dispositiva del lavoratore, rimanendo la norma fedele alla sua ispirazione e alle sue premesse. L'assistenza del sindacato, ovvero dell'organo amministrativo di conciliazione o dello stesso giudice non integra la volontà del

⁴⁹⁵ Sulla incostituzionalità della norma, si veda *passim* capitolo 2 di questo lavoro; in dottrina, L. MONTESANO – F. MAZZIOTTI, *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974, p. 237; F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, diretto da R. SCOGNAMIGLIO, F. Angeli, Milano, 1978, p. 314; di contrario avviso U. PROSPERETTI, *Sulla costituzionalità dell'art. 2113 cod. civ.*, in MGL, 1971, p. 360.

⁴⁹⁶ Si osservi che nonostante tutto la stessa P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno* cit., p. 54, riconosce che l'invalidità di cui si tratta è *neutra*, cioè né nullità, né annullabilità (almeno se ben si è compreso quanto dalla stessa sostenuto).

lavoratore, ma, verificandone la libertà di espressione, permette la valida disposizione dei diritti, nonostante la fonte inderogabile della loro derivazione.

La norma dell'art. 2113 cod. civ. è una norma moderna ed attuale che ha saputo anticipare in chiave garantista quei sistemi di flessibilità e di derogabilità che oggi vengono da molti confusamente auspicati come soluzione agli asseriti mali del diritto del lavoro e vengono mostrati come soluzioni possibili per rendere il mercato del lavoro più snello e competitivo. Formule linguistiche che nascondono una pervicace ricerca della destrutturazione dell'ordinamento giuslavoristico e della deregolamentazione del sistema di tutela, in un sostanziale regresso verso forme di sfruttamento che sembravano per l'evoluto ordinamento giuslavoristico italiano retaggio di un'epoca ormai lontana.

E così si ritorna a parlare di attenuazione della normativa inderogabile e di semi-inderogabilità senza accorgersi che tali elucubrazioni negano – nella stessa affermazione del concetto – la tutela effettiva del lavoratore. A che serve e a chi serve una norma che sia “seminderogabile”, la cui previsione può essere modificata e rinunciata *ad libitum* nella autonomia contrattuale⁴⁹⁷.

Autorevoli esponenti hanno sostenuto e continuano oggi ad auspicare il passaggio dalla tutela inderogabile alla tutela disponibile suggerendo la “(...)possibilità di pattuizioni in deroga, la cui validità sia vincolata, a seconda dei casi, alla stipulazione con l'assistenza di un rappresentante sindacale o alla stipulazione in forma scritta (...)”⁴⁹⁸.

Ciò che si rimprovera al sistema della tutela flessibile delineato dall'art. 2113 cod. civ. è la fondamentale sfiducia nella capacità del lavoratore subordinato di negoziare utilmente le proprie condizioni di lavoro, nel proposito di emanciparlo dal soffocante abbraccio di un sistema che lo avrebbe sino ad oggi “(...) trattato da minorenne e sottoposto a un regime di interdizione e tutela sindacale (...)”, quasi fosse incapace di discernere e di scegliere i propri interessi⁴⁹⁹.

Ma in verità si tratta solo di una idea mistificante che crea a suo uso e consumo l'icona di un lavoratore ideale – o magari del futuro – che sia maturo e che non abbia bisogno della protezione della legge, poiché potrebbe autotutelarsi sul mercato del lavoro⁵⁰⁰. Un'idea di lavoratore che non si trova in nessuna fabbrica e che non potrà mai rinvenirsi in natura: dimenticano, i sostenitori di questa teoria, che il lavoratore è un soggetto debole, perché la sua prestazione è estremamente fungibile, e perché il bisogno

⁴⁹⁷ P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno* cit., p. 19.

⁴⁹⁸ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, Mondatori, 1996, p. 58.

⁴⁹⁹ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, op. ult. cit., p. 60

⁵⁰⁰ M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., p. 157.

alimentare soddisfatto – magari solo parzialmente – dal lavoro, lo rende succubo e pronto ad accettare anche condizioni disagiati e vessatorie pur di poter lavorare.

Ed allora, non contenti dei più discutibili, rovinosi risultati conseguiti nel diritto delle locazioni, si è ipotizzato di trapiantare il congegno dei patti in deroga anche nel diritto del lavoro, come nuova possibile tecnica di regolazione, in grado di accogliere “(...)una diffusa esigenza di personalizzazione del programma negoziale che trova ostacolo nella inderogabilità dei trattamenti minimi legali e collettivi, come tali calibrati su di un modello astratto di prestatore non sempre corrispondente alla situazione concreta (...)”⁵⁰¹. Si voleva così trasferire il modello della volontà assistita dalla fase di disposizione dei diritti alla fase della regolamentazione del rapporto, al fine di consentire una disciplina non solo individualizzata, ma anche certa e sottratta al controllo successivo del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili proprio in quanto valutata ed approvata preventivamente dal soggetto garante indicato dalla legge⁵⁰².

Ma tale proposta, peraltro racchiusa nel progetto dello *Statuto dei lavori*, nella quale l’articolazione delle tutele era affidata alla individuazione di una inderogabilità relativa (*sic!*), affiancata da una inderogabilità assoluta, non si tradusse in disegno di legge ma fu trasposta – modificata e sterilizzata – nella previsione legislativa del D. Lgs. n. 276/2003 nell’istituto della certificazione dei contratti di lavoro che non costituisce certo un sistema di derogabilità assistita, bensì un metodo di “certazione” provvisoria, suscettibile di controllo in materia di qualificazione dei contratti ad opera del giudice: si tratta della definizione del tipo negoziale scelto dalle parti e non nella regolamentazione preventiva della disciplina del rapporto di lavoro.

La derogabilità assistita è, invece, un modo surrettizio di opposizione alla inderogabilità della normativa lavoristica, un espediente per individualizzare il rapporto di lavoro, per spezzare l’unicità del trattamento, per adeguare il lavoratore alle esigenze della impresa, macchina produttrice del massimo guadagno e non comunità organizzata

⁵⁰¹ Si tratta delle parole pronunciate da A.VALLEBONA, *Intervento*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994, p. 130. La fonte si rinviene anche in R. VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 188, al quale si deve l’interessante ricostruzione storico giuridica e il raffronto con il diritto delle locazioni. Quanto al diritto delle locazioni si ricorda solamente che vigente la legge sull’equo canone, istanze di liberalizzazione del sistema, spinsero il Parlamento ad approvare la legge n. 359/1992, con la quale venne dettata la disciplina dei “patti in deroga” successivamente sostituita dalla legge n. 431/1998 di liberalizzazione totale delle locazioni immobiliari ad uso abitativo. Si noti che gli effetti delle normative di liberalizzazione sono sotto gli occhi di tutti: i prezzi degli affitti degli appartamenti sono saliti vertiginosamente, innescando politiche speculative anche sul prezzo di acquisto degli immobili e favorendo esclusivamente i proprietari che ricevono rendite cospicue dagli affitti il più delle volte irregolari delle loro case. Certo i conduttori non sono stati assolutamente aiutati!

⁵⁰² A.VALLEBONA, *ibidem*.

del lavoro e del capitale in funzione dell'uomo e della sua vita, dileguando in un attimo decenni di dottrina che si è affaticata nel distinguere il momento genetico e funzionale nell'acquisto dei diritti: il prestatore di lavoro non acquisterebbe i diritti sanciti da norme inderogabili, ma potrebbe dettare una regolamentazione personalizzata del suo rapporto con l'assistenza delle parti collettive o di un organo amministrativo.

L'inderogabilità della norma, quindi, non appare più – almeno a certi giuslavoristi – come il baluardo della tutela del lavoratore, ma come un ostacolo alla esigenza – non si sa bene di chi – di personalizzazione del programma negoziale; aprire un dibattito sulla inderogabilità della normativa giuslavoristica, metterne in discussione l'irrinunciabilità, significa “(...) *interrogarsi sulla stessa permanenza di una tecnica di tutela del diritto del lavoro (...)*”, significa interrogarsi sullo stesso futuro del diritto del lavoro, e tentare – facendo un passo all'indietro – di ricondurre la disciplina lavoristica negli impropri confini del diritto dei contratti e delle obbligazioni⁵⁰³.

E dire che meno di un secolo fa, Carnelutti scriveva che “(...) *l'umanità del lavoro, compressa così a lungo nello stampo della locazione, ha reagito, appartando il contratto di lavoro da ogni altro e facendone un contratto a sé stante che si stacca sempre più dal diritto delle obbligazioni e si avvicina al diritto delle persone (...)*”⁵⁰⁴.

⁵⁰³ L'espressione è di M. NAPOLI, *Interrogativi sulla inderogabilità*, cit., p. 157.

⁵⁰⁴ L'espressione si trova in F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in Riv. Dir. comm., 1913, I, p. 382.

BIBLIOGRAFIA

AUTORI

- AGNOLI F. M., *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, Patron, 1974.
- AMIRANTE, *Locazione in diritto romano* (voce), in N.mo D.I., Utet, vol. IX, 1963, p. 994.
- ANASTASI, *Facoltà* (voce), in Enciclopedia del diritto, vol. XVI, 1967, p. 212 e ss.
- ANGIOLINI V., FASSINA L., *Sulle procedure di certificazione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, G. GHEZZI (a cura di), Ediesse, Roma, 2004
- ARANGUREN A., *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Enc. Giur. Lav.*, diretta da G. MAZZONI, VII, Padova, 1981, p. 44.
- ARANGUREN A., *Controversie individuali e controversie collettive di lavoro*, in *Nuovo trattato del diritto del lavoro*. vol. IV, p. 39;
- A.ARANGUREN, *La risoluzione conciliativa prevista dalla legge e dai contratti collettivi di lavoro*, in AA.Vv., *La risoluzione conciliativa, arbitrale e giurisdizionale delle controversie di lavoro*, Collana dell'Istituto di Studi Sindacali del lavoro, n. 4 F. Angeli, Milano, p. 20.
- ARANGUREN A., *La risoluzione conciliativa arbitrale e giurisdizionale delle controversie di lavoro*, Milano, Angeli, 1976, p. 27.
- ARANGUREN A., *La tutela dei lavoratori*, in *Enc. Giur. del lavoro*, diretta da G. MAZZONI, VII, Padova, 1981, p. 70;
- ARDAU G., *Rinunce e transazioni nel rapporto di lavoro secondo il nuovo codice civile*, in MG corp., 1942, p.100
- ARDAU G., *La certezza legale quale comune connotato della conciliazione giudiziale e di quelle amministrative delle controversie individuali di lavoro*, in GI, 1979, I, p. 632

- ASSANTI C., *La conciliazione sindacale delle controversie individuali di lavoro*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, di RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, Padova, Cedam, I, p. 353;
- ASSANTI C., *Le controversie del lavoro e della previdenza sociale*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, Cedam, Padova, 1975, vol. IV.
- ATZERI G., VACCA G.M., *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1915.
- AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Bari, 1978.
- AVANZI E., *La conciliazione in sede sindacale delle controversie individuali di lavoro*, in RDL, 1974, I, p. 544;
- AVENATI BASSI L., *Quietanze liberatorie e transazioni nel rapporto di lavoro*, in Riv. Dott. Comm, 1955, p. 116.
- BALLESTRERO M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in Lav. e dir., 1987, p. 41
- BALLESTRERO M.V., *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, RIDL, 1989, I, p. 389
- BALLETTI B., *Contributo alla teoria dell'autonomia sindacale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 361.
- BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Introduzione* ed. 1901
- BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, ed. 1917, vol. I e II
- BARASSI L., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2° ed., Milano 1948.
- BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.
- BARCHI R., *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 439.
- BARONE C. M., *La conciliazione stragiudiziale*, in Andrioli ed altri, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1987.
- BARONE C. M., *Rinunce e transazioni*, in A. Proto Pisani-G. Pezzano-C.M. Barone-V. Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro. L 11 agosto 1973, n. 533*, Bologna, Roma, 1974.
- BASSANO GABBA, *Trent'anni di legislazione sociale*, Torino, 1921.
- BELLANTUONO D., *La nuova disciplina dei contratti agrari*, in F.I., 1982, V, p. 125.
- BELLAVISTA A., *La derogabilità assistita*, in GDLRI, 1998, p. 60.
- BELLAVISTA A., *Sub art. 68*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, E. Gragnoli e a. Perulli (a cura di), Cedam, Padova, 2004, p. 783.
- BERRUTI G. M., *In tema di transazioni del lavoro*, in Dir. Giur., 1979, p. 198;
- BETTINI M.N., *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001
- BIAGI M., *Il sindacato verso il 2000: un viaggio senza ritorno?*, RIDL, 1989, I, p. 173
- BIANCA C. M., *Diritto Civile*, I, Milano, 1978
- BINDA L., *Alcune considerazioni sull'art. 2113 c.c.*, in Giur. Merito, 1976, I, p. 445
- BRANCA G., *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, Foro padano, 1958, I, p. 803.
- BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970.

- BOGHETICH E., *Legittimazione attiva dei terzi a impugnare: art. 2113 cod. civ. e art. 6 l. n. 604/1966 a confronto*, in MGL, 1995, p. 63.
- BONDU S., *Dichiarazione di saldo e riserva di azione per maggiori diritti*, MGL, 1950, p. 234;
- BORGHESI D., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *Il processo del lavoro*, D. Borghesi (a cura di), in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 2005, p. 73.
- BORSI, *Elementi di legislazione sociale del lavoro*, Bologna, 1936.
- BOZZI A., *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in N.mo D. I. XV Torino, 1968, p. 1140 ss..
- BRENTANO L., *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1872;
- BRUNETTI, *Quietanze, rinunce e transazioni nei rapporti di lavoro*, Roma, 1965, *passim*, Carnelutti F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in R.D.C., 1913, p. 382.
- BRUNO T., *Locazione*, in *Digesto italiano*, XV, 1905, p. 1163,
- BUONCRISTIANO M., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., *Impresa e Lavoro*, vol. 15, tomo I, Torino, Utet, 1986. p. 591.
- CABRINI, *La legislazione sociale*, Roma, 1914;
- CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro*, I, *Diritto sindacale*, Torino Utet, 1999, p. 233
- CARNELUTTI F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in Riv. Dir. comm., 1913, I, p. 382.
- CARNELUTTI F., *Contratto collettivo*, in Dir. Lav., 1928 I, pp. 184 e ss.
- CARNELUTTI F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1930, p. 108.
- CARNELUTTI F., *Note sull'accertamento negoziale*, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1940, I, spec. p. 4, 13, 16;
- CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 52
- CARRESI F., *La transazione*, in *Trattato Vassalli IX*, tomo 3, Torino, 1966, p. 47 e ss.
- CARRESI F., *La transazione*, Torino, Utet, 1954.
- CARRESI F., *Transazione (diritto vigente)* in N.mo D.I., 1991, Utet, Torino, Vol. XIX, p. 487.
- CARRESI F., *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A.CICU-F.MESSINEO, XXI, 2, Milano, 1987, p. 648.
- CASANOVA M., *Sistemi e fonti nel diritto del lavoro*, in Riv. Dir. Comm., 1929, I p. 570.
- CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.
- CAZZETTA G., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, in Quaderni fiorentini, 1988, XVII, p. 155 e ss. e qui p. 230.
- CAZZETTA G., *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini*, Quaderni Fiorentini, 1996, p. 543.
- CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, p. 56.
- CESSARI A., *Forme stragiudiziali di composizione delle controversie di lavoro*, in RIDL, 1974, I, p. 82.
- CESSARI A., *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 176.

- CESTER C., *Rinunzie e transazioni* (diritto del lavoro), in Encicl. del diritto, Milano, 1989, p. 987vol. XL, p. 984.
- CESTER C. *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro...*p. 1, Giornate di studio A.i.d.la.s.s. “*Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*”, Modena 18-19 aprile 2008, inedito.
- CHIARELLI G., *Lo stato corporativo*, Padova, Cedam, 1936, p. 79 e ss.
- CHIRONI G. P. *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale.*, Torino, Bocca, 1925, p. 124.
- CIOFFI A., *L'inderogabilità del contratto collettivo di lavoro nella legislazione italiana*, in Riv. Lav., 1932, I, p. 16.
- CIPRESSI, *Sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in MGL, 1985, p. 140.
- COGLIOLO P., *Le alte idealità del diritto privato (1898*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1910, vol. I pp. 21.
- COPPOLA C., *La rinunzia a diritti futuri*, Milano, 205, p. 127,
- CORRADO R. *rattato di diritto del lavoro*, Torino, Utet, III, 1965/1969, p. 461.
- COSATTINI L. A., *Rinunzie e transazioni*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, tomo III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, M. Miscione, (a cura di), Utet, Torino, 2007, è. 619
- COTTINO G., *L'art. 2113 cod. civ. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in R.D. comm., I, 1949, p. 77.
- CRISCIUOLO G., *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in Riv. Dir. civ., 1965, I, p. 364;
- COMITO F., *La nuova disciplina delle rinunzie e transazioni*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1976, p. 199
- D'AMELIO M., *Per un progetto di legge sul contratto di lavoro*, in Riv. Dir. Comm., 1907, p. 236,
- D'EUFEMIA G. *Natura giuridica della rappresentanza sindacale*, in *La giustizia del lavoro*, Dir. Corpor. Bari, 1935
- D'HARMANT – FRANCOIS, *Sindacato e contratto collettivo nel nuovo art. 2113 c.c.*, in Dir. Lav., 1975, p. 198.
- DALMASSO C. M., *Conciliazione sindacale, transazione ed art. 6 della legge 11 agosto 1973, n. 533*, in Orient. Giur. Lav., 1975, p. 239.
- DE LITALA L., *Il contratto di lavoro*, Torino, Utet, 1949, p. 543.
- DELL'OLIO M. , *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, cedam, 1980, p. 35.
- DELLE NOCI V., *In tema di quietanza a saldo*, in Giur. Merito, 1981, I, p. 970,
- DENTI V. - SIMONESCHI G., *Il nuovo processo del lavoro. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Milano, 1974, p. 265.
- DE CUPIS, *Il danno*, Milano, Giuffrè, 1966.
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.
- DE NUBILA, *La rinunzia del lavoratore alla qualifica e la sua affermata validità*, RGL, 1969; II, p. 488.
- DE SIMONE G. *Il problema della rappresentanza sindacale nel diritto corporativo*, in Arch. Giur., Vol. CXXXI, fasc. I, genn. 1939 e fasc. II apr. 1939, Mod. STM, 1938.

DE ANGELIS L., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, M.T.CARINCI (a cura di), Ipsoa, Milano, 2003, p. 243.

DI STASI A., *Impugnabilità della conciliazione sindacale nelle controversie individuali ed attività dei conciliatori*, in DL, 1989, I, p. 262.

FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1974.

FABRIS P., *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1978.

FEDERICO – FOGLIA, *La disciplina del nuovo processo del lavoro*, Milano, 1973, p. 169.

FERRARO G., *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1998, XXVII, p. 6.

FERRARO G., *Acquiescenza V*, in *Enc. Giur. Trecc.* Roma, 1988, p. 1 e ss.

FLAMMIA R., in *Nota*, in MGL, 1960, p. 380.

FONTANA A., *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1970, p. 544.

GAETA L., *L. Barassi (1873-1961)*, Lavoro e Diritto, 1997, p. 521.

GALANTINO L., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1988 .

GALGANO F. *Manuale di diritto Commerciale*, Zanichelli, 1980.

GARAFOLO M.G., *Brevi note sul tema della c.d. acquiescenza del lavoratore (e brevissime sull'art. 36 Cost.)*, in RGL, 1973, II, p. 419.

GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, Utet, 1967.

GIUGNI G. (*Le rinunzie e le transazioni del lavoratore, riesame critico*, D.L. 1970, I, p. 3.

GHERA E., *Diritto del Lavoro*, Cacucci, 2006

GHERA E. *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro*, in Aidlass, *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 10.

GHEZZI G. –ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 334;

GHEZZI G., *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in Riv. Trim dir. proc. civ., 2000, p. 205;

GHIDINI M., *Diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1985.

GIAMPICCOLO G., *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di Giovanni Battista Fumaioli*, Milano, p. 1961, pp. 99 e ss. e spec. 108,

GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento negoziale*, in Riv. Trim Dir. Proc. Civ., 1961, p. 790 e ss

GIANNINI M.S., *Prefazione*, Gonnelli, *Formulario dei Tribunali amministrativi regionali*, Roma, 1973

GIUGNI G., *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in RIDL, 1958, I, o. 3 ss.

GIUGNI G., *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963

GIUGNI G., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: un riesame critico*, in Dir. Lav., 1970, I, p. 3 e ss.

GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, p. 323.

GRAGNOLI E., *Sub art. 82*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), Padova, Cedam, 2004, p. 859;

GRAGNOLI E., *Transazioni individuali, sottoscrizione"con riserva" e assistenza sindacale*, in RIDL, 1998, II, p. 405.

- GRANDI M., *L'arbitrato irritale nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 372.
- GRANDI M., *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma di riforma del processo del lavoro (11 agosto 1973, n. 533)*, in RDL, 1974, I, p. 39.
- GRANDI M., *Sull'inoppugnabilità della conciliazione in sede sindacale*, in MGL, 1975, p. 329.
- GRANDI M., *Intervento alla tavola rotonda su "Il mercato e il lavoro. Per un diritto del lavoro maggiorenne"* di P. Ichino, in R.I.D.L., 1997, I, p. 264 e ss.
- GRANDI M., *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in DLRI, 2000, p. 378.
- GRASSELLI, *Contributo alla teoria del contratto collettivo*, Padova, Cedam, 1974.
- GRASSO, *Prescrizione*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 63.
- GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Vol. VII, tomo III, Utet, Torino, 1939.
- GRIECO A. M., *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983.
- GROSSI P., *Scienza Giuridica Italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè Milano, 2000.
- GROSSI P., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6, 1976/1977 pp. 314 e 315.
- GUIDI D., *L'oggi e il domani del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.* 1928, I, pp. 184 e ss.
- GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, DL, 1955, I, p. 373 e ss.
- HERNANDEZ S., *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi di diritto del lavoro*, in *Il Futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del Convegno di Studi tenutosi a Catania 10-11 maggio 2002, C. ROMEO (a cura di), Fondazione diritto del lavoro, L. A. Miglioranzi, Roma, 2003, p. 17.
- HORT H.L.A., *Il concetto di diritto* (traduzione italiana) Torino, 1965.
- HUTCHINS E HARRISON, *A history of factory legislation*, Londra, 1926.
- ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 2003, p. 612.
- ICHINO P. *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano Mondatori, 1996
- IANNIRUBERTO G., *Rinunce e transazioni quietanze a saldo nel diritto del lavoro*, Novara, Pem, 1969 (rassegna giurisprudenziale) capo VI n. 22,
- IANNIRUBERTO G., *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo*, in *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale dopo lo Statuto dei lavoratori e il nuovo processo del lavoro*, ricerca sistematica diretta da D. NAPOLETANO, Novara, Edipem, Roma, 1969, p. 710 e ss.
- LAMBERTUCCI P., *Efficacia dispositiva del contratto collettivo ed autonomia individuale*, Padova Cedam, 1990, p. 320.
- LECCESE V., *Contratto collettivo, diritti individuali, potere transattivo delle organizzazioni sindacali*; Cass. 5 luglio 1990, n. 7050, in FI, 1990, I, p. 2803.

- LECCESE V., *Transazioni collettive e disposizioni dei diritti dei lavoratori*, in GDLRI, n. 50, 1992, 2, p. 290 e ss.,
- LEONE G., *Il tentativo di conciliazione nel settore privato. Obbligatorietà, immediatezza e tutela dei diritti*, in *La deflazione del contenzioso del lavoro. Il caso delle Pubbliche Amministrazioni*, Cacucci, Bari, 2007, p. 74.
- LEVI DE VEALI M., *Per una disciplina di rinunce e transazioni in materia di lavoro*, in Riv. Im. Priv., 1934, p. 33.
- LIEBMAN S., *L'efficacia dispositiva del contratto collettivo di lavoro*, in *Studi in onore di G.Grassetti*, Milano, 1981, p. 1219.
- LOCATELLI P., *Quietanza (atto di)*, in N.mo D.I., vol. XIV, Torino, Utet, 1967, p. 705.
- LOTMAR P., *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 15, 1900, nella versione italiana, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, in DLRI, 1984, p. 313.
- LUMIA C. e CALOGERO M., *Sulle rinunce e transazioni dei lavoratori*, in RDL, 1983, I, p. 467.
- MACIOCE F., voce *Rinuncia*, - Diritto privato - in Enc. Dir., 1989, Milano, pp. 940 e ss.
- MAGNANI M., *Disposizione dei diritti*, in *Digesto delle Disc. Priv. Sez. Comm.* Vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 6.
- MAGRINI S. *Rinunzie e transazioni in materia di lavoro*, N.mo D.I., *Appendice*, 1986, p. 847.
- MAINARDI S., *Dimissioni e risoluzione consensuale* in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, volume XXIV, *Il lavoro subordinato*, F. Carinci (a cura di), tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, Giappichelli, Torino, 2007, p. 595 e ss.
- MANCINI G. F., *Il recesso unilaterale e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1962.
- MANCINI G. F., *Le associazioni sindacali e il nuovo processo*, in *Il nuovo processo del lavoro* A GENOVESE, (a cura di), Padova, Cedam, 1975, p. 15.
- MANDELLI R., *I requisiti della conciliazione in sede sindacale*, in Riv. Dir. proc., 1980, p. 586.
- MARESCA A., *La prescrizione dei crediti del lavoratore*, Milano, 1983.
- MARESCA A., *Ancora sulla disponibilità in sede collettiva dei diritti individuali*, in RIDL, 1985, p. 685;
- MARESCA A., *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, DLRI, 1985, p. 717
- MASSART G., *Le impugnative delle cosiddette quietanze liberatorie*, in Dir. lav., 1960, I, 365.
- MAZZIOTTI F., *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, diretto da R. SCOGNAMIGLIO, F. Angeli, Milano, 1978
- MAZZIOTTI F., *sub art. 410*, in MONTESANO-MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, Jovene, 1974.
- MAZZIOTTI F., in Montesano Mazziotti, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1973, p. 236 e ss.
- MAZZIOTTI F., *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Jovene, Napoli, 1974, p. 206
- MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effettività del contratto di lavoro*, Napoli, 1974
- MAZZIOTTI F. e MONTESANO L. *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974.

- MAZZIOTTI F., *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV. *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, p. 262, nt. 40.
- MAZZIOTTI F., *Diritto del lavoro*, Napoli, Liguori, 1987.
- MIGLIORANZI, *Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, Riv. Lav, 1946, I, p. 48
- MAZZONI C., *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattuale*, in Giur. It., 1974, I, 1, p. 1573
- MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 1969, p. 671.
- MENGGONI L., *Lezioni sul contratto di Milano Celuc*, 1971
- MENGGONI L., *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico*, in AA. VV. *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 1976, p. 32.
- MENGGONI L., *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in Jus, 1975, pp. 450-451.
- MENGGONI L., *La legge e l'autonomia collettiva*, Relazione al 3° Convegno nazionale Federmeccanica, Roma, 28-29 marzo 1980
- MENGGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, GDLRI, 2000, p. 181.
- MESSINA G., *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro (1904)*, rinvenibile in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 35 e ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1950.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1952.
- MESSINEO F., voce *Annulabilità e annullamento, (diritto privato)*, in Enc. Dir., vol. II. Milano, 1958, p. 477.
- MICELI R., *La protezione del contraente debole nel diritto comune e nel diritto corporativo*, in Dir. Lav., 1928, I, p. 269.
- MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, Il Circolo giuridico, XXVII, 1896, p.113 e ss.
- MONTESANO – VACCARELLA, *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, Jovene, 1984.
- MOSCARINI, *Rinunzia. Diritto civile*. In *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XXVII, 1991, p. 1.
- MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. Econ.*, 1981, sett. '78- ago. '79, p. 247
- MOSSA L. *Il diritto del lavoro. Discorso inaugurale nella Regia Università di Sassari del novembre 1922*, Arti Grafiche Pacini Mariotti, Pisa 1930.
- MOSSA L., *Trattato di diritto commerciale*, SEL, 1942, I, p. 53.
- MOSSA L. *Jus*, 1943, p. 146- 148.
- MORTILLARO F., *Le associazioni sindacali nel nuovo processo del lavoro*, in MGL, 1973, p. 472.
- NAPOLETANO D. *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Milano Giuffrè, 1953.
- NAPOLETANO D., *Primi orientamenti interpretativi del nuovo processo del lavoro*, Milano, 1973.
- NAPOLI M., *Interrogativi sull'inderogabilità*, in RGL, 2008, II, p. 157.
- NATOLI U., *Sulla compatibilità della normale azione di annullamento per vizio della volontà con l'impugnativa ex art. 2113*, in RGL, 1949, II, p. 44.
- NOGLER L., *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in MGL, 2003, p. 123.

- NOCELLA C., *Brevi considerazioni sulla natura della quietanza a saldo*, in Gius. Civ., 1957, I, p. 2054.
- NOVELLA M., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, volume XXIV, *Il lavoro subordinato*, F. Carinci (a cura di), tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. Mainardi, Giappichelli, Torino, 2007.
- NOVELLA V.M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in Arg. Dir. Lav., 2003, p. 545.
- OCCHINO A., *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004.
- ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano 1943.
- ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, procedura civile, diritto amministrativo*, in G.D.L.R.I., 1990, n. 1, pp. 39/50.
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale, Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998.
- PAPALEONI M., *Sulle modalità di impugnativa delle rinunce e delle transazioni*, MGL, 1985, p. 548.
- PATTI S., *Il rilievo della tolleranza nel rapporto di lavoro*, in Dir. Lav., 1977, I, p. 405 e ss.
- PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.
- PEDRAZZOLI M., *Opera (prestazioni coordinate e continuative)* in N.D.I., Appendice;
- PERA G., *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977.
- PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Il Codice civile. Commentario. Art. 2113*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Torino, 1990.
- PERA G., *I rapporti soggetti al nuovo rito*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, di L. Riva Sanseverino – Mazzoni, Padova, Cedam, IV, 1975.
- PERA G., *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977.
- PERA G., *Rileggendo "Il contratto di lavoro" di Ludovico Barassi (1915-1917)*, RIDL, 1997, 1, p. 3.
- PERA G., *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1967, p. 224.
- PERETTI GRIVA D.R., *Il contratto di impiego privato*, Torino, 1922.
- PERETTI GRIVA D. R., *Sull'efficacia delle quietanze a saldo*, in Riv. Lav., 1932, p. 709.
- PERETTI GRIVA D.R., *Limiti all'applicazione dell'art. 2113 cod. civ.*, in MGL, 1953, p. 123.
- PERLINGERI P., *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962
- PERONE G., *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975
- PERONE G., *La conciliazione delle controversie di lavoro e il ruolo del giudice in Italia*, in Riv. Dir. comp. Lav., 1978, p. 101
- PERSIANI M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei diritti dei lavoratori*, in Dir. Lav. 1971, I, p. 12 e ss.
- PERSIANI M. *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 1994
- PETINO P., *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, in MGL, 1987, p. 584.
- PETINO P., *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Catania, 1988

- PETRACCONI G., *Rinunzie e transazioni in tema di impiego privato e conciliazioni in materia di contratto di lavoro*, in F.I., 1936, I, p. 480;
- PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Parigi, 1922.
- PINO G., *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Politica del diritto*, XV, 2, 1984, p. 208.
- PIOVESANA A., *Vizi della volontà nella costituzione del rapporto di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 7, p. 117
- PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, *Nuova Riv. Dir. Comm.*, 1947/1948, I, 1, p. 34.
- PISANO L., *Negoziato transattivo sotto condizione e art. 2113 cod. civ.*, MGL. 1956, p. 191.
- PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)* in *Trattati di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXXII, Cedam Padova, 2003, p. 43.
- PROSPERETTI G., *Le transazioni collettive (Premesse generali: autonomia e disposizione)*, Editore La Sapienza Roma, 1984, p. 15.
- PROSPERETTI U., *L'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1947-1948, nonché in *Dir. Lav.* 1948, p. 386.
- PROSPERETTI U., *L'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Milano, 1950.
- PROSPERETTI U., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1964
- PROSPERETTI U., *La nuova normativa delle rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1973, p. 497 e ss.;
- PROSPERETTI U. *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano Giuffrè, 1995
- PROSPERETTI U., *Sulla costituzionalità dell'art. 2113 cod. civ.*, in MGL, 1971, p. 360;
- PROSPERETTI U., *Considerazioni della funzione regolatoria della quietanza a saldo*, MGL. 1976, p. 376;
- PROSPERETTI U., *Questioni procedurali sulle rinunce e transazioni del lavoratore*, *Dir. Lav.*, 1955, vol. XXIX, p. 193.
- PUGLIATTI S., *Il Trasferimento della situazione soggettiva*, I, Milano, 1984, p. 72.
- RESCIGNO P., *I sindacati e i partiti nel diritto privato*, in *Ius*, 1956, p. 1.
- RESCIGNO P. *I rapporti economici nella Costituzione, Saggio introduttivo*, Vol II, *Il diritto sindacale*, a cura di M. Buoncristiano, Milano, Giuffrè, 1987.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, RDC, 1965, p. 269 e ss.
- RICCI R. - SAFFIRIO F., *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, II, tomo 3, Torino, 1981.
- RIDELLA A., *La decadenza ai sensi dell'art. 2113 cod. civ. in rapporto alla natura del contratto di lavoro e alla illegittimità del licenziamento*, in MGL, 1948, p. 74.
- RIVA SAN SEVERINO L., *Diritto Sindacale*, Torino, 1976.
- RIVA SAN SEVERINO L., *Diritto del lavoro*, XIII edizione, Padova, 1978.
- RIVA SAN SEVERINO L., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1952.

- ROMAGNOLI U., *Diritto del lavoro (Storia del)*, Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale, IV, Utet, Torino 1989.
- ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, Giuffrè, 1967.
- ROCCO A. *Discorso all'Università di Perugia del 30 agosto 1925*, in A. ROCCO, *La formazione dello Stato fascista (1925- 1934)*, III, Giuffrè, Milano, 1938.
- ROMEI R., *La prescrizione e la decadenza*, in *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*, Angelini, Renna, Romei, Torino, Utet, 1994.
- ROSSI A., *Problemi della "conclusa" conciliazione delle controversie di lavoro*, in LPO, 1984, p. 649.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUSCIANO M., *Sul problema della rappresentanza sindacale*, GDLRI, n. 34, 1987, 2, p. 231.
- RUNGGALDIER U., *Osservazioni sulla inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 c.c.*, in Riv. Trim. Proc. Civ., 1980, p. 290.
- SANDULLI P., *Disponibilità e garanzia dei crediti di lavoro alla luce della legge sul nuovo processo del lavoro*, in *Il Nuovo processo del lavoro*, Atti della Tavola Rotonda di Firenze AIDLASS, 2 febbraio 1974, Milano, 1977, p. 362.
- SANDULLI P., *La nuova legge del processo del lavoro (Profili di diritto sostanziale)*, in DL, I, p. 362.
- SANDULLI P., *In tema di collaborazione autonoma continuativa e coordinata*, Dir. Lav., 1982, p. 247 e ss.
- SALVIOLI G., *I difetti sociali delle leggi vigenti*, Palermo, 1906.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959.
- SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Jovene, Napoli, 1986.
- SANTORO PASSARELLI F., *Stato e Sindacati*, in *Studi in memoria di A. Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, I,
- SANTORO PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e la transazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1956, p. 1.
- SANTORO PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, Napoli, 1961.
- SANTORO PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur compl. Cass Civ.*, 1948, II, p. 52.
- SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, ed V, Jovene, Napoli, 1951.
- SANTORO PASSARELLI F., *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra sindacati e lo Stato*, Riv. Dir. Lav., 1956, p. 1 e ss.
- SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, Angeli, 1979.
- SCARPELLI F. *Lavoro subordinato e autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993.
- SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, Riv. Trim. proc. Civ., 1969, II, p. 465.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Risarcimento danno*, in NDI, XVI, Torino, 1969, p. 5 e ss..
- SCOGNAMIGLIO R., *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972.
- SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Bari, 1985.
- SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2000.

SCORZA, *In tema di consenso del lavoratore alla riduzione della mercede*, in *Dir. Lav.* 1961, II, p. 299 e ss.

SENATORI I., *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale: una nuova pronuncia della Cassazione*, RIDL, 1998, II, p. 392.

SICCHIERO, *Tolleranza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIX, 1998, Torino.

SIMI, *Comportamento delle parti e sospensioni cautelare*, in *RGL*, 1962, II, p. 213.

SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta all'individuo*, in *G.D.L.R.I.*, 1990, n. 1, p. 87.

SPEZIALE V., *Le commissioni di certificazioni e le rinunzie e transazioni*, in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazioni dei rapporti di lavoro*, P.Bellocchi, F. Lunardon, V. Speziale, *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, VOL. IV, p. 225,

SMURAGLIA C., *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato diritto del lavoro*, L. Riva Sanseverino e C. Mazzoni (a cura di), Padova, 1971, II, p. 757.

SMURAGLIA C., *Il Comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, p.117 e ss.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 53.

STOLFI G., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1933, I, p. 133.

SUPPIEJ, *Mansioni del lavoratore*, in *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975, I, p. 366.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 596.

TARTUFARI L., *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento verbale e legislativo*, Macerata, 1893, p. 39.

TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1975.

TILOCCA E., *Il negozio di disposizione del debitore di opera*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, p. 69.

TORRENTE, F. FANELLI, C. RUPERTO (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Libro V – su art. 2113, Utet, Torino, 1961.

TRABUCCHI A., *voce Errore (diritto civile)*, N.mo D.I., VI, Torino, 1960, p. 672.

TRIONI G., *Il sistema del diritto sindacale dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *GDLRI*, n. 27, 1985, p. 538.

TREU T., *Potere dei sindacati e diritti acquisiti degli associati nella contrattazione collettiva*, in *RDC*, I, p. 333.

TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno* Giornate di studio A.i.d.la.s.s. “*Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*”, Modena 18-19 aprile 2008.

TULLINI P., *Ancora sui requisiti della conciliazione sindacale (a proposito della mancata sottoscrizione del rappresentante di fiducia del lavoratore)*, in *RIDL*, 2002, II, p. 575.

TULLINI P., *Conciliazione stragiudiziale ed effettività dell'assistenza sindacale*, in *RIDL*, 1992, II, p. 1034;

TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Magnani M., Varesi P.A., Giappichelli, Torino, 2005.

UNGARI P., *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963.

VADALÀ PAPAIE G., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV Congresso Giuridico Nazionale*, Napoli, 1897, vol. XI, *Relazioni della sezione di diritto civile*, Napoli, 1899,

VALLEBONA A., *Istituzione di diritto del lavoro*, Vol. II, *Il Rapporto di lavoro*, Cedam Padova, 2002.

- VALLEBONA A., *Intervento*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro Aidlass, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994, p. 130.
- VALESCCHI, *Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione*, in FI, 1952, I, c. 885.
- VARDARO G., *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985.
- VENEZIANI B. –VARDARO G., *La rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, Quaderni Fiorentini, 1987, 16, p. 441.
- VIGLIONE R., *Le pattuizioni particolari e la azioni sindacali*, Roma EDL, 1927
- VISCONTI TRASCA C., *Effetti della dichiarazione di saldo seguita dalla riserva*, in Temi gen., 1951, p. 427.
- VITTA C., *Il carattere normativo del contratto collettivo*, in Dir. Lav., 1930, I, pp. 721 e ss.
- VIVANTE C. *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, DL, 1931, I, p. 438.
- VOCINO, *Della conciliazione in genere e di quella sindacale in particolare*, in RGL, 1952, II, p. 347.
- VOZA R., *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, Riv. Giur. Lav., 2006, p. 260 e ss..
- VOZA R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto le lavoro*, Bari, Cacucci, 2007.

GIURISPRUDENZA

- Pret. Genova 10 settembre 1957 in Orient. Giur. Lav., 1958, p. 86;
 Pret. Rovereto, 15 gennaio 1958, in Orient. Giur. Lav., 1958, p. 213.
 Pret. Napoli, 14 maggio 1958, Riv. Giur. Lav., 1958, II, p. 799;
 Pret. Ciriè, 28 maggio 1974, FI, 1975, I,
 Pret. Cava dei Tirreni, 5 marzo 1977, in FI, 1977, I, p. 818;
 Pret. Castelfranco Veneto, 23 gennaio 1982, in Giust. Civ., 1982, I, p. 1072;
- Tribunale di Genova, 19 gennaio 1954, in MGL, 1955
 Tribunale Foggia, 13 luglio 1960 in Orient. Giur. Lav., 1961, p. 240.
 Tribunale Roma, 14 maggio 1966, D.L., 1967, II, p. 202 e ss..
 Tribunale Busto Arsizio, 7 maggio 1976, in Orient. Giur. Lav., 1976, p. 850.
 Tribunale Milano, 10 dicembre 1997, in Orient. Giur. Lav., 1997, I, p. 1203
 Tribunale Milano, 26 settembre 2002, in RCDL, 2003, p. 192.
 Tribunale Milano, 11 marzo 2004, in Orient. Giur. Lav., 2004, I, p. 426;

- Appello Milano 22 febbraio 1955, R.G.L., 1955, II, p. 366 ss.;
 Appello Roma, 24 maggio 1955, in MGL, 1955, p. 118
 Appello Lecce 6 dicembre 1955, in Corti bari, 1956, p. 267,
 Appello Roma 9 giugno 1956, in D.L., 1957, II, p. 148;
 Appello L'Aquila, 9 maggio 1958, in Orient. Giur. Lav. 1959, p. 322;
 Appello Bologna, 31 maggio 1958, in Riv. Dir. lav., 1959, II, p. 501
 Appello Trento, 31 gennaio 1959, *ivi*, 1959, II, p. 13;
 Appello Napoli, 20 luglio 1961, R.G.L., 1961, II, p. 464 ss.;
 Appello Milano, 21 settembre 1971, in Orient. Giur. Lav., 1971, p.999
 Appello Firenze, 23 marzo 1984, in Giur. agr. it., 1984, p. 224

- Cass. 22 marzo 1937, in MGL, 1937, p. 143.

Cass. 19 agosto 1948, n. 528, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1948, p. 740.
 Cass. 23 maggio 1951, in Dir. Lav., 1952, II, p. 309.
 Cass. 12 maggio 1951, n. 1184, in F.I. 1951, I, p. 691 ss.
 Cass. 25 ottobre 1956, n. 2952, in Orient. Giur. Lav., 1957, p. 71.
 Cass. 6 luglio 1957, n. 2667, in FI, 1958, I, c. 885.
 Cass. 20 novembre 1957, n. 4437, in Orient. Giur. Lav., 1958, p. 200.
 Cass. 6 dicembre 1958 n. 3844 in RGL 1958, II, p. 535 ss.
 Cass. 14 dicembre 1959 n. 3254, in FP, I, p. 802 e ss.
 Cass. 24 marzo 1960, n. 616, in FI, 1961, I, p. 113.
 Cass. 17 giugno 1966, n. 1565, in MGL, 1966, p. 326.
 Cass. Sez. lav. 20 giugno 1969, n. 2190, in Giur. It. Mass., 1969.
 Cass. 6 aprile 1970 n. 934, in FI, 1970, I, p. 1594.
 Cass. 24 novembre 1971, n. 3412, in FI, 1972, I, p. 2200.
 Cass. 20 dicembre 1971, n. 2696, in MGL, 1971, p. 1329.
 Cass. 20 marzo 1972, n. 856 in FI Rep.1972, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 782.
 Cass., 23 ottobre 1974, n. 3031, in Giur. It., 1976, I, p. 362.
 Cass. 3 maggio 1975, n. 1715, in MGL, 1975, p. 717.
 Cass. 19 aprile 1975, n. 1512, in MGL, 1975, p. 402.
 Cass. 30 maggio 1975 n. 2200 Giur. It. Mass., 1975.
 Cass. 8 aprile 1976, n. 1234, in Riv. Dir. lav., 1977, I, p. 116.
 Cass. 2 maggio 1976, n. 1941, in MGL, 1976, p. 514.
 Cass. 20 maggio 1976, n. 1819, in Mass. Giur. It., 1976, p. 482.
 Cass. 20 gennaio 1977, n. 305, in MGL, 1978, p. 60.
 Cass. Sez. lav. 10 giugno 1977, n. 2424, in Giur. It. Mass., 1977.
 Cass. 8 luglio 1977, n. 3049, in Giust. civ. Mass. 1977, p. 1216.
 Cass. 3 agosto 1977, n. 3454, in FI, 1978, I, p. 698.
 Cass. 20 agosto 1977, n. 3814, in Giust. Civ. Mass., 1977, II, p. 1546.
 Cass. 13 settembre 1977, n. 3970 in Giur. It. Mass, 1977.
 Cass. 30 marzo 1978, n. 1475, in Giur. It. Mass., 1978.
 Cass. 9 novembre 1978, n. 5148, in Dir. Lav., 1979, II, p. 377.
 Cass. 15 gennaio 1979, n. 331 in MGL 1979, p. 386.
 Cass. 8 agosto 1979, n. 4608, in MGL, 1980, p. 808.
 Cass. 16 gennaio 1984, n. 368, in Not. Giur. Lav., 1984, p. 300.
 Cass. 6 marzo 1984, n. 1552, Rep. F.I., 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2506.
 Cass. 8 gennaio 1980, n. 150 in MGL,1980, p. 218.
 Cass. 30 marzo 1980, n. 1792, in FI Mass., 1980.
 Cass. 16 aprile 1980, n, 2483, in Giur. It. Mass., 1980.
 Cass. 10 giugno 1980, n. 3707, in Not. Giur. Lav., 1980, p. 1087.
 Cass. 21 giugno 1980, n. 3920, MGL, 1980, p. 648.
 Cass. Sez. lav. 11 novembre 1980, n. 6053, in FI 1980, I, p. 384.
 Cass. 9 marzo 1981 n. 1331, in Not. Giur. lav., 1981, p. 775.
 Cass. 14 aprile 1981, n. 2261, in Giust. Civ. Mass. 1981, fasc. 4.
 Cass. 24 aprile 1981, n. 2489, in FI Rep. 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 1456.
 Cass. 4 maggio 1981, n. 2721, in Orient. Giur. Lav., 1982, p. 213.
 Cass. 4 maggio 1981, n. 2721, in Orient. Giur. Lav., 1982, p. 213.
 Cass. 8 maggio 1981, n. 3037, in FI Rep. 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2017.
 Cass. 30 ottobre 1981, n. 5734, in MGL, 1982, p. 394.
 Cass. 9 febbraio 1982, n. 794, in RIDL, 1982, II, p. 725.
 Cass. 26 febbraio 1982, n. 1253, in Giust. Civ., 1982, I, p. 2121.
 Cass. 9 marzo 1982, n. 1482, in MGL, 1982, p. 434.
 Cass. 9 marzo 1982, n. 1484, in FI, 1982, I, p. 1201.
 Cass. 2 aprile 1982. n. 2039 in Rep. Giust. Civ., 1982. voce *Lavoro (rapporto di)* n. 1701.

Cass 28 maggio 1982, n. 3297, FI Mass., 1982.
 Cass. Sez. Un. 18 ottobre 1982, n. 5395, in RGL, 1983, II, p. 565.
 Cass. 13 dicembre 1982, n. 6855, in FI, 1982, voce *Lavoro* (rapporto di) n. 2304.
 Cass. 16 dicembre 1982, n. 6959, in FI Mass., 1982.
 Cass. 16 dicembre 1982, n. 6959, in FI Mass., 1982.
 Cass. 8 gennaio 1983, n. 138, in Not. Giur. Lav., 1983, p. 300.
 Cass. 13 gennaio 1983, n. 228, in Not. Giur. Lav., 1983, p. 231.
 Cass. 5 febbraio 1983, n. 996, in Giust. Civ. Mass. 1983, fasc. 2.
 Cass. 14 febbraio 1983, n. 1140, in F.I. Rep., voce *Lavoro* (rapporto), n. 975.
 Cass. 3 giugno 1983, n. 3789, in MGL, 1983, p. 274.
 Cass. 25 novembre 1983, n. 7092, in NGL, 1984, p. 109.
 Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in MGL, 1984, p. 89.
 Cass. 23 giugno 1984, n. 3700, in Repertorio De Agostini professionale.
 Cass. 30 gennaio 1985, n. 575, FI, 1985, I, 369.
 Cass. 20 aprile 1985, n. 2627, in FI Rep., 1985, Voce *Lavoro* (rapporto di), n. 2593.
 Cass. 8 marzo 1986, n. 1584 in Repertorio De Agostini professionale.
 Cass. 19 febbraio 1987, n. 1805, in MGL, 1987, p. 201.
 Cass. Sez. Un. del 2 marzo 1987, n. 2179.
 Cass. 1 aprile 1987, n. 3149, in LPO, 1987, p. 1386.
 Cass. 16 giugno 1987, n. 5346, in Giust. Civ., 1987, I, p. 2497.
 Cass. Sez. Lav. 8 agosto 1987, n. 6823.
 Cass. Sez. Lav., 09 settembre 1987 n. 7230.
 Cass. Sez. Lav., 12 ottobre 1987 n. 7550.
 Cass. Sez. Lav. 15 febbraio 1988 n. 1622.
 Cass. 20 febbraio 1988, n. 1804, in NGL, 1988, p. 266.
 Cass. 24 maggio 1988, n. 3592, in FI, 1989, I, p. 457.
 Cass. 25 giugno 1988, n. 4323, in Riv. Giur. lav., 1990, II, p. 309.
 Cass. Sez. Lav. 2 febbraio 1988, n. 983.
 Cass. 1 febbraio 1989, n. 617, LPO, 1990, p. 93.
 Cass. 11 ottobre 1989, n. 4064 in Or. Giur. Lav., 1989, p. 962.
 Cass. 25 gennaio 1992, n. 827, in MGL, 1992, p. 249.
 Cass., 25 marzo 1992, n. 3695, in RGL, 1992, II, p. 671.
 Cass, 13 ottobre 1992, n. 1154, in MGL, 1992, p. 621.
 Cass. Sez. Lav. 13 ottobre 1992, n. 3093.
 Cass. 28 novembre 1992, n. 12745, in DPL, 1993, p. 315.
 Cass. 14 ottobre 1993, n. 10129, in MGL, 1994, n. 321.
 Cass. 10 giugno 1993, n. 6473, in Giust. Civ. Mass., 1993, p. 1019.
 Cass. 12 luglio 1994, n. 6533, in FI, 1995, I, c. 861.
 Cass. 4 gennaio 1995, n. 77, in MGL, 1995, p. 62.
 Cass. 10 maggio 1995, n. 5090, in RIDL, 1996, II, p. 387.
 Cass. 2 giugno 1995, n. 6189, in Rep. FI, n. 1759.
 Cass. 14 maggio 1996, n. 4471, in MGL, 1996, suppl., p. 53.
 Cass. 13 novembre 1997, n. 11248, in RIDL, 2000, II, p. 575.
 Cass. 27 giugno 1997, n. 5819, in MGL, 1997, p. 651.
 Cass. 13 novembre 1997, n. 11248, in RIDL, 1998, II, p. 392.
 Cass. Sez. Lav., 20 novembre 1997, n. 11581 in Repertorio De Agostini professionale.
 Cass. 18 febbraio 1998, n. 1735, in Giust. Civ. 1998, I, 1603.
 Cass. Sez. Lav. 13 luglio 1998, n. 6857 in Repertorio De Agostini professionale.
 Cass. Sez. Lav. 14 dicembre 1998 n. 12548.
 Cass. 20 gennaio 1999, n. 509; Cass. 20 novembre 1997, n. 11581.
 Cass. Sez. lav., 4811/1999, in DPL1999, n. 41, p. 2948.
 Cass. 11 dicembre 1999, 13910, in RIDL, 2000, II, p. 575.

Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in Not. Giur. Lav., 2000, p. 485.
Cass. 23 agosto, 2000, n. 11020, GL, 2000, n. 39, 34.
Cass. 11 luglio 2001 n. 9047 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 12 luglio 2001 n. 9467, in Giust. Civ., 2002, I, p. 90.
Cass. 15 novembre 2001, n. 14217, MGL, 2002, p. 183.
Cass. 11 dicembre 2001, n. 15628 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, in RIDL, 2003, II, p. 178.
Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785, in RGL, 2003, II, p. 607.

Cass. 28 marzo 2003, n. 4780 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 19 maggio 2003, n. 7843, in RIDL, II, p. 94.
Cass. 3 settembre 2003, n. 12858, in RIDL, 2007, II, p. 183.
Cass. 24 marzo 2004, n. 5940 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 26 maggio 2004, n. 10172 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. Sez. Lav., 20 luglio 2004, n. 13466 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 18 agosto 2004, n. 16168 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass., 19 agosto 2004, n. 16283 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 17 dicembre 2004, n. 23554 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 21 febbraio 2005, n. 3474 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 27 luglio 2005, n. 15737 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449 in Repertorio De Agostini professionale.
Cass., 26 maggio 2006 n. 12561 in Repertorio De Agostini professionale.