

Il formalismo come tecnica di controllo (debole) dell'autonomia privata e alternativa (*soft*) all'inderogabilità

Madia D'Onghia

1. Premessa

Dialogare con il pensiero di Riccardo Del Punta non solo per omaggiarne il ricordo ma anche per sottolineare la straordinaria attualità delle sue riflessioni, non è una operazione, almeno per me, affatto facile, non fosse altro per la difficoltà di scegliere tra la sua sterminata produzione scientifica, ma anche per un mio autentico timore reverenziale verso uno straordinario Maestro del diritto del lavoro. Pedrazzoli ha ben sintetizzato la sua grandezza, sottolineando il merito di aver «fornito una prestazione imponente, nel senso (non tanto e solo quantitativo, ma) costituita in grande misura da scritti di pregio e qualità non usuali e sempre più ravvivati dalla varietà di approcci e visuali che Riccardo sperimentava nella continua ricerca di interpretazioni, fondamenti valoriali ed esplicazioni metodologiche» (Pedrazzoli 2023, 1).

Ebbene, è proprio nell'ambito di questa ricerca che ho deciso di inserire una riflessione sull'utilizzo della forma scritta nel diritto del lavoro, anche per testare la validità del formalismo come tecnica di tutela della debolezza contrattuale del lavoratore e limite dell'autonomia individuale a fronte del declino della tecnica dell'inderogabilità.

La scelta di tale tematica è stata guidata dalla costante attenzione di Riccardo Del Punta ai valori e alle regole del diritto del lavoro, che egli si preoccupa costantemente di indagare e rimettere in discussione – talvolta con qualche «tormento» – per fronteggiare gli importanti processi di trasformazioni che

Madia D'Onghia, University of Foggia, Italy, madia.donghia@unifg.it, 0000-0001-7388-9531

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Madia D'Onghia, *Il formalismo come tecnica di controllo (debole) dell'autonomia privata e alternativa (soft) all'inderogabilità*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.19, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 319-334, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

attraversano da tempo la nostra materia. Non a caso egli afferma che «i valori del diritto del lavoro debbono [...] essere difesi, in particolare nei confronti dell'aggressività della critica economica, ma possiamo difenderli efficacemente soltanto ridefinendoli e ricontestualizzandoli, anche se ciò può comportare sacrifici teorici e ideali dolorosi» (Del Punta 2002, 351).

2. La valorizzazione dei requisiti formali quale tecnica di controllo dell'autonomia privata

Il tema del formalismo nel diritto del lavoro non ha mai ricevuto una grande attenzione nel dibattito scientifico e comprensibilmente, visto che nella nostra materia i profili effettuali prevalgono rispetto a quelli formali. Tradizionalmente, tale supremazia è stata giustificata in virtù «della compressione dell'autonomia individuale quale fonte regolatrice del rapporto di lavoro rispetto alle fonti ad essa sovraordinate (legge e/o contratto collettivo)» e della «disciplina imperativa del rapporto o statuto protettivo del lavoratore come persona e come contraente debole» (Ghera 2002, 115-16). Il complessivo assetto regolativo del rapporto, infatti, è, solo in minima parte dettato dai contraenti, essendo rimesso all'intervento della legge e della contrattazione collettiva.

È noto, infatti, che all'ontologica situazione di debolezza del lavoratore la legislazione lavoristica abbia risposto con garanzie sostanziali più che formali, condizionando contratto e rapporto di lavoro al rispetto della disciplina inderogabile di legge o della contrattazione collettiva.

La svalutazione del momento volontario, surrogato dalla eterodeterminazione (sostanziale) del contenuto del rapporto ha rappresentato per decenni la migliore protezione possibile, in un sistema decisamente incline a valorizzare i profili effettuali delle vicende giuridiche a scapito di quelli formali e apparenti, così mettendo «al bando» il formalismo, «concepito come tecnica di tutela inadeguata in un rapporto in cui il potere negoziale è completamente squilibrato a favore del datore di lavoro» (Ferraro 1989, 558).

A partire dalla legislazione dell'emergenza e della crisi della metà degli anni '80, questo modello ha subito correzioni e integrazioni poi consolidate nella regolamentazione legislativa dei rapporti di lavoro flessibili, con la valorizzazione del ruolo della autonomia privata individuale e/o collettiva (quest'ultima delegata dal legislatore a regolare il rapporto oppure ad autorizzare o assistere l'autonomia individuale) nella scelta del modello contrattuale.

E proprio l'ampliamento della possibilità per le parti di stipulare contratti diversi dal contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato determina una qualche erosione del principio di inderogabilità che come ci ricorda Riccardo Del Punta è stato centrale per il Novecento, «il secolo delle protezioni prescrittive, cioè della tutela universalistica del lavoro attraverso la norma inderogabile in grado di garantire protezione, ma anche di ribilanciare la distribuzione del potere sociale» (Del Punta, 2020, 41).

Certo la previsione di vincoli formali non costituisce un diretto attacco al principio di inderogabilità ma non c'è dubbio che, sebbene non a un livello for-

male, l'ampia facoltà di stipulare contratti di lavoro flessibili rompe il carattere monolitico della norma inderogabile.

Lo schema classico dell'inderogabilità «unidirezionale» (per cui il complessivo assetto regolativo del rapporto è solo in parte (minima) dettato dai contraenti, risultando invece dall'agire combinato, oltre che dell'autonomia individuale, altresì dell'intervento della legge e di quello della contrattazione collettiva; la legge e la contrattazione collettiva stabiliscono dei minimi di trattamento – normativo ed economico –, cui le parti non possono in alcun modo derogare *in pejus*), proprio a partire dalla legislazione dell'emergenza, entra in crisi: la legge, in talune situazioni e per specifiche finalità di ordine pubblico economico, muta la direzione dell'inderogabilità, assumendo il ruolo di disciplina dei massimi (e non dei minimi) di trattamento, e impedendo così sia all'autonomia individuale che a quella collettiva di prefigurare deroghe in senso più favorevole ai lavoratori.

In tale contesto risulta rafforzata la funzione genetica del contratto individuale che porta con sé la necessità di un'adeguata formalizzazione, come tecnica di controllo dell'autonomia individuale. Da qui la previsione della forma scritta per la stipulazione di tutti i contratti difformi dal modello *standard*, riducendo drasticamente l'area dei contratti di lavoro stipulati verbalmente o per *facta concludentia*.

Si consolida, così, quel processo di «valorizzazione del formalismo giuridico» quale contrappeso della crescente «liberalizzazione e proliferazione [...] dei modelli flessibili o articolati di impiego del lavoro dipendente» (Ferraro 1989, 568 sgg.).

Ecco allora che il formalismo, così come l'inderogabilità della disciplina lavoristica, diventa un limite all'autonomia privata.

Ogni qualvolta il legislatore disciplina figure contrattuali che si discostino dal modello codicistico (contratto di lavoro a tempo indeterminato e pieno), procedendo a una tipizzazione delle fattispecie contrattuali, è richiesta la stipulazione in forma scritta. Quanto più il contratto deflette dallo schema codicistico tanto più si avverte l'esigenza di consacrare l'accordo nella scrittura, sostanzialmente, per avvertire il prestatore di lavoro della peculiarità del rapporto che intratterrà.

Indubbiamente, almeno in origine, la forma scritta si è imposta quale strumento di tutela del lavoratore (nella tradizionale posizione di soggetto debole), al fine precipuo di arginare il potere datoriale e prevenire l'uso distorsivo degli strumenti flessibili. Sul presupposto della centralità del contratto di lavoro indeterminato e a tempo pieno e di un sostanziale sospetto nei confronti dei modelli negoziali difformi dal modello *standard*, il legislatore ha, infatti, utilizzato la forma scritta quale tecnica normativa per «controbilanciare la flessibilizzazione determinata dalla deviazione del modello *standard*» (Voza 2001, 570), richiesta unicamente a tutela del lavoratore, tant'è che la sua inosservanza non determina mai la caducazione dell'intero rapporto.

Così è stato per alcuni modelli negoziali ormai superati (si pensi, ad esempio, al contratto di formazione e lavoro, al lavoro a progetto, al lavoro ripartito e al

contratto di inserimento)¹; così è per i tipi contrattuali in vigore, sia i più tradizionali e risalenti nel tempo (contratto a termine, *part-time* e apprendistato, nelle sue tre tipologie), sia per i più recenti (lavoro somministrato e lavoro intermittente) ma anche per il nuovo contratto di lavoro autonomo tramite piattaforme digitali.

Vanno, poi, considerati pure i vincoli formali previsti per la conclusione di quei contratti speciali che si caratterizzano o per la tipicità degli interessi pubblici coinvolti (il contratto di lavoro dei marittimi e della gente dell'aria e il contratto di soggiorno, propedeutico al contratto di lavoro, per gli extracomunitari) o per la tipicità della posizione del prestatore e del datore di lavoro (contratto di lavoro sportivo, sia esso subordinato o autonomo).

In questa prospettiva la forma vincolata non si configura come un laccio dell'autonomia privata (il riferimento è qui a tutta quella risalente dottrina civilistica che configura il formalismo come limite importante all'autonomia negoziale)² ma semmai diventa uno strumento di rafforzamento e salvaguardia della autonomia del singolo, della volontà del prestatore di lavoro, in qualità di contraente debole del contratto.

3. La tipizzazione dei modelli contrattuali e lo stretto connubio tra forma e contenuto

È interessante notare, altresì, come il formalismo della legislazione extracodicistica (a partire, in particolare, dalla c.d. Riforma Biagi *ex d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*) si sia sempre accompagnato a una accentuata tipizzazione dei modelli contrattuali, mediante la dettagliata disciplina del loro contenuto: il precetto di forma prescrive anche quali elementi dell'accordo debbano necessariamente risultare dall'atto scritto, configurandosi come modalità legalmente imposta del contenuto informativo del contratto: la legge non si limita a ipotizzare un certo tipo contrattuale, richiedendo la forma, ma prescrive a un tempo il contenuto del contratto e il modo della sua necessaria esplicitazione.

Forma e contenuto si fondono così in unico elemento garantendo al lavoratore una chiara e completa informazione su tutti gli aspetti, o almeno i più importanti, del programma negoziale al quale si vincolerà prestando il proprio consenso, il che riecheggia quel principio di trasparenza contrattuale cui è informata la variegata e ormai numerosa disciplina dettata in materia di tutela del consumatore/cliente nel diritto civile.

Non a caso, con riferimento alla moderna legislazione, segnatamente quella di derivazione europea, si è rilevato come l'incorporazione di un contenuto minimo dentro la struttura formale sia divenuto un autentico *leit motiv*, dove la forma non rappresenta più «un mero *vestmentum* dell'accordo delle parti, che

¹ Per la disamina dei profili formali delle tipologie flessibili non più vigenti nel nostro ordinamento, sia consentito rinviare a D'Onghia 2023, 643 sgg. e, più approfonditamente a D'Onghia 2015, *passim*.

² Per la tesi del formalismo come limite importante all'autonomia negoziale si veda per tutti Schlesinger 1989, 229.

non sia pura *morphè* ma piuttosto [...] *eidòs*: la forma si configura come manifestazione sensibile di un contenuto e insieme contenuto essa stessa» (Mazzamuto 1994, 44).

Da questo punto di vista ben si può osservare che il diritto del lavoro ha fornito un significativo contributo al rinnovamento del diritto dei contratti, facendo venir meno la centralità del codice a vantaggio di discipline settoriali. È per questo, del resto, che si ritiene che le c.d. forme di protezione (che caratterizzano oggi il neoformalismo) sono state da sempre pertinenza del diritto del lavoro, come tecniche di tutela in funzione alternativa, ovvero integrativa, di altre tecniche più diffuse, quali quelle basate sull'inderogabilità della disciplina legale e sull'intervento compensativo dell'autonomia collettiva³.

Il vincolo formale si presenta, così, quale garanzia dell'effettiva e consapevole disponibilità del lavoratore a un rapporto di lavoro che si discosta dal prototipo *standard* e che potrebbe essere meno conveniente (c.d. responsabilizzazione del consenso); in tal modo si impedisce al lavoratore di rimanere obbligato da una volontà non sufficientemente spontanea, consapevole e responsabile, perché scrivere un contratto, o anche solo firmare un contratto scritto, implica attenzione, riflessione e approfondimento che la forma orale non consente e non stimola.

La responsabilizzazione del consenso si realizza soprattutto attraverso la chiara e specifica conoscenza degli elementi del contratto, perché la scrittura serve a «fissare» l'insieme delle disposizioni e delle clausole nel testo, consentendo, così, di identificare l'oggetto del contratto (diritti e obblighi) con maggiore precisione. Basti osservare i contratti più tradizionali che prevedono la specificazione per iscritto degli elementi essenziali (come nel caso dell'apprendistato e del *part-time*) e altre fattispecie contrattuali nelle quali il legislatore si è preoccupato di predisporre un elenco dettagliato comprensivo anche di elementi accessori, regolanti l'esecuzione e l'attuazione del contratto stesso (si pensi, ad esempio, alla minuziosa elencazione contenuta nella disciplina del lavoro intermittente o del contratto di somministrazione del lavoro o, ancora, alla disciplina più risalente del lavoro nautico).

In tal modo la forma scritta si rivela come il mezzo per informare il lavoratore, così da renderlo meno indifeso rispetto al datore di lavoro, assicurandogli un «*délai de réflexion*»⁴ proprio nella fase di conclusione del contratto. In questa prospettiva il vincolo formale assolve a una funzione (generalmente) protettiva e (specificamente) informativa e finisce, così, per connotarsi, sia pure parzialmente, di quel ruolo che ha ampiamente assunto nel neoformalismo delle altre legislazioni speciali: «il migliore veicolo di informazione del contraente più debole» (Di Majo 1993, 296).

Ebbene, la forma *informativa* rappresenta una tecnica legislativa che può ricondursi anche a quella dottrina che, sul presupposto della necessità di tutelare

³ In tal senso si veda Ferraro 1989, 576.

⁴ Questa espressione è stata utilizzata da Alpa 1984, 463, con riferimento alla protezione del consumatore nell'esperienza francese.

il lavoratore non solo *nel rapporto*, ma anche *nel mercato* (caratterizzato dall'asimmetria informativa, soprattutto a danno del lavoratore come precisa opportunamente Riccardo Del Punta 2022, 408), ritiene che se fino a ieri l'intervento protettivo si era concretato essenzialmente nella riduzione dell'autonomia negoziale individuale attraverso una regolazione eteronoma inderogabile del rapporto contrattuale, oggi esso tende a concretarsi piuttosto nell'incremento del potere contrattuale effettivo del lavoratore, assicurandogli maggiori opportunità di informazione (Ichino 1996, *passim*).

Ma una tale impostazione porta ad assimilare *in toto* il lavoratore/contraente debole ad altre situazioni di debolezza rinvenibili nel più generale contesto civilistico (consumatore, cliente, subfornitore, locatore, ecc.) e conseguentemente ad attribuire il medesimo valore alla funzione di tutela informativa della forma vincolata, ignorando, di fatto, sostanziali differenze tra le diverse situazioni di debolezza contrattuale. Le asimmetrie informative non rappresentano affatto l'unica ragione di debolezza del lavoratore rispetto alla controparte datoriale.

È bene precisare che la documentazione (la scrittura) non è rivolta a garantire l'univocità del significato del contratto posto in essere, bensì, come si è detto, serve solo a «fissare» il testo. Né tantomeno serve a individuare la normativa da applicare a una determinata fattispecie contrattuale e, dunque, alla sua qualificazione, poiché questa, come noto, è sottratta alla disponibilità delle parti.

La volontà delle parti, infatti, non è determinante per la qualificazione del tipo negoziale, nel senso che le parti del contratto non possono liberamente scegliere la disciplina applicabile, attraverso il mero richiamo del *nomen* e a prescindere dal concreto regolamento contrattuale, e questo è un principio generale del diritto dei contratti, non derogabile neppure dal legislatore⁵.

Spetta al giudice, eventualmente, attribuire al contratto un *nomen iuris* diverso da quello che le parti hanno scelto al momento della conclusione o hanno proposto in giudizio, attraverso il confronto tra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Semmai la volontà delle parti assume un certo rilievo quando si tratti di determinare, una volta individuati, secondo lo schema legale, gli estremi dei tipi di cui si controverte, se le parti abbiano voluto un tipo piuttosto che un altro e, in tal caso, se abbiano o no compiuto l'atto formale. Solo in questa ipotesi e indirettamente (e non come sua funzione), la forma può apparire collegata alla «qualificazione» di un contratto.

Del resto la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro è determinata oggettivamente, nel senso che la volontà effettiva manifestata dalle parti nella concretezza del loro agire prevale sulle originarie pattuizioni formali e ciò conferma proprio come la forma non costituisca il principale connotato della qualificazione del contratto, ma un puro indizio. In altri termini, per la qualificazione del contratto di lavoro subordinato è necessario far capo al comportamento complessivo delle parti più che alle loro eventuali dichiarazioni. E ciò è ampiamente consoli-

⁵ Cfr. C. cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *RIDL*, 1995, II, 227 e già prima C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432).

dato in orientamenti risalenti e pacifici della giurisprudenza che è stata da sempre orientata a ritenere che il *nomen juris* adottato dalle parti del rapporto (anche) di lavoro, per definire la relazione giuridica fosse scarsissimamente rilevante, dovendosi piuttosto verificare la concreta articolazione in fatto del rapporto stesso⁶.

Pertanto, quell'orientamento giurisprudenziale⁷ che attribuisce efficacia discretiva al *nomen iuris* va letto semplicemente, come «un'elasticizzazione del procedimento di qualificazione in situazioni che presentano tratti di particolare ambiguità» (Mazzotta 2022, 71). Così come la stessa tendenza legislativa a ridisegnare nuovi tipi, precisandone i relativi moduli disciplinari con precisi schemi contrattuali, proprio grazie alla tecnica della «forma istituzionale»⁸, assume un rilievo solo parziale che non può impedire il concreto accertamento dell'effettivo atteggiarsi della subordinazione, indipendentemente dal *nomen* assegnato dalle parti al rapporto all'atto della stipulazione.

Del resto, questo approccio è del tutto coerente con i principi codicistici: sarebbe davvero paradossale che la volontà individuale, che da tempo la dottrina civilistica ha considerato solo come una delle fonti di integrazione del contratto⁹, fosse valorizzata proprio sul terreno di una relazione giuridica caratterizzata dalla prevalenza delle norme inderogabili su quelle dispositive.

Resta fermo, in ogni caso, che la scrittura permette di avere chiarezza, trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali e questo, da un lato, rende, almeno in linea di principio, meno probabile l'insorgenza di controversie e, da un altro, consente una prova facile e affidabile sui diritti scaturenti dal contratto. Ecco allora che il requisito formale acquista rilievo ai fini della riduzione della conflittualità: quale «tecnica di garanzia trascendente e pacificatrice [...] placa il conflitto e lo rinserra in termini certi ed incontroversari» (Irti 1997, 81).

4. La necessaria distinzione dei vincoli formali dagli obblighi di informazione

La forma vincolata prescritta per la conclusione del contratto di lavoro va tenuta distinta dagli obblighi di informazione.

Ci si riferisce a quegli obblighi di informazione individuali di cui al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (attuativo della direttiva 91/533/CE) e modificato dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (c.d. Decreto Trasparenza, attuativo, a propria volta, della direttiva 2019/1152/UE, che ha abrogato e sostituito la prima, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea). Ai sensi di tale normativa, il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore una serie di informazioni relative al rapporto e alla sua disciplina, con riferimento a

⁶ S' inserisce qui l'orientamento della giurisprudenza che ai fini della qualificazione del contratto di lavoro ritiene il *nomen iuris* poco rilevante, dovendosi piuttosto verificare il comportamento complessivo delle parti e le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro (cfr., da ultimo, Cass. 23 novembre 2022, n. 34567 in *Banca dati Juris*).

⁷ Cfr., *ex pluris*, Cass. 19 novembre 2021, n. 35687, in *Banca dati Juris*.

⁸ Tale espressione è tratta da Irti 1997, 83.

⁹ D'obbligo il riferimento anzitutto a Rodotà 1970.

qualsiasi contratto e a prescindere dalla sua forma. Si tratta di una dichiarazione scritta, ricognitiva degli elementi essenziali del contratto o del rapporto e delle eventuali modifiche, non attinente alla costituzione del contratto, che si dà sostanzialmente per avvenuta (anche senza il rispetto di alcuna formalità), del tutto autonoma e distinta rispetto all'obbligo della forma vincolata tradizionalmente inteso. Qui la questione del vincolo formale riguarda la comunicazione informativa, che non può dirsi effettuata se non fatta per iscritto e con le modalità e i termini prescritti.

La comunicazione non incide sul processo formativo del consenso: se è vero, infatti, che si prevede la trasmissione di informazioni sul contenuto, economico e normativo, del contratto, riguardanti non solo i diritti minimi ma anche i diritti sostanziali afferenti a vari aspetti del rapporto di lavoro, è altrettanto vero che tale funzione informativa non è funzionale alla formazione di un consenso integro. Qui la comunicazione non contribuisce a sostenere, informandola, una volontà debole che possa giungere al contratto più consapevole. Ne è riprova la circostanza che il documento contenente le informazioni non deve necessariamente essere consegnato al lavoratore al momento della stipula del contratto ma in un momento successivo alla conclusione del contratto (che non oltrepassi, comunque, quello esecutivo e, cioè, prima dell'inizio del rapporto lavorativo), senza incidere sul perfezionamento del contratto. Tanto più che la novella del 2022 consente al datore di lavoro, in caso di informazioni incomplete nel contratto individuale o nel modello Unilav, di poter integrare l'informativa entro sette giorni successivi all'inizio della prestazione e, limitatamente a un più ristretto novero di informazioni, di fornirle entro un mese dall'inizio della prestazione. Pertanto, se è indubbio che una corretta informazione possa incidere profondamente sul riequilibrio delle posizioni di forza tra le parti, si tratta pur sempre di informazioni che non incidono sul processo di formazione del vincolo contrattuale.

I due obblighi formali non sono alternativi: la forma vincolata degli obblighi d'informazione presuppone un accordo già concluso e, dunque, attiene al momento esecutivo e non a quello genetico, dove invece resta preminente la necessità di garantire un'attenta ponderazione del contenuto del contratto da stipulare, difforme dal contratto di lavoro *standard*. Non è un caso che gli obblighi di informazione tipici del formalismo di derivazione europea a tutela del consumatore caratterizzino la fase che precede la stipulazione di alcuni contratti (c.d. formalismo precontrattuale), rivelandosi, così, ben più efficaci per la tutela del contraente debole. In questo ambito la forma informativa non è solo «veicolo» delle informazioni a garanzia della trasparenza del regolamento contrattuale, della sua chiarezza e comprensibilità; dà anche struttura al contratto, all'assetto complessivo del regolamento di interessi costruito dai contraenti, svolgendo la duplice funzione di favorire il controllo *ex ante* sulla razionalità procedurale del contratto ed *ex post* sulla corrispondenza fra informazioni comunicate ed effettivo contenuto del contratto. E anche laddove si estendesse la forma informativa così intesa al contratto di lavoro, essa risulterebbe condizionata negativamente dalla natura individuale del destinatario delle informazioni, dall'alienità dell'organizzazione nella quale il lavoratore è inserito e dalla sua scarsa forza

contrattuale che non consente al lavoratore di negoziare direttamente e ad armi pari con il datore di lavoro.

Peraltro, già sul piano generale, si è affermato che la forma informativa «non risolve le questioni di (in)giustizia contrattuale» (Pasa 2010, 682); colma, sì, un *deficit* informativo, rendendo l'informazione trasparente e di qualità, a tutela dell'eguaglianza in senso formale dei contraenti, ma ha poco a che vedere con azioni concrete volte a promuovere forme di giustizia sostanziale.

5. Le conseguenze sanzionatorie in difetto del requisito formale del contratto di lavoro: dalla forma *ad substantiam* come tecnica di protezione del lavoratore...

La funzione protettiva si realizza non semplicemente con la previsione del vincolo formale ma soprattutto grazie allo speciale regime sanzionatorio che l'accompagna.

Qui è bene ricordare che il diritto del lavoro nel suo complesso ha elaborato ed interiorizzato il principio secondo cui la reazione dell'ordinamento nei confronti della violazione di norme a tutela del prestatore si commisura alla funzione che le norme violate intendevano perseguire. E allora se la forma vincolata è finalizzata a proteggere il lavoratore/contraente debole, la sua violazione non può penalizzare il lavoratore stesso.

Ecco perché su questo versante le classiche partizioni e teorizzazioni sul tema nel diritto civile (forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*) sono molto più sfumate: infatti, il dato positivo, sconfessando la rigida simmetria nullità – inderogabilità, delinea un sistema disciplinare, offrendo soluzioni che, escludendo la nullità assoluta, vanno dalla nullità parziale alla c.d. conversione legale del contratto di lavoro, fino alla forma richiesta a soli fini probatori.

Come noto, nel diritto civile, la mancanza della forma scritta, in quanto requisito essenziale del contratto, fa scattare il meccanismo sanzionatorio della nullità, ovvero la più grave misura di invalidità negoziale, *ex artt.* 1325, n. 4 e 1418 c.c. Tuttavia, la tutela del lavoratore, quale interesse sotteso alla norma contenente la forma scritta *ad substantiam*, da cui discende la qualifica di norma inderogabile, risulterebbe fortemente compromessa se la predetta sanzione non fosse integrata da un regime legale più favorevole. La Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere che «la mancanza della forma scritta *ad substantiam* non può comportare di norma la radicale dissoluzione del rapporto di lavoro senza contraddire irrimediabilmente tale finalità di protezione»¹⁰.

È del tutto evidente, infatti, che se si ritenessero operanti tutte le conseguenze tipiche della nullità (in particolare, l'inefficacia originaria, radicale e insanabile del contratto, la legittimazione processuale estesa a tutti coloro che vi abbiano interesse e la rilevabilità anche d'ufficio da parte del giudice), ciò si risolvereb-

¹⁰ C. cost. 15 luglio 2005, n. 283; si veda anche C. cost. 11 maggio 1992, n. 210 e C. cost. 11 gennaio 2005, n. 7.

be a vantaggio non del contraente debole, ma di quello forte, che si ritroverebbe liberato da ogni vincolo contrattuale.

Il legislatore si è, così, preoccupato di predisporre dei meccanismi che finiscono per svalutare il profilo formale dell'invalidità per un generale *favor contractus*, il che richiama le c.d. nullità speciali o di protezione del diritto dei contratti, dove il rimedio della nullità costituisce «più uno strumento di tutela del contraente debole, che una forma di reazione dell'ordinamento a un difetto strutturale dell'atto» (Gabrielli, Orestano 2000, 244). Si spiega, così, la regola secondo cui, in caso di inosservanza del vincolo formale, accanto alla sanzione della nullità si pone una tutela specifica per il lavoratore, rappresentata, nell'ottica della conservazione del contratto, dalla trasformazione del contratto di lavoro orale in un normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato, o dall'applicazione dell'art. 2126 c.c.

Il regime della nullità, quindi, non incide sulla validità del contratto di lavoro, ma colpisce il rapporto di lavoro speciale, con la conseguente depurazione di questo dai tratti di specialità e la riconduzione della fattispecie alla disciplina di un «comune» contratto di lavoro. Ciò che cambia, dunque, è il modello di disciplina applicabile (c.d. imputazione automatica del tipo necessario derogato) (D'Antona 1990, 542), ma il contratto è sempre lo stesso.

Questo particolare regime trova la sua giustificazione nel fatto che nel contratto di lavoro è l'imputazione automatica degli effetti (*rectius* l'indisponibilità della fattispecie) il «valore ordinante» (cfr. D'Antona 1990, 537) dell'autonomia privata, quindi non il contratto ma l'incidenza della norma inderogabile sul rapporto.

La mancata adozione della forma vincolata, se richiesta *ad substantiam*, contribuisce, pertanto, alla riconduzione a un tipo contrattuale (contratto di lavoro a tempo indeterminato), senza pregiudicare la validità del contratto, pur potendosi rilevare un intento *lato sensu* sanzionatorio del legislatore.

La combinazione della sanzione della nullità con il correttivo della trasformazione può essere qualificata non tanto come «appendice ribelle delle categorie civilistiche», quanto come un «congegno tipico dell'ordinamento giuslavoristico strutturalmente finalizzato in senso sanzionatorio e funzionalmente unilaterale» (Fontana 1993, 370). Come ben evidenziato da autorevole dottrina, «il diritto del lavoro recupera categorie propriamente civilistiche ma le piega a un uso più aderente alla specificità dei valori che intende proteggere» (Mazzotta 1991, 501).

Del resto, la sanzione della nullità con il danno della perdita del posto per il lavoratore sarebbe priva di qualsiasi efficacia intimidatoria e repressiva al fine di garantire l'osservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi formali.

E, secondo questa logica, le nullità di protezione hanno fatto ingresso anche nella legislazione speciale successiva al codice, conformando la disciplina del contratto nullo alla natura degli interessi protetti. E si tratta di norme che, indipendentemente dal riferimento a un determinato tipo contrattuale, regolano rapporti connotati da una disparità di forza contrattuale. In entrambe le discipline, vi è «un'esigenza di protezione di un contraente rispetto a rapporti che, in considerazione della situazione *concreta* in cui questi operano, sono connotati

da una disparità di potere contrattuale» (Albanese 2008, 169). Tanto da poter affermare che anche nel diritto dei contratti trova attuazione l'art. 3, comma 2, Cost., ovvero la necessità di un intervento del legislatore per rimuovere tutti quegli ostacoli di ordine economico e sociali che, limitando di fatto la libertà e uguaglianza dei cittadini, «impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

5.1. ...alla forma *ad probationem* a tutela prevalentemente della certezza giuridica

Tale meccanismo sanzionatorio connesso alla forma scritta, nel corso degli ultimi decenni, ha fortemente ridotto il suo ambito di applicazione o perché alcune tipologie contrattuali che lo prevedevano sono state abrogate (come il contratto di inserimento e il contratto di formazione e lavoro) o perché il requisito non è più richiesto *ad substantiam* (è il caso del contratto di apprendistato che ora richiede la forma ai fini della prova) o perché non è proprio più richiesta la forma scritta (è il caso del contratto di lavoro tra agenzia somministratrice e lavoratore che non prevede più il vincolo della forma scritta a differenza del vecchio contratto per prestazioni di lavoro).

Ne consegue che oramai, il più delle volte, la forma vincolata non riguarda un profilo di completezza strutturale del contratto, in quanto è richiesta a fini probatori, a fini integrativi, di regolarità amministrativa o di certificazione di un fatto. La forma sembra, dunque, fuoriuscire dagli elementi costitutivi del contratto di lavoro, intervenendo semmai a incanalare l'autonomia privata secondo moduli prefissati, accompagnando e rafforzando il controllo sul contenuto.

E difatti, nel momento in cui si comincia a prendere atto del progressivo venir meno della centralità dell'archetipo del lavoro stabile e a tempo pieno e si supera in qualche modo il predetto sfavore verso i rapporti contrattuali flessibili, le scelte normative non esprimono più, con la stessa intensità, quell'esigenza prioritaria di tenere sotto controllo le deviazioni dalla disciplina generale e ciò si riflette anche sul piano dei requisiti formali.

Viene a mutare il tradizionale rapporto tra normativa protettiva (vincolo formale) e rimedio sanzionatorio (automatica applicazione della disciplina del modello *standard*) e tutto si sposta solo sul piano processuale (è quanto accaduto per il *part-time*, sia pure in maniera attenuata, per il lavoro intermittente e per il contratto di apprendistato), fino, addirittura, a non richiedere affatto il requisito formale (come per il contratto di lavoro nella somministrazione).

Si assiste a una sorta di metamorfosi funzionale del requisito formale che ha ridotto in maniera significativa la sua funzione specifica di «delimitare selettivamente le deroghe consentite al trattamento *standard* di tutela», ovvero di «dosare e di filtrare i termini di allontanamento e di deviazione dalla disciplina *standard* (Ferraro 1989, 580), per tutelare il lavoratore. Non è a questo che serve la forma *ad probationem* che riguarda un delimitato e peculiare ambito, ossia la dimensione, per così dire, patologica del rapporto di lavoro, e, quindi, attiene esclusivamente alla contesa giudiziaria in cui le parti volessero far valere il negozio, determinando esclusivamente un maggior aggravio nella prova del contratto. Di conseguenza, se, di fatto, le parti eseguono il contratto o, comunque,

in qualche modo, ne tengono fermi gli effetti, senza attingere alla dinamica processuale, nessun rilievo dispiega l'indicata «carenza probatoria».

È evidente, allora, che nella legislazione più recente il vincolo formale risponda a logiche differenti. Esso mira a soddisfare interessi più generali, a vantaggio non solo del lavoratore ma anche della controparte datoriale, sul presupposto di un maggiore equilibrio tra i due soggetti, derivante da una valorizzazione dell'autonomia negoziale individuale. Del resto la dottrina civilistica, in tempi molto risalenti, ha sostenuto che il formalismo *ad probationem* appare allorché al regime del formalismo *ad substantiam* si è andato sostituendo un regime nel quale «la volontà individuale tende a dominare con la massima autonomia, libera da qualsiasi vincolo di forma»; con questa evoluzione, la statuizione di certi limiti alla libertà di prova, si pone «come norma esterna al negozio e relativa solo al modo di accertarne l'esistenza nel dibattito giudiziario (Osti 1923, 202).

In tale prospettiva la forma scritta rappresenta per il contratto di lavoro uno strumento di garanzia delle esigenze di stabilità e di certezza giuridica e soprattutto un'agevolazione della verifica preventiva del rispetto delle prescrizioni di legge, cui consegue una semplificazione e uniformazione dei criteri giudiziali di valutazione e una decisa riduzione della conflittualità, al pari di altre tecniche più nuove, quali il controverso istituto della certificazione dei rapporti di lavoro. Entrambe sarebbero così finalizzate, soprattutto per i cultori di *law and economics* a riequilibrare e correggere l'asimmetria informativa tra le parti e autenticare la reale volontà delle stesse nella scelta del tipo negoziale.

Ma in tal modo si finisce per accentuare il valore della qualificazione originaria del rapporto di lavoro (sull'infondato presupposto che le parti possono liberamente scegliere la disciplina applicabile richiamandola attraverso il *nomen* da loro altrettanto liberamente scelto) e soddisfare, non tanto gli interessi del lavoratore, quanto quelli del datore di lavoro, al quale si apportano benefici, se non altro proprio in termini di riduzione della conflittualità.

Queste soluzioni formaliste, così intese, rischiano, però, di comprimere lo spazio che l'ordinamento assegna alla valutazione *ex post* del giudice¹¹, condizionando la stessa discrezionalità qualificatoria istituzionalmente riconosciuta all'autorità giudiziaria. Appare, così, condivisibile l'opinione di chi ritiene che il legislatore sia stato spinto a tali soluzioni dalla sfiducia verso la valutazione giudiziaria della qualificazione del contratto, avvalorando i profili formali a danno di quelli effettuali¹².

Ecco allora affievolirsi la funzione della forma quale *vestmentum* del consenso consapevole del lavoratore a vantaggio di un *vestmentum* del complesso

¹¹ Non è di oggi la riflessione di Giuseppe Chiovenda (nella prolusione romana del 1901 su «Le forme nella difesa giudiziale del diritto»), riportata da Irti, secondo cui «il formalismo è in relazione inversa ai poteri del giudice: quanto più estesi questi, tanto più lieve e duttile quello; quanto più limitati gli uni, tanto più rigido e grave l'altro» (Irti 1997, 13).

¹² In proposito si veda Garofalo 2003, 376.

di informazioni che il contratto di lavoro veicola, indebolendo il suo legame con la volontà del lavoratore stesso e rafforzando quello con l'oggettività del testo.

Si indebolisce, fino ad annullarsi, quella funzione per così dire compensativa dell'erosione del tasso di inderogabilità conseguito al moltiplicarsi dei sottotipi contrattuali per effetto della valorizzazione dell'autonomia negoziale individuale.

Laddove invece la forma vincolata continua a poter essere considerata una valida tecnica di protezione sociale» è nell'ambito del rapporto di lavoro. Si pensi a tutte le prescrizioni formali dettate dal legislatore nella disciplina dello svolgimento e della estinzione del rapporto di lavoro (licenziamento, ad esempio). Qui il vincolo formale opera, peraltro, all'interno di un più complesso apparato garantista del diritto del lavoro, integrandosi con altre tecniche e procedure protettive, per delimitare l'ambito di esercizio delle prerogative unilaterali del datore di lavoro. In questi termini la forma vincolata richiama il formalismo del rapporto degli atti unilaterali di massa della legislazione speciale, solo che nel diritto del lavoro la *ratio* di questo fenomeno, piuttosto che ricollegarsi all'autonomia collettiva o alla logica dei gruppi, è principalmente dettato per la garanzia e la tutela di valori preminenti dell'ordinamento costituzionale, quali il lavoro e la dignità del lavoratore.

Con riferimento al contratto di lavoro, invece, la forma vincolata finisce per assolvere semplicemente, anche in considerazione delle diffuse prescrizioni di forma-contenuto, a un ruolo eminentemente esplicativo di un contenuto, funzionale a garantire interessi di natura generale, a controllare il tipo prescelto, per soddisfare l'esigenza della certezza delle regole, del mercato, un formalismo del tutto funzionale all'efficienza informativa ma non certo a garantire effettivamente il lavoratore.

Ma non basta essere agenti economici consapevoli e informati a correggere la situazione di debolezza contrattuale del lavoratore. Le nuove declinazioni del vincolo formale del contratto non rappresentano più una valida risposta (non certo sostitutiva) al declino della disciplina eteronoma imperativa, della inderogabilità unidirezionale.

Del resto anche nel diritto dei contratti di settore cominciano a emergere i limiti del formalismo negoziale con funzione informativa: sempre più spesso si parla del tramonto del mito del risparmiatore consapevole e del mito dell'efficienza del mercato da attuarsi attraverso la rimozione delle asimmetrie informative, tanto da costringere il legislatore a rimodulare il proprio intervento regolatorio prevedendo regole più sostanziali, con specifici obblighi di assistenza. Non a caso da tempo si osserva che nel diritto civile sia in atto una *revanche* della norma inderogabile¹³.

È noto infatti che nel diritto civile, dove, salvo eccezioni, l'autonomia individuale è pienamente libera, si assiste da tempo a un processo di notevole incremento nell'uso di norme inderogabili o di forme di rinvio all'autonomia collettiva a tutela di «contraenti deboli» (i consumatori) con limitazioni ulte-

¹³ Si rinvia, ex pluris a Fazio, 2011 e Berti, 2013.

riori della libertà contrattuale anche nei rapporti di impresa. Nel diritto civile (extracodicistico) dunque, laddove si creano nuove forme di dipendenza economica, al contrario del nostro settore, si reagisce con gli strumenti tradizionali del diritto del lavoro.

6. Una chiosa finale sul dialogo tra diritto del lavoro e diritto civile

In questa cornice il dialogo con il diritto civile resta molto proficuo, per un uso più rigoroso delle categorie, ponendole, opportunamente innervate dai principi del diritto dell'Ue, a servizio di quei valori personali che del diritto del lavoro costituiscono da sempre la cifra identificativa.

Si tratta, in altri termini, di dar seguito a quel processo di progressivo avvicinamento che le strutture di una disciplina hanno imposto a quelle dell'altra, soprattutto con riferimento a quella parte del diritto privato più vitale, che va ben oltre il codice, contrastando quell'ansia del diritto del lavoro, utilizzando le parole di Riccardo Del Punta, «di ricavarsi spazi di autonomia nella famiglia privatistica» (Del Punta 2012, 368).

In tal senso, appaiono ancora molto attuali le osservazioni di un illustre studioso di entrambe le discipline. Nella parte finale di uno scritto del 1990 dedicato all'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, Luigi Mengoni osservava: «Negli anni '60 la nuova dottrina del diritto del lavoro si è progressivamente allontanata dalle strutture concettuali e dalle metodologie classiche del diritto civile ed ha percorso una vicenda intellettuale che nel decennio successivo l'ha condotta lontana dal modello originario. Ma nemmeno la scienza civilistica è rimasta ferma. [...] Negli anni '80 si sono create le condizioni per un riavvicinamento delle due dottrine. La dottrina generale delle obbligazioni e dei contratti e della responsabilità civile è più aperta ai valori etico-personali; la dottrina del lavoro si è fatta più avvertita dell'esigenza tipicamente civilistica, che la traduzione dei giudizi di valori in giudizi di dover essere proceda per la via, e sotto il controllo, di una corretta concettualizzazione sistematica. Esse possono trovare una linea di pensiero comune per affrontare insieme e solidalmente i problemi di tutela della persona nella società della terza rivoluzione industriale» (Mengoni 1990, 5).

In questo percorso verso un «pensiero comune», la questione non è ovviamente quella di stilare incongrue classifiche che distribuiscano supremazie e sudditanze; semmai quello dei paradigmi da adoperare per interpretare il diritto. Per cui la questione dei rapporti fra diritto civile e diritto del lavoro si risolve in un problema metodologico, ovvero l'impiego delle categorie, superando un approccio di contrapposizione a favore di uno approccio integrativo.

Riprendendo le parole di una dottrina molto attenta al dialogo tra diritto del lavoro e diritto civile «resta in sostanza ancora aperta la grande alternativa fra un diritto del lavoro che elabora principi propri ed un diritto del lavoro che adatta alle proprie necessità i principi del diritto civile. Ed il nostro sforzo costante deve essere quello di segnalare un uso distorto o opportunistico delle categorie che fanno capo all'uno e all'altro» (Mazzotta 2021, 11).

In questa prospettiva, mi pare ben si collochino le riflessioni sin qui condotte sul ricorso al formalismo come tecnica di protezione del lavoratore, il che richiama, su un piano più generale, quell'invito metodologico di Riccardo Del Punta a «una rinnovata teoria dell'autonomia o della specialità del diritto del lavoro, supportata da una teoria della giustizia meno dipendente da ipostasi assolutistiche in termini di valori e concetti, e pertanto più pragmatica perché di tipo situazionista [per consentire] di rivisitare con maggiore libertà, e perché no, creatività, le grandi dicotomie teoriche, sia sul piano dei principi sia delle tecniche: interesse collettivo/interesse individuale, flessibilità/rigidità, norma inderogabile/norma dispositiva, autonomia collettiva/autonomia individuale ecc.» (Del Punta 2016, 652).

Riferimenti bibliografici

- Albanese, A. 2008. "La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona." *Rivista giuridica di diritto del lavoro e della previdenza sociale I*: 169 sgg.
- Alpa, G. 1984. "La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale." *Rivista di diritto civile*, 461 sgg.
- Berti De Marinis, G. 2013. *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- D'Antona, M. 1990. "Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 529 sgg.
- D'Onghia, M. 2005. *La forma vincolata nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- D'Onghia, M. 2023. "Forma del contratto di lavoro." In *Contratto di lavoro, Enciclopedia del diritto, I tematici* diretto da R. Del Punta, R., Romei, F., Scarpelli, vol. VI, 643-70. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Del Punta, R. 2002. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità." *Lavoro e Diritto*, 349 sgg.
- Del Punta, R. 2012. "Il diritto del lavoro oltre se stesso (a proposito del IV volume degli Annali)." *Argomenti di diritto del lavoro*, 368 sgg.
- Del Punta, R. 2022. "I valori del diritto del lavoro." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 21 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R., Caruso, B. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta (un commento a Luigi Mariucci)." *Lavoro e Diritto*, 645 sgg.
- Del Punta, R., Caruso, B., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." Disponibile a: csdle.lex.unict.it.
- Di Majo, A. 1993. "La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare." *Banca borsa*, 296 sgg.
- Fazio, E. 2011. *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*. Milano: Giuffrè.
- Ferraro, G. 1989. "Formalismo giuridico e diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 555 sgg.
- Fontana, G. 1993. "La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico." *RIDL I*: 339 sgg.
- Gabrielli, E., Orestano, A. 2000. "Contratti del consumatore." In *Digesto Discipline privatistiche, sez. civ.*, 225 sgg.
- Garofalo, M.G. 2003. "La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni." *Rivista giuridica di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 359 sgg.
- Ghera, E. 2002. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.

- Ichino, P. 1996. *Il lavoro e il mercato*. Milano: Mondadori.
- Irti, N. 1997. *Studi sul formalismo negoziale*. Padova: Cedam.
- Mazzamuto, S. 1994. "Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare." *Contratto e Impresa*, 37 sgg.
- Mazzotta, O. 1991. "Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 3: 489 sgg.
- Mazzotta, O. 2021. "Un giuslavorista allo specchio. Intervista di Vincenzo Antonio Poso a Oronzo Mazzotta." *Lavoro Diritti Europa* 3: 1 sgg.
- Mazzotta, O. 2022. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mengoni, L. 1990. "L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*: 5 sgg.
- Osti, C. 1923. "Forma (negli atti)." In *Dizionario pratico di diritto privato*, III, 1, 203 sgg. Milano: Dottor Francesco Vallardi.
- Pasa, B. 2010. "Forma informativa." In *Digesto Discipline privatistiche, sez. civ., Aggiornamento*, vol. V, 651 sgg.
- Pedrazzoli, M. 2023. "Profilo minimo dell'opera di Riccardo Del Punta (1957-2022)." *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Rodotà, S. 1970. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Schlesinger, P. 1989. "Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»." *Corriere Giuridico*, 229 sgg.
- Voza, R. 2001. "Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 563 sgg.