

Prefazione

Come l'individuazione della normativa inderogabile nel rapporto di lavoro subordinato costituisce tema storicamente centrale e periodicamente ricorrente nella riflessione dottrinale, così anche, e direi in stretta derivazione, appare centrale il tema delle conseguenze che alla violazione di quella normativa vanno ricondotte. Fra queste, oltre ai profili sanzionatori sul piano penale e amministrativo a tutela di interessi superiori, emergono le sanzioni operanti sul piano civile, e in particolare il sistema delle invalidità negoziali che, pur derivando dalla disciplina generale civilistica, presentano profili speciali di significativo spessore. A ciò si aggiunga l'ampliarsi del quadro complessivo di riferimento in virtù della rilevanza di tipologie negoziali di lavoro non subordinato, ma con esso in qualche modo in concorrenza quanto ad obiettivi di collaborazione e integrazione. Per quanto in quest'ultimo ambito la normativa inderogabile abbia una incidenza indubbiamente più ristretta rispetto al lavoro subordinato, nondimeno anche quelle tipologie negoziali (si pensi soltanto al lavoro a progetto) rientrano in pieno nel gioco delle invalidità e del loro diverso atteggiarsi, nella prospettiva di un loro possibile recupero giusto nell'ambito della fattispecie della subordinazione. Di talché si può rilevare come proprio quello che, nel recente turbinio legislativo, è stato incisivamente denominato lo sventagliamento tipologico finisce per moltiplicare e sovrapporre fra loro misura ed effetti delle varie invalidità conseguenti allo scostamento, più o meno incisivo, dal tipo.

La risposta tradizionale e generale del diritto del lavoro, e specificatamente del lavoro subordinato, è, come noto, sostanzialmente demolitoria – in linea con la generale privazione di effetti del negozio nullo – e solo parzialmente conservativa. Ed infatti, all'art. 2126 c.c. può essere attribuita una funzione di recupero dell'atto di autonomia negoziale solo in termini assai generali, com'era allorché, attraverso la rilevanza comunque attribuita all'atto ancorché invalido, si trattava di contrastare l'uso distorto della disposizione nella risalente polemica anticontrattualistica. Al netto di tale obiettivo, però, quella norma si risolve in una conservazione solo per il passato, limitata all'avvenuta esecuzione e senza alcuna prospettiva di continuità futura.

Non solo: essa è stata limitata, secondo l'opinione di gran lunga prevalente, al lavoro subordinato.

La monografia di L.R. si innesta nelle pieghe di queste generali considerazioni e si propone di verificare quale sia nel nostro ordinamento "lavoristico" complessivo – dove il campo di operatività non è solo quello del lavoro subordinato – il modo di atteggiarsi delle invalidità al di là della prospettiva demolitoria, e dunque in funzione di una più o meno ampia esigenza di conservazione dell'atto negoziale invalido. Conservazione dettata anzitutto dal particolare atteggiarsi della nullità nel diritto del lavoro come nullità di protezione nei confronti del contraente debole, secondo uno schema nato proprio nel diritto del lavoro e solo di recente riscoperto dal diritto civile. Conservazione, inoltre, realizzabile nel perimetro della fattispecie negoziale tipica di volta in volta considerata mediante una sua correzione, ma anche attraverso meccanismi di comunicazione fra tipi negoziali diversi.

Si capisce, allora, come l'approccio al tema imponga una preliminare verifica della rilevanza e della utilizzabilità, nel diritto del lavoro, dell'istituto della conversione del contratto nullo di cui all'art. 1424 c.c., siccome strumento diretto appunto a non disperdere il prodotto dell'autonomia negoziale. Ma nel ripercorrere il dibattito civilistico attorno all'art. 1424 c.c., l'a. si avvede di come non sia affatto agevole ricavarne una ricostruzione sufficientemente condivisa, sia quanto all'ambito di operatività – che dovrebbe essere ristretto ai casi di nullità di norma imperativa le cui conseguenze siano in qualche modo disponibili – sia quanto alla affinità strutturale del negozio nel quale quello nullo può essere convertito, sia, infine, quanto alla rilevanza della volontà, se ipotetica o presunta o, come condivide l'a., oggettiva, ricavata cioè anche dal comportamento delle parti, che rileva in un contratto di durata come quello di lavoro quale elemento su cui fondare l'istanza di continuità del vincolo obbligatorio. La prima parte del saggio si chiude con un paragone fra la conversione di cui alla norma sopra ricordata e la c.d. conversione legale, nella quale si realizza una integrazione imperativa degli effetti del contratto.

La seconda parte della ricerca affronta, in una prospettiva di verifica dell'esistente, le variegate ipotesi di invalidità che, in ambito lavoristico, chiamano in causa, in un modo o nell'altro, la conversione del contratto di lavoro nullo: ipotesi che vengono raggruppate in relazione alla funzione di volta in volta attribuita al fenomeno conservativo. Dopo un richiamo alla questione (non testuale, ma di origine interpretativa) circa la c.d. conversione del licenziamento – nella quale l'a. si discosta dalla tradizionale lettura giurisprudenziale sulla riqualificazione del fatto giustificativo del licenziamento medesimo, per proporre una indagine concreta sulla volontà del datore di lavoro recedente – l'analisi si articola distinguendo fra i casi nei quali

l'invalidità riguarda lo scostamento dal tipo fondamentale del lavoro subordinato in relazione a profili che non vanno ad incidere sulla sua struttura causale ma ne costituiscono differenti modalità attuative, e quelli nei quali all'accertata invalidità consegue un mutamento dello stesso tipo negoziale, con trasmigrazione, essenzialmente, dal lavoro autonomo a quello subordinato. Nel primo caso i mutamenti si realizzano, con allineamento al tipo, per via di addizione o sottrazione di uno o più elementi del contratto invalido, con conseguente riespansione del tipo *standard*. Nel secondo caso vi è un processo di sostituzione. Tale distinzione viene testata come conforme agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale ed europea, per i quali la trasformazione del contratto non è un rimedio obbligato per il legislatore, che mantiene la sua discrezionalità a riguardo.

Quanto alla identificazione e valutazione delle varie ipotesi di invalidità e alle conseguenze previste non si può che rinviare alla lettura del volume, che ne ripercorre attentamente le molteplici vicende, più d'una delle quali ormai chiuse dal recente legislatore, ma in ogni caso istruttive di una tecnica normativa priva di una chiara linea di coerenza sistematica. Si segnala l'attenta ricostruzione in materia di invalidità nel lavoro a tempo determinato, dove peraltro viene recuperato, a proposito dell'assenza delle ragioni giustificative (ormai non più necessarie), il primo comma dell'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale, con conseguente, necessaria analisi in ordine alla essenzialità della clausola per entrambe le parti; anche se, a tale proposito, viene da chiedersi se l'elemento "accidentale" del termine, una volta inserito nel regolamento negoziale, non sia necessariamente divenuto elemento essenziale per entrambe (almeno formalmente), sì che l'utilizzo del primo comma porterebbe pressoché necessariamente alla non auspicata conseguenza demolitoria. Riconducendo alla inefficacia l'assenza della forma scritta e registrati i diversi meccanismi di trasformazione (per violazione dei limiti di contingentamento numerico e per superamento dei limiti temporali), l'a. passa a trattare di un profilo applicativo di grande rilevanza, che viene in considerazione in tutte le ipotesi descritte e che, come viene argomentato nel prosieguo, è destinato a costituire il parametro per la quantificazione delle conseguenze patrimoniali dell'invalidità: quelle originariamente stabilite dall'art. 32, comma 5 della l. n. 183 del 2010 (ora abrogato, ma in sostanza sostituito dal d.lgs. n. 81 del 2015) che, riferito alle invalidità del lavoro a termine, ha significativamente ampliato il suo raggio di applicazione. Quanto alla tipologia delle invalidità, la loro eterogeneità anche dal punto di vista lessicale non ne impedisce comunque una trattazione unitaria sotto il profilo della loro estraneità al meccanismo di conversione classico, trattandosi di correzioni e modificazioni nell'ambito del tipo. Un chiarimento, quello della esclusione della conversione, che sta alla base dell'abrogazione, sopra ricordata, dell'art. 32, comma

5, che alla conversione faceva improprio riferimento: riferimento non più presente nella nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 81 del 2015.

Oggetto di particolare attenzione sono poi le questioni relative ai fenomeni interpositori e alla classificazione delle invalidità che vi sono connesse. Invalidità che non coinvolgono fenomeni di vera conversione, posto che l'accertamento della irregolarità della somministrazione non porta al di fuori del perimetro del lavoro subordinato e che il contratto di lavoro resta fermo, seppure sottoposto ad un meccanismo di surrogazione legale soggettiva o novazione legale: una conclusione non diversa da quella che una risalente, autorevole dottrina aveva tratto già dalla vecchia legge n. 1369/1960. La sottoposizione, poi, allo stesso regime indennitario (artt. 28 e 38 del d.lgs. n. 81/2015) conferma l'appartenenza del lavoro somministrato irregolare all'area della subordinazione, e dunque l'esclusione di una ipotesi di conversione.

Conclusioni analoghe vengono tratte in materia di lavoro a tempo parziale, ancor più da ricondurre alla tipologia del lavoro subordinato anche soggettivamente parlando. Mentre qualche considerazione più circostanziata avrebbe forse meritato il contratto di apprendistato, a proposito del quale il legislatore non ha risolto tutti i problemi delle conseguenze delle invalidità da esso ipotizzate, primo fra tutti quello della mancanza o insufficienza della formazione pratica, anche in considerazione della diversità tipologica del tipo contrattuale.

Molto spazio viene riservato alle controverse questioni sulle invalidità nel lavoro a progetto, peraltro oggetto di recente abrogazione; ma sono questioni nelle quali il problema della conversione si pone(va) in termini effettivamente peculiari, stante la trasformazione transtipica che la normativa aveva disegnato, sia pure sulla base di passaggi normativi successivi non sempre chiari, con un uso talora improprio della tecnica sanzionatoria, sospesa fra meccanismi riconducibili alle presunzioni e strumenti di vera e propria conversione, con, in aggiunta, le difficoltà interpretative date dal non agevole coordinamento fra il primo e il secondo comma dell'art. 69 del d.lgs. n. 276 del 2003 (coordinamento sul quale l'a. fornisce tuttavia indicazioni precise e soddisfacenti).

Tema attuale è, infine, quello delle collaborazioni organizzate ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. Su di esso l'a. opta per la tesi per cui la norma fa riferimento non a rapporti di lavoro già subordinati, per i quali si tratti di codificare in qualche modo la ben conosciuta subordinazione attenuata (attraverso gli indici organizzativi di tempo e luogo), bensì a rapporti di lavoro autonomo – senza dunque sovrapposizione con la fattispecie dell'art. 2094 c.c. – ai quali tuttavia viene applicata tutta la disciplina del lavoro subordinato, sì che la sovrapposizione è solo quanto agli effetti. A prescindere dalla fondatezza della tesi accolta (la norma, si sa, è particolarmente di-

scussa), la questione viene comunque proposta nell'alternativa se l'art. 2 sia da considerare una specifica ipotesi di invalidità del contratto o se possa iscriversi nel tradizionale problema della (ri)qualificazione del rapporto di lavoro.

Dedicato un breve e interessante capitolo agli spazi che possono essere concessi alla contrattazione collettiva anche con riguardo alla fase rimediale delle forme contrattuali flessibili, senza trascurare la possibile (ma opportunamente circoscritta) rilevanza della ben nota contrattazione di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011, oltre che della contrattazione in deroga riferita alle collaborazioni organizzate di cui appena sopra, l'a., nel IV Capitolo, riprende e ripercorre le varie ipotesi sopra esaminate in una prospettiva, come egli stesso precisa, tassonomica e dunque classificatoria ma anche ricostruttiva di modelli di invalidazione e conservazione dei contratti invalidi.

La distinzione proposta, che è il frutto dell'analisi svolta e che rappresenta il contributo sistematico della monografia, è fra ipotesi nelle quali opera una "trasformazione semplice" nell'area immutata del lavoro subordinato e ipotesi nelle quali opera una effettiva conversione, da un tipo negoziale ad un altro. Si tratta in effetti di ipotesi nelle quali l'invalidità opera in modo sensibilmente differente. Altro è, infatti, un intervento legislativo che, seppure con la forza cogente derivante dalla inderogabilità della norma da preservare, lasci fermo il contratto – che anche se talora espressamente qualificato nullo, come tale in realtà non si comporta, restando al contrario pienamente valido – e vi apponga quelle correzioni, in aggiunta o sottrazione, che il rispetto della norma medesima impone, secondo lo schema dell'integrazione degli effetti del contratto e, si può aggiungere, anche contro la volontà delle parti o almeno di una di esse; altro è la conversione, che deve intendersi come uno strumento al servizio dell'autonomia privata e non di interessi superiori.

Sulla scorta di questa distinzione, l'a. procede ad una rivisitazione delle varie ipotesi precedentemente prese in considerazione, provvedendo a catalogarle secondo i parametri sopra indicati. E così, mentre riconduce alla categoria delle trasformazioni i meccanismi di applicazione delle invalidità nei rapporti di lavoro subordinato non *standard*, ascrive le ipotesi di invalidità dei rapporti coordinati a progetto ora alla conversione legale, ora alla conversione di cui all'art. 1424 c.c. (rispettivamente, commi 1 e 2 dell'art. 69 del d.lgs. n. 276 del 2003). Con una peculiarità, nel secondo caso: che il rilievo, e la conservazione, della volontà negoziale opera in un certo senso in modo unilaterale perché il rispetto del principio di buona fede impone di non dare rilevanza all'intento (presumibile) del datore di lavoro di non procedere alla conversione, evidenziando quello che l'a. chiama l'oggettivo atteggiarsi del rapporto.

Dopo un paragrafo dedicato alla inapplicabilità della trasformazione di contratti flessibili invalidi nell'ambito del pubblico impiego (nel quale ven-

gono condivise le note ragioni che ne stanno alla base, oltre che le recenti elaborazioni giurisprudenziali in materia, anche con riguardo al rimedio sostitutivo risarcitorio), l'a. passa a trarre le conclusioni della ricerca. Conclusioni che vengono lucidamente ricondotte al particolare atteggiarsi dell'invalidità (*sub specie* di nullità) in un rapporto come quello di lavoro nel quale prevale ancora, nonostante tutto, l'obiettivo di tutela del contraente debole: nel quale dunque l'interesse primario rimane quello all'occupazione e alla sua conservazione. Ciò consente, ed anzi impone di leggere la invalidità negoziale non tanto come momento patologico con effetto demolitorio dell'autonomia privata, ma come meccanismo articolato con funzione sostanzialmente soddisfattiva, in una proiezione futura del rapporto.

Ciò che il legislatore intende salvaguardare, pur nella varietà degli strumenti utilizzati, è dunque, secondo il fecondo contributo di L.R., la conservazione di quello che egli chiama il valore negoziale del rapporto in termini di continuità. Valore che non può essere riduttivamente legato ad un semplice meccanismo di (ri)qualificazione del rapporto, ma che va apprezzato in relazione all'operare dell'invalidità e delle sue diverse conseguenze. Valore, ancora, che viene apprezzato essenzialmente nella prospettiva del lavoratore, non a caso unico legittimato passivo, in diverse ipotesi, a far valere la nullità.

Tutto ciò porta a ricongiungere, in una unica prospettiva di politica del diritto, tanto le trasformazioni nell'ambito dello stesso tipo, quanto le trasmigrazioni da un tipo all'altro: le une e le altre costituzionalmente funzionalizzate ad inverare il valore della continuità del rapporto. Con lo stesso criterio ispiratore di fondo: quello della effettività, che se è orientata a garantire in generale la soddisfazione concreta degli interessi in gioco, si declina nel diritto del lavoro secondo la caratteristica identitaria di quest'ultimo: l'essere, ancor oggi, un diritto "diseguale", a protezione, essenzialmente, della parte debole del rapporto.

CARLO CESTER

Introduzione e programma

Per assecondare l'esigenza di acquisire prestazioni di lavoro nei modi più flessibili e nelle combinazioni più varie¹, si sono negli anni moltiplicate le forme contrattuali esterne al modello tipico di cui all'art. 2094 c.c. e, nel contempo, le varianti interne al tipo medesimo². Fra gli "anticorpi di sistema" che nel diritto del lavoro hanno consentito un governo della libertà negoziale dei privati, confermando la forza polarizzante del contratto di lavoro subordinato³, un insieme di meccanismi di correzione legale dell'autonomia individuale si è raccolto sotto il segno della «conversione del contratto», espressione plurisensa utilizzata con sempre maggiore frequenza e disinvoltura nelle argomentazioni della giurisprudenza, e inclusa sinanco in alcune disposizioni di legge.

Il termine di uso comune «conversione», che nel linguaggio giuridico allude a situazioni o contesti del tutto eterogenei⁴, ricorre indistintamente nel diritto del lavoro con svariati significati, per alludere: alla trasformazione di un contratto flessibile, con orario ridotto o durata determinata, in contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato; alla qualificazione come subordinato di un dato rapporto di lavoro sulla base del comportamento attuativo delle parti; all'interpretazione di un atto unilaterale o di un contratto in sintonia con una presunta o ipotetica volontà delle parti; all'ambito di operatività della contrattazione collettiva c.d. "di prossimità", ove essa abbia ad oggetto specifiche intese dirette a regolare la materia della «tra-

¹ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2004, 359 ss.

² M. PEDRAZZOLI, *Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, II, Cacucci, Bari, 2008, 853 ss.

³ L. MONTUSCHI, *Sulla discussa «centralità» della fattispecie «contratto di lavoro subordinato»*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, 1025 ss.; R. SCOGNAMILIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 375 ss.

⁴ Si pensi ai diversi campi del diritto pubblico (ad es. conversione dei decreti legge), del diritto processuale civile (ad es. conversione del pignoramento), del diritto processuale penale (ad es. conversione delle pene detentive).

sformazione e conversione dei contratti di lavoro» (art. 8, comma 2, lett. e), d.l. n. 138/2011, conv. in legge n. 148/2011); allo spartiacque temporale per l'applicazione del regime "a tutele crescenti", in caso di «conversione (...) di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato» (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23/2015).

Posto dinanzi a tale ambivalente terminologia, all'interprete spetta il compito di «ordinare unitariamente a sistema norme frutto di tendenze diverse e ricostruire tipologicamente la realtà in funzione della intelligenza della disciplina»⁵. L'accostamento della tecnica della conversione del contratto al trattamento delle invalidità dei contratti di lavoro è dunque volto a segnalare, quantomeno in ipotesi, una certa contrapposizione tra la fattispecie di cui all'art. 1424 c.c. e le norme del diritto del lavoro.

Nel diritto civile, come si vedrà ampiamente, l'espressione «conversione del contratto nullo» assume un significato tecnico, associato necessariamente al fatto che un contratto sia dichiarato invalido, che sia cioè espunto dall'ordinamento nella sua veste originaria, per trovarvi comunque ingresso sotto le diverse spoglie di un atto diverso, il contratto «convertito»⁶.

Senonché, la conversione del contratto rientra fra gli istituti che «sembrano resistere, in prima battuta ad una soddisfacente sistemazione»⁷; ciò rende arduo, quando non artificioso, avanzare proposte ricostruttive che la qualifichino *sic et simpliciter* come anomala, o deviata⁸, rispetto alle categorie dogmatiche tradizionali. Tanto più tenendo presente che, mediante l'estensione del territorio di applicazione di una qualsiasi fattispecie per attrarvi ipotesi considerate ad essa estranee, si rischia di impoverirne il contenuto caratterizzante e perciò distintivo⁹.

Trattandosi di una figura che determina un certo depistaggio nella ricerca, occorrerà perciò rifuggire da ricostruzioni uniformanti, o viceversa particolaristiche, e tentare di illustrare come il meccanismo codicistico di cui all'art. 1424 c.c. possa fungere da base di partenza per offrire un quadro completo delle ipotesi di invalidità dei contratti di lavoro e rinvenirne, diversifi-

⁵T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Riv. dir. economia*, 1955, 1179 ss., ora in ID., *Problemi giuridici*, Tomo Primo, Giuffrè, Milano, 1959, 69 ss.

⁶G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido, 1. Il modello germanico*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁷S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in ID., *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 655 ss.

⁸W. BIGIAVI, *Normalità e anormalità nella costruzione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 518 ss. sul rapporto tra fattispecie «normale» e deviazioni anomale.

⁹F. D'ALESSANDRO, «Fattispecie» e «disciplina» del titolo azionario (premesse metodologiche ad uno studio sui titoli di partecipazione), in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 501 ss.

candoli, tratti distintivi comuni. Il che impone un percorso ricostruttivo e argomentativo – che costituisce il programma di questo libro – le cui tappe sono: l'individuazione della figura civilistica, per trarne gli elementi caratterizzanti (Capitolo Primo); la cernita ragionata delle ipotesi di invalidità che in ambito giuslavoristico alludono alla conversione del contratto, raggruppate in base alla funzione svolta (Capitolo Secondo); e la verifica di quanto e come incida l'autonomia collettiva sulla determinazione dei meccanismi di conversione (Capitolo Terzo).

Da una tale analisi, nel Capitolo Quarto verranno configurandosi elementi utili a determinare una tassonomia delle situazioni di invalidità che danno luogo a trasformazioni del contratto di lavoro, per diversificarne la natura giuridica nel contesto giuslavoristico di riferimento. La posizione e la concreta verifica dell'ipotesi di indagine mira a proporre, talvolta solo indicare, una sistemazione dei meccanismi e concetti che ruotano attorno al fenomeno della «conversione» in termini maggiormente rispondenti ai caratteri delle invalidità tipiche della disciplina lavoristica.

In questa prospettiva, anche al problema della «conversione» del contratto nel diritto del lavoro sembra attagliarsi un bisogno ben più generale rispetto ai limitati confini dell'indagine che ci si accinge a intraprendere, il bisogno cioè che il prodotto dell'autonomia privata di cui sia accertata l'invalidità rimanga, seppure in guise differenti, valido e utile per il futuro.

Capitolo Primo

La conversione del contratto invalido. Tra autonomia delle parti e volontà della legge

SOMMARIO: 1. Dal diritto romano al § 140 BGB: conservazione e trasformazione del contratto nella recezione del meccanismo di *Umdeutung* nel codice civile. – 2. La fattispecie della conversione del contratto nullo: gli elementi desunti dall'art. 1424 c.c. – 2.1. Le specie di invalidità su cui incide la conversione. – 2.2. Caratteristiche del contratto “diverso”: requisiti di sostanza e di forma. Il problema della continenza. – 2.3. Lo scopo, il voluto e il comportamento delle parti. – 3. Elementi specifici della conversione nei contratti di durata. – 4. Dalla volontà delle parti alla volontà della legge: ipotesi di conversione legale.

1. Dal diritto romano al § 140 BGB: conservazione e trasformazione del contratto nella recezione del meccanismo di Umdeutung nel codice civile

Il termine «conversione» associato ad un atto giuridico invalido è rinvenibile già in alcuni passi del Digesto, nei quali l'invalidità di negozi o dichiarazioni unilaterali non si traduce in una inesistenza o inefficacia, ma implica la conservazione degli elementi «obiettivi» dell'atto con lo scopo di salvaguardarne gli effetti. La *stipulatio* conclusa a fini novativi e dichiarata invalida, ad esempio, assume il valore di patto tra creditore e debitore, idoneo a esonerare il secondo dalla responsabilità derivante dal ritardo nell'adempimento¹. Similmente, l'*acceptilatio*, ossia la dichiarazione formale di avere ricevuto quanto dovuto, rivelatasi inefficace, viene conservata come causa di estinzione dell'obbligazione, qualora non sia deducibile una contraria volontà dei contraenti².

È tuttavia controverso se tali casi rimandino a un medesimo fenomeno,

¹E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, 1959, IV, 810 ss.

²L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1947, 107 ss.

riducendosi per lo più a operazioni interpretative volte a rettificare l'estrinseca veste o qualificazione di un atto per renderlo conforme all'intendimento delle parti³, ovvero a ipotesi di "concorso" di due diverse fattispecie negoziali nell'ambito di un medesimo affare, ciò che legittimerebbe l'impiego dell'una in caso di invalidità dell'altra⁴.

L'origine del moderno concetto giuridico di «conversione del contratto nullo» si fa risalire all'idea settecentesca di una «*trductio vel commutatio unius negotii in alterum, pro obtinendo et salvando necessaria, actui et intentioni agentis conformis*»⁵. Presiede a una trasformazione l'astratta ispirazione giusnaturalista di una ragione umana in grado di «superare i rigori di una logica sanzionatoria che conduce all'invalidità»⁶, salvando gli elementi oggettivi del negozio concluso e l'intendimento di coloro che vi hanno preso parte.

Nel secolo XIX, l'istituto segue la parabola del negozio giuridico e, in particolare, si intreccia con le dinamiche della teoria della volontà, che sino ai tempi recenti ne costituirà la cornice concettuale. Nell'ambito della *Willenstheorie* di Savigny, l'essenza del contratto viene ricondotta alla volontà creatrice dell'individuo: negozio giuridico e dichiarazione di volontà si sovrappongono e si equivalgono, tanto che la volontà si appropria anche delle conseguenze giuridiche (*Geschäftswille*) della dichiarazione⁷. La conversione di un atto giuridico nullo, dunque, in tanto è ammissibile in quanto nella dichiarazione stessa sia rinvenibile una volontà sussidiaria o quantomeno implicita dei contraenti⁸.

Una parte della dottrina tedesca successiva contribuisce a prendere le distanze dalla *Willenstheorie* pura e valorizza la circostanza per cui la legge riconnette al negozio giuridico concluso dai privati anche effetti da essi non voluti: la dichiarazione di volontà assume così la funzione di condizione prelimi-

³G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido, 1. Il modello germanico*, Giuffrè, Milano, 1984, 2-3, nota 4; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante "conversione" in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1965, 308 ss.

⁴M. TALAMANCA, "Conventio" e "stipulatio" nel sistema dei contratti romani, in *Le droit romain et sa reception en Europe*, Università di Varsavia, Varsavia, 1978, 195 ss.

⁵C.F. HARPRECHT, *Dissertatio iuridica inauguralis, de eo quod iustum est circa conversionem actuum negotiorumque iuridicorum iamiam peractorum*, Bauhof & Franck, Tübingen, 1747, 8, citato da G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, cit., 4-5, nota 5.

⁶G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, cit., 5.

⁷V. F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. di V. SCIALOJA), Utet, Torino, 1889 e 1891; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. di FADDA e BENSA), Utet, Torino, 1930, I, 202 ss.

⁸G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, cit., 8.

nare presupposta al verificarsi degli effetti previsti dall'ordinamento giuridico⁹.

Il dibattito ottocentesco si articola nell'alternativa fra le due teorie del negozio giuridico e si riflette inevitabilmente sul significato e sul funzionamento del meccanismo della conversione. A una concezione che fa discendere la conversione del contratto dallo schema della nullità parziale, così che la prima finisce per identificarsi con il salvataggio della parte valida del negozio¹⁰, si contrappone la tesi per cui la conversione si risolverebbe in una rettifica del *nomen iuris* adottato nel contratto, ovvero nell'imposizione di un trattamento giuridico basato su una norma diversa da quella che le parti avevano fissato. Il giudice dovrebbe dunque richiamarsi alla natura del negozio e agli scopi perseguiti dai contraenti, compiendo in tal modo un'operazione essenzialmente ermeneutica: il trattamento di conversione è attuabile solo dopo che si sia accertato mediante l'interpretazione che il negozio nullo era effettivamente voluto dalle parti¹¹. Da ciò discende la concezione che valorizza la volontà implicita o presunta dei contraenti, necessaria per salvare l'esistenza di un negozio nonostante la sua nullità¹².

Le polemiche interne alla pandettistica trovano echi nella nozione di *Umdeutung*, che al § 140 del BGB viene enunciata nei termini seguenti: «se un negozio giuridico nullo risponde ai requisiti di un altro negozio, allora vale quest'ultimo, qualora debba ritenersi che la sua validità, conoscendosi la nullità, sarebbe stata voluta»¹³. La norma, che ha portata del tutto innovativa

⁹P. LOTMAR, *Über causa im römischen Recht*, Ackermann, Monaco, 1875, 15 ss., come ricorda F. WIEACKER, *Privatrechtsgerichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, tradotto in it. da U. SANTARELLI (vol. I) e S. FUSCO (vol. II) nel 1980 con il titolo *Storia del diritto privato moderno: con particolare riguardo alla Germania*, Giuffrè, Milano, 1980, vol. II, 243 ss.

¹⁰È la tesi dei pandettisti Thibaut e Puchta, citati da G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, cit., 13 ss.

¹¹Cfr. H. DERNBURG, *Pandette. Parte generale* (trad. it. di F.B. CICALA), Bocca, Torino, 1906, 271 ss.

¹²F. WIEACKER, *La conversione dell'atto nullo nel diritto tedesco (e l'indagine di un comparatista italiano)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1314; G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, cit., 40 ss.

¹³Ripropongo qui la traduzione che mi sembra più affidabile, fornita da F. WIEACKER, in *La conversione dell'atto nullo nel diritto tedesco*, cit., 1311. Una formulazione sostanzialmente coincidente è proposta più di recente da S. PATTI (tradotto e presentato da), *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, Milano, 2013, 69. Della figura della conversione viene invece adottata una definizione assai più ampia nel Codice europeo dei contratti, la cui pubblicazione è curata e contenuta in G. GANDOLFI (coordinato da), *Code Européen des Contrats. Codice Europeo dei contratti. Progetto preliminare. Livre premier. Vol. 1*, Giuffrè, Milano, 2002, 983-984. Occorre segnalare come, letteralmente, *Umdeutung* possa tradursi sia come interpretazione o re-interpretazione, sia come riqualificazione.

rispetto al precedente quadro giuridico, esprime un'opzione mediana tra le tesi dottrinali sopra accennate e, come anticipato, viene inizialmente interpretata alla luce del principio di conservazione del negozio giuridico, ritenuto prevalente sull'aspetto della trasformazione dello stesso.

Buona parte delle controversie sorte in applicazione del § 140 BGB si incentra sulla questione della volontà dell'atto (se presunta o ipotetica) e dei limiti entro i quali il giudice può accertare la comune volontà delle parti del negozio. La dottrina maggioritaria si orienta nel senso di abbandonare le teorie che richiedevano una concreta volontà (sussidiaria o alternativa) diretta alla stipulazione del contratto convertito, e accoglie la concezione della volontà ipotetica, ricorrendo alla finzione di considerare l'elemento (mancante) della volontà di fatto sostituito dall'interpretazione del giudice¹⁴.

L'influsso delle diatribe germaniche sul ruolo della volontà nella *Umdeutung* del negozio giuridico si rinviene in alcuni settori della dottrina italiana del primo '900, che pur in assenza di dati positivi segnala la possibilità, in forza del principio di conservazione, di trasformare un negozio invalido in un altro, ove ricorrano un elemento oggettivo (il contenuto) e uno soggettivo (la volontà). In particolare, si afferma la concezione per cui la volontà, almeno tacitamente, dovrebbe rivolgersi *in subsidium* al negozio convertito, quasi che in capo ai contraenti potesse rinvenirsi una prima volontà dichiarata e una seconda tenuta in serbo nell'evenienza che l'atto compiuto fosse invalido¹⁵. Si oppone ad essa la critica per cui in tal modo la conversione si risolverebbe in uno strumento dell'interpretazione, che dal comportamento delle parti ricava una loro volontà sussidiaria. L'essenza della conversione verrebbe così individuata nel giudizio ipotetico-deduttivo sulla volontà dei contraenti, che ricava una volontà in astratto dalla volontà concretamente manifestata¹⁶. Le parti, concludendo un dato negozio, dimostrano di voler perseguire un certo risultato pratico rispetto al quale l'atto esteriore ha funzione meramente strumentale¹⁷.

La prima sentenza della Cassazione italiana che, in epoca antecedente il

¹⁴ Per un'ampia analisi del dibattito cfr. A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, 273 ss. e M. FRANZONI, sub art. 1424 c.c., in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1998, 203-204.

¹⁵ In vero, tale concezione poggia su una deduzione molto semplice: in mancanza di un meccanismo legislativo che consenta in generale la conversione, essa è ammissibile o in virtù di una disposizione speciale di legge, ovvero in virtù della volontà delle parti, che il giudice potrà dedurre come sussidiaria dal loro complessivo comportamento: così E. PACIFICI, G. MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5^a ed., Cammelli, Firenze, 1923, 599.

¹⁶ G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Utet, Torino, 1916, 298 ss.

¹⁷ G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. 2. Il problema in proiezione europea*, Giuffrè, Milano, 1990, 189 ss.

codice civile del 1942, si occupa del tema della conversione del contratto nullo, ne descrive due specie: una “impropria”, che comporta la conservazione dell’atto e non la sua trasformazione, e una che trasforma invece l’atto originario in altro atto avente diversa natura, «con o senza il medesimo risultato»¹⁸. In quest’ultimo caso si ritiene ammissibile la conversione in presenza di un elemento oggettivo, cioè che il negozio nullo contenga i requisiti dell’altro, e di uno soggettivo, ossia «che il negozio sostitutivo sia almeno tacitamente voluto in subordine dalle parti»¹⁹.

Questa affermazione viene in seguito “cristallizzata” in una massima giurisprudenziale secondo cui «la conversione dei negozi giuridici, per la quale ad un negozio giuridico nullo può sostituirsi altro valido, presuppone che il primo contenga i requisiti del secondo e che quest’ultimo sia stato almeno tacitamente voluto dalle parti». La massima viene ripresa quasi alla lettera dalla dottrina civilistica del tempo²⁰ e, nonostante la recezione nel codice civile del 1942 del concetto germanico di conversione di cui al § 140 BGB, rimane pressoché invariata nella giurisprudenza successiva, specie della sezione lavoro della Cassazione, sino agli anni recenti²¹.

Nel nostro ordinamento positivo, dunque, il principio di conversione del contratto nullo trova ingresso quasi “in punta di piedi”²², segnando una cesura netta rispetto alla tradizione del previgente codice civile del 1865 di matrice francese²³, e allo stesso canone del diritto romano per cui *quod nullum est, nullum producit effectum*.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 7 febbraio 1931, n. 446, citata da G. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, 197, nota 26, relativa ad uno schema di transazione predisposto dal Ministero della guerra a favore di un’impresa appaltatrice, concluso però senza l’approvazione del Consiglio di Stato, di cui l’impresa chiede la conversione in una dichiarazione unilaterale di assunzione dell’obbligo relativo.

¹⁹ Cass., Sez. Un., 7 febbraio 1931, n. 446, cit.

²⁰ Per tutti G.B. FERRI sr., *Conversione dei negozi giuridici*, in *Nuovo Dig. it.*, 1938, IV, 211.

²¹ Un esempio può trarsi da Cass. 16 febbraio 1993, n. 1906, in *Foro it.*, 1993, I, 1875, ove si afferma che l’art. 1424 c.c. ricollega la conversione alla conformità di un diverso contratto rispetto «alla volontà ipotetica, ma sicuramente accertabile, delle parti. La conversione intende tutelare, anche se in forme diverse da quella *ab initio* divisata dalle parti, l’intento comune di esse; essa è praticata solo quando gli interessi essenziali realizzabili con il “contratto diverso” rientrano fra quelli che caratterizzano la causa del contratto nullo». Conforme Cass. 7 febbraio 1994, n. 1226, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 708, con nota di M. BROLLO. Entrambe le sentenze sono sottoposte a vaglio critico in G. GANDOLFI, *Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 434, nota 16.

²² Ciò sarebbe testimoniato dallo scarso dibattito sviluppatosi in seno alla Commissione per la redazione del Libro Quarto delle obbligazioni, al quale l’art. 1424 sarebbe stato aggiunto *in extremis* su proposta del prof. Rosario Nicolò. Ne danno notizia G. GANDOLFI, *La conversione dell’atto invalido. 2. Il problema in proiezione europea*, cit., 200 ss., e M. FRANZONI, sub *art. 1424 c.c.*, cit., 203, nota 7.

²³ M. FRANZONI, sub *art. 1424 c.c.*, cit., 200 ss.

L'art. 1424 c.c. deve leggersi nel sistema delle nullità delineato dagli artt. 1418 ss., nei quali la nullità si affranca dalla categoria dell'inesistenza per divenire un «modo anomalo di esistere dell'atto»²⁴. Il contratto nullo è ritenuto in grado di produrre gli effetti di un diverso negozio, a condizione che ricorrano gli elementi indicati dalla legge, ossia che il «diverso negozio» contenga i requisiti di sostanza e di forma di quello nullo, e che, «avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità». Il meccanismo è ripreso dal codice in alcune ipotesi specifiche (vedi *infra*), e viene inizialmente inteso alla luce del generale principio di riconduzione degli atti di autonomia privata «nell'orbita della legalità»²⁵. Il fondamento dell'istituto consisterebbe, infatti, nel principio di conservazione del negozio giuridico, desumibile già nella vigenza del codice civile del 1865²⁶.

Solo successivamente si afferma l'idea, opposta, per cui la conversione non realizza, bensì smentisce, la conservazione. Poiché essa trasforma qualitativamente il voluto negoziale, vi è necessità di ancorare la conversione al canone della buona fede contrattuale: la parte convenuta per l'esecuzione del contratto non può opporre in buona fede la nullità, liberandosi del vincolo, qualora il contratto medesimo possa produrre gli effetti di un diverso contratto²⁷.

Per il tramite della buona fede la conversione del contratto assume valenza innovativa, seppure nel solco di un canone ermeneutico generale, per cui il negozio giuridico svolge una funzione meramente strumentale rispetto agli effetti avuti di mira dalle parti e l'attuazione di tale principio esige che una parte rimanga vincolata a tali effetti. Se la buona fede importa un dovere di reciproca lealtà di condotta tra le parti, come recita la Relazione ministeriale al Codice civile²⁸, il giudice deve ricercarla sia nella volontà dei contraenti, sia nell'attribuzione alla relativa dichiarazione di un significato dettato dalla legge in base a criteri oggettivi²⁹.

L'autonomia privata si muove così in un ambito ben più vasto di quello

²⁴ G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. 2. Il problema in proiezione europea*, cit., 214.

²⁵ E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (Diritto vigente)*, cit., 811.

²⁶ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Padova, 1938, 176; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato Cicu-Messineo*, II, Giuffrè, Milano, 1972, 385.

²⁷ G. DE NOVA, voce *Conversione*, I) *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1988, 2.

²⁸ Relazione ministeriale al Codice civile, al n. 622.

²⁹ G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. 2. Il problema in proiezione europea*, cit., 209 e 217.

determinato dalla “legge della volontà” (cui sembra rifarsi l’art. 1372 c.c.), in quanto «legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse» e «nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell’orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa»³⁰.

Solo in tal modo trova attuazione l’esigenza di non compromettere l’altrui affidamento incolpevole e viene prevalendo «l’oggettività dello scambio dell’atto, a condizione che sia di buona fede la sua conservazione»³¹. L’ordinamento decide di proteggere non già una volontà nata viziata, ma un atto giuridico oggettivamente individuabile a stregua del diritto positivo, per cui ciascuna parte rimane vincolata agli effetti «che si proponeva di trarre dal contratto nullo e che avrebbe ugualmente cercato di realizzare con un altro contratto, se si fosse rappresentata l’inefficienza giuridica di quello concluso»³². Al di là del ruolo che dottrina e giurisprudenza assegnano alla volontà e rappresentazione dell’invalidità da parte dei contraenti, viene in certa misura recuperata la *ratio* della conservazione³³ a un’operazione che in sé sembrerebbe smentirla, poiché diretta alla trasformazione del voluto negoziale³⁴.

2. La fattispecie della conversione del contratto nullo: gli elementi desunti dall’art. 1424 c.c.

L’istituto della conversione contemplato dall’art. 1424 c.c. è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina civilistica molto più che della giurisprudenza, in ragione della difficoltà intrinseca di applicare un meccanismo trasformativo dell’atto invalido i cui caratteri essenziali si sono rivelati, sin dalle prime pronunce, assai controversi, nonché della capacità evocativa e al tem-

³⁰ Testualmente ancora la Relazione ministeriale al Codice civile, al n. 603. In argomento cfr. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 89 ss.

³¹ M. FRANZONI, sub *art. 1424 c.c.*, cit., 225.

³² Cfr. G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice Civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Giuffrè, Milano, 1942, 231-232. In argomento cfr. anche P. GIANNITI, *Conversioni contrattuali proprie e improprie*, in *Contr. e impr.*, 1990, 1114.

³³ Valorizzata dalla maggioritaria dottrina: A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Utet, Torino, 2006, 1364; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Cedam, Padova, 2004, 415.

³⁴ Cfr. *amplius* A. D’ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento contrattuale*, cit., 291 ss.

po stesso elusiva del termine «conversione», impiegato in diversi luoghi dell'ordinamento in guise affatto dissimili.

Le trattazioni monografiche sul tema danno conto di approcci radicalmente diversi al problema della convertibilità degli atti invalidi, che spesso travalicano gli orizzonti della norma codicistica e involgono questioni ben più generali sui fondamenti dell'autonomia privata, sul rapporto tra questa e la legge, sui meccanismi invalidanti contenuti nel codice civile, sinanco sul ruolo controverso del principio volontaristico nel nostro sistema giusprivatistico³⁵.

Addirittura vi è chi ha escluso che la figura della conversione possieda le caratteristiche di un istituto giuridico autonomo, in quanto semplicemente accomunerebbe in senso atecnico distinti meccanismi utilizzati dalla legge per intervenire nella sfera dei privati, sicché sarebbe infruttuoso tentare di costruire una teoria generale della conversione³⁶.

Neppure vi è, in dottrina, uniformità di opinioni circa i presupposti sostanziali che debbono muovere il giudice nel pronunciare la conversione del contratto invalido, segno dell'influenza di approcci ed epoche diverse a un problema giuridico tradizionale ma relativamente nuovo nel diritto positivo italiano.

Schematizzando i tratti salienti della conversione di cui all'art. 1424 c.c., e nell'intento di dar conto degli esiti più condivisi e sedimentati della sua interpretazione per coglierne le utilità nel diritto del lavoro, si possono enucleare almeno tre elementi essenziali della fattispecie, che sottendono ad altrettanti nuclei problematici: la nullità del contratto da convertire; le caratteristiche del contratto diverso, o convertito; il ruolo della volontà e del comportamento delle parti.

Rispetto a detti elementi, occorre sin d'ora avvertire come molte delle costruzioni dogmatiche elaborate a ridosso dell'emanazione del codice civile sono state rivisitate o abbandonate, in specie per il modificarsi del sistema delle invalidità e del loro rapporto con la norma inderogabile. La conversione interviene a correggere il voluto negoziale per evitare di dover espungere

³⁵ Un esempio è dato dalla monografia di L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, cit., che a dispetto del titolo rappresenta una visione parziale e deviante dell'istituto: cfr. le critiche di G. GANDOLFI e M. FRANZONI, *opp. e locc. citt.* Più di recente, sull'istituto della conversione cfr. G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo. Art. 1424 c.c.*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012.

³⁶ Cfr. spec. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Conversione*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 528-529, cui *adde* M. RABITTI, *Commento all'art. 1424. Conversione del contratto nullo*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, *Dei contratti in generale, artt. 1387-1424*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Giuffrè, Milano, 2012, 718 ss.

dall'ordinamento un atto invalido, sul presupposto che l'invalidità assuma i caratteri della nullità: tale categoria codicistica, che implicava una valutazione definitivamente negativa del contratto concluso, si è però andata articolando sino a ricomprendere altri meccanismi invalidanti, maggiormente calibrati sul contesto economico e sulle condizioni delle parti³⁷.

Sono emerse così nuove manifestazioni del fenomeno della nullità, dirette a proteggere non più gli interessi generali della collettività, bensì l'interesse particolare di una delle parti ritenuto meritevole di tutela, sottraendolo al potere di disposizione del suo titolare³⁸, in senso rispondente alle diverse forme della razionalità di volta in volta privilegiate dalla legge³⁹.

I più recenti approdi della dottrina civilistica sono appunto rivolti a rimarcare la perdita di centralità della nullità, monolitica e neutrale, descritta dagli artt. 1418 e 1419 c.c., a favore del rilievo crescente delle nullità c.d. «di protezione», collocate in un rapporto di specialità (ma non eccezionalità) rispetto alla prima e da essa differenziate sotto il profilo dell'efficacia⁴⁰.

La conversione del contratto nullo deve confrontarsi, dunque, con un contesto ordinamentale parzialmente mutato, nel quale gli stessi elementi essenziali della fattispecie descritti dall'art. 1424 c.c. assumono connotati inediti e ne suggeriscono nuovi ambiti di applicazione.

2.1. *Le specie di invalidità su cui incide la conversione*

La norma di cui all'art. 1424 c.c. assume a requisito essenziale per la realizzazione della conversione anzitutto la nullità del contratto, facendo breccia nell'assolutezza del dogma dell'insanabilità del contratto nullo⁴¹, derivante dalla valutazione negativa che di esso manifesta l'ordinamento⁴². La nulli-

³⁷ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 468.

³⁸ Cfr. già R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, 914.

³⁹ A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1105 ss.

⁴⁰ Sulle nullità di protezione cfr. per ora in particolare F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Jovene, Napoli, 2011, 215 ss.; A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.

⁴¹ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, IV, Utet, Torino, 2006, 143 ss.

⁴² Nel codice civile, la nullità viene ricondotta alla funzione di impedire al contratto, che realizza un assetto di interessi disapprovato dall'ordinamento, la produzione degli effetti giuridici suoi tipici: cfr. A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 917 ss.

tà costituisce il presupposto per l'applicabilità dell'istituto a prescindere da quale ne sia la fonte, per cui deve ritenersi che la conversione rechi soccorso al negozio non perché questo è invalido, bensì in quanto esso risulta incapace di produrre le conseguenze divise dalle parti: l'ordinamento dunque non interferisce con la censura che colpisce il comportamento negoziale, bensì la presuppone e ne prospetta un superamento⁴³.

La dottrina maggioritaria ritiene insuscettibile di applicazioni estensive, ai fini della conversione, l'elemento della nullità del contratto⁴⁴. Sul piano sistematico l'art. 1424, oltre a essere una norma speciale, chiude la sequenza delle disposizioni relative alla nullità, le quali rispondono a *rationes* e dinamiche tra esse omogenee, difficilmente conciliabili con la disciplina dell'annullabilità o addirittura con la categoria dell'inesistenza⁴⁵.

Il contratto annullabile non può essere convertito in ragione della strutturale inidoneità delle cause di annullabilità ad atteggiarsi diversamente a seguito del trattamento di conversione⁴⁶. Se l'annullamento deriva da incapacità della parte, essa permane anche a seguito della conversione; similmente, l'errore che spinse una parte a contrarre non può certo essere cancellato *ex post* mediante conversione⁴⁷.

Parimenti insuscettibile di conversione è il contratto inefficace a causa dell'apposizione di una condizione sospensiva o risolutiva, poiché di fatto le parti perderebbero l'interesse pratico alla validità del contratto in conseguenze del verificarsi o meno della condizione⁴⁸.

Dovendo rimanere all'interno dei relativi confini, l'interprete è chiamato a determinare sotto quali forme la nullità, come categoria concettuale, abbia subito adattamenti o modificazioni idonee a mutarne o estenderne l'ambito di operatività⁴⁹, al fine di desumere una torsione della sfera applicativa degli

⁴³ G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. 1. Il modello germanico*, cit., 193.

⁴⁴ M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2002, 595.

⁴⁵ L. BIGLIAZZI GERI, voce *Conversione*, cit., 536; M. FRANZONI, sub *art. 1424 c.c.*, cit., 205. Impropria, dunque, risulta essere la distinzione operata da G.B. FERRI sr., *Conversione dei negozi giuridici*, cit., 211, a parere del quale a seconda che l'atto sia nullo o annullabile si avrebbe un diverso manifestarsi degli effetti dell'atto convertito, rispettivamente *ex tunc* ed *ex nunc*.

⁴⁶ G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo. Art. 1424 c.c.*, cit., 32 ss.

⁴⁷ L. BIGLIAZZI GERI, voce *Conversione*, cit., 528 ss. Deve in ogni caso segnalarsi come, anche con riguardo all'inconvertibilità del contratto annullabile, non vi è una lettura univoca in dottrina, e mancano specifiche applicazioni giurisprudenziali.

⁴⁸ M. FRANZONI, *La conversione dell'atto nullo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, 926 ss.; ID., sub *art. 1424 c.c.*, cit., 206. *Contra* G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, artt. 1321-1469*, Utet, Torino, 1980, 508.

⁴⁹ Ne è un esempio il *revirement* delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di rilevabili-

istituti ad essa collegati, quale appunto la conversione del contratto.

È assodato che la fisionomia della nullità si sia modificata per l'influsso delle discipline sovranazionali, che hanno moltiplicato i tipi e le funzioni delle invalidità, a stento riconducibili alla diade codicistica nullità/annullabilità⁵⁰. Le nuove invalidità si manifestano non solo, o non tanto, nei riguardi del contratto nel suo complesso, bensì di uno o più suoi elementi, in ottica di protezione di uno dei contraenti⁵¹. Più correttamente e in senso estensivo si è perciò proposto di intendere la nullità di cui all'art. 1424 c.c. più ampiamente come invalidità⁵², sì da superare le anguste limitazioni imposte dalla lettura tradizionale dell'art. 1418 c.c. ancorata al dogma della *sanctity of contract*⁵³.

Il requisito dell'invalidità del contratto ai fini della conversione ha posto rilevanti questioni in ipotesi di nullità derivante dal contrasto con norme imperative. Il *leading case* al riguardo risale a una sentenza degli anni '50 della Corte di Cassazione⁵⁴, in merito alla vendita di olio destinato all'ammasso, dunque non commerciabile: determinata l'impossibilità di operare la conversione, per la contrarietà del contratto a una norma imperativa, la Cassazione ha ritenuto che il giudice dovesse considerare lo scopo perseguito dalle parti, rispetto al quale il negozio concluso «ha solo una funzione strumentale». Di tal che la conversione sarebbe inammissibile ogni qual volta la nullità inerisca «non già allo strumento scelto dalle parti, bensì all'intento pratico da queste avuto di mira»: il salvataggio dell'atto non può essere pronunciato «qualora la nullità del negozio da convertire dipenda da illiceità per contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume», in quanto esso non riflette interessi meritevoli di tutela. In quest'ultimo passaggio argomentativo, la Cassazione assume ad elemento della fattispecie di cui all'art. 1424 c.c. soltanto la nullità non derivante da illiceità dell'oggetto o della causa. Detto elemento costituirà il cuore di una massima da quel momento

tà d'ufficio della nullità da parte del giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di adempimento, risoluzione o annullamento del contratto: cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, II, 1388; Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giur. it.*, 2013, II, 299.

⁵⁰ U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 161 ss.; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss.; M. MEKKI, *Nullité et validité en droit des contrats: un exemple de pensée par le contrares*, in *Rev. de Contrats*, 2006, n. 3, 679 ss., il quale rimarca come la nullità nell'ordinamento francese sia oggi da intendere «plurielle, graduelle et récursive».

⁵¹ V. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 174 ss.

⁵² E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (Diritto vigente)*, cit., 811 ss.

⁵³ Per una revisione della categoria della invalidità-nullità cfr. V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 735 ss.

⁵⁴ Cass. 18 aprile 1953, n. 1036, in *Foro it.*, 1953, I, 1127.

ripetuta tralattivamente e verrà ripreso dalla dottrina maggioritaria⁵⁵.

Tale orientamento finisce per ridurre l'ambito di applicazione dell'istituto della conversione, limitandone la portata ai soli casi di nullità comminata direttamente dalla legge. L'orientamento fa leva essenzialmente sulla maggiore o minore vincolatività delle norme imperative, la cui violazione può dar luogo a conseguenze talmente gravi da non poter consentire alcuna conversione dell'atto: più è elevato il grado di illegittimità dell'atto, minore sarebbe lo spazio consentito al giudice per disporre la conversione. Per tale motivo il contratto illecito non potrebbe convertirsi in ragione dell'assolutezza del divieto legale.

La dottrina ha sottoposto a fondate critiche questa impostazione, rimarcando come debba distinguersi l'illiceità derivante dallo strumento negoziale da quella inerente allo scopo perseguito dalle parti: mentre la prima sarebbe passibile di correzione mediante conversione, la seconda rimarrebbe definitivamente invalida, in quanto l'ordinamento non ammette il perseguimento di fini ad esso contrari⁵⁶.

Sotto diverso profilo, si è poi osservato come l'invalidità dell'atto possa riferirsi, oltre che all'intero contratto, anche al contenuto della prestazione in esso dedotta. La possibilità di convertire il contratto in tale ipotesi è dovuta al fatto che una prestazione intesa in senso diverso da quello scelto dalle parti, ma tuttavia conforme allo scopo da esse perseguito, potrebbe ben essere stabilita validamente⁵⁷.

La stessa teoria dell'invalidità si è evoluta negli anni distaccandosi dalla secca distinzione contratto illecito/contratto illegale⁵⁸, sino a condurre a una valorizzazione della corrispondenza tra illiceità del contratto e indisponibilità degli interessi protetti dalla norma violata⁵⁹. Secondo questa prospet-

⁵⁵ A. AURICCHIO, *In tema di conversione del negozio illecito*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, 253 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Conversione*, cit., 532.

⁵⁶ M. FRANZONI, sub *art. 1424 c.c.*, cit., 208.

⁵⁷ G. DE NOVA, voce *Conversione*, cit., 2-3.

⁵⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1955, 114; G. DE NOVA, *Norme imperative e autonomia negoziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss., cui adde F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 1999, 3 ss. e ID., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Jovene, Napoli, 2011, 123 ss. Da tempo viene peraltro osservato come la consueta sanzione dell'invalidità risulti del tutto «insufficiente per il raggiungimento degli obiettivi imposti dall'ordinamento. L'imperatività del precetto è venuta ad articolarsi in forma rinnovata: non più unicamente nella negazione degli effetti, ma piuttosto nell'attribuzione di effetti diversi (non voluti dalle parti bensì imposti dall'ordinamento) o nella sostituzione della regolamentazione privata con quella legale»: così B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico del contratto di locazione*, Jovene, Napoli, 1979, 138 ss.

⁵⁹ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, 45 ss.