

Matricola n. 238653

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

Dottorato di Ricerca in Diritto del Lavoro

XX ciclo

**LE FORME DEL LAVORO ASSOCIATO
CON PARTICOLARE RIGUARDO
ALL'ASSOCIAZIONE IN
PARTECIPAZIONE**

Tesi di dottorato in DIRITTO DEL LAVORO (IUS/07)

Coordinatore: Chiar.mo Prof.
GERMANO DONDI

Relatore: Chiar.mo Prof.
GERMANO DONDI

Presentata da:
ALESSANDRA MISCIONE

Esame finale anno 2008

INDICE

Capitolo I

Le forme di lavoro associato nel diritto del lavoro

1. Le origini storiche dei rapporti associativi.....	1
2. La definizione di rapporti associativi.....	6
2.1. Il lavoro associato <i>stricto sensu</i>	8
2.2. Il lavoro associato <i>lato sensu</i>	11
3. Panoramica delle forme di lavoro associato in senso allargato.....	14
3.1. I rapporti associativi in agricoltura.....	14
3.2. L'impresa familiare.....	17
3.3. Il lavoro del socio di cooperativa.....	20
3.4. L'associazione in partecipazione.....	26
4. La prestazione di lavoro del socio nelle società.....	27
4.1 (segue): a) nelle società di persone.....	31
4.2 (segue): b) nelle società di capitali.....	33
5. La nozione allargata di rapporti associativi nel diritto del lavoro: profili comuni e tratti distintivi.....	35

Capitolo II

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: natura giuridica e classificazione

1. La disciplina codicistica dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro.....	38
1.1. Il carattere aleatorio del contratto.....	47
1.2. Il potere di controllo dell'associato e la gestione dell'associante.....	54
2. L'apporto di lavoro dell'associato:	59
3. L'associazione in partecipazione come "fuga" dal lavoro subordinato.....	64

4. La qualificazione del rapporto di lavoro subordinato tra metodo sussuntivo e metodo tipologico.....	68
5. Scriminante fra lavoro subordinato ed associazione in partecipazione: il pragmatismo giurisprudenziale.....	74
6. (segue): presunzione di subordinazione e sanzione della conversione del rapporto in vincolo di dipendenza: quale fondamento giuridico per tale giurisprudenza?.....	79

Capitolo III

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: i recenti interventi del legislatore

1. L'intervento del D.Lgs. 276/2003: intento del legislatore.....	86
2. I "nuovi" requisiti richiesti dal D.Lgs. 276.....	89
2.1. (segue): a) la "effettiva partecipazione".....	90
2.2. (segue): b) le "adeguate erogazioni".....	93
3. La presunzione (relativa) di subordinazione.....	98
4. Lo strumento della certificazione.....	108
4.1. Esame critico della casistica registrata nella Regione.....	113
5. La tutela previdenziale dell'associato in partecipazione: <i>ratio</i> e valutazioni critiche.....	115
6. Gli ultimi interventi del legislatore	123
Osservazioni conclusive.....	126
Bibliografia.....	129

Capitolo I

Le forme di lavoro associato nel diritto del lavoro

SOMMARIO: 1. Le origini storiche dei rapporti associativi – 2. La definizione di rapporti associativi di lavoro – 2.1. Il lavoro associato *stricto sensu* – 2.2. Il lavoro associato *lato sensu* – 3. Panoramica delle forme di lavoro associato in senso allargato – 3.1. I rapporti associativi in agricoltura – 3.2. L'impresa familiare – 3.3. Il lavoro del socio di cooperativa – 3.4. L'associazione in partecipazione – 4. La prestazione di lavoro del socio nelle società – 4.1. (segue): a) nelle società di persone – 4.2. (segue): b) nelle società di capitali – 5. La nozione allargata di rapporti associativi nel diritto del lavoro: profili comuni e tratti distintivi

1. Le origini storiche dei rapporti associativi

I rapporti associativi nel senso moderno del termine hanno origini risalenti molto indietro nel tempo e collocabili a quell'epoca preindustriale del secolo XIX che oggi pare quasi dimenticata (ma, a dire il vero, sembra che forme embrionali potessero rinvenirsi già nel diritto romano¹).

Ciò non deve stupire lo studioso contemporaneo, essendo noto che molti istituti giuridici trovano una loro origine storica nelle esigenze già avvertite in passato e talora in epoca remota². Deve, inoltre, indurlo ad una riflessione sull'attuale

¹ Nel diritto romano il lavoro manuale era affidato esclusivamente agli schiavi (ed il contratto era concepito e costruito come locazione), mentre per le opere liberali non vi era un obbligo giuridico di compenso ma solo una consuetudine di *honoraria munera*. Tuttavia è stato rintracciato qualche accenno all'industria come oggetto di altri contratti, che potrebbero avvicinarsi all'attuale concetto di società: F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 221,

² Famoso è l'esempio della specificazione quale modo di acquisto della proprietà di chi ha utilizzato una materia altrui per formare una nuova cosa, in cui l'inciso espresso dall'art. 940 c.c. "*possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma*" non si comprenderebbe ove si ignorasse che il diritto giustiniano lasciava la possibilità di evitare l'acquisto della proprietà per specificazione ove la materia originaria avesse potuto essere ancora separabile dal nuovo bene: M. MAGGIOLIO,

assetto normativo e, probabilmente, può consentirgli di trovare risposta al perché il legislatore si sia occupato così poco del fenomeno in oggetto e sul perché non sia intervenuto con risposte adeguate, oggi avvertite profondamente (ma ieri, si ritiene, evidentemente no).

Questo brevissimo *excursus* storico, quindi, non vuole avere solamente una finalità descrittivo-culturale (che pure ha), bensì tentare di fornire una prima possibile spiegazione sulle ragioni per cui il fenomeno associativo è stato spesso trascurato dal legislatore e dagli studiosi.

Storicamente, la nascita del movimento cooperativo viene individuata³ nell'anno 1844, a Rochdale, in Gran Bretagna, dove *“la natura umana deve essere stata differente che altrove”* e dove esisteva *“una razza particolare di lavoratori che, meglio di ogni altra raccolta di operai della Gran Bretagna, ha imparato alla perfezione ad attuare il metodo dell'associazione per svolgere insieme un lavoro comune. A Rochdale [...] essi hanno preso in mano i loro affari e ciò che è più significativo li hanno conservati nelle loro mani”*⁴. Il contesto ci rimanda ad una realtà molto diversa da quella italiana: la Gran Bretagna, infatti, conosceva all'epoca un processo di industrializzazione – e conseguente mutamento della realtà economico-sociale – caratterizzato dalla scoperta di nuove fonti di energia, di crescita demografica, di meccanizzazione del lavoro.

In Italia, invece, il secolo XIX era contraddistinto ancora dalla prevalenza assoluta del lavoro agricolo e, in ambito industriale, da un lavoro ancora scarsamente meccanizzato: bisognerà attendere la grande guerra perché, anche nella

Specificazione, in G. CIAN e A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, 917.

³ I. BIANCO, *Il movimento cooperativo italiano. Storia e ruolo nell'economia nazionale*, Milano, 1975, 89; M. DEGL'INNOCENTI, *Storia della cooperazione in Italia, 1886-1925*, Roma, 1977, 125.

⁴ G.J. HOLYOAKE, *Storia dei probi pionieri di Rochdale*, Roma, 1955, 43.

nostra penisola, prendano forma e corpo quei processi di industrializzazione e meccanizzazione che porteranno al cambiamento dell'assetto economico e produttivo oltre che del lavoro⁵. Non stupisca, quindi, che il primo movimento cooperativo italiano sia nato nel 1854 quando la Società degli operai di Torino, per arrestare gli effetti di una grave carestia agricola e di un enorme rincaro dei prezzi, decise di aprire un "magazzino di previdenza"⁶.

Non stupisca, per contro, che le prime forme di lavoro associato a svilupparsi in Italia siano stati i rapporti compartecipativi in agricoltura, di cui è utile accennare (meglio se ne dirà nel prosieguo), proprio per comprendere la natura di tale forma di lavoro.

L'idea dei rapporti associativi in agricoltura è nata dall'esigenza di unire i due fattori necessari alla produzione agricola: il lavoro e il capitale agricolo. Le forme sorte da questa combinazione sono state davvero varie⁷, ma distinguibili in tre sottotipi: 1) chi possedeva, a qualunque titolo, l'*uti fruti* della terra, restava titolare esclusivo dell'azienda, ma s'impegnava a dare una quota dei frutti al lavoratore; 2) il diritto di godimento della terra veniva ceduto al lavoratore, che era obbligato a corrispondere parte dei frutti al proprietario; 3) colui che possedeva l'*uti fruti* della terra ed il lavoratore mettevano in comune i loro beni, dividendo poi i frutti in una determinata proporzione.

⁵ A. GIBELLI, *L'officina della guerra. La grande guerra e la trasformazione del mondo mentale*, Torino, 1998, 155.

⁶ N. BRIGANTI, *Le origini della cooperazione in Italia (1854-1886)*, in F. FABBRI (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia 1854-1975*, Milano, 1979, 258.

⁷ Mezzadria, compartecipazione collettiva, colonia, partitanza, soccida semplice, soccida a metà e tutte le diverse sottospecie e deviazioni che questi contratti possono avere, ci ricorda N. GIUDICEANDREA, *Struttura e natura giuridica dei rapporti di compartecipazione in agricoltura*, Roma, 1938, 12.

I rapporti associativi in agricoltura sono restati, quanto meno fino all'epoca fascista, le forme di lavoro associato assolutamente dominanti⁸, poiché, come si è detto, l'economia del tempo di basava ancora sulla preponderanza dell'agricoltura rispetto all'industria.

Sono nate, nel contempo, altre forme di rapporti a struttura associativa rimaste, tuttavia, sempre marginali, perché concernenti attività che ancora non costituivano il fulcro dell'economia. Non v'era allora una forte esigenza di regolamentazione delle singole figure, né i tempi erano maturi per una tutela dell'attività del lavoratore centrale rispetto al sistema produttivo. Si trovavano, in tale contesto, nuove figure (nemmeno sempre riconosciute nella loro autonomia) con una loro scarsa fonte nei codici civile e commerciale: il conferimento d'industria nelle società civili (artt. 1697/8 cod. civ.) e nelle società commerciali (artt. 88 n. 4 e 89 n. 5 cod. comm.), ovvero il conferimento da parte di un socio del proprio lavoro anziché di beni materiali⁹; le prime società cooperative (artt. 219-228 cod. comm.)¹⁰, l'associazione in partecipazione (art. 233 cod. comm.)¹¹.

Tali figure di rapporti associativi sono state poco studiate e, soprattutto, poco utilizzate; sicuramente, però, sono state del tutto ignorate dagli studiosi del diritto del lavoro¹², i quali, fino a tutta l'epoca fascista, “*sembra non si siano neppure accorti che il lavoro potesse essere oggetto anche di rapporti a struttura associativa*”¹³. Sarà proprio alla fine degli anni '30

⁸ Tanto che, si diceva, sono gli unici rapporti a base associativa studiati veramente a fondo: M. SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, Roma, 1939, 251.

⁹ U. MANARA, *Società*, Torino, 1902.

¹⁰ G. BONFANTE, *La legislazione cooperativistica*, in G. SAPELLI (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia*, Torino, 1981.

¹¹ A. DE GREGORIO, *Delle società*, Torino, 1938.

¹² M. SAVINO, *op. cit.*, 205.

¹³ M. SAVINO, *op. cit.*, 8.

che alcuni precursori si diranno “*invece profondamente convinti che lo studio dei rapporti di lavoro a struttura associativa abbia importanza ed interessi relevantissimi e dal punto di vista pratico e, più ancora, dal punto di vista scientifico*”¹⁴.

La legislazione dell'attuale codice civile, quindi, si è sviluppata in un contesto economico dominato ancora dal lavoro agricolo, dove il processo di industrializzazione era ancora poco sviluppato e lontano dal suo *boom*, dove le voci di quei giuristi precursori erano ancora troppo fioche per essere ascoltate. Il codice civile del 1942 ripropone una regolamentazione non dissimile da quella del precedente codice: in tema di società, di cooperative, di associazione in partecipazione troviamo poche e a volte solo accennate norme, che, per lo più, nulla dicono in merito alla disciplina dell'attività lavorativa.

Il rapidissimo sviluppo economico che ha seguito la fine della seconda guerra mondiale ha reso la normativa codicistica ben presto inattuale, se è vero che negli anni '60 il lavoro associato, così com'era, corrispondeva ad un tipo di civiltà di cui era in atto un processo di definitivo superamento¹⁵ e non più alla logica del tempo, soggetta alla

¹⁴ M. SAVINO, *op. cit.*, 8; l'Autore afferma che prima di lui “*l'unico giurista che aveva avuto, e da parecchio tempo, il merito di un'acuta analisi dei rapporti di lavoro a carattere associativo, il BARASSI, (Il contratto di lavoro, Milano, 1915; I) recentemente (Il diritto del lavoro, Milano, 1936, II) disilluso forse dalle cattive prove in Italia e all'estero dell'azionariato operaio e dagli scarsi risultati della legge francese del 26 aprile 1917, ha rinnegato l'importanza pratica dei rapporti associativi di lavoro ed ha scritto: Aggiungiamo che oggi, con la organizzazione sindacale e corporativa fascista, non c'è più bisogno e questa è la certezza di tutti questi pannicelli caldi per attutire e eliminare la lotta di classe*”.

¹⁵ U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 87.

cosiddetta tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato¹⁶.

Di fronte a questa situazione le strade percorse sono state differenti e variegate: in alcuni casi i rapporti associativi sono stati ritenuti superati e quindi totalmente eliminati (così è avvenuto, in maniera tendenzialmente omogenea, per le compartecipazioni in agricoltura), a volte il legislatore è intervenuto in senso totalmente innovativo (si pensi all'introduzione dell'impresa familiare) o modificativo (la disciplina del socio lavoratore di cooperativa), altre ancora ha lasciato invariata la (seppur insufficiente) disciplina codicistica esistente (così è avvenuto per l'associazione in partecipazione, della cui inadeguatezza di disciplina si tratterà ampiamente *infra*).

2. La definizione di rapporti associativi di lavoro

Allorché il giuslavorista si accosti allo studio dei rapporti associativi, il primo problema che si trova a dover affrontare è quello concernente la definizione stessa di "rapporti associativi". Ancor prima di cogliere differenze e ambiti di applicazione, infatti, ci si deve domandare che cosa siano e quali siano i rapporti di lavoro associato: la domanda diventa problema perché la dottrina ha assunto posizioni diverse (a tratti radicalmente diverse), che non hanno ancora portato ad una ricostruzione unitaria. Al contrario, piuttosto, differenti sistemazioni che sono state date alla figura in esame, hanno condotto a risultati addirittura contraddittori, sì che alcune singole fattispecie risultano a volte ricomprese a volte escluse dalla nozione stessa di lavoro associato.

¹⁶ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 165.

Le prime ricostruzioni del lavoro associato, nate dall'idea che una prestazione lavorativa potesse derivare da un rapporto diverso da quello propriamente definito di lavoro (e quindi, da un rapporto di scambio), hanno fatto leva sulla finalità di tali rapporti: s'è quindi sostenuto che il tratto caratterizzante il lavoro associato fosse la destinazione della forza lavoro verso un fine comune¹⁷. La definizione è stata criticata per la genericità di formulazione¹⁸ ed in effetti il rischio di un tale orientamento è quello di creare una figura onnicomprensiva, definibile solo in via residuale e non in via autonoma, atta ad accogliere qualunque tipo di rapporto che non sia di scambio (e quindi, essenzialmente, che non sia né di lavoro subordinato, né di società).

Più di recente, la dottrina ha cercato di definire i rapporti in questione facendo leva sul profilo causale: sarebbero di lavoro associato quei rapporti di lavoro in cui il prestatore non pone la propria attività a disposizione di un soggetto che la utilizza per fini esclusivamente propri, bensì in vista di uno scopo che è anche il suo¹⁹. In altre parole la causa non si potrebbe esaurire in un mero scambio di prestazioni, in cui le parti assumono posizioni conflittuali ed antitetiche, bensì sarebbe contraddistinta dal medesimo interesse delle parti. In tal senso, quindi, non si potrebbe parlare di scambio e di sinallagmaticità delle prestazioni, bensì di associazione.

¹⁷ M. SAVINO, *op. cit.*, 23 ss; M. SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, in U. BORSI e F. PERGOLESI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, I, 2^a ed., Padova, 1955, 319; A. GRECHI, *Il lavoro nei rapporti associativi*, in U. BORSI e F. PERGOLESI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, I, 3^a ed., Padova, 1960, 444.

¹⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1983, 92.

¹⁹ T. TREU, *Onerosità e corrispettività del rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 36; M. BIAGI, voce *Lavoro associato – Cooperazione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, 194; M. BIAGI, voce *Lavoro (rapporti associativi di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Milano, 1999, 1; G. CANAVESI, *Associazioni e lavoro*, Milano, 2003, 4.

Se la ricostruzione che fa leva sul piano causale può essere condivisa, è altrettanto vero che sotto il profilo meramente pratico essa non ha condotto a risultati troppo diversi da quelli raggiunti dalle teorie che puntavano l'attenzione sulla destinazione dell'attività lavorativa. Resta, infatti, sempre preminente la tendenza della dottrina a delimitare l'ambito definitivo dei lavori associati ponendo da un lato i contratti di società (caratterizzati da un conferimento di lavoro e dalla contitolarità, codirezione e assunzione dei rischi d'impresa dei soci), dall'altro i contratti di lavoro, subordinato o autonomo che sia (che realizzano sempre una causa di scambio tra prestazioni corrispettive, costituite dal lavoro e dal relativo compenso)²⁰.

In ogni caso, poi, la trattazione scientifica della problematica dell'inquadramento generale dei rapporti associativi, oltre ad avere suscitato poco interesse da parte della dottrina²¹, non è comunque stata in grado di condurre ad una *reductio ad unum* la ricostruzione, poiché all'interno della stessa teoria causale si rinvennero difformità di vedute su quali siano i rapporti di lavoro definibili associativi.

2.1. Il lavoro associato *stricto sensu*

Secondo una parte, seppur minoritaria, della dottrina, sarebbero rapporti associativi solamente quelli che vengono resi da un socio in favore della società o da un associato in

²⁰ Unanime, in tal senso, è la più recente trattazione manualistica: A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, 5^a ed., Padova, 2005, 35; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, 6^a ed., Torino, 2006, 36; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, 16^a ed., Bari, 2006, 57.

²¹ M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 1.

favore dell'associazione²², naturalmente in virtù del solo vincolo associativo e quindi in mancanza di qualsivoglia altro legame contrattuale.

Sarebbero pertanto rapporti di lavoro associato in senso stretto solamente quello prestato dal socio d'opera, dal socio di cooperativa (prima della L. n. 142 del 2001) e l'attività personale degli associati nell'associazione, riconosciuta o non. Secondo questa corrente, quindi tutti quei rapporti tradizionalmente definiti associativi, come l'associazione in partecipazione, i rapporti compartecipativi in agricoltura o l'impresa familiare esorbiterebbero da questa nozione, essendo dotati di una propria e specifica disciplina²³.

La tesi presenta l'indubbio pregio di permettere una ricostruzione unitaria ben definita, ovvero di cogliere caratteri comuni alle fattispecie e quindi connotare i contorni dei rapporti di lavoro associativi²⁴, piuttosto che di fornire una nozione solo residuale rispetto ad altre forme di lavoro. Secondo tale dottrina gli elementi qualificanti dovrebbero rinvenirsi nella presenza di un rischio d'impresa dell'associato (o quanto meno in una ripartizione dell'alea) e nelle modalità del compenso, a cui sarebbe inapplicabile il disposto dell'art. 36 Cost. e che non potrebbe escludere la partecipazione alle perdite²⁵.

La ricostruzione è suggestiva, ma presta il fianco ad alcune critiche ed incontra grossi limiti.

²² M. BIAGI, *Lavoro associato – cooperazione*, cit., 196; M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 2; G. CANAVESI, *op. cit.*

²³ Secondo M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 2,, tali rapporti sarebbero in realtà riconducibili al lavoro subordinato, oppure si troverebbero ai margini del lavoro in forma associata, sarebbero associativi solo in senso lato.

²⁴ Così fa M. BIAGI, *op. cit.*, come si illustrerà dettagliatamente in seguito.

²⁵ M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 2; M. BIAGI, *Lavoro associato – Cooperazione*, cit., 195.

Innanzitutto gli elementi qualificanti subiscono, di fatto, sempre un confronto con quelli previsti per altre forme di lavoro ed in particolare per il contratto di lavoro subordinato, sicché, potremmo dire, non viene del tutto espunta la tendenza ad una definizione data in via residuale; ad esempio, il compenso spettante all'associato viene caratterizzato dal rifiuto di coinvolgere il disposto dell'art. 36 Cost. che, invece, caratterizza il lavoro di tipo subordinato. Inoltre, non si vede per quale ragione tali caratteristiche non potrebbero essere applicabili e applicate anche a quei rapporti *lato sensu* associativi che siano dotati di una specifica disciplina. In altre parole, il solo fatto di essere autonomamente disciplinati da norme positive dell'ordinamento non costituirebbe *ex se* una ragione sufficiente ad escludere tali tipologie dal novero dei rapporti associativi e, soprattutto, dalla presenza degli elementi assunti a caratteristica essenziale²⁶.

Aggiungerei che aderendo a tale tesi il lavoro associato presenta un campo di applicazione piuttosto ristretto, dovendosi limitare a poche e ristrette fattispecie. La prestazione del socio di cooperativa, infatti (figura largamente presente ed utilizzata), dovrebbe ritenersi ormai esorbitare dalla nozione di lavoro associato *stricto sensu*, dal momento che attualmente è caratterizzata da una disciplina positiva sua propria (LL. 142/2001 e 30/2003 che, oltretutto, si occupano specificamente della disciplina del rapporto di lavoro, come si vedrà successivamente). Lo stesso dicasi per figure che, analogamente, sono state nel tempo disciplinate dal legislatore, come il lavoro gratuito dei volontari (L. 11 agosto 1991 n. 266) o nelle associazioni di promozione sociale

²⁶ Infatti, le normative specifiche previste dal legislatore per le forme di lavoro che la nozione restrittiva tende ad escludere dal lavoro associato sono caratterizzate, comunque, dalla presenza di questi elementi: si rimanda alla panoramica sui singoli rapporti svolta al § 3.

(L. 7 dicembre 2000, n. 383), che, aderendo a questa impostazione, resterebbero necessariamente fuori dall'ambito del lavoro associato. Rimarrebbe pertanto irrisolto il problema della collocazione di tutte le fattispecie appena citate, oltre che di tutte quelle definite associative in senso lato, considerato, per di più, che la maggior parte di esse prevede la testuale esclusione della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo (ad esempio, il lavoro nelle associazioni di promozione sociale o nell'impresa familiare).

2.2. Il lavoro associato *lato sensu*

La dottrina di gran lunga maggioritaria assume una nozione di rapporti di lavoro associativi che si potrebbe definire allargata²⁷. Questa corrente si disinteressa totalmente di conoscere se un rapporto di lavoro abbia una propria specifica disciplina oppure no ma, indipendentemente da questo dato, considera associativi tutti quei rapporti che si fondano sull'interesse comune al buon andamento di un'attività economica, da cui dipende la soddisfazione di ciascun associato, nonostante la mancanza di contitolarità dell'attività²⁸: vi include, pertanto, oltre ai rapporti dei soci o degli associati di cui s'è detto sopra, le partecipazioni in

²⁷ In realtà non si tratta di una definizione che i fautori di questa visione si sono dati autonomamente: essa, invece, è attribuibile ai sostenitori della tesi restrittiva, secondo i quali coloro che adottano una nozione più ampia rispetto a quella da essi sostenuta avrebbero una visione dei rapporti associativi "in senso assai lato": M. BIAGI, *Lavoro associato – Cooperazione*, cit., 196.

²⁸ Fra i tanti si vedano M. SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, cit.; A. GRECHI, *op. cit.*; F. BANO, *Lavoro e rapporti associativi*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Lavoro autonomo*, IV, 2004, Torino; A. LASSANDARI e M. GARATTONI, *Lavoro e associazione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario di diritto del lavoro, II*, Torino, 2007, 84.

agricoltura, l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, l'impresa familiare, il lavoro del socio di cooperativa.

Tale tesi è talmente dominante da essere data quasi per scontata, tanto che la stessa giurisprudenza mai s'è nemmeno interrogata su quali debbano o possano essere i rapporti di lavoro associativi, quindi non si è mai espressa su una definizione univocamente data e delimitata di rapporti di lavoro associato. Dunque i giudici che si sono occupati dei rapporti qui definiti associativi in senso lato, li hanno sempre pacificamente e semplicemente indicati come associativi, con ciò dimostrando di aver pienamente aderito alla corrente di pensiero qui esaminata²⁹.

Il lavoro associato *lato sensu* inteso ha il merito di fornire una collocazione certa ad una serie di rapporti che altrimenti sarebbero difficilmente inquadrabili, o meglio di far sì che il giuslavorista possa studiare rapporti in cui viene in considerazione una prestazione di lavoro, ancorché non deducibile in un contratto di lavoro propriamente inteso (di lavoro subordinato, autonomo o c.d. parasubordinato). Infatti, ove la nozione fosse intesa in senso restrittivo, alcuni rapporti, quali ad esempio l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, resterebbero al di fuori dalla nozione di lavoro associato ma, non essendo comunque qualificabili di lavoro subordinato o autonomo che sia, esorbiterebbero da tutta l'area di studio del diritto del lavoro, con la conseguenza finale di non poterli considerare nel panorama complessivo dei rapporti di lavoro (mentre, soprattutto di alcune figure, si ha un uso frequente e diffuso, qual è il caso, ad esempio, del

²⁹ Ad esempio, secondo la giurisprudenza sono associativi l'impresa familiare: Cass. 2 febbraio 1991, n. 1053, in *Mass. Giur. It.*, 1999; l'associazione in partecipazione: Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, in *Not. Giur. Lav.*, 1999; i rapporti in agricoltura: Cass. S.U. 22 febbraio 1994, n. 1682, in *Riv. Dir. Agr.*, 1994, II, 275.

socio lavoratore di cooperativa o dell'associato in partecipazione). Questo aspetto rappresenta il naturale risvolto delle (opposte) critiche sopra svolte riguardo al lavoro associato *stricto sensu*.

Nonostante la diffusione, la corrente dottrinale qui esaminata non è esente da valutazioni in senso critico. La principale consiste probabilmente nella constatazione della difficoltà di rinvenire caratteristiche comuni a rapporti che presentano profili e tratti molto diversi tra loro, correndo così il rischio di qualificare “associativi” taluni rapporti sol perché non altrimenti definibili, facendo, in sostanza, del loro insieme un *tertium genus* onnicomprensivo (tra contratto di lavoro, subordinato o autonomo, da un lato, e contratto di società, dall'altro).

La dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza camminano in questa direzione: la tendenza percorsa è quella, infatti, di porre limiti qualificatori tra rapporti associativi e lavoro subordinato³⁰. L'atteggiamento è motivato essenzialmente dall'esigenza di evitare un uso dei rapporti associativi in senso fraudolento, per mascherare cioè prestazioni di lavoro che in realtà sarebbero di lavoro subordinato evitando così di applicarne la disciplina, molto più rigida, per esso prevista dal legislatore³¹. Inoltre è stato rilevato che tra lavoro associato e subordinato vi sarebbero alcuni profili di similitudine, poiché i rapporti associativi, anche se non presentano carattere di

³⁰ Sull'attività compartecipativa in agricoltura, oggi praticamente scomparsa, la giurisprudenza si pronuncia ancora così: “il rapporto di scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione costituisce uno degli elementi costitutivi del contratto di lavoro subordinato come delineato dall'art. 2094 c.c., valendo a distinguerlo, tra l'altro... dai rapporti di tipo associativo”: Cass. 20 marzo 2001, n. 3975, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

³¹ Fra le molte pronunce della giurisprudenza di legittimità, si vedano nel tempo Cass. 10 giugno 2005, n. 12261, in *Guida Dir.*, 2005, 27, 67; Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in *Guida Dir.*, 2004, 45, 42; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1188, in *Dir. Prat. Lav.*, 2000, 1759; Cass. 9 novembre 1992, n. 12052, in *Dir. Lav.*, 1993, II, 150.

scambio come la subordinazione, sarebbero caratterizzati da una sorta di condizione di sottoprotezione economico-sociale di uno dei contraenti rispetto all'altro, dotato di un potere di imporre decisioni³².

Nonostante questo (appena accennato) profilo critico – la cui trattazione sarà approfondita nel prosieguo – occorre però riconoscere che la tesi allargata dei rapporti associativi meglio risponde alle esigenze sistematiche e ricostruttive, permettendo, come già evidenziato, di attrarre nel diritto del lavoro lo studio e la ricerca di rapporti in cui è deducibile una prestazione di lavoro di non banale rilievo, tra cui anche l'associazione in partecipazione, oggetto principale della presente ricerca. È ben vero, per contro, che l'adesione a tale ricostruzione non deve impedire di ricercare elementi comuni e specifici dei rapporti associativi, anche oltre le loro differenziazioni rispetto ad altre tipologie ed in particolare rispetto al rapporto di lavoro subordinato.

Con questa intenzione (di ricerca cioè degli elementi caratteristici comuni), ci accingiamo a fornire una seppur breve panoramica dei rapporti associativi *lato sensu* intesi, per poi concentrarci un poco più nel dettaglio su quei rapporti che possono dirsi strettamente associativi.

3. Panoramica delle forme di lavoro associato in senso allargato

3.1. I rapporti associativi in agricoltura

I contratti agrari, previsti dagli artt. 2141-2187 c.c. godettero del *favor* del regime fascista in quanto rispondenti all'ideologia corporativa di solidarietà e cooperazione fra le

³² F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op cit.*, 36.

categorie produttive³³. Nell'immediato dopoguerra vi fu una netta inversione di tendenza, corroborata dalle modifiche del sistema economico-sociale che privilegiava le ragioni dell'attività di impresa rispetto a quelle della proprietà³⁴.

Con la L. 15 settembre 1964 n. 756 fu disposto il divieto di stipulare per il futuro contratti agrari (in particolare, di mezzadria) ma, nonostante il divieto imposto, continuarono a sorgere di nuovi. La riforma dei contratti agrari ha così trovato ulteriore e definita disciplina con la L. 3 maggio 1982 n. 203 che, confermando l'ostilità del legislatore verso i contratti associativi tradizionali, ha vietato la stipulazione di nuovi contratti ed introdotto tre tecniche di riforma: la riconduzione alle norme dell'affitto di tutti i contratti agrari stipulati dopo l'entrata in vigore della legge stessa, la tecnica di trasformazione unilaterale o di trasformazione consensuale (sempre in contratti d'affitto)³⁵. Sostanzialmente, quindi, oggi non esiste spazio per i contratti di associazione in agricoltura, convertiti praticamente *in toto* in contratti d'affitto, restando in vita soltanto qualche singolo e sporadico caso.

Il loro interesse, quindi, è decisamente più storico-dogmatico che pratico, in quanto trattasi tradizionalmente di contratti associativi per eccellenza.

Le principali tipologie sono costituite dalla mezzadria (artt. 2141 ss. c.c.), con cui *“il concedente e il mezzadro, in proprio e quale capo di una famiglia colonica, si associano per la coltivazione di un podere per l'esercizio delle attività connesse al fine di dividerne a metà i prodotti e gli utili”* o nella diversa misura eventualmente stabilita. Si tratta di un tipico

³³ L. COSTATO *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, 326.

³⁴ F. PROSPERI, *I contratti agrari associativi e le loro nuove “forme”*, Napoli, 1988, 86.

³⁵ L. FRANCARIO, C.A. GRAZIANI e P. RECCHI, *La riforma dei contratti agrari*, Napoli, 1982, 212.

contratto associativo, in quanto caratterizzato da una comunione di godimento dei beni conferiti dalle parti, da una gestione comune con parità di poteri e dalla comproprietà dei frutti³⁶; non ne nascerebbe, invece, né un contratto di società (essendo il vincolo solo obbligatorio fra le parti ma irrilevante rispetto ai terzi e quindi non idoneo a costituire un patrimonio giuridico distinto³⁷) né un rapporto di lavoro in quanto concedente e concessionario sarebbero in posizione di parità³⁸.

Nella colonia parziaria (artt. 2164 ss. c.c.) *“il concedente ed uno o più coloni si associano per la coltivazione di un fondo e per l'esercizio delle attività connesse, al fine di dividerne i prodotti e gli utili”*. Anch'esso a struttura associativa, ha in comune con la mezzadria altresì la direzione dell'impresa con la collaborazione del concessionario e la consegna del fondo da parte del concedente al concessionario il quale, a sua volta, ha l'obbligo di custodirlo e mantenerlo in stato di produttività³⁹. A differenza della precedente figura, però, non sono presenti gli elementi del fondo appoderato e del conferimento del lavoro da parte della famiglia colonica⁴⁰.

Con la soccida (artt. 2170 ss. c.c.) *“il soccidante e il soccidario si associano per l'allevamento e lo sfruttamento di una certa quantità di bestiame e per l'esercizio delle attività connesse, al fine di ripartire l'accrescimento del bestiame e gli altri prodotti e utili che ne derivano”*. Rispetto alle altre tipologie, variano quindi l'oggetto (il bestiame per la soccida, il fondo rustico per le altre fattispecie) e il tipo di attività (allevamento e sfruttamento del bestiame piuttosto che

³⁶ A. CARROZZA, *Mezzadria*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 197.

³⁷ Cass. 26 agosto 1982, n. 4722, in *Dir. Fall.* 1982, II, 1330.

³⁸ A. CARROZZA, *op. cit.*, 201.

³⁹ E. BASSANELLI, *Colonia parziaria*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 500.

⁴⁰ G. GALLONI, *Lezioni sul diritto dell'impresa agricola e dell'ambiente*, Napoli, 1999, 408.

coltivazione di un podere o di un fondo)⁴¹. Inoltre la L. 230/1982, nel vietare espressamente la stipulazione di nuove mezzadrie e colonie, ha consentito invece nuove soccide.

La soccida resterebbe, quindi, tipologia a sé stante, distinta dal contratto di lavoro (perché mancante della subordinazione ed implicante un rischio d'impresa), dal contratto di società (che implica conferimenti ed esercizio in comune di attività economica)⁴² nonché dal contratto d'affitto, qualificabile non come contratto associativo ma di scambio⁴³.

3.2. L'impresa familiare

La disciplina sull'impresa familiare è contenuta nell'art. 230 *bis* del codice civile, introdotto con la L. 19 maggio 1975 n. 151 di riforma del diritto di famiglia: in effetti, la fattispecie in esame è per lo più collocata nello studio del diritto di famiglia, dato che è stata creata con finalità di protezione del lavoro familiare, che spesso rimaneva senza protezione.

A dire il vero, quindi, contrariamente alle altre forme di lavoro associato, l'impresa familiare non è una fattispecie negoziale, quanto piuttosto una tutela che l'ordinamento accorda ad una situazione di fatto⁴⁴. Tuttavia essa presenta aspetti di rilevante interesse anche per il diritto del lavoro, poiché si occupa del lavoro svolto all'interno di un'impresa, seppure in una modalità singolare⁴⁵.

⁴¹ C. CATTANEO, *I contratti agrari associativi*, in N. IRTI (a cura di), *Manuale di diritto agrario italiano*, Torino, 1978, 349.

⁴² A. PALERMO, *Soccida (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970, 473.

⁴³ Cass. 29 ottobre 1985, n. 5316, in *Giur. Agr. It.*, 1987, 225.

⁴⁴ Tanto che la giurisprudenza riconduce la comunione tacita familiare all'impresa familiare in un rapporto di *species a genus*: Cass. 16 febbraio 1989, n. 921, in *Foro It.*, 1989, I, 1488.

⁴⁵ G. GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, 1361.

I primi commentatori ricondussero l'impresa familiare, di volta in volta, ad una società *ex lege*⁴⁶, ad un'impresa collettiva non societaria⁴⁷ o ancora ad un rapporto associativo, cui applicare analogicamente la disciplina societaria⁴⁸. Tale posizione trovò conferma in un parere del Consiglio di Stato, che ritenne applicabili i principi generali in tema di gestione collettiva di azienda⁴⁹ ed ottenne inoltre l'avvallo dei primi orientamenti giurisprudenziali⁵⁰.

Successivamente è prevalsa l'idea che considera l'impresa familiare una struttura associativa a rilevanza meramente interna, considerando la norma rivolta a disciplinare esclusivamente la prestazione all'interno dell'aggregato familiare, senza ripercuotersi sui rapporti esterni o sulla titolarità dell'impresa, che resta individuale: tale orientamento è quello a tutt'oggi maggioritario⁵¹, condiviso anche dalla giurisprudenza⁵².

Stante la condivisa natura associativa, è interessante notare che la figura presenta un carattere c.d. residuale o suppletivo, dato dall'iniziale clausola secondo cui la normativa si applica "*salvo che sia configurabile un diverso rapporto*", sicché l'istituto non potrà configurarsi nel caso in cui i rapporti tra i familiari siano regolati da una specifica

⁴⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Milano, 1985, 38.

⁴⁷ A. CARROZZA, *Impresa familiare e comunione tacita familiare*, in A. MAISANO (a cura di), *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1977, 132.

⁴⁸ F.D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, *Scritti Gaeta*, Milano, 1984, 1415.

⁴⁹ Cons Stato 11 febbraio 1976, in *Giur. Comm.*, 1977, I, 714.

⁵⁰ Cass. 29 febbraio 1988, n. 2122, in *Foro It.*, 1989, I, 852; Cass. 13 ottobre 1984, n. 5124, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 327.

⁵¹ L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, La Famiglia, II*, Torino, 2000, 488; L. BALESTRA, *Impresa familiare*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Padova, 2007, 945; N. COSPITE, *Impresa familiare*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, 338.

⁵² Cass. 25 luglio 1992, n. 8959, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1993, I, 408.

disciplina, come in caso di lavoro subordinato o autonomo, o di società⁵³. Inoltre, si ritiene che la disciplina dell'impresa familiare trovi applicazione con riguardo a qualsiasi tipologia d'impresa, a prescindere dall'attività produttiva svolta⁵⁴ e che la prestazione del familiare collaboratore possa consistere in qualsiasi attività – manuale, esecutiva, direttiva, gestoria, anche corredata da potere di rappresentanza -, che possa essere oggetto di lavoro subordinato⁵⁵ ma anche di lavoro autonomo⁵⁶.

L'analisi delle caratteristiche ora descritte, dovrebbe allora far propendere nel senso della possibilità di un rapporto associativo che dia origine ad una prestazione di lavoro non sovrapponibile a quella di lavoro subordinato (o autonomo che sia). In altre parole, la prestazione di lavoro quale mero fatto giuridico (poiché non derivante da un apposito contratto) dovrebbe trovare causa e fondamento nello stesso rapporto associativo d'impresa familiare⁵⁷: si potrebbe in tal modo suffragare la tesi di rapporti associativi (seppur *lato sensu* intesi) che diano origine ad una prestazione lavorativa non derivante da un vero e proprio contratto di lavoro.

La fattispecie, a differenza, di altre, non crea l'esigenza di delinearne i confini con il lavoro subordinato (poiché, come visto, lo stesso legislatore si preoccupa di stabilirne la natura suppletiva), tuttavia l'impresa familiare presenta ugualmente caratteri peculiari e distintivi. Il familiare collaboratore non

⁵³ La giurisprudenza in tal senso è pacifica e copiosa: Cass. 24 novembre 2005, n. 24700, in *Foro It.*, 2006, I, 2070; Cass. 6 agosto 2003, n. 11881, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 62; Cass. 29 novembre 1993, n. 11786, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1798.

⁵⁴ Cons. Stato 11 febbraio 1976, cit.

⁵⁵ Cass. 27 gennaio 2000, n. 901, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 154.

⁵⁶ Ad esempio di agenzia: Pret. Faenza, 26 aprile 1989, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1990, I, 236.

⁵⁷ G. OPPO, Art. 89, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario della famiglia*, III, Padova, 1992, 458; L. BALESTRA, *Impresa familiare*, cit., 2007, 946.

percepisce una retribuzione, quale controprestazione, bensì ha diritto al mantenimento, alla partecipazione agli utili e agli incrementi; è poi dotato di poteri decisionali in ordine all'impiego degli utili e degli incrementi, alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'azienda. Inoltre, si ritiene che la normativa prevista per il lavoro subordinato sia applicabile solo ove compatibile: l'autorità giudiziaria competente per le relative controversie è il giudice del lavoro ma in base al disposto di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.⁵⁸, la normativa sostanziale prevista dallo Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300) e in materia di licenziamenti individuali (L. 15 luglio 1966, n. 604) sarebbe incompatibile⁵⁹, mentre si potrebbe applicare la disciplina sulle rinunce e transazioni del lavoratore di cui all'art. 2113 c.c.⁶⁰. Infine, si fa notare che, a seguito di decisione della Corte Costituzionale⁶¹ i familiari che partecipano all'impresa familiare sono ricompresi fra le persone soggette all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (senza che ciò possa considerarsi, a dire il vero, di rilievo, dal momento che l'assicurazione Inail si applica a chi svolge attività pericolosa, a prescindere dalla natura di essa – autonoma, subordinata o associata – e dall'eventuale rapporto cui è riconducibile).

3.3. Il lavoro del socio di cooperativa

Senza volere né potere affrontare nei dettagli la questione (assai complessa) del rapporto di lavoro del socio di

⁵⁸ Cass. 26 agosto 1997, n. 8033, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1521; G. GHEZZI, *op. cit.*, 1395.

⁵⁹ L. BALESTRA, *Impresa familiare, cit.*, 2007, 965.

⁶⁰ N. FLORIO, *Famiglia e impresa familiare*, Bologna, 1977, 133.

⁶¹ Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 476, in *Resp. Civ. Prev.*, 1988, 166.

cooperativa (ché il tema, di per sé solo, si presterebbe ad uno studio autonomo), cercheremo qui di seguito di tratteggiarne alcuni profili essenziali in relazione a quanto qui interessa, cioè il tema del lavoro associato.

Il fenomeno cooperativo nacque con la duplice finalità di offrire ai soci migliori condizioni rispetto a quelle imposte dal libero mercato e di promuovere riscatto e solidarietà sociale⁶². Nonostante il riconoscimento perfino costituzionale della “funzione sociale” delle imprese cooperative (art. 46 Cost.), l'unica definizione di mutualità è contenuta nella relazione al codice civile, il quale stabilisce al n. 1025 che le società cooperative si distinguono dalle altre società per il perseguimento di uno “*scopo prevalentemente mutualistico, consistente nel fornire beni e servizi ed occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato, mentre lo scopo delle imprese sociali in senso proprio è il conseguimento e il riparto di utili patrimoniali*”.

La posizione del socio lavoratore di cooperativa è sempre stata al centro di un vivace dibattito in merito alla sua qualificazione giuridica.

La chiave interpretativa “classica” qualificava il lavoro del socio come adempimento del contratto sociale⁶³, con la conseguenza di ritenere inapplicabile la normativa dettata a tutela del lavoro subordinato e di qualificare la prestazione in termini di conferimento *ex artt.* 2516, 2527, comma 1, (ora artt. 2519 e 2533 c.c.) e 2286 c.c., al pari del lavoro del socio

⁶² U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 67.

⁶³ R. VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Padova, 1958, 271; C. VENDITTI, *Rapporto di lavoro subordinato tra socio e società e corresponsione degli assegni familiari*, in *Dir. Lav.*, I, 1975, 349; A. VALLEBONA, *Il lavoro in cooperativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, 291.

di società semplice⁶⁴, di cui si dirà a breve. Il primo a sollevare obiezioni a tale lettura fu Romagnoli, il quale osservò che la disciplina applicabile alle società cooperative era modellato sullo stampo di, ovvero mutuata da, quella delle società di capitali in cui “*il conferimento di lavoro è sicuramente inammissibile*”: secondo l'Autore l'ostacolo andava “*superato o ricorrendo alla figura delle prestazioni accessorie (art. 2345, richiamato dall'art. 2516) o negando che la cooperativa avesse natura societaria*”⁶⁵.

S'è così sviluppata la tesi delle prestazioni accessorie, basata sull'art. 2345 c.c. che, al pari della precedente, escludeva l'ammissibilità di un rapporto di lavoro subordinato ulteriore rispetto a quello associativo, in quanto la prestazione accessoria avrebbe tratto origine non da un secondo negozio giuridico, bensì dal contratto di società⁶⁶.

⁶⁴ Invero A. VALLEBONA, *op. cit.*, 291, fa notare che il rinvio all'art. 2516 c.c. alle disposizioni dettate per le società per azioni vale solo in quanto compatibili con le disposizioni seguenti, che sono destinate dunque a prevalere. Tra queste v'è l'art. 2527, comma 1, che richiama espressamente la norma dell'art. 2286 sulle società semplici, in base alle quali il socio che ha conferito nella società la propria opera può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera conferita. Quindi, il socio di cooperativa potrebbe conferire la propria opera al pari del socio di società semplice.

⁶⁵ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 230.

⁶⁶ In modo più articolato L. NOGLER, *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio di cooperativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 487, che riconduce l'attività lavorativa allo schema della prestazione accessoria, se la cooperativa è a responsabilità limitata, e allo schema del conferimento, se a responsabilità illimitata.

Se anch'essa non è andata esente da critiche⁶⁷, un'altra prospettazione ha configurato la possibilità di un c.d. cumulo tra prestazione di lavoro del socio come oggetto di contratto di scambio ulteriore rispetto al rapporto associativo⁶⁸, basandosi sull'assunto che il fenomeno cooperativo fosse scomponibile, giuridicamente, in una duplicità di rapporti: da un lato quello di società, dall'altro quello di scambio (lavoro subordinato).

La giurisprudenza di legittimità ha senz'altro mostrato di sostenere la natura associativa del rapporto⁶⁹, sostenuta anche dalla Corte Costituzionale⁷⁰, mentre la teoria del cumulo dei rapporti è rimasta del tutto minoritaria⁷¹. Alla fine degli anni '90, tuttavia, la Corte di Cassazione ha affermato che non sussisterebbe una contraddizione tra qualità di socio e prestazione di lavoro subordinato⁷² ed ha ammesso l'applicabilità dell'art. 409 n. 3 c.p.c. alle controversie tra soci lavoratori e cooperative⁷³. Nonostante questa nuova stagione

⁶⁷ Tra cui si segnala quella recente di F. CASALE, *Scambio e mutualità nelle società di cooperative*, Milano, 2005, 24, secondo il quale "quello che secondo me costituisce un argomento tranchant a favore dell'irriducibilità del rapporto di scambio alle prestazioni accessorie è la circostanza che l'art. 2345 c.c. - che, si ricorda, concerne obblighi dei soci ulteriori al conferimento, - può essere utilmente richiamato soltanto quando il rapporto mutualistico si realizza attraverso l'adempimento di un obbligo del socio di prestare alla società, vale a dire con riguardo alle cooperative di lavoro e agricole. Ciò impedisce di potervi comodamente inquadrare lo scambio mutualistico quando questo sia del tutto libero o bilateralmente dovuto ovvero quando, per converso, sia la società ad essere obbligata verso i soci ad effettuare la prestazione attuativa del rapporto mutualistico, come avviene nelle cooperative edilizie e di consumo".

⁶⁸ M. FRANZONI, *Mutualità e scambio nella società cooperativa*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, 831; M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, 77; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, IV, Bologna, 1992, 430.

⁶⁹ Cass. 20 settembre 2000, n. 12452, in *Guida Lav.*, 2000, 36; Cass. 21 marzo 1997, n. 2557, in *Società*, 1997, 1029; Cass. S.U. 28 dicembre 1989, n. 1589, in *Foro It.*, 1989, I, 2181.

⁷⁰ Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Dir. Lav.*, 1996, II, 52; Corte Cost., 2 aprile 1992, n. 155, in *Giur. It.*, 1994, I, 110.

⁷¹ Pret. Nola, 1° agosto 1996, in *Lav. Giur.*, 1997, 62; Pret. Milano, 1° febbraio 1995, in *Gius.*, 1995, 1127.

⁷² Cass. 3 marzo 1998, n. 2315, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 468.

⁷³ Cass. S.U. 30 ottobre 1998, n. 10906, in *Lav. Giur.*, 1999, 35.

giurisprudenziale, è restato tuttavia maggioritario l'orientamento prima indicato come dominante⁷⁴.

Benchè il legislatore avesse già da tempo esteso ai soci di cooperative alcune tutele previste per il lavoro subordinato⁷⁵ è con l'art. 1, comma 3, L. 142/2001 che è avvenuta la vera rivoluzione. Tale disposizione ha infatti disposto che *“il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali”*.

L'intervento ha indotto parte della dottrina a valorizzare il vincolo lavorativo⁷⁶, nonostante siano stati avanzati alcuni dubbi in merito alla costituzionalità della norma⁷⁷. La dottrina maggioritaria, tuttavia, non vi ha letto una trasposizione testuale della teoria del cumulo, in quanto, se è vero che secondo la legge la prestazione di lavoro non può più essere imputata direttamente al rapporto associativo, è ben vero che l'ulteriore rapporto di lavoro presenta tratti *“(quam minus) di marcata specialità”*⁷⁸, anche in considerazione del fatto che la

⁷⁴ Si veda di recente Cass. 21 ottobre 2003, n. 15750, in *Gius.*, 2007, 977.

⁷⁵ Assicurazione contro infortuni e invalidità (art. 2 R.D. 1422/1924 e art. 4, n. 7 e 9, D.P.R. 1124/1965); orario di lavoro (art. 2 L. 370/1934); assegni familiari (art. 1 D.P.R. 797/1955), tutela delle lavoratrici madri (art. 1 L. 1204/1971), CIG e licenziamenti collettivi (L. 236/1993), fondo di garanzia (artt. 1 e 2 D.Lgs. 80/1992), licenziamento per giustificato motivo oggettivo (per mobilità senza indennità).

⁷⁶ R. RIVERSO, *Profili processuali della legge n. 142 del 2001*, in L. MONTUSCHI e P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, 2002, 28.

⁷⁷ A. VALLEBONA, *L'incostituzionale svolgimento del lavoro in cooperativa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 813, ravvisa violazione dell'art. 45 Cost.

⁷⁸ Così G. DONDI, *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. legge Biagi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 66. In senso analogo G. CANAVESI, *op. cit.*, 100; P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, 94; C. ZOLI, *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato*

disciplina del rapporto di lavoro dipendente non si applica al socio lavoratore di cooperativa indiscriminatamente, ma solo subordinatamente ad un vaglio di compatibilità.

A breve distanza dal varo della L. 142/2001 il legislatore è tornato ad intervenire con l'art. 9 della L. 30/2003, immediatamente precettivo (in quanto, diversamente dalla quasi totalità delle altre disposizioni, privo sul punto di deleghe al governo⁷⁹), espungendo dall'art. 1, comma 3, L. 142/2001 l'espressione "e distinto", riferita allo "ulteriore rapporto di lavoro".

Si è ritenuto per lo più che la novella, anziché stravolgere il sistema precedentemente delineato, abbia voluto enfatizzare sì la duplicità dei rapporti, ma anche ribadire con forza il ruolo e la preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro⁸⁰, delineando così un quadro normativo più coerente⁸¹.

Da questi brevissimi accenni possiamo dedurre che, seppur coi tratti di specialità di cui s'è detto e nonostante profili di incertezza tuttora estremamente rilevanti⁸², il

del lavoro, Milano, 2003, 284; L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavortistici e societari*, Milano, 2005, 90; D. SIMIONATO, *Il lavoro del socio di cooperativa*, in F. CARINCI, *Commentario di diritto del lavoro*, cit., 96. Per l'analisi del nesso sussistente tra i due vincoli di veda L. MONTUSCHI, *Introduzione. Una riforma attesa*, in L. MONTUSCHI e P. TULLINI, *op. cit.*, 4; S.PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006, 122.

⁷⁹ C. ZOLI, *op. cit.*, 283.

⁸⁰ Ad esempio, nel caso venga meno il contratto associativo per esclusione del socio, dovrà estinguersi anche il contratto di lavoro ad esso collegato, senza possibilità di ricorrere all'art. 18 St. Lav.: D. GAROFALO, *Gli emendamenti alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa contenuta nel ddl 848B*, in *Lav. Giur.*, 2003, 5; G. MELIADÓ, *Nuove incertezze per il lavoro cooperativo*, in *Foro It.*, 2003, V, 194; G. SANTORO PASSARELLI, *Nuove forme di lavoro e occupazione*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, 48; C. ZOLI, *op. cit.*, 283; L. FERLUGA, *op.cit.*, 102.

⁸¹ G. DONDI, *op. cit.*, 66.

⁸² Le parti sociali avvertono tuttora l'esigenza di intervenire in materia, per avere maggiore chiarezza: da ultimo e di recente, le principali organizzazione sindacali hanno siglato un documento di proposte comuni da portare al tavolo di concertazione al fine, fra l'altro, di portare avanti un'azione efficace contro le "cooperative spurie", che "si caratterizzano per una sostanziale inosservanza della l. 142/01 sul socio lavoratore e per

legislatore abbia voluto inequivocabilmente⁸³ indirizzarsi verso la duplicità dei rapporti, associativo e di lavoro: in tal modo il rapporto di lavoro del socio di cooperativa rientra tra i rapporti associativi *lato sensu* intesi in maniera del tutto peculiare.

3.4. L'associazione in partecipazione

Si darà ora conto, per brevissimi cenni, della fattispecie dell'associazione in partecipazione, al fine di fornire una panoramica esaustiva delle figure annoverabili tra i rapporti associativi di lavoro (seppur intesi in senso lato), ma rinviando poi alla trattazione successiva l'approfondimento dello studio di questa figura e delle problematiche connesse.

L'associazione in partecipazione è definita dall'art. 2549 c.c. come il contratto con cui *“l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto”*. La disciplina, contenuta nei successivi artt. 2550-2554 c.c. è piuttosto scarna e di certo non esaustiva, sicché molti sono stati (e sono tuttora) i dubbi interpretativi in materia, accentuati dal fatto che l'istituto in esame continua a trovare una frequente applicazione concreta.

Nonostante il silenzio del legislatore, si ritiene ormai da tempo che l'apporto dell'associato possa consistere anche in una prestazione di lavoro⁸⁴, cosicché nel contratto viene

pratiche di governance non corrispondenti ai principi cooperativi di partecipazione effettiva e generalizzata della base sociale alla gestione dell'impresa” (il documento è stato siglato il 31 maggio 2007 ed è ancora inedito, a quanto consta).

⁸³ A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in L. MONTUSCHI, e P. TULLINI (a cura di), *Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina*, Torino, 2004, 21.

⁸⁴ F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, XVII*, Torino, 1985, 527.

dedotta un'obbligazione lavorativa che, come accade per altre fattispecie, trova origine in un rapporto associativo.

Il carattere dispositivo delle norme del codice civile ha consentito una prassi applicativa tale per cui in concreto molti aspetti di disciplina dell'associazione in partecipazione possano essere confusi con elementi tipici del lavoro subordinato. Infatti, se è vero che l'associato partecipa alle perdite ai sensi dell'art. 2553 c.c. (e quindi incombe su di lui un rischio d'impresa) è altrettanto vero che la stessa norma fa salvo il patto contrario, con ciò permettendo l'esclusione dalla partecipazione alle perdite e, addirittura – secondo una corrente di pensiero, qui però non condivisa - la previsione di un vantaggio economico minimo garantito⁸⁵; ugualmente, poiché ai sensi dell'art. 2552, comma 1, c.c. “*la gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante*”, s'è ritenuto che l'associante possa impartire istruzioni.

Le opportunità offerte dalla duttile disciplina codicistica brevemente descritta hanno fatto sì che la figura dell'associazione in partecipazione sia stata spesso utilizzata per camuffare quelli che in realtà erano veri e propri rapporti di lavoro subordinato⁸⁶ e indotto i giudici ad elaborare una copiosa giurisprudenza orientata a sottolineare i caratteri distintivi dell'uno e dell'altro istituto⁸⁷.

In tale panorama di incertezza ed al fine di “*evitare fenomeni elusivi*” è tornato ad intervenire, dopo oltre sessant'anni, il legislatore che, senza abrogare la normativa civilistica, ha introdotto l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che richiede che l'associazione in

⁸⁵ R. COSTI e G. DI CHIO, *Società in generale – società di persone – associazione in partecipazione*, Torino, 1980,

⁸⁶ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 224.

⁸⁷ Per l'analisi della quale si rimanda al successivo cap. II § 5.

partecipazione sia caratterizzata da “*effettiva partecipazione e adeguate erogazioni*”. La norma ha introdotto, probabilmente, più dubbi che certezze e sarà oggetto di specifica disciplina al cap. III.

4. La prestazione di lavoro del socio nelle società

Rapporto associativo in senso stretto è, per eccellenza, quello del socio rispetto alla società: non si tratta, infatti, di una prestazione di lavoro resa in forza di un contratto di lavoro subordinato o di altro contratto di scambio, quale che sia, bensì in virtù del vincolo associativo. La figura non ha destato troppa attenzione da parte degli studiosi, sempre più debole col passare del tempo (la riforma del diritto societario, disposta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 – in vigore dal 1° gennaio 2004 – non ha apportato alcuna significativa modifica in materia); è ugualmente interessante dedicarvi attenzione ai fini del presente studio.

Un socio può assumere, nei confronti della società di persone di cui è parte, distinte posizioni. Egli può svolgere un'attività lavorativa a titolo di conferimento (artt. 2247 e 2263 c.c.) oppure conferire una qualsiasi altra quota (di capitale, in denaro o altri beni) e nel contempo concludere con la stessa società un contratto di lavoro subordinato, in forza del quale svolgere la propria prestazione⁸⁸. Ancora, il socio di capitale può svolgere attività lavorativa senza essere legato

⁸⁸ Riguardo a questa fattispecie si dirà meglio in seguito. Basti per il momento notare che per la configurabilità di questo duplice rapporto, di società e di lavoro subordinato, la giurisprudenza richiede che ricorrano due condizioni: che la prestazione non integri un conferimento previsto dal contratto sociale e che venga prestata sotto il controllo gerarchico di un altro socio munito di poteri di supremazia: Cass. 12 maggio 1999, n. 4725, in *Orient. Gur. Lav.*, 1999, I, 145; Cass. 11 gennaio 1999, n. 216, in *Soc.*, 1999, 825.

alla società da un contratto di lavoro, ma in quanto amministratore.

Per quanto riguarda il socio d'opera, l'inquadramento dato dal codice civile al contratto di società è tale che nelle società di persone questi è considerato alla stessa stregua di colui che conferisce beni materiali e immateriali (artt. 2263, comma 2, secondo cui *“la parte spettante al socio che ha conferito la propria opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità”*⁸⁹; 2286, comma 2, secondo cui *“il socio che ha conferito nella società la propria opera... può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera...”*⁹⁰; 2295 n. 7 c.c. in base al quale nell'atto costitutivo devono essere indicate pure *“le prestazioni personali a cui sono obbligati i soci d'opera”*). È stata tuttavia prospettata⁹¹, essenzialmente per finalità antifrodatorie, l'ammissibilità della c.d. società *pecunia-opera* entro i limiti normativi⁹² che consentono la costituzione di un'impresa artigiana in forma societaria, purché *“la maggioranza dei soci partecipi personalmente al lavoro e, nell'impresa, il lavoro abbia funzione preminente rispetto al capitale”*.

Nelle società di capitali, invece, è stata esclusa la possibilità di un socio di lavoro, non avendo il legislatore indicato la prestazione di lavoro fra i conferimenti possibili (art. 2342 c.c., anche per come parzialmente modificato dopo la riforma societaria), ma è stata avallata la possibilità di una deducibilità implicita della prestazione di lavoro come

⁸⁹ Cass. 20 marzo 2001, n. 3980, in *Riv. Not.*, 2002, 718; Cass. 4 settembre 1999, n. 9392, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass. 2 agosto 1995, n. 8468, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

⁹⁰ Cass. 29 novembre 2001, n. 15197, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1037; Cass. 22 agosto 2001, n. 11185, in *Dir. Fall.*, 2002, 19.

⁹¹ F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1979, 199.

⁹² Art. 3 L. 25 luglio 1956, n. 860, modificata dall'art. 3 L. 8 agosto 1985, n. 443, che non ha alterato, di fatto, il principio enunciato nella norma richiamata.

prestazione accessoria *ex art. 2345 c.c.* (secondo cui “*oltre l’obbligo dei conferimenti, l’atto costitutivo può stabilire l’obbligo dei soci di eseguire prestazione accessorie non consistenti in denaro*”)⁹³.

A prescindere dalla qualificazione giuridica o dal fondamento normativo della prestazione del socio, il problema che si pone per il giuslavorista è quello della deducibilità della prestazione lavorativa all’interno di fattispecie negoziali diverse dal contratto di lavoro subordinato. Ciò non ha impedito a taluno di sostenere un’applicabilità degli istituti posti a tutela del lavoro subordinato in via diretta⁹⁴, analogica⁹⁵ o almeno parziale⁹⁶. Ma a tali orientamenti si è obiettato di avere operato uno scambio concettuale tra causa del contratto e contenuto della prestazione⁹⁷.

Ciò che, invece, dovrebbe contraddistinguere e caratterizzare il socio d’opera sarebbe la partecipazione alla direzione dell’impresa ed un certo grado di autonomia, “*compatibilmente con le esigenze organizzative dell’impresa stessa*”⁹⁸.

Diversamente dal socio capitalista, infatti, quello di lavoro non può vantare un diritto all’integrale rimborso del proprio conferimento, non traducibile *ex lege* in valore capitale in quanto partecipe solo della ripartizione dell’eventuale eccedenza attiva. Invece sul socio d’opera incombe il rischio d’impresa: se questa non produrrà utili, il suo lavoro sarà stato prestato invano e parteciperà delle eventuali perdite. Saranno comunque nulle, ai sensi dell’art. 36 Cost., le

⁹³ M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 3; Cass. 7 aprile 1987, n. 3402, in *Soc.*, 1987, 803.

⁹⁴ M.F. RABAGLIETTI, *Contratto e rapporto di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, 139.

⁹⁵ M. SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, cit., 360.

⁹⁶ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 302.

⁹⁷ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 203.

⁹⁸ M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 3.

clausole statutarie che escludano od ostacolino la recedibilità straordinaria, ove il compenso sia inferiore a quello considerabile come “giusto” ex art. 2285, comma 2, c.c.⁹⁹.

In ogni caso, la posizione del socio d'opera cui fosse eventualmente garantito un prelievo fisso sugli utili, sarebbe diversa dalla posizione del prestatore di lavoro subordinato mediante partecipazione agli utili (art. 2099, comma 3, c.c. e 2102 c.c.), giacché quest'ultima, essendo caratterizzata dal rapporto di subordinazione, esclude, a differenza della prima, il concorso nella gestione sociale con il diritto agli utili e la soggezione alle perdite. D'altra parte, la garanzia di un compenso al socio non dovrebbe essere sufficiente a qualificare come subordinato il rapporto intercorso tra le parti, ove l'accordo contrattuale risulti diretto all'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili o le perdite¹⁰⁰.

4.1. (segue): a) nelle società di persone

⁹⁹ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 109; M. BIAGI, *Lavoro (rapporti associativi di)*, cit., 3.

¹⁰⁰ E. GHERA, *op. cit.*, 57: “questi rapporti, qualificati sul piano causale dall'esercizio in comune di un'attività economica e perciò dalla comune assunzione del rischio d'impresa e dal comune scopo di lucro (e, in particolare, dalla divisione degli utili: cfr. art. 2247 c.c.) sono caratterizzati, sul piano pratico, dall'obiettivo di cointeressare il lavoratore ai risultati dell'impresa associandolo all'esercizio dell'attività economica (e non semplicemente collegando la retribuzione agli utili dell'impresa: cfr. art. 2099, co. 3° e art. 2102 c.c.), Tale obiettivo può essere perseguito, in primo luogo, utilizzando il contratto di società di persone nei suoi diversi tipi legali (società semplice: cfr. art. 2251 e ss. c.c.; in nome collettivo: cfr. art. 2291 e ss. c.c.; in accomandita: cfr. art. 2313 e ss. c.c.) e perciò attraverso il conferimento in società di una prestazione di opera [...]. La figura del socio d'opera trova una considerazione particolare nell'art. 2263, co. 2°, c.c. secondo cui, qualora un socio partecipi alla società mediante conferimento della propria opera, la parte a lui spettante nella ripartizione del guadagni e delle perdite, ove non sia prevista dal contratto sociale, è stabilita dal giudice secondo equità. Va notato che la figura del socio d'opera va tenuta distinta da quella del socio lavoratore: in quest'ultimo caso, al conferimento dei beni si aggiunge una prestazione di lavoro in favore della società”.

Come accennato, il socio potrebbe prestare la propria attività lavorativa in forza di un duplice rapporto, di società (con conferimento di denaro e non di opera) e di lavoro subordinato: dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla possibilità di una tale configurazione, pervenendo a risultati diversi a seconda che si tratti di società di persone o di capitali.

Per quanto attiene alle società di persone, la giurisprudenza ha ritenuto che la duplicità di rapporti sia configurabile ove vi sia assoggettamento al potere gerarchico di altro socio e la prestazione di lavoro non sia valutabile alla stregua di un conferimento sociale¹⁰¹.

Si è così superato l'ostacolo rappresentato, tanto nelle società semplici, quanto in quelle in nome collettivo, dalla mancanza di personalità giuridica (artt. 2255 e 2291 c.c.). Infatti, nelle prime, con riferimento al rapporto sociale è considerata in ogni caso assorbente la regola dell'art. 2263, comma 2, c.c. (possibilità di conferimento d'opera), mentre nelle seconde l'illimitata e solidale responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali (art. 2291, comma 1, c.c.) ha provocato una loro "immedesimazione" nell'entità economico-sociale di cui sono nel contempo i rappresentanti: ciò impedirebbe a rigore ogni valida relazione tra la contrattazione stessa e i soci, pena l'applicabilità dell'art. 1395 c.c. (contratto con se stesso)¹⁰². Tuttavia la responsabilità non ha escluso di per sé la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato. Laddove, infatti, il patrimonio sociale non fosse sufficiente, il prestatore che agisce come terzo creditore della società

¹⁰¹ Cass. 11 gennaio 1999, n. 216, cit.; Cass. 23 novembre 1988, n. 6310, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, 745; Cass. 19 agosto 1987, n. 6953, in *Orient. Giur. Lav.*, 1987, 934.

¹⁰² A. GRECHI, *Obblighi assicurativi e rapporti di società*, in *Probl. Sic. Soc.*, 1961, 248.

potrebbe sempre escutere qualsiasi socio richiedendo il pagamento dell'intero credito, anche nei rapporti interni, nei quali rileva la sua posizione di condebitore solidale, restituendo una quota a chi ha pagato (artt. 1298 e 1299 c.c.) con la conseguenza di una semplice riduzione dell'ammontare della retribuzione¹⁰³. Inoltre, l'autonomia patrimoniale che contraddistingue la società in nome collettivo (art. 2266 c.c.) è stata considerata sufficiente a stabilire una netta distinzione tra l'ente stesso ed i soci, tanto da permettere in concreto la ricerca degli elementi caratterizzanti la subordinazione.

Non dissimili sono le conclusioni cui si è pervenuti per quanto riguarda le società di fatto o irregolari, cui sono applicabili le norme relative alle società in nome collettivo, salvo che dal contratto sociale emerga la volontà di assumere un'altra forma societaria (ad esempio, cooperativa)¹⁰⁴.

Delle società di persone si è presa in considerazione anche quella in accomandita semplice, ove il cumulo di rapporti è stato ritenuto del tutto inconfigurabile in relazione ai soci accomandatari, dato che solo ad essi può essere conferita l'amministrazione della società (art. 2318 c.c.) e sono solidalmente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali. Quanto ai soci accomandanti, la giurisprudenza ha ammesso invece la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato¹⁰⁵.

¹⁰³ L. MONTUSCHI, *Socio, amministratore di società e rapporto di lavoro subordinato*, in *Dir. Ec.*, 1963, 484.

¹⁰⁴ La giurisprudenza di merito, peraltro, ha chiarito a proposito delle società di fatto che la saltuarietà del lavoro e le modalità discontinue del compenso non possono ritenersi in antitesi con il concetto di retribuzione. Infatti, ai sensi dell'art. 2094 c.c., elemento determinante per l'individuazione di un rapporto di lavoro è la collaborazione nell'impresa con un inserimento nella sua organizzazione caratterizzata dall'estremo dell'onerosità. Così Trib. Bologna, 11 gennaio 1985, in *Inf. Prev.*, 1985, 292.

¹⁰⁵ Cass. 16 dicembre 1986, n. 7573, in *Soc.*, 1987, 362.

4.2. (segue): b) nelle società di capitali

Per gli stessi motivi per i quali si è negata, in linea di massimo, la possibilità che nelle società di persone si potessero rinvenire rapporti di lavoro subordinato, si è ammessa la loro esistenza nelle società di capitali.

La distinta personalità giuridica dell'ente, l'autonomia patrimoniale e la limitazione della responsabilità dei soci alle quote conferite sono stati ritenuti elementi sufficienti a delineare una chiara contrapposizione tra il consiglio di amministrazione, titolare della posizione attiva del rapporto, ed il socio lavoratore, soggetto alle direttive impartitegli. Del resto, lo stesso legislatore ha ammesso esplicitamente la compatibilità delle due distinte vesti contrattuali, prevedendo l'emissione da parte delle società per azioni di speciali categorie di azioni a favore di prestatori di lavoro dipendente (artt. 2349 e 2441, le cui parziali modifiche introdotte dal D.Lgs. 6/2003 non hanno mutato la disposizione)¹⁰⁶.

Secondo un diverso orientamento¹⁰⁷ per accertare l'esistenza o meno della subordinazione bisognerebbe avere riguardo al grado di estraneità del socio lavoratore rispetto al controllo dell'occasione di cui usufruisce, il che, evidentemente, non accadrebbe nei casi di socio sovrano o socio tiranno. In generale, comunque, la dottrina ha ritenuto pregiudicato il rapporto di lavoro allorché il socio sia titolare di una notevole partecipazione azionaria, tale da consentirgli il controllo della società¹⁰⁸. Resta fermo, comunque, l'orientamento di cui s'è dato conto *supra*, secondo cui fra le prestazioni accessorie non consistenti in denaro di cui all'art.

¹⁰⁶ L. MONTUSCHI, *Il socio...*, cit., 491.

¹⁰⁷ P. PETINO, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968, 369.

¹⁰⁸ L. MONTUSCHI, *Il socio...*, cit., 491.

2345 c.c. potrebbero rientrare attività personali di tipo lavorativo, che sarebbero quindi svolte in adempimento del contratto sociale e non di un rapporto di lavoro subordinato.

Le soluzioni prospettate per le società per azioni possono riproporsi per le società a responsabilità limitata, ugualmente dotate di personalità giuridica, dove per le obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio. Anzi, la giurisprudenza si è spinta ad affermare che il sindacato di legittimità esercitabile dal giudice civile sulle deliberazioni assembleari comprende il potere di valutare se la deliberazione di licenziare un socio-dipendente sia avvenuta o meno per giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 c.c.¹⁰⁹.

5. La nozione allargata di rapporti associativi nel diritto del lavoro: profili comuni e tratti distintivi

Tratteggiata una panoramica dei rapporti associativi in senso stretto ed in senso allargato, possiamo cercare di rispondere al quesito più sopra posto, ovvero se una nozione allargata (e quindi comprensiva anche di rapporti di lavoro associativi connotati da una loro specifica disciplina) possa avere una propria autonomia, ovvero se tali forme di lavoro associato in senso ampio possano essere caratterizzate da elementi distintivi comuni.

Sembrerebbe possibile concludere che i requisiti che la dottrina aveva delineato per distinguere i rapporti associativi *stricto sensu* (il rischio d'impresa e le modalità di compenso) si possano essenzialmente rinvenire anche nelle altre tipologie di rapporto.

¹⁰⁹ Cass. 26 aprile 1976, n. 1476, in *Not. Giur. Lav.*, 1977, 101.

Il rischio d'impresa dev'essere inteso, per come si è visto nel rapporto del socio d'opera, come la mancanza di garanzia di guadagno, relativamente non solo al *quantum* ma anche all'*an*. Il socio che presta la propria opera, infatti, sa che avrà diritto ad una parte degli utili prodotti (eventualmente determinata da giudice secondo equità ai sensi dell'art. 2263, comma 2, c.c.), quota che, proprio in quanto proporzionale, non potrà mai essere predeterminata o conosciuta. Non solo: egli incorrerà perfino nel rischio di non ricevere alcun compenso e di avere prestato invano la propria opera se, per ipotesi, non dovesse esservi alcun utile raggiunto. Il rischio d'impresa non dov'essere inteso, quindi, come il rischio imprenditoriale (che può arrivare fino al fallimento), bensì come la mancanza di conoscenza, predeterminazione e garanzia dell'eventuale compenso.

Se così è, anche i rapporti associativi intesi in senso lato possiedono questa caratteristica, in quanto la quota spettante all'associato viene sempre calcolata in misura proporzionale agli utili percepiti dal soggetto associante (nelle compartecipazioni in agricoltura spetta essenzialmente una parte del prodotto, al familiare una quota degli utili dell'impresa etc.).

La necessità del rischio d'impresa presuppone null'altro che l'incertezza dell'*an* e del *quantum* del compenso, non rilevando al contrario le modalità di tale compenso. Ma è ben vero che se si accetta una tale nozione di rischio d'impresa, bisogna anche concludere per una posizione forse un po' rigida ma non derogabile: l'assoluta incompatibilità di forme di compenso che prevedano, seppur in minima parte, una quota fissa o in altro modo garantita. Una tale erogazione diventerebbe strettamente retributiva ed eliminerebbe la caratteristica dell'incertezza sull'*an* (pur mantenendo ferma

quella sul *quantum*). Viceversa, non si può dire che l'associato debba essere obbligato a partecipare alle perdite, cui invece è necessariamente soggetto l'imprenditore: in tal caso l'associato non percepirà alcunché e avrà prestato la propria opera senza riceverne alcun ritorno economico (ma l'incertezza sull'*an* resterebbe ferma, nonostante l'indifferenza per l'associato di mancanza di produzione di utili o di perdita dell'azienda dell'associante).

Ulteriore profilo comune dei rapporti associativi riguarda le modalità esecutive. Come il socio che conferisce la propria opera non deve essere sottoposto a potere gerarchico di altro socio, così possiamo dire che nei rapporti associativi deve esservi un grado di "partecipazione" più o meno ampio alla gestione aziendale. Mentre in alcune tipologie di rapporti, infatti, è testualmente escluso che possa esservi compatibilità con la subordinazione (ad esempio, nell'impresa familiare), in altre viene comunque indicata una serie di poteri o di diritti (di rendiconto e di controllo nell'associazione in partecipazione, di codecisione nelle compartecipazioni in agricoltura) che implicano forme di partecipazione alla gestione aziendale (stante, ovviamente, l'assenza di contitolarità). Questo requisito rischia di diventare problematico ove venga preso in considerazione in senso negativo, ovvero come semplice assenza di subordinazione¹¹⁰.

Accolta una nozione di rapporti associativi in senso allargato, non solo perché comunemente utilizzata ma anche per aver scorto tratti qualificanti unitari, possiamo ora tentare, attraverso lo studio di una figura specifica (l'associazione in partecipazione), di analizzare nel dettaglio i

¹¹⁰ È questa, invece, la tendenza della giurisprudenza. Sul punto si rimanda alle considerazioni che verranno svolte sullo specifico tema dell'associazione in partecipazione.

citati tratti distintivi, la loro applicazione in concreto e le prospettive nell'attuale ordinamento giuridico.

Capitolo II

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: natura giuridica e classificazione

SOMMARIO: 1. La disciplina codicistica dell'associazione in partecipazione – 1.1. Il carattere aleatorio del contratto – 1.2 La gestione dell'associante e il potere di controllo dell'associato – 2. – 3. L'associazione in partecipazione come “fuga” dal lavoro subordinato – 4. La qualificazione del rapporto di lavoro subordinato tra metodo sussuntivo e metodo tipologico – 5. Scriminante fra lavoro subordinato ed associazione in partecipazione: il pragmatismo giurisprudenziale. – 6. (segue): presunzione di subordinazione e sanzione della conversione del rapporto: quale fondamento giuridico per tale giurisprudenza?

1. La disciplina codicistica dell'associazione in partecipazione

L'associazione in partecipazione è un contratto tipico, disciplinato dal codice civile, con il quale *“l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto”* (art. 2549 c.c.). La scarsa definizione non trova completamente negli articoli successivi del codice civile, i quali si limitano a poche norme – per lo più di carattere dispositivo – che hanno forse creato più problemi che chiarimenti.

Il legislatore del 1942, infatti, s'è preoccupato solamente di specificare che l'associante resta l'unico titolare dell'impresa (o meglio, che *“i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni*

soltanto verso l'associante": art. 2551 c.c.), cui spetta altresì la gestione (art. 2552, comma 1, c.c.), salvo, però, prevedere subito eccezioni, o meglio accentuati poteri dell'associato (il potere di prestare il proprio consenso per l'attribuzione di una partecipazione ad altro soggetto: art. 2550 c.c.; il potere di controllo sull'attività esercitata o almeno al rendiconto: art. 2552, commi 2 e 3, c.c.). Tuttavia, questi poteri assumono un carattere sempre derogabile, in quanto il consenso disposto dall'art. 2550 c.c. fa salvo ogni patto contrario e le forme e l'estensione del potere di controllo sono determinati dal contratto (art. 2552 c.c.): in tal modo, quindi, si viene a creare il carattere dispositivo delle norme cui si accennava poco sopra, nel senso che i (pochi) elementi che la legge indica come caratteristici dell'associazione in partecipazione possono essere nei fatti completamente stravolti col contratto, con un atto di autonomia delle parti.

Analoghe conclusioni valgono per le ulteriori ed ultime disposizioni in tema di associazione in partecipazione, secondo cui *"l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili"* con il limite che le perdite non superino il valore dell'apporto, ma sempre *"salvo patto contrario"* (art. 2553 c.c.; l'art. 2554 c.c., infine, estende le disposizioni di cui agli artt. 2551/2 alla cointeressenza e fa salva la norma di cui all'art. 2102 c.c. riguardante le partecipazioni agli utili dei prestatori di lavoro).

L'esiguità della disciplina (oltretutto in gran parte dispositiva) ha pertanto imposto un impegnativo lavoro agli interpreti per la specificazione dei requisiti del contratto in oggetto. Rimandando ai paragrafi successivi l'analisi dettagliata degli elementi caratterizzanti, in questa ci proponiamo ora di inquadrare l'ambito di operatività della fattispecie e la sua qualificazione.

L'ampia formulazione della nozione contenuta nell'art. 2549 c.c. consente alle parti di usufruire di una notevole elasticità normativa nella stipulazione del contratto¹¹¹, potendo essere indifferentemente a tempo determinato (così sarà, essenzialmente, nel caso di associazione in partecipazione per un singolo affare) o indeterminato. Le parti godranno altresì della libertà di forma, salve le esigenze che potrebbero derivare dalla natura dell'oggetto del conferimento (*ex art. 1350 c.c.*), e di prova, sussistendo a riguardo le sole limitazioni di carattere generale previste negli artt. 2721 ss. c.c.¹¹².

Per supplire alle carenze del legislatore s'è naturalmente cercato di far uso di norme di carattere generale, dettate per la disciplina dei contratti, chiedendosi quale connotazione spetti al contratto *de quo*, in particolare se associativo o di scambio.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza tendono a qualificare l'associazione in partecipazione come contratto di scambio¹¹³, mentre solo una parte minoritaria l'assimila alla

¹¹¹ R. COSTI e G. DI CHIO, *Società in generale – società di persone – associazione in partecipazione*, Torino, 1980, 737.

¹¹² Pertanto il contratto di associazione in partecipazione potrà essere provato anche mediante testimoni e presunzioni: G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, voce in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Torino, 1995, 508. L'Autore fa notare come il codice civile non riporti la disposizione contenuta nell'abrogato art. 238 codice del commercio, secondo cui l'associazione in partecipazione doveva essere provata per iscritto.

¹¹³ M. GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, Milano, 1959, 41; G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, in A. SCAIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1973, 13; R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 720; F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 1985, 520; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 61; G. BOLEGO, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro: orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 834. In giurisprudenza si vedano, fra le tante, App. Genova, 11 marzo 2006, inedita a quanto consta; App. Bologna, 12 gennaio 2004, in *Rass. Dir. Farm.*, 2004, 757; Cass. 11 giugno 1991, n. 6610, in *Soc.*, 1991, 1635; Cass. 25 febbraio 1987, n. 2004, in *Giur. It.*, 1988, I, 1417; Cass. 21 ottobre 1981, n. 5518, in *Mass. Giur. It.*, 1981.

società¹¹⁴. La motivazione si rinviene nel fatto che con l'associazione in partecipazione non si creerebbe un soggetto giuridico distinto ed ulteriore rispetto agli associati: seppur non direttamente, l'art. 2551 c.c. confermerebbe tale asserzione, laddove enuncia che *"i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante"*. Il solo nome speso nei confronti dei terzi sarebbe dunque quello dell'associante, che resterebbe unico titolare del patrimonio e dell'impresa e altresì unico responsabile, ove nelle società, per contro, la titolarità dell'impresa compete alla società stessa, autonomo soggetto giuridico distinto dalle persone dei soci, che si manifesta come tale anche esternamente, nei rapporti coi terzi¹¹⁵: a conferma di ciò starebbe la regola che nell'associazione in partecipazione può fallire il solo associante (con automatico scioglimento del contratto di associazione in partecipazione)¹¹⁶, mentre nella società possono fallire tutti i soci, se illimitatamente responsabili. Inoltre, mentre la società è dotata di una completa autonomia patrimoniale, nell'associazione in partecipazione non sarebbe dato rintracciare la presenza di un fondo comune all'associato e

¹¹⁴ T. RAVÁ, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano, 1938, 43; D. CORAPI, *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nell'associazione in partecipazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1965, II, 267 e sostanzialmente G. FERRI, *op. cit.*, 509, secondo il quale *"la sostanza giuridica è quella dei contratti associativi. Anche qui l'apporto è solo un mezzo per realizzare una cooperazione economica in un dato campo: ha cioè una funzione strumentale rispetto all'attività esercitata... Anche qui la causa dell'obbligazione di conferimento sta nella partecipazione ai risultati (positivi o negativi) di una determinata impresa o di un determinato affare. Anche qui, assume sostanziale rilievo l'oggetto dell'attività, la sua possibilità di realizzazione, così come assume rilievo la durata del contratto. Anche qui la comunanza dell'affare si rivela sia attraverso i poteri riconosciuti all'associato in ordine alla gestione comune sia attraverso gli obblighi che incombono all'associante"*.

¹¹⁵ R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 725.

¹¹⁶ Cfr. art. 77 L. Fall. e Trib. Palermo 10 febbraio 1989, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 680.

all'associante, del quale questi siano contitolari, sia pure in misura diversa¹¹⁷.

Il contratto di associazione in partecipazione creerebbe, dunque, un vincolo a rilevanza meramente interna, nei rapporti tra associante ed associato, che non si ripercuoterebbe nei confronti dei terzi¹¹⁸ e, *“pur potendo astrattamente assumere rilievo a tutela dell'affidamento dei terzi, risulta ininfluyente nei rapporti interni tra le parti l'apparenza societaria di un rapporto di associazione in partecipazione... stipulato a norma dell'art. 2549 c.c., ove assume rilievo il solo effettivo intendimento delle parti in relazione alla causa tipica del contratto, per il carattere sinallagmatico tra la attribuzione, da parte di un contraente (associante), di una quota degli utili, anche forfettari, derivanti dalla gestione di una sua impresa, all'altro (associato) e l'apporto, da questi conferito, che può essere di qualsiasi natura, purché strumentale per l'esercizio di quell'impresa, che non determina la formazione di un soggetto nuovo o la costituzione di un patrimonio c.d. autonomo e/o separato, né la comunione dell'impresa, che restano di esclusiva pertinenza dell'associante”*¹¹⁹.

La non assimilazione dell'associazione in partecipazione alla società sarebbe poi confermata dalla natura bilaterale del contratto di cui all'art. 2549 c.c., deducibile dall'art. 2550 c.c. rubricato “pluralità di associazioni”, ove, nonostante l'eventuale consenso che l'associato originario debba prestare perché l'associante concluda nuove partecipazioni all'impresa o all'affare, per pluralità di associazioni si intende sempre

¹¹⁷ R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 724.

¹¹⁸ Analogamente a quanto avviene nel caso dell'impresa familiare, ove dottrina e giurisprudenza maggioritarie concordano nel ritenere l'istituto a struttura associativa con rilevanza meramente interna: cfr. cap. I § 3.2.

¹¹⁹ App. Bologna, 12 gennaio 2004, cit.

distinti contratti che vincolano l'associante ed ogni singolo associato, senza che tra essi si instauri, per contro, alcun rapporto reciproco (come avverrebbe nell'ipotesi di contratto plurilaterale).

Le osservazioni espresse da tale dottrina sono certamente condivisibili e trovano conferma nei dati testuali della legge: l'associazione in partecipazione è un contratto necessariamente bilaterale che non crea un autonomo e diverso soggetto giuridico, distinto dagli associati. Tuttavia appare riduttivo limitarsi a qualificare come di scambio il contratto *de quo*, non esaurendosi solo in ciò la specificità. Ed invero, come già detto, il vincolo fra le parti, a rilevanza meramente interna, mostra profili di tipo associativo, come del resto esprime la denominazione stessa del contratto.

Ovviamente la natura sinallagmatica di un contratto ha la sua principale ragione d'essere nella contrapposizione degli interessi fra le parti¹²⁰, che trovano equilibrio nella corrispettività. Nell'associazione in partecipazione, invece, associante ed associato perseguono, in definitiva, uno scopo che è il medesimo: l'incremento e lo sviluppo dell'attività aziendale. La causa del contratto, quindi, non si esaurisce nel mero scambio di prestazioni, ma si arricchisce di questo nuovo profilo: l'interesse alla maggiore produttività possibile dell'impresa o del singolo affare.

Ciò si evince non tanto dalla aleatorietà del negozio, elemento da solo non scriminante¹²¹, quanto dalle modalità di svolgimento del rapporto. In particolare, l'associante (cfr. ora l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003) è tenuto ad assicurare all'associato una "effettiva partecipazione" (da ritenersi come

¹²⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 3.

¹²¹ Infatti, ad esempio, i contratti di assicurazione, tipicamente aleatori, sono pacificamente qualificati contratti di scambio.

riferita anche alla gestione, come si dirà *infra*). Fra le parti, quindi, non v'è un mero scambio di prestazioni né una completa conflittualità di posizioni.

Resta vero, però, che non si realizza una società fra le parti ed in questo senso, pertanto, si può parlare di contratto associativo solo in senso lato.

A conferma della nozione illustrata nel precedente capitolo, si può dunque affermare che il contratto di cui all'art. 2549 c.c. rientri nel *genus* dei contratti associativi. Con la precisazione, però, che tale categoria sia intesa, appunto, in senso lato¹²² (lo scopo comune e l'assunzione del rischio ne sono, come detto, tratti caratterizzanti, comuni a tutti i contratti ad essa riconducibili).

Per ciò che riguarda la normativa applicabile ad integrazione della disciplina specifica, si potrà far uso delle norme sui contratti in generale, ove compatibili con la natura associativa del negozio: la risoluzione del contratto sarà disciplinata dagli artt. 1453 ss. c.c., ed in particolare vi sarà risoluzione per inadempimento¹²³ o per impossibilità sopravvenuta della prestazione¹²⁴; ancora, in riferimento all'ipotesi di associazione in partecipazione senza determinazione di tempo si dovrà fare riferimento all'art. 1183

¹²² Non a caso i sostenitori della natura di scambio del contratto di associazione in partecipazione affermano che il negozio possieda caratteristiche comunque peculiari, in quanto l'art. 2549 c.c. individuerrebbe una figura "ove la causa di scambio convive con i tratti del c.d. «scopo comune», anche se non è possibile parlare di contratto «associativo» per la mancanza di una struttura organizzativa idonea a tramutare l'attività in un «fatto» comune": Trib. Monza, 3 maggio 2000, in *Giur. Mil.*, 2000, 351.

¹²³ Cass. 26 luglio 1994, n. 6951, in *Cont.*, 1995, 50; Cass. 2 giugno 1992, n. 6701, in *Corr. Giur.*, 1992, 1117.

¹²⁴ G. DE FERRA, *op. cit.*, 94, il quale, condivisibilmente, osserva che il carattere aleatorio del contratto impedisce, tuttavia, la rescissione di contratto concluso in stato di pericolo ex art. 1447 c.c. e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.

c.c. sul tempo dell'adempimento¹²⁵. D'altro canto, però, la determinazione della quota di partecipazione agli utili, ove manchi un'indicazione contrattuale, potrà essere stabilita sulla base dell'apporto fornito, in base al criterio di proporzionalità dettato dall'art. 2263 c.c. in materia di società¹²⁶.

Per quanto concerne l'oggetto del conferimento, l'art. 2549 c.c. parla genericamente di "apporto". Se il vecchio codice del commercio sembrava limitare la conferibilità ai soli beni (mobili e immobili) trasferibili in proprietà¹²⁷, tale restrizione non compare nella formulazione della disciplina vigente¹²⁸. Non avendo il legislatore posto alcun limite all'oggetto dell'apporto, si ritiene possibile il conferimento di qualsiasi bene suscettibile di valutazione economica ex art. 1346 c.c. e, quindi, anche di una prestazione di lavoro¹²⁹. In tal modo si viene a creare una sorta di dicotomia di figure, l'associazione in partecipazione con apporto di capitale o con apporto di lavoro. Quest'ultima fattispecie è quella che, naturalmente, interessa al giuslavorista, poiché viene dedotta nel contratto, appunto, una prestazione di lavoro; ed è questa fattispecie che verrà presa in considerazione nella presente

¹²⁵ C. VIVANTE, *L'oggetto e la durata dell'associazione in partecipazione*, in *Foro It.*, 1933, I, 13.

¹²⁶ Tale disposizione è utilizzata da quella stessa giurisprudenza che propende per la natura di scambio del contratto di associazione in partecipazione e non va esente da critiche: cfr. successivo § 1.1.

¹²⁷ G. DE FERRA, *Sull'ammissibilità dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1954, IV, 92.

¹²⁸ G. MIGNONE, *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *Giur. It.*, 2002, I, 210.

¹²⁹ In tal senso è orientata la dottrina assolutamente dominante: G. DE FERRA, *Sull'ammissibilità dell'apporto...*, cit., 92; M. GHIDINI, *op. cit.*, 69; G. DE FERRA, *Associazione...*, cit., 27; F. SANTONI, *op. cit.*, 527; G. FERRI, *op. cit.*, 507; C. PEYRON, *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, 424. Fra le prime sentenze esplicite nell'ammettere la possibilità di apportare in associazione un'attività lavorativa si segnalano Cass. 23 gennaio 1954, n. 151, in *Dir. Fall.*, 1954, II, 195; Cass. 18 maggio 1955, n. 1466, in *Dir. Fall.* 1955, II, 462; Cass. 10 agosto 1957, n. 3391, in *Rep. Foro It.*, 1957.

ricerca, pur senza tralasciare aspetti comuni alle due figure che possano risultare ugualmente utili¹³⁰.

L'intervento suppletivo della dottrina e dei giudici ha condotto, come già si può notare, ad una vera e propria creazione *ex novo* di figure contrattuali, come l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, che, seppur pienamente giustificabili e sostenibili sul piano giuridico-formale, non erano probabilmente nelle intenzioni del legislatore del 1942. Il silenzio del codice civile su tanti aspetti della disciplina in oggetto deve, infatti, spiegarsi non come un disinteresse o addirittura un divieto, quanto piuttosto come una risposta dell'ordinamento ad esigenze molto diverse da quelle attuali. All'epoca di emanazione del codice civile, infatti, l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro era, nella pratica, *"istituto non usato o, per lo meno, usato rarissimamente... nella dottrina quasi assolutamente sconosciuto"*¹³¹. Si era talmente lontani dall'uso frequente degli anni successivi che il legislatore ha ritenuto non necessario nemmeno citarlo¹³².

L'associazione in partecipazione era solamente *"somministrazione di un bene per aumentare la produzione di un'azienda ai cui utili si parteciperà"*¹³³, tanto che la collocazione nel Libro del lavoro (titolo VII) accanto a quella

¹³⁰ Per l'analisi dell'apporto di lavoro, la sua configurabilità e la sua qualificazione, si rimanda al successivo § 2.

¹³¹ Così scrive uno dei primi Autori ad occuparsi del tema: M. SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, Roma, 1939, 205, il quale, profeticamente, sostiene che, almeno su un piano teorico, questo rapporto di lavoro associativo potrebbe essere interessante ed avere qualche sviluppo concreto.

¹³² Ciò è stato confermato dalla Corte Costituzionale che, nel momento in cui ha esteso agli associati in partecipazione con apporto di lavoro l'assicurazione contro gli infortuni, ha affermato che *"la lacuna si spiega perché all'epoca di formazione della norma impugnata si riteneva generalmente che l'apporto dell'associato dovesse consistere in un capitale, e comunque il lavoro prestato a titolo di associazione in partecipazione era lontano dall'aver l'importanza pratica che è venuto assumendo in tempi recenti"*: Corte Cost. 15 luglio 1992, n. 332, in *Mass. Giur. Lav.*, 1992, 451.

¹³³ M. SAVINO, *op. cit.*, 211.

dell'impresa e della società appariva giustificata dalla considerazione che essa era per l'imprenditore un mezzo per ampliare la sua sfera di attività mediante il contributo patrimoniale di altre persone che insieme con lui affrontassero i rischi e dividessero gli utili dell'impresa¹³⁴.

Alla luce della generale disciplina codicistica, così come preservata, si può ora passare all'analisi dettagliata degli elementi che caratterizzano (o dovrebbero caratterizzare) l'associazione in partecipazione.

1.1 Il carattere aleatorio del contratto

Uno degli elementi fondamentali della fattispecie in esame è l'alea, il rischio d'impresa che deve contraddistinguere la prestazione che riceve l'associato in cambio del proprio apporto (di lavoro o di capitale che sia). Tale rischio – assente nel rapporto di lavoro subordinato, la cui caratteristica è anzi opposta, di non aleatorietà *ex art. 36 Cost.* – deve, come visto, caratterizzare i rapporti di lavoro associativi e si estrinseca, nel caso dell'associazione in partecipazione, nella forma del compenso ricevuto della partecipazione agli utili *ex art. 2549 c.c.*, secondo cui *“l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari...”*.

Il diritto di credito che l'associato acquista sugli utili comporta in maniera automatica profili di incertezza sull'entità della controprestazione, dal momento che gli utili da percepire non potranno mai essere predeterminati: giustamente, quindi, viene definito un elemento essenziale per

¹³⁴ Così la relazione al codice civile (n. 1033) citata da G. FERRI, *op. cit.*, 506, che postula una “naturale attrazione” dell'associazione in partecipazione verso l'impresa.

la configurazione della fattispecie¹³⁵. Tuttavia, la partecipazione agli utili, così come configurata dal solo art. 2549 c.c., è elemento necessario ma non sufficiente per la configurazione della fattispecie: innanzitutto perché, per come la norma è formulata, non fornisce elementi tali da poterne definire i limiti e i contorni (quale debba essere la partecipazione agli utili in termini quantitativi, fino a dove possa essere ammissibile ed in particolare se possa coinvolgere altresì profili di perdita per l'associato), in secondo luogo perché essa può caratterizzare forme di lavoro molto diverse se non antitetiche, quale il lavoro subordinato (infatti, l'art. 2099, comma 3, c.c. prevede, fra l'altro, che *“il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti...”*).

Una prima questione che si pone all'attenzione degli studiosi è quale possa o debba essere la quota di partecipazione agli utili. Verosimilmente essa sarà determinata in sede contrattuale dalle parti, secondo una determinata percentuale. Potrebbero sorgere problemi se, però, dovesse mancare tale indicazione: giustamente è stato escluso che si possa addivenire ad un criterio di divisione egualitaria tra associato e associante¹³⁶ e, così, la giurisprudenza ha seguito il metodo di commisurare la quota di partecipazione agli utili a quella dell'apporto conferito¹³⁷.

Tale *modus operandi* sembrerebbe essere dotato di un notevole grado di certezza, eppur tuttavia non va esente da critiche: in caso di apporto di lavoro, infatti, la

¹³⁵ G. DE FERRA, *Dell'associazione...., cit.*, 28; R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 743; F. SANTONI, *op. cit.*, 536.

¹³⁶ R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 744; a ciò aggiungasi che potrebbero esservi più associati, anche per un medesimo affare, *ex art.* 2550 c.c.

¹³⁷ Cass. 9 marzo 1983, n. 1476, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 592; Cass. 17 aprile 1968, n. 1134, in *Foro It.*, 1968, I, 2020. In dottrina accoglie tale tesi M. GHIDINI, *op. cit.*, 104.

commisurazione del conferimento non sarebbe di così agevole determinazione, come sarebbe per il conferimento di capitale o di beni che hanno un valore economico definibile; dunque, per l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro la proporzionalità tra valore del conferimento e partecipazione agli utili risulterebbe quantomeno difficile. Dovrebbero, allora, applicarsi disposizioni del codice civile riguardanti istituti diversi (ad esempio, art. 1474 per la mancanza di pattuizione del prezzo nella compravendita; art. 1709 per il mandato oneroso; art. 1817 per il contratto di mutuo; art. 2099 per la retribuzione del lavoro subordinato)¹³⁸, oppure rimettere la questione all'equità del giudice, da risolversi di volta in volta, poiché *“mancando nella legge un criterio per la determinazione della misura della prestazione dovuta dall'associante il quale supplisca alla mancata previsione delle parti, alla determinazione successiva si potrà pervenire solo se esistano elementi dai quali, e sia pure indirettamente, si possa dedurre almeno la previsione di un criterio di massima in base al quale procedere alla determinazione della prestazione”*¹³⁹, in difetto di che, tuttavia, si dovrebbe giungere alla conclusione di ritenere il contratto nullo per indeterminabilità dell'oggetto¹⁴⁰.

Ben più complesso è l'ulteriore problema della partecipazione alle perdite: il codice civile se ne occupa, all'art. 2553, enunciando che *“salvo patto contrario, l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto”*.

Da una prima lettura della norma si possono dedurre alcune regole di ordine generale: che l'associato, così come

¹³⁸ Questa la tesi di R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 744.

¹³⁹ G. DE FERRA, *Dell'associazione...*, *op. cit.*, 43.

¹⁴⁰ F. SANTONI, *op. cit.*, 537.

può vantare un diritto di credito verso gli utili, allo stesso modo è soggetto al rischio di contribuire alle perdite eventualmente prodottesi; che, normalmente, la quota di partecipazione alle perdite corrisponde a quella di partecipazione agli utili (da determinarsi, quindi, secondo i criteri di cui sopra); che, in ogni caso, v'è un limite massimo oltre il quale le perdite dell'associato non possono andare, commisurato nel valore dell'apporto conferito.

Mentre nell'abrogato codice del commercio la regola della partecipazione alle perdite non conosceva eccezioni, la formulazione dell'art. 2552 c.c. contiene l'iniziale inciso "salvo patto contrario", che dà adito a non pochi dubbi interpretativi. Se è possibile dedurre che tramite un atto di autonomia negoziale si possano derogare le regole generali di cui sopra, molto meno chiaro è a quale parte dello stesso art. 2552 c.c. si riferisca il "salvo patto contrario" e quindi quale regola possa essere modificata dalle parti: se l'inciso si riferisce, infatti, all'intera formulazione, allora le parti potrebbero avere la facoltà sia di attribuire all'associato una quota di partecipazione alle perdite diversa da quella degli utili, sia di determinare tale quota anche oltre il valore dell'apporto; diversamente, se si riferisce alla sola prima parte della norma in esame (con esclusione quindi della seconda parte "ma..."), le parti potrebbero stabilire una quota di partecipazione diversa da quella degli utili, senza tuttavia poter mai superare il limite massimo detto.

Per quanto attiene al superamento del limite massimo (il valore dell'apporto conferito), sono state piuttosto rare le voci secondo cui la volontà derogatoria potrebbe riguardare anche tale disposizione¹⁴¹, ritenendosi per lo più che la

¹⁴¹ M. GHIDINI, *op. cit.*, 122: secondo l'Autore, l'interpretazione sarebbe sostenuta da due argomentazioni, una di ordine letterale, poiché

partecipazione dell'associato alle perdite sia sempre limitata al valore del suo apporto: infatti, "il «salvo patto contrario...» del 2553 va letto insieme al successivo «ma (...) non possono (...), che decisamente suggerisce l'eccezione, quindi l'inderogabilità»¹⁴², oltre a che l'assunzione di un rischio oltre un limite massimo, e quindi potenzialmente illimitato, sarebbe contraria alla struttura delle fattispecie, secondo la quale l'associato è un creditore senza titolarità d'impresa, non invece un socio¹⁴³. Largamente dominante in tal senso anche la giurisprudenza¹⁴⁴.

L'autonomia negoziale può dunque avere una funzione derogatoria nel conferire una quota di partecipazione alle perdite anche diversa da quella degli utili. Ma la giurisprudenza si è spinta oltre, ritenendo possibile che l'associato possa essere escluso completamente dalla

l'espressione "salvo patto contrario", essendo collocata all'inizio dell'art. 2553 c.c., si riferirebbe all'intero contenuto della norma, l'altra di ordine sistematico, in quanto se l'associato può effettuare un apporto fin dall'inizio maggiore, o può aumentarlo nel corso dello svolgimento del rapporto, non vi sarebbe ragione perché egli non partecipi alle perdite con un contributo aggiuntivo rispetto all'apporto, purché predeterminato.

¹⁴² L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, 387.

¹⁴³ C. GIANNATTASIO, *Perdite dell'associato superiore all'apporto nell'associazione in partecipazione?*, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 2128; G. DE FERRA, *Dell'associazione...*, *op. cit.*, 110; R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 747; F. SANTONI, *op. cit.*, 539.

¹⁴⁴ Cass. 23 gennaio 1996, n. 503, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 2318; Cass. 24 febbraio 1975, n. 681, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 780; Cass. 16 ottobre 1964, n. 2598, in *Riv. Dir. Comm.*, 1965, II, 267, secondo cui "nel contratto di associazione in partecipazione è convenzionalmente inderogabile il principio, stabilito dall'art. 2553 cod. civ., secondo cui le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore dell'apporto. L'inderogabilità del rischio che l'associato si assumerebbe con la stipulazione di partecipare alle perdite in misura illimitata, e comunque superiore all'apporto, è contraria ai presupposti ed alla struttura essenziale di tale contratto, nel quale l'associato è un creditore, normalmente fuori dalla gestione, cui viene attribuita dall'associante una partecipazione agli utili comportante assunzione di rischio commisurata (e comunque non oltrepassante) al valore dell'apporto che la stessa legge definisce determinato. L'inciso «salvo patto contrario» contenuto nell'art. 2553 cod. civ. si riferisce esclusivamente alla prima parte della norma concernente la normale eguaglianza della misura di partecipazione sia alle perdite che ai guadagni".

partecipazione alle perdite, mancando, per così dire, un limite minimo in tal senso¹⁴⁵.

Parte della dottrina ha mostrato di aderire all'opinione dei giudici, dal momento che l'art. 2552 c.c. non avrebbe posto alcun limite inderogabile in negativo¹⁴⁶, mentre altri paiono orientati diversamente. In effetti le opzioni a riguardo possono essere diverse: la lettera della legge lascia molti spazi all'interpretazione, a causa dell'ambiguità. Il "patto contrario" che le parti possono scegliere di stipulare deve limitarsi alla determinazione dell'entità della quota, diversa tra utili e perdite, oppure può spingersi fino ad annullare completamente l'elemento stesso della partecipazione alle perdite?

Sembra che non possa essere sostenuta la derogabilità totale sulla base della (oscura) formulazione del legislatore, il quale *ubi non dixit voluit*, dal momento che la partecipazione alle perdite determina quel rischio d'impresa per l'associato che è elemento essenziale del contratto, il quale sarebbe quanto meno fortemente ridotto se l'associato potesse scegliere di non partecipare alle perdite; in altre parole, *"la partecipazione alle perdite costituisce un elemento essenziale e caratteristico dell'associazione in partecipazione non meno che la partecipazione agli utili"*¹⁴⁷ e *"in caso contrario l'indefettibile requisito del rischio d'impresa incombente sul medesimo ne risulterebbe attenuato, con conseguente aggravamento delle difficoltà di distinzione con il lavoro subordinato"*¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, 483; Cass. 6 maggio 1997, n. 3936, in *Rep. Foro It.*, 1997, 567; Cass. 23 gennaio 1996, n. 503, cit.; Cass. 23 settembre 1971, n. 2644, in *Mass. Giust. Civ.*, 1971, 1447.

¹⁴⁶ In tal senso M. GHIDINI, *op. cit.*, 129; G. DE FERRA, *Dell'associazione...*, cit., 107; F. SANTONI, *op. cit.*, 539.

¹⁴⁷ G. FERRI, *op. cit.*, 507;

¹⁴⁸ C. SANTORO, *Associazione in partecipazione e subordinazione*, in *Guida Lav.*, 2007, 31.

V'è, inoltre, un argomento letterale che porta ad una tale interpretazione: l'art. 2554 c.c. prevede l'applicabilità degli artt. 2551 e 2552 c.c. anche ai casi di c.d. cointeressenza impropria (partecipazione agli utili ma non alle perdite) e propria (partecipazione agli utili e alle perdite senza conferimento di alcun apporto), inoltre, con il successivo secondo comma, fa salvo l'art. 2102 c.c. per quanto riguarda i prestatori di lavoro subordinato retribuiti con partecipazioni agli utili. In tal modo il legislatore ha voluto porre criteri distintivi tra l'associazione in partecipazione ed altre figure contrattuali¹⁴⁹: se, infatti, la fattispecie dell'associazione in partecipazione fosse astrattamente compatibile con l'esclusione totale dell'associato alle perdite, non vi sarebbe stato alcun motivo di estendere esplicitamente alla cointeressenza impropria quelle disposizioni che, poco prima, erano state dettate proprio per l'associazione in partecipazione¹⁵⁰.

In ogni caso è pur vero che l'eventuale esclusione dalle perdite attenua il rischio d'impresa per l'associato ma non lo annulla completamente, poiché resta comunque la possibilità che non vi sia alcun guadagno nonostante il conferimento dell'apporto, in caso di perdite o di mancata produzione di utili. Ciò che invece annullerebbe radicalmente il rischio d'impresa sarebbe il riconoscimento di un guadagno minimo garantito da corrispondere in ogni caso all'associato, che

¹⁴⁹ G. FERRI, *op. cit.*, 507.

¹⁵⁰ Secondo i sostenitori della tesi dell'esclusione dalle perdite la differenza tra le due figure contrattuali starebbe nell'inverso rapporto regola/eccezione, nel senso che *"la cointeressenza impropria finisce, quindi, con l'essere una mera sottospecie dell'associazione, dalla quale si distingue per il fatto che in essa è di regola esclusa la partecipazione alle perdite, altrimenti derogabile solo convenzionalmente"*: così F. SANTONI, *op. cit.*, 539.

invece la giurisprudenza è incline ad ammettere¹⁵¹: in tal modo davvero l'alea del contratto verrebbe del tutto meno, poiché l'associato saprebbe che, a fronte della propria prestazione (l'apporto) riceverebbe in ogni caso una controprestazione (il minimo garantito), a nulla valendo la precisazione dei giudici di legittimità secondo cui l'entità compensativa non sarebbe comunque parametrata ai criteri di cui all'art. 36 Cost., come avviene invece per il lavoro subordinato¹⁵².

Accogliere l'ipotesi della compatibilità tra associazione in partecipazione e compenso minimo garantito equivale ad eliminare l'elemento aleatorio del contratto e ad un'assimilazione parziale con la figura del lavoro subordinato con partecipazione agli utili, che pure il codice civile, art. 2554, comma 2, tiene ben distinto. E la medesima giurisprudenza, contraddicendo se stessa, nel momento in cui deve distinguere tra associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa ammette che l'elemento differenziale risiede nel rischio d'impresa, dovendo solamente l'associato partecipare sia agli utili che alle perdite¹⁵³.

¹⁵¹ Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, in *Guida Lav.*, 2007, 24, 29; Cass. 21 giugno 1988, n. 4325, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, 825; Cass. 5 gennaio 1984, n. 32, in *Rep. Foro it.*, 1984, 220. In dottrina si veda il parere adesivo di E. BOGHETICH, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 784. *Contra* A. RICCARDI, *Contratto di lavoro e contratto di associazione in partecipazione: alla ricerca del criterio differenziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 621.

¹⁵² Così Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, cit.

¹⁵³ Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, in *Lav. Giur.*, 2007, 627; Cass. 19 dicembre 2003, n. 19475, in *Lav. Giur.*, 2004, 599; Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, 398; Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, II, 29.

1.2 La gestione dell'associante e il potere di controllo dell'associato

In base al disposto dell'art. 2552 c.c. si possono evincere i compiti ed i ruoli che competono ad associante ed associato nella fattispecie contrattuale in oggetto.

Secondo l'art. 2552, comma 1, c.c. *“la gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante”*: la norma, che si deve intendere riferita tanto alla gestione esterna quanto alla gestione interna, è perfettamente in linea con la natura dell'associazione in partecipazione, secondo la quale l'unico titolare dell'impresa resta l'associante¹⁵⁴ e vale quale criterio distintivo rispetto alla società. In particolare, quindi, l'associato non appare ai terzi e non assume nei confronti di essi alcuna responsabilità¹⁵⁵, non agisce in nome di un soggetto collettivo comune¹⁵⁶, né ha alcun potere di direzione o cogestione, neppure indiretta¹⁵⁷.

La norma, tuttavia, non viene considerata di carattere essenziale o inderogabile¹⁵⁸ e può quindi essere soggetta a deroghe. Dottrina¹⁵⁹ e giurisprudenza¹⁶⁰ sono concordi nel ritenere che l'associato possa ricevere legittimamente il conferimento della gestione dell'affare dell'impresa, nonché di poteri di rappresentanza, in via pattizia tramite la stipula di

¹⁵⁴ M. GHIDINI, *op. cit.*, 139.

¹⁵⁵ App. Genova, 11 marzo 2006, inedita a quanto consta; Cass. 24 febbraio 1975, n. 681, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 480.

¹⁵⁶ Ché diversamente varrebbe a trasformare l'associazione in partecipazione in una società di fatto: App. Bologna, 19 ottobre 2001, in *Ragiufarm*, 2004, 82, 62; Cass., 20 maggio 1999, n. 4911, in *Foro It.*, 1999, I, 987.

¹⁵⁷ Cass., 7 luglio 2003, n. 36993, in *Guida Dir.*, 2003, 50, 79; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in *Corr. Giur.*, 2002, 82.

¹⁵⁸ D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 437; F. SANTONI, *op. cit.*, 540.

¹⁵⁹ R. COSTI e G. DI CHIO, *op. cit.*, 751.

¹⁶⁰ Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, cit.; Cass. 7 febbraio 1997, n. 1191, in *Cont.*, 1997, 297; Cass. 7 giugno 1957, n. 2107, in *Mass. Giur. It.*, 1957, 470.

un contratto di mandato (cosicché l'attribuzione di tali poteri non trova causa nell'associazione in partecipazione ma in un distinto ed ulteriore contratto di mandato, che tuttavia non snaturerebbe i caratteri e l'essenza dell'associazione in partecipazione).

Accanto alla possibilità di deroghe in via pattizia v'è altresì chi sostiene che la stessa disposizione dell'art. 2552, comma 1, c.c. contenga intrinsecamente limitazioni, ovvero che, stante la sua natura di norma dispositiva, vi possano comunque essere spazi per l'associato nella gestione imprenditoriale in forza dello stesso contratto di associazione in partecipazione e quindi indipendentemente da un contratto di mandato¹⁶¹.

Più in generale, comunque, si sostiene che la gestione dell'impresa o dell'affare costituisca non solo un diritto dell'associante, ma anche un obbligo verso la controparte, la quale, proprio in virtù dello "scopo comune" e del fatto di partecipare agli utili derivanti dall'attività, ha un interesse anche proprio al buon andamento della gestione¹⁶². In forza di queste premesse, è stato ritenuto che il generale dovere di eseguire il contratto secondo correttezza e buona fede si trasformi in una più intensa e pregnante obbligazione di

¹⁶¹ G. DE FERRA, *op. cit.*, 73, afferma che "alla luce delle sole disposizioni dettate in materia di associazione in partecipazione parrebbe trattarsi di materia disponibile tra le parti, dal momento che qualsiasi patto volto ad attribuire all'associato poteri di gestione non infirmerebbe il principio della responsabilità verso i terzi del solo associante (art. 2551) fosse evidentemente nota o meno ai terzi l'esistenza del rapporto di associazione in partecipazione o fossero noti o meno i patti (di efficacia limitata alle parti) in ordine alla gestione". Molto cauta, in merito, si è mostrata la giurisprudenza, solo sporadicamente ammettendo che la gestione possa essere convenzionalmente affidata in tutto o in parte all'associato: Cass. 15 novembre 1967, n. 2741, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 566.

¹⁶² M. DE ACUTIS, *op. cit.*, 195.

gestire l'attività economica in vista appunto del risultato¹⁶³, al punto che un'inerzia da parte dell'imprenditore o comunque un'attività colposamente trascurata oltre tempi ragionevoli potrebbe legittimare l'azione di risoluzione per inadempimento rilevante ex artt. 1453 – 1455 c.c.¹⁶⁴.

Per quanto concerne la posizione dell'associato, l'art. 2552, comma 2, afferma che esiste un potere di controllo sull'impresa o sull'affare che, tuttavia, viene determinato dal contratto. Tale potere di controllo può dunque avere un contenuto più o meno ampio, ed è senz'altro ammissibile che il contratto sancisca l'obbligo dell'associante di dare notizia all'associato circa lo svolgimento dell'affare o dell'attività, oppure preveda il diritto dell'associato medesimo di esaminare i documenti relativi all'amministrazione o di avere rendiconti con periodicità più ravvicinata di quella legale¹⁶⁵, ma è ugualmente indubitabile che l'associato possa essere convenzionalmente escluso da qualunque forma di controllo.

Ciò che invece non può essere derogato è quanto disposto nel successivo terzo comma dello stesso art. 2552 c.c., secondo cui *“in ogni caso l'associato ha diritto al rendiconto dell'affare compiuto, o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno”*. La natura inderogabile della norma¹⁶⁶ (chiaramente deducibile dall'incipit *“in ogni caso”*) trova la sua *ratio* nel fatto che *“chiunque svolga attività nell'interesse di altri, deve portare a conoscenza di questi, secondo il principio della buona fede, gli atti posti in essere ed, in particolare, quegli atti e fatti da cui scaturiscono partite di*

¹⁶³ V. BEGHINI, *L'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa tra disciplina codicistica e D.Lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 97; M. DE ACUTIS, *op. cit.*, 229.

¹⁶⁴ Trib. Monza, 3 maggio 2000, cit.; Cass. 2 giugno 1992, n. 6701, cit.

¹⁶⁵ G. FERRI, *op. cit.*, 512.

¹⁶⁶ V. BEGHINI, *op. cit.*, 97; F. SANTONI, *op. cit.*, 542.

*dare e avere*¹⁶⁷. Il diritto al rendiconto viene così ad essere – insieme al rischio d'impresa – elemento essenziale ed imprescindibile della fattispecie, che vale fra l'altro a porre un *distinguo* con il lavoro subordinato¹⁶⁸ e a rendere l'associazione in partecipazione figura connotata da quei caratteri comuni che si sono in precedenza visti essere tipici e necessari per l'individuazione delle forme associate di lavoro.

Se è indubitabile il carattere inderogabile del diritto al rendiconto, non v'è, però, unanimità di vedute sull'estensione del suo contenuto e sulle conseguenze derivanti da eventuali inosservanze.

Riguardo al contenuto, secondo alcuni sarebbe sufficiente un prospetto contabile, un conto economico che dimostri i risultati dell'esercizio, avendo l'associato diritto agli utili di esercizio e non di bilancio¹⁶⁹: esso rappresenterebbe quindi solamente *“l'espressione numerica di parametri convenzionalmente stabiliti, per mezzo dei quali è possibile quantificare la misura degli utili suddetti”*¹⁷⁰.

Secondo i più, invece, la disposizione avrebbe carattere non solo formale (di quantificazione numerica) ma anche sostanziale, ovvero di partecipazione minima dell'associato all'attività o all'affare per il quale egli mette a disposizione le proprie energie lavorative, assumendosi altresì il rischio di un insuccesso. Così, l'associato avrà diritto ad un conteggio analitico, che contenga una relazione illustrativa o comunque contempli anche la descrizione dei fatti rilevanti ai fini del

¹⁶⁷ Cass. 7 giugno 1993, n. 6358, in *Mass. Giur. It.*, 1993.

¹⁶⁸ Secondo L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 377 se all'associato non sono conferiti poteri di controllo non si può parlare di associazione in partecipazione. *Ex plurimis* Cass. 10 giugno 2005, n. 12251, in *Giuda Dir.*, 2005, 27, 67; Cass. 24 febbraio 2001, n. 2693, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 314; Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

¹⁶⁹ L. GUGLIELMUCCI, *I certificati di partecipazione*, Milano, 1981, 22.

¹⁷⁰ Cass. 3 febbraio 1996, n. 926, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

risultato dell'attività, nonché la giustificazione documentale ed il diritto ad ogni eventuale spiegazione o chiarimento¹⁷¹.

Se il diritto al rendiconto rappresenta – come si conviene – elemento essenziale dell'associazione in partecipazione, di sorta che la sua sussistenza conduce alla stessa qualificazione della fattispecie e rappresenta quella forma minima di partecipazione che può addirittura essere ulteriormente allargata in via negoziale dalle parti, non può che condividersi la tesi da ultimo illustrata, che attribuisce alla norma funzione sostanziale.

Il carattere essenziale, poi, deve condurre alla conseguenza di attribuire all'obbligo di rendiconto quell'importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., sì che un eventuale inadempimento dell'associante giustifichi la risoluzione *ex art.* 1453 c.c.¹⁷². Non è, invece, condivisibile (proprio per la natura sostanziale della norma) l'orientamento di quella parte della giurisprudenza secondo cui in caso di mancato rendiconto l'associato sarebbe legittimato solo a richiedere il rendiconto giudiziale, in quanto mancherebbe il mero accertamento del credito¹⁷³.

2. L'apporto di lavoro dell'associato

Come in precedenza accennato, la dottrina è pacifica nell'ammettere la possibilità che l'apporto dell'associato possa consistere, oltre che nel conferimento di beni, anche nella prestazione di un'opera ed in particolare di un'attività lavorativa. Si viene così ad individuare una figura contrattuale

¹⁷¹ V. BEGHINI, *op. cit.*, 98; C. DIONISI, *op. cit.*, 1011; M. DE ACUTIS, *op. cit.*, 230.

¹⁷² Trib. Monza, 3 maggio 2000, *cit.*; Cass. 27 marzo 1996, n. 2715, in *Cont.*, 1997, 273.

¹⁷³ Cass. 13 giugno 2000, n. 8027, in *Giur. It.*, 2001, 1193; Cass. 3 febbraio 1996, n. 926, *cit.*

per così dire ulteriore, l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: ormai assai diffusa nella pratica e come attestato dalle sentenze dei giudici di merito come di legittimità, la figura non era stata in realtà prevista – ma neppure esclusa – dal legislatore del 1942, dal momento che nel codice civile non ve n'è alcun cenno. Tuttavia, come detto, la larga diffusione non può più far dubitare della sua esistenza e legittimità, al punto che lo stesso legislatore se n'è occupato in successive disposizioni di legge, dandola così per scontata¹⁷⁴.

Ci si è subito chiesti, però, che tipo di lavoro possa o debba essere quello reso dall'associato, in particolare se possa essere conferita addirittura una prestazione di lavoro subordinato: una parte della dottrina, anche se ormai un poco datata, ha ammesso infatti questa possibilità¹⁷⁵.

In aperto contrasto con l'opinione, già all'epoca prevalentemente sostenuta, secondo cui la prestazione di lavoro subordinato può essere dedotta solo nei contratti per i quali è espressamente prevista¹⁷⁶, l'Autore cui si deve la tesi ricordata ha ritenuto che l'associato in partecipazione possa conferire in apporto anche un'attività di lavoro subordinato. Essa sarebbe connotata da una sorta di carattere di "neutralità" – la subordinazione "tecnico-funzionale" – tale per cui *"la cd. subordinazione è priva di efficacia qualificante se*

¹⁷⁴ Ad esempio, di recente, l'art. 43, D.L. 269/2003, si riferisce a *"soggetti che, nell'ambito dell'associazione in partecipazione di cui agli artt. 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554 del codice civile, conferiscono prestazioni lavorative..."*; l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 parla di *"rapporti di associazione in partecipazione resi....a chi lavora"*: sulla portata e l'analisi di queste novità normative si rimanda al successivo cap. III.

¹⁷⁵ La tesi fu per la prima volta argomentata da L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.* 383 ss. e più tardi ripresa da F. SANTONI, *op. cit.*, 530 ss. e P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in A. CICU e F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000, 306.

¹⁷⁶ Così C. ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, 132.

*viene rapportata al modo di svolgimento della prestazione anziché al contratto di lavoro che tipicamente la esprime, e pertanto alla complessa disciplina enunciata agli artt. 2086, 2094 ss. c.c.*¹⁷⁷. In sostanza, quindi, il carattere subordinato andrebbe riferito alla prestazione di lavoro e non al tipo di contratto.

La questione, come precisa l'Autore, concerne la natura dell'apporto e non la qualificazione del contratto, che è tutt'altra cosa: ammettere che l'apporto di lavoro dell'associato possa consistere in un'attività di lavoro subordinato non significa – secondo quanto sostenuto – qualificare automaticamente il contratto come di lavoro subordinato e di conseguenza applicarvi tutta la specifica disciplina: il contratto resterebbe disciplinato dagli artt. 2549 ss c.c.

La tesi è senza dubbio interessante e brillante, ma allo stesso tempo crea non pochi problemi e si scontra di necessità con la questione della qualificazione del contratto. L'asserita neutralità della prestazione di lavoro subordinato dovrebbe corrispondere, per essere deducibile in qualunque tipo di contratto, anche ad una neutralità sostanziale, ovvero possedere caratteristiche tali da renderla compatibile con assetti dei rapporti fra le parti anche molto differenti fra loro. Non pare, in apparenza, che la subordinazione possieda caratteristiche tali da renderla compatibile con una fattispecie come l'associazione in partecipazione, a meno di non voler considerare tali caratteristiche come elementi del contratto di lavoro subordinato piuttosto che della prestazione di lavoro subordinato. Ma in tal caso verrebbe da chiedersi che cosa dovrebbe poi caratterizzare la prestazione, se non si vuole farla genericamente coincidere con un'attività lavorativa (cui,

¹⁷⁷ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 383.

allora, si dovrebbe togliere l'appellativo di "subordinata"). In altre parole, o si ammette che la prestazione di lavoro subordinato sia scevra da qualunque specifica caratteristica (e allora potrebbe essere dedotta anche in rapporti associativi, o di collaborazione etc.), oppure si riconosce – come è stato fatto – che il contratto di lavoro subordinato è un contratto a causa necessaria, nel senso che i privati sono liberi di raggiungere quel risultato solo utilizzando la figura contrattuale prevista.

V'è allora da sottolineare come la posizione dell'associato all'interno del rapporto contrattuale sia funzionalmente e strutturalmente incompatibile con quella del lavoratore subordinato di cui all'art. 2094 c.c.¹⁷⁸ e da ammettere che possa essere resa una prestazione di lavoro che possieda caratteristiche differenti da quelle del lavoro subordinato e deducibile in un contratto differente da quello di lavoro subordinato (in particolare, che possa essere deducibile una prestazione di lavoro in esecuzione di un contratto di associazione in partecipazione)¹⁷⁹. Il fenomeno, del resto, non è così raro: ciò avviene nelle prestazioni di carattere

¹⁷⁸ V. BEGHINI, *op. cit.*, 98.

¹⁷⁹ V'è tuttavia una parte della dottrina secondo la quale, di fatto, la prestazione resa dall'associato avrebbe quasi sempre le caratteristiche del lavoro subordinato ma, essendo il contratto di lavoro subordinato a causa necessaria, deduce che "l'art. 2549 cod. civ., quando parla di apporto, non comprende l'apporto lavorativo. Altrimenti, arriviamo a questi paradossi, che per tutelare il lavoro bisogna «transitare» per il concetto di falsa volontà (simulazione). Insomma, l'errore consiste – a nostro modesto avviso – nel considerare l'associazione in partecipazione comprensiva anche del conferimento del lavoro, mentre invece basterebbe, qualora le parti lo abbiano soggettivamente valutato, che scatti una regola di ordine pubblico del lavoro o sociale, per cui si applicano invece le norme del contratto di lavoro subordinato da intendere come contratto a causa necessaria": A. ALLAMPRESE, *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, 713. L'Autore riprende la medesima argomentazione anche successivamente all'introduzione dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 in *Associazione in partecipazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 394.

coordinato e continuativo, in contratti associativi come l'impresa familiare etc.¹⁸⁰.

La giurisprudenza, invero, non ha mai mostrato di aderire alla tesi della deducibilità della prestazione di lavoro subordinato nell'associazione in partecipazione, ma, al contrario e come si vedrà dettagliatamente in seguito, ha sempre riservato molta attenzione alla distinzione tra i tipi contrattuali. Si tratta, però, a ben vedere, di un problema diverso, che attiene alla qualificazione del contratto piuttosto che alla natura dell'apporto.

Tuttavia natura dell'apporto e qualificazione del contratto, se si accetta la tesi della c.d. subordinazione tecnico-funzionale, si intersecano necessariamente in maniera molto stretta: nell'ipotesi di un prestatore che esegue un'attività di lavoro subordinato, come fare a sapere se si tratta di contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* o di associazione in partecipazione *ex art. 2549 c.c.*? È chiaro che una tale impostazione genera ancora più evidenti problemi di qualificazione del contratto, dal momento che una stessa prestazione di lavoro (subordinato) potrebbe far capo a più di una tipologia contrattuale, poiché *“il materiale di fatto può presentarsi in maniera da generare ogni legittimo dubbio circa*

¹⁸⁰ Lo stesso L. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, 424 ha sostenuto che *“è da riconoscere, allora, che tra subordinazione rigida e assoluta autonomia (art. 2222 c.c.) esiste una vasta zona di insicurezza qualificativa, che sinora soltanto un incalzante movimento culturale, espresso in sede interpretativa, ha con accentuata prevalenza riempito facendo ricorso a nozioni di subordinazione sempre più allargate, e riferendo a tali nozioni situazioni sempre più lontane da quelle tipicamente considerate dal legislatore, e caratterizzate dalla segnalata sottoposizione alla «direzione» della controparte”*. Anche F. SANTONI, *op. cit.*, 530 osserva che *“la questione della deducibilità della prestazione di lavoro subordinato in altri tipi contrattuali, e così pure la connessa rilevanza della subordinazione a qualificare un determinato vincolo obbligatorio, appare ora notevolmente sfumata a fronte della possibilità di assoggettare la prestazione di lavoro dell'associato alla disciplina dell'art. 2113 c.c., quando presenti i requisiti della ed i caratteri della continuità e della coordinazione, individuati nell'art. 409, n. 3, c.p.c.”*.

l'alternativa presenza di un contratto di lavoro subordinato (con retribuzione partecipativa), ovvero di un contratto di associazione in partecipazione (con apporto di lavoro «subordinato»)»¹⁸¹.

La diversità di contratto non potrebbe essere determinata, ovviamente, dalla diversità di prestazione ed infatti l'Autore cui fa capo la tesi in commento sostiene che gli elementi che dovrebbero, secondo l'opinione giurisprudenziale, distinguere l'associazione in partecipazione sono sempre derogabili e quindi, di fatto, non sufficienti a caratterizzare una fattispecie autonoma. Ciò che, piuttosto, caratterizzerebbe l'associazione in partecipazione, sarebbero l'originaria manifestazione di volontà delle parti e la loro posizione di sostanziale parità, poiché con tale contratto anche l'associato esprimerebbe piena e compiuta libertà nel regolamento del proprio interesse¹⁸².

Rimandando al prosieguo la trattazione della qualificazione del contratto e la distinzione con quello di lavoro subordinato, si rileva solo che la tesi, seppur di notevole interesse teorico, rischia, da un punto di vista di applicazione concreta, di creare ancor più incertezze.

3. L'associazione in partecipazione come “fuga” dal lavoro subordinato

Se l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro era una figura pressoché sconosciuta all'epoca dell'emanazione del codice civile, nei decenni a seguire ne è stato fatto un uso sempre più frequente. Il fenomeno, come già accennato, non è stato né creato né supportato dal legislatore il quale, al contrario, se n'è pressoché disinteressato (almeno

¹⁸¹ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato...*, cit., 405.

¹⁸² L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato...*, cit., 415.

fino agli ultimi anni), ma è davvero nato da sé, attraverso l'utilizzazione della fattispecie contrattuale fatta dalle parti attraverso un autonomo atto di volontà. La presenza dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro tra le fattispecie negoziali c.d. atipiche (o semplicemente esorbitanti dal lavoro subordinato a tempo indeterminato) riveste oggi un ruolo anche quantitativamente non indifferente¹⁸³.

Il proliferarsi del ricorso a tale contratto è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza, che è spesso intervenuta in tema. Tuttavia, prima di addentrarci nel vasto panorama delle sentenze in materia, risulta utile cercare di comprendere le cause che hanno condotto al delinarsi di un tale assetto e pertanto accennare, senza alcuna pretesa di esaustività, al più ampio fenomeno della c.d. crisi della subordinazione.

Il concetto di subordinazione (che nell'originaria costruzione barassiana era inclusa, assieme al lavoro autonomo ma altresì alle figure della *locatio operarum* e della *locatio operis* nell'ampia nozione di contratto di lavoro¹⁸⁴) trova una propria collocazione nel codice civile del 1942. Questa sistematica esprimeva la realtà economica e sociale di allora, caratterizzata dalla centralità della fabbrica, media e grande, e dai metodi produttivi della prima rivoluzione industriale: il lavoro "salariato" era quello prestato all'interno di tale organizzazione (era, in altre parole, solo il lavoro svolto

¹⁸³ I dati relativi all'anno 2006 (consultabili su www.politicadomani.it) confermano tale tendenza: l'associazione in partecipazione ha un utilizzo complessivo nel mercato del lavoro dello 0,6%, su un totale in cui le forme di lavoro diverse dal lavoro subordinato a tempo indeterminato full-time o part-time (lavoro a tempo determinato, apprendistato, lavoro autonomo etc.) occupano il 26,8%.

¹⁸⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, 690.

nell'impresa)¹⁸⁵ e si contrapponeva, in una rigida dicotomia, a quello svolto in forma autonoma. Il lavoro svolto in forma subordinata ha mantenuto, per anni, tale ruolo di centralità, al punto che il diritto del lavoro è stato identificato con il diritto del lavoro subordinato, verso cui sono state disposte tutele e garanzie per lo più sottratte alla disponibilità delle parti¹⁸⁶.

Se non che, nel corso degli anni, qualcosa è mutato. La profonda trasformazione dei sistemi di produzione ha determinato mutazioni non solo della realtà sociale ma anche dei modelli di collaborazione nell'impresa¹⁸⁷, di sorta che si è verificata una *“progressiva sfasatura tra il modello storico del lavoro subordinato e le variegate forme postindustriali di integrazione del lavoro nell'attività economica”*¹⁸⁸.

Ciò ha condotto alla nascita di nuovi modelli di collaborazione nell'impresa, caratterizzati soprattutto dall'apporto di capacità creative e di autorganizzazione¹⁸⁹ o di formazione di “zone grigie”¹⁹⁰, di situazioni lavorative che si situano al limite del lavoro subordinato ma altresì figure di c.d. non lavori.

In questo nuovo contesto, è stato detto, il lavoro subordinato non potrebbe più vantare alcuna supremazia¹⁹¹ e

¹⁸⁵ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 43.

¹⁸⁶ L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, 5; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, 95.

¹⁸⁷ F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, 203.

¹⁸⁸ M. D'ANTONA, *op. cit.*, 69.

¹⁸⁹ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, 231.

¹⁹⁰ R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, 102.

¹⁹¹ M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 509; P. BELLOCCHI, *Tutela del lavoro e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 629.

ne è stata diagnosticata una vera e propria “crisi”¹⁹², così che, per assicurarsi la collaborazione altrui si preferisce fare ricorso ad altre forme di lavoro, con l’effetto di sottrarsi alla “giungla”¹⁹³ delle tutele e delle garanzie previste per i lavoratori subordinati: è questa la “fuga” dal diritto del lavoro¹⁹⁴, che consentirebbe l’utilizzo di un’attività lavorativa al di fuori dei blocchi normativi tipici consentendo, però, di continuare a controllare la prestazione “meglio di prima con la sola accortezza di «tenere il guinzaglio lungo»”¹⁹⁵.

La dottrina prevalente, partendo dall’elaborazione teorica di D’Antona¹⁹⁶, ha proposto una rimodulazione delle tutele partendo da una nozione unitaria del lavoro, un lavoro *sans phrase* o senza aggettivi, nozione aperta, tale da ricomprendere tutte quelle forme di collaborazione o di rapporti speciali che si differenzierebbero dal classico concetto di lavoro subordinato all’interno dell’impresa, oppure l’aggiunta di un *tertium genus* costituito da tutte le forme di lavoro coordinato da porre accanto ai tradizionali modelli di subordinazione e autonomia¹⁹⁷.

¹⁹² La dottrina in tema è vastissima. Si segnalano, fra i tanti contributi: L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro tra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Dir. Lav.*, 1993, 21; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, I, 173; U. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. Dir.*, 1997, 3; i contributi presenti in *Subordinazione e autonomia; vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. Dir. Lav., Rel. Ind.*, n. 21, Torino, 1998; E. GHERA, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, 1999, 477; A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in F. CARINCI, *Il lavoro subordinato, II, Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, Torino, 2007, 3.

¹⁹³ L’espressione è di L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Milano, 1979, 59.

¹⁹⁴ P. ICHINO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *Dem. Dir.*, 1990, 69.

¹⁹⁵ M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, I, 311.

¹⁹⁶ M. D’ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma, 1996, 23.

¹⁹⁷ R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA e M. PERSIANI, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Roma, 1998. La dottrina da tempo si interroga sull’opportunità di predisporre uno “Statuto

Vi sarebbe, in ogni caso, una “grande famiglia” di lavori, né propriamente subordinati né propriamente autonomi, nella quale potrebbe convivere *“un insieme variegato di figure che rispondono ad esigenze diverse e per le quali la legge prevede, a volte, discipline differenziate, ma che realizzano, comunque assetti di interessi analoghi”* e in cui sono *“ricompresi: i rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale (per i quali il Codice civile e gli accordi economici collettivi dettano una disciplina speciale); i rapporti derivanti dalla stipulazione di un contratto a progetto; i rapporti derivanti dalle collaborazioni coordinate «rivisitate» perché ne è stato esplicitato il progetto o programma; i rapporti di collaborazione coordinata esclusi dall’ambito di applicazione della legge del 2003; i rapporti che hanno ad oggetto prestazioni occasionali di tipo accessorio; i rapporti degli associati in partecipazione e dei soci di cooperative; il lavoro familiare”*¹⁹⁸.

L’associazione in partecipazione – come pure altre forme di lavoro associato – rappresenta, quindi, una delle opzioni di “fuga” dalla rigidità del sistema di lavoro subordinato, una delle possibilità di ricevere od offrire una prestazione lavorativa al di fuori degli schemi della subordinazione così come impostati dal codice civile del 1942. Un uso, si ricorda, imprevedibile e inaspettato per quello stesso legislatore del 1942 che aveva descritto agli artt. 2549 ss. una disciplina scarna, ma comunque indirizzata ad una forma di collaborazione in termini di beni e capitali piuttosto che di lavoro.

Ciò che ha consentito la versatilità della fattispecie in oggetto è stato il carattere dispositivo delle norme civilistiche,

dei Lavori”: G. SANTORO PASSARELLI, *Le “ragioni” dello Statuto dei Lavori*, in *www.lex.unict.it*.

¹⁹⁸ M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 19.

la cui esiguità e la cui derogabilità (di cui s'è detto in precedenza) ha fatto sì che, storicamente, l'associazione in partecipazione venisse ad essere associazione in partecipazione con apporto di lavoro.

4. La qualificazione del rapporto di lavoro subordinato tra metodo sussuntivo e metodo tipologico

La giurisprudenza ha dato alla “fuga” dal lavoro subordinato una risposta diversa da quella avanzata in dottrina, poiché ha continuato e continua a decidere le controversie poste a suo giudizio facendo unicamente leva sul concetto classico di subordinazione. È per questo motivo che occorre analizzare come, nonostante la crisi del concetto stesso (o, forse, proprio a causa di essa), la qualificazione della subordinazione continui ad essere centro di interesse da cui prendere le mosse: nelle molteplici possibilità che ricorrono di poter svolgere attività lavorativa anche in forma non subordinata sembra essere, infatti, ancor più importante delimitarne il campo di applicazione.

La definizione legislativa di subordinazione, rinvenibile nell'art. 2094 c.c. secondo cui “*è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*” non è di grande aiuto, essendo quasi una tautologia, né si potrebbe rinvenire qualche elemento in più dalla nozione di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c., svolto “*senza vincolo di subordinazione*”¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Afferma U. ROMAGNOLI, *È arrivato un bastimento carico di “A”*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Napoli, 1990, 36 che il legislatore “*si esibisce in*

Se il legislatore non è stato di grande aiuto, la dottrina ha tentato di fornire una propria interpretazione. Subito è stata data rilevanza alla nozione di organizzazione: da un lato sotto il profilo della specificazione da parte del datore di lavoro degli obblighi derivanti dal contratto, dall'altro valorizzando la condizione di "doppia alienità" in cui versa il prestatore di lavoro²⁰⁰, rispetto ai mezzi di produzione ed al risultato finale.

Diversa angolazione è quella da cui ha preso le mosse quella dottrina secondo cui il contratto di lavoro avrebbe la funzione sia di realizzare lo scambio sia di costituire l'organizzazione di lavoro all'interno della quale il lavoratore presta la sua opera²⁰¹. In tal modo l'interesse al risultato complessivo dell'organizzazione produttiva diverrebbe interesse al coordinamento dell'attività lavorativa, con conseguente ampliamento dei comportamenti dovuti dal lavoratore.

Pure i tentativi dottrinali si sono, in realtà, rivelati vani ai fini di un'interpretazione e ricostruzione univoca del concetto di subordinazione.

L'individuazione dei suoi tratti caratterizzanti tipici è stata affrontata pragmaticamente dalla giurisprudenza, che ha risolto i casi di dubbia qualificazione attraverso l'individuazione di una serie di indici empirici²⁰².

questa performance di stile oracolare: è lavoratore subordinato chi si obbliga a prestare lavoro subordinato [...] ed è autonomo chi si obbliga a prestare lavoro senza vincolo di subordinazione".

²⁰⁰ Rispettivamente F. MANCINI, *La responsabilità del prestatore di lavoro*, Milano, 1957 e U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967.

²⁰¹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; da ultimo, in questa prospettiva ricostruttiva M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002.

²⁰² Sul tema di vedano M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, V, 2, 843; F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, 406; P. TESAURO, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in L.

L'orientamento giurisprudenziale più datato, che grosso modo si protrae fino agli anni '80, ha individuato quattro indici fondamentali nella distinzione tra lavoro autonomo e subordinato: l'eterodirezione, l'inserimento del prestatore di lavoro subordinato nell'organizzazione aziendale, l'oggetto della prestazione, l'organizzazione e il rischio del lavoro²⁰³, ritenendo che, di volta in volta, potessero presentarsi in forma attenuata oppure non presentarsi affatto, importando solo che dall'insieme risultasse prevalente il carattere della subordinazione piuttosto che dell'autonomia²⁰⁴. I c.d. indici sussidiari, invece (quali, ad esempio, le modalità della retribuzione, il vincolo di osservanza di un orario rigido e predeterminato etc.)²⁰⁵ non potrebbero smentire il risultato raggiunto attraverso l'uso degli indici fondamentali, ma avrebbero unicamente funzione rafforzativa.

Più di recente la giurisprudenza – stabilita la centralità della volontà espressa dalle parti stipulanti il contratto di lavoro, se non smentita dalle modalità di svolgimento del rapporto – per il caso di successivo contrasto classificatorio fra di esse, ha assunto quale criterio fondamentale la sola eterodirezione²⁰⁶, sottolineando la necessità che la prestazione

GAETA e P. TESAURO. *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Torino, 1993, I, 81.

²⁰³ Fra le tante si vedano Cass. 29 aprile 1983, n. 2979, in *Rep. Foro It.*, 1983; Cass. 3 novembre 1981, n. 5807, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, 290; Cass. 5 aprile 1971, n. 995, in *Mass. Giust. Civ.*, 1971, 534; Cass. 4 agosto 1967, n. 2075, in *Riv. Dir. Lav.*, 1968, II, 108; Cass. 11 ottobre 1956, n. 3250, in *Orient. Giur. Lav.*, 1957, 43.

²⁰⁴ Cass. 11 aprile 1981, n. 2146, in *Rep. Foro It.*, 1981; Cass. 22 gennaio 1980, n. 532, in *Rep. Foro It.*, 1980; Cass. 11 maggio 1979, n. 2714, in *Rep. Foro It.*, 1979.

²⁰⁵ Cass. 12 aprile 1979, n. 2187, in *Rep. Foro It.*, 1979; Cass. 30 maggio 1974, n. 1548, in *Mass. Giust. Civ.*, 1974, 702; Cass. 10 luglio 1969, n. 2537, in *Mass. Giust. Civ.*, 1969, 1308.

²⁰⁶ Orientamento dominante a partire da Cass. 13 dicembre 1982, n. 6857, in *Rep. Foro It.*, 1982. Più di recente Cass. 25 maggio 2004, n. 10043, in *Gius.*, 2004, 3775; Cass. 21 maggio 2004, n. 9764, in *Lav. Giur.*, 2004, 1195; Cass. 13 febbraio 2004, n. 2842, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 269;

di lavoro sia regolata anche in base alle esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale, attraverso direttive che ineriscano all'intrinseco svolgimento dell'attività lavorativa, ovvero attraverso ordini specifici e dettagliati ed un'assidua attività di vigilanza e di controllo sull'esecuzione della prestazione²⁰⁷. Oggi la giurisprudenza appare più disponibile a rivedere la nozione "classica" di subordinazione, in quanto accanto alla subordinazione-eterodirezione, che rimanda al modello organizzativo di stampo taylorista-fordista imperniato sulla divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro, si avverte l'importanza di un modello organizzativo caratterizzato dalla subordinazione-coordinamento, *"caratterizzato dalla sottoposizione del lavoratore al mero controllo sul risultato finale, quantitativo o qualitativo, della prestazione (e non, invece, sul modo di eseguire un determinato compito); e, in definitiva, compatibile con un livello elevato di autoregolazione o [...] di autonomia nella subordinazione"*²⁰⁸.

Per la classificazione dei casi di dubbia riconducibilità al tipo definito dall'art. 2094 c.c. sono stati prospettati due diversi metodi: il metodo c.d. sussuntivo e quello c.d. tipologico.

Per i sostenitori del primo fra essi la qualificazione del singolo contratto deve avvenire secondo un giudizio di identità con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.²⁰⁹; per gli altri,

Cass. 19 novembre 2003, n. 17549, in *Gius.*, 2004, 1126; Cass. 6 luglio 2002, n. 9853, in *Mass. Giust. Civ.*, 2002, 1180.

²⁰⁷ Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in *Lav. Giur.*, 2005, 450; Cass. 22 agosto 2003, n.12364, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, 1991; Cass. 16 gennaio 1996, n. 326, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass. 26 ottobre 1994, n. 8804, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 1708.

²⁰⁸ E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 8.

²⁰⁹ L. MENGONI, *op.cit.*, 5; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 54; R. PESSI, *op. cit.*, 18, G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 8.

invece, mancando una nozione generale davvero appagante di subordinazione, la qualificazione deve avvenire sulla base di un raffronto con il tipo normativo che riconduca all'art. 2094 c.c. quelle situazioni concrete in cui è presente la parte prevalente o più significativa degli indici di subordinazione, con la conseguenza di una maggiore o minore possibilità di applicazione della disciplina a seconda del grado di approssimazione e affinità al tipo normativo²¹⁰.

Secondo questi ultimi il metodo tipologico consentirebbe di aggiornare la nozione di subordinazione all'evoluzione dei modelli sociali, cosa che il metodo sussuntivo non consentirebbe di fare a causa della sua rigidità, a meno di non manipolare in modo più o meno esplicito la nozione astratta²¹¹. I sostenitori del metodo sussuntivo, dal canto loro, rimproverano agli altri l'eccessiva arbitrarietà del criterio adottato, sia perché con esso si vorrebbe sostituire ad un concetto legislativo un altro concetto di elaborazione dottrinale – il tipo normativo – privo di riscontro nel linguaggio comune, sia perché l'applicazione selettiva della disciplina lavoristica dilaterrebbe oltre misura i poteri del giudice, chiamato a decidere non solo sull'*an* ma anche sul *quantum* della disciplina applicabile²¹².

Di qui la proposta anche di una lettura “funzionale”, per la quale ai fini della qualificazione a rilevare non è la presenza dei singoli elementi nel caso concreto, ma lo “*specifico ruolo*

²¹⁰ M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, 307; L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, 182; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., 77; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI e T. TREU, *Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, 6^a ed., Torino, 2006, 21.

²¹¹ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., 81.

²¹² L. MENGONI, *op. cit.*, 16.

che essi svolgono rispetto al contesto, sottolineando che anche elementi diversi possono svolgere la medesima funzione, o viceversa, che elementi identici possono svolgere funzioni diverse, a seconda del modo in cui sono correlati tra loro”; così facendo “il procedimento di qualificazione viene emancipato dal ‘meccanicistico’ giudizio d’identità e si svolge attraverso la valutazione ponderata della incidenza che ciascun elemento presenta rispetto agli altri, e della sua idoneità o meno a realizzare congiuntamente agli altri, la funzione considerata”²¹³.

Naturalmente l’adesione all’una o all’altra metodologia porta anche a letture diverse del medesimo materiale giurisprudenziale, sicché nelle operazioni di qualificazione dei giudici viene rilevato, a seconda dell’opzione che si predilige, ora un giudizio di maggiore o minore approssimazione al tipo normativo, ora un’applicazione del tradizionale metodo sussuntivo²¹⁴. Ma è anche vero che, pur nelle evidenti diversità, in realtà i due metodi sono talora compresenti nella nostra giurisprudenza, la quale adotta come premessa la nozione di subordinazione di cui all’art. 2094 c.c., ma realizza la qualificazione concreta mediante un procedimento logico di tipo induttivo o per approssimazione, ovvero una “sussunzione per approssimazione” sulla base di una serie di indici empirici, realizzando così quello che è già stato denominato il c.d. metodo tipologico-funzionale. Come afferma la stessa giurisprudenza, ciascun indice sussidiario, autonomamente considerato, non è idoneo a determinare la qualificazione del rapporto²¹⁵, ma tali criteri possono costituire, globalmente

²¹³L. NOGLER, *Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 145.

²¹⁴M. TIRABOSCHI, *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, 1993, 35.

²¹⁵Cass. 2 settembre 2000, n. 11502, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I.

considerati, indici concordanti, gravi e precisi, rivelatori dell'effettività di tale sussistenza²¹⁶.

5. Scriminante fra lavoro subordinato ed associazione in partecipazione: il pragmatismo giurisprudenziale

L'amplessissima giurisprudenza in materia di associazione in partecipazione con apporto di lavoro, di cui si darà ora conto, si è sempre mossa con una sola preoccupazione: porre distinzioni e limiti con la fattispecie lavoro subordinato. Un'opera, quindi, meramente qualificatoria che ha fatto uso di quegli indici e quei metodi di cui s'è detto *supra* in maniera talora affrettata e comunque opinabile, tutta protesa, però, verso un'unica preoccupazione, quella di combattere l'uso fraudolento dell'associazione in partecipazione. È certo che l'associazione in partecipazione è stata utilizzata spesso per evitare le strette maglie della disciplina del lavoro subordinato²¹⁷ (anche in ipotesi davvero poco credibili²¹⁸), ma è altrettanto vero che la giurisprudenza (nonsenza pregiudizi) non è andata oltre il piano della logica repressiva delle frodi, spesso così preoccupandosi di qualificare il concetto di subordinazione piuttosto che di indagare lo specifico connotato dell'associazione.

²¹⁶ Cass. 18 marzo 2004, n. 5508, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 3. In dottrina M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Dir. Lav.*, 2004, 373.

²¹⁷ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 224.

²¹⁸ Si pensi ad esempio a mansioni di "macellaio, banconista, salumiere, addetto alla disposizione della merce negli scaffali, cassiere, le quali, per inscindibile connessione con le esigenze di continuità del rifornimento, della commercializzazione dei prodotti e del rapporto con la clientela, mal si conciliano con una logica di autonomia operativa dei singoli prestatori e, invece, si correlano necessariamente a un sistema imprenditoriale etero-organizzato subordinato al potere gerarchico e gestionale dell'imprenditore": così Trib. Trapani, 13 giugno 1996, in *Inform. Prev.*, 1996, 851.

Punto di partenza della ricostruzione qualificatoria è il fatto che la volontà delle parti, così come formalmente espressa nel *nomen iuris* contrattuale, non è sufficiente a delineare un rapporto di associazione in partecipazione. Rarissime sono, infatti, le decisioni secondo cui la volontà delle parti avrebbe un peso dirimente, di sorta che, in caso di divergenza fra quanto espresso nell'atto scritto e quanto effettivamente realizzatosi, dovrebbe prevalere il primo²¹⁹.

Per lo più i giudici ritengono che, piuttosto che alla volontà espressa dalle parti nel contratto, sia necessario dare risalto alle concrete modalità di fatto nelle quali il rapporto si estrinseca²²⁰, a volte motivando col fatto che le parti avrebbero ben potuto simulare l'atto iniziale, oppure modificare la loro volontà in fase di esecuzione²²¹. Ciò comporta, quindi, un'analisi sull'effettivo svolgimento del rapporto, che i giudici sono soliti compiere, come detto, secondo un criterio c.d. di prevalenza: non si fa leva, quindi, sulla totale riconduzione della fattispecie concreta alla previsione astratta dell'associazione in partecipazione o del lavoro subordinato, bensì si effettua un'analisi atta a “cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione in concreto del rapporto, degli elementi caratterizzanti i due contratti”²²².

²¹⁹ Cass. 24 maggio 2004, n. 10002, in *Guida Dir.*, 2005, dossier n. 2, 43.

²²⁰ Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500, inedita a quanto consta; Cass. 19 luglio 2005, n. 15131, in *Guida Lav.*, 2005, n. 37, 29; Cass. 18 agosto 2004, n. 16144, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16119, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 6, 4; Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, cit.; Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1188, in *Dir. Prat. Lav.*, 2000, 1759; Cass. 12 gennaio 2000, n. 290, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, cit.; Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, cit.; Cass. 27 marzo 1996, n. 2715, cit.

²²¹ Cass. 10 giugno 2005, n. 12261, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 1916.

²²² Così Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, cit. Tale principio, si ritrova in numerose pronunce tra cui: Cass. 5 settembre 2003, n. 13013, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 562; Cass. 24 febbraio 2001, n. 2693, cit.; Cass. 10 gennaio 1994, n. 158, in *Not. Giur. Lav.*, 1994, 279.

Si deve dar conto, per completezza espositiva, che in giurisprudenza talora si rinvencono pronunce in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario. Ad esempio, s'è affermata l'equivalenza dell'accertamento della volontà delle parti rispetto alla considerazione dell'effettivo svolgimento del rapporto²²³, sostenendo che la qualificazione formale effettuata nel contratto, pur non avendo valore decisivo, non è tuttavia irrilevante e, ove sussista la scelta dell'associazione in partecipazione, richiede di necessità che l'accertamento del giudice circa le modalità con cui il vincolo lavorativo si è svolto sia particolarmente rigoroso. La posizione assunta da queste recenti pronunce sembra da condividere anche se, in realtà, i giudici hanno motivato il loro rigore sulla base di una premessa non altrettanto condivisibile: *“la possibilità che l'apporto della prestazione lavorativa dell'associato abbia connotazioni in tutto analoghe a quelle dell'espletamento di una prestazione lavorativa in regime di lavoro subordinato”*²²⁴, affermazione che sembra riecheggiare la tesi ricostruttiva di Spagnuolo Vigorita sopra esaminata criticamente.

La giurisprudenza, sulla base dunque di un metodo tipologico²²⁵, ha individuato alcuni indici discretivi ai fini della qualificazione.

Innanzitutto l'associazione in partecipazione sarebbe caratterizzata dalla carenza di subordinazione, quindi dalla mancanza di soggezione ai poteri tipici del datore di lavoro,

²²³ Trib. Bolzano, 21 settembre 2007, in *Guida Lav.*, 2007, 50, 30; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, cit.; Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, cit.; Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, cit.

²²⁴ Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, cit.

²²⁵ Dello stesso avviso anche C. SANTORO, *op. cit.*, 30.

disciplinare e gerarchico²²⁶, nonostante essa sia compatibile con direttive e indicazioni di ordine generale sullo svolgimento della prestazione (tuttavia più limitati e non penetranti come gli ordini specifici *ex art. 2094 c.c.*)²²⁷.

Inoltre andrebbe guardato il carattere aleatorio o meno del corrispettivo, quindi la sussistenza di un rischio d'impresa²²⁸; sappiamo, però, che la giurisprudenza tende ad ammettere l'esclusione della partecipazione alle perdite dell'associato²²⁹, come pure la possibilità che venga corrisposto un minimo garantito²³⁰ o che vi sia partecipazione ai ricavi piuttosto che agli utili²³¹.

Terzo elemento fondamentale sarebbe la sussistenza del potere di controllo sulla gestione economica dell'impresa, che, nel caso di associazione in partecipazione, l'associato esercita essenzialmente attraverso il rendiconto²³².

Oltre a tali requisiti, poi, la giurisprudenza utilizza altri indici, per così dire secondari, come il rispetto o meno dell'orario di lavoro e la necessità o no di giustificare le assenze²³³, l'inserimento nel ciclo lavorativo²³⁴, la conoscenza della contabilità aziendale²³⁵.

²²⁶ Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, cit.; Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, cit.; Pret. Arezzo 17 febbraio 1997, in *Giur. Tosc.*, 1998, 88; Cass. 21 giugno 1988, n. 4235, in *Dir. Lav.*, 1989, II, 500.

²²⁷ Cass. 14 febbraio 2005, n. 2932, in *Guida Lav.*, 2005, 17, 40; Trib. Roma 2 dicembre 2003, in *Nuovo Dir.*, 2004, 320; App. Milano 31 luglio 2001, in *Orient. Giur. Lav.*, 2001, I, 493.

²²⁸ Cass. 10 giugno 2005, n. 12261, cit.; Cass. 19 dicembre 2003, n. 19475, cit.; Trib. Sondrio 29 ottobre 1996, in *Inform. Prev.*, 1996, 998.

²²⁹ Cfr. nota 34.

²³⁰ Cfr. nota 41.

²³¹ Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, cit.; Cass. 6 maggio 1997, n. 3936, cit.; *contra* Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, cit.

²³² Trib. Firenze 27 dicembre 2001, in *Dir. Lav.*, 2001, II, 438; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1188, cit.; Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, cit.

²³³ Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, cit.; Trib. Catania 3 luglio 1985, in *Orient. Giur. Lav.*, 1985, 776.

²³⁴ Trib. Firenze 30 gennaio 2002, in *Foro Tosc.*, 2002, 237.

²³⁵ Cass. 19 dicembre 2003, n. 19475, cit.

Al di là del metodo seguito e della relative conseguenze, di cui si dirà, è opportuna una prima riflessione. Qualunque metodo qualificatorio che si basi su indici ma, a maggior ragione, un metodo tipologico, richiede *quam minus* che gli indici assunti a parametro di riferimento siano certi. Invece, nel presente caso, la giurisprudenza mostra alcune oscillazioni che rendono incerti taluni indici: ad esempio, come visto, alcune decisioni hanno ritenuto compatibile con l'associazione in partecipazione la corresponsione di un guadagno fisso, altre sono di avviso contrario. Al di là dell'opinione espressa su tale orientamento, è chiaro che l'incertezza – o meglio l'opposta visione – su elementi così importanti, rende altrettanto inaffidabile l'opera qualificatoria.

Si richiederebbe che gli elementi qualificanti l'associazione in partecipazione fossero analizzati ed utilizzati secondo canoni ben più rigidi ed univoci di quelli adottati dalla giurisprudenza: questo, da un lato, per motivi di ordine sostanziale, poiché, come s'è visto, anche se la disciplina presenta carattere dispositivo, il codice individua comunque dei tratti tipici che non possono essere derogati oltre certi limiti e devono preservare le caratteristiche della fattispecie; dall'altro per motivi di ordine formale, in quanto qualificare un rapporto diversamente da quanto hanno – almeno in apparenza – effettuato le parti, richiede un grado di certezza più ampio²³⁶.

6. (segue): presunzione di subordinazione e sanzione della conversione del rapporto in vincolo di dipendenza: quale fondamento giuridico di tale giurisprudenza?

²³⁶ Così anche V. BEGHINI, *op. cit.*, 101, secondo cui “l'accertamento dell'esistenza di un genuino contratto di associazione in partecipazione sembra derivare dall'applicazione di criteri standard e fondati su un'interpretazione formale della disciplina codicistica”.

La preoccupazione della giurisprudenza è sempre stata quella di evitare che la figura dell'associazione in partecipazione fosse utilizzata per mascherare rapporti di lavoro subordinato. Certamente giusta, essa ha tuttavia fatto sì che l'opera di qualificazione fosse indirizzata verso un esito binario: secondo i giudici o v'è associazione in partecipazione o v'è lavoro subordinato²³⁷.

Il lavoro subordinato si pone quale unico modello alternativo, poiché, ogni qualvolta non si riesca a dar prova di tutti gli elementi che caratterizzano il contratto di associazione in partecipazione, automaticamente esso viene qualificato di lavoro subordinato.

Questo *modus operandi* crea una rigida dicotomia che non riserva alcun tipo di spazio ad altri rapporti di lavoro (ad es. lavoro autonomo, collaborazioni coordinate e continuative etc.) che, almeno in linea astratta, non è detto debbano essere per forza esclusi: insomma, *tertium non datur*.

Inoltre la giurisprudenza sembra operare in modo quasi automatico nel riconoscere la subordinazione, ammettendo una sorta di presunzione ogni qualvolta manchino – anche solo in maniera prevalente – elementi dell'associazione in partecipazione. Eppure, una presunzione di subordinazione non esiste, in via generale, nel nostro ordinamento²³⁸, sicché l'atteggiamento assunto avrebbe dovuto trovare un fondamento giuridico altrove, in una norma o in un principio in base al quale rendere possibile questa sorta di conversione in lavoro subordinato che i giudici operano ogni qualvolta, come detto, l'analisi del rapporto concreto porti a non ritenere

²³⁷ M.M. MUTARELLI, *Sulla qualificazione del contratto di associazione in partecipazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, 26.

²³⁸ G. BOLEGO, *op. cit.*, 839.

prevalenti gli elementi caratterizzanti l'associazione in partecipazione

Si vedrà *infra* che quella norma è ora rinvenibile nell'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003, ma prima la giurisprudenza non s'è mai eccessivamente preoccupata di ricercare un tale fondamento, ma si possono avanzare delle ipotesi.

Sporadicamente si è parlato di “*intento fraudolento nei confronti dei diritti del lavoratore scaturenti da norme inderogabili di legge*”²³⁹, che farebbe pensare ad un contratto in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c. In effetti spesso l'associazione in partecipazione viene conclusa per evitare l'applicazione delle più rigide ed inderogabili norme previste per il lavoro subordinato, sicché potrebbe dirsi che “*costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative*” (art. 1344 c.c.).

Un tale tipo di ricostruzione è stato proposto in tema di esternalizzazioni²⁴⁰: essa, tuttavia, presta il fianco ad una serie di obiezioni che la rendono, a nostro avviso, inutilizzabile nella presente ipotesi. La frode alla legge presuppone l'uso di uno o più negozi, di per sé leciti, utilizzati nel caso concreto per la somiglianza delle loro conseguenze con un altro tipo di negozio invece vietato dall'ordinamento, o comunque volto a realizzare un risultato vietato²⁴¹. Con l'associazione in partecipazione “*fraudolenta*”, invece, non si vuole un risultato vietato, poiché il lavoro subordinato è ben lecito nel nostro ordinamento: semplicemente se ne vuole l'applicazione solo

²³⁹ Trib. Catania 3 luglio 1985, in *Orient. Giur. Lav.*, 1985, 776.

²⁴⁰ Le teoria era stata proposta, già vigente la L. 1369/1960, da G. NICOLINI, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980, 102; più di recente da R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 310.

²⁴¹ C.M. BIANCA, *op.cit.*, 625.

parziale (ovvero, si vuole evitare l'applicazione di norme ad esso correlate)²⁴².

Inoltre, e quest'osservazione pare dirimente, un contratto in frode alla legge è un contratto a causa illecita e quindi radicalmente nullo: quand'anche l'associazione in partecipazione venisse considerata nulla *ex art.* 1344 c.c., la sola conseguenza dovrebbe essere quella della sua inefficacia fra le parti. L'*art.* 1344 c.c. non prevede anche la costituzione *ope legis* del contratto fraudolentemente eluso - nella specie, il lavoro subordinato - né sarebbe sostenibile una nullità di singole clausole con sostituzione automatica da norme imperative *ex art.* 1419, comma 2, c.c., di modo che il giudice non avrebbe comunque un potere di conversione o trasformazione.

Altre volte, invece, è parso che i giudici si riferissero alla simulazione relativa *ex artt.* 1414, comma 2, c.c.²⁴³, in cui sono presenti due contratti, uno apparente o simulato (*id est* l'associazione in partecipazione) ed uno reale o dissimulato (il lavoro subordinato), ovvero quello effettivamente voluto dalle parti: in tali casi la legge dichiara che tra le parti non ha effetto il contratto simulato bensì la situazione realmente voluta²⁴⁴.

La ricostruzione appare certamente più in linea con i casi in esame, in quanto, effettivamente, sono presenti due diverse fattispecie negoziali, una solamente apparente ed una reale,

²⁴² È quanto sostiene in tema di esternalizzazioni M.T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D.Lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. Giur.*, 2005, 1115, secondo la quale "l'*art.* 1344 c.c. - viceversa - esprime e presidia un semplice limite interno. Vieta, cioè, che il contratto [...] venga utilizzato per realizzare interessi diversi da quelli riconosciuti e protetti dall'ordinamento. In breve, colpisce una combinazione di negozi a causa illecita".

²⁴³ Così Trib. Firenze 30 gennaio 2002, in *Foro Tosc.*, 2002, 237 e Trib. Pescara, 12 marzo 1991, in *Rass. Giur. Farm.*, 1998, 43, 110.

²⁴⁴ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 696.

senza che, tuttavia, sia richiesto che quest'ultima rivesta carattere di illiceità: è sufficiente che corrisponda al vero intento delle parti.

Inoltre la ricostruzione permetterebbe l'applicazione del successivo art. 1415, comma 2, c.c. secondo il quale i terzi che siano stati pregiudicati dal contratto simulato possono far valere la situazione reale: quindi, per quanto qui interessa, gli Istituti previdenziali competenti avrebbero titolo per far valere l'esistenza nei loro confronti di un rapporto di lavoro subordinato anziché di associazione in partecipazione, e pretendere oneri contributivi diversi (e più alti) fin dal sorgere del negozio.

V'è tuttavia un aspetto, non trascurabile, che osta – almeno in parte – ad una tale lettura: l'aspetto probatorio.

L'art. 1414, comma 2, c.c. richiede, ai fini dell'applicabilità del negozio dissimulato, che *“ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma”*: ciò significa che non basta che le parti abbiano avuto una riserva mentale riguardo al rapporto di lavoro subordinato.

I requisiti di forma sono, probabilmente, più semplici da rispettare poiché normalmente per un rapporto di lavoro subordinato vige il principio della libertà di forma²⁴⁵.

Per quanto riguarda i requisiti sostanziali, invece, il discorso è differente. La giurisprudenza in materia di simulazione relativa richiede che sussistano chiaramente tutti i requisiti sostanziali della fattispecie dissimulata, in mancanza dei quali essa non può avere effetto tra le parti. La *ratio* è peraltro logica: poiché in apparenza la situazione contrattuale è diversa, affinché possa vigere per le parti e

²⁴⁵ Diverso sarebbe il caso, ad esempio, di un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, ove è prevista la forma scritta a pena di nullità.

l'ordinamento una situazione reale (ma non apparente) occorre un grado di certezza totale rispetto alla sua sussistenza.

Alla luce di quanto esposto dovremmo concludere che un contratto di lavoro subordinato potrebbe essere fatto valere in quanto negozio dissimulato, ma solo ove ne ricorrano tutti i requisiti non tanto di forma quanto (soprattutto) di sostanza. Il giudice chiamato all'accertamento in questione dovrebbe pertanto verificare la presenza fin dall'origine di tutte le caratteristiche tipiche della subordinazione e poter dichiarare vigente tra le parti un rapporto di lavoro subordinato solamente in tali ipotesi. Occorrerebbe, quindi, un'analisi particolarmente rigorosa, ben lontana da un giudizio che faccia leva sul carattere prevalente del rapporto: al criterio della prevalenza dovrebbe quindi sostituirsi quello della totalità, una sorta di metodo sussuntivo (e non più tipologico) che potesse ricondurre la fattispecie concreta a quella astratta solamente nel caso di esatta coincidenza fra le due.

Come già accennato, tuttavia, la giurisprudenza ha mostrato scarso rigore e, soprattutto, poca attenzione a questi profili ricostruttivi, applicando una sorta di presunzione di subordinazione ed una successiva conversione che non trova fondamento (almeno fino all'entrata in vigore dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003).

In questo panorama si sono inseriti gli auspicati interventi legislativi, che andremo ora ad esaminare.

Capitolo III

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: i recenti interventi del legislatore

SOMMARIO: 1. L'intervento del D.Lgs. 276/2003: intento del legislatore – 2. I “nuovi” requisiti richiesti dall'art. 86, comma 2, del D.Lgs. 276/2003 – 2.1. (segue): a) la “effettiva partecipazione” – 2.2. (segue): b) le “adeguate erogazioni” – 3. La presunzione (relativa) di subordinazione – 4. Lo strumento della certificazione – 4.1. Esame critico della casistica registrata nella Regione – 5. La tutela previdenziale dell'associato in partecipazione: *ratio* e valutazioni critiche – 6. Gli ultimi interventi del legislatore

1. L'intervento del D.Lgs. 276/2003: intento del legislatore

Il più rilevante intervento sulla disciplina dell'associazione in partecipazione s'è avuto con il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che contiene, in tema, due normative: quella degli artt. 75 ss., che prevede la possibilità di ricorrere all'istituto della certificazione; quella dell'art. 86, comma 2, secondo la quale *“al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e di contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore, non compri, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate dal presente decreto ovvero in un contratto*

di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento”.

Quest'ultima norma è certamente quella che ha apportato le novità più sostanziali, poiché, pur senza abrogare la disciplina codicistica ha aggiunto elementi alla configurazione della fattispecie e sancito importanti conseguenze in caso di violazione.

Prima di analizzare l'art. 86, comma 2, cit. nel dettaglio occorre chiedersi quale abbia voluto essere l'intento del legislatore, capire in quale direzione abbia voluto muoversi.

La genesi della norma è, infatti, alquanto singolare, poiché la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 non menziona l'associazione in partecipazione né in via generale né limitatamente a tematiche specifiche (ad esempio in tema di certificazione). È stato fatto notare²⁴⁶ che il contratto *de quo* non compare in alcuna fase dell'*iter* formativo della legge delega ed è solamente accennato nel Libro Bianco, il quale, però, è soltanto un documento programmatico di politica del diritto. Inoltre il Libro Bianco colloca la figura in esame nella Sezione III.3 (Democrazia economica) piuttosto che nella Sezione II.3 (Flessibilità e sicurezza), in quanto vista come strumento negoziale da valorizzare perché idoneo ad *“esaltare la fidelizzazione di figure apicali o comunque chiave nell'ambito dell'organizzazione del lavoro di piccole o piccolissime imprese”*; anche se sottolinea la necessità di *“ristabilire un uso corretto dell'associazione in partecipazione”*.

Ciò ha portato alcuni Autori a dubitare della costituzionalità delle ricordate norme contenute nel D.Lgs.

²⁴⁶ MARC. DE CRISTOFARO, *L'associazione in partecipazione nello schema del decreto delegato per la riforma del mercato del lavoro*, in *Dir. Lav.*, 2003, I, 181.

276/2003 per esorbitanza rispetto ai limiti di delega *ex art. 76 Cost.*²⁴⁷. Tali perplessità sono state superate da altri riconducendo l'intervento alla delega conferita in materia di lavoro coordinato e continuativo *ex art. 4, comma 1, lett. c) L. 30/2003*²⁴⁸, posizione da altri ancora considerata, però, inaccettabile²⁴⁹ o quanto meno un poco forzata²⁵⁰.

Al di là di questi dubbi, però, occorre domandarsi quale sia stato l'obiettivo che il legislatore delegato si era prefigurato di raggiungere con l'introduzione della nuova disciplina. *L'incipit* dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 afferma di voler “evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge o di contratto collettivo”²⁵¹: è indubitabile che con tale esplicitazione si possa manifestare, almeno in parte, la funzione che si è inteso attribuire alla norma e ciò non pare irrilevante, soprattutto perché la stessa norma nell'insieme non brilla per chiarezza²⁵².

²⁴⁷ MARC. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 182; G. PELLACANI, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 909; P. PIZZUTI, *La certificazione dell'associazione in partecipazione*, in G. PERONE e A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 2004, 247.

²⁴⁸ MARC. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 183: la Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 276/2003 accenna, infatti, all'associazione in partecipazione nel paragrafo dedicato all'abuso delle collaborazioni coordinate e continuative, annunciando che “le associazioni in oggetto saranno oggetto di una disciplina più puntuale, inclusa la loro assoggettabilità ad una contribuzione obbligatoria di pari aliquota”.

²⁴⁹ G. PELLACANI, *op. cit.*, 910.

²⁵⁰ A. LASSANDARI e M. GARATTONI, *Lavoro e associazione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario di diritto del lavoro, II*, Torino, 2007, 89.

²⁵¹ Il riferimento all'elusione dei contratti collettivi ha fatto avanzare altresì l'ipotesi di una illegittimità costituzionale rispetto all'art. 39 Cost.: E. GRAGNOLI, *Disposizioni finali e transitorie*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 885.

²⁵² Così E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 886.

Così, si ritiene prevalentemente che il legislatore abbia inteso intervenire con finalità antielusive, in particolare della disciplina del lavoro subordinato²⁵³.

L'intento è indubitabile, eppure non ci si deve fermare all'esame della sola norma in esame, ma allargare lo sguardo sull'intera riforma del mercato del lavoro per valutare se la disposizione stessa possa essere inserita in una finalità complessiva più ampia.

Il D.Lgs. 276/2003 prende atto che il lavoro subordinato a tempo indeterminato ha perduta la centralità assoluta che aveva²⁵⁴, eppure si può sostenere – a qualche anno di distanza – che non opera necessariamente in un'ottica di promozione della precarizzazione²⁵⁵, promuovendo anche discipline atte ad evitare l'estensione senza limiti di pratiche elusive²⁵⁶, con la finalità di far emergere il dissimulato ed il sommerso al fine di una compiuta realizzazione della riforma stessa²⁵⁷. Dunque il D.Lgs. 276/2003 opera non solo in un'ottica liberista, ma anche, forse soprattutto, promozionale, per l'utilizzo di forme di lavoro che hanno una loro propria disciplina, affinché siano utilizzate in maniera legittima.

In questa prospettiva la finalità antifraudolenta si accompagna ad un intento (anche) promozionale: il legislatore

²⁵³ A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, 29; L. RUGGIERO, *L'associazione in partecipazione dopo la riforma Biagi del mercato del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 137. Secondo altri, poi, l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 avrebbe pure funzione di indirizzo nei confronti degli organi di certificazione: M.L. VALLAURI, *Abrogazioni, norme finali e transitorie*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Milano, 2004, 261.

²⁵⁴ M. RICCI, *Le finalità del D.Lgs. n. 276/2003 tra flessibilità/precaricato e "presunti" orientamenti comunitari*, in *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276: i nuovi scenari del diritto del lavoro*, Suppl a *Lav. Giur.*, 2004, 75.

²⁵⁵ M. RICCI, *op. cit.*, 76.

²⁵⁶ G. DONDI, *Il lavoro a progetto dopo la finanziaria per il 2007*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, in corso di pubblicazione.

²⁵⁷ M. TIRABOSCHI, *Riforma mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, in *Guida Lav.*, 2003, 34, 35.

non ha solamente inteso, quindi, reprimere contratti di associazione in partecipazione fraudolenti o comunque illegittimi, ma anche rispondere ad una esigenza di tipicità o tipizzazione legale²⁵⁸ e ricondurre meglio tale figura alla causa che le è propria²⁵⁹, garantendo una corrispondenza tra la volontà delle parti ed il modello delineato dall'art. 2549 c.c.²⁶⁰.

L'intento è da valutare senz'altro positivamente, soprattutto se letto alla luce dell'applicazione non sempre lineare che fino ad ora era stata fatta del contratto di associazione in partecipazione (soprattutto in sede giurisprudenziale); altro è, invece, il giudizio sulla sua riuscita pratica.

2. I “nuovi” requisiti richiesti dal D.Lgs. 276/2003

L'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 prevede la corresponsione dei trattamenti previsti per il lavoro subordinato *“in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora”*. Essa si riferisce, quindi, alla sola associazione in partecipazione con apporto di lavoro, restando esclusa quella con apporto di capitale²⁶¹.

Con un ragionamento *a contrario* possiamo dedurre che il legislatore richiede, ai fini della genuinità del rapporto, che

²⁵⁸ M. DELL'OLIO, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 71.

²⁵⁹ V. BEGHINI, *L'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa tra disciplina codicistica e D.Lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 102.

²⁶⁰ MARC. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 188.

²⁶¹ La precisazione può sembrare banale, dal momento che l'art. 86 cit. si occupa anche di trattamenti contributivi ecc. (che non possono che interessare una prestazione di lavoro), eppure è segno dell'interesse del legislatore ad intervenire in maniera specifica su una figura – l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro – conosciuta dalla sola prassi e su cui la disciplina generale prevista dagli artt. 2549 ss. c.c. tace: sul punto si veda in particolare cap. II, § 2.

esso sia reso, ovvero attuato²⁶², con la presenza cumulativa²⁶³ di due elementi: “effettiva partecipazione” e “adeguate erogazioni”. Essi sembrano, *prima facie*, una novità nell'ordinamento, in quanto il codice civile, nella sua pur scarna disciplina, mai li nominava. Eppure, come puntualizzato, gli artt. 2549 ss. c.c. non sono stati abrogati dal D.Lgs. 276/2003 e, non essendovi almeno in apparenza, alcuna antinomia e quindi abrogazione implicita, le due normative convivono nel nostro ordinamento.

Occorre allora domandarsi in quale rapporto si pongano fra loro, ed in particolare se i requisiti introdotti dall'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 siano davvero elementi nuovi che si aggiungono a quelli richiesti dal codice civile, oppure solamente loro specificazioni. Per far questo è necessario analizzare separatamente i due requisiti.

2.1. (segue): a) la “effettiva partecipazione”

Il primo requisito proposto dal D.Lgs. 276/2003 è espressione di una formulazione che non brilla certamente per chiarezza: partecipazione a che cosa? è la prima domanda da porsi.

Le ipotesi di lettura che sono state fornite sono due (una terza, combinatoria fra esse, è riferita alla nota 21): potrebbe trattarsi di partecipazione agli utili oppure di partecipazione alla gestione dell'affare o dell'impresa.

Nel primo caso l'elemento non rappresenterebbe certo un'innovazione della fattispecie, poiché proprio la

²⁶² La precisazione è di G. BOLEGO, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro: orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 841, che sul punto richiama M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 79.

²⁶³ Deducibile dalla congiunzione “e”, posta fra i due elementi, che pertanto esclude un'eventuale presenza alternativa.

partecipazione agli utili costituisce già una delle principali caratteristiche dell'associazione in partecipazione *ex art.* 2549 c.c. cui non vengono apposte eccezioni di sorta²⁶⁴.

La richiesta di "effettività" potrebbe, in effetti, porre un freno alla prassi giurisprudenziale tendente a riconoscere la legittimità di un compenso minimo garantito all'associato²⁶⁵. Ma allora, ad avviso di chi scrive, oltre a non essere innovativo (la qual cosa ben potrebbe essere stata voluta del legislatore delegato), il requisito avrebbe altresì una funzione alquanto limitata dal momento che, come ben sappiamo, il compenso sottoforma di partecipazione agli utili non è tipico solo dell'associazione in partecipazione ma anche del lavoro subordinato (art. 2099, comma 3, c.c.): in buona sostanza, quindi, non soltanto non direbbe nulla di nuovo, ma nemmeno servirebbe a porre un *distinguo* sicuro dalla diversa ipotesi (il lavoro subordinato) i cui effetti invece la successiva parte dell'art. 86 cit. ritiene applicabili in caso di mancata genuinità.

La partecipazione, però, potrebbe riferirsi alla posizione dell'associato rispetto alla gestione dell'affare o dell'impresa²⁶⁶. La dottrina quasi unanimemente ritiene che, anche in tal senso inteso, il requisito sia ripetitivo delle disposizioni codicistiche²⁶⁷, poiché altro non farebbe che ribadire il diritto dell'associato a non essere del tutto estraniato dalle vicende gestionali dell'impresa, avendo diritto quanto meno al rendiconto (dettagliato)²⁶⁸ e alle altre prerogative riconosciute

²⁶⁴ Osserva E.M. BARBIERI, *op. cit.*, 319 "che la partecipazione agli utili si inserisca nella causa del contratto in esame è sempre stato fuori di dubbio".

²⁶⁵ Così M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 261.

²⁶⁶ La dottrina non manca di notare che l'effettiva partecipazione potrebbe riferirsi ad entrambi gli aspetti, gli utili e la gestione: P. PIZZUTI, *op. cit.*, 257; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 29; G. BOLEGO, *op. cit.*, 319; A. LASSANDARI e M. GARATTONI, *op. cit.*, 89.

²⁶⁷ Cfr. nota precedente.

²⁶⁸ V. BEGHINI, *op.cit.*, 104.

dal codice civile²⁶⁹, ma senza che ciò comporti partecipazione alle scelte imprenditoriali²⁷⁰.

Certamente la “partecipazione” riferita alla vicende relative all’impresa piuttosto che agli utili pare maggiormente aderente al testo complessivo dell’art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003. Così inteso, infatti, il requisito è in grado di porsi in posizione di distinzione rispetto al lavoro subordinato (cosa che invece non avverrebbe, come visto, se la partecipazione riguardasse gli utili, essendo ciò astrattamente non incompatibile con la subordinazione), dal momento che forme seppur minime di controllo (quali il rendiconto) contraddistinguono il lavoro associato.

Tuttavia, rispetto ai requisiti già delineati dal codice civile, il fatto che la partecipazione debba essere “effettiva” potrebbe attribuirle un significato non meramente pleonastico. Pur senza arrivare ad ipotizzare profili di cogestione aziendale, si potrebbe sostenere che la disposizione voglia significare che non sarebbe sufficiente un mero controllo formale sull’operato dell’imprenditore, ma che all’associato spetti un ruolo più attivo, quale ad esempio di essere preventivamente messo al corrente delle decisioni e di poter esprimere un proprio parere al riguardo, di poter controllare lo svolgimento delle attività anche in corso d’opera e non solamente al momento della rendicontazione etc. Si potrebbe, quindi, evitare quell’approccio riduttivo che spesso la giurisprudenza ha

²⁶⁹ Ad esempio, il diritto di veto all’ingresso di altri associati *ex art.* 2550 c.c.: A. MILLO, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 2898.

²⁷⁰ Sarebbe pertanto sufficiente una mera raccomandazione all’associante, “*la verifica delle dichiarazioni di bilancio: se, cioè, l’apporto dell’associato sia stato riportato tra i costi del lavoro (come spesso accade) ovvero tra le partecipazioni (fiscalmente meno contenute): l’atto ha valore confessorio*”: A. ALLAMPRESE, *Associazione in partecipazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 393.

fornito del requisito in questione²⁷¹ e attribuirgli una funzione più pregnante, vuole far sì che la partecipazione sia davvero effettiva.

2.2. (segue): b) le “adeguate erogazioni”

Decisamente più complessa pare l'analisi del secondo elemento, le “adeguate erogazioni”, cui è stato attribuito – contrariamente a quanto visto in precedenza – un profilo essenzialmente di novità.

Prima di tutto occorre sgombrare il campo da un possibile equivoco: le erogazioni si riferiscono, così come la partecipazione, al contratto di associazione in partecipazione e la loro mancanza nell'esecuzione del rapporto lo rende non genuino e consente l'applicazione dei trattamenti previsti per il lavoro subordinato (o altro eventuale contratto di lavoro).

Non è possibile, ad avviso di chi scrive, un'interpretazione che separi fra loro i due elementi. Invece secondo un'opinione²⁷² – rimasta poi isolata – l'unico elemento caratteristico dell'associazione sarebbe la partecipazione (agli utili) mentre le “erogazioni adeguate” si riferirebbero all'eventuale rapporto di lavoro subordinato che sorgerebbe in mancanza del primo elemento. Sicché se mancasse la partecipazione, allora il rapporto si dovrebbe convertire in lavoro subordinato e solo in tal caso il prestatore avrebbe diritto ad un adeguato compenso. Non pare che tale analisi possa essere accettata, prima di tutto per un'interpretazione letterale dell'art. 86 cit. (la formulazione lessicale del periodo

²⁷¹ G. DEL BORRELLO, *La distinzione dell'associazione in partecipazione con apporto d'opera dal lavoro subordinato con partecipazione agli utili, tra vecchio e nuovo ordinamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 567.

²⁷² P. GUALTIEROTTI, *L'associazione in partecipazione dopo la riforma del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 328.

ed in particolare la congiunzione “e” posta tra i due requisiti non può far dubitare che essi si riferiscano al medesimo oggetto, cioè all'associazione in partecipazione), poi per una questione di logica: non avrebbe utilità alcuna una tale specificazione se riferita al lavoro subordinato, tanto più che il legislatore si è invece preoccupato di definire qual è il compenso dovuto in caso di associazione in partecipazione non genuina (i “*trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato*”).

Ciò puntualizzato, il requisito in oggetto può creare un poco di stupore, anche perché nella disciplina codicistica non si parla mai di erogazioni.

Secondo una prima possibile interpretazione la norma introdurrebbe nella fattispecie contrattuale un principio di proporzionalità tra apporto (ovvero prestazione di lavoro) e compenso ricevuto²⁷³. Non pare che tale tesi possa essere condivisa, per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, se vi fosse un tale obbligo di proporzionalità, il contratto di associazione in partecipazione cesserebbe d'essere aleatorio, in quanto l'associato, a fronte della prestazione lavorativa, avrebbe sempre garanzia di ricevere un compenso (e ci si dovrebbe poi chiedere come, nel caso di eventuale mancanza di utili o addirittura di perdite). L'alea, invece, è stata descritta ed individuata come una delle caratteristiche fondamentali del contratto in oggetto e del più ampio *genus* dei rapporti di lavoro associato, da cui non si può prescindere, pena la snaturalizzazione della causa del contratto. Si dovrebbe allora sostenere – aderendo ad una tale

²⁷³ M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 261; G. BOLEGO, *op. cit.*, 841; E. BOGHETICH, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 784.

impostazione – che il legislatore del 2003 abbia voluto modificare la causa del contratto e conseguentemente abrogare, in modo implicito, la normativa del codice civile.

Che cosa si deve intendere, allora, per erogazioni adeguate? Le erogazioni, in un contratto aleatorio come l'associazione in partecipazione, in cui l'associato percepisce una quota di utili (ed eventualmente sopporta, sempre *pro quota*, le perdite), rappresentano un fattore eventuale: potrebbe essere, infatti, che l'affare non produca alcun utile o, addirittura, che generi perdite. Potrebbe dirsi, allora, che l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 considera solo l'ipotesi in cui la gestione produce utili²⁷⁴, pertanto che si tratti di un elemento eventuale.

L'adeguatezza va dunque riferita alla misura prevista contrattualmente come partecipazione agli utili (la quale rappresenta l'erogazione attribuita all'associato) e non come certezza di guadagni “a prescindere”. Occorre “rileggere” quindi l'art. 2549 c.c. come “*l'associante attribuisce all'associato una adeguata partecipazione agli utili*”²⁷⁵. In tal modo essa diventa un parametro con cui misurare la congruità fra il valore dell'apporto (la prestazione di lavoro) e la quota partecipativa attribuita: non rileva che, al termine del periodo preso in considerazione, l'affare abbia prodotto utili e quanto l'associato vi abbia guadagnato; ciò che rileva è che la quota di partecipazione in origine attribuita fosse “adeguata” all'apporto fornito²⁷⁶. Sicché, se l'affare o la gestione non produce utili o addirittura provoca perdite, la partecipazione adeguata deve necessariamente corrispondere a zero.

²⁷⁴ Così A. LASSANDARI e M. GARATTONI, *op. cit.*, 89.

²⁷⁵ Tale rilettura dell'art. 2549 c.c. è proposta da P. PIZZUTI, *op. cit.*, 258.

²⁷⁶ Osserva A. VALLEBONA, *op. cit.*, 29 che la novità di tale requisito risiede nell'aver imposto il giudizio di congruità anche alla misurazione degli utili, mentre in precedenza rilevava solo come limite della partecipazione alle perdite.

Il giudizio di adeguatezza, poi, in un contratto aleatorio, deve tener conto altresì del rischio assunto: sicché le erogazioni dovranno essere adeguate anche all'alea, e dunque se il contratto di associazione in partecipazione è genuino, l'associato ben potrà pretendere una partecipazione che costituisca un compenso maggiore di quello che avrebbe percepito un dipendente, in considerazione del medesimo apporto.

Il giudizio di congruità deve essere formulato *ex ante*²⁷⁷, (ovvero al momento della stipula del contratto), tenendo conto di come la situazione astrattamente si configura rispetto alle dinamiche della vita aziendale, della sua gestione, dei bilanci, di quale si prevede debba essere l'apporto dell'associato etc. Diversamente, se si valutasse la congruità sulla base dei risultati finali, si ricadrebbe nel precedente errore di considerare l'adeguatezza come proporzionalità diretta tra apporto e compenso, annullando l'alea che invece è connaturata alla causa del contratto.

Così inteso, il requisito delle "adeguate erogazioni" non muta la causa del contratto o alcun elemento tipico dell'associazione in partecipazione (il rischio d'impresa incombente sull'associato) e potrebbe, anzi, assumere il significativo ruolo di arginare la prassi giurisprudenziale tendente a sminuirlo: in quest'ottica, infatti, non sarebbe ammissibile riconoscere, ad esempio, un compenso fisso indipendente dagli eventuali utili conseguiti²⁷⁸.

²⁷⁷ E.M. BARBIERI, *op. cit.*, 319; A. MILLO, *op. cit.*, 2899.

²⁷⁸ Come osserva P. PIZZUTI, *op. cit.*, 259 "il carattere di adeguatezza della partecipazione non può significare garanzia di un determinato compenso a prescindere dalla produzione di utili da parte dell'impresa, poiché altrimenti verrebbe del tutto snaturato l'essenziale connotato aleatorio del contratto in esame. Ne consegue che se l'impresa non produce utili l'associato non ha diritto ad alcun compenso (e partecipa alle perdite, salvo patto contrario), mentre se l'impresa consegue utili l'associato non può non percepire una parte di essi adeguata al proprio apporto".

Considerate le intenzione del legislatore delegato ed analizzati i due elementi introdotti dall'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003, si può abbozzare qualche conclusione.

A noi pare che l'intervento normativo abbia voluto rafforzare le caratteristiche dell'associazione in partecipazione, già delineate dal codice civile: la normativa del 1942 rimane in vigore, poiché non abrogata né esplicitamente né implicitamente, per antinomia, ma riceve nuova linfa da un legislatore che ha inteso valorizzare elementi spesso sfumati o non adeguatamente utilizzati nella prassi, in particolare giurisprudenziale²⁷⁹.

Non si può mancare di notare, però, che l'infelice formulazione dell'art. 86 cit. (che pecca quanto meno di chiarezza lessicale) può dar adito ad interpretazioni anche opposte: infatti, c'è chi ha sostenuto che il D.Lgs. 276/2003 non avrebbe, complessivamente inteso, introdotto alcuna novità ma si sarebbe limitato a recepire l'orientamento emerso in giurisprudenza²⁸⁰.

La diversità di opinioni espresse dalla dottrina – peraltro non copiosa – induce ad un prognosi non positiva sul futuro dell'associazione in partecipazione *post* D.Lgs. 276/2003: probabilmente nulla cambierà. Ed in effetti le decisioni giurisprudenziali pubblicate successive all'entrata in vigore del D.Lgs. 276/2003²⁸¹ (seppur riguardanti casi precedenti,

²⁷⁹ V. BEGHINI, *op. cit.*, 92 e 102.

²⁸⁰ L. RUGGIERO, *op. cit.*, 318. Secondo altri ancora, gli elementi descritti dal D.Lgs. 276/2003 si sovrapporrebbero solo in parte a quelli sviluppati in sede giurisprudenziale: così G. BOLEGO, *op. cit.*, 841.

²⁸¹ Trib. Bolzano, 21 settembre 2007, in *Guida Lav.*, 2007, 50, 30; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, cit.; Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, in *Lav. Giur.*, 2007, 627; App. Ancona 5 giugno 2006, in *Dir. Lav. Marche*, 2006, 471; Cass. Pen. 30 settembre 2005, n. 45257, in *Imp.*, 2006, 829; Cass. 19 luglio 2005, n. 15161, in *Guida Lav.*, 2005, 37, 29; Cass. 10 giugno 2005, n. 12261, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 830; Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in *Lav. Giur.*, 2005, 450.

ovvero situazioni contrattuali sorte prima della sua entrata in vigore) non hanno mostrato alcun'inversione di tendenza e nemmeno hanno mai nemmeno citato incidentalmente le "novità" riguardanti la fattispecie.

Se anche, quindi, come qui si ritiene, il legislatore aveva intenzione di dar risalto ad elementi prima non adeguatamente valorizzati e di proteggere maggiormente le forme genuine di associazione in partecipazione punendo ogni intento frodatorio, i mezzi usati sono stati, forse, non adeguati ed hanno mancato l'obiettivo²⁸².

3. La presunzione (relativa) di subordinazione

Dopo avere (malamente) indicato come debba essere caratterizzato un contratto di associazione in partecipazione genuino, l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 enuncia le conseguenze sanzionatorie operanti in caso contrario: si tratta di uno dei punti più importanti e al contempo delicati dell'intervento legislativo.

Secondo l'art. 86 cit., in tal caso *"il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore, non provi, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate dal presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un*

²⁸² G. PELLACANI, *op. cit.*, 911.

contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento”.

La dottrina assolutamente maggioritaria ha ritenuto che la mancanza di genuinità faccia scattare una presunzione *iuris tantum* di lavoro subordinato²⁸³: nel caso, infatti, in cui il contratto non costituisca un'autentica associazione in partecipazione il giudice dichiarerà la natura subordinata del vincolo, senza che sul lavoratore incomba l'onere di dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti per questa tipologia di lavoro. Si tratterebbe, però, di presunzione relativa e non assoluta in quanto all'associante-datore di lavoro è sempre concessa la possibilità di dimostrare il contrario, ovvero la sussistenza di un ulteriore diverso rapporto di lavoro.

Se in apparenza l'interpretazione appare semplice, analizzando più a fondo la norma ed i contributi esegetici forniti, vi possono essere molti e diversi aspetti da mettere in luce.

Parte della dottrina ha perfino contestato che il meccanismo sia presuntivo. Secondo qualcuno²⁸⁴ si tratterebbe non di un effetto legale sostitutivo, bensì del normale accertamento della volontà delle parti, il cui onere probatorio incombe sulla parte interessata, ovvero il datore di lavoro. Secondo altri²⁸⁵ non si potrebbe parlare di presunzione poiché la lettera della legge parla semplicemente di

²⁸³ Così V. BEGHINI, *op. cit.*, 107; A. LASSANDARI e M. GARATTONI, *op. cit.*, 90; C. SANTORO, *Associazione in partecipazione e subordinazione*, in *Guida Lav.*, 2007, 24, 30; E.M. BARBIERI, *op. cit.*, 318; A. ALLAMPRESE, *op. cit.*, 392; A. MILLO, *op. cit.*, 2897; M. PEDRAZZOLI, *Sub art. 86 1° e 2° co.*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 751; P. PIZZUTI, *op. cit.*, 260.

²⁸⁴ A. VALLEBONA, *op. cit.*, 46.

²⁸⁵ MARC. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 188.

applicazione di trattamenti corrispondenti a quelli previsti per la subordinazione.

Quest'ultima teorizzazione fa leva sul fatto che ove il legislatore ha voluto stabilire un meccanismo di presunzione e conversione in lavoro subordinato²⁸⁶, lo ha fatto in maniera differente: ad esempio, nel caso di mancanza di forma scritta del contratto di inserimento, il lavoratore “*si intende assunto a tempo indeterminato*” (art. 56, comma 2, D.Lgs. 276/2003), nell' art. 69, comma 1, D.Lgs.276/2003 i rapporti “*sono considerati*” di lavoro subordinato a tempo indeterminato. L'art. 86 cit., invece, sembra riferirsi a qualcosa di diverso: non già ad una conversione e quindi ad una trasformazione *ope legis* in vincolo di natura subordinata a tempo indeterminato, quanto di solo diritto ai “*trattamenti contributivi, economici e normativi*” corrispondenti²⁸⁷.

Se il meccanismo fosse effettivamente diverso, non inciderebbe sul piano qualificatorio dell'associazione in partecipazione del rapporto di lavoro, ma solo su quello sanzionatorio, quindi, allo scattare della presunzione disposta dall'art. 86 cit. non si dovrebbe instaurare un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nonostante il diritto ai trattamenti²⁸⁸.

²⁸⁶ La “forza attrattiva” dell'area della subordinazione è divenuta sempre più importante, di sorta che la maggior parte delle figure c.d. atipiche prevedono una sorta di conversione o trasformazione in vincoli subordinati in caso di loro illegittimità: M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 78.

²⁸⁷ È quanto rilevato da MARC. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 189 e da G. BOLEGO, *op. cit.*, 843.

²⁸⁸ Così, ad esempio, nel caso di associazione in partecipazione non genuina già cessata, si applicherebbero tutti i trattamenti previsti in caso di subordinazione, ma solo per il passato, ovvero per il periodo in cui il rapporto ha avuto corso, senza che possa dirsi sorto *ex tunc* un vincolo di lavoro subordinato a tempo indeterminato. O ancora, se l'associazione in partecipazione non genuina era stata stipulata a tempo determinato, i trattamenti dovrebbero essere corrisposti solo fino alla data di cessazione del termine.

La ricostruzione, seppur interessante, rischia a nostro avviso di essere molto opinabile (per la debolezza della linea di confine che divide la qualificazione dall'applicazione di trattamenti) e, soprattutto, pone forti dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 3 Cost.: verrebbero trattate in maniera uguale due situazioni diverse, in quanto i medesimi trattamenti (previsti per la subordinazione) si applicherebbero ugualmente sia a chi è effettivamente parte di un rapporto di lavoro dipendente, sia a chi, per contro, ha semplicemente un'associazione in partecipazione non genuina.

Poiché fra più interpretazioni possibili va preferita quella che salvaguarda la costituzionalità di una norma, l'art. 86, comma 2, cit., nonostante la formulazione apparentemente singolare, va interpretata nel senso che prevede un meccanismo presuntivo.

Tuttavia la presunzione non opera *sic et simpliciter* bensì solo ed esclusivamente qualora sia accertata la non genuinità dell'associazione in partecipazione (i cui parametri sono dati dallo stesso legislatore: la mancanza di effettiva partecipazione e di adeguate erogazioni). A monte dello scattare della presunzione, quindi, v'è un primo onere posto a carico dell'associato: quello di dar conto dell'assenza, nello svolgimento del rapporto, dei due requisiti di cui s'è detto. Non pare, quindi, che l'unico effetto della disposizione in oggetto sia quello di porre a carico dell'associante l'onere di dimostrare l'inesistenza del vincolo di subordinazione²⁸⁹, in quanto prima v'è quello dell'associato di dimostrare l'inesistenza del vincolo di associazione in partecipazione²⁹⁰.

²⁸⁹ Così V. BEGHINI, *op. cit.*, 108.

²⁹⁰ E.M. BARBIERI, *op. cit.*, 320. Secondo la ricostruzione di L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 223 vi sarebbe una sorta di doppia presunzione: una prima - assoluta - di

La precisazione potrebbe, *prima facie*, apparire ovvia, ma è invece importante perché la prima parte dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 richiede, ai fini della genuinità del rapporto, la contemporanea presenza dei requisiti; sicché all'associato che intenda impugnare il contratto non basta dimostrare la generica insussistenza di un elemento dell'associazione, ma dovrà dar conto della mancanza totale di ognuno di essi. Si potrebbe, pertanto, auspicare, in forza di ciò, il superamento della tendenza giurisprudenziale incline ad assumere un criterio di prevalenza ai fini della qualificazione del rapporto²⁹¹ in nome di una verifica globale sulla carenza o meno degli elementi in questione²⁹².

A questo punto – e solo a questo punto – scatta la presunzione di subordinazione: il rapporto di associazione in partecipazione non genuino diventa di lavoro subordinato senza che al prestatore sia richiesto di dimostrare che sussistano i requisiti di quest'ultima fattispecie.

Tuttavia all'associante è concessa l'ulteriore possibilità di dimostrare che il rapporto di lavoro, se non è riconducibile all'art. 2549 c.c. non lo è nemmeno all'art. 2094 c.c. e che si tratta di un altro genere di rapporto. La legge parla di *“tipologie disciplinate dal presente decreto... contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina... contratto nominato di lavoro autonomo... altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento”*. Non si capisce perché il legislatore si sia spinto in questo tentativo di classificazione delle tipologie di rapporti di lavoro, tanto imprecisa quanto

insussistenza di associazione in partecipazione, ed un'altra – relativa – di subordinazione.

²⁹¹ Cfr. cap. II § 6.

²⁹² Così, seppur in senso critico, anche G. PELLACANI, *op. cit.*, 912, il quale ritiene che in tal modo possa diminuire la protezione data all'associato.

inutile²⁹³: molto più semplicemente, il datore ha la possibilità di dimostrare che si tratta di un ulteriore e diverso genere di rapporto di lavoro, con ciò vincendo la presunzione di subordinazione²⁹⁴. Il fatto che all'associante sia concessa la possibilità di dimostrare la sussistenza di un diverso rapporto – si dice- fa sì che la presunzione sia relativa e non assoluta.

Un'ulteriore questione merita d'essere sottolineata in ordine alla dimostrazione concessa all'associante: egli può assolvere al proprio onere probatorio “*con idonee attestazioni o documentazioni*”. L'espressione suscita davvero grosso stupore, poiché pare che il legislatore voglia porre limiti in ordine ai mezzi probatori concessi: la previsione appare isolata, assente in provvedimenti di analogo tenore.

Che cosa significa tale inciso? Si tratta davvero di una limitazione di tipo probatorio oppure può essere data una diversa spiegazione?

Secondo alcuni l'espressione del legislatore intenderebbe aggravare l'onere probatorio nei confronti dell'associante, precludendogli il ricorso a mezzi diversi da quelli enunciati nell'art. 86 cit.²⁹⁵: sarebbe quindi considerato rilevante solo il

²⁹³ Osserva condivisibilmente E. GRAGNOLI, *op. cit.*, che non si vede quale interesse possa esservi nella qualificazione di un rapporto “*di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina*” o perché un rapporto di lavoro autonomo debba essere “*espressamente previsto dall'ordinamento*” dal momento che in tema di autonomia non esiste un principio di tipicità negoziale, nemmeno ricavabile dalla disciplina di cui all'art. 61 D.Lgs. 276/2003.

²⁹⁴ Secondo V. BEGHINI, *op. cit.*, 109 l'ampia formulazione consentirebbe all'associante di provare anche che il rapporto integra un'associazione in partecipazione: in realtà a noi pare che tale possibilità derivi non già dalla classificazione fornita dal legislatore delegato, quanto dai normali principi vigenti in materia processuale. Infatti, qualora l'attore-associato faccia valere un'azione per dimostrare la non genuinità di un contratto *ex art. 2549 c.c.*, il convenuto-associante si potrà costituire in giudizio e difendere fornendo prova contraria, e quindi negando la pretesa altrui e dimostrando la sussistenza di quei requisiti – dall'attore negati – che rendono genuino un contratto di associazione in partecipazione.

²⁹⁵ MARC. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 188; L. RUGGIERO, *Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione*

materiale cartaceo²⁹⁶ (con esclusione, sostanzialmente, della prova testimoniale). Una tale interpretazione, però, oltre a non essere mai stata fatta propria nemmeno dalla tradizionale posizione giurisprudenziale²⁹⁷, presterebbe il fianco a seri dubbi di legittimità costituzionale, in quanto le parti processuali si troverebbero in posizione di disparità davanti al giudice, senza alcuna ragionevole giustificazione²⁹⁸.

Occorre, allora, fornire un'interpretazione differente, per salvare la costituzionalità della norma: si potrebbe sostenere che l'espressione abbia solamente un valore esemplificativo e non descrittivo²⁹⁹ o che, data la sua genericità ed ampiezza non escluda, comunque, la prova per testi³⁰⁰; ancora, che il termine "attestazioni" sia di carattere squisitamente atecnico e pertanto idoneo a comprendere pure le "dichiarazioni" e le "testimonianze"³⁰¹. In ogni caso, quale che sia la posizione da preferire, non pare possibile pensare ad un onere probatorio differenziato per le parti, con la conseguenza di rendere del tutto irrilevante l'inciso inserito dal legislatore.

La norma in esame è stata posta a confronto con un'altra disposizione, ben più discussa: l'art. 69, comma 1 e 2, D.Lgs. 276/2003, secondo cui *"i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a*

agli utili, in C. ENRICO e M. TIRABOSCHI, *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano, 2005, 631.

²⁹⁶ M. SQUEGLIA, *Associazione in partecipazione tra subordinazione e autonomia*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 1916, il quale sottolinea che nel materiale cartaceo rilevarebbe l'eventuale certificazione; allo stesso modo G. PELLACANI, *op. cit.*, 913.

²⁹⁷ Si veda, ad esempio, Trib. Bologna 28 agosto 2001, in *Guida Lav.*, 2001, 45, 59.

²⁹⁸ V. BEGHINI, *op. cit.*, 110; E.M. BARBIERI, *op. cit.*, 320.

²⁹⁹ E.M. BARBIERI, *op. cit.*, 320.

³⁰⁰ A. LASSANDARI e M. GARATTONI, *op. cit.*, 91.

³⁰¹ P. PIZZUTI, *op. cit.*, 260.

*tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto. Qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'art. 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti*³⁰². Poiché la dottrina in tema di lavoro a progetto è molto più vasta di quella in tema di associazione in partecipazione, se ne darà breve conto, allo specifico fine di valutare l'opportunità di utilizzare le conclusioni ivi raggiunte.

La dottrina si è sostanzialmente divisa in due filoni: alcuni³⁰³ hanno considerato l'art. 69, comma 1, cit. una presunzione *iuris tantum*, vincibile pertanto dal committente in sede processuale fornendo prova del carattere autonomo del rapporto, ch  diversamente si incorrerebbe anche in dubbi di costituzionalit  della norma stessa, in rapporto a quanto affermato dalla Corte Costituzionale sull'indisponibilit  del tipo lavoro subordinato³⁰⁴. Altri³⁰⁵ invece hanno interpretato la norma *de qua* come una presunzione *iuris et de iure*, che dunque non ammette alternative di sorta. Le argomentazioni

³⁰² V. BEGHINI, *op. cit.*, 106 e 109.

³⁰³ F. LUNARDON, *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE (a cura di), *op. cit.*, 73; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 2004, 203; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili tecnico-ricostruttivi*, in *Guida Lav.*, 2004, Speciale gennaio – *Le nuove collaborazioni*, 26.

³⁰⁴ Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, 773; Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, 2.

³⁰⁵ A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalit  antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. Lav.*, 2003, 633; A. BELLAVISTA, *Art. 69. Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 787; M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 743; F. MARTELLONI, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2006, 366.

portate a sostegno di tale tesi fanno leva prima di tutto sul dato testuale, il cui carattere imperativo escluderebbe la superabilità della presunzione stessa, nonché su un criterio logico, in quanto una diversa spiegazione cozzerebbe con la finalità antifraudolenta della normativa³⁰⁶. Tuttavia, poco dopo l'emanazione del D.Lgs. 276/2003 una circolare ministeriale ha preso posizione per la tesi della presunzione semplice³⁰⁷ e la giurisprudenza finora nota ha per lo più aderito alla medesima impostazione³⁰⁸.

A noi pare che tali divergenze non siano in alcun modo prospettabili relativamente all'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003. Le argomentazioni portate a sostegno della tesi della presunzione assoluta per il lavoro a progetto non possono trovare riscontro per l'associazione in partecipazione, dal momento che in quest'ultimo caso la possibilità per il datore di lavoro-associante di fornire prova dell'autonomia è enunciata nello stesso testo di legge³⁰⁹.

³⁰⁶ Con la conseguenza, secondo questa dottrina, che continuerebbe a sopravvivere la tradizionale categoria delle collaborazioni coordinate e continuative, che invece l'art. 61, comma 1, del D.Lgs. 276/2003 espressamente prevede che debbano essere ricondotte a uno o più progetti specifici.

³⁰⁷ Trattasi della circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 8 gennaio 2004, n. 1, in *G.U.* 14 gennaio 2004, n. 10, poi definita con la colorita espressione di "circolare di pentimento" da A. VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 293.

³⁰⁸ Si vedano, ad esempio, Trib. Torino 17 maggio 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, 2006, 335; Trib. Genova 5 maggio 2006, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 40; Trib. Ravenna 21 novembre 2005, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, 329; Trib. Milano 10 novembre 2005, in *Lav. Giur.*, 2006, 1005; Trib. Torino 5 aprile 2005, in *Lav. Giur.* 2005, 651. *Contra* Trib. Milano 8 gennaio 2007, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, 449.

³⁰⁹ Infatti la stessa dottrina che propende per il carattere assoluto della presunzione sul lavoro a progetto, sottolinea poi la diversità con la presunzione sull'associazione in partecipazione: M. PEDRAZZOLI, *Sub art. 86 1° e 2° co.*, cit., 751.

Né si potrebbe affermare che una presunzione *iuris tantum* cozzi contro la *ratio* della normativa sull'associazione in partecipazione e i presupposti per la sua applicazione³¹⁰.

Non pare in dubbio, quindi, che in merito all'associazione in partecipazione la presunzione in oggetto abbia carattere relativo, con possibilità di dar prova della sussistenza di un differente ed ulteriore rapporto. Il fatto che il legislatore abbia inteso esplicitare tale ultima possibilità (nonostante l'infelice formulazione di cui già s'è detto) deve anzi essere guardata con favore: potrebbe, infatti, trattarsi non di un sistema che consente all'associato tante "via di fuga"³¹¹, sì da vanificare la funzione antielusiva della norma³¹² quanto di un possibile segnale della tendenza del legislatore a voler superare "la soluzione binaria fino ad oggi seguita in giurisprudenza, riconoscendo espressamente che la carenza degli elementi essenziali dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro non comporta l'automatica qualificazione di un rapporto

³¹⁰ L'art. 86 cit., infatti, non pone problemi riguardo a precedenti tipologie di rapporto, com'è il caso delle collaborazioni coordinate e continuative, così come diversi sono i requisiti richiesti per la genuinità del contratto e le conseguenze in caso di loro eventuale mancanza. In particolare, si segnala che intorno al contratto di lavoro a progetto s'è posto il problema se la mancanza del progetto richiesta dall'art. 69, comma 1, D.Lgs. 276/2003 debba essere di carattere sostanziale o anche solo formale (questa la tesi dominante: Trib. Milano, 23 marzo 2006, in *D&L - Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 796; Trib. Piacenza 15 febbraio 2006, in *Lav. Giur.*, 2006, 885); essendo, però, la forma scritta del progetto richiesta *ad probationem*, la prova per testi sarebbe consentita solo in caso di incolpevole smarrimento del documento ex artt. 2725, comma 1, e 2724, n. 3, c.c., rendendo l'onere probatorio talmente difficoltoso da trasformare, di fatto, la presunzione in oggetto di carattere assoluto: così F. MARINELLI, *Brevi note sulle conseguenze in caso di inadeguata specificazione formale del progetto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 807. Una tale tesi potrebbe adattarsi pure all'associazione in partecipazione nel caso in cui le "attestazioni o documentazioni" previste come mezzo probatorio dell'associante fossero intese in modo da escludere la prova per testi: ma, come visto *supra*, una tale ricostruzione non è condivisibile.

³¹¹ M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 262.

³¹² Non pare, infatti, che fornire la prova della sussistenza di un'ulteriore tipologia di rapporto di lavoro sia così semplice per l'associante-datore di lavoro, il quale dovrà dimostrare che ricorrono tutti i requisiti, formali e sostanziali, del rapporto che considera autenticamente esistente.

*di lavoro subordinato normale, ma permette al datore di lavoro-associante di dimostrare non solo la natura giuridica del rapporto di lavoro, ma anche la tipologia contrattuale effettiva*³¹³.

Un'altra considerazione merita, però, attenzione. Si conviene con quegli Autori che hanno affermato che la vera novità dell'art. 86 cit. si gioca proprio sul piano processuale, poiché – come ogni meccanismo presuntivo – si ha un'inversione dell'onere probatorio tale per cui il rischio di non riuscire a dar prova della subordinazione non ricade più sull'associato-prestatore di lavoro, bensì sull'associante-datore³¹⁴. In tal senso il meccanismo delineato dal legislatore potrebbe davvero rappresentare “l'anello mancante”³¹⁵ del metodo giurisprudenziale finora seguito, ovvero costituire il fondamento giuridico, prima vanamente ricercato, di tutta quell'opera di “trasformazione” di associazioni in partecipazione in vincoli di carattere subordinato³¹⁶.

4. Lo strumento della certificazione

Il D.Lgs. 276/2003 ha introdotto un'altra importante norma per l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: l'art. 75 che, nella sua formulazione originaria, prevedeva che *“al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile, le parti possono ottenere la*

³¹³ G. BOLEGO, *op. cit.*, 842.

³¹⁴ V. BEGHINI, *op. cit.*, 108; A. MILLO, *op. cit.*, 2897.

³¹⁵ Così G. BOLEGO, *op. cit.*, 843.

³¹⁶ Si veda cap. II § 6.

certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita nel presente Titolo”.

Il successivo art. 18 del D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (c.d. correttivo), ha previsto che la procedura di certificazione possa essere utilizzata per tutti i “contratti di lavoro” e non più soltanto per quelli tassativamente prima indicati. La norma, per come modificata, resta comunque compatibile con la L. 30/2003, il cui art. 5 prevedeva una delega piuttosto ampia, e sicuramente non pone modifiche in ordine alla possibilità di certificare, fra gli altri, anche il contratto di associazione in partecipazione, dal momento che l’ambito è stato esteso e dunque nella nuova formulazione è ricompreso quanto statuito nella versione originaria³¹⁷.

La certificazione è dunque uno strumento utilizzabile non solo per il contratto di cui all’art. 2549 c.c. Prima di entrare nel dettaglio dell’uso che se n’è fatto riguardo a tale fattispecie negoziale occorre analizzarne i profili generali, riguardanti, quindi, anche l’associazione in partecipazione.

L’istituto della certificazione è una procedura volontaria³¹⁸ (poiché attivabile solamente su istanza comune delle parti: art. 78, comma 1, D.Lgs. 276/2003) esperibile “*al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro*” (art. 75 D.Lgs. 276/2003). L’intento principale del legislatore pare dunque essere la deflazione dei processi derivanti da problemi di qualificazione della fattispecie negoziale³¹⁹, in particolare dovrebbe essere un utile

³¹⁷ V. SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in F. CARINCI (coordinato da), *commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, V, Il “correttivo” alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 175.

³¹⁸ Per un’analisi della volontarietà si rimanda alla trattazione di P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2003, 837.

³¹⁹ P. TULLINI, *op. cit.*, 824.

strumento a disposizione delle parti per rendere trasparente la “zona grigia” tra lavoro subordinato e lavoro autonomo³²⁰.

In quest’ottica – ed anche tenendo in considerazione l’*incipit* dell’art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 che esplicita l’intento del legislatore di riduzione dei fenomeni elusivi sull’uso dell’associazione in partecipazione – appare coerente la scelta del legislatore di utilizzare l’istituto della certificazione anche per tale contratto: proprio perché ritenuta una fattispecie “a rischio”, ovvero usata per eludere la disciplina del lavoro subordinato, si è voluto fornire un ulteriore strumento di (sperata) riconduzione a genuinità.

L’istanza viene presentata dalle parti ad uno dei soggetti abilitati alla certificazione³²¹ i quali, nello svolgimento del procedimento non hanno soltanto un formale potere di autenticazione, bensì un controllo sostanziale sulla veridicità

³²⁰ M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 376; V. SPEZIALE, *Certificazione: introduzione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE, *op. cit.*, 140. È stata, invece, tendenzialmente esclusa la funzione della c.d. derogabilità assistita, ovvero la possibilità per le parti di un rapporto di lavoro in corso di stipulazione di derogare alla disciplina protettiva legale e contrattuale, introducendo una libera disciplina, frutto dell’autonomia individuale, ma “assistita” secondo adeguate modalità: così A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. 276/2003*, in www.lex.unict.eurolabor.it, 2004; *contra* E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 278. L’idea della derogabilità assistita, in realtà, era sorta già in un primo contributo di Vallebona (A. VALLEBONA, *Norme individuali e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. Lav.*, 1992, I, 479) e poi nella *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori*, documento elaborato in sede ministeriale nel 1997: tuttavia, come detto, la posizione per lo più condivisa ritiene che il D.Lgs. 276/2003 abbia assunto una “*impostazione decisamente meno ambiziosa*”: così M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi*, in *Guida Lav.*, 2003, 4, suppl., 123.

³²¹ In base all’art. 76, comma 1, D.Lgs. 276/2003 si tratta di: enti bilaterali, Direzioni provinciali del lavoro, università pubbliche e private, incluse le fondazioni universitarie; ad essi sono state aggiunte ad opera dell’art. 1, comma 256, L. 23 dicembre 2005, n. 266 le commissioni istituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro, nonché la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro presso il Ministero del Lavoro. Il funzionamento delle commissioni è poi disciplinato dal D.M. 21 luglio 2004.

di quanto attestato³²². Come meglio si vedrà in seguito, in occasione del procedimento, le commissioni avrebbero dovuto operare attenendosi ai codici di buone pratiche *ex art. 78*, comma 2, D.Lgs. 276/2003, i quali, mai emanati, sono stati sostituiti dai regolamenti interni delle singole commissioni (comunque sottoposti al vaglio del Ministero del Lavoro *ex art. 2*. D.M. 21 luglio 2004).

Ma qual è l'effettiva utilità della certificazione? In altre parole, perché mai le parti potrebbero avere interesse a compiere un tale procedimento? Secondo l'art. 5, comma 1, lett. e), L. 30/2003, il contratto certificato ha "*piena forza legale*", verso cui è esclusa la possibilità di ricorso in giudizio "*se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale [...] e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione*"³²³. Ma gli effetti di tale accertamento - precisa l'art. 79, D.Lgs. 276/2003 - permangono fino al momento dell'accoglimento in sede giurisdizionale di uno dei ricorsi esperibili³²⁴, "*anche verso i terzi*".

Alla luce di tali disposizioni si comprende come la certificazione non abbia la capacità di rendere il contratto

³²² V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs., 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Milano, 2004, 174.

³²³ Secondo la dottrina maggioritaria la formulazione della norma non violerebbe i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 102 Cost. in quanto la procedura di certificazione non sostituirebbe quella giudiziale, sempre esperibile né soggetta a limitazioni: M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, 337; L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro: l. n. 30/2003*, Milano, 2003, 238.

³²⁴ Si tratta del ricorso al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto, difformità tra il programma certificato e la successiva attuazione o vizi del consenso, nonché del ricorso al Tar per violazione del procedimento o eccesso di potere: art. 80 D.Lgs. 276/2003.

automaticamente legittimo o invulnerabile, ma solo di imprimergli una efficacia “rinforzata”, seppur sempre contestabile in sede giudiziale. Tale (temporanea) incontestabilità dell'accertamento compiuto rileva non tanto nei confronti delle parti, quanto nei confronti dei terzi, da identificarsi essenzialmente negli enti previdenziali e nell'amministrazione tributaria, limitate nei propri poteri giuridici almeno *medio tempore*³²⁵.

4.1. Esame critico della casistica registrata nella Regione

Dopo l'introduzione delle norme in esame fu detto che l'istituto della certificazione avrebbe potuto rivelarsi utile soprattutto per il contratto di associazione in partecipazione³²⁶, ipotizzata come la fattispecie in futuro più certificata³²⁷. Il bilancio di qualche anno di esperienza ci dice che certamente non è stato così: la percentuale di contratti di associazione in partecipazione risulta decisamente bassa, rispetto ad un totale anch'esso non di enorme rilievo³²⁸.

Se la bassa incidenza dei contratti certificati induce a dubitare dell'utilità dell'istituto nel suo complesso, oltre che

³²⁵ G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Dir. Lav.*, 2004, III, 1080; E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, 570. Ciò non significa che siano totalmente precluse le verifiche ispettive, bensì che ogni eventuale effetto del verbale sia subordinato all'accertamento giudiziale: C. DIONISI, *Il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, 1015.

³²⁶ P. TULLINI, *op. cit.*, 819; secondo G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione...*, *cit.*, 1069, il contratto di associazione in partecipazione e di lavoro a progetto potrebbero essere le uniche fattispecie per le quali ipotizzare un'utilità deflattiva del contenzioso, verso cui, però, l'Autore ha una posizione critica.

³²⁷ L. RUGGIERO, *L'associazione in partecipazione...*, *cit.*, 319.

³²⁸ I dati presi a riferimento riguardano l'attività delle Commissioni istituite presso le Direzioni Provinciali del Lavoro dell'Emilia Romagna: al 30 settembre 2007 risultano certificati circa 140 contratti, di cui 7 di associazione in partecipazione.

per l'associazione in partecipazione, tuttavia la modesta casistica può offrire qualche spunto di riflessione.

Nella verifica della genuinità del contratto certificato, i soggetti abilitati devono fare riferimento alle caratteristiche ed ai requisiti che la legge prevede per la specifica ipotesi contrattuale; potranno, inoltre tener conto *“degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro”* (art. 78, comma 5, D.Lgs. 276/2003). Da ciò in dottrina³²⁹ si è fatto notare che la certificazione dell'associazione in partecipazione si dovrebbe fondare sulla valutazione circa la sussistenza di tre elementi: la verifica del potere di controllo dell'associato che si manifesta quanto meno nel diritto al rendiconto; l'esistenza di un corrispettivo di carattere aleatorio; la mancanza dei connotati tipici della subordinazione (anche se tale elemento, di acquisizione giurisprudenziale, non dovrebbe essere decisivo in base al disposto di cui all'art. 78, comma 5, D.Lgs. 276/2003).

In effetti, i pochi esempi di certificazione esaminati confermano l'impostazione sopra riportata: nell'accettare le istanze presentate, la DPL di Bologna enuncia i criteri assunti ai fini della certificazione e pertanto caratteristici della fattispecie contrattuale: *“l'attività professionale, predeterminata e specificamente individuata, viene svolta dall'associato con la necessaria autonomia organizzativa che caratterizza l'attività dedotta nel medesimo contratto; la quota di partecipazione agli utili [e alle perdite]³³⁰ è espressamente indicata nel contratto, con indicazione del valore e dei*

³²⁹ P. PIZZUTI, *op. cit.*, 261.

³³⁰ La partecipazione anche alle perdite non è presente in tutte le fattispecie contrattuali certificate e non viene, pertanto, considerata elemento essenziale, bensì solo eventuale.

riferimenti necessari per calcolarne l'importo, nonché dei parametri per valutare l'effettiva partecipazione dell'associato; sono state indicate le modalità di controllo che può esercitare l'associato nei confronti dell'attività aziendale e di esercizio da parte di questi del diritto al rendiconto periodico”.

Senza alcuna pretesa di esaustività – anche in considerazione dell'esiguità degli esempi di contratto oggetto di analisi – si possono trarre alcune considerazioni: i parametri utilizzati dalla commissione di certificazione coincidono essenzialmente con gli elementi che in questa ricerca sono stati individuati come caratterizzanti la fattispecie negoziale (e, in senso lato, il lavoro associato nel suo complesso): il rischio d'impresa e una forma di partecipazione dell'associato alla gestione aziendale³³¹.

Accanto alla conferma della tesi esposta, tuttavia, pare che abbia un certo peso pure l'orientamento giurisprudenziale dominante – qui criticato per la mancanza talora del dovuto rigore – dal momento che uno degli elementi discriminanti ai fini della certificazione è la mancanza di subordinazione.

La situazione tratteggiata, invero, coincide con quella già presente prima dell'intervento del D.Lgs. 276/2003, cui le certificazioni non sembrano, infatti, dare particolare rilievo, dal momento che i requisiti della effettiva partecipazione e delle adeguate erogazioni vengono a malapena nominate in tutta la serie di atti: si potrebbe, allora, dedurre che ai fini pratici il legislatore del 2003 non abbia inciso sulla situazione esistente.

³³¹ Non si vede perché, invece, sia considerata discriminante l'autonomia organizzativa, dal momento che l'associazione in partecipazione non è contraddistinta dall'autonomia del rapporto di lavoro: l'associato, infatti, può essere soggetto a direttive dell'associante (pur in mancanza di subordinazione) e comunque v'è sempre un coordinamento fra le parti.

In realtà il mancato successo (quanto meno sperato) dell'istituto della certificazione impone di considerare queste valutazioni come parziali, senza, cioè che l'interpretazione non innovativa del negozio in oggetto avanti gli organi di certificazione possa costituire un giudizio generale sul successo (o l'insuccesso) della riforma apportata con il D.Lgs. 276/2003.

5. La tutela previdenziale dell'associato in partecipazione: ratio e valutazione critiche

In tempi (relativamente) recenti l'associazione in partecipazione è stata coinvolta in rilevanti modifiche in ambito previdenziale. Il sistema è attualmente ben diverso da come si presentava pochi anni fa: oltre a dar conto delle modifiche si cercherà di valutare se tale intervento possa avere un'incidenza anche sulla disciplina sostanziale della fattispecie in oggetto e di che segno.

La prima vera rivoluzione s'è avuta con una pronuncia della Corte Costituzionale³³² che, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 4, D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, ha esteso l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali anche agli associati in partecipazione con apporto di lavoro manuale. Dal 1992, quindi, gli associati in partecipazione con apporto di lavoro (e, si badi bene, non di capitale³³³) sono soggetti alla normativa prevista in materia³³⁴ ed usufruiscono delle relative prestazioni assistenziali.

³³² Trattasi di Corte Cost. 15 luglio 1992, n. 332, in *Mass. Giur. Lav.*, 1992, 451.

³³³ La distinzione è importante e viene enunciata dalla stessa Corte Cost.: cfr. nota 21 cap. II.

³³⁴ Al D.P.R. 1124/1965 è poi succeduto il D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38.

Non sembra che questo intervento possa avere ripercussioni sulla disciplina sostanziale dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Invero la *ratio* di tale forma di assicurazione è quello di proteggere determinate categorie di soggetti esposti al rischio³³⁵, al punto che la tutela si estende pure a figure che non sono parte di un rapporto di lavoro³³⁶. Anche fra i lavoratori, poi, non vi sono solamente titolari di rapporto di lavoro subordinato, ma svariati tipi di soggetti protetti³³⁷.

Il fatto, quindi, di estendere tale assicurazione anche agli associati in partecipazione è dovuto solamente alla natura (rischiosa) dell'attività che gli associati possono esercitare, senza potervi attribuire un intento di avvicinamento ad altre fattispecie di lavoro (in particolare, al lavoro subordinato).

Un poco più complesso è, invece, il regime pensionistico e contributivo, modificato più volte nel corso degli anni: con l'art. 43, comma 1, L. 24 novembre 2003, n. 326 è stata istituita presso l'Inps un'apposita gestione previdenziale per gli associati in partecipazione che prestino attività lavorativa (i cui compensi sono qualificati come redditi di lavoro autonomo): a far tempo dl 1° gennaio 2004 è dunque scattato l'obbligo di comunicazione all'Istituto del rapporto di lavoro e

³³⁵ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, 7^a ed., Torino, 2007, 437.

³³⁶ Ad esempio proprietari e affittuari di aziende agricole, allievi dei corsi di riqualificazione professionale e dei cantieri scuola, disoccupati che svolgano lavori socialmente utili: art. 5, D.Lgs. 184/1997; art. 23, L. 67/1988.

³³⁷ Artigiani, medici radiologi, piazzisti, soci di cooperative e di ogni altra società, anche di fatto (art. 4, D.Lgs. 38/2000), compagnie portuali, carovane facchini (art. 9, D.Lgs. 38/2000), mezzadri, coloni, soci lavoratori delle cooperative sociali (art. 2 L. 381/1991), lavoratori parasubordinati, sportivi professionisti (artt. 5 e 6, D.Lgs. 38/2000); oltre a numerose altre figure – come gli associati in partecipazione – la cui assicurazione è stata estesa ad opera di interventi della Corte Costituzionale: ad esempio, ballerini e terisicorei (Corte Cost. 21 marzo 1989, n. 137, in *Giust. Civ.*, 1989, II, 1293), componenti dell'impresa familiare (Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 476, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 332), lavoratori in aspettativa per mandato sindacale (Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 171, in *Lav. Giur.*, 2002, 960).

di iscrizione dei soggetti interessati, i quali sono tenuti a versare i contributi con un'aliquota di 17,30% o 18,30% (a seconda dell'entità del reddito) ripartiti per il 55% a carico dell'associante e per il restante 45% a carico dell'associato³³⁸. Gli associati godono pure, quindi, dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la cui disciplina è rinviata ad un regolamento.

Dopo solo un anno l'art. 1, comma 157, L. 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge Finanziaria 2005) ha abrogato il rinvio al regolamento di cui s'è detto e disposto l'obbligo di iscrizione degli associati non più ad un'apposita gestione, bensì alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, L. 8 agosto 1995, n. 335. Agli associati si applica quindi tutta la relativa disciplina (pertanto anche le diverse aliquote del 17,50% o 18,50%), ancorché la ripartizione dei contributi continui ad essere divisa al 55% e 45% tra associante ed associato. Pur in mancanza di un richiamo formale al contributo dello 0,50% istituito dall'art. 59, L. 27 dicembre 1997, n. 449 ai fini dell'erogazione delle prestazioni non pensionistiche (indennità di maternità, assegno per il nucleo familiare, trattamento economico di malattia), il Ministero e l'Inps hanno ritenuto che esso sia ugualmente dovuto da parte di coloro che non siano pensionati o iscritti ad altra gestione³³⁹. Gli associati che prestino esclusivamente prestazioni di lavoro godono, dunque, di tutti i trattamenti previsti, pensionistici e non, così come eventualmente modificati (di essi si dirà in seguito).

Questa la disciplina tuttora vigente, che anche per l'associazione in partecipazione segue le modifiche che si sono

³³⁸ Circolare Inps 29 marzo 2004, n. 57, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 1117.

³³⁹ Circolare Inps 16 febbraio 2005, n. 30, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 803; circolare Inps 13 luglio 2005, n. 90, in *www.inps.it*, circolare Inps 10 agosto 2005, n. 99, in *www.inps.it*. *Contra* inizialmente Circolare Inps 27 gennaio 2005, n. 8, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 487.

susseguite e si susseguono nel tempo per la gestione separata Inps, ancorché la fattispecie negoziale di cui agli artt. 2549 ss. c.c. molte volte non venga neppure menzionata. In particolare, gli ultimi anni sono stati caratterizzati da un notevole aumento delle aliquote contributive, al punto da poter affermare che esista un *trend* costante in tal senso: 17,70% e 18,70% per il 2006 (Legge Finanziaria 2006, 29 dicembre 2005, n. 302)³⁴⁰, 23% per il 2007 (che si abbassa al 16% per i pensionati ed i soggetti iscritti ad altra forma obbligatoria: Legge Finanziaria 2007, 27 dicembre 2006, n. 296)³⁴¹, 24% per il 2008 (che si abbassa al 17% per i pensionati ed i soggetti iscritti ad altra forma obbligatoria: Legge Finanziaria 2008, 24 dicembre 2007, n. 247), destinati, nelle intenzioni del legislatore, a divenire 25% nel 2009 e 26% nel 2010 (art. 1, comma 79, L. 247/2007)³⁴².

L'aumento delle aliquote contributive è accompagnato (e in parte giustificato) dall'introduzione di sempre più pregnanti tutele di tipo c.d. non pensionistico³⁴³. A partire dall'obbligo degli associati all'iscrizione alla gestione separata Inps, essi hanno goduto delle tutele già previste, vale a dire: l'assegno per il nucleo familiare, la tutela per la maternità, l'indennità di malattia per le giornate di ricovero. Anche per tali prestazioni il legislatore è intervenuto apportando svariate modifiche, che si susseguono e quasi accavallano l'una sull'altra. È ben vero che tali interventi non sono mai previsti specificamente per gli associati in partecipazione, bensì per tutti coloro che risultano iscritti alla gestione separata Inps (quindi, *in primis*, i

³⁴⁰ Circolare Inps 1° febbraio 2006, n. 11, in *www.inps.it*.

³⁴¹ Circolare Inps 11 gennaio 2007, n. 7, in *www.inps.it*.

³⁴² Circolare Inps 17 gennaio 2008, n. 8, in *www.inps.it*.

³⁴³ Resta sempre dovuto, infatti, anche per il 2008, lo 0,50% di cui all'art. 59, L. 449/1997: cfr. circolare Inps 17 gennaio 2008 cit.

lavoratori a progetto), di cui, comunque, gli associati fanno a pieno titolo parte.

Le maggiori novità sono state introdotte dalla Legge Finanziaria 2007: in tema di malattia l'art. 1, comma 788, ha disposto un'indennità pressoché assimilabile a quella ordinaria³⁴⁴. La tutela, infatti, non è più limitata ai soli casi di ricovero ospedaliero, ma si estende a tutti i tipi di malattia ed è soggetta agli obblighi di certificazione ed attestazione previsti per i lavoratori subordinati, comprese le disposizioni concernenti le fasce di reperibilità e di controllo dello stato di malattia³⁴⁵. Essa non spetta per il c.d. periodo di carenza (i primi tre giorni), così come avviene per i lavoratori subordinati³⁴⁶.

Lo stesso comma 788 introduce in favore delle donne iscritte alla gestione separata un'indennità di congedo parentale³⁴⁷, ovvero una tutela economica per un periodo massimo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino.

La novità più rilevante in tema di maternità si rinviene nel comma 791, che prevede l'estensione in favore delle lavoratrici a progetto o categorie assimilate delle disposizioni a tutela della maternità di cui agli artt. 16, 17e 22 D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (congedo ordinario, periodo intercorrente tra data presunta e data effettiva del parto, parto prematuro,

³⁴⁴ T. RENZI, *I nuovi regimi delle assenze per malattia*, in *Lav. Giur.*, 2007, 763.

³⁴⁵ Circolare Inps 16 aprile 2007, n. 76, in *www.inps.it*.

³⁴⁶ Tuttavia la lettera della norma presta il fianco ad una diversa interpretazione: si parla, infatti, di esclusione di "eventi morbosi di durata inferiore a 4 giorni", sicché si potrebbe ipotizzare che eventi morbosi di durata superiore siano totalmente indennizzabili, a differenza del meccanismo di carenza dei lavoratori subordinati: V. FILÍ, *La tutela del lavoro parasubordinato tra stabilizzazione e buone prassi*, in M. MISCIONE e D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 2007, 143.

³⁴⁷ V. FILÍ, *op. cit.*, 144, fa notare che l'espressione non è tecnicamente esatta, in quanto il congedo parentale sarebbe in realtà un diritto individuale di ciascun genitore e non solo della madre.

flessibilità, interdizione anticipata e prorogata, correlativi trattamenti economici). Invero la norma non era immediatamente precettiva, ma richiedeva l'emanazione di un decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e della finanze: esso è arrivato in data 12 luglio 2007, disponendo l'estensione delle norme di cui sopra alle lavoratrici iscritte alla gestione separata, dunque anche alle associate in partecipazione. Il D.M. 12 luglio 2007 ha disposto altresì la proroga del contratto di lavoro per un periodo minimo di 180 giorni³⁴⁸ (art. 4), nonché, a partire dal 7 novembre 2007, la corresponsione di un'aliquota aggiuntiva allo 0,50% *ex* L. 449/1997, nella misura dello 0,22% (art. 7): in tal modo l'attuale aliquota aggiuntiva è pari allo 0,72%³⁴⁹.

Da ultimo, sempre in tema di maternità, l'art. 1, comma 83, Legge Finanziaria 2008, ha parzialmente modificato il comma 791 della Finanziaria 2007, ovvero disposto l'applicazione pure dell'art. 7 D.Lgs. 151/2001 in materia di divieto di lavori pesanti o usuranti durante la gravidanza e il puerperio (la norma non era prevista nel disegno di legge originario del Governo).

³⁴⁸ La disposizione richiama esplicitamente l'art. 66 D.Lgs. 276/2003 che, in tema di lavoro a progetto, prevede che la sospensione del rapporto dovuta a gravidanza e puerperio dia luogo ad una proroga del contratto di 180 giorni. In tal modo l'art. 66 cit. viene esteso a tutte le categorie assimilate, in particolare all'associazione in partecipazione, cui una tale disposizione era prima del tutto estranea. Si potrebbero, però, sollevare dubbi sulla scelta del legislatore di utilizzare un periodo (180 giorni) diverso da quello previsto per l'astensione obbligatoria delle lavoratrici: M. PEDRAZZOLI, *Sub art. 66*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 806. I dubbi si fanno ancora più forti dopo l'emanazione del D.M. 12 luglio 2007 poiché la proroga del contratto di 180 giorni potrebbe corrispondere ad un periodo maggiore rispetto ai cinque mesi di astensione obbligatoria (con la conseguenza che la lavoratrice, di fatto, presterebbe la propria attività per un mese in più), oppure minore, nel caso, ad esempio, di astensione facoltativa.

³⁴⁹ Circolare Inps 21 dicembre 2007, n. 137, in *www.inps.it*.

Si può pertanto affermare, in tema di tutela della maternità, che il lavoro in associazione in partecipazione a tutt'oggi gode di tutela assimilabili a quelle previste per il lavoro subordinato.

La breve panoramica tratteggiata permette di evidenziare alcuni punti: il legislatore ha assunto, soprattutto negli ultimi anni, un atteggiamento "interventista" nei confronti delle tutele previdenziali dell'associazione in partecipazione (ma, in generale, di tutte le fattispecie di lavori parasubordinati o assimilabili): v'è stato un progressivo e sostanzioso aumento di contributi e di prestazioni rese. Il punto di riferimento verso cui il legislatore tende è stato quello del lavoro subordinato, poiché le tutele a poco a poco aggiunte hanno sempre seguito la falsariga di quelle già esistenti per i rapporti di cui all'art. 2094 c.c.

Quali i motivi di questo *trend* e quali le conseguenze? Certamente v'è l'esigenza forte di aumentare le tutele in favore di rapporti c.d. flessibili, fors'anche in una nuova consapevolezza che l'accesso a tali tipi di rapporto non costituisce più solo un mero passaggio per giungere ad un lavoro subordinato "tradizionale", ma sempre più uno stato permanente. Rafforzamento delle tutele, quindi, anche in un'ottica di più largo respiro: il Libro Verde della Commissione Europea, infatti, ha incentivato gli Stati membri a "*raccogliere la sfida consistente nel conciliare una maggiore flessibilità con la necessità di massimizzare la sicurezza*"³⁵⁰.

Accanto a tale scelta, per così dire politica, ve n'è poi una ulteriore, quella antielusiva: il legislatore vuole evitare che tali rapporti di lavoro vengano utilizzati col mero scopo di eludere la disciplina più garantista ed inderogabile prevista per il

³⁵⁰ Green Paper della Commissione Europea, Bruxelles 22 novembre 2006, COM (2006), 708 final.

lavoro subordinato. Per ciò che concerne l'associazione in partecipazione, l'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 l'ha espresso chiaramente³⁵¹.

L'assimilazione di molte tutele potrebbe, quindi, disincentivare un uso frodatario, considerando altresì che ad essa si accompagna un aumento del costo del lavoro da parte dell'associante (o del committente), tale da risultare meno appetibile di quanto fosse pochi anni prima³⁵². Tuttavia il contratto di cui all'art. 2549 c.c. a tutt'oggi resta sempre economicamente più conveniente di un rapporto di lavoro subordinato, né costituisce un'alternativa meno vantaggiosa rispetto ad altre fattispecie di lavoro non subordinato (ad esempio, il lavoro a progetto, soggetto ai medesimi oneri contributivi).

Pur mantenendo presente l'esigenza antielusiva, dunque (che si cerca di combattere anche con un aumento dei costi del lavoro), *“l'aumento si spiega piuttosto come scelta di politica del diritto”*³⁵³ al fine di garantire prestazioni previdenziali ed assistenziali a soggetti che comunque svolgono un'attività lavorativa e che, potenzialmente, potrebbero non accedere mai ad una posizione di lavoro subordinato³⁵⁴.

Tuttavia s'è cercato di raggiungere tali intenti, pur apprezzabili, con modalità non sempre opportune. Il punto di riferimento – come detto – resta sempre la disciplina prevista per il lavoro subordinato, ma la tendenza all'assimilazione a

³⁵¹ La preoccupazione del legislatore che lavori che si trovano nella “zona grigia” siano utilizzati fraudolentemente non concerne, naturalmente, solo l'associazione in partecipazione; si pensi, ad esempio, all'introduzione della certificazione di cui s'è detto al § 4, utilizzabile per molte specie contrattuali.

³⁵² G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione...*, cit., 1071.

³⁵³ G. DONDI, *Il lavoro a progetto...*, cit., che in tema richiama T. TREU, *Le politiche del Welfare: innovazioni necessarie*, in *Dir. sic. soc.*, 2004, 14.

³⁵⁴ M. CINELLI, *op. cit.*, 138, il quale fa presente che l'estensione delle tutele ha riguardato anche altre posizioni, come quella dei lavoratori autonomi.

quest'ultimo³⁵⁵ sul piano previdenziale non sempre risulta meditata e coerente.

Si è così trascurato il fatto che si può giungere ad alterare la natura e la specificità del rapporto in esame. Si pensi, ad esempio, all'estensione del diritto all'indennità di maternità che, ai sensi dell'art. 5, comma 3, D.M. 12 luglio 2007, viene corrisposta in percentuale rispetto al reddito dei dodici mesi precedenti *ex art. 4 D.M. 4 aprile 2002*.

Il criterio potrebbe essere ragionevole in fattispecie come il lavoro a progetto con un compenso fisso prestabilito o, per l'associazione in partecipazione se l'associata non fosse obbligata all'astensione, come nel caso delle lavoratrici libere professioniste³⁵⁶. L'obbligo di astensione, invece, è scarsamente compatibile con uno schema negoziale che si basa sull'apporto necessario dell'associata e sul risultato della gestione che anche da esso dipende (e cui è correlato il compenso), in un contesto di aleatorietà.

Bene avrebbe fatto, quindi, il legislatore, piuttosto che ad estendere pedissequamente la normativa sul lavoro subordinato, a perseguire intenti antielusivi e di tutela con metodi che fossero più consoni alla natura del contratto, sì da non alterarne la causa³⁵⁷.

6. Gli ultimi interventi del legislatore

³⁵⁵ G. PELLACANI, *op. cit.*, 914.

³⁵⁶ In base all'art. 70, D.Lgs. 151/2001 l'indennità viene corrisposta alle lavoratrici libere professioniste sulla base del reddito dichiarato il secondo anno precedente, ma non sono soggette all'obbligo di astensione.

³⁵⁷ Rilievi analoghi sono emersi in ordine alla tutela per la malattia nel lavoro a progetto, le cui disposizioni "*non si attagliano alla configurazione dell'obbligazione del collaboratore a progetto come obbligazione di risultato, prevedendo una sospensione anche del corrispettivo a carico del committente per la durata dell'infermità, in sintonia con la correlazione del corrispettivo stesso alla quantità del lavoro svolto e quindi ad un criterio sinallagmatico che parametrizza la remunerazione al tempo di attività concretamente resa, asseverando che oggetto dell'obbligazione è la prestazione d'opera e non il risultato*": G. DONDI, *Il lavoro a progetto...*, cit.

Recentissimamente l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro è stata coinvolta in ulteriori innovazioni, di cui occorre dar conto, seppur brevemente.

La Finanziaria 2007 ai commi da 1180 a 1185 del suo unico articolo modifica l'art. 9-*bis*, L. 28 novembre 1996, n. 608 e detta una nuova disciplina relativamente agli adempimenti connessi all'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro, che estende esplicitamente anche agli associati in partecipazione con apporto lavorativo (art. 1, comma 1180)³⁵⁸.

La novità consiste nell'obbligo di comunicazione anticipata di instaurazione del rapporto di lavoro. In precedenza il datore era tenuto a fornire la comunicazioni ai Servizi competenti nel termine di cinque giorni dal momento dell'instaurazione del rapporto, con la conseguenza di un facile aggiramento della norma, poiché *“sovente, in caso di accesso ispettivo, i lavoratori... «dichiaravano»... di essere stati assunti in quel giorno o almeno nei giorni immediatamente antecedenti (meno di cinque) ed era difficile trovare, attraverso documentazione e testimonianze, la prova contraria”*³⁵⁹. È chiaro, quindi, che la disposizione è finalizzata alla lotta contro il lavoro sommerso³⁶⁰, oltre che all'effettuazione di un completo monitoraggio del mercato del lavoro³⁶¹.

Dal momento che pure l'associazione in partecipazione dà luogo ad un vero e proprio rapporto di lavoro *lato sensu* di tipo

³⁵⁸ La normativa in questione, più volte modificata, non aveva mai fino ad ora interessato il contratto di cui all'art. 2549 c.c., che in tal senso è *“una new entry nel panorama dei servizi per l'impiego”*: E. MASSI, *Comunicazione anticipata ai servizi per l'impiego*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, 410.

³⁵⁹ E. MASSI, *op. cit.*, 407.

³⁶⁰ V. FILÍ, *Gli adempimenti connessi all'instaurazione, trasformazione e cessazione dei rapporti di lavoro*, in M. MISCIONE e D. GAROFALO, *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 2007, 40; E. MASSI, *op. cit.*, 407.

³⁶¹ V. FILÍ, *Gli adempimenti connessi...*, *cit.*, 40.

associativo (come tutte le altre fattispecie citate dall'art. 1, comma 1180, cit.: lavoro a progetto, di socio lavoratore di cooperativa etc.), l'applicabilità della normativa sulla preventiva comunicazione appare senz'altro opportuna.

Pochi mesi dopo il legislatore è intervenuto ulteriormente, sotto un aspetto per così dire speculare: le dimissioni. Con la L. 17 ottobre 2007, n. 188 tutti i lavoratori (subordinati di qualsiasi tipo, autonomi coordinati e continuativi anche a progetto, collaboratori occasionali, soci di cooperativa e, naturalmente, associati in partecipazione) sono tenuti a rassegnare le dimissioni in forma scritta, a pena di nullità, su apposito modulo predisposto dal Ministero, valido per soli quindici giorni dall'emissione.

La norma, sulla cui portata ed effettiva utilità la dottrina s'è già espressa³⁶² è stata prevista con l'esplicito fine di evitare (false) dimissioni orali o per fatti concludenti ed impedire l'uso della pratica di dimissioni "in bianco" sottoscritte dal lavoratore all'inizio del rapporto.

Le due disposizioni appena citate devono probabilmente essere lette in un'ottica unitaria, emanate con intento protettivo verso gli associati in partecipazione³⁶³.

D'altra parte la necessità di fornire sempre maggiori tutele è emersa già con chiarezza nell'analisi degli aspetti previdenziali e contributivi e, riguarda, si sottolinea, non solo gli associati in partecipazione, bensì tutti i prestatori di lavori c.d. *non standard*. Si pensi che nella Finanziaria 2007 (art. 1, comma 1156) era altresì prospettata la possibilità di

³⁶² Per una prima analisi: A. VALLEBONA, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 862.

³⁶³ G. DONDI, *Il lavoro a progetto...*, cit.

predisporre ammortizzatori sociali per i collaboratori a progetto che avessero prestato opera presso aziende in crisi³⁶⁴.

Osservazioni finali

Si è sopra collocato il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro nella categoria dei rapporti associativi di lavoro, intesa in senso lato. Di tale categoria, si sono indicate le caratteristiche specifiche; i rapporti di lavoro associato, infatti, si contraddistinguono per la presenza necessaria di due elementi che devono convivere: il rischio d'impresa e la compartecipazione (seppur con modalità e intensità differenti).

Nell'associazione in partecipazione è stata rilevata la presenza di tali elementi fin dalla disciplina del codice civile, la quale, però, per ragioni storiche e socio-economiche, ha in gran parte carattere dispositivo; ciò ha consentito un utilizzo fin troppo duttile del contratto, che si è spinto fino a forme e modalità non sempre in linea con la sua natura e causa. In particolare, esso s'è posto sempre più ai confini con il rapporto di lavoro subordinato, della cui disciplina spesso ha costituito una forma di elusione.

Negli ultimi anni il legislatore ha avvertito l'esigenza di intervenire in materia, nell'intento di assicurare un utilizzo genuino dell'associazione in partecipazione. L'intervento ha percorso due strade diverse ma parallele: aumentare le tutele della parte contrattuale "debole" (ovvero l'associato) e rafforzare gli elementi qualificatori della fattispecie.

³⁶⁴ La norma era solo programmatica ed è rimasta, fino ad oggi, lettera morta: M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali prorogati*, in M. MISCIONE e D. GAROFALO, *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 2007, 21.

Per ciò che concerne il primo aspetto (che trova il suo punto di forza nelle tutele previdenziali ed assistenziali) il legislatore ha seguito come modello la disciplina prevista per il lavoro subordinato. Ciò ha condotto ad un'apprezzabile disincentivazione dell'utilizzo fraudolento dell'associazione in partecipazione, anche in considerazione dell'aumento del costo del lavoro per l'associante, costo sempre più parificato a quello del lavoro dipendente. Tuttavia, la tecnica di assimilazione al lavoro subordinato non sempre è da guardare con favore, in quanto v'è il rischio concreto di estendere discipline non sempre compatibili con la causa e la natura del contratto di cui all'art. 2549 c.c.

Rispetto alla qualificazione della fattispecie, il legislatore ha introdotto due necessari requisiti che devono contraddistinguere l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: l'effettiva partecipazione e le adeguate erogazioni (art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003), agganciando alla loro assenza una presunzione *juris tantum* di subordinazione. Nonostante giurisprudenza e dottrina non abbiano (almeno per ora) dato particolare rilievo a tali elementi, lo studio effettuato porta a concludere in senso diverso.

I due nuovi principi non sono solamente confermativi delle caratteristiche già enunciate nel codice civile, ma sono in grado di aggiungere un *quid pluris*: se la partecipazione deve essere effettiva, diventa doveroso un coinvolgimento dell'associato più intenso, non semplicemente limitato – com'era possibile prima – alla sola presa visione del rendiconto. Analogamente, le erogazioni sono contraddistinte dall'adeguatezza; ciò significa che la partecipazione ai risultati deve essere in linea con l'effettivo apporto e con l'alea che con l'associazione si accetta, fermo dunque il rischio anche per

l'associato. Il che impone l'esclusione della legittimità della pratica in uso di assicurare all'associato un guadagno minimo, comunque garantito, con elisione dell'alea che invece connota essenzialmente il contratto in esame.

Pare, quindi, che l'intervento del D.Lgs. 276/2003 possa fornire più forza agli elementi che contraddistinguono l'associazione in partecipazione quale forma di lavoro associato. In particolare, si può ipotizzare una modifica importante apportata allo stesso codice civile: mentre prima la disciplina in esso prevista era generalmente derogabile, come detto, dopo le ultime modifiche di legge si deve ritenere che i due requisiti della partecipazione effettiva e delle erogazioni adeguate siano ormai non più derogabili. Ciò rende più netta la distinzione con il lavoro subordinato, riduce la zona grigia di confine con quest'ultimo e rafforza gli argini contro gli intenti elusivi della disciplina posta a garanzia del lavoro dipendente.

BIBLIOGRAFIA

Allamprese A.

- 2000, *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 705.
- 2004, *Associazione in partecipazione*, in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma.

Andrini M.C.

- 1989, *L'impresa familiare*, in VITTORIA D. e ANDRINI M.C., *Azienda coniugale e impresa familiare (Trattato Galgano)*, Padova.

Aniso M.,

- 2005, *Il contratto di associazione in partecipazione nella prassi*, in *Dir. Lav. Marche*, 417.

Assanti C.

- 1961, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano.

Balestra L.

- 2000, *L'impresa familiare*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, La Famiglia, II*, Torino, 488.
- 2007, *L'impresa familiare*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Padova, 945.

Bano F.

- 2004, *Lavoro e rapporti associativi*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Lavoro autonomo*, IV, Torino.

Barassi L.

- 1901, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano.
- 1915, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano.
- 1936, *Il diritto del lavoro*, II, Milano.

Barbieri E.M.

- 2006, *Considerazioni sull'associazione in partecipazione nella "riforma Biagi"*, in *Mass. Giur. lav.*, 318.

Bassanelli E.

1943, *Dell'impresa agricola, commento agli artt. 2060-2246 c.c.*, in SCIALOJA A. e BRANCA G. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano.

1960, *Colonia parziaria*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano.

Beghini V.

2007, *L'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa tra disciplina codicistica e D.Lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 91.

Bellavista A.

2004a, *Art. 69. Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in GRAGNOLA E. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 787.

2004b, *La derogabilità assistita nel d.lgs. 276/2003*, in www.lex.unict/eurolabor.it.

Bellocchi P.

2000, *Tutela del lavoro e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 627.

Biagi M.

1983, *Cooperative e rapporto di lavoro*, Milano.

1992, *Lavoro associato – Cooperazione*, voce in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, VIII, Torino.

1999, *Lavoro (rapporti associativi)*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Milano.

Bianca C.M.

1985, *Diritto civile, II, La famiglia – le successioni*, Milano.

2000, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano.

Bianco I.

1975, *Il movimento cooperativo italiano. Storia e ruolo nell'economia nazionale*, Milano.

Boghtich E.

2007, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 780.

Bolego G.

2006, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro: orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *Arg. Dir. Lav.*, 834.

Bonfante G.

- 1981, *La legislazione cooperativistica*, in SAPELLI G. (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia*, Torino.
- 1999, *Delle imprese cooperative*, sub Artt. 2511-2545, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Sviaioja-Branca*, Bologna-Roma.
- 2002, *La nuova legge sulle società cooperative*, in *La nuova disciplina delle società cooperative: la posizione del socio lavoratore*, Paradigma, Milano.

Briganti W.

- 1979, *Le origini della cooperazione in Italia (1854-1886)*, in FABBRI F. (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia 1854-1975*, Milano.

Busnelli F.D.

- 1984, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Scritti in onore di Dante Gaeta*, Milano.

Canavesi G.

- 2003 *Associazioni e lavoro*, Milano.

Casale F.

- 2005, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano.

Cattaneo C.

- 1978, *I contratti agrari associativi*, in IRTI N. (a cura di), *Manuale di diritto agrario italiano*, Torino.

Carinci F.

- 1985, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 203.

Carinci F., De Luca Tamaio R., Tosi P., Treu T.

- 2006, *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, 6^a ed., Torino.

Carinci M.T.

- 2005, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D.Lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. Giur.*, 1113.

Carnelutti F.

- 1916, *Studi sulle energie come rapporti giuridici*, in *Studi di diritto civile*, Roma.

Carrozza A.

1976, *Mezzadria*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano.

1977, *Impresa familiare e comunione tacita familiare*, in A. MAISANO (a cura di). *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli.

Cinelli M.

2007, *Diritto della previdenza sociale*, 7^a ed., Torino.

Corapi D.

1965, *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nell'associazione in partecipazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 267.

Cospite N.

2007, *Impresa familiare*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 338.

Costato L.

2003, *Trattato breve di diritto agrario e comunitario*, Padova.

Costi R. e Di Chio G.

1980, *Società in generale – società di persone – associazioni in partecipazione*, Torino.

D'Antona M.

1995, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 43.

1996, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in GHEZZI G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma.

1998, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 311.

De Acutis M.

1999, *L'associazione in partecipazione*, Padova.

De Angelis L.

2003, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro: l. n. 30/2003*, Milano, 234.

De Cristofaro Marc.

2003, *L'associazione in partecipazione nello schema del decreto delegato per la riforma del mercato del lavoro*, in *Dir. Lav.*, I, 181.

De Ferra G.

1954, *Sull'ammissibilità dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, IV, 92.

1973, *Associazione in partecipazione*, in A. SCAIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma.

Degl'Innocenti M.

1977, *Storia della cooperazione in Italia, 1886-1925*, Roma.

De Gregorio A.

1938, *Delle società*, Torino.

Del Borrello G.

2004, *La distinzione dell'associazione in partecipazione con apporto d'opera dal lavoro subordinato con partecipazione agli utili, tra vecchio e nuovo ordinamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 562.

Dell'Olio M.

2005, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *Arg. Dir. Lav.*, 69.

De Luca Tamajo R.

2005, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 310.

De Luca Tamajo R., Flammia R. e Persiani M.

1998, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Roma.

De Luca Tamajo R., Rusciano M. e Zoppoli L.

2004, *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema: dalla Legge 14 febbraio 2003 n. 30 al Decreto Legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli.

Dionisi C.

2006, *Il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1009.

Dondi G.

2004a, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Dir. Lav.*, III, 1067.

2004b, *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. Legge Biagi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 63.

2008, *Il lavoro a progetto dopo la finanziaria per il 2007*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, in corso di pubblicazione.

Ferri G.

1995, *Associazione in partecipazione*, voce in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Torino, 505.

Ferluga L.

2005, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Milano.

Fili V.

2007a, *Gli adempimenti connessi all'instaurazione, trasformazione e cessazione dei rapporti di lavoro*, in MISCIONE M. e GAROFALO D., *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 39.

2007b, *La tutela del lavoro parasubordinato tra stabilizzazione e buone prassi*, in MISCIONE M. e GAROFALO D., *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 127.

Florio N.

1977, *Famiglia e impresa familiare*, Bologna.

Francario L., Graziani C.A., Recchi P.

1982, *La riforma dei contratti agrari*, Napoli.

Franzoni M.

1983, *Mutualità e scambio nella società cooperativa*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 831.

Galgano F.

1992, *Diritto Commerciale. Le società*, IV, Bologna.

Galloni G.

1999, *Lezioni sul diritto dell'impresa agricola e dell'ambiente*, Napoli.

Garofalo D.

2003, *Gli emendamenti alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa contenuta nel ddl 848B*, in *Lav. Giur.*, 5.

Garofalo M.G.

2003, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 359.

Gheido M.R. e Casotti A.

2005, *Associazione in partecipazione: aspetti fiscali e contributivi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1446.

Ghera E.

1999, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, 477.

2004, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M. e ZOPPOLI L., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 277.

2006a, *Diritto del lavoro*, 16^a ed., Bari.

2006b, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1.

Ghezzi G.

1976, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1361.

Ghidini M.

1959, *L'associazione in partecipazione*, Milano.

Giannattasio C.

1964, *Perdite dell'associato superiore all'apporto nell'associazione in partecipazione?*, in *Giust. Civ.*, I, 2128.

Gibelli A.

1998, *L'officina della guerra. La grande guerra e la trasformazione del mondo mentale*, Torino.

Giudiceandrea N.

1938, *Struttura e natura giuridica dei rapporti di compartecipazione in agricoltura*, Roma.

Gragnoli E.

2004a, *Disposizioni finali e transitorie*, in GRAGNOLI E. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 880.

2004b, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 543.

Grechi A.

1960, *Il lavoro nei rapporti associativi*, in BORSI U. e PERGOLESIS F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, I, 3^a ed., Padova.

1961, *Obblighi assicurativi e rapporti di società*, in *Probl. Sic. Soc.*, 248.

Gualtierotti P.

2004, *L'associazione in partecipazione dopo la riforma del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 327.

Guglielmucci L.

1981, *I certificati di partecipazione*, Milano.

Holyoake G.J.

1955, *Storia dei probi pionieri di Rochdale*, Roma.

Ichino P.

1989, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano.

1990, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *Dem. Dir.*, 69.

2000, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano.

Jannarelli A.

1984, *I rapporti agrari associativi dopo la riforma*, Bari.

Lassandari A. e Garattoni M.

2007, *Lavoro e associazione*, in CESTER C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario di diritto del lavoro*, II, Torino, 82.

Lo Cuoco G.

1973, *Considerazioni sulla prestazione accessoria di lavoro subordinato nelle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 1233.

Lunardon F.

1990, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 406.

2004, *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in BELLOCCHI P., LUNARDON F. e SPEZIALE V. (a cura di), in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV*, Milano, 73.

Maggiolo M.

2007, *Specificazione*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 917.

Magnani M. e Varesi P.A.

2005, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali: commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino.

Manara U.

1902, *Società*, Torino.

Mancini F.

1957, *La responsabilità del prestatore di lavoro*, Milano.

Marazza M.

2002, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova.

Maresca A.

2004, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in MONTUSCHI L. e TULLINI P. (a cura di), *Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina*, Torino, 21.

Marinelli F.

2007, *Brevi note sulle conseguenze in caso di inadeguata specificazione formale del progetto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 807.

Mariucci L.

1979, *Il lavoro decentrato*, Milano.

Martelloni F.

2006, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 366.

Massi E.

2007, *Comunicazione anticipata ai servizi per l'impiego*, in *Dir. Prat. Lav.*, 407.

Mazziotti F.

1979, *Diritto del lavoro*, Pisa.

Meliadò G.

2003, *Nuove incertezze per il lavoro cooperativo*, in *Foro It.*, V, 194.

Mengoni L.

1986, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 5.

Mignone G.

2002, *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro*, in *Giur. It.*, I, 209.

Millo A.

2004, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2895.

Miscione M.

2007, *Gli ammortizzatori sociali prorogati*, in MISCIONE M. e GAROFALO D., *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 3.

Montuschi L.

1963, *Socio, amministratore di società e rapporto di lavoro subordinato*, in *Dir. Ec.*, 480.

1993, *Il contratto di lavoro tra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. Dir.*, 21.

2002, *Introduzione. Una riforma attesa*, in MONTUSCHI L. e TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, 4.

Mutarelli M.M.

2003, *Sulla qualificazione del contratto di associazione in partecipazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 26.

Nicolini G.

1980, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano.

Nogler L.

1990, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 182.

1998, *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio di cooperativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 487.

2002, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 109.

2004, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 223.

Oppo G.

1992, Art. 89, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario della Famiglia*, III, Padova.

Palermo A.

1970, *Soccida (contratto di)*, in *Novis. Dig. dir. it.*, Torino.

Palladini S.

2006, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova.

Panuccio V.

1981, *L'impresa familiare*, Milano.

2000, *Impresa familiare* in *Enc. Dir.*, IV, Milano.

Pedrazzoli M.

1985, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano.

1998, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 509.

2004a, *Sub art. 86 1° e 2° co.*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 750.

2004b, *Sub art. 66*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 806.

Pellacani L.

2003, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 909.

Persiani M.

1966, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova.

1972, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, V, 2, 843.

2004, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Dir. Lav.*, 373.

2005, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1.

Perulli A.

1997, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordianzione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, I, 169.

2004, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino.

2007, *Subordinazione e autonomia*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato, II, Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, Torino, 3.

Pessi R.

1989, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano.

Petino P.

1968, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano.

Peyron C.

1988, *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 424.

Pizzoferrato A.

2003, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. Lav.*, 633

Pizzuti P.

2004, *La certificazione dell'associazione in partecipazione*, in G. PERONE e A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 245.

Proia G.

2002, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 87.

Preite D.

1982, *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, in *Giur. Comm.*, II, 437.

Proia G.

2006, *Verso uno Statuto dei lavori?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 61.

Prosperi F.

1988, *I contratti agrari associativi e le loro nuove "forme"*, Napoli.

Pugliatti S.

1954, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 174.

Rabaglietti M.F.

1953, *Contratto e rapporto di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 139.

1959, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano.

1961, *Contratti con comunione di scopo. Il contratto di lavoro come contratto plurilaterale?*, in *Dir. Lav.*, I, 49.

Ravà T.

1938, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano.

Renzi T.

2007, *I nuovi regimi delle assenze per malattia*, in *Lav. Giur.*, 762.

Riccardi A.

2008, *Contratto di lavoro e contratto di associazione in partecipazione: alla ricerca del criterio differenziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 616.

Ricci M.

2004, *Le finalità del D.Lgs. n. 276/2003 tra flessibilità/precariato e "presunti" orientamenti comunitari*, in *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276: i nuovi scenari del diritto del lavoro*, Suppl a *Lav. Giur.*, 74.

Riverso R.

2002, *Profili processuali della legge n. 142 del 2001*, in MONTUSCHI L. e TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, 28.

Romagnoli U.

1967, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano.
1997, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. Dir.*, 3.

Ruggiero L.

2005a, *L'associazione in partecipazione dopo la riforma Biagi del mercato del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav., Rel. Ind.*, 137.
2005b, *Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione agli utili*, in ENRICO C. e TIRABOSCHI M., *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano.

Santoni F.

1985, *L'associazione in partecipazione*, in RESCIGNO P., (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 519.

Santoro C.

2007, *Associazione in partecipazione e subordinazione*, in *Guida Lav.*, 24, 29.

Santoro S.

2006, *Il contratto a termine e l'associazione in partecipazione nel lavoro agricolo*, in BETTINI M.N. (a cura di), *Agricoltura e lavoro*, Roma, 111.

Santoro Passarelli F.

1965, *Il lavoro nell'impresa*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova.
1983, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli.

Santoro Passarelli G.

2003, *Nuove forme di lavoro e occupazione*, in *Dir. Lav. Merc.*, 48.

2004a, *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M. e ZOPPOLI L., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 203.

2004b, *Le "ragioni" dello Statuto dei Lavori*, in *www.lex.unict.it*.

Savino M.

1939, *Il lavoro nei rapporti associativi*, Roma.

1955, *Il lavoro nei rapporti associativi*, in BORSI U. e PERGOLESI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, I, 2^a ed., Padova.

Scognamiglio R.

2001, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 95.

Simionato D.

2007, *Il lavoro del socio di cooperativa*, in CESTER C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario di diritto del lavoro*, II, Torino, 96.

Spagnuolo Vigorita L.

1965, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 369.

1988, *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, in *Mass. Giur. Lav.*, 423.

Speziale V.

2004a, *Certificazione: introduzione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs., 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Milano, 140.

2004b, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs., 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Milano, 174.

2005, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi per le quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs., 10 settembre 2003, n. 276, V, Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Milano, 170.

Squeglia M.

2005, *Associazione in partecipazione tra subordinazione e autonomia*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1910.

Tatarelli M.

2004, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Trecc.*, aggiornamenti.

Tesauro P.

1993, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in L. GAETA e P. TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Torino, I, 81.

Tiraboschi M.

1993, *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in MAZZOTTA O. (a cura di), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, 31.

2003a, *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, in *Guida Lav.*, 34, 30.

2003b, *Le procedure di certificazione*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi*, in *Guida Lav.*, 4, suppl., 123.

2004, *Il lavoro a progetto: profili tecnico-ricostruttivi*, in *Guida Lav.*, Speciale gennaio – *Le nuove collaborazioni*, 26.

Treu T.

1968, *Onerosità e corrispettività del rapporto di lavoro*, Milano.

2004, *Le politiche del Welfare: innovazioni necessarie*, in *Dir. Sic. Soc.*, 14.

Tullini P.

2003, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 94.

2004, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in GRAGNOLI E. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 819.

Vallauri M.L.

2004, *Abrogazioni, norme transitorie e finali*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs., 10settembre 2003, n. 276, IV*, Milano, 260.

Vallebona A.

1991, *Il lavoro in cooperativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 291.
1992, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la derogabilità assistita*, in *Dir. Lav.*, I, 479.
2001, *L'incostituzionale svolgimento del lavoro in cooperativa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 813.
2004a, *La riforma dei lavori*, Padova.
2004b, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. Dir. Lav.*, 293.
2005, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, 5^a ed., Padova.
2007, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *Mass. Giur. Lav.*, 862.

Verrucoli R.

1958, *La società cooperativa*, Padova.

Venditti C.

1975, *Rapporto di lavoro subordinato tra socio e società e corresponsione degli assegni familiari*, in *Dir. Lav.*, I, 1975, 349.

Vivante C.

1933, *L'oggetto e la durata dell'associazione in partecipazione*, in *Foro It.*, I, 13.

Zoli C.

2003, *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 284.

Recenti circolari Inps di riferimento:

- 29 marzo 2004, n. 57;

- 1° febbraio 2005, n. 18;

- 16 febbraio 2005, n. 30;
- Messaggio 1° agosto 2005, n. 27708;
- 10 agosto 2005, n. 99
- Messaggio 22 novembre 2006, n. 21001
- 11 gennaio 2007, n. 7
- 16 aprile 2007, n. 76.
- 21 dicembre 2007, n. 137
- 17 gennaio 2008, n. 8