

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro dopo le recenti riforme*

Fabrizio Ferraro

1. Premessa. L'associazione in partecipazione nell'ottica della rimodulazione della flessibilità "in entrata"	78
2. Brevi cenni sulla disciplina dell'associazione in partecipazione nel codice civile.	80
3. L' "emersione" della fattispecie fuori dal codice civile.	81
4. Le presunzioni nella l. 92 del 2012: a) effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto	82
5. b) la professionalità (pratica o teorica) del lavoratore associato	88
6. c) l'attività dell'associato in partecipazione svolta con modalità analoghe a quelle dei dipendenti dell'associante	91
7. Il limite numerico degli associati tra rilievi di incostituzionalità e dubbi di opportunità.	93
7.1 (segue) La medesima attività	96
7.2 (segue) Le eccezioni alla conversione	98
8. L'estensione agli associati in partecipazione del procedimento di convalida ex art. 4, commi 16-23, l. 92/2012 e il regime di decadenza ex art. 32 comma 3 lett. b: due processi assimilativi inversi?	100
9. Le maxi-sanatorie dei rapporti fittizi e il possibile ruolo della contrattazione collettiva nell'opera di selezione e regolazione del lavoro associato (cenni).	102
10. Il nuovo apparato contenitivo dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro e il "lavoro associato a-regolato", un bilancio solo provvisorio?	103

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 221/2014

1. Premessa. L'associazione in partecipazione nell'ottica della rimodulazione della flessibilità "in entrata"

L'associazione in partecipazione è stata inclusa nel disegno complessivo di contrazione e irrigidimento della "flessibilità in entrata"²⁵³.

L'idea di limitare l'uso del contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro attraverso una tecnica legislativa dichiaratamente antielusiva è stata perseguita dal legislatore degli ultimi anni con coerenza. L'approccio di *soft-law* inizialmente adottato è stato più di recente abbandonato a favore di misure *trancianti*.

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro è un negozio dalla storia travagliata e la stessa deducibilità di prestazioni lavorative non è sempre stata pacifica per una, supposta, tendenziale incompatibilità con l'art. 2553 c.c.²⁵⁴. Una volta ammessi gli apporti d'opera secondo le indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie²⁵⁵, l'associazione in partecipazione è proliferata in quanto agile strumento di acquisizione di lavoro a costi ridotti, concretamente adatto a schermare effettivi rapporti di lavoro subordinato²⁵⁶.

Se è vero, come è stato esattamente notato, che la diffusione del contratto, in parallelo con il «rigonfiamento della "zona grigia"» al confine tra autonomia e subordinazione, non è integralmente ascrivibile alla "novità post-fordista"²⁵⁷, è forse parimenti vero che il lavoro associato in

²⁵³ Sulle incoerenze del disegno del legislatore cfr. Tosi P., *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5, 813 ss.; e Proia G., *I "cortocircuiti" tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *ADL*, 2013, 4-5, 780 ss.

²⁵⁴ Cfr. De Ferra G., *Sull'ammissibilità di apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in *GCCC*, 1954, n.1968, 90 ss.; ma lo stesso A. ha mutato il suo pensiero in Id., *Della associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja, Branca (a cura di), Zanichelli, 1973, 36 ss.

²⁵⁵ Solo per citare i contributi più rilevanti Colombo G.E., *Associazione in partecipazione, cointeressenza e contratto di lavoro subordinato*, in *RDComm*, 1962, II, 332; Spagnuolo Vigorita L., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione: contributo alla qualificazione dei contratti*, in *RDCiv*, 1965, I, 369 ss.; Santoni F., *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno (diretto da), XVII, Utet, 1985, Torino, 517 ss.; Mignone G., *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Il Codice Civile - Commentario*, Schlesinger (fondato da), Busnelli (diretto da), 2008, 122 ss.; De Acutis M., *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 63; De Ferra G., *op. ult. cit.*. La peculiare relazione di rischio tipica del contratto ex art. 2549 cc. con apporto di lavoro è stata affrontata dalla recente dottrina: Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, in *RIDL*, 2012, II, 565 ss.; e Id., *Associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa e lavoro subordinato: brevi riflessioni di perdurante attualità*, in *RIDL*, 2013, II, 350 ss.; Mignone G., *Sulla partecipazione alle perdite dell'associato d'opera*, in *GComm*, 2013, I, 9 ss.; Tosi P., *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, 965 ss.; Russo A., *Profili teorico-pratici della nuova associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Quaderni della fondazione Marco Biagi*, 2012, 4-II; Riccardi A., *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 156/2012; Diamanti R., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Evoluzione giurisprudenziale e interventi legislativi*, in *RIDL*, fasc.1, 2013, 57 ss.

²⁵⁶ Nella pratica si sono verificati casi non isolati in cui l'associato ha assunto la posizione quantomeno dubitabile di macellaio (Cass. 10.8.1999, n. 8578, in *RIDL*, 2000, II, 445), commesso (Cass. 7.10.2004, n. 20002, in *LG*, 2005, 5, 450; Cass. 11.6.2013, n. 14644, in *altalex*; Trib. Monza 11.3.2014, n. 193, e Cass. 26.5.2014, n.11724, in *iusexplorer*), manovale (Cass. 23.1.1999, n. 655, in *NGL*, 1999, 162) operatore di *call center* (Trib. Milano 9.12.2008, in *D&L*, 2009, 1, 133), insegnante (Cass. 14.2.2005, n. 2932, in *Gal*, 2005, 17, 40); addetti in farmacia (C. App. Firenze 14.5.2012, n. 361). Cfr. Cass. 21.12.2012, n. 2496, in *GComm*, 2013, 1, II, 5. Una parte minoritaria della giurisprudenza ha avallato alcune "prassi" distorsive che hanno indubbiamente favorito l'affinamento delle tecniche elusive. V. favorevoli al cosiddetto "minimo garantito" all'associato indipendente dall'*alea* Cass. 24.11.2000, n. 15175, in *MGCiv*, 2000, 2433; e Cass. 18.4.2007, n. 9264, in *RGL*, 2007, 4, II, 616. Cfr. in materia di *alea* dell'associazione in partecipazione, C. App. Perugia 21.2.2013, in www.iusexplorer.it, d'ora in avanti anche *iusexplorer*.

²⁵⁷ Cfr. Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 65/2008, 12.

partecipazione ha scontato troppo la «campagna mediatica sui rapporti mascherati di lavoro subordinato»²⁵⁸.

Il legislatore ha predisposto norme antielusive. Agli interventi “qualitativi” centrati sul rapporto individuale (presunzioni legali ex art. 86 comma 2d.lgs. 276/2003; poi ex art. 1, comma 30, l. 92/2012) si sono accompagnate misure dissuasive di tipo “quantitativo” (il contingentamento numerico degli associati ex art. 1 comma 28, l. 92/2012). Nel complesso le disposizioni concorrono, con intensità e tagli differenti, a formare un apparato repressivo della fattispecie associativa²⁵⁹, isolata all’interno di fasce di mercato piuttosto ristrette a tutto vantaggio della fattispecie lavoro subordinato verso la quale convergono anche rapporti genuini di lavoro autonomo e associato²⁶⁰. Per tale ragione simili misure sembrerebbero a tratti sopravanzare l’obiettivo di concretizzazione degli intenti della l. 92/2012, con speciale riferimento all’art. 1 lettere a) e c), relativamente alla asserita dominanza del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La normativa recente, non priva di ricadute sistematiche, restituisce nel complesso un quadro in chiaro-scuro, teso tra giustificata lotta all’elusione e scarsa attenzione alle «più ambiziose prospettive di rivisitazione del lavoro autonomo in chiave regolativa e promozionale»²⁶¹. Ipertrofia delle sanzioni e atrofia della regolazione determinano un evidente squilibrio.

Le composite tecniche legali (essenzialmente presunzioni e conversioni) non sono andate esenti da critiche a causa dell’eccesso di compressione sia dell’area del lavoro autonomo sia dell’area del lavoro associato e del correlato rischio di alterazione degli equilibri tra fattispecie. La conseguenza della manipolazione tipologica è infatti la «sovrainclusione» nell’area del lavoro subordinato²⁶². Questo processo è particolarmente evidente nell’ipotesi dell’associazione in partecipazione.

²⁵⁸ Ferraro G., *Il lavoro autonomo, in Il nuovo mercato del lavoro dalla legge Fornero alla legge di stabilità 2013*, Cinelli, Ferraro, Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, 152 ss., ivi 153.

²⁵⁹ Non sono peraltro mancate negli anni proposte esplicite di eliminazione dell’istituto dal novero dei contratti di lavoro: cfr. Allamprese A., *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2000, 712-713. Cfr. anche Alleva P.G., *I lavori atipici: pericolo o opportunità?*, in *RGL*, 2000, 518. Proposte che fanno anche leva sulla gravosità della posizione dell’associato lavoratore genuino, remunerato, a parità di valore apportato, peggio del capitale: cfr. Cass. Sez. Lav. 8.10.2008, n. 24871, in *RIDL*, 2009, II, 327. Se rischiare è però la scelta di un lavoratore autonomo non mi pare contestabile. Cfr. il ragionamento di Mignone G., *Apporto d’opera dell’associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *GI*, 2002, 1, 209 ss.: e App. Genova 24.11.2009, n. 758, in *Gal*, 2010, 37, 42. V. *contra*, favorevole alla deducibilità di lavoro subordinato, Spagnuolo Vigorita L., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione: contributo alla qualificazione dei contratti*, in *RDCiv*, 1965, I, 369 ss.; Santoni F., *L’associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla legge Fornero alla legge di stabilità*, cit., 162 ss.; e Riccardi A., *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 156/2012.

²⁶⁰ Sulle tecniche normative di imposizione della subordinazione utilizzate dal legislatore, cfr. Ferraro, op. loc. ult. cit.; Bano F., *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *LD*, 2012, 497 ss.; Pinto V., *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 151/2012, in part. 10 ss.

²⁶¹ Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 174/2013, 3. Credo che nel discorso possa includersi il “lavoro associato”. Sulle prospettive di riforme (tradite?) del lavoro non-subordinato, nel senso di una necessità di ripensare complessivamente la graduazione delle tutele, cfr. Santoro Passarelli G., *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *DLM*, 2013, 425 ss.; Id., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *RIDL*, 2013, I, 103 ss.; e Perulli A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del “lavoro a progetto”*, in *DRI*, 2013, I, 1 ss.

²⁶² Novella M., *Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo. La legge n. 92/2012 ridefinisce la fattispecie?*, in *LD*, 2012, 569 ss., ivi 578.

2. Brevi cenni sulla disciplina dell'associazione in partecipazione nel codice civile.

Il rapporto di associazione in partecipazione è un modello teoricamente distante nei suoi caratteri tipici dal lavoro subordinato, ma pericolosamente contiguo nel concreto. Rinsaldare le nozioni relative ai requisiti legali della fattispecie è quindi, già di per sé, una “tecnica antielusiva” in senso lato.

L'associazione in partecipazione, disciplinata dagli artt. 2549-2554 c.c. è un contratto caratterizzato da una apparente commistione di elementi dello scambio e associativi, ricondotto alla famiglia dei contratti di scambio a prestazioni corrispettive dalla grande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, che ritengono decisiva la sua struttura bilaterale e la mancanza di esercizio in comune di attività²⁶³.

Dalla natura non propriamente associativa del contratto, nel quale l'associante gestisce e organizza l'impresa (art. 2552 cc.)²⁶⁴, deriva il profilo di confusione pratica con la subordinazione rilevato dalla dottrina²⁶⁵.

All'associato è riconosciuto dalla legge un potere di controllo che consiste almeno nel diritto al rendiconto, per controbilanciare i deficit informativi derivanti dall'estraneità alla gestione²⁶⁶. La giurisprudenza del lavoro si è spesso concentrata sull'effettività del potere di controllo, in quanto la sua radicale mancanza è parte della sintomatologia specifica dell'elusione²⁶⁷.

Il contratto di associazione in partecipazione è inoltre, secondo la dottrina maggioritaria, tipicamente aleatorio²⁶⁸. L'associato, in particolare, apporta una “quantità certa” di lavoro, ma subisce il rischio di non percepire alcun corrispettivo. Partecipa infatti sia agli utili sia alle “perdite”, sebbene le perdite, ai sensi dell'art. 2553 c.c., non possano mai superare il valore dell'apporto²⁶⁹.

²⁶³ Il differenziale tra associazione in partecipazione e società è messo bene in luce da Mignone G., *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Il Codice Civile - Commentario*, Schlesinger (fondato da), Busnelli (diretto da), Milano, 2008, 122 ss. V. *contra* Ferri G., *Associazione in partecipazione (voce)*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. comm.*, 1987, rist. 1989, 506; Corapi D., *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nell'associazione in partecipazione*, in *RDComm*, 1965, II, 280. L'associato «non interviene nella formulazione d'un programma lucrativo comune, ma scambia l'apporto con una probabilità di guadagno» (Spada P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 196 e v. 200, nt. 186); e v. Montalenti P., *Il socio accomandante*, Milano, 1985, 297. In giurisprudenza cfr. C. cost. 15.7.1992, n. 332, in *RGL*, 1992, II, 738, e tra le tante Cass., sez. I, 28.10.2011, n. 22521, in *GCMass.*, 2011, 11, 1544.

²⁶⁴ V. però, sull'utilizzo disinvolto della nozione di “gestione”, Trib. Bari, 17.7.2012, in *RIDL*, 2013, 1, II, 47; e Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *RIDL*, 2013, 2, II, 350. E cfr. le condivisibili critiche di Mignone G., *Associato in partecipazione: “controllo” sulla gestione non è “ingerenza” in essa (sugli effetti degenerativi di un accostamento infelice)*, in *GI*, 2012, 8/9, 1809 ss.

²⁶⁵ Spagnuolo Vigorita, *op. ult. cit.*

²⁶⁶ Cfr. Bolego G., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro: orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *ADL*, 2006, 3, II, 831 ss.

²⁶⁷ Si tratta di un consolidato filone. Cfr. *ex multis* di recente Trib. Milano 28.3.2013, n. 1295; Cass. 28.5.2010, n. 13179, in *MGCiv*, 2010, 5, 837; Cass. 8.11.2011, n. 23167, in *GDir.*, 2012, 2, 54; Cass. 21.2.2012, n. 2496, in *GI*, 2012, 2073; Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *RIDL*, 2013, 2, II, 350; Cass., 28.1.2013, n. 1817, in *LPO*, 2013, 9-10; Cass. 19.2.2013 n. 4070, ined.; Cass. 11.6.2013, n. 14644, in *altalex*. V. più elastica sul requisito Cass. 6.11.1996, n. 11222, in *Contr.*, 1999, 572, nt. Romeo C., *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*. Cfr. anche Nappi S., *Associazione in partecipazione e apporto di lavoro dell'associato*, in *DL*, 1993, II, 150 ss., ivi 153

²⁶⁸ Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., 50 ss.. In giurisprudenza il concetto si è tradotto nella più vaga espressione “rischio d'impresa”: cfr. Cass. 21.2.2012, n. 2496, in *D&G*, 2012; e Cass. 8.11.2011, n. 23167, in *GDir.*, 2012, 2, 54. V. sulla questione anche le sentenze citate in nt. prec. Raramente i caratteri del rischio applicato all'associato lavoratore (*alea causale*) hanno trovato esplicitazione: v. C. App. Perugia 25.6.2013, n. 99, in *iusexplorer*. Cfr. sulla nozione di *alea* Gabrielli E., voce *Alea*, in *Enc. giur. Treccani*, 2000, 6-7; e Boselli A., *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *RTDPC*, 769 ss., ivi 776 e 785.

²⁶⁹ Sono istituti diversi da non confondere con l'associazione in partecipazione le cointeressenze (propria e impropria) dell'art. 2554 c.c. Cfr. Mignone, *op. ult. cit.*, 683 ss.; e Irti N., voce *Negoziario parziario*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, 223 ss., ivi 230. V.

Il legislatore, nella consapevolezza delle profonde differenze teoriche tra il contratto dell'art. 2549 c.c. e quello dell'art. 2094 c.c., ha innanzitutto impostato indici di riconoscimento della fattispecie associativa, favorendo la prova della subordinazione in caso di mancata adesione concreta al tipo legale.

3. L' "emersione" della fattispecie fuori dal codice civile.

La presenza di speciali norme limitative della deducibilità di prestazioni di lavoro nel contratto di associazione in partecipazione è acquisizione relativamente recente. Un primo fallimentare tentativo è rappresentato dall'art. 86, co. 2, d.lgs. 276/2003, oggi abrogato, il quale prevedeva che ai rapporti «resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora» si sarebbero applicati «i trattamenti contributivi economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato [...]». Tuttavia il datore, ovvero il committente o altrimenti l'utilizzatore avrebbe potuto ancora provare, «con idonee attestazioni e documentazioni, che la prestazione rientra[va...] in un altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento».

Al di là delle innumerevoli critiche mosse dalla dottrina ad una formulazione spigolosa e confusa²⁷⁰ e dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati *ex art.* 76 Cost.²⁷¹, l'«*emersione extracodicistica*»²⁷² della fattispecie dava forma all'ipotesi che il rapporto privo di quei requisiti potesse ancora rispondere ai crismi di un diverso rapporto, anche di lavoro autonomo purché almeno nominato. La “doppia presunzione” dell'art. 86, comma 2, d.lgs. 276/2003 consisteva, secondo una dottrina, in un meccanismo alternativo alla (e quindi sostitutivo della) regolare prova in giudizio della subordinazione²⁷³.

L'abrogazione del comma 2 dell'art. 86 è intervenuta – quasi “per desuetudine”²⁷⁴ – per opera del comma 31 dell'art. 1 della l. 92/2012.

infatti, con un argomento non del tutto convincente, sull'inammissibilità di un contratto di mera cointeressenza agli utili Cass. 28.5.2010, n. 13179, in *MGCiv.* 2010, 5, 837. *Contra* Cass. 8.10.2008, n. 24871, in *RIDL*, 2009, 2, II, 327, con nota adesiva sul punto di Orlandi A., *Ancora sui requisiti del contratto ex art. 2549 c.c.: in particolare, sulla non necessaria partecipazione dell'associato alle perdite*, sulla scia della tesi esposta da una parte della giurisprudenza. V., in linea con Cass., sez. I, 15.1.1979, n. 294, in *RNot*, 1979, 519, Cass. 11.6.1991, n. 6610, in *SOC*, 1991, 1635; e Cass. 6.11.1998, n. 11222, in *RIDL*, 1999, II, 483.

²⁷⁰ Cfr. *ex multis* De Cristofaro M., *L'associazione in partecipazione nello schema di decreto delegato per la riforma del mercato del lavoro*, in *DL*, 2003, Maggio-Giugno, 181 ss., ivi 183; Tatarelli M., *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, 2003, 5; Beghini V., *L'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa tra disciplina codicistica e d.lgs. n.276 del 2003*, in *ADL*, 2007, 1, 91 ss., ivi 102; Caponetti S., *Problemi qualificatori in tema di associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa*, in *ADL*, 2010, 4-5, 951; Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, cit., 579. Vi ritorna, di recente, mettendo bene in luce le ragioni del fallimento Santoni F., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, cit., 166.

²⁷¹ De Cristofaro, *op. cit.*, 182.

²⁷² Ricci G., *Il lavoro associato (associazione in partecipazione, lavoro nell'impresa familiare, lavoro in cooperativa)*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro. Vol. I. Costituzione, codice civile, leggi speciali*, Giuffrè, 2009, III ed., 1648, ivi 1664.

²⁷³ Bolego, *op. loc. ult. cit.*. Ciò potrebbe costituire un netto tratto differenziale con il comma 30 dell'art. 1, l. 92/2012.

²⁷⁴ Accenni alla norma in giurisprudenza, con giudizio sostanzialmente neutrale, si riscontrano in Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *FI*, 2012, 9, I, 2284; C. App. Perugia 25.6.2013, n. 99, in *iusexplorer*; e Trib. Siena 22.9.2011, n. 100, in *iusexplorer*.

4. Le presunzioni nella l. 92 del 2012: a) effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto

L'esperienza dell'art. 86 comma 2 ha spinto il legislatore ad affinare la tecnica normativa. Il comma 30 dell'art. 1, l. 92/2012 istituisce una presunzione relativa di lavoro subordinato a tempo indeterminato per colpire i rapporti realizzati «senza che vi si stia un'effettiva partecipazione agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'art. 2552 del codice civile».

Si insiste quindi sull'uso di "presunzioni legali" che sono, ai sensi degli articoli 2727 e 2728 c.c., le conseguenze che la legge trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato, con l'effetto di dispensare il lavoratore dalla più onerosa prova diretta della subordinazione²⁷⁵. Nel campo del diritto del lavoro le presunzioni hanno trovato terreno fertile. Assolvono infatti una funzione di riequilibrio della capacità probatoria processuale nel senso che coadiuvano la parte presumibilmente debole del rapporto (e quindi debole nel processo) nella dimostrazione del fatto costitutivo, in deroga alla regola generale dell'art. 2697 c.c.

La presunzione rinvia integralmente ad elementi caratteristici della fattispecie, valorizzandone in senso antielusivo la capacità di selezionare quegli "usi impropri" del negozio che determinano sovrapposizioni con il lavoro subordinato²⁷⁶.

La norma non ha un contenuto innovativo ma recepisce le indicazioni della giurisprudenza e della dottrina prevalenti, secondo le quali partecipazione agli utili e rendicontazione sono indici di genuinità del rapporto.

La partecipazione agli utili è la modalità negoziale assolutamente prevalente ed evita il ribaltamento dell'onere della prova²⁷⁷. Si presume invece la subordinazione quando il rinvio sia ad elementi differenti, quali i ricavi, considerato spia di un qualche tentativo di camuffamento di un rapporto di lavoro subordinato essenzialmente in quanto non realizza una «effettiva partecipazione agli utili»²⁷⁸. L'aggettivo "effettiva", infatti, rimarca la necessità di una attenta indagine do-

²⁷⁵ Cfr. sulla incidenza sostanziale della presunzione Comoglio L.P., *Le prove*, in *Tr. dir. priv.*, Rescigno P. (diretto da), 1997, 418, secondo il quale il loro effetto tipico è di «semplificare le fattispecie disciplinate, agendo sulla disposizione reciproca dei loro elementi costitutivi, e solo secondariamente sulle modalità del loro accertamento nel processo». Ma v. già in precedenza autorevolmente *contra* Andrioli V., voce *Presunzioni (Diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, 1966, 766 ss.

²⁷⁶ Si può però brevemente osservare che i requisiti prescelti "ai fini della presunzione" non impediscono in assoluto diverse modalità concrete comunque compatibili con il tipo legale, che potrebbero divenire i fondamenti della controprova. Queste alternative costituirebbero già una valida controprova (v. oltre).

²⁷⁷ Si deve trattare di "utili di esercizio" per De Ferra, *op. ult. cit.*, 45. E cfr. C. App. Firenze 2.4.2013, n. 342, in *iusexplorer* La presunzione non scatta in presenza di acconti fissi periodici se questi vengano poi riparametrati agli utili effettivamente conseguiti al momento della presentazione del rendiconto. Sulla legittimità di questa prassi in ultimo cfr. Trib. Milano 14.3.2013, 1074, in *iusexplorer*; e v. Ruggiero L., *Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione agli utili*, in *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Enrico e Tiraboschi (a cura di), Milano, 2005, V, A, 623 ss., *ivi* 628.

²⁷⁸ Escludono i ricavi con un argomento letterale *ex art.* 2549 c.c. Cass. 26.5.2014, n. 11724, in *iusexplorer*; e C. App. Bologna 22.10.2007, n. 450, in *DRI*, 2008, 4, 1157; e C. App. Ancona 5.6.2006, n. 178, in *DL Marche*, 2006, 4, 471. Di avviso contrario, favorevoli ad ammetterli, Cass. 2884/2012, *cit.*; Cass. 27.1.2011, n. 1954, in *GI*, 2011, 391, e Cass. 18.2.2009, n. 3894, in *GDir*, 2009, 12, 54. Il rinvio ai ricavi, che rende sicuramente più "opaca" la partecipazione, non contraddice di per sé la lettera della legge – atteso che il termine "utili" è usato in senso atecnico – e non altera automaticamente il carattere aleatorio del contratto. È vero infatti che i ricavi, in determinate condizioni, potrebbero mancare o essere esigui. È opportuno tuttavia che il giudice effettui un'indagine complessiva del caso concreto per verificare che la clausola di rinvio ai ricavi non celi in realtà una volontà elusiva.

cumentale (sulla base del rendiconto da consegnare materialmente, v. oltre) e conferma l'incompatibilità tra retribuzione minima garantita e *alea* tipica del contratto²⁷⁹. Non è da escludere che il termine "effettiva" possa anche spingere il controllo giudiziale ad una verifica, sia diagnostica sia prognostica, sulla congruità tra valore dell'apporto e entità della partecipazione in relazione alla redditività media (pluriennale e/o attesa) dell'attività economica, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2225 c.c. o, ancora meglio, dall'art. 2263 comma 2 c.c. Questo sindacato di stampo equitativo valorizza di sicuro la strumentalità dell'apporto rispetto all'attività d'impresa e bilancia la connaturata subalternità contrattuale e la carenza di informazioni dell'associato nella determinazione della percentuale di partecipazione spettante. Allora una percentuale esigua di utili in relazione ai predetti canoni potrebbe non essere considerata una "effettiva partecipazione"²⁸⁰.

Rimane invece aperta e andrebbe chiarita, quantomeno dal punto di vista giuridico-semiologico, la questione della "partecipazione alle perdite" dell'associato lavoratore²⁸¹.

La consegna materiale del rendiconto è stata invece di rado presa in considerazione dalla giurisprudenza, che si accontenta anche della mera presenza o messa a disposizione del documento contabile dove è attestato lo stato economico dell'impresa o dell'affare in relazione ad ogni associato²⁸².

È sufficiente la prova di uno degli elementi (partecipazione agli utili non effettiva «ovvero» mancata consegna del rendiconto) perché scatti la presunzione di subordinazione e si inverta l'onere ex art. 2697 c.c.

Se è certo che una volta integrati i "requisiti negativi" della norma presuntiva è sempre ammessa la controprova, più complicato è capire in cosa questa possa consistere.

Al riguardo occorrono da subito alcune precisazioni. In primo luogo, a ben vedere, i meccanismi presuntivi non impediscono il ricorso ai "metodi normali" di qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato (v. *infra*).

Inoltre, come accennato, colui che subisce la presunzione relativa – il presunto associante – può ancora confermare il rapporto associativo attraverso la ricostruzione di alcune "prassi" come modalità di partecipazione al rischio in linea con il tipo legale. Se infatti il rinvio ai ricavi sembra, alla luce della disciplina attuale, un elemento tale da far presumere la subordinazione, la norma non

²⁷⁹ V. però Cass. 18.4.2007, n. 9264, in *ADL*, 2007, 1437. Si tratta di una pronuncia originale sotto più punti di vista, piuttosto isolata nel recente panorama giurisprudenziale. In passato già Cass. 14.1.1982, n. 197, in *MGCiv*, 1982, 1. Accenna a questa possibilità in una ipotesi particolare, C. App. Ancona 30.1.2013 n. 1116. V. *infra*.

²⁸⁰ Cfr. Trib. Milano 22.6.2010, n. 2837, in *iusexplorer*.

²⁸¹ Cfr. sul tema brevemente Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, cit., 572. E Tosi P., *Associazione in partecipazione*, in *DPL, Commentario alla riforma Fornero*, Carinci e Miscione (a cura di) 2012, 143, secondo il quale la norma presuntiva, citando i soli utili, dimostrerebbe che «la partecipazione alle perdite non è requisito della fattispecie legale». In tal senso cfr. Cass. 27.1.2011, n. 1954, in *ADL*, 2011, 391. Si vedano però in ultimo – a conclusione di una annosa *querelle* e ragguagliando il significato della partecipazione alle perdite all'ipotesi dell'apporto di lavoro – nel senso della necessaria partecipazione alle "perdite", Cass. 28.1.2013, n. 1817, in *LPO*, n. 9-10, 499 ss.; Cass. 27.11.2013, n. 26522, in *FI*, 2014, I, 507; Cass. 17.4.2014, n. 87977; Cass. 26.5.2014, n. 11724. Trib. Monza 11.3.2014, n. 193. Cfr. Mignone G., *Sulla partecipazione alle perdite dell'associato d'opera*, cit., 14 ss.

²⁸² Cass. 8.10.2008, n. 24871, in *RIDL*, 2009, 2, II, 327.

potrebbe precludere la dimostrazione che l'alea si sia mantenuta intatta e che, quindi, si sia conservata la genuinità del rapporto instaurato e attuato come associazione in partecipazione. Parimenti, la presunzione fondata sulla mancata consegna del rendiconto è vincibile dalla prova dell'esercizio effettivo del controllo con modalità alternative alla consegna e comunque tali da garantire l'estrinsecazione del potere negoziale sancito dall'art. 2552 c.c. Diversamente opinando si riconoscerebbe ad una presunzione relativa la capacità di alterare la fattispecie sostanziale (v. *supra*).

Il discorso si fa invece più articolato qualora una delle parti abbia contestato con successo l'alea-torietà del contratto ma l'altra sia comunque in grado di provare la non-subordinazione. Bisogna innanzitutto distinguere l'ipotesi in cui emergano i tratti della collaborazione coordinata e continuativa senza vincolo di subordinazione ex art. 409 n. 3 c.p.c., dalla diversa ipotesi in cui risulti la natura autonoma sul modello corrispondente al "nucleo puro" dell'art. 2222 c.c.²⁸³.

Nella prima ipotesi prospettata è lecito dubitare del carattere meramente relativo della presunzione. Esiste infatti un collegamento naturale con la "disciplina sanzionatoria" che colpisce le collaborazioni con i caratteri della norma processuale ma prive di progetto. La conseguenza dell'assenza degli indici di associatività, per questi rapporti, è l'applicazione degli artt. 61 ss. d.lgs. 276/2003 e, quindi, della conversione legale in lavoro subordinato del primo comma dell'art. 69²⁸⁴. Il rapporto non corredato dai requisiti degli art. 2549 ss. c.c. riceve i trattamenti del lavoro subordinato non solo in presenza di un vincolo di subordinazione (per qualificazione, "è"), ma altresì quando la prestazione abbia i caratteri di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. (per conversione, "si considera")²⁸⁵. In tal senso, una volta conseguita la prova della mancanza di uno o di entrambi gli indici di associatività del rapporto, la relatività delle presunzioni lambisce il livello della "assolutezza".

²⁸³ Cass. 24.11.2000, n. 15175, in *MGCiv*, 2000, 2433, fa riferimento alla classica distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato. E cfr. sulla strumentalità dell'apporto in associazione, inteso come conseguimento di un "risultato pratico concreto", Cass. 14 maggio 2012, n. 7426, in *D&G*, 2012, 15 maggio.

²⁸⁴ Cfr. Russo A., *op. loc. ult. cit.* È fatta salva tanto la possibilità di integrare una ipotesi ex art. 61, quanto la prova del progetto. L'associazione in partecipazione esula dalla disciplina del lavoro a progetto (De Cristofaro, *op. loc. ult. cit.*), finendo per aggiungere al catalogo tassativo dell'art. 61 del d.lgs. 276/2003 un'altra eccezione (v. oltre). Inoltre, dato che la sussistenza del progetto impedisce la conversione, è possibile che committenti d'opera e associanti predispongano cautelativamente progetti annessi al rapporto di lavoro per «bloccare gli effetti della doppia presunzione alla "prima tappa" della coordinazione» (Mezzacapo D., *Il lavoro a progetto e le altre collaborazioni continuative e coordinate*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2014, 184). Cfr. la ricognizione delle tutele applicabili in Santoro Passarelli G., *Il lavoro coordinato e continuativo*, in Persiani, Carinci (diretto da), *Tr. dir. lav.*, Padova, 2011.

²⁸⁵ Ci si potrebbe sommessamente interrogare sulla possibilità – già contemplata dall'abrogato art. 86 comma 2 d.lgs. 276/2003 sebbene all'interno di un congegno con spiccati elementi di specialità e ribadita dal primo periodo dell'art. 69 comma 2 d.lgs. 276/2003 – di assecondare solo in parte il meccanismo presuntivo, dimostrando il termine del rapporto di lavoro subordinato. Cfr. sul tema il giudizio negativo ampiamente argomentato di Passalacqua P., *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Utet, 2012, 140 ss.; e Id., *Contratto di collaborazione coordinata e continuativa a termine, accertamento della subordinazione e discutibile applicazione della disciplina sopravvenuta dell'indennità riconosciuta in caso di conversione del contratto di lavoro subordinato a termine: un eccesso di vis espansiva?*, in *DRI*, 2013, 753 ss., nt. a Cass. 30.4.2013, n. 10171 (che in effetti sembra compiere proprio una operazione come quella paventata). L'A. precisa nel secondo dei due scritti citati che il ragionamento non cambia, dopo la l. 92/2012, con la "acausalità" del primo rapporto di cui all'art. 1 comma 1-bis d.lgs. 368/2001. Cfr. anche Russo, *op. loc. ult. cit.* Tuttavia, a mio sommo avviso, qualcosa potrebbe invece cambiare dopo la modifica dell'art. 1 d.lgs. 368/2001, con d.l. 34/2014, conv. mod. l. 78/2014.

Nella seconda ipotesi paventata, mancando anche i tratti delle collaborazioni processuali, si aprono due strade.

Se il contratto di associazione in partecipazione è il voluto negoziale, la mancata partecipazione agli utili o la presenza di ostacoli alla presa visione del rendiconto e all'esercizio del controllo costituiscono inadempimenti dell'associante censurabili attraverso i rimedi del diritto civile. Infatti resta pienamente legittima la scelta negoziale di un contratto di lavoro associato.

Non è escluso che il contratto privo dei requisiti legali, considerato nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. per mancanza di accordo sulla causa aleatoria ex artt. 2549 e 2553 c.c., venga convertito ai sensi dell'art. 1424 c.c. in un contratto di lavoro autonomo commutativo ex art. 2222 ss. c.c. Si aprirebbe così la strada a un recupero della "volontà obiettiva di scopo" delle parti nel campo del lavoro autonomo puro²⁸⁶. Se infatti una giurisprudenza ha rilevato che «ai fini della corretta qualificazione di un rapporto di lavoro [...] di norma non è rilevante la disciplina della conversione del contratto nullo di cui all'art. 1424 c.c., poiché in realtà è in questione la identificazione del reale tipo contrattuale, che deve essere correlato alle effettive caratteristiche del rapporto, quali desumibili anche dalle modalità della sua attuazione, perché nei rapporti di durata il comportamento delle parti è idoneo ad esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale, sia una nuova diversa volontà»²⁸⁷, lo stesso non potrebbe essere sostenuto *sic et simpliciter* quando il contratto sia ad esecuzione istantanea o prolungata²⁸⁸. Il lavoratore autonomo avrebbe in tal caso diritto ad un compenso ai sensi dell'art. 2225 c.c.²⁸⁹.

²⁸⁶ Cfr. in tal senso, in un rapido passaggio, Ghera E., *Sul lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2005, 2, 193 ss., ivi 210.

²⁸⁷ Cass. 28.7.2004, n. 14294, in *MGCiv*, 2004, 7-8. Anche l'art. 69 comma 1, d.lgs. 276/2003, impedisce la riproduzione del ragionamento nel campo dei "rapporti di durata".

²⁸⁸ La riconduzione allo schema contrattuale commutativo è desumibile dalla volontà ipotetica delle parti di un contratto aleatorio nullo solo qualora possano essere individuati tutti i presupposti applicativi di quella norma, non ultimi l'incoscienza della nullità (Cass. 27.2.2002, n. 2912, in *Contr*, 2002, 879) e la persistente e attuale utilità comune per le parti tra negozio nullo da convertire e nuovo negozio valido (Cass. 19.1.1995, n. 565, in *GI*, 1995, I, 1165). Il recupero del negozio a garanzia dell'interesse del committente alla prestazione d'opera (ovvero del lavoratore autonomo al compenso dovuto che era stato negato in presenza di perdite) non scardina il rapporto di scambio – riproposto intatto nel suo costrutto essenziale (lavoro personale contro corrispettivo) all'interno del nuovo schema – ma muta solamente le modalità di determinazione del compenso, ex art. 2225 invece che ex art. 2553 c.c. (non più aleatorietà ma commutatività). Il contratto d'opera è in altre parole un negozio in grado di realizzare il medesimo scopo che si erano prefissate le parti con la stipula di un contratto di associazione in partecipazione nullo (in generale, Zaffaroni M., *La conversione dell'atto invalido e il requisito della volontà dei contraenti*, in *Contr*, 2002, 879 ss.). Solo a queste condizioni il potere di conversione del giudice asseconda la volontà obiettiva delle parti senza sacrificare il pristino regolamento di interessi. La conversione dell'art. 1424 c.c. non avverrebbe sempre, trattandosi di una possibilità rimessa alla prudente valutazione del giudice. Del resto l'istituto è considerato nel sistema del codice civile una eccezione alla regola della nullità quale assoluta improduttività di effetti (in tal senso Giacomo G., *La conversione del contratto nullo. Art. 1424 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), Milano, 2012, in part. 105-106).

²⁸⁹ In linea teorica ci si potrebbe nuovamente imbattere nel "gioco delle presunzioni". La dimostrazione dell'autonomia ex art. 2222 c.c. comporterebbe, sussistendone i presupposti di legge, il regime dell'IVA. La conseguenza dell'assoggettabilità teorica all'IVA sarebbe la possibile applicazione dell'art. 69-bis del d.lgs. 276/2003 introdotto dall'art. 1 comma 26 l. 92/2012 e, una volta scattata la presunzione di coordinazione, dell'art. 69 comma 1 del d.lgs. 276. Questo effetto non si produrrebbe interpretando nel senso di ritenere attuale e concreta l'applicazione del regime fiscale ai fini dell'utilizzabilità delle presunzioni, con il rischio però di introdurre ingiustificate disparità di trattamento nell'accesso alla presunzione sulla base del dato fiscale-burocratico della "apertura" di una partita IVA. Il tema della nuova presunzione dell'art. 69-bis d.lgs. 276/2003 meriterebbe maggiore attenzione, che non può essere qui riservata. Cfr. sulle criticità della tecnica presuntiva, sui suoi presupposti e requisiti Perulli A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, in *DRI*, 2013, I, 25 ss.; Santoro Passarelli G., *Lavoro a progetto e partite iva nella riforma del lavoro 2012*, in *LG*, 2012, 10, 942; e Treu T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1, 26 ss.; Pinto, *op. ult. cit.*, 15 ss.. La disposizione è "troppo rigida" secondo Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., 13. Isolato

Infine si noti che anche il rapporto contrattuale di associazione in partecipazione attuato in violazione del limite della gestione *ex art.* 2552 c.c. – col fine di sottrarsi alle pretese creditorie dei terzi²⁹⁰ – può essere convertito in *società di fatto*²⁹¹. Allora, ricorrendo una gestione comune dell'impresa o dell'affare, un lavoratore nato associato in partecipazione potrebbe trasformarsi in socio d'opera *ex art.* 2247 ss. c.c. ed esplicitare nel rapporto societario tutti i diritti dipendenti dal suo nuovo *status*²⁹².

La prova della non-subordinazione, ad ogni modo, risente notevolmente del *labirintismo* dei congegni presuntivi²⁹³. Il rapporto associativo dell'art. 2549 c.c. si conferma in questo quadro una silente eccezione fuori dal catalogo tassativo contenuto nell'art. 61 d.lgs. 276/2003 delle "collaborazioni senza progetto". La non-sovrapposibilità tra lavoro e progetto e associazione in partecipazione²⁹⁴ testimonia la peculiare posizione ricoperta dalla categoria del lavoro associato nel firmamento dei rapporti di lavoro²⁹⁵. L'incompatibilità tra le fattispecie è sancita sul piano tipologico dall'art. 63 d.lgs. 276/2003, nuova formulazione, la cui applicazione sfalderebbe lo schema aleatorio del contratto *ex art.* 2549 c.c. Nell'ipotesi di applicazione integrale della disciplina del lavoro a progetto sarebbe quindi vietata la deduzione di apporti con le caratteristiche dell'art. 409 n. 3 c.p.c. in associazione. È del resto da escludere, parimenti, sia che si possa procedere a una estensione selettiva di alcune parti della disciplina organica del titolo VII del d.lgs. 276, sia che il progetto possa essere considerato *in re ipsa*²⁹⁶. Mi sembra in conclusione preferibile optare per la soluzione della non-interferenza tra i tipi legali e le relative discipline.

sostenitore dell'inapplicabilità dell'art. 69 comma 1 all'esito della "presunzione di coordinazione" (a dispetto dell'espresso e pleonastico richiamo del comma 4, art. 69-bis) Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, in Cinelli, Ferraro, Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 142 ss. È importante sottolineare che l'art. 69-bis non trova applicazione in via diretta alle prestazioni lavorative rese all'interno di contratti di associazione in partecipazione, dato che ai sensi di quanto previsto dall'art. 5 DPR 633/1972 (come modificato dal comma 2-bis dell'art. 5, d.l. 282/2002, convertito in l. 27/2003, intervenuto a dirimere una *querelle* interpretativa) il reddito dell'associato che apporta esclusivamente prestazioni di lavoro e che non esercita per professione abituale altre attività di lavoro autonomo non è soggetto al regime fiscale dell'IVA. cfr. Renda A., *Profili tributari degli apporti di opere e servizi nel contratto di associazione in partecipazione*, in *RD Trib*, 9, 2008, 765 ss. In caso di apporto misto capitale-lavoro e di prestazioni lavorative rese da soggetti che esercitano per professione abituale altre attività di lavoro autonomo l'applicazione del regime fiscale dell'IVA, e di conseguenza dell'art. 69-bis citato, potrebbe portare a ben immaginabili conseguenze applicative paradossali.

²⁹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 28.10.2011, n. 22521, in *Mass. Fl*, 2011, 905; ma v. anche un caso assai particolare in Cass., 21.6.1995, n. 7026 in *Ragiufarm*, 1995, f. 30, 58.

²⁹¹ Cfr. *a contrario* sulla potenziale utilizzabilità dell'art. 1424 c.c., nel caso affrontato esclusa solo perché la nullità era già nota, Cass., sez. I, 18.6.2008, n. 16597, in *iusexplorer*

²⁹² Cfr. a riprova, ancora *a contrario*, la pronuncia della sez. lav. del Trib. Arezzo 6.2.2014, n. 325, in *iusexplorer*. Ciò implica che la dimostrazione del carattere societario del rapporto impedisce che le presunzioni operino, pur non essendo stati rilevati i requisiti delineati dalla norma presuntiva e salvi il diritto di partecipazione e gestione, ben più incisivi, di cui dispone il nuovo socio.

²⁹³ Cfr. le osservazioni di Carinci F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *csdle.lex.unict.it/archive*, 2012, 15.

²⁹⁴ Cfr. De Cristofaro, *op. cit.*, 186 ss. L'associato parasubordinato ha infatti tutte le tutele conseguenti a questo stato, ma non gli è imposto un progetto. Sembra indirettamente confermare ciò, attraverso un espediente linguistico infelice, C. App. Torino 18.5.2009, cui seguono i corretti rilievi critici di Riccardi A., *Associazione in partecipazione e prestazioni di lavoro tra qualificazioni e riqualificazioni*, in *RGL*, 2010, II, Giurisprudenza, 304 ss.

²⁹⁵ Sul tema del lavoro associato cfr. Biagi M., *Lavoro (rapporti associativi di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVIII, 1999. Non si giustifica invece, alla luce della disciplina codicistica e dell'analisi del tipo legale, l'assimilazione dell'associazione in partecipazione alla società, che sembra preferire Riccardi, *op. ult. cit.*, 24.

²⁹⁶ Come sostiene Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., 436.

Un'ultima questione merita un breve approfondimento. Alcuni autori deducono dall'accento posto sui requisiti della fattispecie associativa la "neutralità assoluta" del potere direttivo e di controllo ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro associato²⁹⁷. La tesi è stata riproposta con rinnovata convinzione alla luce delle novità normative del 2012²⁹⁸.

Sembrerebbe condividere questa impostazione una parte non minoritaria della giurisprudenza di legittimità, richiamata appositamente dalla dottrina cui ho accennato²⁹⁹. Il tono dubitativo ("sembrerebbe") deriva dall'ambiguità delle pronunce in questione che, se nominalmente ammettono "prestazioni analoghe a quelle del lavoratore subordinato" in associazione in partecipazione³⁰⁰, sembrano sottintendere difficoltà di qualificazione attraverso la sussunzione classica della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, tali da far preferire un utilizzo composito di molteplici indici inclusi quelli dell'associazione in partecipazione, senza però trascurare, «nel contesto regolamentare pattizio», quelli caratteristici della subordinazione³⁰¹. Il principio di diritto massimato non fa trasparire il ben più complesso e articolato contenuto di molte di queste sentenze. Non manca peraltro giurisprudenza recente che riconduce la distinzione tra associatività e subordinazione in quella, più generale, tra autonomia e subordinazione³⁰².

A mio avviso all'analisi delle concrete modalità di svolgimento della prestazione deve sempre essere garantito uno spazio accanto ai requisiti di associatività nell'atto della qualificazione giudiziale³⁰³. Questa idea è supportata da diversi ordini di ragioni. Da una parte la subordinazione, che

²⁹⁷ Spagnuolo Vigorita, *op. loc. ult. cit.* Il tema è complesso e non può essere affrontato qui compiutamente. V. Garattoni M., *La qualificazione giuridica del contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro e la presunta "neutralità" della prestazione di lavoro subordinato*, in *ADL*, 2007, 6, 1437 ss.

²⁹⁸ Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 37; Riccardi A., *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 156/2012, 20 ss., in part. 24; Santoni, *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, cit., 162 ss. Aderisce Magnani, *op. loc. ult. cit.* Come nota Lepore A., *Le prestazioni di lavoro nei contratti associativi, nelle cooperative e nelle associazioni di volontariato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, 2014, 262, il presupposto del ragionamento di questi Autori è la svalutazione della nozione di subordinazione. Quindi, se l'idea di alleggerire il peso della modalità di svolgimento della prestazione è condivisibile (v. oltre), questa non si deve tradurre in una vera e propria neutralizzazione del giudizio.

²⁹⁹ Cass. 1817/2013, cit.; Cass. 12.4.2013, n. 8928; Cass. 11.6.2013, n. 14644; Cass. 27.11.2013, n. 26522, le ultime tre in *altalex*. Questa giurisprudenza automatizza la conversione sulla base di un supposto, criticabile, "principio generale del favor verso il lavoro subordinato ex art. 35 Cost.". V. *contra par. finale*.

³⁰⁰ Secondo Cass. 1817/2013, cit., «l'associato che offre la propria prestazione lavorativa si inserisce nell'assetto organizzativo aziendale e quindi - essendo la gestione dell'impresa nella disponibilità dell'assodante (art. 2552 cod. civ., comma 1) - si sottopone al potere direttivo di quest'ultimo. E ben possibile allora che l'espletamento della prestazione lavorativa assuma caratteri in tutto simili a quelli della prestazione lavorativa svolta nel contesto di un rapporto di lavoro subordinato». Si veda però, sulle «modalità analoghe» tra attività di associati e di subordinati nella stessa impresa, art. 69 comma 2 ult. periodo, d.lgs. 276/2003.

³⁰¹ Si legge ancora in Cass. 1817/2013, cit., all'atto di riportare le risultanze del giudizio di merito, che «le modalità di svolgimento del lavoro del G. non erano cambiate, essendo questi rimasto inserito nella struttura aziendale, legato al rispetto di un preciso orario di ufficio (che si ampliava in base alle esigenze del lavoro), sottoposto ad un controllo penetrante costante sul proprio operato da parte del dominus (arch. P.) e dunque sottoposto al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, senza alcuno spazio di autonomia in ordine alle modalità di estrinsecazione del rapporto essendo anzi il predetto tenuto ad "avvertire" in caso di assenza». E simile Cass. 19.2.2013, n. 4070.

³⁰² Cass. 22.5.2013, n. 12564, non mass.; Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *RIDL*, 2013, I, 350 ss. Ma v. in generale anche Cass. 4.10.2007, n. 20791, in *GDir*, 2007, 44, 82. E nel merito Tribunale sez. lav. Teramo 14.6.2013, n. 383, e Id. 11.12.2012, n. 772 in *iusexplorer*.

³⁰³ Cfr. Tosi P., *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5, 813 ss., ivi 826 ss.

comporta una soggezione personale del lavoratore all'interesse del datore, collide con l'esposizione economica dell'associato ed è perciò incompatibile con l'*alea* del contratto³⁰⁴. L'idea secondo la quale la distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato non dipende dall'esercizio del potere direttivo (e di controllo) che è «comune alle due forme di lavoro»³⁰⁵ genera problemi di tassonomia dei rapporti e delle tutele, dando spazio ad una sorta di inammissibile “negoziato indiretto”³⁰⁶ che raggiunge l'interesse organizzativo proprio del datore ex art. 2094 c.c. attraverso uno schema negoziale alternativo e incompatibile con quello imposto dalla legge. Inoltre la presunzione relativa dell'art. 1 comma 30 l. 92/2012 insiste sulla relazione prova-controprova in giudizio, confermando che la possibilità della dimostrazione “ordinaria” della subordinazione – attraverso il metodo sussuntivo ovvero tipologico – rimane intatta qualora si rivelino infruttuosi i “tentativi agevolati”³⁰⁷.

È da scartare invece l'analogia proposta con la figura del socio d'opera³⁰⁸, che, al contrario dell'associato, è in buona parte indifferente ai problemi di qualificazione in quanto “datore di se stesso”.

Va però avvertito che la effettiva sussistenza dei requisiti associativi impedisce l'attivarsi dei meccanismi di agevolazione rendendo la prova della subordinazione, *di fatto*, più difficile³⁰⁹. La cosiddetta “neutralità della subordinazione” è quindi, semmai, l'effetto solo relativo e tendenziale della dotazione effettiva di diritti di partecipazione e poteri di controllo in capo all'associato.

5. b) la professionalità (pratica o teorica) del lavoratore associato

L'ultimo periodo del comma 30 dell'art. 1, l. 92 del 2012, in un ulteriore slancio antielusivo, prevede che la medesima presunzione di subordinazione del primo periodo si applica qualora l'apporto di lavoro non presenti i requisiti di cui all'art. 69-*bis* comma 2 lett. a), cioè quando la prestazione lavorativa dell'associato non è «connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso rilevanti percorsi formativi, ovvero da capacità teorico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività». Anche i compiti semplici – quelli che non richiedono preparazione specifica né pratica né teorica – costituiscono nella visione asfittica del legislatore un indizio sintomatologico di elusione.

³⁰⁴ Mignone G., *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *GI*, 2002, 1, 209 ss.; e v. Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, 1, 46 ss., ivi 88; e Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, cit. 577. Questa idea è secondo me argomentabile anche direttamente ex art. 36 Cost.

³⁰⁵ Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., 16.

³⁰⁶ Di Paolo M., voce *Negoziato indiretto*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino 1995, 124.

³⁰⁷ Nel senso che, in assenza di specifici meccanismi, la subordinazione andrebbe in ogni caso provata (trascurando però di argomentare anche ex art. 69 d.lgs. 276/2003), cfr. Trib. Foggia 17.2.2014, in *leggi d'Italia*; C. App. Perugia 25.6.2013, n. 99, e Cass. 26.5.2014, n.11724, le ultime due in *iusexplorer*. M. v. diff. Cass. 3.7.2014, n. 15208, ined.

³⁰⁸ Riccardi, *op. cit.*, 2012, 20 ss., in part. 24.

³⁰⁹ Simile, ma con accento sulla capacità dei requisiti di ancorare momentaneamente alla qualificazione associativa del rapporto, Tosi P., *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, 965; e in *DPL*, *Commentario alla Riforma Fornero*, 2012, 144.

La norma, che fa da eccezione “contro-presuntiva” all’irrigidimento disposto a carico delle «altre prestazioni di lavoro autonomo rese in regime di partita IVA», diviene in questo campo uno strumento diretto di irrigidimento della fattispecie. Il fatto della “professionalità acquisita” ha perciò effetti differenti nei due campi in cui opera: da una parte è *escludente* poiché concorre con i requisiti della lettera b (comma 2) e del comma 3 a contenere gli effetti del “gioco delle presunzioni”³¹⁰; dall’altra è *inclusivo* in quanto elemento che contraddice fino a prova contraria la genuinità del rapporto instaurato come associazione in partecipazione.

La tecnica normativa di rinvio al contenuto di una norma con una funzione differente è criticabile poiché i fenomeni regolati e l’impatto atteso dalla disposizione sono con tutta evidenza differenti.

Ad ogni modo, la carenza di competenze teoriche o di esperienza deve connotare la prestazione lavorativa di fatto svolta per garantire l’effettività della presunzione. Il grado elevato delle competenze e la rilevanza del percorso formativo e dell’esperienza pratica maturata – termini dal significato non immediato – devono collimare con l’oggetto della prestazione di lavoro che l’associato è chiamato a svolgere.

È sempre ammessa la prova contraria che potrebbe anche portare alla riconferma del rapporto associativo (cfr. par. prec. e *infra*).

Con riferimento specifico all’associazione in partecipazione la restrizione appuntata sulla “competenza lavorativa” non sembra, in sé considerata, assolutamente illogica³¹¹. Infatti si coniuga con il particolare equilibrio interno al contratto aleatorio: a. la scelta dell’associante di rinunciare ad una percentuale di utili conseguiti è più compatibile con una prestazione lavorativa “di livello” (e di valore) in grado di accrescere concretamente la redditività dell’impresa³¹²; b. al contempo l’indice presuntivo individua nell’esperienza di studio ovvero *on the job* un fattore di forza contrattuale del lavoratore a garanzia del migliore esercizio dei diritti di controllo *ex art.* 2552 c.c. (invero difficili da esercitare per un soggetto “agevolmente sostituibile”). L’elevata professionalità (*recitius* competenza certificata o esperienza pre-acquisita) consoliderebbe il nesso di strumentalità intercorrente tra l’apporto e la redditività dell’impresa, e quindi la genuinità del rapporto³¹³.

³¹⁰ L’espressione, che ripropongo altrove nel testo, è di Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., [e poi in *ADL*, 2013, 4-5, 797 ss.].

³¹¹ La ritiene inopportuna Magnani, *op. ult. cit.*, 17; e cfr. con maggiore nettezza Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 37 ss.

³¹² Voglio dire che è realisticamente meno probabile che l’associante accetti di rinunciare ad una effettiva percentuale di utili pattuiti in cambio di una prestazione non in grado di fornire un valore aggiunto specifico all’organizzazione imprenditoriale e che avrebbe potuto pagare di meno e in misura fissa. Già Del Borrello G., *La distinzione dell’associazione in partecipazione con apporto d’opera dal lavoro subordinato con partecipazione agli utili, tra vecchio e nuovo ordinamento*, in *RIDL*, 2004, II, 565, notava la più probabile genuinità dei casi di «autonomia operativa» e «dotati di forte caratterizzazione intellettuale». Similmente, Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, I, 46 ss., ivi 88, suggeriva di valorizzare la strumentalità all’impresa dell’apporto di lavoro.

³¹³ Cass. 14 maggio 2012, n. 7426, in *D&G*, 2012, 15 maggio. Come suggeriva Carabelli, *op. loc. ult. cit.*, a fini antifraudolenti, «occorre tener *rigorosamente* conto del rapporto tra fine produttivo dell’associante e competenze professionali richieste all’associato».

Questa disposizione evoca una nozione “indiretta” di subordinazione dai marcati tratti socio-economici³¹⁴ e innesta nel sistema antielusivo un dato social-tipico eretto a presunzione per estromettere (tendenzialmente) le professionalità non qualificate dal campo di utilizzo del contratto³¹⁵. L’agevolazione di prova basata sulla professionalità prende atto in particolare del dato statistico dell’elusione per concentrarsi sui “fattori di rischio sociale”, elevandoli al livello del giuridicamente rilevante così da sfruttare una supposta capacità di discernere tra usi leciti e figure non genuine.

È stata prospettata l’incostituzionalità della norma per violazione degli articoli 3 e 35 Cost.³¹⁶, ma la censura non è del tutto convincente poiché la presunzione, sebbene non condivisibile nella postura culturale, ha comunque una sua ragion d’essere (v. *supra* sulla strumentalità dell’apporto “di valore” maggiormente compatibile col rischio) ed è pur sempre solo relativa.

Il concreto operare di questa presunzione potrebbe assottigliare ulteriormente l’oramai stretto margine di fruibilità del contratto³¹⁷. Tuttavia le condivisibili critiche mosse alla disposizione ne illuminano le debolezze.

Prima di tutto, sul piano generale, non si tratta di una indicazione perspicace dato che, se sono necessarie «esperienze maturate nel concreto esercizio di attività», la stessa attività di lavoro (con identiche modalità operative) potrebbe in teoria essere considerata “genuina” se svolta da lavoratori maturi ed “elusiva” se svolta da lavoratori con una minima esperienza pregressa.

In secondo luogo la formulazione della norma non è cristallina³¹⁸. Il principale dubbio interpretativo concerne il contenuto delle «competenze teoriche» ovvero della esperienza tecnico-pratica che soddisfano il “requisito”. La norma non identifica le tipologie professionali adatte all’associazione in partecipazione, ma si limita ad imporre un *know-how* consolidato dal tempo o sancito da una certificazione adeguata. Nel primo caso sembrerebbe necessaria una pregressa maturazione di conoscenze lavorative ottenute sul campo, nel secondo sarebbe sufficiente un titolo di studio idoneo all’attività di lavoro da svolgere³¹⁹. Si tratta di indicazioni che il giudice non potrà che misurare discrezionalmente, caso per caso. Sugli esiti di questa operazione non v’è alcuna certezza.

³¹⁴ Cfr. C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *D&L*, 1996, 615.

³¹⁵ Come già sembrava suggerire, con un ragionamento ben più ampio e corposo perseguendo l’intenzione di introdurre una nozione socio-economica di subordinazione, Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 414. Un’operazione analoga, nell’approccio culturale, si è fatta con riferimento al lavoro a progetto, dal quale sono esclusi i compiti meramente esecutivi e ripetitivi (art. 61 d.lgs. 276/2003), automaticamente, a mezzo dell’art. 69, imputati all’area della subordinazione. La cosiddetta subordinazione socio-economica, che non ha quasi mai trovato spazio nell’*ermeneusi* giurisprudenziale, sembra ora recuperata per via legislativa.

³¹⁶ Vallebona, *op. ult. cit.*, 37.

³¹⁷ Peraltro nel caso specifico dell’associazione in partecipazione il livellamento opera anche “verso l’alto” se si considera che dal contratto sono anche escluse le professioni “onorate e decorate” ex art. 2229 ss. c.c. poiché il compenso del professionista non può essere aleatorio (cfr. art. 2233 comma 2 c.c.). Il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro sembrerebbe quindi adatto alle sole professionalità medie e in ogni caso non contigue, nella attività svolta, a lavoratori subordinati (v. anche oltre).

³¹⁸ V. Bubola G., Pasquini F., Venturi D., *Le partite IVA*, in Magnani e Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, 2012, 175 e Ferraro G., *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *DRI*, 567 ss., ivi 601-602.

³¹⁹ Cfr. Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, cit., 146. Solo in relazione alla singola vicenda lavorativa il giudice sarà in grado di postulare la “professionalità” del lavoratore. V. il tentativo inevitabilmente schematico, quasi “liofilizzato”, della circolare ministeriale del 27 dicembre 2012, n. 32, in *DRI*, 2013, 1, 206 ss.

Inoltre il lavoratore interessato a far valere la presunzione dovrà dedurre in giudizio la propria “incompetenza curriculare” al momento della stipula del contratto. Di conseguenza, in caso di “trasformazione” del rapporto, l’identificazione del livello retributivo potrebbe risultare a lui sfavorevole.

Infine è dubbio come questo indice sintomatologico della “debolezza contrattuale” si combini con gli altri indici presuntivi (effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto). A mio avviso, una volta chiarita la sussistenza della partecipazione e del controllo (o una volta dimostrata la natura autonoma ex art. 2222 c.c. del rapporto; v. *supra*) è dubitabile che l’indice in questione possa tornare utile³²⁰. Infatti, la genuinità del rapporto associativo (o autonomo puro) costituisce già un valido elemento di controprova quando la prova della subordinazione sia stata raggiunta attraverso il metodo, contro-intuitivo, introdotto dal combinato degli articoli 1 comma 30 l. 92/2012, periodo finale, e 69-bis comma 2 lett. a) d.lgs. 276/2003.

Per tutte queste ragioni la presunzione relativa analizzata in ultimo può essere considerata una sorta di “eccipiente” (o, se si preferisce, “accessorio”) dell’apparato anti-elusivo.

6. c) l'attività dell'associato in partecipazione svolta con modalità analoghe a quelle dei dipendenti dell'associante

L’art. 1 comma 23, lett. g), della l. 92/2012 ha aggiunto un periodo finale al secondo comma dell’art. 69, d.lgs. 276/2003. La norma consiste in una presunzione relativa di subordinazione avente come presupposto che «l’attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell’impresa committente». Si applica a tutti i rapporti di lavoro autonomo ex art. 409 n. 3 c.p.c., anche (e non solo) a progetto, e quindi, potenzialmente, ai rapporti di associazione in partecipazione in cui l’apporto presenti i caratteri della norma processuale.

L’ambito della comparazione tra attività dei lavoratori autonomi-associati e subordinati è la medesima impresa, datrice, committente o associante.

L’efficacia *ex tunc* («fin dalla costituzione del rapporto») della presunzione ne accentua il carattere sanzionatorio, rendendola, dal punto di vista degli effetti nel tempo – e salvo il carattere solo relativo – più simile alla conversione dell’art. 69 comma 1, che non alla prima presunzione del comma 2.

Il comma 2 dell’art. 69 d.lgs. 276 accoglie, a ben vedere, due presunzioni molto differenti per ambito di applicazione, negli effetti nonché per la tecnica utilizzata. Mentre il primo periodo ricorda pleonasticamente la “riqualificabilità giudiziale” del lavoro a progetto quando si ravveda

³²⁰ Cfr. Bubola G., Pasquini F., Venturi D., *L’associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in Magnani e Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, 2012, 192. In senso opposto v. Russo, *op. ult. cit.*, ma in questo caso, se l’indice della “qualifica” avesse priorità si risolverebbe sostanzialmente in una “presunzione assoluta” (a fronte di rapporti genuinamente associativi) per le professionalità prive del requisito ex art. 69-bis comma 2 lettera a). In altre parole l’elevata professionalità diverrebbe requisito della fattispecie essa stessa.

subordinazione³²¹, l'ultimo periodo riproduce in chiave squisitamente sanzionatoria una sorta di "tecnica indiziaria" fondata sulla – incerta – identificazione delle «modalità analoghe»³²². L'accostamento di due presunzioni assai diverse all'interno del medesimo comma è perciò stridente.

Il metodo comparativo adottato appare poco proficuo³²³, soprattutto a causa delle notevoli difficoltà interpretative della formula "modalità analoghe".

Un'accezione ristretta di questa espressione, riferibile per esempio agli indicatori tipologici e/o ai tratti caratterizzanti della subordinazione, metterebbe in discussione la "patente" di relatività della presunzione. La coincidenza tra indici della subordinazione e modalità analoghe, infatti, renderebbe assoluta una presunzione dichiaratamente relativa³²⁴.

Diversamente, una interpretazione a maglie larghe, tesa a riconoscere analogia nelle modalità di svolgimento a fronte di concreti indicatori esterni alla prestazione, appare più in linea con il carattere repressivo della disposizione³²⁵. Tuttavia gli effetti della norma con questo significato sarebbero dirompenti³²⁶.

Lo spunto del legislatore è tratto, verosimilmente, da quella giurisprudenza che ha enucleato fattori di elusione significativi talvolta con riferimento all'identità degli strumenti del lavoro³²⁷, talaltra con riferimento alla medesimezza del criterio organizzativo tra lavoratori subordinati e autonomi³²⁸, o ancora con rilievo generico sulla analogia dell'attività lavorativa tra lavoratori subordinati e associati in partecipazione³²⁹. La trasposizione legale di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. all'interno di una presunzione legale relativa a carattere sanzionatorio non sembrerebbe tenere in considerazione che nei casi giurisprudenziali cui ci si è ispirati quegli elementi collaborano con altri, maggiormente decisivi, a formare il convincimento del giudice. Sarebbe quindi opportuno allineare il valore della norma alla sua fonte di ispirazione: non è sufficiente una "coincidenza

³²¹ Lascia anche aperta la strada alla verifica della «tipologia di lavoro subordinato» di fatto instaurata (a termine, a tempo parziale etc.). Il fatto che questa parte della norma non trovi applicazione all'associazione in partecipazione non implica alcuna preclusione in ordine al riconoscimento della natura subordinata del "rapporto fittizio" instaurato con il contratto ex art. 2549 c.c.

³²² La dissuasione esasperata dall'utilizzo delle collaborazioni finisce per svalutare la capacità selettiva della disciplina del lavoro a progetto, poiché si impone una "seconda selezione" sulla base di non meglio precisate "modalità analoghe" dell'attività di lavoro. Questa operazione non può che contribuire all'addensamento di un "alone di sospetto" intorno a queste tipologie lavorative. In tal senso Santoro Passarelli G., *Diritto dei lavori*, 2013, Giappichelli, 516.

³²³ Cfr. ex plurimis Ferraro, *Il lavoro autonomo*, cit., 137-139.

³²⁴ Perulli A., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *LD*, 2012, 541 ss.

³²⁵ Il riferimento potrebbe essere, secondo una equilibrata impostazione, a tutte quegli «indicatori esterni o elementi da soli insufficienti [...] ma considerati idonei, nella logica di sospetto che pervade la riforma, a fondare una presunzione relativa di subordinazione per il solo fatto di essere riscontrabili anche nelle prestazioni rese dai lavoratori subordinati» (Mezzacapo D., *Il lavoro a progetto e le altre collaborazioni continuative e coordinate*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Milano, 2014, 173).

³²⁶ Alcuni rapporti catalogati tra le eccezioni dell'art. 61 d.lgs. 276/2003 – come l'agenzia e, in quanto "eccezione silente", la stessa associazione in partecipazione – potrebbero risultare fortemente penalizzati dalla novella se si considera che l'attività lavorativa in questi rapporti è spesso svolta con "modalità concrete analoghe" all'attività dei dipendenti (ad esempio: condivisione di spazi o postazioni o mezzi di lavoro, inclusi apparati *hardware* e dotazioni *software*).

³²⁷ Cass. 30.1.2007, in *D&L*, 2007, 2, 443

³²⁸ Cass. 10.7.2012, n. 11538, in *FI*, 2012, I, 10, 2624.

³²⁹ Cfr. Cass. 11.6.2013, n. 14644, cit., che inserisce tra gli elementi comprovanti l'elusione il fatto che «l'attività dei lavoratori era del tutto analoga a quella dei commessi addetti alla vendita, mentre non era stata comprovata l'asserita autonomia nello svolgimento delle mansioni». V. anche Cass. 20.9.2010, n. 19833, in *GDir*, 2010, 47, 72.

operativa singolare” per far scattare la presunzione, bensì si necessita, ai fini del criterio di analogia, la prova di una sommatoria di elementi fattuali altamente significativi. Resta però elevato il livello di discrezionalità giudiziale aperta da questa zoppicante formulazione.

La norma, peraltro, potrebbe apparire intrinsecamente incongruente. L'esistenza di una collaborazione *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, anche a progetto, è il presupposto d'individuazione del campo di applicazione soggettivo della disciplina. Questo stesso elemento dovrebbe anche costituire l'oggetto della prova contraria a carico del committente. Un medesimo fatto non può avere la doppia veste di presupposto applicativo e controprova finale, salvo rendere inattuabile per vizio di logicità la presunzione stessa: una volta individuato il campo di applicazione la prova contraria verrebbe *ipso iure* conseguita cosicché l'accertamento delle modalità analoghe sarebbe privo di conseguenze.

Si potrebbe però ipotizzare, attraverso una forzatura letterale in linea il carattere “solo probatorio” delle presunzioni relative, che il campo di applicazione indichi i rapporti formalmente inquadrati nell'area dell'*art. 409 n. 3 c.p.c.*, di modo che, una volta accertate le modalità analoghe e ribaltato l'onere, la contro-prova verta sia, in prima battuta, sulla afferenza sostanziale del rapporto al gruppo delle collaborazioni coordinate e continuative della norma processuale, sia, se necessario, sulla sussistenza di un valido progetto³³⁰.

Ad ogni buon conto la presunzione non è azionabile per «le prestazioni di elevata professionalità» che possono (e non devono) essere individuate da determinati contratti collettivi. L'esclusione, che si deve ritenere operante anche in assenza di interventi di fonte collettiva³³¹, rivela, in un quadro confuso, un elemento di coerenza con la presunzione che sfrutta gli indicatori dell'*art. 69-bis comma 2 lett. a (v. supra)*. Ricorre ancora una volta, come un motivo conduttore, il pregiudizio della corrispondenza tra subordinazione e prestazioni di basso livello, non comprovato in senso assoluto dai fatti né avallato dalla giurisprudenza. Si tratta però, in questo frangente, di un elemento utile a moderare gli effetti della norma presuntiva.

7. Il limite numerico degli associati tra rilievi di incostituzionalità e dubbi di opportunità.

Il più significativo intervento limitativo ha riguardato il “lato quantitativo” dell'utilizzo del contratto.

Il legislatore con il comma 28 dell'*art.1, l. 92/2012*, che ha aggiunto un secondo comma all'*art. 2549 c.c.*, ha adottato un metodo *empiristico* per arginare le criticità della qualificazione. La norma individua un numero massimo di tre associati il cui apporto consista anche in una prestazione di lavoro, per una medesima attività. Il superamento del limite determina la trasformazione del rapporto con tutti gli associati in lavoro subordinato.

³³⁰ Marazza M., *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, in <http://csd.lejex.unict.it/archive>, 19. L'emersione dei caratteri tipici del contratto associativo *ex art. 2549 c.c.*, inoltre, consentirebbe – in armonia con la resilienza del lavoro associato rispetto alla disciplina limitativa degli articoli 61 ss. *d.lgs. 276/2003* – di evitare la prova del progetto, aggirando l'ultima fase del meccanismo “a doppio scatto” messo in funzione dal legislatore (*v. supra*).

³³¹ Marazza, *op. loc. ult. cit.*

Al di là della ricostruzione della genealogia della norma (v. oltre, con riferimento alla medesima attività), l'intento pragmatico di ridurre il numero dei contratti di associazione in partecipazione sembra aver dominato la visione del legislatore ed è dunque criterio interpretativo pregnante per dirimere alcune questioni sorte intorno ad una formulazione a tratti ostica.

Il meccanismo forzoso di conversione legale segue un modello differente dalla conversione sostanziale ex art. 1424 c.c. Mentre quest'ultima presuppone sempre una indagine approfondita e la ricostruzione della volontà obiettiva delle parti negoziali e dello scopo perseguito³³², l'art. 2549 comma 2 c.c. ripropone invece una tecnica già sperimentata con l'art. 69 d.lgs. 276/2003 in materia di lavoro a progetto, incentrata sulla *forza attrattiva* della disciplina del rapporto di lavoro subordinato in funzione sanzionatoria³³³. Sulla scorta della pregressa esperienza in materia di lavoro a progetto, la trasformazione è stata infatti fin da subito interpretata come una "invincibile". È lampante però una differenza con l'art. 69 citato: mentre il progetto è, ai sensi dell'art. 67 d.lgs. 276/2003, l'oggetto del contratto e quindi è concepibile che la sua assenza, alterando la struttura del tipo legale imposto, giustifichi la punizione della subordinazione, il numero degli associati è elemento esterno alla relazione contrattuale, a prima vista disallineato rispetto ai caratteri del tipo legale. Quindi – potrebbe argomentarsi – il carattere "assoluto" della trasformazione si giustifica meno e potrebbe anche apparire irragionevole.

La conversione ex art. 2549 comma 2 c.c. coarta, sulla base del mero dato numerico, la volontà negoziale delle parti prescindendo del tutto dalle effettive modalità di svolgimento della prestazione, nonché dalla sussistenza dei requisiti del contratto. La legge ordinaria finisce per "disporre del tipo" associazione in partecipazione, che non troverebbe spazio nella tutela offerta dall'art. 35 Cost. al lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni». Per tali ragioni una parte della dottrina ha considerato queste restrizioni «palesamente incostituzionali»³³⁴.

A tal proposito va detto che la Corte costituzionale in materia di lavoro a progetto, a fronte della rimessione di una questione di costituzionalità sulla disposizione transitoria che imponeva la cessazione anticipata dei rapporti di collaborazione ex art. 409 n. 3 c.p.c. (art. 86 comma 1 d.lgs. 276/2003), ha ritenuto fondata la questione con argomenti che non solo non potrebbero essere riprodotti identici anche per la "norma sostanziale" dell'art. 69 comma 1 d.lgs. 276/2003, ma che, anzi, avvalorano l'idea della sua piena legittimità costituzionale³³⁵. Queste conclusioni potrebbero essere trasfuse senza ostacoli nel campo dell'associazione in partecipazione, con riferimento al secondo comma dell'art. 2549 c.c. Del resto, se, come più volte precisato dalla Consulta, il tipo

³³² Diff. Giaimo G., *La conversione del contratto nullo. Art. 1424 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, cit., 2012, in part. 53 ss. e v. nota in par. 4.

³³³ Su cui cfr. Panci M., *La conversione ex art. 69 comma 1 del d.lgs. 276/2003, la compressione dell'autonomia privata individuale tra dubbi di legittimità costituzionale e "interpretazioni correttive"*, in *RIDL*, 2011, II, 323 ss.

³³⁴ Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 37; v. anche Tosi, *op. ult. cit.*, 142. Santoni F., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, *op. cit.*, 169-170. *Contra* Giasanti L., voce *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Diritto online* (Treccani). E cfr. in generale sul principio di indisponibilità D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 63 ss.; e più di recente Luciani V., *Lavoro a progetto, indisponibilità del tipo contrattuale e rimodulazione delle tutele*, in *RIDL*, 2010, I, 287

³³⁵ Su C. cost. 5.12.2008, n. 399, in *LG*, 2009, 3, 247 ss. cfr. in tal senso Panci, *op. cit.*, 328 e sugli altri profili anche 331 ss.; *contra* Ichino P., *Collaborazioni autonome continuative: quando il divieto va contro il proprio scopo e quando no*, in *RIDL*, 2009, II, 306, 307.

legale lavoro subordinato non è a disposizione del legislatore nel senso che non si potrebbe attribuire *ex lege* una qualificazione “non subordinata” ad un rapporto di lavoro effettivamente subordinato³³⁶, lo stesso non può essere sostenuto «a titolo capovolto»³³⁷ per il lavoro autonomo o per il lavoro associato in partecipazione³³⁸.

Nel nostro caso, peraltro, non sarebbe stata neppure placidamente incostituzionale la scelta di vietare apporti di lavoro in un contratto aleatorio con causa di finanziamento³³⁹. Un simile divieto, sebbene nell’ottica del mercato inopportuno, non intaccherebbe in modo decisivo la libertà di iniziativa economica *ex art. 2, 3, 41 e 42*. Opinando diversamente si dovrebbe ammettere che qualsiasi limitazione di strumenti negoziali a disposizione dell’impresa possa comportare una violazione costituzionale. Le norme restrittive realizzano invece il precetto costituzionale dell’art. 41 in quanto componenti di quel perimetro esterno dell’utilità sociale, *giuridificato* di volta in volta dal legislatore.

Se non può “palesemente” – cioè per l’effetto che determina, in sé e per sé, e sulla base del principio di “indisponibilità del tipo” – essere affermata l’incostituzionalità della disciplina, qualche dubbio investe la ragionevolezza della scelta di politica del diritto: è vero che l’associazione in partecipazione è contratto prestato ad assecondare gli intenti elusivi – ed è proliferato in un mercato del lavoro rigido in cui il rapporto più garantito è anche il più costoso – tuttavia il metodo quantitativo-numerico di individuazione del limite di tollerabilità soffre di una forma di ipertrofia negli effetti sia poiché omette di prendere in considerazione le dimensioni dell’impresa, sia nel senso che potrebbe penalizzare situazioni genuine.

Quanto al primo rilievo, è un fatto che l’attività d’impresa di dimensioni più piccole appare avvantaggiata poiché il limite numerico di tre associati corrisponde ad un percentuale in proporzione maggiore di assunti. Colpire in modo più incisivo il “grande abuso” è stato del resto l’obiettivo scientemente perseguito dal legislatore³⁴⁰. Potrebbe sollevarsi qualche perplessità, anche alla luce degli art. 3 e 41 Cost., sulla macroscopica differenza di incidenza del contingentamento a seconda delle dimensioni dell’impresa associante. E tuttavia, come è stato osservato, la previsione di un limite percentuale misurato sul totale degli assunti (come *ex art. 1 comma 1 d.lgs. 368/2001*) avrebbe reso la norma contraddittoria poiché l’associazione in partecipazione realizza un «modello organizzativo alternativo» al lavoro subordinato³⁴¹.

Per quanto riguarda il secondo rilievo, è altrettanto evidente che l’effetto del superamento del limite di contingentamento travalica le necessità di tutela legate al mantenimento di un numero

³³⁶ Sul principio di indisponibilità cfr. le storiche sentenze C. cost. 29.3.1993, n. 121, *FI*, 1993, I, 2432, e C. cost. 31.3.1994, n. 115, *FI*, 1994, I, 2656. Cfr. Scognamiglio R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, 95 ss.; D’Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 63 ss.

³³⁷ Ancora Panci, *op. cit.*, 328.

³³⁸ Con riferimento al solo lavoro autonomo, in tal senso, si legga Santoro Passarelli G., *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 27 ss. In tal senso Cass. 5.9.2005, n. 17759, in *RIDL*, 2006, 552 ss.

³³⁹ Cfr. già Russo, *op. ult. cit.*

³⁴⁰ La ragione potrebbe essere rinvenuta nella stessa *struttura normale* del contratto, che comprende l’effettiva partecipazione ai risultati positivi senza dover subire condotte scorrette da parte dell’associante volte a ridurre fittiziamente la quota spettante all’associato (cfr. infatti i poteri legali dell’associato *ex art. 2550 e 2552 c.c.*; e la tutela contro le “rivalse” dei terzi *ex art. 2551 c.c.*).

³⁴¹ Russo, *op. ult. cit.*, in risposta alla dottrina che suggeriva di introdurre una percentuale.

esiguo di associati, poiché la conversione li coinvolge indifferentemente tutti. Anche le associazioni genuine verrebbero travolte *ex post* dall'ondata "a ritroso" della conversione pur essendo state validamente stipulate³⁴². Inoltre il riferimento alle prestazioni «anche di lavoro» fa rientrare nel campo di applicazione della norma gli apporti misti capitale-lavoro. È vero che la *ratio* inclusiva permette di evitare facili vie di fuga dalla conversione con il mascheramento di prestazioni di solo lavoro dietro apporti di capitale esigui o addirittura fittizi. E tuttavia non si prende in considerazione l'ipotesi di una assoluta "subvalenza" della prestazione di lavoro con il serio pericolo di coinvolgere nei processi di conversione *ope legis* non solo lavoratori autonomi *ex art.* 2222 c.c. ma persino imprenditori individuali³⁴³. È difficile adeguare la norma per renderla ragionevole (limitando l'effetto della conversione ai soli assunti in sovrannumero o agli apportatori di solo lavoro) se non attraverso operazioni apprezzabili nell'ottica sistematica ma contro-letterali³⁴⁴.

La valutazione della norma in dottrina è nel complesso negativa. Con riferimento ai profili trattati sono stati proposti adeguamenti, per correggere tanto l'inopportunità quanto la potenziale incostituzionalità dell'art. 2549 comma 2 c.c.³⁴⁵, non senza rimarcare il rischio che si producano effetti paradossali nonché incentivi ad affinare le tecniche elusive o a preferire la "evasione totale"³⁴⁶.

7.1 (segue) La medesima attività

Il secondo comma dell'art. 2549 c.c. è formulato in omaggio a un "canone repressivo" che si è riflesso sulla sua fluidità logica e letterale.

Un primo punto della norma a prima vista oscuro è rappresentato dall'inciso «indipendentemente dal numero degli associanti»³⁴⁷. La precisazione è priva di significato giuridico apprezzabile poiché il rapporto di lavoro instaurato con un contratto di associazione in partecipazione è sempre bilaterale. Nella sostanza il legislatore potrebbe aver inteso prevenire «fenomeni fraudolenti di frazionamento dell'attività economica»³⁴⁸. Anche in questo caso, tuttavia, non si porrebbe un problema di "numero degli associanti", ma semmai di identificazione dell'unico associante, «centro di una raggiera» cui fanno capo i singoli associati³⁴⁹.

Chiarito ciò, è necessario enucleare la nozione di «medesima attività», che identifica l'ambito

³⁴² Sono in ogni caso esenti sia dal conteggio sia dalla trasformazione i rapporti inclusi nelle eccezioni legali (v. par. succ.).

³⁴³ Lo nota Russo, *op. ult. cit.*

³⁴⁴ La scelta di travolgere tutti i rapporti in essere è stata criticata e potrebbe in effetti essere a rischio di incostituzionalità per contrarietà all'art. 3 Cost.. La norma sarebbe secondo alcuni da interpretare in senso correttivo (Russo, *op. ult. cit.*), ma risponde a ben vedere sia all'intento pratico di evitare difficoltà di calcolo e di individuazione del momento di "acquisizione della tutela", sia alla volontà di evitare differenze di trattamento tra i lavoratori associati difficilmente giustificabili. Un analogo problema è sollevato infatti dalla dottrina in materia di contratto a termine: cfr. la ricostruzione di Preteroti A., *Il contratto di lavoro a tempo determinato, in Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di Santoro Passarelli G., 2013, 361 ss., ivi 386.

³⁴⁵ Cfr. Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 154-155, anche in relazione alla moltiplicazione delle discipline transitorie; e in prec. v. Id., *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *RIDL*, 2012, I, 606 ss.; cfr. anche Diamanti R., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Evoluzione giurisprudenziale e interventi legislativi*, in *RIDL*, 1, 2013, 57 ss. Pesa anche il giudizio negativo di Treu T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1 ss., ivi 33.

³⁴⁶ Cfr. Proia G., *I "cortocircuiti" tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *ADL*, 2013, 4-5, 791-792.

³⁴⁷ Cfr. Riccardi, *op. cit.*, 6-7.

³⁴⁸ Russo, *op. ult. cit.*; e condivide Santoni, *op. ult. cit.*, 170.

³⁴⁹ Ghidini M., voce *Associazione in partecipazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1958, 858.

oggettivo del contingentamento numerico. Si tratta di un snodo fondamentale per verificare le conseguenze reali della norma.

Una parte della dottrina ha tentato di moderare gli effetti dirompenti della disciplina interpretando la «medesima attività» come la “stessa attività lavorativa”. In questa accezione l’obiettivo perseguito dal legislatore sarebbe di evitare la standardizzazione delle prestazioni³⁵⁰. Sebbene si tratti di un’ipotesi suggestiva e non priva di ragionevolezza pratica, mi sembra che lettera e *ratio* della norma favoriscano l’idea che per attività si debba intendere “attività d’impresa” ovvero “attività economica organizzata”. In tal modo si evita tanto l’oscuramento del fine anti-fraudolento della normativa (che invece è come detto criterio ermeneutico determinante), quanto il disagio interpretativo derivante dal tentativo di individuazione della “medesima attività lavorativa”³⁵¹.

Una volta che ci si sia posti «dall’angolazione dell’oggetto dell’impresa»³⁵², il significato esatto da attribuire alla locuzione che identifica l’ambito di applicazione dell’art. 2549 co. 2 c.c. rimane dubbio. Non è chiaro se si riferisca ad un ramo di attività, ad una singola unità produttiva ovvero all’impresa nel suo complesso. Ragionare sulla genesi della disposizione può aiutare.

La finalità antielusiva della disposizione sembrerebbe legarsi indirettamente alla previsione dell’art. 2550 c.c. nella sua funzione di preservare intatta la qualità del rischio che si assume l’associato con la stipula del contratto³⁵³. La relazione di rischio tra associante gestore e associato apportatore attiene alla particolare struttura del sinallagma, angolo prospettico da cui si è posto il legislatore: la conservazione della rischiosità è possibile se l’associazione in partecipazione non è contratto di massa o in serie. Il controllo numerico degli associati è perciò una specificazione delle dinamiche di rischio interne. In particolare, esprime l’interesse egoistico di ciascun associato ad assumere precauzioni contro un eccesso di concorrenza interna³⁵⁴, concretamente sussistente quando più soggetti facciano riferimento al medesimo centro di imputazione. In altre parole, il limite dei tre associati, ispirato dalla garanzia di un interesse economico-giuridico proiettato nella relazione contrattuale, rafforzerebbe di fatto la facoltà di prestare un consenso preventivo riconosciuta dall’art. 2550 c.c.

Non si può però ignorare che la violazione di questa disposizione darebbe in via ordinaria all’associato non consenziente solamente un diritto al risarcimento del danno o all’esercizio del rimedio solutorio, senza alcuna conseguenza sui rapporti posti in essere in violazione del limite legale ex art. 2550 c.c. L’art. 2549 comma 2 c.c. dispone invece una sanzione che contraddice apertamente la conservazione della rischiosità poiché impone alle parti un regolamento negoziale pienamente commutativo.

³⁵⁰ Leone, G., *L’associazione in partecipazione*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Mazzotta O., De Luca Tamajo R. (a cura di), Padova, 2013, 657; e Lepore A., *Le prestazioni di lavoro nei contratti associativi, nelle cooperative e nelle associazioni di volontariato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, 2014, 262. Sulla standardizzazione delle prestazioni come indice di subordinazione cfr. Cass. 21.2.2012, n. 2496, in *Foro it.*, 2012, I, 2289. La limitazione a tre associati per ciascuna “tipologia di lavoro” non impedirebbe una più sottile standardizzazione “a gruppi di tre”.

³⁵¹ Ferraro G., *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *RIDL*, 4, 2012, 567 ss.

³⁵² Tosi P., *Associazione in partecipazione*, in *DPL, Commentario alla Riforma Fornero*, 2012, 142: id., *L’improbabile equilibrio [...]*, cit., 826; e Magnani, *op. ult. cit.*, 16.

³⁵³ Leggasi in generale sulla mutazione del rischio Ghidini, *op. ult. cit.*; *contra explorimis*, sulla irrilevanza qualificatoria dell’immutabilità del rischio, Santojanni M., *Sulle differenze fra contratto di lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *RTDPC*, 1963, I, 358, *ivi* 361-362. E cfr. Cass. 7.2.1962, n. 253, in *RDComm*, 1962, II, 396.

³⁵⁴ Così la relazione al codice civile n. 1034.

La sanzione della conversione rivela allora che la “tutela del rischio” dell’associato genuino ex art. 2550 c.c. ha rappresentato una mera fonte di ispirazione. Lo scopo perseguito, ben più concreto, è la falciatura quantitativa del numero degli associati sulla base di un pregiudizio probabilistico non verificabile.

Ad ogni modo individuare il principio ispiratore del limite degli associati (l’art. 2550 c.c.) torna utile a fini esegetici per enucleare il significato di “medesima attività”. Se il numero massimo di associati trova ragione nell’imputazione alla stessa controparte dell’onere di non intaccare la qualità del rischio assunto da ciascun associato, è fondato ritenere la “medesima attività” quella che produce effettivamente gli utili corrisposti agli associati, cioè l’impresa o l’affare cui gli utili sui quali si calcola la percentuale di spettanza dell’associato sono imputati. Del resto l’associazione in partecipazione è sempre *all’impresa* o *all’affare*, cioè presuppone l’attività economica con fine di profitto dell’associante.

Questa tesi è sostenibile anche da un punto di vista pratico. Non si deve dimenticare infatti che nel dettare la disciplina limitativa il legislatore ha ragionato “per constatazioni empiriche”. Il problema della «medesima attività» può allora essere meglio compreso se contestualizzato. Spesso gli associati (soprattutto quelli fittizi) lavorano presso negozi di vendita diretta al pubblico che hanno un proprio “bilancio” ossia un proprio conto dei profitti e delle perdite per misurare la capacità produttiva³⁵⁵. Il riferimento obiettivo non è stato perciò “all’impresa” identificata come il complesso della macro-attività organizzata, ma alla singola attività economicamente strutturata – *id est* dotata di propria autonoma e misurabile capacità di profitto – in cui l’impresa si ramifica. Ogni “negozio” non può avere più di tre associati. In assenza di un conto dei profitti e delle perdite non si può parlare di attività economicamente strutturata e quindi non è possibile misurare il rischio; si dovrà di conseguenza prendere in considerazione l’ambito maggiore, cioè l’impresa madre o comunque la struttura di livello superiore che soddisfa la condizione di autonomia economica e di bilancio. La “medesima attività” va perciò individuata in concreto.

La disposizione, a distanza di tempo, non sembra aver ancora trovato applicazione giudiziale³⁵⁶. Probabilmente ciò è dovuto sia all’assolvimento di una funzione general-preventiva, sia alla copertura concessa dalla stessa l. 92/2012, art.1 comma 29, che ha impedito l’operatività del meccanismo sanzionatorio verso i contratti certificati prima dell’entrata in vigore della norma, sia infine alle corse ai ripari delle parti collettive e poi dello stesso legislatore (v. *infra*).

7.2 (segue) Le eccezioni alla conversione

Non sono computabili nel numero legale i familiari dell’associante, se parenti entro il terzo grado o affini entro il secondo³⁵⁷, nonché, ai sensi del comma 3 dell’art. 2549 c.c., gli associati ad imprese a scopo mutualistico individuati mediante elezione dall’organo assembleare di cui all’articolo 2540 c.c., il cui contratto sia certificato ai sensi degli art. 75 ss. d.lgs. 276/2003, nonché infine,

³⁵⁵ Il caso *Golden Lady* fa scuola (v. oltre).

³⁵⁶ Cfr. l’isolato riferimento in Trib. Bologna 10.1.2014, in *iusexplorer*.

³⁵⁷ Cfr. art. 2549 comma 2, che definisce questa “l’unica eccezione”. La selezione è coerente con l’art. 230-bis c.c. Tuttavia la norma non è “lucida”. Traspare al contrario la confusione del legislatore: se l’associante è un ente societario, come più spesso accade, chi sono i parenti e gli affini? Cfr. le questioni sollevate sul tema specifico da Russo, *op. ult. cit.*

indipendentemente dal carattere mutualistico dell'impresa e dalla certificazione dei contratti, il «rapporto fra produttori e artisti, interpreti, esecutori, volto alla realizzazione di registrazioni sonore, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento»³⁵⁸.

Le eccezioni, seguendo la lettera dell'articolo, operano sia rispetto al numero totale sia rispetto alla conversione, nel senso che una volta superato il tetto si considerano di lavoro subordinato i rapporti con “tutti gli associati” ma non con i lavoratori inclusi nelle eccezioni ai quali il comma 2, semplicemente, non trova applicazione³⁵⁹.

Il regime delle esenzioni assolve concretamente una funzione di bilanciamento selettivo della brutalità della conversione disposta dal secondo comma, impedendo effetti perversi per soggetti dotati di determinate caratteristiche (il legame familiare) ovvero in settori che sarebbero risultati eccessivamente penalizzati dalla novella o in ogni caso considerati meno perniciosi. Peraltro, diversamente da quanto previsto al comma 29, art. 1, l. 92/2012, i contratti di associazione in partecipazione dei soci di cooperativa possono essere certificati con l'obiettivo di schermare dalla previsione sanzionatoria anche in un momento successivo all'entrata in vigore della norma, purché non sia già in atto un accesso ispettivo. Alla certificazione viene attribuita dalla legge una rilevante funzione di garanzia, soprattutto se si considera la sfiducia generalizzata verso il contratto ex art. 2549 c.c.

Le esclusioni non identificano aree immuni né dalla riqualificazione giudiziale né dalla conversione ex art. 2549 comma 2 c.c. Tuttavia consentono di circoscrivere zone quantomeno “favorevoli” in cui la diffusione del contratto si legherebbe meno agli intenti elusivi. A tal proposito potrebbe essere legittimamente sollevata qualche perplessità se si considera l'intento che aveva indotto il legislatore a tutelare il lavoro familiare ex art. 230 *bis* c.c. e la ambiguità manifesta della posizione di socio in cooperativa-associato in partecipazione³⁶⁰. Si concilia invece con la realtà produttiva del nostro paese – ed è quindi scelta saggia – l'esclusione dalla conversione automatica del settore audiovisivo e cinematografico³⁶¹.

In linea generale il regime delle esclusioni è sintomatico della volontà di allentare una stretta legale che rischia di mortificare il “mercato del lavoro associato”. E tuttavia, trattandosi di un intervento circoscritto per categorie, l'esclusione di alcune aree non riesce a evitare che vengano colpiti, altrove, «imprenditori e lavoratori onesti, limitando ingiustamente la loro libertà di scegliere la tipologia contrattuale della collaborazione che intendono instaurare»³⁶².

³⁵⁸ Cfr. art. 1 comma 28, capoverso, introdotto dall'art. 7, comma 5, lett. a), n. 2-*bis*, d.l. 76/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. 99/2013.

³⁵⁹ In tal senso Giansanti, *op. ult. cit.*

³⁶⁰ Voglio dire che esistono fondati dubbi sulla possibilità di rendere compatibile lo schema societario della cooperativa di lavoro, che presupporrebbe la partecipazione sociale, con l'art. 2552 c.c., che invece impone l'estraneità alla gestione. Cfr. sul tema La Costa R., *Il socio lavoratore associato in partecipazione*, in *RCoop*, 2004, 1, 23. Inoltre il richiamo alle assemblee separate di cui all'art. 2540 c.c., se da una parte è fonte di auto-legittimazione per la cooperativa, esclude dall'esenzione le società cooperative con azioni ammesse alla quotazione in mercati regolamentati che non possono svolgere assemblee separate ai sensi del comma 7 dell'art. 2540 c.c.

³⁶¹ In questo settore il legislatore aveva recentemente tentato un rilancio degli investimenti concedendo con la legge finanziaria 2008 (l. 244/2007) un *tax credit* per gli investitori esterni di cui all'art. 73 del TUIR, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (cfr. anche d.m. 21 gennaio 2010, art. 2 commi 1 e 2) che stipulino contratti di associazione in partecipazione con apporto di capitale. Talvolta quest'ultimi svolgono anche prestazioni professionali a favore delle società del settore. Ciò avrebbe comportato la conversione automatica poiché le prestazioni sanzionate ex art. 2549 comma 2 c.c. sono “anche di lavoro”. Il paradosso è stato opportunamente evitato.

³⁶² Proia, *op. ult. cit.*, 792.

8. L'estensione agli associati in partecipazione del procedimento di convalida ex art. 4, commi 16-23, l. 92/2012 e il regime di decadenza ex art. 32 comma 3 lett. b: due processi assimilativi inversi?

La legislazione recente, se da una parte ha programmato una corposa riduzione del numero dei rapporti associativi, dall'altra ha contemporaneamente ritenuto di estendere alcune "nuove discipline" tipicamente riservate al lavoro subordinato anche agli associati in partecipazione. Gli interventi estensivi non sembrerebbero a prima vista rispondere a una *ratio* unitaria.

Il comma 23-*bis* dell'art. 4 della l. 92/2012, introdotto dall'art. 7 c. 5, lett. d), n. 1, d.l. 76/2013 estende la disciplina di convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale prevista dai commi 16-23 dell'art. 4, l. 92/2012, «in quanto compatibili», alle lavoratrici e ai lavoratori impegnati con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, di cui all'art. 61, comma 1, del d.lgs. 276/2013 (e non anche commi 2 e 3 del medesimo art. 61)³⁶³; alle lavoratrici e ai lavoratori impegnati con contratti di associazione in partecipazione di cui all'art. 2549, comma 2, c.c.. La procedura di convalida ha la principale finalità di ostacolare la prassi delle lettere di dimissioni "in bianco"³⁶⁴.

La logica additiva della disposizione è innovativa poiché l'estensione della tutela abbraccia non solo i rapporti parasubordinati, ma anche i rapporti di lavoro autonomo puro, nonché, in guida del richiamo diretto all'art. 2549 comma 2, anche gli apporti cosiddetti misti. La novità, che potrebbe derivare da semplice disattenzione o superficialità degli estensori della norma, non ha grande rilievo pratico se si considera che l'associante può recedere secondo le regole del diritto dei contratti, minimizzando il sacrificio economico. Più importante potrebbe risultare la lettura burocratico-amministrativa circa l'afflusso di dati occupazionali attendibili per calibrare meglio gli interventi sul mercato del lavoro³⁶⁵.

Intenti inversi hanno invece mosso il legislatore all'estensione dei termini di decadenza ex art. 6 l. 604/1966 al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. anche a progetto ai sensi del rinvio disposto dall'art. 32, comma 3 lettera b, l. 183/2010. I termini di decadenza sono perciò applicabili anche al recesso dell'associante, da impugnare entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta e salva l'introduzione del giudizio a pena di inefficacia entro i successivi centoottanta giorni. Il presupposto oggettivo della decorrenza dei termini è il «recesso del committente». Non si incorre perciò in decadenza qualora sia spirato il termine eventualmente apposto al contratto di associazione in partecipazione.

³⁶³ L'estensione alle collaborazioni a progetto e agli associati in partecipazione della procedura di convalida potrebbe in concreto non portare alcun beneficio sostanziale. Nel lavoro a progetto la disciplina del recesso è stata ulteriormente irrigidita dopo la l. 92/2012 e qualora le parti non prevedano la possibilità di recesso *ad nutum* o causale del collaboratore (cfr. art. 67, d.lgs. 276/2003 – ipotesi peraltro piuttosto remota) la disposizione sulla convalida delle dimissioni non trova applicazione.

³⁶⁴ Il legislatore, attraverso l'uso del doppio genere – «lavoratori e lavoratrici» – sembrerebbe aver voluto riferirsi alle dimissioni in bianco fatte firmare alle donne lavoratrici per anticipare il pericolo di dover sostenere economicamente gravidanza e puerperio.

³⁶⁵ Si tratta di un aspetto nient'affatto secondario. Lo stesso d.l. 76 ha infatti confermato il monitoraggio in ingresso degli associati attraverso la riscrittura del comma 2 e l'aggiunta del comma 2-*bis* dell'art. 9-*bis* d.l. 510/1996, conv. mod. 608/1996.

Nelle collaborazioni coordinate e continuative per le quali non sia in contestazione la natura del rapporto sembrerebbero tuttavia mancare sia gli elementi formali³⁶⁶, sia gli elementi giuridico-economici di contesto³⁶⁷ che rendono la disposizione sulla decadenza un ragionevole contrappeso alla disciplina limitativa del licenziamento nel campo del lavoro subordinato³⁶⁸.

La disciplina introdotta con il “collegato lavoro” (l. 183/2010) è sembrata nel complesso poco attenta alle peculiarità delle fattispecie e degli assetti di interessi su cui sarebbe andata ad incidere³⁶⁹. Del resto l'intervento è stato frammentario e dispersivo. Questa scarsa organicità è particolarmente evidente nel caso della associazione in partecipazione per via dell'assenza di norme legali limitative del recesso del committente che rende i termini di decadenza una sorta di “eccesso regolativo”³⁷⁰.

Si può allora seriamente dubitare della ragionevolezza dell'estensione, che avvantaggia ingiustamente l'associante seguendo un modello regolativo in senso peggiorativo prima d'ora sconosciuto³⁷¹.

Le discipline affrontate hanno alla base, come visto, ragioni differenti, l'una additiva ma con minima utilità, l'altra sottrattiva e in più sproporzionata. Questi due differenti regimi (convalida delle dimissioni e decadenza) sono segmenti (peraltro poco significativi) del frammentario processo di assimilazione delle tutele del lavoro subordinato a quelle del lavoro autonomo, nel caso della convalida anche indipendentemente dai caratteri dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

La tecnica di estensione selettiva di tutele “isolate” (e addirittura di condizioni deteriori) non collima con la necessità, messa in luce dalla dottrina, di creare un apparato regolativo modulare e

³⁶⁶ L'integrale applicazione del primo comma dell'art. 6 della l. 604 non convince. Non si può infatti parlare di «licenziamento» per l'atto di recesso del committente né è necessaria un'intimazione per iscritto. Pare opportuno non stravolgere la *ratio* di certezza della norma. Non decorre perciò alcun termine di decadenza qualora manchi – come è sempre possibile – un atto scritto di recesso. V. *contra* Nicolini, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2013, I, 626. Cfr. Boghetich E., *Tutela dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *ADL*, 2011, 1, 68 ss., ivi 80.

³⁶⁷ L'estensione della disciplina dell'art. 6 della legge 604/1966 alle collaborazioni autonome *tout court* è poco in linea con la *ratio* della decadenza in sé (e in specie con l'intervento massiccio che aveva come riferimento i costi aziendali del recesso; cfr. Nicolini, *op. loc. ult. cit.*), essenzialmente poiché il lavoro a progetto e gli altri rapporti di collaborazione ex art. 409 comma 1 n. 3 c.p.c. non pongono al committente o all'associante i problemi economici e di certezza che invece si pongono quando sono in contestazione la natura del rapporto e l'applicazione della normativa sui licenziamenti.

³⁶⁸ La dilazione della contestazione del recesso farebbe infatti conseguire un esiguo vantaggio al collaboratore, non paragonabile agli effetti dell'art. 18 comma 1 l. 300/1970. Sicuramente diversa è l'ipotesi dei «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro» (quindi anche del rapporto di associazione in partecipazione fittizio) separatamente disciplinata dall'art. 32 comma 3 lett. a, l. 183/2010, laddove, accanto all'applicabilità della disciplina dei licenziamenti, si riepanda l'utilità dello strumento della decadenza. In generale cfr. Menghini L., *Il nuovo regime delle decadenze nel collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 1, 41.

³⁶⁹ Cfr. le condivisibili critiche di Maio V., *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *GI*, 2014, 490 ss.

³⁷⁰ Unici limiti sono quelli desumibili dal diritto civile. Cfr. Cass., sez. III, 15.4.1993, in *MGCiv*, 1993, 673.

³⁷¹ Cfr. anche Centofanti S., *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *LG*, 2010, 329, ivi 340. La norma ha “più senso” per il lavoro a progetto per il quale, a fronte di una disciplina del recesso che prevede causali legali ben determinate (v. art. 67 d.lgs. 276/2003 come in ultimo modificato dalla l. 92/2012) si ripristinerebbe, sebbene in misura minima e a mio avviso insufficiente, la *ratio* originaria.

articolato studiato *ad hoc* per il lavoro non-subordinato³⁷². Il risultato dell'assimilazione occasionale è infatti poco accattivante e a tratti controproducente.

9. Le maxi-sanatorie dei rapporti fittizi e il possibile ruolo della contrattazione collettiva nell'opera di selezione e regolazione del lavoro associato (cenni).

Altre recenti novità in tema di associazione in partecipazione con apporto di lavoro fanno trasparire la consapevolezza di fondo che un fenomeno elusivo su vasta scala può essere seriamente combattuto con tecniche meno aggressive, a tutela anche del lavoro associato genuino. La contrattazione collettiva ha svolto un ruolo determinante in quanto capace di mediare con la dovuta attenzione esigenze produttive dell'impresa e tutele dei singoli.

Alla previsione del limite numerico dell'art. 2549 comma 2 c.c. – e al panico presso le aziende per le esiziali conseguenze economiche della norma – sono seguiti due specifici tentativi rimediali, uno (precario) per via sindacale, l'altro (più stabile) assicurato per legge.

Il primo fu sperimentato presso una nota azienda. L'accordo di prossimità, asseritamente stipulato ex art. 8, d.l. 138/2011, conv. 148/2011 posticipava di dodici mesi l'entrata in vigore della conversione legale in caso di superamento del numero dei tre associati, dietro la promessa di intraprendere un «percorso ragionato di stabilizzazione dei contratti»³⁷³.

Al di là dei dubbi di legittimità sollevati in merito alla iniziativa delle parti collettive, che forse non sarebbero state neppure dotate di un simile potere in assenza dei presupposti normativi dell'art. 8 citato, il legislatore con l'art. 7-bis, introdotto in sede di conversione del d.l. 76/2013 con l. 99/2013, ha spinto la contrattazione collettiva a gettare “ponti d'oro” ai falsi associanti attraverso una procedura di stabilizzazione con importanti effetti premiali e deflattivi³⁷⁴. Ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 7-bis, la destinazione della stabilizzazione dei rapporti associativi è il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sia nella forma “ordinaria”, sia nella forma dell'apprendistato³⁷⁵. La stabilizzazione è possibile a condizione che i rapporti siano già in essere e le

³⁷² Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del “lavoro a progetto”*, cit., 636-637. V. par. finale.

³⁷³ Cfr. il giudizio di Maio V., *La crisi della rappresentanza sindacale in azienda al tempo del diritto del lavoro della crisi*, in *GI*, 2012, 11, 2443-2444.

³⁷⁴ Sulla nuova norma cfr. Pasquini F., *La stabilizzazione degli associati in partecipazione che apportano lavoro (e un refuso sui tirocini?)*, in *Il lavoro riformato*, Tiraboschi (a cura di), Milano, 2013, 292 ss.; e Miscione A., *Associazione in partecipazione*, in *LG*, 2013, 11 - Allegato 1, Pacchetto lavoro, 39. La stipula degli accordi di sanatoria sarebbe dovuta avvenire tra l'1 giugno e il 30 settembre 2013, cioè con decorrenza iniziale in un tempo antecedente all'entrata in vigore della norma, che, dunque, dispone un curioso effetto retroattivo. Cfr. anche circ. Inps 167/2013. Lo scarso successo della prima tornata di stabilizzazione ha indotto il legislatore a replicare l'iniziativa in sanatoria. La legge di stabilità 2014, n. 147 del 27 dicembre 2013 (art. 1, co. 133), ha disposto la proroga al 31 marzo 2014 del termine entro il quale le aziende debbono stipulare gli accordi di stabilizzazione contemplati dall'art. 7-bis con le modalità precisate dall'Inps con circolare n. 3/2014.

³⁷⁵ L'introduzione nella stabilizzazione di “forme di tirocinio” accanto alle associazioni in partecipazione trova forse ragione nella necessità di giustificare una qualche funzione formativa assoluta dai precedenti rapporti di lavoro dei giovani associati, per farli rientrare più agevolmente in contratti di apprendistato.

parti sottoscrivano atti di conciliazione ex artt. 410 e seguenti c.p.c. I lavoratori ottengono benefici sia sul piano del rapporto sia di natura contributiva³⁷⁶. I datori di lavoro, dal canto loro, conseguono vantaggi notevoli dalla stabilizzazione³⁷⁷. L'Inps verifica gli adempimenti e governa la procedura. Restano sempre utilizzabili gli altri strumenti legislativi di trasformazione e stabilizzazione³⁷⁸.

Eccettuato qualche dubbio che investe la costruzione di uno schermo inattaccabile contro le eventuali rivendicazioni per il passato, il condono contrattato appare tutto sommato un modo equilibrato per ottenere un risultato "quasi analogo" a quello dell'apparato presuntivo. Persegue infatti lo stesso dichiarato obiettivo anti-elusivo, ma senza il trauma del tempo, le mille incertezze e le ridondanti iniquità che si legano al giudizio. Va anche detto che il successo della normativa sarà, in concreto, difficilmente misurabile.

La contrattazione collettiva, anche indipendentemente dall'istituzione di procedure *ad hoc*, può svolgere un ruolo determinante nell'opera di individuazione dei rapporti fittizi e accompagnamento selettivo verso la subordinazione³⁷⁹. Lo dimostrano, con riferimento al lavoro autonomo, anche la funzione di esemplificazione delle «prestazioni elevate» esenti dalla presunzione ex art. 69 comma 2 ultimo periodo del d.lgs. 276/2003 e dei «compiti esecutivi o ripetitivi» ex art. 61.

Non è escluso che gli interventi derogatori ex art. 8, d.l. 138/2011, conv. mod. l. 148/2011, si incentrino sull'ampliamento dell'area delle eccezioni alla conversione ex art. 2549 comma 2 c.c., commisurando e proporzionando la portata precettiva del disposto alle concrete esigenze occupazionali aziendali e al contesto produttivo specifico³⁸⁰.

Non è neppure da trascurare, infine, la funzione che potrebbe svolgere in futuro la contrattazione collettiva per riconoscere migliori tutele (cfr. emblematicamente l'art. 63 d.lgs. 276/2003) e diritti (anche sindacali) o affinare i sistemi di *welfare* a favore dei lavoratori autonomi e associati (v. par. finale).

10. Il nuovo apparato contenitivo dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro e il "lavoro associato a-regolato", un bilancio solo provvisorio?

Le rilevanti novità normative degli ultimi anni hanno ridotto notevolmente le possibilità di utilizzo del contratto. La proliferazione dei rapporti e il contenzioso-fiume connesso all'utilizzo dello

³⁷⁶ Per quanto riguarda i primi, il datore subisce una parziale limitazione della facoltà di recesso del datore, al quale è precluso nei sei mesi successivi all'assunzione intimare licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (co. 3). Si tratta di un importante meccanismo di garanzia della "correttezza e buona fede" dell'impresa. Non è facile immaginare quale sanzione possa discendere dall'intimazione del licenziamento (valido) per giustificato motivo oggettivo in violazione di un divieto espresso. La conseguenza potrebbe essere la nullità per contrarietà ad un divieto imperativo, cioè un "altro caso di nullità previsto dalla legge", con conseguente applicazione del primo comma dell'art. 18 stat. Lav. (l. 300/1970). È riconosciuto anche un versamento a titolo di contributo straordinario integrativo, a favore della gestione separata di cui all'art. 2, co. 26, l. 335/1995, di una somma calcolata ai sensi del comma 4 dell'art. 7-bis. Quest'ultimo contributo è condizione sospensiva della stabilizzazione

³⁷⁷ Cfr. comma 7 dell'art. 7-bis.

³⁷⁸ Cfr. art. 1, d.l. 76/2013, conv. l. 99/2013.

³⁷⁹ Cfr. le considerazioni finali di Magnani, *op. cit.*, 17-18.

³⁸⁰ Il richiamo della lettera e) del comma 2 dell'art. 8 cit., nel riferimento a «rapporti di lavoro, [...] alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro» sembra suggerire quantomeno interventi di tale fatta.

schermo associativo per celare effettivi rapporti di lavoro subordinato sembrano quindi destinati a placarsi. Concorre a produrre questo effetto l'introduzione della flessibilità a termine fungibile: la libera apposizione del termine sancita oggi in via generale dall'art. 1 comma 1 d.lgs. 368/2001 come modificato dal d.l. 34/2014 (conv. mod. l. 78/2014), causerà probabilmente uno spostamento delle assunzioni verso la forma più garantita del lavoro subordinato.

Il contratto di associazione in partecipazione, allo stato, può ancora essere utilizzato senza le remore legate al rischio di conversioni, specialmente per determinati lavori e in circoscritti settori³⁸¹.

La *resilienza* della associazione in partecipazione con apporto di lavoro è stata messa a dura prova dall'articolato sistema delle presunzioni e delle conversioni introdotto dal legislatore, ma non è venuta meno anche grazie alla tenuta delle profonde radici affondate nel retroterra del codice civile. Mentre una parte dei rapporti di lavoro autonomo coordinato genuini vengono fagocitati dalla «prorompente invadenza della subordinazione»³⁸² (ex art. 69 comma 1, eventualmente passando dalla “stazione fantasma” dell'art. 69-*bis*), gli stessi sono salvi se interni a veri contratti di associazione in partecipazione (con il diverso limite dell'art. 2549 comma 2 c.c.)³⁸³.

La partecipazione economica effettiva e l'esercizio del controllo sembrerebbero poter assurgere a fattori significativi (sebbene non autosufficienti, v. parte finale del par. 4) della genuinità del lavoro associato. Smussano infatti alcune spigolosità insite nei processi di qualificazione³⁸⁴.

La questione dell'associazione in partecipazione va letta all'interno del sistema dei rapporti di lavoro. L'analisi proposta restituisce un quadro dominato dall'*onnivorìa* del contratto dominante³⁸⁵, in cui a meccanismi approssimativi di contrazione del “falso lavoro autonomo e associato” – di dubbia efficacia – non si accostano discipline promozionali dedicate alle figure genuine.

L'utilizzo di requisiti inadeguati e indici poco significativi³⁸⁶ determina, da una parte, sotto-inclusioni nel lavoro autonomo e sovra-inclusioni nel lavoro subordinato a danno dell'equilibrio costituzionale tra fattispecie³⁸⁷, dall'altra ottunde le potenzialità economiche della categoria e accresce il ritardo del nostro ordinamento rispetto alle innovative scelte di altri Paesi³⁸⁸.

³⁸¹ Questi spazi, dove il contratto ha una funzione occupazionale rilevante, coincidono in parte con gli ambiti esentati dalla qualificazione *ope legis* ai sensi del comma 3 dell'art. 2549 c.c. La “vitalità nei traffici” ha perciò consigliato di mantenere aree libere.

³⁸² Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *RIDL*, 2013, I, 106.

³⁸³ È peraltro auspicabile, secondo me, un chiarimento normativo sul punto.

³⁸⁴ Cfr. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 34.

³⁸⁵ In tal senso Magnani, *op. ult. cit.*, 17.

³⁸⁶ Proia, *I “cortocircuiti” tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, cit., 791.

³⁸⁷ Il termine “sovrainclusione” in Novella, *op. loc. ult. cit.* Non v'è dubbio infatti che uno squilibrio si sia creato. Presunzioni e conversioni consegnano all'interprete una versione sbottonata della subordinazione contaminata da modelli organizzativi ad essa estranei e oramai lontana dal prototipo codicistico.

³⁸⁸ In particolare si vedano, per il caso spagnolo, art. 11, ley n. 20/2007, e real decreto ley n. 197/2009. Sul tema Razzolini O., *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, in *DLRI*, 2011, 1, 63 ss.; e Valdés Dal-Ré F., Valdés Alonso A., *Lo statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente*, in *DRI*, 2010, 3, 705 ss.; e per il caso tedesco, in assenza di uno statuto trasversale, i diversi richiami al “lavoro simil-dipendente”, su cui cfr. Neuvians N., *Die arbeitnehmerähnliche Person*, Duncker&Humblot, 2002.

Il tema è ricco di implicazioni valoriali, economiche e giuridiche, e anche per questo motivo non è possibile affrontarlo qui compiutamente. Ad ogni modo è utile delineare la cornice di un quadro in divenire.

Alle profonde modificazioni della produzione e dell'organizzazione dell'impresa indotte dai processi di globalizzazione e dalla concorrenza internazionale è corrisposta la parcellizzazione dei moduli acquisitivi di lavoro³⁸⁹. In contemporanea non ha preso corpo quella seria revisione normativa della questione del lavoro autonomo e associato che sarebbe stata necessaria, nonostante le chiare indicazioni di metodo offerte dalla dottrina.

È convinzione diffusa che, accanto alla *compressione* – cui va riconosciuta un'utilità compulsoria – sia necessaria una *regolazione modulare* ottenuta dalla spinta delle differenti tensioni dispositive che animano l'art. 35 Cost.³⁹⁰. Il *deterrente* delle presunzioni e delle sanzioni dovrebbe cioè accompagnarsi al *gradiente* della tutela.

Molte sono le strade percorribili nella direzione della acquisizione di un *fondamento trasversale* della tutela della persona del lavoratore³⁹¹. L'auspicio ancora vivido su cui convergono gli sforzi di autorevole dottrina è il riordino di diritti, tutele e incentivi spettanti nell'area del lavoro non-s subordinato, attuato secondo gli indicatori, alternativi, della *dipendenza economica* e della *debolezza economica*³⁹². Concentrandosi sulla tutela della persona del lavoratore (concezione *individo-centrica*) e non sui caratteri del rapporto sarebbe possibile attuare il programma dell'art. 35 Cost. senza alterare i normotipi di riferimento (art. 2094 e art. 2222 c.c.).

³⁸⁹ Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, I, 46 ss., ivi 85. La molteplicità delle forme risponde, in qualche misura fisiologicamente, alle multiformi esigenze organizzative dell'impresa "destrutturata". Un tratto evidente di questi processi che sfibrano l'unitarietà del corpo aziendale a favore di una multiformità strutturale è la tendenza alla esternalizzazione dei servizi non strettamente attinenti al *core business* come fattore di ristrutturazione del modello d'azienda, non più autosufficiente, ma interagente nel mercato. È proprio questo incrementato livello di connessioni a rendere appetibile, all'interno del processo di metamorfosi della struttura del tessuto industriale e delle competenze, la diversificazione, senza eccessi, dei modelli acquisitivi di lavoro. Cfr. Magnani M., *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, I, 165 ss.

³⁹⁰ Questa norma programmatica impone al legislatore la tutela del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» e non di solo lavoro subordinato come si legge in Cass. 1817/2013, cit., e in altre sentenze consimili che utilizzano l'art. 35 Cost. come fondamento della "conversione automatica" del contratto associativo privo dei requisiti legali in lavoro subordinato.

³⁹¹ Cfr. Santoro Passarelli G., *Diritto dei lavori*, 2013, Giappichelli, 502-503.

³⁹² Cfr. l'accezione data a questi termini da Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, cit.; in prec. Id., *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, passando per il lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2004, I, 543 ss. Cfr. Treu, *opp. cit.*; e cfr. le proposte di Perulli A., *Per uno statuto del lavoro autonomo*, in *DRI*, 2010, 3, 621 ss. e Id., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *LD*, 2012, 563. Le due nozioni sembrerebbero identificare due diverse condizioni cui corrisponderebbero due differenti *steps* di tutela. La "dipendenza economica", caratterizzata dalla mono-committenza prevalente, sarebbe inclusa per continenza nella "debolezza economica" che identificherebbe un più vasto insieme comprensivo di lavoratori autonomi operanti anche in regime di pluricommittenza, di talché il lavoratore in stato di dipendenza economica è sempre economicamente debole, mentre non è vero il contrario. Per l'ipotesi della dipendenza economica una autorevole dottrina ha suggerito, nelle more di una riforma complessiva, di «applicare la disciplina del lavoro a progetto con esclusione dell'art. 69, comma 1, diversamente da quanto stabilisce l'art. 69 bis» (Santoro Passarelli G., *La crisi economica "globale", e il diritto del lavoro italiano. Riflessioni a margine*, in *GI*, Dottrina e attualità giuridiche, 2012, 11, IV, 2438).

La coordinazione, su cui una parte della dottrina aveva riposto fiducia³⁹³, si è d'altro canto rivelata una «formula insincera», tanto più se «depurata dalla dipendenza economica del prestatore di lavoro»³⁹⁴, non in grado né di identificare un *tertium genus* cui riferire un apparato organico di tutela, né di selezionare in modo perspicace i lavoratori meritevoli di protezioni.

È stata autorevolmente prospettata nel recente passato l'inclusione dell'associazione in partecipazione tra le fattispecie interessate da uno "Statuto per un lavoro autonomo"³⁹⁵, in piena coerenza con l'indirizzo propugnato da questa dottrina che identifica nel lavoro personale (sopravvalente al capitale) il presupposto oggettivo e minimo comun denominatore dei regimi protettivi, premiali e assistenziali a carattere universale³⁹⁶. Ancora più prossima nel tempo è la proposta di rivisitazione della categoria del lavoro associato «nei caratteri specifici, alla luce delle sue trasformazioni recenti»³⁹⁷.

Un programma così ambizioso deve confrontarsi con le opportunità di valorizzazione, già sul piano socio-economico, del "carattere alternativo" del lavoro associato, sia nella forma dell'autoimprenditorialità (si tratta del lavoro societario: essenzialmente conferimenti e altri apporti lavorativi di soci, inclusi i conferimenti di lavoro in s.r.l., anche nella forma semplificata³⁹⁸), sia quando consista in lavoro scambiato verso una partecipazione al rischio d'impresa (lavoro associato *lato sensu*)³⁹⁹.

All'interno della categoria del lavoro associato, specialmente quello del "primo tipo", si realizza una interazione complessa tra le *istanze personalistiche e sociali* sottese all'art. 35 Cost., e il *principio liberale* dell'art. 41 Cost. La convivenza di questi due nuclei forti all'interno del medesimo schema contrattuale rende non facile immaginare un apparato di garanzia del lavoro associato.

³⁹³ De Luca Tamajo R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, 5, 41 ss.

³⁹⁴ Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente dipendente*, cit., 107.

³⁹⁵ Treu, *Uno Statuto per un lavoratore autonomo*, in *DRI*, 2010, 3, 609, riportando il contenuto del d.d.l. 2145/2010.

³⁹⁶ Cfr. Treu, *op. ult. cit.*, 608, secondo il quale la regolazione comune dei lavoratori autonomi deve «definire un denominatore di tutele e incentivi comuni di questi soggetti, che è il riconoscimento e la valorizzazione del loro lavoro», come la tutela dei diritti fondamentali, la tutela in caso di cessazione o perdita del lavoro e un regime di assistenza per il reinserimento nel mercato. E vedi Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *RIDL*, 2013, I, 108 ss.

³⁹⁷ Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 34; cfr. anche Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., 17.

³⁹⁸ La riforma del diritto societario, e in particolare dell'art. 2464 c.c., ha accelerato quel processo già in corso da tempo di «manipolazione verso codici organizzativi di marca personalistica, accentuando [...] il distacco dalla società per azioni alla quale normogeneticamente la s.r.l. si rapporta» (Onza M., *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali. Strutture e funzioni*, Cedam, 2008, 89), così da giustificare secondo me un ripensamento del livello di tutela del lavoro del socio. Del resto la relazione introduttiva del d.l. 1/2012, conv. mod. l. 27/2012, che ha inserito l'art. 2463 bis c.c. sulla s.r.l. semplificata (art. 3 del d.l. cit.), riconosceva espressamente che «la disposizione tende a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro mediante la loro partecipazione a strutture societarie prive dei rigorosi limiti previsti per le società di capitali [...]».

³⁹⁹ Cfr. la felice schematizzazione di Biagi, *op. ult. cit.* Il lavoro associato è rimasto un campo di indagine in massima parte ignorato (come già osservava tempo fa Savino M., *Il lavoro nei rapporti associativi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, Borsi, Pergolesi (a cura di), Padova, 1955, 324 ss.). La forma intermedia del lavoro in cooperativa ha invece trovato una accettabile soluzione classificatoria di compromesso nella scelta della l. 142/2001, come modificata dalla l. 30/2003, di accostare al rapporto societario un ulteriore rapporto di lavoro subordinato o autonomo, con l'effetto di ricondurre la questione specifica alla tematica generale. Restano salvi gli spiccati elementi di specialità del rapporto di lavoro in cooperativa. Il tema non può essere adeguatamente affrontato in questa sede. Si rinvia a Laforgia S., *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Milano, 2009, Giuffrè.

L'operazione presuppone infatti la disarticolazione concettuale del nesso tra tutele *nel* rapporto e alterità *all'*impresa (e *al* rischio), che è parte integrante del retaggio *fordista*. La difficoltà è dimostrata, nel caso specifico della associazione in partecipazione, dalla scarsa razionalità e omogeneità dei pochi interventi legislativi (cfr. par. 8).

Tuttavia, mentre l'associazione in partecipazione arretra e viene messa in disparte, il lavoro associato in forma societaria sembrerebbe conquistare lentamente terreno nelle recenti opzioni di politica del lavoro. Negli ultimi tempi il legislatore ha dimostrato una attenzione e una fiducia qualitativamente diverse nei confronti della funzione occupazionale della "micro-impresa" e del lavoro societario⁴⁰⁰. Si tenta anche di inspessire la linea di continuità tra lavoro autonomo-professionale e attività d'impresa⁴⁰¹.

Nonostante gli importanti limiti legali in vigore, alcuni caratteri della associazione in partecipazione rivelano la sua persistente appetibilità nel mercato. È infatti uno strumento negoziale che ottimizza la propensione al rischio (e il margine di guadagno potenziale) del lavoratore autonomo e la tendenza alla diversificazione e distribuzione interne del rischio dell'impresa moderna, perennemente in concorrenza con le altre imprese in un contesto globalizzato.

Le peculiarità del tipo legale (in primo luogo il rischio naturale di mancato guadagno derivante da un andamento negativo dell'impresa) portano a immaginare misurate tutele specifiche *nel* mercato e *nel* rapporto che, accanto a tutele essenziali comuni contro la "mancanza di lavoro" della persona lavoratrice, assicurino il lavoratore associato in quanto tale contro i caratteristici fattori di bisogno.

La regolazione potrebbe apportare importanti benefici in grado sia di spingere le parti ad un utilizzo "sincero" del contratto associativo, sia di scongiurare, *de jure condendo*, il ricorso a meccanismi a-sistematici di smottamento del lavoro non-subordinato nell'area delle tutele riservate al lavoro subordinato.

⁴⁰⁰ L'art. 9, commi da 13 a 15-ter, d.l. 76/2013, introdotto in sede di conversione dalla l. 99/2013, ha modificato le norme relative alla s.r.l. all'interno del titolo dedicato alle «disposizioni in materia di rapporti di lavoro, di occupazione e di previdenza sociale», mostrando una rinnovata fiducia in chiave occupazionale verso la forma più pura del lavoro associato.

⁴⁰¹ Con l'art. 10-bis dello stesso d.l. 76/2013 l'auto-imprenditorialità viene individuata come una forma di ingresso anticipato dei giovani professionisti nel mercato del lavoro, demandando agli enti di previdenza dei professionisti (d.lgs. 30.6.1994, n. 509, e 10.2.1996, n. 103) o all'A.d.e.p.p. (associazione degli enti previdenziali privati) lo svolgimento di «funzioni di promozione e sostegno dell'attività professionale anche nelle forme societarie previste dall'ordinamento vigente». Si tratta di un primo timido tentativo di rilancio del lavoro associato (in forma societaria) nel cui alveo far confluire le attività professionali con meno sbocchi lavorativi attraverso l'estensione del sistema di *welfare* privato come stimolo etero-indotto dell'economia.