

GIOVANNI NICOLINI

**ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE
E LAVORO SUBORDINATO**

SOMMARIO: 1. Generalità. — 2. I criterî distintivi proposti dalla dottrina. — 3. La subordinazione. — 4. La partecipazione alle perdite dell'associato. — 5. Lavoro subordinato e cointeressenza. — 6. Conclusioni.

1. Una indagine, sia pur sobria, che tentasse di giungere, passando in rassegna le diverse teorie, volta a volta escogitate dalla dottrina, ad una definizione dogmatica della natura giuridica dell'associazione in partecipazione sarebbe fuor d'opera ai fini del presente studio.

Il quale prende lo spunto dalla supposta identità di contenuto tra la fattispecie del lavoro subordinato con retribuzione partecipativa e associazione in partecipazione (le quali potrebbero non distinguersi in virtù di singoli e concreti elementi) per condurre, una indagine sui diversi e concreti aspetti delle due figure nel tentativo di rinvenirne certi ed adeguati criterî di distinzione.

Invero, risulterebbe del tutto infruttuoso lo sforzo di chi assumesse come dato base della ricerca l'attribuzione di una diversa qualifica strutturale ai due negozi, rispettivamente di scambio o associativo, quasi che la distinzione tra associazione in partecipazione e contratto di lavoro dovesse apparir netta sol che si riconoscesse « nel contratto di lavoro con partecipazione agli utili un contratto di scambio, e nell'associazione in partecipazione un più intimo collegamento di interessi, che porta a configurarla come una figura a sè stante di contratto associativo » ⁽¹⁾.

All'opposto, l'indagine prende l'avvio da una ipotesi concreta. Per una controversia sorta durante lo svolgimento del rapporto, o al suo risolversi, le parti (o i terzi) disputano circa la natura giuridica di esso; da un lato, si sostiene trattarsi di un rapporto avente titolo da un contratto di lavoro subordinato, in

(1) CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino 1956, p. 207.

cui la retribuzione sarebbe determinata mediante partecipazione agli utili, dall'altro, invece, che trattasi di un rapporto avente titolo da un contratto di associazione in partecipazione. Così ricondotto il problema ai suoi termini reali ⁽²⁾ appare chiaro come risulti sovrabbondante il ritorno alla disputa sulla natura associativa o di scambio dell'associazione in partecipazione ⁽³⁾.

2. Per meglio comprendere gli argomenti avanzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per distinguere il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro dal contratto di lavoro con retribuzione partecipativa, è opportuno dare qualche cenno, sia pure molto sommario sui caratteri fondamentali dei due contratti. Caratteri fondamentali del contratto di lavoro comunemente riconosciuti sono: la collaborazione, la subordinazione, l'estraneità al rischio dell'impresa, o anche solo al rischio connesso al risultato economico dell'opera prestata, giacchè la retribuzione in quanto destinata al sostentamento del lavoratore ed alla sua famiglia, consiste, di regola, in una somma predeterminata indi-

⁽²⁾ SPAGNOLO-VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pag. 412.

⁽³⁾ Cfr. Cass. 7 febbraio 1962, n. 253, in *Giust. civ.* 1962, I, pag. 891. La Suprema Corte accertò che il contratto di associazione in partecipazione era stato stipulato per mascherare un rapporto di lavoro subordinato al fine di evitare il versamento dei contributi previdenziali obbligatori. La scrittura redatta dalle parti al momento della stipulazione del contratto, risultò estremamente sommaria circa le clausole che avrebbero dovuto disciplinare il rapporto associativo, il che portò ad escludere qualsiasi accenno alla immutabilità del rischio. Inoltre l'inclusione nella scrittura di una clausola di esonero dei titolari della ditta da ogni responsabilità « per eventuali infortuni, malattia e assicurazioni varie » fu ritenuto indice dell'implicito, ma chiaro riferimento alla natura della prestazione di lavoro, oggetto del contratto. Infine, dalle prove testimoniali emerse l'assoluta estraneità del presunto associato alla gestione dell'azienda e alla divisione degli utili, nonché la inesistenza di una discontinuità di guadagni, caratteristica del corrispettivo aleatorio, costituito dalla partecipazione agli utili, in quanto, durante il periodo di esecuzione del contratto, la retribuzione settimanale si era mantenuta costante. La corte ritenne, tuttavia, elemento decisivo l'obbligo dell'associante di non immutare il rischio dell'impresa, ben potendo altri elementi, quali l'esonero dell'associato dalle perdite, l'assenza del contratto gestorio, e, perfino, la subordinazione, riuscire inutili per distinguere l'associazione in partecipazione dal contratto di lavoro subordinato.

pendentemente da ogni specifico riferimento all'entità dei risultati raggiunti.

Soltanto in casi del tutto eccezionali, quando la retribuzione è costituita interamente dalla partecipazione agli utili della impresa o da provvigione per gli affari condotti a buon fine, il lavoratore assume un certo rischio, potendo usufruire di una minore remunerazione nell'ipotesi di mancanza di utili netti da dividersi o nell'ipotesi in cui gli affari non vadano a buon fine ⁽⁴⁾.

I caratteri fondamentali dell'associazione in partecipazione sono stati, invece, così delineati: a) dell'impresa o dell'affare resta titolare esclusivo l'associante, al quale spetta esclusivamente la gestione; b) non esiste un patrimonio comune che serva di base all'attuazione dell'oggetto sociale, impiegando l'associante esclusivamente il suo patrimonio, accresciuto dall'apporto o dagli apporti degli associati, sicchè i terzi acquistano i diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante; c) l'associato partecipa agli utili dell'impresa o dell'affare verso il corrispettivo di un determinato apporto, che può consistere in beni o nello svolgimento di un'attività personale a vantaggio dell'impresa o dell'affare dell'associante ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ SANTOJANNI, *Sulla differenza tra contratto di lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pagg. 358-359.

⁽⁵⁾ SANTOJANNI, *op. cit.*, pag. 359. Per più ampi ragguagli sui singoli punti evidenziati nel testo, ed in senso conforme: GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano 1959, pag. 68 e segg., pag. 138 e segg.; RAVÀ, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano 1938, pag. 49; GRANDI, *L'associazione in partecipazione*, Milano 1939, pag. 100 e segg.; CAROSELLI, *L'associazione in partecipazione*, Padova 1930, pagg. 145 e 163. Più recentemente FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Noviss. Dig. it.*, pag. 1434. Ed inoltre, per l'approfondimento di talune questioni, riflettenti aspetti particolari della struttura dell'associazione in partecipazione: DOMINÈD, *Partecipazione, società, comunione commerciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, II, pag. 239, il quale si preoccupa di chiarire che l'assenza del fondo comune costituisce l'elemento distintivo dalla società e che, pertanto, l'associazione in partecipazione non deve confondersi con un tipo di società occulta (pagg. 301-302). MOSSA, *Comproprietà e gestione comune nella associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, II, pag. 399, per il quale « il perno dell'associazione in partecipazione è sempre nel potere dominante ed esclusivo del gerente e, specialmente, nella gestione all'esterno dell'azienda. Il diritto di amministrare appartiene all'associante, il quale potrà esercitarlo anche a mezzo dell'associato o degli

Ed è proprio in relazione all'ipotesi di rapporto di lavoro con retribuzione partecipativa che può sorgere in taluni casi la necessità di delineare e approfondire i caratteri differenziali tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione, potendo le parti per errore o più spesso nell'intento di conseguire uno scopo fraudolento, mascherare la figura del prestatore di opera con quella dell'associato, il cui apporto sia costituito dalla prestazione di un'attività personale ⁽⁶⁾.

associati, quali suoi rappresentanti». Quanto all'associato esso avrebbe un « diritto di controllo, ampio, ma subordinato, profondo, ma di semplice consiglio » si veda, infatti, dello stesso Autore, *L'apporto dell'associato in partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, pagg. 603-604. Per un interessante raffronto di opinioni espresse vigente il co. co. del 1882 e vigente l'attuale codice civile, sempre in merito ai poteri dei partecipanti: PAGANI, *Questioni sull'associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, II, pag. 297 e COTTINO, *Associazione in partecipazione e poteri dei partecipanti; società personale irregolare (o di fatto) e la sua rilevanza*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, pag. 185 e segg.

⁽⁶⁾ La disputa circa la natura giuridica dell'associazione è tutt'altro che sopita. Ritengono che si tratti di un contratto di scambio: CAROSELLI, *L'associazione in partecipazione*, cit., pag. 151 e segg. (si tratterebbe di un mutuo qualificato); LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, vol. I, Padova 1943, pag. 472; ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano 1952, pag. 143; NISIO, *In tema di società e associazione in partecipazione*, in *Dir. fall.*, 1951, II, pag. 410; GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., pag. 41 e segg.; CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., pag. 210; sostanzialmente conforme SCHERMI, *Conferimento in società, associazione in partecipazione e mutuo*, in *Giust. civ.*, 1960, I, pag. 1417 per il quale tratti distintivi dell'associazione in partecipazione sono la relazione di corrispettività tra rapporto e obbligazione di pagare le quote di utili e l'aleatorietà del compenso costituito dalla quota di utili ed anche, eventualmente, del credito di restituzione del *tantumdem* dell'apporto. Come è noto questa opinione trovò validi suffragi nelle conclusioni dell'interessante dibattito storico sull'origine dell'associazione in partecipazione, ricollegato ora all'*admissio* romana, ora ad una germinazione, parallela all'accomandita, dalla « commenda » (cfr. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, vol. III, Torino 1921, pag. 118 e segg.) o ravvisata, ancora in una forma della commenda marittima, caratterizzata da una maggiore importanza e stabilità del rapporto (CAROSELLI, *op. cit.*, pag. 79). Sulla base di queste ricerche storiche (delle quali una efficace sintesi si trova in GRANDI, *L'associazione in partecipazione*, cit., pag. 7 e segg.) si è potuto, pertanto, affermare che « il *dare ad proficuum* non dava vita ad un rapporto di natura sociale ma ad un semplice rapporto di credito profondamente distinto dalla società » (BIEMMI, *Società e associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, II, pag. 193).

Tuttavia, non manca chi, all'opposto, pensa che l'associazione in participa-

Conseguentemente, spesso la dottrina si è sforzata di rinvenire certi criteri di distinzione tra le due figure negoziali premettendo ampie indagini sui diversi e concreti aspetti che lavoro subordinato e associazione in partecipazione, dovrebbero assumere nelle singole fattispecie considerate e che dovrebbero giustificarne la sussistenza sotto l'una, piuttosto che sotto l'altra, fattispecie normativa.

Sarà opportuno soffermarsi essenzialmente su due elementi, la presenza dei quali nella fattispecie concreta, dovrebbe senz'altro far qualificare il contratto di lavoro subordinato. Alludo alla

zione configuri addirittura un contratto di società: RAVÀ, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, cit., pag. 43. Questa opinione, per altro, non è seguita, reputandosi, piuttosto che il contratto di cui trattasi si inquadri tra quelli associativi, senza che possa parlarsi di società. In questo senso: SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, vol. I³, Bologna 1949, pag. 443; ROMANO-PAVONI, *Teoria della società*, Milano 1953, pag. 178; FERRI, *voce cit.*, in *Novissimo Dig. it.*, pag. 1346; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano 1962, pag. 196; UBERTI-BONA, in *Temi*, 1956, pag. 19 e segg.; REALMONTE, *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, in *Riv. soc.*, 1961, pag. 516; SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, Roma 1939, pagg. 211-213 e, più recentemente: CORAPI, *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nell'associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, pagg. 276-280. Ha perso credito, invece, la teoria che inquadrava l'associazione in partecipazione nei contratti parziari (BREGLIA, *Il negozio giuridico parziario*, Napoli 1916 e *Questioni controverse in tema di contratto parziario*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pag. 457 e segg.; BIEMMI, *Società e associazione in partecipazione*, cit., pagg. 200-201) anche se, piuttosto recentemente si sia parlato, benchè in modo molto generico e senza altra specificazione, di « contratto parziario » cfr. DE MARCO, *Associazione in partecipazione e contratto di cointeressenza*, in *Dir. fall.*, 1953, II, pag. 17. A questa teoria, infatti si è obiettato massimamente che la clausola parziaria non modifica il tipo di negozio cui inerisce: v. per tutti CORRADO, *op. cit.*, pag. 198 e pag. 294, nota 15; CARRARA, *I contratti agrari*, Torino 1954, pag. 405 e segg. In particolare per il contratto di lavoro si vedano le osservazioni già di FOLLIN, *Le contrat de travail et la participation aux bénéfices*, Paris 1909, pag. 152 e segg. Il GRANDI, *op. cit.*, pag. 43 e pag. 104, parla genericamente di contratto *sui generis* mentre il BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, Torino 1925, pag. 42 e segg., classifica l'associazione in partecipazione nelle società commerciali ai fini della distribuzione della materia trattata, ma non specifica ulteriormente. Così, anche il SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Bologna 1946, pag. 384 e segg., il quale tuttavia, esclude che si tratti di un contratto di società.

Il RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano 1952, pag. 21 e nota 1, non prende posizione sul tema e la sua opinione in merito non appare esplicitata.

subordinazione e all'estraneità del lavoratore al rischio dell'impresa (o sopportazione delle perdite) ai quali la dottrina ha attribuito un'importanza decisiva per la soluzione della controversia. Infatti il riferimento al diritto dell'associato al rendiconto finale, o all'obbligo correlativo dell'associante, non costituisce soluzione appagante. In realtà, spesso si tratta di criterio per il quale non si ottiene alcuna soddisfacente qualificazione giuridica del concreto svolgersi dei fatti ⁽⁷⁾.

Si tratterebbe, comunque, di criterio avente rilievo sussidiario e complementare, nel senso che quando non fosse possibile identificare il carattere certo della subordinazione o della retribuzione, si potrebbe ricorrere ad esso in via suppletiva. Taluno, per vero, ha ritenuto di trovare l'elemento decisivo per distinguere tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione, nella certezza del guadagno, proprio di chi presta la sua opera alle dipendenze altrui. La subordinazione, invece, avrebbe carattere sussidiario. Si assume, infatti, come dato risolutivo l'osservazione che nei rapporti associativi la certezza del guadagno manca del tutto, data l'assunzione del rischio che, ai sensi dell'articolo 2265 c.c. non può in essi mai essere escluso, mentre nel rapporto di lavoro la retribuzione costituisce un elemento connaturale al rapporto stesso.

La partecipazione agli utili, eventualmente prevista anche per il rapporto di lavoro, non potrebbe mai tradursi in partecipazione ai rischi, ma solamente valere come correttivo della mercede, della quale un minimo dovrebbe essere sempre certo ⁽⁸⁾.

In definitiva nell'associazione in partecipazione non sarebbe dato di riscontrare il requisito della commutatività inteso come

(7) SPAGNOLO-VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, cit., pagg. 407-409, al quale senz'altro si rinvia per le felici ed esaurienti notazioni sull'argomento.

(8) GUERRA, *Criteri di distinzione tra rapporto associativo e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, pag. 75; sostanzialmente conforme FERRI, voce cit., in *Novissimo dig. it.*, pag. 1439; GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, cit., pag. 83, conf. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino 1939, pag. 295.

equivalenza o equilibrio fra le prestazioni patrimoniali scambiate ⁽⁹⁾.

3. Ciò posto, la subordinazione avrebbe un rilievo sussidiario e complementare, nel senso che, quando in concreto non fosse possibile identificare il carattere certo o variabile della retribuzione o del corrispettivo, potrebbe ricorrersi ad essa in via suppletiva, oppure per suffragare quelle conclusioni alle quali si è pervenuti sulla base del principio della commutatività delle prestazioni ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, così argomentando, sembra tutt'altro che dimostrata l'importanza meramente secondaria della subordinazione. Anzi appare proprio il contrario, se si reputa alla stregua della stessa dottrina criticata che, convenzionalmente affrancato l'associato dal rischio della partecipazione alle perdite, la differenza tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione basata su questo elemento viene ad annullarsi ⁽¹¹⁾.

La subordinazione emerge, allora, in tutta la sua importanza di elemento finale e perciò stesso, risolutivo della controversia, come più volte è stato rilevato dalla dottrina ⁽¹²⁾.

La subordinazione, infatti, si risolverebbe nello stato di soggezione al datore di lavoro, e sarebbe qualche cosa di più concreto e di più rigoroso della generale dipendenza economica di un soggetto da un altro. Tale dipendenza economica, non potrebbe mai arrivare alla intensità della c.d. subordinazione giuridica che si specifica nel potere del datore di lavoro di disporre del prestatore d'opera di impartire veri e propri ordini precisi e det-

⁽⁹⁾ MELCHIONNA, *Contratto d'associazione in partecipazione e contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav.*, 1962, II, pag. 79. In generale: SCHERMI, *Conferimento in società, associazione in partecipazione e mutuo*, cit., pag. 1415 e segg.

⁽¹⁰⁾ MELCHIONNA, *op. cit.*, pag. 82.

⁽¹¹⁾ MELCHIONNA, *op. cit.*, pag. 84.

⁽¹²⁾ CORRADO, *La nozione del contratto di lavoro*, cit., pag. 215; TORRENTE, *I contratti di lavoro della navigazione*, Milano 1948, pa. 125; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano 1955, pag. 167; SANTOJANNI, *op. cit.*, pag. 359.

tagliati suscettibili, in caso di inosservanza, di sanzioni disciplinari.

L'associante, per contro, non sarebbe mai libero di utilizzare comunque e dovunque volesse l'opera dell'associato: non avrebbe mai la facoltà di irrogare pur in attuazione del suo innegabile potere direttivo, sanzioni disciplinari: dovrebbe avvalersi, infatti, dei normali rimedi apprestati in via generale per tutti i casi di inadempimento delle obbligazioni ⁽¹³⁾.

Neppure questa tesi è, tuttavia, decisiva, se si accoglie l'opinione secondo la quale la subordinazione sarebbe elemento riferibile sia al contratto di associazione in partecipazione, sia al contratto di lavoro, sicchè, il suo profilarsi in concreto non offrirebbe alcun serio elemento di qualificazione ⁽¹⁴⁾.

Anzi tale criterio sarebbe troppo generico nella misura in cui trascurerebbe di considerare il contenuto del rapporto medesimo nella sua interezza cioè la prestazione di attività lavorativa, retribuita, intellettuale e manuale ⁽¹⁵⁾.

Quando infatti, l'apporto consiste in una prestazione di attività personale, nell'impresa dell'associante, tale prestazione dovrà per la sua stessa natura essere soggetta alle direttive tecniche dell'imprenditore.

In realtà, è contestabile che la subordinazione assuma nel contratto di lavoro caratteristiche particolari tali da distinguerla

⁽¹³⁾ Da tempo il SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1963, pag. 80 e pagg. 68-69, avverte che, come una certa collaborazione si riscontra in ogni contratto, così una certa subordinazione dell'associato si verifica in ogni contratto associativo, tanto che il socio che apporti la sua opera è « assoggettato ad una disciplina tecnica del lavoro che presta ». L'Autore, aggiunge però che il rapporto personale e strumentale di subordinazione, che si esplica con le disposizioni del datore di lavoro per l'esecuzione e la disciplina del lavoro, è garantito dalle sanzioni che colpiscono il prestatore di lavoro, e ne deduce che « perciò la subordinazione è una notazione non meramente economica, quale si può riscontrare in senso stretto; una notazione propria ed esclusiva dello stesso ».

⁽¹⁴⁾ SPAGNOLO-VIGORITA, *op. cit.*, pag. 406.

⁽¹⁵⁾ DE SEMO, *Contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, in *Dir. lav.*, 1958, II, pag. 285.

da quella che necessariamente si riscontra in ogni forma di prestazione d'opera che avvenga in conformità alle direttive altrui: l'obbligo di conformarsi a queste direttive è lo stesso in ogni caso, quanto a contenuto.

In secondo luogo potrebbe rivelarsi criterio inadeguato.

Allorchè si assuma per vera l'ipotesi in cui le parti non abbiano previsto sanzioni per la violazione del vincolo di subordinazione, essendosi le stesse implicitamente riferite alle conseguenze che la legge fa discendere da un comportamento difforme dalla « *lex contractus* », ovvero che esse parti, nella loro autonomia abbiano previsto sanzioni identiche a quelle tipiche del lavoro subordinato, anche per un contratto diverso dalla prestazione di opere ⁽¹⁶⁾.

D'altro canto, sembra cogliere nel segno l'osservazione che una indagine volta ad accertare che l'elemento subordinazione o dipendenza sussiste anche in un'associazione in partecipazione, dovrebbe seguire in ogni caso alla qualificazione giuridica del rapporto tra associante ed associato e non precederla e tanto meno condizionarla, per non cadere, altrimenti, in una petizione di principio ⁽¹⁷⁾.

Non è certo controvertibile l'osservazione che la subordinazione in quanto tale non è elemento tipico del rapporto di lavoro. Essa esiste, piuttosto, quando la determinazione concreta della prestazione non risulti dal contratto, ma sia rimessa al creditore. Si spiega perciò come siano immaginabili contratti diversi da quello di lavoro nei quali l'esecuzione della prestazione segue in conformità alle direttive di una parte ⁽¹⁸⁾.

Nè sembra, possa cogliersi la riprova del meno rigido grado di subordinazione dell'associato verso l'associante (rispetto a quel-

⁽¹⁶⁾ COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, pag. 326 e segg.

⁽¹⁷⁾ BRUNETTI, *Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. dir. soc.*, 1958, pag. 581.

⁽¹⁸⁾ MOLITOR, *Rapporto di lavoro e rapporto sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 840 e segg.

lo corrente tra lavoratore e datore di lavoro) nella disciplina ex art. 2550, che richiede il consenso del primo quando il secondo intenda attribuire partecipazioni ad altre persone per la stessa impresa o lo stesso affare ⁽¹⁹⁾, solo che si consideri che il mancato consenso dell'associato non impedisce all'associante il ricorso ad altre adesioni, ma ha effetto di rendere inefficace (*rectius* inopponibile) dei suoi confronti il contratto stipulato tra l'associante e il nuovo associato ⁽²⁰⁾.

Ma, ogni discussione rimane troncata in radice in considerazione del fatto che l'art. 2550 c.c. interviene a disciplinare una modalità di esecuzione del rapporto che presuppone già fugato ogni dubbio sulla sua qualificazione.

4. Resta ora da accertare la validità dell'ultimo criterio proposto cioè della partecipazione alle perdite, cui potrebbe andare incontro l'associato, ma non il prestatore di lavoro subordinato. Sotto questo profilo, si ritiene, preliminarmente di dover respingere l'argomento secondo il quale per il contratto di lavoro subordinato, anche nel caso di retribuzione partecipativa, si esigerebbe sempre la garanzia di una retribuzione minima. L'articolo 36 comma I della Costituzione — si afferma — escluderebbe in via di principio, la possibilità di concordare una retribuzione integralmente partecipativa ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Come ritiene il MELCHIONNA, *op. cit.*, pag. 83 ed anche FERRI, *Manuale di diritto commerciale*², (rist.), Torino 1965, pag. 390, per il quale l'ingresso di un nuovo partecipante importa, invece, una modificazione dell'originario rapporto in quanto la collaborazione viene ad attuarsi tra persone diverse da quelle originarie.

⁽²⁰⁾ GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., pag. 159.

⁽²¹⁾ GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., pag. 83; conf. MELCHIONNA, *Contratto di associazione in partecipazione e contratto di lavoro subordinato*, cit., pag. 83; COLOMBO, *Associazione in partecipazione e cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, cit., pag. 339 e segg., per il quale il problema si pone negli stessi termini, per quanto concerne la distinzione tra cointeressenza e lavoro subordinato. L'Autore nega, infatti, che nell'associazione in partecipazione possa rientrare quel contratto che prevede a favore dell'associato l'esonero dalle perdite; si tratta pur sempre di una forma di cointeressenza. Già il GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino 1939, *loc. cit.*, rilevava che la partecipazione totale comporterebbe incertezza ed alea.

A questa tesi, peraltro si è obiettato che l'art. 36 della Costituzione è del tutto compatibile con una retribuzione totalmente partecipativa, poichè la funzione assegnata dalla norma alla retribuzione può essere, ciò nonostante, realizzata compiutamente ⁽²²⁾.

Pertanto, la conclusione così contrastata non sembrerebbe ammissibile in via di principio: dovrà il giudice, eventualmente, caso per caso decidere se la retribuzione corrisposta in concreto al lavoratore risponda alla funzione voluta dell'art. 36 della Costituzione. D'altra parte ha indubbio vigore il rilievo che, dopo tutto, una tale discussione potrà venire in campo quando già si sappia con certezza come qualificare (nei termini di lavoro subordinato) il rapporto oggetto di esame, il che è proprio il risultato da raggiungere ⁽²³⁾.

Ciò premesso, si deve ricercare se sia o meno fondata l'affermazione, non poche volte ricorrente in dottrina, secondo la quale la partecipazione alle perdite da parte dell'associato sarebbe sufficiente a fornire un utile criterio discretivo tra i due negozi.

Si è obiettato, infatti, che porre come criterio di distinzione tra le fattispecie l'elemento del rischio, ricorrente nell'associazione in partecipazione e non nel lavoro subordinato, a nulla gioverebbe. Basterebbe, invero, considerare che il fenomeno oggetto del giudizio è quello di una prestazione lavorativa effettuata in corrispettivo di una partecipazione agli utili dell'impresa, mancando i quali il prestatore di lavoro perde la retribuzione se è lavoratore subordinato, ovvero partecipa alle perdite dell'impresa, se associato. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 2553 c.c. è chiamato alle perdite entro i limiti del valore del suo apporto, e cioè, una volta ammessa la conferibilità di prestazioni di opere nella associazione in partecipazione, entro i limiti del valore di quelle prestazioni e cioè della retribuzione. Perciò, sia il titolo un con-

⁽²²⁾ SPAGNOLO-VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, cit., pagg. 401-402.

⁽²³⁾ SPAGNOLO-VIGORITA, *op., loc., cit.*

tratto di lavoro subordinato sia un contratto di associazione in partecipazione, il rischio è pur sempre quello di effettuare la prestazione lavorativa senza corrispettivo ⁽²⁴⁾.

Si avrebbe in definitiva, nel caso di mancato conseguimento della retribuzione, una partecipazione alle perdite nei limiti dell'apporto ⁽²⁵⁾.

Ma tale conclusione deriva da una inammissibile confusione tra mancata realizzazione degli utili e partecipazione alle perdite. Che il concetto di perdita appartenga in primo luogo all'economia, per la quale esso ha un contenuto più ampio, sicchè a richiamarlo basti la infruttuosa partecipazione agli utili, non si vuol negare. Resta tuttavia, da dimostrare che tale concetto sia stato accolto in tutta la sua ampiezza dal legislatore, specie in ordine alle due diverse forme di partecipazione ai risultati dell'impresa.

Si ritiene, infatti, che nell'ipotesi in cui l'imprenditore si obbliga verso altri a corrispondere parte degli utili derivanti dalla sua impresa contro l'obbligo di quest'ultimo a fornire una determinata prestazione (che potrà essere costituita da denaro o merci, o lavoro), l'associato, qualora non ci siano utili e nulla riceva in cambio della prestazione, in sostanza partecipi alle perdite dell'impresa altrui. Ma esattamente è stato obiettato che colui il quale abbia fornito merci, lavoro o denaro, ottenendo in cambio la promessa di avere una percentuale di utili, in definitiva, sacrifica un bene ed in cambio ottiene la promessa di un bene diverso; tale promessa è, tuttavia, subordinata ad una condizione che, verificandosi, indicherà qual'è il bene dovuto ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ SPAGNUOLO-VIGORITA, *op. cit.*, pag. 401.

⁽²⁵⁾ COLOMBO, *op. cit.*; SANTOJANNI, *op. cit.*, pag. 361; GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, in *Temi*, 1958, pag. 189; BRUNETTI, *op. cit.*, pag. 577; CORAPI, *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite*, *cit.*, pag. 273, nota 15.

⁽²⁶⁾ RAVÀ, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano 1938, pag. 32. L'Autore così scrive ancora: « comunque si svolgano gli affari dell'imprenditore, chi ha fornito merci o lavoro o denaro ha eseguito interamente la sua prestazione ed è per lui del tutto indifferente che l'impresa dell'altra parte abbia perdite grandi e piccole, poichè anche se fossero minori del valore della sua pre-

In realtà, nel contratto di scambio con partecipazione agli utili, si dividono tra le parti gli utili, ma non le perdite degli affari, e quindi non si può dire che le parti corrono insieme l'alea degli affari: la presenza degli utili ed il loro ammontare funziona solo come condizione dell'obbligo di una delle parti ⁽²⁷⁾.

È pertanto inesatta l'affermazione secondo la quale, mancando gli utili ed essendo, per ciò stesso, la prestazione del lavoratore data a vuoto, questo partecipa alle perdite.

Intanto si dimentica che, trattandosi di associazione in partecipazione, l'apporto di lavoro dovrà essere necessariamente valutato e tradotto nel corrispondente valore monetario. La valutazione è necessaria. Di regola l'associato partecipa agli utili in misura proporzionale al valore dell'apporto ed alle perdite fino alla concorrenza di tale valore e, perciò, è essenziale procedere alla valutazione del conferimento stesso allo scopo di stabilire l'eventuale differenza da liquidare all'associato. Ma tale stima è indispensabile anche se l'associato è escluso dalle perdite, poiché in ogni caso, occorre sapere quale somma l'associante dovrà versare a titolo di rimborso alla fine del rapporto. Sotto questo profilo non vi è alcuna differenza tra l'apporto di lavoro e l'apporto di un bene, salvo che per quest'ultimo non ne sia convenuta la restituzione in natura ⁽²⁸⁾.

Alla fine del rapporto, pertanto, l'associato ha diritto al rimborso di una somma corrispondente al valore di stima del lavoro fornito, salvo le diminuzioni corrispondenti all'ammon-

stazione, nulla dovrebbe ricevere in cambio; la sua prestazione è determinata e non in funzione dell'andamento degli affari altrui; indeterminata è solo la prestazione che riceve in cambio, perchè essa precisamente dipende dagli utili dell'impresa e, quindi, egli partecipa agli utili, ma non alle perdite della impresa altrui», *op. loc. cit.* Conf. SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, Roma 1939, pagg. 207-208; GRANDI, *L'associazione in partecipazione*, Milano 1939, pagg. 45-46, per il quale la mancanza dei lucri sperati non può essere ritenuta perdita.

⁽²⁷⁾ RAVÀ, *Associazione in partecipazione*, cit., pagg. 51-52.

⁽²⁸⁾ In generale l'apporto sarà valutato al momento della stipulazione del contratto, ma la valutazione può avvenire in qualsiasi altro momento. In taluni

tare delle eventuali perdite, a meno che non fosse stato pattizialmente esonerato dal parteciparvi.

Gli utili sono qualcosa che dovrebbe aggiungersi, prodursi in conseguenza dell'apporto. Vi potranno non essere utili, ma nemmeno perdite, sicchè l'associato a fine rapporto si vedrà reintegrato per il valore dell'apporto di lavoro.

D'altra parte, poichè l'ammontare degli utili è suscettibile di variazione nel corso dei diversi esercizi finanziari, potremmo dire che se alla chiusura del primo esercizio, l'associato ha percepito utili per l'ammontare x , alla chiusura del secondo esercizio per l'ammontare $x - 1$, egli ha nel secondo caso partecipato alle perdite per la somma corrisponde alla differenza tra l'ammontare degli utili del primo esercizio e quello degli utili del secondo esercizio?

Evidentemente no. Ma così dovremmo concludere accogliendo quello strano punto di vista.

Inoltre si verrebbe a precludere all'associante la possibilità di chiedere all'associato la reintegrazione delle perdite per quota, poichè per il fatto della mancata realizzazione di utili e della loro attribuzione pro quota all'associato, questi avrebbe partecipato in toto per il valore dell'apporto alle perdite.

Ma si consideri ancora il caso in cui lo scioglimento dell'associazione in partecipazione si attui in conseguenza del fallimento dell'associante. L'associato ha diritto di far valere nel passivo del fallimento il credito per quella parte del conferimento

casi, per procedervi è necessario addirittura attendere lo scioglimento del rapporto; se, infatti, la partecipazione consiste nella concessione in uso di un bene, o in una prestazione di opera, o in un'apertura di credito, occorre attendere la fine del rapporto per poter stabilire il valore d'uso del bene, della prestazione effettuata o dell'importo complessivo utilizzato dall'associante, cfr. FERRI, *voce cit.*, in *Novissimo Dig. it.*, pag. 1438; IDEM, *Manuale*, cit., pag. 394. L'Autore sottolinea come restituzione del bene non significhi restituzione del bene conferito, salvo che l'apporto abbia avuto per oggetto il conferimento di un bene determinato ma, restituzione del valore corrispondente. Per utili riferimenti sul tema specifico: DI SABATO, *La nozione di capitale nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 1966, pag. 470 e, specialmente, pag. 514 e segg.

che non sia stata assorbita dalle perdite (art. 77 legge fallimentare), e questo l'associato può fare indipendentemente dalla realizzazione di qualsiasi utile. Invece, se mancata partecipazione agli utili e partecipazione alle perdite dovessero identificarsi, dovrebbe ammettersi che, nell'ipotesi prospettata, essendo risultata infruttuosa la gestione, l'associato non potrebbe avanzare più alcuna pretesa, poichè il valore del suo conferimento sarebbe stato assorbito dalle perdite ormai per l'intero.

Per quanto poi attiene al contratto di lavoro subordinato con retribuzione partecipativa dovremmo infine ritenere che si avrebbe una partecipazione alle perdite da parte del lavoratore anche quando l'azienda non avesse perdite, ma semplicemente mancanza di utili ⁽²⁹⁾.

Il conferimento dell'associato non può sfuggire alla valutazione. Non sembra, pertanto, da condividersi la tesi secondo la quale dovrebbe escludersi che il conferimento dell'associato consista anche nella prestazione di servizi « poichè l'associato stesso apportando lavoro vedrebbe sempre il suo apporto assorbito dalle perdite, senza possibilità di stipulare il patto contrario di cui all'art. 2553 c.c. » ⁽³⁰⁾. In realtà, anche i servizi debbono, comunque, essere oggetto di una specifica valutazione economica. Concludendo sul punto, non sembra sorgano difficoltà per ammettere che un primo criterio distintivo tale da far ritenere l'esistenza del contratto di associazione in partecipazione, anzichè di lavoro subordinato possa essere dato dalla comprovata partecipazione alle perdite o dalla previsione di essa a carico di chi ha prestato (o presta) la propria attività lavorativa. Salvo indagare poi se non si tratti di una comune clausola di stile, ciò che può naturalmente verificarsi nel caso di grandi imprese nelle quali non è praticamente realizzabile e ipotizzabile una perdita a carico dei lavora-

⁽²⁹⁾ SAVINO, *Il lavoro nei rapporti associativi*, cit., pag. 234; conf. DE FERRA, *Sull'ammissibilità di apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, cit., pag. 97.

⁽³⁰⁾ REALMONTE, *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, in *Riv. soc.*, 1961, pag. 517, nota 15.

tori, ovvero non si tratti di una clausola predisposta allo scopo di privare i lavoratori dei loro diritti ⁽³¹⁾.

5. Qualora le parti, tuttavia, convengano di affrancare l'associato dalla partecipazione alle perdite ⁽³²⁾ la differenza col contratto di lavoro si annulla e sorge di nuovo il problema di distinguere le due figure ⁽³³⁾. O quanto meno sorge il problema di distinguere tra lavoro subordinato e cointeressenza. Infatti, supposto l'esonero del partecipante dalle perdite, non è dato ravvisare alcuna differenza tra associazione in partecipazione ed il tipo di cointeressenza disciplinato nella prima parte dell'art. 2554 c.c. ⁽³⁴⁾.

A questo riguardo sembrano decisivi i rilievi formulati da chi obietta che l'art. 2554 (prima parte del primo comma) considerando « il contratto di cointeressenza agli utili senza partecipazione alle perdite » allude semplicemente alla associazione in partecipazione nella quale l'associato sia esonerato dalle perdite, e si ricollega direttamente all'art. 2553 che regola l'ipotesi in cui per patto espresso l'associato non debba partecipare alle perdite.

A differenza della cointeressenza impropria (vale a dire nel contratto col quale una parte attribuisce all'altra una quota di utili, senza partecipazione alle perdite) l'attività economico-pro-

⁽³¹⁾ BRUNETTI, *Associazione in partecipazione*, cit., pag. 578; SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari 1969, pag. 183; cfr. anche SPAGNOLO-VICORITA, *op. cit.*, pag. 374; GIANNATTASIO, *Associazione in partecipazione, rapporti affini e rapporto di lavoro remunerato con partecipazione agli utili*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, pag. 37.

⁽³²⁾ Sul patto di esclusione dell'associato dalle perdite: GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, cit., pag. 121 e segg. Secondo il FERRI, *Manuale*, cit., pag. 395 il contratto di lavoro con patto di partecipazione agli utili realizzerebbe una situazione assolutamente analoga a quella di cointeressenza, salvo il rispetto del minimo retributivo.

⁽³³⁾ MELCHIONNA, *Contratto di associazione in partecipazione e contratto di lavoro subordinato*, cit., pag. 83.

⁽³⁴⁾ DE FERRA, *op. ult. cit.*, pag. 94; COLOMBO, *op. cit.*, pagg. 340, 341; CORAPI, *op. cit.*, pag. 279, nota 34.

duttiva è svolta da uno solo degli stipulanti e, perciò si riproduce l'esatta configurazione strutturale dell'associazione, con la sola variante dell'esonero dalle perdite per l'associato ⁽³⁵⁾. Può infatti ravvisarsi associazione in partecipazione senza partecipazione alle perdite dell'associato, sia perchè l'art. 2549 c.c. nel quale sono considerate le obbligazioni fondamentali non ne fa menzione, mentre dispone espressamente la partecipazione agli utili, sia perchè anche dal punto di vista letterale la riserva « salvo patto contrario » posta all'inizio dell'art. 2553, sembra riferirsi a tutto il contenuto della norma cioè tanto al fatto della partecipazione dell'associato alle perdite, quanto alle modalità di divisione delle stesse, quanto ancora, al criterio per cui la partecipazione alle perdite può assorbire al massimo il valore dell'apporto ⁽³⁶⁾.

D'altra parte, è sempre essenziale, alla cointeressenza impropria, un determinato apporto dell'associato, chè, altrimenti, si cadrebbe nell'ipotesi di un negozio a titolo gratuito, tuttavia nullo, avendo per oggetto beni futuri del donante (arg. ex art. 771 c.c.) ⁽³⁷⁾.

Nella cointeressenza propria, invece, il gerente di una impresa promette ad altri la partecipazione agli utili senza ricevere un apporto, ma ottenendo però in cambio la promessa di partecipare alle perdite. Così è facile, a nostro avviso, spiegare perchè il legislatore nell'art. 2554 abbia espressamente richiamato gli artt. 2551 e 2552 c.c., trascurando l'art. 2553 c.c. Il richiamo a questo articolo sarebbe stato, infatti, superfluo: nella prima parte dell'art. 2554 si considera la particolare forma della associazione in partecipazione, alla quale, comunque, è essen-

⁽³⁵⁾ Sulla cointeressenza in generale: GHIDINI, *Cointeressenza*, in *Noviss. Dig. it.*, pag. 437 e segg.; IDEM, *Le cointeressenze*, in *Riv. dir. fall.*, I, 1950, pag. 207; UBERTI-BONA, *Questioni in tema di cointeressenza tra imprenditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, pag. 128, e per quel che concerne le forme di partecipazione ai soli utili, pag. 135.

⁽³⁶⁾ GHIDINI, *L'Associazione in partecipazione*, cit., pag. 128.

⁽³⁷⁾ GHIDINI, *op. ult. cit.*, pag. 68 e pag. 128.

ziale l'apporto dell'associato. Pertanto, il limite di concorso alle perdite risulta dalla misura dell'apporto senza che sia necessario un esplicito rinvio all'art. 2553 c.c.

Nella seconda parte dell'art. 2554 si considera, per contro, la cointeressenza propria qualificata della partecipazione agli utili attribuita dietro il corrispettivo della partecipazione alle perdite, l'una e l'altra, ovviamente, senza limiti. Cade così l'argomento testuale avanzato della dottrina per distinguere nettamente i due negozi di cointeressenza previsti nell'art. 2554 dall'associazione in partecipazione. Si afferma, infatti, che i contratti di cointeressenza prescindono dal conferimento di qualsiasi apporto.

L'art. 2554 stabilisce che le disposizioni degli artt. 2551 e 2552 si applicano anche al contratto di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite e al contratto col quale un contraente attribuisca la partecipazione agli utili e alle perdite dell'impresa senza corrispettivo di un determinato apporto. È evidente che questa ultima precisazione si riferisce ad entrambe le ipotesi disciplinate nell'articolo in questione, come del resto è dimostrato e fatto palese, dal mancato richiamo dell'art. 2553 c.c. ⁽³⁸⁾.

Si è visto, invece, che il mancato riferimento all'art. 2553 trova una diversa spiegazione d'ordine sistematico ed ha, quindi, tutt'altro significato.

6. Non è stata questa una digressione inutile. Poichè confidiamo di avere dimostrato come sia essenziale nella cosiddetta cointeressenza impropria l'apporto dell'associato, che trova il suo corrispettivo nell'attribuzione di una quota di utili da parte dell'associante, essendo convenuto a favore di quello l'esonero delle perdite. Con ciò riteniamo di aver individuato anche l'elemento discreitivo tra questo negozio ed il contratto di lavoro. Ele-

⁽³⁸⁾ DE MARCO, *Associazione in partecipazione e contratti di cointeressenza*, in *Riv. dir. fall.*, 1953, II, pag. 17 e segg.

mento discreitivo che consiste in questo: che la prestazione di lavoro è considerata come apporto e perciò stesso valutato in termini monetari, per cui alla fine del rapporto dovrà attribuirsi all'associante una somma pari al valore di stima. Certo, si può obiettare che, in definitiva, anche al lavoratore subordinato al termine del rapporto spetta una somma di denaro a titolo di indennità di anzianità, sicchè, potrebbe benissimo la restituzione del valore dell'apporto assumere nella reale intenzione delle parti, la stessa funzione della indennità di anzianità, di modo che sotto l'apparenza del contratto di associazione in partecipazione con esonero delle perdite per l'associato, potrebbe celarsi il contratto di lavoro subordinato. Ma sembra trattarsi di eventualità molto remota. Intanto, dovrebbero escludersi senz'altro le partecipazioni ad un singolo affare, nella maggior parte dei casi avente una durata limitata nel tempo, dove l'apporto di lavoro dell'associato sia considerato proprio in relazione all'importanza che assume per il buon andamento dell'affare, e come tale valutato per una somma di molto superiore a quella che sarebbe spettata al prestatore d'opera, quale indennità di anzianità nell'ipotesi di prestazione di attività lavorativa subordinata per lo stesso periodo di tempo.

Si tratta indubbiamente di un problema di interpretazione che si pone caso per caso, ma sembra cosa certa che la preventiva, o comunque, prevista valutazione dell'apporto riproduca la fattispecie dell'associazione in partecipazione.

Normalmente, infatti, la valutazione dell'apporto di lavoro sarà fatta al momento in cui il rapporto d'associazione si scioglie, ma la previsione che di essa abbiano compiuto le parti è già un sufficiente indice di qualificazione. Tra l'altro, l'associato può proprio aver preferito l'apporto in associazione, anzichè la prestazione della propria opera in regime di subordinazione, per taluni indubbi vantaggi ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Sui quali SPAGNOLO-VIGORITA, *op. cit.*, pag. 315.

Gli sforzi della dottrina, sempre rinnovati nel tentativo di cogliere elementi che con sempre maggior precisione consentissero di porre certi confini tra l'associazione in partecipazione ed il contratto di lavoro, e spesso infruttuosi, come si è visto, dicono quale e quanta sia l'affinità tra i due negozi. Affinità che è data dal confluire dall'uno verso l'altro, e viceversa, di elementi comuni indifferenziati tali che dalla fattispecie concreta potrebbero essere tranquillamente ed indifferentemente riportati sotto l'uno o l'altro schema tradizionale.

La riprova di tutto ciò è data dal fatto che, specie sotto questo profilo, non si è mancato di propugnare la compenetrazione del rapporto di associazione in partecipazione nel lavoro subordinato e l'applicabilità nel caso concreto della disciplina propria dei due contratti ⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ BRUNETTI, *Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, cit., pag. 577; *contra*, per tutti, SPAGNOLO-VIGORITA, *op. cit.*, pag. 397.