

DIRITTO LAVORO

TRIBUNALE DI LANUSEI, Sez. lavoro, 8 gennaio 2008, n. 703
— NAPOLITANO *Giudice monocratico* – D.A.M. (avv.ti Correlli e Manca) c.G.F. e C.T. (avv.ti Spanu e Pira).

Lavoro (rapporto di) - Lavoro subordinato - Requisiti - Associazione in partecipazione - Differenze - Esistenza di un contratto scritto - Insussistenza di altri elementi probatori diversi - Rilevanza decisiva del contratto scritto.
(Cod. civ., artt. 2094 e 2549).

Qualora si discuta se un determinato rapporto abbia le caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato o quelle del rapporto di associazione in partecipazione e vi sia agli atti un contratto scritto che faccia riferimento a quest'ultima figura, perché possa riconoscersi l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato non basta che vengano provati la prestazione lavorativa e il rispetto degli orari di lavoro, ma occorre altresì che venga fornita la prova della subordinazione, vale a dire dell'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, nonché del suo inserimento nella organizzazione aziendale (1).

(*Omissis*). — Valutando i dati conoscitivi forniti dai documenti prodotti e dalla prova testimoniale assunta, le domande proposte dalla odierna ricorrente vanno respinte in quanto infondate.

L'azione, invero, presupponeva, tenuto conto delle specifiche contestazioni mosse dalle società convenute, sia sotto il profilo pre-

(1) La nota segue a p. 477.

giudiziale, che sotto quello del merito, l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra D. A. M. e la società G. F. di P. T. & C. s.n.c.

Va premesso, sul piano propriamente processuale che, secondo i principi generali in tema di distribuzione degli oneri probatori (art. 2697 c.c.), spetta al lavoratore dedurre e provare i fatti costitutivi dei diritti dei quali chiede riconoscimento.

Qualora a fronte della rivendicata natura subordinata venga dedotta e documentalmente provata, come avviene nel caso di specie (cfr. "contratto di associazione in partecipazione" doc. in produzione di parte convenuta al n. 3 del foliaro), l'esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione tra le parti con apporto di prestazioni lavorative, l'accertamento dell'assolvimento della prova circa la natura subordinata del rapporto *de quo* è evidentemente più rigoroso, potendo anche un associato essere assoggettato a direttive e istruzioni di carattere generale nonché a una attività di coordinamento latamente organizzativa (cfr. Cass. sez. lav., 18 aprile 2007, n. 9264; Cass. sez. lav., 7 ottobre 2004, n. 20002).

L'indagine deve dunque essere volta ad individuare gli aspetti sicuramente e inequivocabilmente riferibili all'uno o all'altro tipo di rapporto.

È opportuno, comunque, ricordare che secondo la reiterata giurisprudenza di legittimità (cfr., tra le altre, Cass., n. 4889 del 2002; Cass., n. 1420 del 2002; Cass., n. 4036 del 2000) – alla quale si intende prestare adesione, non ravvisandosi validi motivi per discostarsene – *“il rapporto di lavoro subordinato è caratterizzato dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo (da esplicarsi con ordini specifici e non con semplici direttive di carattere generale), organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, nonché dell'inserimento del suddetto lavoratore nell'organizzazione aziendale, da valutarsi con riferimento alla specificità dell'incarico conferito e alle modalità della relativa attuazione, laddove altri elementi (quali l'osservanza di un orario, l'assenza di rischio, la misura fissa della retribuzione) assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva”*.

In altri termini, l'elemento idoneo a caratterizzare il rapporto di lavoro subordinato e a differenziarlo da altri tipi di rapporto è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, tenendo presente che il potere direttivo non può esplicarsi solo in semplici direttive di carattere generale (compatibili anche con altri tipi di rapporto), ma deve mani-

festarsi in ordini specifici, reiterati e anche intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa, e che il potere organizzativo non può esplicarsi solo in un generico coordinamento (anch'esso compatibile con altri tipi di rapporto), ma deve manifestarsi in un effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale.

Pur dedotto, genericamente, da parte della ricorrente, non è stato provato l'assoggettamento ad "ordini specifici del datore di lavoro" (cfr. p. 4 del ricorso introduttivo).

Quest'elemento, non è, invero emerso dalle dichiarazioni testimoniali (cfr. verbale del 5 settembre 2006, teste L. S.: "non so riferire che tipo di direttive impartisse quella persona"; verbale del 31 ottobre 2006, teste M. L.: "il punto vendita era gestito da noi, salvo all'inizio, in cui ci aveva spiegato grosso modo come organizzarci...").

In definitiva non può, nel caso di specie, dirsi raggiunta la prova, idonea, convincente e rigorosa, dell'esistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato.

Dall'istruttoria espletata, per prova per testi, è, infatti, emerso che:

"Lei aveva sotto gestione il negozio, stava da sola ... gestiva il negozio ... mi recavo presso il negozio non sempre per acquistare, ma anche solo per vedere la mia amica ... non so riferire il nome del negozio io l'ho sempre individuato come "il negozio delle mille lire di A. ... la mia amica mi ha riferito che lei gestiva e basta ..." (cfr. verbale del 5 settembre 2006, teste L. S.).

"Ho sostituito parecchie volte la ricorrente, mia ex moglie, presso il punto vendita di Viale Europa, in Lanusei ... facevo lavori anche pesanti, quali sistemazioni merci, stavo anche alla cassa, anche perché quando io la sostituivo lei andava via ... è capitato anche che vendessi merce ai clienti ... il contratto con il proprietario era, secondo la sua spiegazione, di "associazione", per la sostituzione prevedeva il preavviso al titolare della sostituzione, la sostituzione di una persona di fiducia ... se era una persona estranea al nucleo familiare, composto da me e mia moglie, si doveva comunicare, altrimenti no... ed infatti avveniva spesso, vuoi perché avevamo un bambino piccolo, vuoi per motivi di salute, che sostituivo mia moglie, senza necessità, per quanto ho riferito, di avvertire il proprietario del negozio ... il titolare ha dato massima fiducia nella gestione del punto vendita, i rapporti erano cordiali e non era assolutamente opprimente, l'unica cosa che desiderava era il versamento del guadagno della giornata precedente ... mia moglie veniva pagata con assegno, o previa autorizzazione con l'incasso della giornata

... quando la mia ex moglie aveva premura di ricevere il corrispettivo, telefonava al titolare il quale diceva "prendi pure dall'incasso quanto ti spetta" le spettava circa un milione di lire ... il punto vendita era gestito da noi salvo all'inizio in cui ci aveva spiegato grosso modo come organizzarci ... in seguito lo gestivamo noi" (cfr. verbale del 31 ottobre 2006, teste M. L.).

"Mia figlia ha iniziato a lavorare presso il punto vendita di Lanusei, viale Europa dai primi mesi del 2001 all'estate del 2003 ... anch'io ho sostituito mia figlia al lavoro, soprattutto quando è stata molto male, ci alternavamo io e il suo ex marito, qualche volta anche assieme, io e l'ex marito, intendo ... mia figlia aveva le chiavi, apriva il punto vendita, gli orari erano affissi con un cerchietto di cartone sul vetro del negozio ... non so dire se si controllasse ed in che modo l'orario di apertura e di chiusura, perché non c'era il titolare presente ... conosco bene gli orari perché li ho osservati anch'io quando lavoravo in sostituzione di mia figlia; i periodi in cui ho sostituito mia figlia sono diversi ... in alcuni casi l'ho sostituita per più di un mese ... in alcuni casi lo stesso S. mi chiamava perché lavorassi lì ... io non ero una dipendente del S., non sono stata mai dipendente sua ... in una occasione ricordo che si è arrabbiato con mia figlia perché non ha voluto seguire una sua indicazione, cioè salire su una scala per sistemare la merce ... mia figlia si è rifiutata e quel lavoro non l'ha fatto" (cfr. verbale del 31 ottobre 2006, teste C. L.).

"Nel negozio non c'era nessun altro, alcune volte vi ho visto lavorare il marito, altre volte la madre. Alcune volte vi ho trovato o solo la madre o solo il marito i quali stavano alla cassa o mettevano a posto la merce, vendevano al pubblico" (cfr. verbale del 6 febbraio 2007, teste L. L.).

In definitiva, nel caso di specie deve ritenersi manchino gli elementi principali della subordinazione.

Né rilievo, in senso contrario, possono assumere meri indizi quali il rispetto di un orario e altri elementi quali gli ordini asseritamente impartiti ad una lavoratrice o l'impossibilità di concedere sconti (cfr. verbale del 5 settembre 2006 teste D. M.: "non mi faceva lo sconto ... non so se facesse lo sconto ad altri clienti" e teste L. S.: "comunque quello che acquistiamo me lo faceva sempre pagare, non mi faceva neppure piccoli sconti") non risultando univoci e qualificanti, soprattutto se si pensa che anche nel contratto di associazione in partecipazione o nel rapporto di lavoro autonomo possono essere impartite direttive e istruzioni.

Deve pertanto ritenersi che nel caso di specie la prestazione della ricorrente sia consistita in una collaborazione di tipo lavorativo nell'ambito dell'impresa, integrante, per l'esclusione delle caratteristiche tipiche del lavoro subordinato, la figura contrattuale dell'associazione in partecipazione di cui all'art. 2549 c.c.

L'associazione in partecipazione, disciplinata dal codice civile agli artt. 2549-2554, è, infatti, un contratto con il quale l'associante attribuisce all'associato la partecipazione agli utili dell'impresa verso il corrispettivo di un determinato apporto che può consistere anche in una prestazione di lavoro.

Non essendo stata fornita prova convincente dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti, assume un'incidenza decisoria il contratto prodotto (cfr. doc. cit.), in cui il riferimento al *nomen iuris*, appare, sulla scorta dell'ordito istruttorio fornito dalla prova per testi, corrispondente a quanto tradotto nella realtà fattuale attraverso il concreto comportamento delle parti stesse; conseguentemente la domanda principale va rigettata e vanno rigettate le richieste collegate da un nesso di causalità logica a quelle premesse.

Il ricorso deve essere, pertanto, rigettato. (*Omissis*)

(1) **Rapporto di lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Il difficile discrimine fra i due istituti.**

La sentenza oggetto della presente nota si occupa della natura delle prestazioni lavorative svolte dall'addetta ad un esercizio commerciale del capoluogo ogliastrino, sostenendosi, dalla parte attrice, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato (1) e, dalla parte convenuta, la sussistenza di un rapporto di associazione in partecipazione (2).

Il Giudice, partendo dal presupposto che esisteva agli atti un contratto che definiva il rapporto come di associazione in partecipazione e che parte attrice non era

(1) In base al disposto dell'art. 2094 c.c. "È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore".

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato è il vincolo della subordinazione, che consiste, per il lavoratore, in uno stato di assoggettamento gerarchico e, per il datore di lavoro, nel potere di direzione con il conseguente inserimento del lavoratore nella organizzazione aziendale (cfr. Cass., 13 febbraio 2004, n. 2842; Cass., 11 febbraio 2004, n. 2622; Cass., 10 maggio 2003, n. 7171).

(2) In base al disposto dell'art. 2549 c.c. "con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto".

stata in grado di dimostrare che il rapporto fosse caratterizzato dal requisito della subordinazione, ha optato per la prima soluzione riconoscendo, in tal modo, una importanza preponderante appunto alle risultanze del documento contrattuale.

Ora è ben vero che, come affermato nella sentenza, chi pretende che venga riconosciuta la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato è tenuto a fornirne la prova nel rispetto del principio della ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. e che il "*nomen iuris*" utilizzato dalle parti nella disciplina dei loro rapporti contrattuali non può essere ritenuto irrilevante (3). È però anche vero che, una volta dimostrato da una delle parti lo svolgimento di una attività lavorativa a favore dell'altra, specie quando si tratti di lavoro quotidiano e a tempo pieno, perché si possa riconoscere la sussistenza di un contratto di associazione in partecipazione, anziché di un rapporto di lavoro subordinato, non è sufficiente l'esistenza agli atti di un contratto che risponda a tale "*nomen iuris*". Infatti, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza, tenuto conto che "*l'elemento differenziale fra le due fattispecie risiede nel contesto regolamentare pattizio in cui si inserisce l'apporto della prestazione lavorativa*" si deve "*verificare l'autenticità del rapporto di associazione che ha, come elemento essenziale connotante la causa, la partecipazione dell'associato al rischio di impresa, dovendo egli partecipare sia agli utili che alle perdite*" (4). Ciò in quanto, nel contratto di associazione in partecipazione "*è elemento costitutivo essenziale, come si evince chiaramente dall'art. 2549 c.c., la pattuizione a favore dell'associato di una prestazione correlata agli utili dell'impresa ...*" (5).

Sempre secondo la Suprema Corte, per stabilire se si sia in presenza di un rapporto di associazione in partecipazione o di un rapporto di lavoro subordinato, è necessaria "*una indagine del giudice del merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante ...*" (6).

Ciò premesso, leggendo la sentenza in esame, si ha l'impressione che il giudice si sia soffermato, soltanto, da un lato, sul mancato adempimento da parte della parte attrice dell'onere probatorio riguardante la sussistenza del vincolo della subordinazione e, dall'altro, sul "*nomen iuris*" del contratto intercorso fra le parti ed abbia, invece, trascurato di verificare la sussistenza dei requisiti del contratto di associazione in partecipazione ed, in particolare, della partecipazione dell'associato al rischio di impresa e della correlazione fra la prestazione da parte dell'associato e la sua partecipazione agli utili.

(3) Secondo il costante insegnamento della giurisprudenza ai fini della qualificazione di un rapporto deve attribuirsi maggiore rilevanza alle effettive modalità di svolgimento del rapporto da cui è ricavabile l'effettiva volontà delle parti rispetto alla qualificazione attribuita dalle stesse al rapporto con il "*nomen iuris*" (cfr. Cass., 11 settembre 2003, n. 13375; Cass., 27 ottobre 2003, n. 16119; Cass., 18 agosto 2003, n. 12085).

(4) Cfr. Cass., 19 dicembre 2003, n. 19475.

(5) Cfr. Cass., 4 febbraio 2002, n. 1420; Cass., 12 gennaio 2000, n. 1188; Cass., 13 novembre 1999, n. 12602.

(6) Cfr. Cass., 10 agosto 1999, n. 8578; Cass., 23 gennaio 1999, n. 655.

Lacuna che non pare essere di poco conto se si considera che, nonostante, in base all'insegnamento della giurisprudenza, qualora a causa della presenza di elementi compatibili sia con l'uno che con l'altro rapporto, non sia agevole trovare una soluzione, il giudice non può prescindere dalla qualificazione attribuita dalle parti al rapporto, tuttavia tale qualificazione non ha di per sé valore determinante (7).

CARLO DORE

(7) Cfr. Cass., 22 agosto 2003, n. 12364.

84

CARLO DORE

*RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO
E ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE.
IL DIFFICILE DISCRIMINE FRA I DUE ISTITUTI*

(estratto da)

**RIVISTA
GIURIDICA
SARDA**

2-2009

Anno XXIV

Maggio-Agosto – Pubblicazione quadrimestrale

EDIZIONI AV