

$\frac{A_{12}}{154}$

Claudia Cermelli

# La prestazione di lavoro nel volontariato



Copyright © MMVII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-1180-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2007

*A mio padre e a mia madre*

# Indice

<i>Introduzione</i> .....	9
---------------------------	---

## Capitolo I Lavoro gratuito e subordinazione

1. La prestazione gratuita di lavoro subordinato tra contratto e rapporto .....	15
2. Il lavoro gratuito subordinato come contratto atipico .....	17
3. La riconduzione ad ipotesi tipiche: donazione e comodato .....	25
4. L'elaborazione giurisprudenziale .....	37

## Capitolo II La disciplina del volontariato

1. La legge 11 agosto 1991 n. 266 ( la legge quadro sul volontariato) e la legge 8 novembre 1991, n. 381 sulle Cooperative Sociali .....	43
1.1. Ombre e perplessità sulla legge 11 agosto 1991 n. 266 .....	45
1.2. La legge 8 novembre 1991 n. 381: specificità delle finalità .....	46
1.3. I punti di connessione e di incontro tra la legge 266/1991 e la legge 381/1991 .....	47
2. Il sistema della legge quadro n.266, 11 agosto 1991 .....	49
2.1. La definizione legale di attività di volontariato .....	48
2.1.1. La “personalità della prestazione” .....	49
2.1.2. La “spontaneità” .....	49
2.1.3. La “gratuità” .....	50
2.1.4. Le organizzazioni di volontariato .....	53
2.2. La tutela del volontario .....	54
2.3. Il commento “sull’esclusione di ogni fine di lucro, anche indiretto” art. 2, 1° co., legge 266/1991 .....	55
2.4. Lavoro gratuito: alternativa fra lavoro con fine di lucro e lavoro senza fine di lucro .....	58
2.5. La legge n. 142 del 3 aprile 2001: nuova disciplina del socio lavoratore .....	61
2.6. Il socio nelle cooperative: commento alla legge 3 aprile 2001 n. 142 come modificata dall’art. 9 della legge 14 febbraio 2003 .....	67
2.7. La circolare del Ministero del lavoro n. 10 del 18/03/2004 .....	68

### Capitolo III I rapporti di lavoro nel volontariato

1. I rapporti di lavoro subordinato e di lavoro autonomo .....	71
1.1. La presunzione di incompatibilità con il rapporto di lavoro autonomo e subordinato .....	74
1.2. Le prestazioni rese da associati o aderenti a titolo oneroso .....	75
1.3. Il lavoro nelle ONLUS .....	75

### Capitolo IV Attività individuale volontaria

1. Attività individuale volontaria .....	77
1.1. Il “ lavoro nel volontariato e le attuali categorie civilistiche” .....	80

<i>Bibliografia</i> .....	89
---------------------------	----

## Introduzione

### 1. La crisi del Welfare State

La crisi del Welfare State<sup>1</sup>, inteso come struttura pubblica volta a garantire ad ogni cittadino, indipendentemente dal suo reddito, uguali prestazioni sociali, sanitarie, educative e previdenziali, ha fatto scoprire il ruolo che il volontariato è venuto ricoprendo nella società in questi ultimi anni, per quanto le origini di questo fenomeno non siano poi così recenti.

Relativamente recente è invece l'attenzione al volontariato da parte delle forze politiche e sociali già sul finire degli anni Settanta con il proliferare ed il radicarsi nel territorio di un movimento spontaneo e dedito, anche in forma associativa, ad un'opera gratuita in favore di soggetti o categorie di soggetti in difficoltà.

Il volontariato, modellato sulla dimensione umana dei bisogni e sulla comunicazione interpersonale, ha rappresentato in questi ultimi anni una modalità di risposta a molti problemi sociali, al tempo stesso innovativa e particolarmente efficace, assumendo un ruolo pilota anche nella ricerca di nuovi modelli di politiche sociali in grado di prendere a carico la componente relazione delle situazioni di emarginazione, la cui base giuridica è rinvenibile nella Carta Costituzionale e, in particolare nell'art. 2.

E l'importanza della legge n. 266 dell'11 Agosto 1991 (Legge Quadro sul Volontariato), così come peraltro della Legge n. 381 dell'8 Novembre 1991 delle Cooperative Sociali, sta proprio nel riconoscimento giuridico di tale rilevanza sociale. Le funzioni ed il valore sociale del volontariato sono pertanto intesi "come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo".

---

<sup>1</sup> Il concetto di Welfare State è nato quale risposta alla grande crisi del 1929 ed agli sconvolgimenti prodotti dalla seconda guerra mondiale. La teoria economica di Keynes e la dottrina della sicurezza sociale di Beveridge ne costituiscono la base. Sulla crisi del Welfare State e sulle possibili soluzioni, vi è una letteratura sconfinata (Donati; Ardirò, Ascoli; etc.).

In realtà la Legge n.266/91 costituisce il tentativo, per la prima volta in senso assoluto, di disciplinare i rapporti interni alle organizzazioni, fra di esse ed i propri aderenti, in particolare in relazione alle modalità di svolgimento della prestazione, che deve essere fornita in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà. E d'altra parte è proprio la finalità solidaristica, insieme al divieto assoluto di retribuzione in qualsiasi modo prevista, anche se proveniente dal beneficiario e non dall'organizzazione che «individua la causa, lo scopo economico sociale del tipo di negozio che viene così a caratterizzarsi nello scambio tra prestazione lavorativa e realizzazione della finalità di solidarietà»<sup>2</sup>.

In tale quadro, vivamente dibattuti sono stati «il ruolo e la funzione dell'autonomia contrattuale in ordine alla stessa esistenza ed al modo di essere dell'onerosità nel rapporto di lavoro»<sup>3</sup>.

Il quesito è: se, ed eventualmente entro quali limiti, l'autonomia dei privati possa modificare il tipo contrattuale previsto dall'ordinamento<sup>4</sup>.

E la problematica ha assunto termini molto ampi in ordine alla struttura del contratto di lavoro, all'autonomia — da questo — del rapporto di lavoro, alla natura stessa del diritto alla retribuzione.

Ovvio, quindi, che siano derivate soluzioni contrastanti, soprattutto ove si consideri che il problema dibattuto tocca l'essenza stessa del rapporto di lavoro, così come regolato dal vigente ordinamento giuridico.

Infatti, le difficoltà emergono proprio quando si tratta — come è doveroso fare — di pronunciarsi sulla configurazione e la portata. Che per il diritto possono assumere i c.d. rapporti gratuiti di lavoro.

Già da tempo ed a lungo, si è discusso in ordine alla configurabilità di rapporti di lavoro a titolo gratuito, specialmente in relazione alle prestazioni di lavoro svolte “*affectionis vel benevolentiae causa*”.

Più di recente, la tematica del lavoro gratuito è stata affrontata sotto il profilo del volontariato che, come già detto, ha avuto da ultimo crescente sviluppo.

---

<sup>2</sup> Olivelli.

<sup>3</sup> Scartozzi G.

<sup>4</sup> Treu T.



Va, innanzi tutto, chiarito che i rapporti di lavoro a titolo gratuito, tra i quali assume particolare rilievo il volontariato, possono concretizzarsi in due modi:

a) senza che vi sia alcun obbligo da parte dei soggetti;

b) ovvero, qualora per i modi ed i tempi di svolgimento dell'attività lavorativa, venga posto in essere un rapporto giuridico con obbligazioni per entrambe le parti (pur nell'ambito del lavoro gratuito).

Il primo modo di essere del volontariato non dà luogo a particolari problemi, poiché — come è stato notato<sup>5</sup>, sulla scia di quanto sostenuto<sup>6</sup> — in tal caso si tratterebbe di mere relazioni di cortesia, al di fuori quindi di ogni concetto di onerosità.

La seconda ipotesi, viceversa, comporta notevoli problemi — che sono stati risolti in vario modo — soprattutto in relazione alla tutela da accordarsi al lavoro, sempre a titolo gratuito. Sotto tale profilo si reputa, generalmente, che siano applicabili le norme sull'integrità fisica e morale del lavoratore<sup>7</sup>.

Resta il problema — assai dibattuto — relativo al fondamento della gratuità; ovvero, se ed in che modo si giustifichi la prestazione di attività lavorativa senza corrispettivo.

Trattasi di valutazione non facile. Ingiusto e pericoloso risultato, ammettere un rapporto di lavoro sprovvisto di retribuzione. Per cui, chi sia più attento alle ragioni della giustizia, che non a quelle della tutela dell'autonomia individuale, sarà indotto — almeno in presenza di un lavoro subordinato — ad escludere la ricorrenza dell'"animus" liberale o a ripiegare sulla configurazione di un'inammissibile rinuncia alla retribuzione.

Certamente complesse sono le problematiche in tema di retribuzione: danno la misura dell'elevata conflittualità, le varie soluzioni giurisprudenziali e teorie dottrinarie elaborate nel corso degli ultimi anni.

---

<sup>5</sup> Menghini.

<sup>6</sup> Treu T., Onerosità e corrispettività.

<sup>7</sup> Mazziotti; Treu.

## 2. Una nuova società civile che si va formando

Nel novero dei molteplici fenomeni che si osservano nella nostra epoca e nella nostra società, rientra quella forma di rivoluzione silenziosa denominata efficacemente rivoluzione associativa, che già oggi, in Italia, offre occupazione stabile e remunerata a circa mezzo milione di cittadini che rappresentano percentualmente l'1,8% dell'occupazione complessiva nazionale.

Una ricerca svolta dall'IRS, l'Istituto per la Ricerca Sociale di Milano, condotta con l'Università Cattolica e sostenuta dalla Fondazione Agnelli, l'insieme delle organizzazioni "no profit" nel 1991 offriva nel nostro Paese 418 mila unità di lavoro standard, l'1,8% del totale degli occupati. Un dato questo, secondo la ricerca; sottostimato, in quanto ai lavoratori regolarmente retribuiti dovrebbero essere aggiunti i volontari.

Per quanto riguarda sempre l'apporto assicurato in termini occupazionali dell'associazionismo sociale, dal volontariato e dall'economia sociale, un recente rapporto dell'IRPEF (Istituto di Ricerche Educative e Formative) riferisce che nel nostro Paese il Terzo Settore rappresenta quasi il 5% dell'occupazione, consentendo di collocare in Italia al primo posto in Europa. In altri Paesi, l'occupazione "no profit" conosce punte del 6.8% in U.S.A.; del 4,2% in Francia; del 4% in Inghilterra; del 3% in Germania ed infine anche del 3,7% in Giappone.

Quando si parla di Terzo Settore, Non Profit, Economia sociale, si intende il fenomeno del volontariato. Un modo peculiare ed originale da parte della società civile di auto organizzarsi e di affrontare i bisogni materiali ed immateriali della vita quotidiana attraverso l'azione solidale di forme associative nuove: sono le figure della cooperazione sociale, del volontariato organizzato ed informale, dell'associazionismo, delle fondazioni che «non agiscono né per profitto, né per comando».

Trattasi di un vero e proprio settore produttivo di beni e servizi caratterizzato da una domanda e da un'offerta. Si parla di Terzo, in quanto esso non è né lo Stato, che provvede ad esigenze di pubblica utilità non altrimenti perseguibili, né il Mercato nel cui ambito la produzione di beni e servizi è assicurata da soggetti che operano per profitto.

Con il termine Terzo Settore, Economia sociale, non Profit, si fa riferimento — pertanto — all'insieme costituito dalle organizzazioni

private che non perseguono scopi di lucro, la cui finalità consiste nell'erogazione di servizi di utilità collettiva.

I confini non sono chiaramente identificabili, a causa sia del fatto che la regolazione giuridica italiana distingue gli enti privati in base ad altri criteri, sia della sovrapposizione di profili privatistici e pubblicistici che caratterizza lo statuto di molte organizzazioni non profit italiane.

In questo settore, nell'ultimo decennio, numerosi sono stati i provvedimenti normativi che hanno assegnato uno spazio crescente ma anche nuove e maggiori responsabilità al c.d. Terzo settore nella regolamentazione del mercato del lavoro italiano.

Ed infatti, di recente, sono state effettuate riforme a lungo attese, come l'emanazione della nuova normativa sul collocamento obbligatorio e la realizzazione del sistema integrato dei servizi sociali.

Fra i temi di maggior attualità, poi, non può non segnalarsi l'entrata in vigore (ed il relativo e susseguente dibattito) della norma sulla figura del socio lavoratore cioè la legge n. 142 del 2001.

Il Terzo settore, peraltro, rappresenta una materia ampiamente ed approfonditamente presa in considerazione anche al di fuori dei confini nazionali ed infatti l'Unione Europea dibatte la questione di come coniugare l'economia con il sociale, partendo dalle multiformi realtà nazionali.

Il grande potenziale del Terzo settore e la necessità di un suo ulteriore sviluppo è ben presente ormai da tempo nelle istituzioni comunitarie.

Ed infatti, già nel 1989 la Commissione Europea creava un'unità relativa all'economia sociale all'interno della Direzione Generale XXIII "politica delle imprese, commercio, turismo ed economia sociale", mentre il Consiglio adottava una decisione per il miglioramento del contesto di attività e la promozione delle imprese cooperative, associative e mutue.

Nel 1993, il Libro bianco di Delors su "Crescita, competitività ed occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo" ne chiariva l'effetto trainante in termini di creazione di posti di lavoro.

L'ISTAT ha fotografato l'Italia senza fini di lucro ed ha presentato nell'Agosto 2001 i risultati principali del primo censimento sulle istituzioni e le imprese non profit, che mostra chiaramente come benché sia mancato un intervento normativo globale, le dimensioni raggiunte

in termini di occupazione e di fatturato siano di tutto rispetto, con notevoli possibilità future.

Nonostante come sopra si diceva, sia mancato un intervento normativo globale, la legislazione statale e regionale italiana sul privato sociale è cresciuta in modo esponenziale nell'ultimo decennio: l'attuale corpus giuridico è composto, infatti, da migliaia di provvedimenti normativi che formano una realtà giuridica articolata e stratificata spesso di difficile interpretazione ed armonizzazione, al punto che si è in più occasioni auspicata l'emanazione di un Testo Unico, quale valido strumento operativo per una più agevole conoscenza dell'intera materia.

## Capitolo I

### Lavoro gratuito e subordinazione

#### **1. La prestazione gratuita di lavoro subordinato tra contratto e rapporto**

“Il modello designato dall’art. 2094 c.c. con l’onerosità quale proprio connotato distintivo, in quanto postula che l’obbligazione di lavoro sia assunta “mediante retribuzione”.

E la retribuzione, considerata «nel vigente ordinamento costituzionale un’entità fatta oggetto, sul piano morale e su quello patrimoniale, di particolare protezione» (C. Cost. 13/1 1966 n. 3), deve dirsi elemento non soltanto essenziale allo schema del lavoro subordinato, ma addirittura impresso dall’ordinamento con il riconoscimento costituzionale (art. 36, 1° co., Cost.) di un preciso diritto, determinabile nel suo ammontare (art. 2099, 2° co. c.c.), al lavoratore come tale, anche nel completo silenzio delle parti<sup>1</sup>.

In tale quadro, soluzioni contrastanti sono derivate principalmente per la tendenza a distaccare il diritto alla retribuzione dalla corrispondenza con il contenuto contrattuale e dalla conseguente estensione dell’ambito applicativo dell’art. 36, 2° c. Cost., oltre il tipo negoziale del contratto di lavoro subordinato, agganciando la previsione della retribuzione proporzionata e sufficiente direttamente all’esecuzione della prestazione di lavoro subordinato<sup>2</sup>.

Soluzioni contrastanti, in sostanza, sono derivate «dalla stessa idea, che il diritto del lavoro si caratterizzi fundamentalmente come disciplina non di un tipo contrattuale, ma della prestazione di lavoro in sé considerata»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Dell’Olio M., Scartozzi G.

<sup>2</sup> Scognamiglio R.

<sup>3</sup> Scartozzi G.

Capisaldi di tale costruzione dottrinarina sono stati, l'art. 2099 c.c. e l'art. 36 Cost., che si integrerebbero a vicenda: dal primo, viene infatti desunta la possibilità che anche in assenza di qualsiasi accordo sulla retribuzione si costituisca un rapporto di lavoro e sorga quindi quel diritto taciuto, mediante una determinazione giudiziale da effettuarsi alla stregua dei criteri stabiliti dall'art. 36 Cost.

Il che comporterebbe, da un lato, il superamento del concetto di corrispettività, dall'altro, l'esclusione che l'accordo delle parti possa operare sul piano del diritto nel senso di stralciare dal rapporto di lavoro l'elemento della retribuzione<sup>477</sup>. (Scartozzi G.)

È questo in effetti uno dei temi più ardui e dibattuti, anche se solo in parte esplorato, del diritto del lavoro; quello che può essere definito della scomposizione riguardo al fenomeno del lavoro subordinato del profilo del contratto e del profilo del rapporto e, infine, della rilevanza che all'uno e all'altro si deve riconoscere ai fini della risoluzione dei problemi che la materia solleva.

Va dunque affrontato il problema specifico dell'onerosità e, a questo proposito, si debbono fare i conti con la resistenza offerta dall'idea tradizionale e radicata nella comune coscienza, secondo cui la retribuzione opera come termine dello scambio con la prestazione lavorativa; e comunque, solo con riferimento ad essa può giustificarsi.

In questo senso occorre fare un'opera di revisione, intesa a stabilire se, e finì a che punto, questo atteggiamento corrisponda alla realtà giuridica, e non costituisca, invece, il frutto di una inconsapevole inerzia.

La risposta per evitare con addebito di apriorismo va rinvenuta nell'atteggiamento del legislatore in materia.

Un argomento illuminante risulta dalla situazione dell'art. 2099 c.c., secondo cui, in difetto di un'altra fonte di determinazione, la retribuzione viene fissata dal giudice.

In proposito risulta naturale la riflessione che se il salario rappresentasse un elemento essenziale del contratto, si dovrebbe discutere di mancata perfezione dell'accordo e non certo potrebbe essere consentito al magistrato di sostituirsi alle parti contraenti nella sua determinazione.

Poiché questa, invece, è regolata in tema di lavoro subordinato, si deve ammettere che il diritto alla retribuzione, che si intende fare sal-

---

<sup>4</sup> Scognamiglio R.

va per il lavoratore, trae evidente fondamento da una realtà che eccede i termini dell'accordo contrattuale. Questa ragione trova, tra l'altro conferma, in un altro e più significativo rilievo: nell'ipotesi di gran lunga più frequente in cui la retribuzione viene concordata, non a livello dell'accordi fra le parti, bensì nella sede dei contratti collettivi che regolano su questo come su altri punti il rapporto di lavoro.

E c'è di più. L'autonomia dei privati troverebbe comunque un limite invalicabile nell'art. 36 Cost., secondo cui ciascun lavoratore ha diritto ad una retribuzione «proporzionata alla qualità ed alla quantità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Da ultimo, la concezione contrattualistica incontra un serio ostacolo sul piano sinallagma funzionale. E, in effetti, si riscontrano con crescente frequenza le ipotesi in cui malgrado la sospensione della prestazione di lavoro o perdurando il rapporto, esista tuttavia egualmente per un certo tempo o no l'obbligo della retribuzione.

Ma alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, non si deve ritenere che l'elemento della retribuzione cada del tutto al di fuori dell'accordo contrattuale.

Va tenuto sempre presente, infatti, che il contratto rappresenta la fonte, almeno in linea di principio, del rapporto di lavoro; e questo significa, tra l'altro, che ciascuna parte accede al rapporto stesso secondo un suo giudizio di convenienza che non può non riflettere l'utilità economica dello scambio.

La verità è che su questo punto, come su altri, si assiste nel diritto del lavoro alla confluenza, e parziale sovrapposizione, dei due profili del rapporto e del contratto: nel senso che la retribuzione, se pur costituisce un elemento caratteristico del rapporto, può tuttavia rappresentare pur sempre la materia della disposizione delle parti ma, ed è questo il punto decisivo, solo al di là del limite in cui vale a realizzare la sua rilevata funzione.

## **2. Il lavoro gratuito subordinato come contratto atipico**

Tra gli assertori della tesi fondata sul contratto atipico di lavoro subordinato gratuito, merita subito menzione l'autorevole dottrina<sup>5</sup>, se-

---

<sup>5</sup> Santoro Passarelli F.

condo cui “il contratto di lavoro, caratterizzato dalla causa di scambio fra lavoro e retribuzione, è lo strumento giuridico pressoché esclusivo attraverso il quale viene prestato a chi ne ha bisogno, lavoro subordinato. Allo stesso, dunque, si riferiscono le norme che costituiscono il diritto del lavoro. Ciò non esclude che un rapporto di lavoro possa essere costituito con un contratto diverso ed innominato, dunque atipico, ma a tale rapporto è da ritenere in linea di massima inapplicabile la disciplina legislativa e collettiva del tipico rapporto di lavoro.

In questo senso può ammettersi un contratto gratuito di lavoro, cioè tale che per esso il lavoratore si obblighi ad una prestazione di lavoro subordinato senza retribuzione. Ma «è evidente, la eccezionalità e l'irrelevanza pratica di una simile ipotesi».

Come, del resto, viene considerato inammissibile il lavoro subordinato senza corrispettivo svolto da chi si trova in uno stato di bisogno, disponendo della sola capacità di lavoro come mezzo di sostentamento proprio e della propria famiglia<sup>6</sup>.

Per cui, proprio per evitare che il lavoro gratuito non mascheri un normale contratto di scambio, con elusione della normativa inderogabile a tutela del lavoratore ed in particolare di quella sui minimi retributivi<sup>7</sup>, si ritiene necessario che l'accertamento dell'effettiva esistenza del negozio gratuito comporti un'indagine sulla reale natura degli interessi in gioco, al di là dello schema predisposto dalle parti, che consideri il tipo e le modalità concrete del lavoro, la sua importanza quantitativa, la qualità e le condizioni economico-sociali dei soggetti, i loro rapporti personali.

Questa tendenza dottrinarina è del tutto diversa dall'ordine di idee sopra ricordato al punto 1.1, perché muove dalle premesse che la retribuzione è un elemento essenziale per l'identificazione dello schema del contratto di lavoro e della stessa figura del prestatore di lavoro subordinato. Per cui, sia l'art.2099 c.c., sia l'art.36 Cost., sia in genere le norme sui minimi retributivi opererebbero in un momento logicamente successivo a tale identificazione e, quindi, in sostanza disciplinerebbero solo il “quantum” della retribuzione spettante al prestatore nel quadro del contratto<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Menghini L.; Treu T.; Angiello L.

<sup>7</sup> Ghera E.

<sup>8</sup> Scartozzi G.



In altri termini, sul piano dell'interpretazione delle norme positive questa tendenza dottrinale contrasta l'ordine di idee di cui al punto 1.1, deducendo "l'istituzionale destinazione delle norme sulla retribuzione, qualificate come norme sui minimi retributivi, a disciplinare rapporti già caratterizzati dall'elemento dell'onerosità, cioè dalla deduzione dell'attività lavorativa come oggetto di scambio per fini di lucro e quindi di sostentamento del lavoratore con conseguente inapplicabilità delle norme laddove la situazione degli interessi sia diversa ed in particolare sia caratterizzata dall'insussistenza del fine di lucro, come nei contratti di lavoro gratuito; ovvero, da una convergenza di interessi tra le parti, come nei contratti "lato sensu" associativi"<sup>9</sup>".

Per quanto ogni tentativo di ricostruire la disciplina del lavoro subordinato in una prospettiva unitaria conforme alla realtà del fenomeno regolato ripropone l'indagine sulla natura del contratto di lavoro e sulla rilevanza per la disciplina del rapporto, è noto come il punto di massima divergenza tra le varie concezioni e tendenze avanzate in proposito, riguardi la struttura e l'origine dell'obbligazione del lavoro, nonché delle diverse posizioni di potere, di dovere e di soggezione tipiche dei soggetti del rapporto.

Nel contesto della problematica sollevata, è possibile individuare — con una semplificazione che non sembra arbitraria, né priva di significato — due principali linee direttive di indagine, il cui approfondimento appare particolarmente significativo, per chiarire i tratti fondamentali della natura e della posizione della retribuzione nel rapporto di lavoro; ed oltre modo urgente, date le incertezze dottrinarie esistenti al riguardo.

Il primo oggetto di discussione in questa prospettiva consiste nel verificare la funzione dell'autonomia contrattuale in ordine alla stessa esistenza e al modo di essere dell'onerosità nel rapporto di lavoro.

Si vuole cioè definire se, in considerazione delle norme formulate a riguardo, l'onerosità sia imposta dall'ordinamento come elemento necessario, ovvero si configuri come elemento del negozio che i soggetti possono modificare attraverso una variazione del tipo contrattuale.

La seconda linea di indagine ha per oggetto invece i casi di sospensione del lavoro per cause non riconducibili alla volontà dei soggetti

---

<sup>9</sup> Treu T. 57, Scartozzi G..

interessati ed in questa prospettiva la posizione della retribuzione è presa in considerazione sotto il diverso profilo del nesso che la ricollega alla prestazione di lavoro.

È osservazione di immediata evidenza che la disciplina del lavoro subordinato fa generalmente riferimento espresso o implicito, a rapporti giuridici caratterizzati dalla qualifica dell'onerosità.

E però tuttora controverso se l'onerosità sia prevista dall'ordinamento come caratteristica tipica del rapporto di lavoro, oppure costituisca un requisito inderogabile di ogni prestazione subordinata.

Dall'analisi del libro V del codice e dall'analisi dell'art. 2060 c.c., non si possono trarre valide argomentazioni o affermare con sicurezza una generale tipicità della disciplina delle varie forme di lavoro ed in particolare del lavoro subordinato.

Si riconferma nel contempo che l'esistenza in questa materia di una imposizione legale del tipo, in particolare riguardo al corrispettivo, va dimostrata esclusivamente sulla base delle norme positive che la regolano specificatamente.

Per il profilo che qui interessa non è di per se rilevante che, nella regolamentazione del lavoro subordinato e nella stessa definizione dello schema contrattuale dell'art. 2094 c.c., la retribuzione appaia come un elemento essenziale del contratto.

Ogni negozio specificatamente disciplinato dall'ordinamento, è caratterizzato da una serie di connotati strutturali che lo identificano.

L'essenzialità di alcuni di questi requisiti pone sì il problema della natura e della disciplina di un regolamento negoziale che li modifichi, ma non esclude di per sé che la modifica stessa sia possibile in base al principio generale dell'art. 1322, 2° c.c.

Una prima peculiarità normativa rilevante ai fini della presente indagine sta nel fatto che la legge regola il contratto di lavoro con disposizioni in gran parte inderogabili ed in particolare comprime al massimo il ruolo dell'autonomia privata della determinazione del corrispettivo.

Importanza preminente assume in tal senso la presenza di una generale imposizione legale dei minimi retributivi. In particolare, non si è mai dubitato che l'art. 36, 2° Cost. trovasse esclusiva applicazione nell'ambito del contratto di lavoro tipico, e quindi non avesse alcun rilievo per escludere la deducibilità della prestazione subordinata in schemi negoziali diversi.

È proprio questo il punto cruciale messo in discussione dall'opinione dottrinale che ha condotto più a fondo la critica alla tesi contrattualistica della retribuzione: l'esistenza dei principi inderogabili in tema di retribuzione costituisce uno degli argomenti fondamentali avanzati per avvalorare l'idea che l'onerosità deve ritenersi imposta dall'ordinamento come requisito inderogabile non solo del contratto di lavoro nominato, ma di ogni prestazione di lavoro subordinato in qualunque schema essa sia dedotta.

E evidente allora che per motivare una presa di posizione sul problema occorra controllare se i limiti dell'autonomia circa il corrispettivo trovino una giustificazione solo all'interno di un dato regolamento negoziale (quello tipico) od anche in altri schemi in cui ricorra una prestazione di lavoro subordinato.

Ora la tassatività dei tipi nell'ambito dei negozi ad effetti personali, sia unilaterali che plurilaterali, si giustifica perché l'autonomia privata è qui riconosciuta dalla legge non per una serie di indeterminata di funzioni, bensì per funzioni determinate, in considerazioni di interessi superiori delle parti o dei terzi. La tassatività si giustifica quindi solo in quanto il negozio porti effettivamente a costituire una simile situazione concreta.

Così il carattere necessariamente nominato dei negozi costitutivi di diritti reali è parimenti riconducibile al "numerus clausus" di tali diritti.

Di conseguenza, l'imposizione dagli schemi contrattuali si spiega in funzione della tipicità dei regolamenti di interessi garantiti dall'ordinamento, non può dedursi in via assoluta dalla semplice esistenza di limiti legali all'autonomia privata all'interno di un dato regolamento negoziale.

È esatto affermare che, tra limiti alla disponibilità del contenuto del contratto e vincoli alla scelta del tipo, non esiste una differenza qualitativa ma solo quantitativa, anche se questo non può e non deve indurre a credere che tra i due ordini di restrizioni al potere contrattuale sia corretto instaurare una relazione da "minor a maior".

Non solo, l'esclusione della libertà di creare figure innominate non comporta necessariamente il divieto di variare la regolamentazione dei tipi ammessi, ma neppure la presenza di una disciplina rigida di un certo contenuto contrattuale implica di per sé la inammissibilità di negozi diversi aventi ad oggetto la stessa prestazione.

Intanto, un vincolo legale all'autonomia posto all'interno di un dato contratto potrà applicarsi a regolamenti di interessi diversi, in quanto questi riproducono le stesse condizioni sostanziali che legittimano la sua esistenza.

Da queste precisazioni risulta che per raggiungere una soluzione soddisfacente occorre accertare, in base ad una valutazione funzionale delle norme imperative sulla retribuzione, quale sia la situazione tipica da esse inderogabilmente regolata e se questa si ripresenti invariata negli altri schemi contrattuali in cui si sia dedotta una prestazione di lavoro.

È facile convenire che le norme in questione mirano alla tutela del lavoro subordinato e sono quindi in diretta connessione con il tipo di prestazione oggetto del rapporto. Ciò nonostante, questa realtà non può essere affermata con valore assoluto ed in particolare non sembra riscontrabile nel caso della normativa sulla retribuzione.

Per la sua applicazione assume rilievo assorbente non tanto lo svolgimento di fatto di un'attività di lavoro con certi connotati di subordinazione, quanto piuttosto il tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata ed il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui essa è inserita.

L'argomento decisivo in tal senso deriva da una valutazione del contenuto della normativa e da un confronto di questa con i diversi regolamenti negoziali in cui può ipotizzarsi l'inserimento del lavoro subordinato. Tale affermazione acquista notevole rilevanza qualora si prendano in esame e si confrontino le ipotesi di lavoro tipico e quelle di attività subordinata svolta a titolo di apporto in rapporti societari o di associazioni in partecipazione.

La prestazione svolta a titolo di apporto può configurarsi come subordinata solo nel senso che può essere soggetta, per evidenti ragioni organizzative, ai poteri direttivi, disciplinari di chi esercita la funzione imprenditoriale.

La subordinazione caratterizzante il lavoro tipico, invece, è un concetto più ampio e qualitativamente diverso, in quanto, come è stato giustamente osservato, significa altresì una «posizione di completa estraneità del lavoratore rispetto all'attività economica di chi utilizza le sue prestazioni».

In particolare non si può ritenere che le norme sulla retribuzione ed in particolare modo il principio espresso nell'art.36 della Costituzione 1° co., valgano, oltre che come vincolo all'autonomia privata per la de-

terminazione del corrispettivo nel rapporto tipico, anche come limite alla possibilità di dedurre il lavoro subordinato in schemi associativi.

L'imposizione legale di un compenso equo e sufficiente sarebbe del tutto incongruente in un rapporto societario, dove il compenso del lavoratore si configura non come corrispettivo, ma come partecipazione al risultato di un'attività comune. E per ragioni analoghe essa non sembra suscettibile di estensione neppure all'associazione in partecipazione.

Analoghe conclusioni si impongono quando si procede a determinare se le norme sui minimi retributivi possano invocarsi al di fuori del rapporto tipico, per escludere l'ammissibilità di un contratto di lavoro gratuito o semi-gratuito.

Il contenuto e la *ratio* di tali norme rivelano che esse sono dirette a disciplinare lo scambio tra la prestazione fondamentale del lavoratore e del datore di lavoro, al fine di garantire la realizzazione di un giusto equilibrio e comunque un minimo retributivo sufficiente a favore del contraente debole.

Anche se va al di là della logica della retribuzione come prezzo del lavoro, il precetto costituzionale sembra tuttavia presupporre chiaramente che la prestazione subordinata sia svolta come mezzo per ottenere il sostentamento o comunque un corrispettivo patrimoniale.

Questa è la naturale funzione del lavoro e la situazione tipica in cui si attua nel sistema economico la utilizzazione delle energie produttive umane.

In tale situazione si inserisce ed ha ragione di essere la garanzia costituzionale del diritto del lavoratore ad una giusta valutazione del suo lavoro, come pure la restante disciplina legislativa e collettiva sulla retribuzione minima.

Ora ciò non vuol dire solo che la fattispecie accennata è il punto di riferimento normale di tali disposizioni, bensì che si tratta dell'unico assetto contrattuale congruente al contenuto ed alla *ratio* degli stessi precetti. Tale conclusione viene ancora una volta confortata dal raffronto tra la normativa in questione e l'ipotesi in cui un soggetto accetta di lavorare alle dipendenze altrui senza corrispettivi o con corrispettivo ridotto a titolo di liberalità.

Tra i due casi la differenza non è meramente nominalistica, ma inerisce alla stessa struttura del negozio: l'uno caratterizzato dalla onerosità, l'altro dalla gratuità.

A tali schemi corrispondono in generale non solo due discipline profondamente diverse, ma quel che più importa, funzioni economiche nettamente distinte.

La normativa inderogabile sulla retribuzione minima, mentre sembra perfettamente congrua nel caso di lavoro dedotto in un negozio oneroso, appare scarsamente plausibile se messo al confronto con una prestazione svolta al di fuori di ogni considerazione economica giuridicamente rilevante in vista del perseguimento di fini negoziali non di scambio.

All'applicazione di una garanzia di minimo vitale o di equivalenza oggettiva manca lo stesso presupposto logico-giuridico, cioè appunto il fatto che il lavoro sia prestato — secondo la sua naturale funzione — a scopo di lucro.

A tale applicazione manca parimenti lo stesso fondamento sostanziale: il lavoratore che adotta uno schema contrattuale gratuito persegue uno scopo essenzialmente diverso da quello dello scambio e si pone così al di fuori della situazione di fatto tipica che la disciplina in questione è chiamata a tutelare.

La differenza dunque coinvolge come si diceva tutta la struttura nonché la funzione del negozio.

L'aver riconosciuto l'ammissibilità di rapporti di lavoro diversi da quello previsto dagli artt. 2094 e ss. c.c., pone sì il problema dell'identificazione in concreto del tipo di volta in volta posto in essere dalle parti; ma — quel che più interessa — apre la possibilità che la scelta di uno schema diverso da quello nominato si presti di fatto a coprire un normale contratto di lavoro di scambio, con elusione delle norme inderogabili poste a tutela del lavoratore; in particolare appunto delle disposizioni sui minimi retributivi.

Si ritiene dunque necessario che l'accertamento dell'effettiva esistenza del negozio gratuito comporti un'indagine sulla reale natura degli interessi in gioco, al di là dello schema predisposto dalle parti, che consideri il tipo e le modalità concrete del lavoro, la sua importanza quantitativa, la qualità e le condizioni economico-sociali dei soggetti, i loro rapporti personali.

Infine, si ritengono estensibili anche ai casi di prestazioni non onerose quelle norme poste a protezione del lavoro subordinato che, concernendo direttamente l'attività svolta, possono riferirsi

anche al rapporto gratuito, in via di estensione analogica ovvero di applicazione diretta.

### 3. La riconduzione ad ipotesi tipiche: donazione e comodato

“Nella multiforme tipologia di soluzioni offerte all’ammissibilità di dedurre in contratto a titolo gratuito, prestazioni lavorative subordinate, rientra anche quella secondo cui la collocazione e disciplina di un contratto che comporti l’impegno ad un’attività subordinata senza corrispettivo oscillerebbe tra contratto di donazione e contratti a titolo gratuito diversi dalla donazione e, quindi, tra donazione di servizi e contratto di lavoro gratuito, con la variante del contratto innominato<sup>10</sup>.

Tuttavia, apparendo poco persuasiva, secondo tale indirizzo dottrinale, l’opinione che accoglie una nozione ampia di contratto di lavoro alla quale sia indifferente la presenza o meno di un corrispettivo, invece di negare la tipicità del contratto con cui una parte si impegna a prestazioni lavorative senza corrispettivo, si preferisce inquadrarlo nella figura del contratto tipico di donazione<sup>11</sup>”. (Scartozzi G.)

L’introduzione, o per meglio dire l’inquadramento, della prestazione di lavoro gratuito nello schema tipico della donazione è dettato da un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, la considerazione per cui la donazione rappresenta un atto di liberalità, concetto quest’ultimo certamente assimilabile a quello di libertà in contrapposizione al concetto di necessità.

Ed in questa accezione è facilmente rinvenibile la sostanziale similitudine con la struttura più intima del lavoro gratuito prestato, infatti, “*affectionis vel benevolentiae causa*”.

In secondo luogo, non può lo studioso non riflettere sulla nozione di liberalità in contrapposizione a corrispettività.

In questo senso liberalità importa disinteresse, a cui è incompatibile qualsiasi idea di compenso.

---

<sup>10</sup> Corrado R.

<sup>11</sup> Corrado R.; Cataudella A.; Biondi B.