

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA

FACOLTA' DI ECONOMIA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO ED ECONOMIA

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA AZIENDALE

TESI DI LAUREA

L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

Relatore:

Ch.mo Prof. GIAMPAOLO DALLE VEDOVE

Laureanda:

SABRINA BONIZZATO

ANNO ACCADEMICO 2003-2004

*Dedico questo mio primo importante lavoro
a mamma papà e sorella
che mi sono sempre stati affettuosamente
vicini
negli anni di studio.
In particolar modo ringrazio per la
preziosissima guida
e l'impareggiabile cordialità
il prof. Giampaolo Dalle Vedove.*

Sabrina

L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

CAPITOLO PRIMO

Le origini dell'istituto

1. Cenni di storia.....	1
1.1 Disamina sulle origini.....	1
1.2 La commenda.....	3
1.3 Dall' <i>Ordonnance du commerce</i> al Codice civile del 1942.....	6

CAPITOLO SECONDO

La natura del contratto

2. L'associazione in partecipazione.....	9
2.1 Tratti distintivi dell'associazione in partecipazione rispetto alla società	9
2.2 L'associazione in partecipazione tra contratti associativi e contratti di scambio.....	13
2.2.1 Nozione di contratto associativo	14
2.2.2 Nozione di contratto di scambio	16
2.3 L'associazione in partecipazione come contratto aleatorio	19
2.4 Il contratto parziario	21
2.5 Il contratto di cointeressenza art. 2554 c.c.; cointeressenza propria e impropria.....	24

CAPITOLO TERZO

Il ruolo dell'associante

3. L'associante	27
3.1 L'attività dell'associante.....	27
3.1.1 L'impresa	28
3.1.2 L'affare	29
3.1.3 Attività economiche non qualificabili né come impresa né come affare.....	30
3.2 La professione intellettuale nell'associazione in partecipazione.....	32
3.3 Gestione e limiti alla libertà di gestione dell'associante	34

CAPITOLO QUARTO

Il ruolo dell'associato

4. L'associato.....	37
4.1 Disciplina legale e convenzionale dell'apporto (casistica).....	37
4.2 La partecipazione dell'associato agli utili	39
4.2.1 Utile rilevante e sua determinazione.....	41
4.3 Partecipazione dell'associato alle perdite.....	42
4.3.1 Partecipazione alle perdite come elemento essenziale o naturale.....	43
4.4 Il controllo dell'associato e il rendiconto	44
4.5 Clausole particolari	47

CAPITOLO QUINTO

Carattere “associativo” di taluni strumenti finanziari

5. La riforma del diritto societario: nuove forme associative (art. 2346, art. 2349, art. 2447ter)	51
---	----

CAPITOLO SESTO

L'apporto di lavoro: problematiche

6. Associazione in partecipazione e lavoro subordinato.....	59
6.1 Distinzione tra i due istituti.....	59
6.1.1 Apporto di lavoro autonomo	62
6.1.2 Le stagioni del dibattito	64
6.2 Fattispecie simulatoria o di frode	69

Bibliografia generale	75
-----------------------------	----

CAPITOLO PRIMO

Le origini dell'istituto

SOMMARIO: 1. Cenni di storia. - 1.1 Disamina sulle origini. - 1.2 La commenda. - 1.3 Dall'*Ordonnance du commerce* al Codice civile del 1942.

1. Cenni di storia

1.1 Disamina sulle origini

L'art. 2549 del Codice civile definisce l'associazione in partecipazione come il contratto mediante il quale l'associante (titolare di una impresa o soggetto che esercita una attività economica lucrativa) attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari, verso il corrispettivo di un determinato apporto (capitale e/o lavoro). Nonostante l'apparente chiarezza della su riportata descrizione, esistono molteplici incertezze sulla nozione e sulla qualificazione dell'istituto da parte degli interpreti. Basta pensare al dibattito sulla natura societaria o meno dell'associazione in partecipazione, alla sua qualificazione nella categoria dei contratti di scambio o associativi. Le ragioni di queste incertezze derivano dal fatto che l'associazione in partecipazione è un istituto disciplinato solo per sommi capi con norme per lo più derogabili dalle parti (¹). Le uniche norme inderogabili si possono riassumere in quattro punti focali: a) conferimento dell'apporto dell'associato; b) partecipazione dell'associato agli utili dell'affare o dell'impresa; c) partecipazione

¹ DE FERRA, *Della Associazione in partecipazione*, Bologna, 1973, p. 12.

limitata dell'associato alle perdite; d) obbligo dell'associante di presentare all'associato il rendiconto.

L'associazione in partecipazione è un istituto le cui origini risalgono certamente alle prime forme di attività mercantile dell'uomo. Nei tempi storici si hanno indizi che già a Babilonia fosse d'uso affidare denaro o merci a un mercante per averne in cambio una parte degli utili che questi avrebbe ricavato commerciandoli ⁽²⁾.

I greci e i romani conoscevano e praticavano il prestito marittimo secondo lo schema del finanziatore fisso e del mercante viaggiatore con delle particolarità però che oggi definiremmo eterogenee: in caso di perdita del capitale per sopravvenute avversità, questo non era da restituire (aleatorietà) mentre, in caso di esito positivo, la remunerazione era fissa.

Nel medioevo i prestiti marittimi passano di moda e prende piede la commenda. Contemporaneamente nel mondo arabo-ebraico si afferma una consuetudine commerciale denominata *qirād*. Tanto la commenda quanto la *qirād* presentano aspetti simili: il contratto è limitato al singolo viaggio come nel prestito marittimo, sussiste il rischio sul capitale, la remunerazione è aleatoria come in schemi già rilevati nelle regioni mesopotamiche.

Nell'età moderna l'affermarsi del contratto di società e l'evolversi delle sue forme determinano il declassamento dell'arretrato contratto di associazione ai guadagni che tuttavia sopravvive fino a trovare spazio nelle codificazioni europee e, prima fra tutte, nel *Code de commerce* napoleonico del 1807.

1.2 La commenda

² WEBER, *I rapporti agrari nel mondo antico* (tradotto in italiano assieme a un altro breve saggio dal titolo "*Storia economica e sociale dell'antichità*"), Roma, 1987, p. 73 e ss.

Molti interpreti hanno individuato nella commenda medioevale notevoli spunti per la ricostruzione storica dell'associazione in partecipazione. Tuttavia l'elaborazione di questo antico istituto non approda a risultati univoci essendosi sviluppata su due aspetti della commenda: il primo si risolveva nell'affidamento da parte del *commendator* di un capitale al *tractator* con il compito di impiegarlo proficuamente, il secondo si configura nella partecipazione del *tractator* alla formazione del capitale di rischio. La commenda del primo tipo porta a considerare l'associazione in partecipazione come un rapporto di credito. Chi invece prende in considerazione il secondo tipo ritiene che l'associazione in partecipazione sia un tipo speciale di società che si contraddistingue dagli altri tipi di società per l'occasionalità e temporaneità del rapporto.

Sembra opportuno, a questo punto, chiarire meglio il concetto.

Tra i mercanti del basso medioevo vigeva una prassi contrattuale che consisteva nell'associare ad un affare, inizialmente solo marittimo ma in seguito anche terrestre e bancario, una persona che fosse in possesso di merci o di capitali e intendesse farli fruttare. Si trattava nulla più che di una operazione di credito nata per scopi speculativi e accompagnata dal rischio del risultato.

Se per la sua natura si può pensare che essa esista da quando esiste l'uomo in rapporto di scambio con i propri simili, questa forma di commercio ha avuto un sensibile sviluppo e una più definita caratterizzazione nell'ambiente mercantile medioevale a causa della necessità di reperire risorse per finanziare ulteriori imprese commerciali.

La commenda si caratterizzava già da allora per la presenza di "colui che stava a casa", (lo *stans* detto in seguito *commendator*) che aveva e forniva i mezzi, e di colui che operava, viaggiava, gestiva l'affare (il *tractator o commendatarius*).

Il rischio dell'operazione era ripartito in base alla fornitura dei capitali; se questi erano forniti interamente dal *commendator* su di lui gravava il rischio (commenda unilaterale), se invece erano forniti da entrambi i contraenti, il rischio ricadeva su ambedue (commenda bilaterale) con una particolarità e cioè che per lo *stans* o *commendator* il rischio era contenuto nei limiti del suo apporto⁽³⁾. In tutti e due i casi il *commendator* risulta essere “il padrone dell'affare”⁽⁴⁾, colui che stabilisce le scelte e le operazioni da compiere.

La divisione degli utili in questo schema di contratto risulta non uguale nel tempo. Inizialmente tre quarti spettavano al *commendator* e un quarto al *tractator* ma non mancano pattuizioni che attribuiscono un terzo e anche la metà dell'utile al *tractator* come pure un utile ad arbitrio naturalmente a favore del *commendator*⁽⁵⁾.

La commenda, unilaterale e bilaterale, è praticata tra l'XI e il XIII secolo non solo a Genova ma anche a Marsiglia e a Barcellona, tutte città poste sul mare; fatto che avvalorava vieppiù l'ipotesi di una sua più antica origine come contratto marittimo. A Venezia, in questo stesso periodo, è praticata sotto il nome di “colleganza”. Il termine ne delinea, in qualche modo, la forma. Si tratta di una commenda bilaterale dalle caratteristiche simili alla “*societas*” genovese⁽⁶⁾, città quest'ultima ove la commenda appare abbondantemente descritta nei “Cartolari” notarili con espressioni come: “*quod de me habuisti occasione societatis vel accomendationis*” (ciò che hai avuto da me per ragioni di società o di accomandita)⁽⁷⁾.

³ SCIALOJA, *Sull' origine delle società commerciali, Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 233, cfr. CICCAGLIONE, *Il contratto di commenda nella storia del diritto italiano*, in “*Filangieri*”, 1886, XI, p. 332.

⁴ L'espressione è di GOLDSCHMIDT, *Del diritto commerciale, Storia universale*, trad. it. di POUCHAINE e SCIALOJA, Torino, 1913, p. 147.

⁵ ARCANGELI, *La commenda a Venezia specialmente nel secolo XIV*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1902, p. 149 ss.

⁶ MOROZZO DELLA ROCCA-LOMBARDO, *Documenti del commercio veneziano nei secoli XI e XIII*, Torino, 1940, n. 13.

⁷ Cartolare n. 2029 del notaio Giovanni di Guiberto del 17 giugno 1211.

Anche nei Cartolari veneziani compaiono espressioni come: “*quas portare debeo ad laborandum*” oppure “*ad tuum resicum*”.

A Venezia però già nel secolo XIII, sotto l’indicazione di una sempre più diffusa speculazione, la commenda bilaterale scompare per lasciar posto a quella di tipo unilaterale. Così come si è andata delineando nei secoli dopo l’anno mille, la commenda si differenzia dalla società per la mancanza del tessuto connettivo unificante, di un patrimonio comune e della responsabilità illimitata e personale. La sua identità va individuata, infatti, nel patto speculativo e la si può avvicinare al mutuo, al mandato, all’affidamento di denaro o merce ad una persona affinché li faccia fruttare su piazze o mercati lontani.

Anche se la commenda bilaterale ha delle forme che nell’incerta legislazione medioevale o moderna viene avvicinata alla società, essa rimane comunque un istituto cangiante, dissimile dalla società e variamente plasmato dalla prassi di tempo in tempo.

Tra le varie tipologie societarie la commenda tende ad accostarsi maggiormente all’Accomandita, istituto che fa la sua comparsa a Firenze nel 1408 e che si contraddistingue soprattutto per il fatto di essere “contratto pubblico” iscritto nel libro delle corporazioni. Iscrizione con la quale si mirava ad ovviare agli inconvenienti della responsabilità personale. Non vi sarà, tuttavia, distinzione netta tra le due e definizione chiara di quest’ultima sino all’avvento dello Statuto della Mercanzia del 1577 e soprattutto dell’*Ordonnance du Commerce* di Luigi XIV nel quale la società in accomandita acquista un suo ruolo ufficiale.

Dall’analisi dei rapporti tra associazione in partecipazione e società in accomandita non sono emersi risultati univoci. Da una parte si è affermato che i due istituti avrebbero avuto uno sviluppo storico distinto, da altra parte si è individuato nella

commenda l'origine comune, da altra parte ancora si è ritenuto che l'accomandita sarebbe sorta come derivazione dell'associazione stessa.

Ciascuna tesi proposta circa l'origine dell'associazione in partecipazione ha a suo sostegno numerosi ed efficaci documenti e ciò ha comportato l'impossibilità di raggiungere risultati univoci e certi.

In questa sede interessa per ora sottolineare come le incertezze di ricostruzione storica siano ora assorbite e risolte nella chiara distinzione di diritto positivo offerta dal nostro codice, come si vedrà nelle pagine seguenti.

1.3 Dall'Ordonnance du commerce al Codice civile del 1942

La dottrina italiana dedita allo studio dell'associazione in partecipazione ha avuto nell'ottocento come costante punto di riferimento il modello e la cultura giuridica francesi. Per descrivere, quindi, la vicenda legislativa dell'associazione in partecipazione è necessario partire dall'*Ordonnance du commerce* francese del 1807. La principale lacuna dell'*Ordonnance du commerce* è riconducibile alla circostanza che il legislatore francese del XVII secolo avrebbe ignorato la distinzione tra associazione in partecipazione e società in accomandita. Ciò, si è detto, “è avvenuto per la ragione che l'accomandita tra un commerciante e un non commerciante non registrata e senza ragione sociale non differisce in nulla né per disciplina giuridica, né per struttura economica da una vera e propria associazione di partecipazione”⁽⁸⁾.

Risalendo all'opinione autorevole di Savary⁽⁹⁾ l'associazione in partecipazione sarebbe una società anonima, meglio definita come società temporanea e occulta. Il modello francese si fonda sull'identificazione dell'associazione in partecipazione con la

⁸ SCIALOJA, *op. cit.*, p. 247.

⁹ SAVARY, *Le parfait negociant*, I, Parigi, 1675, p. 368.

società anonima. La legislazione italiana nel periodo pre-unitario (codice del commercio albertino del 1847) segue questo modello. Con l'unità d'Italia inizia però un processo di allontanamento da questa concezione. Il Codice di commercio del 1865 infatti definisce l'associazione in partecipazione un rapporto di credito, escludendo l'esistenza di un fondo comune. Dopo l'entrata in vigore del Codice di commercio del 1882 il dibattito dottrinale intorno all'associazione in partecipazione si concentra sul problema della natura societaria o meno dell'associazione in partecipazione ⁽¹⁰⁾. In coincidenza con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942 si è abbandonata la prospettiva tecnica che assimilava l'associazione in partecipazione alla società. Il confronto si concentra sull'inserimento del contratto nell'ambito dei contratti di scambio o in quello dei contratti associativi ⁽¹¹⁾.

Quindi l'associazione in partecipazione rimane anche nella configurazione normativa attuale un istituto i cui caratteri sono definiti in modo molto sommario.

E' un istituto destinato molto probabilmente ad essere assunto come schema giuridico per operazioni complesse o come strumento per superare alcuni ostacoli giuridici ⁽¹²⁾.

¹⁰ V. cap. II: *“Tratti distintivi dell'associazione in partecipazione rispetto alla società”*.

¹¹ V.cap.II: *“Qualificazione dell'associazione in partecipazione tra contratti di scambio e contratti associativi”*.

¹² V. cap. III: *“La professione intellettuale nell'associazione in partecipazione”*.

CAPITOLO SECONDO

La natura del contratto

SOMMARIO: 2. L'associazione in partecipazione. – 2.1 Tratti distintivi dell'associazione in partecipazione rispetto alla società. – 2.2 L'associazione in partecipazione tra contratti di scambio e contratti associativi. – 2.2.1 Nozione di contratto associativo. – 2.2.2 Nozione di contratto di scambio. – 2.3 L'associazione in partecipazione come contratto aleatorio. – 2.4 Il contratto parziario. – 2.5 Il contratto di cointeressenza art. 2554 c.c.; cointeressenza propria e impropria.

2. L'associazione in partecipazione

2.1 Tratti distintivi dell'associazione in partecipazione rispetto alla società

Con l'avvento del Codice civile del 1942 il dibattito dottrinale si concentra sulla natura societaria o meno dell'associazione in partecipazione. Tra i sostenitori della natura societaria vi sono pareri difformi; vi è chi interpreta l'art. 236 del codice di commercio là dove dice “ *i partecipanti non hanno alcun diritto di proprietà sulle cose cadenti nell'associazione, ancorché da essi amministrati*” e afferma che le “*cose cadenti nell'associazione*” non diventano di proprietà dell'associante ma vanno a costituire un patrimonio separato vincolato ad uno scopo indicato in contratto. C'è ancora chi nega che l'associazione in partecipazione possa essere considerata una società commerciale ma individua una analogia con la società civile ⁽¹⁾.

Anche il fronte di coloro che negano la natura societaria non presenta uniformità di giudizi. C'è chi fonda la distinzione dell'associazione in partecipazione dalla società sulla negazione dell'esistenza di un vincolo sociale nei rapporti interni e quindi

¹ GALGANO, *Diritto Commerciale. Le società*: “l'impresa civile configura una terza specie di impresa diversa sia dall'impresa agricola sia dall'impresa commerciale”, Bologna, 2003, p. 21.

sull'impossibilità di avvicinarla alla società civile a causa della mancanza di un patrimonio comune attorno a cui soltanto si riannoda il vincolo sociale ⁽²⁾, e c'è chi tenta di inquadrare l'istituto all'interno dei contratti di mutuo ⁽³⁾. Altri ancora accostano l'associazione in partecipazione al mandato.

L'opinione dominante del diritto italiano afferma che l'associazione in partecipazione non è una società. Nell'associazione in partecipazione l'associante è un imprenditore o, quanto meno, un soggetto che svolge una attività economica, mentre l'associato che conferisce un apporto in denaro, in natura o in godimento, rimane estraneo all'affare o all'impresa dell'associante. Il suo corrispettivo è rappresentato dalla partecipazione agli utili dell'affare o dell'impresa e dalla partecipazione alle perdite non oltre il valore del proprio apporto (art. 2553 c.c.) ⁽⁴⁾. Della società manca una soggettività giuridica distinta da quella dei singoli partecipi: non nasce alcun nuovo soggetto dotato di propri organi e di un patrimonio autonomo, né ha luogo la gestione in comune del rischio di impresa. L'apporto dell'associato non concorre a formare un fondo comune alle parti, ma entra nel patrimonio dell'associante, che dovrà restituirglielo, insieme alla percentuale di utili pattuiti, alla scadenza prevista dal contratto o all'avvenuta conclusione dell'affare. I terzi acquistano diritti ed assumono obbligazioni solo nei confronti dell'associante (art. 2551); e solo a questi spetta la gestione dell'impresa o dell'affare, mentre l'associato ha diritto al rendiconto

² NAVARRINI, *Trattato Teorico Pratico di diritto commerciale*, Torino, 1921, p. 127 ss.

³ CAROSELLI, *L'Associazione in partecipazione*, Padova, 1930, p. 151 ss.

⁴ E' pertanto nulla la clausola di responsabilità illimitata; lecite sono le clausole di forfetizzazione degli utili indipendentemente dai risultati, di non restituzione dell'apporto (c.d. a fondo perduto) o di rimborso superiore al valore dello stesso o di suo rimborso in corso di attività. A tale riguardo, sagace la notazione di COTTINO-SARALE, *L'Associazione in partecipazione*, in COTTINO-SARALE-WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, pp. 351-352, secondo i quali l'espressione "uno o più affari" di cui all'art. 2549 c.c. dovrà essere riferita "anche al caso in cui un imprenditore intenda far partecipare il finanziatore ad una frazione soltanto di una ampia attività di impresa", prospettiva dischiusa dalla recente riforma della società di capitali con l'istituto dei "patrimoni destinati" (art. 2447-bis c.c.), che prevede l'erogazione di strumenti finanziari atipici ai finanziatori dell'affare o degli affari al cui servizio viene "destinato" un patrimonio (art. 2447-ter, lettera f, c.c.).

dell'impresa o dell'affare in vista del quale ha eseguito il suo apporto (⁵). L'associato è dunque un finanziatore esterno dell'impresa, un investitore di capitali nell'impresa altrui; ma è un investitore che espone il proprio apporto al rischio dell'impresa o dell'affare altrui: se l'impresa o lo specifico affare dell'associante produce utili, egli ne riscuote la percentuale pattuita; se, all'opposto, l'impresa o l'affare risulta in perdita, egli vi concorre, salvo "patto contrario", nella stessa percentuale nella quale partecipa agli utili, fino al rischio di perdere l'intero apporto. Se l'associante è dichiarato fallito, l'associato che abbia eseguito per intero l'apporto sarà creditore del fallimento per quella parte dell'apporto che non sia assorbita dalle perdite a suo carico (art. 77 l. fall.).

La profonda differenza di natura tra associazione in partecipazione e società viene messa in rilievo nella stessa collocazione sistematica dei due istituti posta dal Codice: le società sono disciplinate sotto il titolo V del libro V, mentre l'associazione in partecipazione è disciplinata sotto il titolo VII, del tutto a parte.

L'associazione in partecipazione è un contratto destinato esclusivamente a regolare i rapporti tra associante e associato. A differenza di quanto avviene per le società, all'elemento negoziale non si aggiunge alcun elemento organizzativo. Statuendosi all'art. 2551 c.c. che i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante, implicitamente, ma inequivocabilmente, si esclude che l'associazione in partecipazione dia luogo ad una entità giuridica soggettivamente o anche soltanto oggettivamente autonoma. E' questa la caratteristica più saliente dell'associazione in partecipazione e l'elemento differenziale di maggior rilievo rispetto alla società. Manca nell'associazione in partecipazione la creazione di un fondo comune destinato all'esercizio dell'attività economica e sul quale si esplicano in diversa misura i

⁵ " E' previsto dal contratto il riconoscimento di un generico potere di controllo dell'associato sull'impresa o sull'affare per cui l'associazione è stata contratta" (art. 2552 c.c.).

poteri degli interessati; manca un'attività comune, manca la realizzazione in comune degli utili e una loro successiva ripartizione. L'associante, sulla base del contratto di associazione in partecipazione, sarà obbligato a versare la somma corrispondente alla parte di utile di spettanza dell'associato.

Si può aggiungere ancora che, per comprendere ulteriormente la distinzione tra associazione in partecipazione e società non è sufficiente affermare che la prima si caratterizza per l'esercizio esclusivo dell'attività in capo all'associante e la seconda invece per l'esercizio dell'attività in comune ma è opportuno chiarire il significato di "esercizio in comune" (⁶).

L'opinione tradizionale traduce l'esercizio in comune come presenza di un patrimonio autonomo e di una gestione comune.

La costituzione di un patrimonio autonomo "*...più che un dato inequivocabile per accertare l'esistenza di una società, è una conseguenza della sua esistenza...*" (⁷). Per quanto riguarda poi la gestione comune non la si può comprendere chiaramente se prima non si chiarisce il vero senso del termine "comune". Esso potrebbe essere inteso come gestione riconducibile alla volontà di tutti i soci, come programmazione in comune delle operazioni sociali; entrambe operazioni riconducibili, in termini formali, all'organizzazione della società (⁸). Tuttavia già nell'amministrazione disgiuntiva di una società la partecipazione di tutti i soci alla gestione è solo eventuale, dipendendo dal verificarsi di un conflitto tra due amministratori. Anche nelle società per azioni gli azionisti di risparmio non hanno alcun diritto di voto. Inoltre vi è un tipo di società "l'accomandita" che si caratterizza proprio per l'esclusione di una categoria di soci dalla

⁶ DE ACUTIS, *L'Associazione in partecipazione*, Padova, 1999, p. 39 ss.

⁷ FERRI, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale*, voce "Associazione in partecipazione", IV ed., Torino, 1988, p. 510.

⁸ SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 134.

gestione. Ciò che nella società quindi garantisce “l’esercizio in comune” di una attività economica è il rapporto funzionale che con il contratto di società si instaura tra il gruppo dei partecipanti e il soggetto deputato a produrre. Il gruppo è il necessario destinatario di tutto il risultato. Nell’associazione in partecipazione l’impresa è e resta dell’associante ed è quest’ultimo che attribuisce all’associato una partecipazione agli utili (⁹).

Società ed associazione in partecipazione hanno quindi identità differenti anche se insorgono frequentemente difficoltà nella qualificazione della fattispecie concreta, in particolare quando si tratta di stabilire i confini che le parti del contratto di associazione in partecipazione non devono varcare per non incorrere in un vero e proprio rapporto societario.

2.2 L’associazione in partecipazione tra contratti associativi e contratti di scambio

Il problema più delicato è quello riguardante la natura del contratto di associazione in partecipazione: se, cioè, questo deve essere ricompreso nella categoria dei contratti di scambio o in quella dei contratti associativi. Entrambe le tesi hanno avuto sostenitori in dottrina (¹⁰). Il dibattito in questione presuppone il riesame dell’identità e degli elementi caratterizzanti dei contratti associativi e dei contratti di scambio.

2.2.1 Nozione di contratto associativo

⁹ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ Per la tesi del contratto di scambio cfr. DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 61 e ss., DE FERRA, *Della Associazione in partecipazione*, Bologna, 1973, pp. 12-15. Per la tesi del contratto associativo cfr. RAVÀ, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano, 1938, p. 36 ss., AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 139 e ss.

I contratti associativi fanno parte della più ampia famiglia dei contratti con comunione di scopo che il Codice civile non definisce ma si limita a menzionare incidentalmente nell'art. 1420 c.c. a proposito della disciplina della nullità dei cosiddetti contratti plurilaterali (¹¹). E' errato, tuttavia, identificare il contratto con comunione di scopo con il contratto plurilaterale in quanto anche un contratto bilaterale può esprimere uno scopo comune (l'art. 2447 contempla due o più parti).

La nozione di contratto plurilaterale è tipicamente legislativa; per aversi tale figura non basta che il contratto sia a più di due parti ma occorrono anche altri requisiti e precisamente: l'esistenza, sia pure potenzialmente, di più di due parti, il conseguimento di uno scopo comune e la non essenzialità della partecipazione di tutte le parti (¹²). Tuttavia, la caratteristica più importante del contratto plurilaterale è la "comunione di scopo", intesa nel senso che le parti mirano ad un unico risultato. Questo scopo comune può consistere in una attività economica lucrativa (società), nella creazione di un'organizzazione che permette il godimento di determinati servizi (cooperative ed associazioni riconosciute e non), nella costituzione di una disciplina collettiva dei rapporti tra le parti e tra esse ed i terzi (consorzi, cartelli sindacali ed azionari) ecc. La non essenzialità della partecipazione di tutte le parti risulta chiaramente dall'art. 1420 c.c. La pluralità è solo eventuale nel senso che lo stesso tipo di contratto può sussistere anche con due sole parti. Ad esempio il contratto di società stipulato tra due parti a cui poi si associano altri soggetti. Inizialmente il contratto nasce come contratto bilaterale e solo in seguito all'adesione di altri soci sarà applicabile la disciplina tipica del contratto plurilaterale.

¹¹ "Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale" (art. 1420 c.c.).

¹² DIENER, *Il Contratto in generale*, Milano, 2002, p. 63.

Il contratto con comunione di scopo è un contratto bi-o-plurilaterale nel quale le prestazioni di due o più parti sono ispirate ad uno scopo che è comune a tutte e che si realizza in adempimenti atti a soddisfare contemporaneamente l'interesse individuale di tutti i contraenti. Nel contratto di società gli eventi capaci di soddisfare lo scopo finale comune, rappresentato dalla ripartizione dell'utile di esercizio, sono l'esercizio dell'obbligo del conferimento e l'esercizio in comune dell'attività economica. Gli interessi individuali che si vogliono soddisfare sono omogenei. Per soddisfare interessi omogenei le prestazioni devono essere tutte funzionali all'esercizio in comune dell'attività economica. Ma un contratto con comunione di scopo diviene "associativo" solo quando le parti, per conseguire il soddisfacimento dell'interesse comune, si impegnano ad un "fare" teleologicamente coordinato (¹³).

Al contratto di società non sono estranei aspetti di scambio all'interno della cornice associativa: nelle società lucrative, come corrispettivo del conferimento, i soci hanno diritto a vantaggi patrimoniali corrispondenti ai risultati economici della gestione, nelle cooperative e nei consorzi hanno luogo veri e propri rapporti di scambio (fornitura di servizi, cessione di beni, credito, assicurazione) con i rispettivi associati (¹⁴). In questi casi la corrispettività non avviene tra soci ma tra il singolo socio e l'organismo strumentale al conseguimento dello scopo comune. Essendo, tuttavia, la corrispettività tipica dei contratti di scambio si può parlare, qui, di "corrispettività indiretta" mediata e temperata dalle esigenze connesse alla comunione di scopo.

Nella società, quindi, le prestazioni dei soci non sono corrispettive: ciascun socio esegue il proprio conferimento non per ottenere in cambio un'utilità diretta dagli altri

¹³ Per un'ampia casistica dei contratti con comunione di scopo e di quelli associativi si rinvia a GALGANO, "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", in *Commentario del codice civile* (Libro I, art. 36-42), a cura di SCIALOJA-V. BRANCA, II ed., Bologna-Roma, 1976, pp. 16-22.

¹⁴ GALGANO, *Diritto Commerciale.L'Imprenditore*, cit. p. 25.

soci, bensì per ottenere, attraverso i conferimenti di tutti i soci, la realizzazione della struttura comune. In conclusione la causa del contratto associativo è “la struttura comune”.

2.2.2 Nozione di contratto di scambio

I contratti di scambio, detti anche sinallagmatici o a prestazioni corrispettive, sono quei contratti nei quali sorgono obblighi e diritti a prestazioni reciproche, collegate tra loro da un rapporto di interdipendenza nel senso che ciascuna si regge sull'altra. La caratteristica di tali contratti è il cosiddetto “sinallagma” che in greco significa “vincolato insieme”, vale a dire che la prestazione di una parte è reciproca della prestazione dell'altra, o meglio, che ciascuna prestazione è causa dell'altra. La causa dei contratti di scambio è dunque lo scambio giuridico tra le prestazioni al punto che ogni problematica pertinente ad una prestazione, è pertinente all'altra come sua causa. Se un evento negativo, pertanto, rende impossibile la prestazione di una parte, automaticamente il contratto si risolve e la controprestazione viene senz'altro meno.

Da quanto detto risultano contratti sinallagmatici: la vendita, in quanto si scambia l'obbligo di attribuire un bene con l'obbligo del prezzo; la permuta, con la quale si scambia l'obbligo di consegnare un bene con un obbligo analogo; la locazione, mediante la quale si scambia l'obbligo di consegnare un appartamento o una casa con l'obbligo di un canone da pagare; il contratto di lavoro nel quale si scambia l'obbligo di una attività lavorativa con l'obbligo di un salario.

Il sinallagma si distingue in genetico e funzionale. Il primo indica il reciproco rapporto di giustificazione causale tra le obbligazioni derivanti dal contratto e riguarda

la formazione del vincolo, il secondo indica il reciproco rapporto tra le prestazioni originate dal contratto e riguarda la vita del rapporto.

I contratti di scambio rappresentano una classe ristretta all'interno della categoria dei contratti onerosi. Tutti i contratti a prestazioni corrispettive sono onerosi ma non tutti i contratti onerosi sono a prestazioni corrispettive; ne sono un esempio i contratti con comunione di scopo.

Sotto l'aspetto economico l'associazione in partecipazione realizza un fenomeno di cooperazione di forze economiche in vista di un risultato che, economicamente, è comune. L'essenzialità dell'apporto dell'associato è la prova migliore di questa sostanza economica del rapporto: *"l'apporto è solo un mezzo per realizzare una cooperazione economica in un dato campo"* ed esso ha pertanto *"una funzione strumentale rispetto all'attività esercitata"* ⁽¹⁵⁾. Quindi la sostanza economica presente nell'associazione in partecipazione non appare diversa da quella che si realizza nella società ⁽¹⁶⁾. Tuttavia la cooperazione nell'associazione in partecipazione assume, giuridicamente, una struttura caratteristica che sembra essere più vicina a quella che si realizza in un contratto di scambio che non a quella che si realizza in un contratto associativo. Mentre nei contratti di scambio l'una parte realizza il proprio interesse immediatamente dalla prestazione dell'altra, nei contratti associativi la realizzazione dell'interesse finale di ogni parte si attua attraverso il raggiungimento di una finalità mediata, di uno scopo-mezzo che è comune a tutte le parti ⁽¹⁷⁾. Nell'associazione in partecipazione con la prestazione dell'associato si realizza immediatamente il soddisfacimento dell'interesse dell'associante; l'associato ottiene subito, all'atto della stipulazione del contratto, la promessa della partecipazione agli utili. Le parti, associato ed associante, non destinano

¹⁵ FERRI, in *Noviss. Digesto it.*, voce "Associazione in partecipazione", cit. p. 1436.

¹⁶ *Ivi*, p. 1435; De Ferra, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, XXXIII, p. 94.

¹⁷ GHIDINI, *op. cit.*, p. 41 ss.

assieme i rispettivi contributi all'esercizio dell'attività (affare o impresa), ma l'associato devolve l'apporto all'associante e questi devolve i propri mezzi, comprensivi dell'apporto, all'esercizio dell'attività stessa. Nell'associazione in partecipazione manca dunque lo scopo-mezzo comune alle parti. Lo scopo dell'esercizio dell'attività economica è proprio del solo associante, al quale spetta la gestione. Il fatto che l'associato abbia un interesse ai risultati dell'esercizio economico non significa che abbia uno scopo in comune con l'associante; per aversi comunione di scopo occorre che sui risultati stessi verta una confluenza di diritti qualitativamente eguali delle parti ⁽¹⁸⁾.

2.3 L'associazione in partecipazione come contratto aleatorio

Le prestazioni corrispettive all'interno di un rapporto di associazione in partecipazione sono rappresentate da un lato dall'apporto dell'associato e dall'altro dalla promessa di divisione di utili futuri. La liquidazione degli utili, tuttavia, non è certa ma è eventuale perché dipende dall'esito favorevole dell'attività di impresa o dell'affare. L'incertezza della prestazione dell'associante, pertanto, non toglie il carattere della sinallagmaticità tra le due obbligazioni ma indica solo che il contratto di associazione in partecipazione è aleatorio ⁽¹⁹⁾. Il Codice civile del 1942 non dà una definizione generale della categoria dei contratti aleatori e nemmeno di quella contrapposta dei contratti commutativi e ciò ha portato al manifestarsi di posizioni molto divaricate in materia.

La dottrina che ha studiato i contratti aleatori ha elaborato due "teorie" al riguardo e sulle quali è concorde la maggioranza degli interpreti; la prima ritiene che

¹⁸ *Ivi*, pp. 44-45.

¹⁹ Sostengono l'appartenenza del contratto di associazione in partecipazione alla categoria dei contratti aleatori: DE FERRA, *Dell'Associazione in partecipazione*, sub art. 2549, cit. p. 13 e ss. e GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, cit. pp. 46-47.

l'aleatorietà non è un carattere riconducibile ai contratti associativi ⁽²⁰⁾, la seconda, invece, reputa che l'aleatorietà giuridicamente rilevante è quella che coinvolge entrambi i contraenti in senso reciprocamente inverso. La prima affermazione non assume alcun rilievo in quanto l'associazione in partecipazione non è collocata nell'ambito dei contratti associativi. Riguardo la seconda affermazione emergono alcuni dubbi non tanto in relazione al fatto che alla prestazione certa dell'associato si contrapponga quella incerta dell'associante, bensì, in merito al fatto se l'esito dell'attività economica reagisce in senso inverso sulle due posizioni contrattuali.

Considerando le economie delle parti non vi è dubbio che il risultato dell'impresa o dell'affare incida nella stessa direzione sia per l'associato che per l'associante. Tuttavia parte della dottrina ritiene che la determinazione del "se" e del "quanto" della prestazione dell'associante incide realmente in senso reciprocamente inverso sulle posizioni dell'associato e dell'associante ⁽²¹⁾. Infatti, se l'attività non produce utili, l'associato è danneggiato in quanto non percepisce alcun compenso; l'associante invece è avvantaggiato perché ha acquisito un determinato apporto senza dar nulla in cambio.

Un'ulteriore obiezione circa il carattere aleatorio del contratto di associazione in partecipazione potrebbe derivare dal considerare l'alea come alea meramente economica e non giuridica. La cosiddetta "alea economica", denominata dal legislatore "alea normale del contratto" ⁽²²⁾, indica un rischio prevedibile, derivante dalle oscillazioni di mercato, che incide sul valore delle prestazioni senza mutare la causa del

²⁰ BETTI, *Teoria Generale delle obbligazioni, III, Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954, p. 78: "i rischi tipici del contratto associativo sono inerenti, ancor prima che al tipo di contratto alla stessa attività economica che ne è oggetto. L'alea è però in certo modo estranea allo stesso contratto, inerendo, alla stessa comune attività produttiva in quanto tale".

²¹ Concorda con tale teoria DE ACUTIS, *op. cit.*, pp. 77-78.

²² "La risoluzione del contratto non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto." (art. 1467, comma 2°, c.c.).

contratto. L'alea economica non incide sulla natura del contratto e non rende il contratto aleatorio. Il tipico esempio di alea meramente economica è il rischio di impresa.

L'alea giuridica, invece, costituisce un rischio che penetra nella causa stessa del contratto trasformandolo appunto in contratto aleatorio. A tale riguardo nell'associazione in partecipazione l'associato, in quanto estraneo all'esercizio di impresa, non risulta compartecipe del relativo rischio perché l'impresa e il rischio annesso divengono nel contratto punti di riferimento esclusivamente giuridici e non economici ⁽²³⁾.

L'associazione in partecipazione è dunque un contratto aleatorio, ma ad alea limitata per l'associato nel senso che egli non potrà perdere più del valore determinato del suo apporto e potrà non conseguire alcun utile ⁽²⁴⁾.

2.4 Il contratto parziario

Una tesi, sostenuta da una significativa corrente dottrinale nel periodo precedente l'entrata in vigore del Codice del 1942, argomenta che l'associazione in partecipazione è collocabile nell'ambito dei contratti "parziari", quei contratti cioè che, pur non costituendo una categoria autonoma e intermedia tra i contratti di scambio e quelli associativi, e rimanendo quindi nell'ambito della categoria dello scambio, si caratterizzano per la circostanza che in essi "*il corrispettivo di una prestazione certa si individua alla stregua dei risultati di un'impresa o di un singolo affare dello stesso soggetto obbligato*" ⁽²⁵⁾, una aleatorietà che potremmo definire, per l'appunto, "parziale", normalmente vertente sul *quantum*.

²³ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 78.

²⁴ GHIDINI, in *Enc. del dir.*, voce "Associazione in partecipazione", Milano, n. 3, p. 851.

²⁵ IRTI, in *Noviss. Digesto it.*, XI, voce "Negozio Parziario", Torino, 1965, p. 223 ss.

Nei primi anni del novecento il fenomeno del negozio parziario è stato oggetto di una netta elaborazione definendosi come *“una speciale relazione tra le parti, per cui, a causa di certe speciali prestazioni, si debba un compenso che si determinerà praticamente come quota parte del profitto ottenuto da una impresa a cui quella prestazione ha contribuito”* ⁽²⁶⁾.

Da questa analisi del dato economico-sociale era emersa l'esigenza di una nuova categoria tipica che ricomprendesse quei contratti per i quali le tradizionali categorie di negozi di scambio e negozi associativi apparivano inadeguati; l'una che non tollerava l'attuale indeterminabilità della controprestazione, l'altra che esigeva nelle parti una assoluta reciprocità di diritti e doveri.

Occorreva, dunque, una nuova categoria che si collocasse tra lo scambio e la società in cui le sfere economiche delle parti non rimanessero distinte né si fondessero ma si influenzassero reciprocamente ⁽²⁷⁾. Tale era la categoria del negozio parziario che svolgeva una funzione intermedia tra lo scambio e la messa in comune dei beni.

Questa dottrina fece confluire così nella categoria cosiddetta del negozio parziario numerosi contratti sia civili sia commerciali. Così, l'associazione in partecipazione veniva ricondotta alla categoria del negozio parziario, nel senso sopra specificato di parziale “aleatorietà”.

La prestazione di questi contratti concorre ad un'impresa e resta legata alle sue sorti: *“tutto ciò che aumenta i profitti dell'impresa e ogni evento sinistro che li diminuisce si ripercuote immediatamente sul parziario, in quanto la remunerazione*

²⁶ BREGLIA, *Il negozio giuridico parziario*, Napoli, 1916, p. 7.

²⁷ *Ivi*, pp. 488-492.

concreta che al parziario toccherà è dipendente dall'altezza del profitto di chi lo ha a sé associato” ⁽²⁸⁾.

Tale impostazione, tuttavia, incorreva in una critica di massima: i beni o si trasferivano nella cerchia economica altrui o si associavano in un'impresa di interesse comune. Scambiare e unire erano termini inconciliabili. L'antitesi logica tra contratti di scambio e contratti associativi escludeva la possibilità di un *tertium genus*, che partecipasse ai caratteri di ambedue le categorie ⁽²⁹⁾.

Dal momento che la caratteristica del negozio parziario era rappresentata dal fatto che il corrispettivo di una prestazione certa si individuava attraverso il rinvio al variabile esito di un'impresa o di un singolo affare dello stesso debitore, appariva più corretto ricondurlo nell'ambito della categoria dei negozi di scambio in cui i soggetti adottavano un tipico “sistema retributivo”. La clausola parziaria, infatti, non altera la funzione del contratto che rimane di scambio, ma compromette la normale straneità del compenso alle sorti dell'impresa. Vi è un nesso tra corrispettivo ed esito dell'attività economica.

Ai contratti di scambio caratterizzati da una controprestazione in *toto* parziaria si applicherebbe, così, in modo integrale la disciplina dell'associazione in partecipazione.

La dottrina attuale, tuttavia, definendo l'associazione in partecipazione come un contratto in cui ad una prestazione certa dell'associato si contrappone una prestazione incerta dell'associante legata alle sorti dell'impresa o dell'affare, configura tale negozio come un contratto di scambio parzialmente aleatorio, definizione forse preferibile a quella tramandata di “contratto parziario”.

2.5 Il contratto di cointeressenza, art. 2554 c.c.: cointeressenza propria e impropria

²⁸ *Ivi*, pp. 487-488.

²⁹ BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, vol. II, Milano, 1955, p. 43 ss.

Il legislatore ha individuato una certa affinità, condivisa anche dalla giurisprudenza ⁽³⁰⁾, tra l'associazione in partecipazione e il contratto di cointeressenza.

Il contratto di cointeressenza è regolato con norme di rinvio all'associazione in partecipazione ma si caratterizza per la "mancanza del corrispettivo di un determinato apporto" ⁽³¹⁾. Nell'art. 2554 c.c. emergono due casi di cointeressenza: il primo, "partecipazione agli utili dell'impresa senza partecipazione alle perdite", rappresenta un'ipotesi di cointeressenza impropria, il secondo, invece, "partecipazione agli utili e alle perdite", rappresenta un'ipotesi di cointeressenza propria.

La maggior parte degli autori ⁽³²⁾ e la giurisprudenza ritengono essenziale l'apporto nella prima delle due ipotesi previste dall'art. 2554 c.c. ⁽³³⁾ pur riconoscendo che l'inciso finale dell'articolo di legge, "senza il corrispettivo di un determinato apporto", è equivoco perché potrebbe riferirsi solo alla cointeressenza propria o ad entrambe le ipotesi di cointeressenza propria ed impropria. Tuttavia, se l'obbligo dell'apporto fosse liberamente derogabile sarebbe assurda la costituzione di un nuovo contratto di cointeressenza impropria per distinguerlo dal contratto di cointeressenza propria se l'unico elemento differenziatore fosse la mancanza della partecipazione alle perdite, vista la possibilità di escluderla convenzionalmente ⁽³⁴⁾. Pertanto, appare irragionevole che un'impresa possa attribuire la partecipazione agli utili senza partecipazione alle perdite senza ottenere in cambio nemmeno un apporto ⁽³⁵⁾.

³⁰ Cass., 16 dicembre 1976, n. 4653, in *Giur. it. Mass.*, 1976, p. 1102.

³¹ "Le disposizioni degli art. 2551 e 2552 c.c. si applicano anche al contratto di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite e al contratto con il quale un contraente attribuisce la partecipazione agli utili e alle perdite della sua impresa, senza il corrispettivo di un determinato apporto." (art. 2554 c.c.).

³² UBERTI-BONA, in *Enc. del dir.*, VII, voce "Cointeressenza", Milano, 1960, p. 307 e ss.

³³ Cass., 15 gennaio 1979, n. 294, in *Dir. fall.*, 1979, II, p.210; Cass., 8 giugno 1985, n. 3442, in *Società*, 1986, p. 148 ss.

³⁴ UBERTI-BONA, *op. cit.*, p. 308.

³⁵ GHIDINI, *L'Associazione in partecipazione*, cit. p. 128.

Si può risolvere, dunque, la cointeressenza impropria nel contratto di associazione in partecipazione nel quale sia convenzionalmente esclusa la partecipazione dell'associato alle perdite (³⁶).

Le differenze tra i due istituti si riscontrano principalmente nel mancato rinvio della disciplina della cointeressenza ad alcune norme sull'associazione in partecipazione; nell'art. 2554 c.c. non vengono richiamati né l'art. 2550 c.c. né l'art. 2553 c.c..

Il mancato richiamo dell'art. 2553 c.c. è evidente poiché nella cointeressenza propria il mancato apporto impedisce qualunque riferimento ad esso nella determinazione del tetto massimo della partecipazione del cointeressato alle perdite; nella cointeressenza impropria non ha senso perché manca proprio nella fattispecie stessa del contratto la partecipazione alle perdite.

Il mancato richiamo dell'art. 2550 c.c., invece, dimostra che chi ha attribuito una cointeressenza agli utili, propria o impropria, può, a differenza dell'associante, concludere altri contratti analoghi riferiti alla stessa impresa. L'applicazione dell'art. 2550 c.c. non si spiega dall'esigenza di tutelare l'associato dal rischio di sopportare le perdite, altrimenti non si spiegherebbe perché analoga tutela non debba riconoscersi anche al cointeressato, ma nell'esigenza di tutelare l'associato che corre il rischio dell'apporto (³⁷).

³⁶ *Ibidem*, p. 128.

³⁷ WEIGMANN, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale*, III, voce "Cointeressenza", IV ed., Torino, 1988, p. 124 ss.

CAPITOLO TERZO

Il ruolo dell'associante

SOMMARIO: 3. L'associante. – 3.1 L'attività dell'associante. – 3.1.1 L'impresa. – 3.1.2 L'affare. – 3.1.3 Attività economiche non qualificabili né come impresa né come affare. – 3.2 La professione intellettuale nell'associazione in partecipazione. – 3.3 Gestione e limiti alla libertà di gestione dell'associante.

3. L'associante

3.1 Attività dell'associante

Nel Codice di commercio del 1882 nell'art. 223 l'associato veniva qualificato come “commerciante o società commerciale” e soltanto nel successivo art. 234 si prevedeva l'eventualità che anche un “non commerciante” attribuisse partecipazioni di proprie operazioni commerciali. L'art. 2549 c.c. del 1942, invece, fa riferimento ad una figura generica di associante ⁽¹⁾.

L'art. 2549 c.c., secondo cui “*l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari*”, qualifica l'associante come un imprenditore, individuale o collettivo, o semplicemente come un soggetto che svolge un affare a scopo di lucro.

La generalità degli interpreti ha concentrato la sua attenzione sulla fattispecie in cui un imprenditore attribuisce ad un altro soggetto la partecipazione agli utili della

¹ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 140.

propria attività di impresa relegando al margine l'ipotesi dell'associazione ad un affare determinato ⁽²⁾.

3.1.1 L'impresa

Per la definizione di "impresa" si fa rinvio all'art. 2082 c.c. per cui: "è *imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi*".

Gli interpreti sono sempre stati orientati a considerare quasi esclusivamente la partecipazione agli utili dell'impresa. La stessa collocazione della disciplina dell'associazione in partecipazione nel Libro V del Codice civile ha contribuito a indirizzare gli autori verso questa interpretazione. Si era consolidata una visione dell'istituto in cui se l'associante fosse stato imprenditore la partecipazione era "naturalmente" riferita ad un'impresa e soltanto nel caso in cui l'associante non fosse stato imprenditore la partecipazione era riferibile al singolo affare.

Si era finiti, così, per semplificare un quadro che in realtà si presenta molto più articolato e complesso; è possibile, infatti, che si realizzi anche l'ipotesi della partecipazione ad un singolo affare pur essendo l'associante un imprenditore. Quest'ultima situazione ha sollevato una fondamentale questione in relazione all'applicazione dell'art. 77 della legge fallimentare.

Può accadere che, nonostante il fallimento dell'imprenditore associante e il conseguente scioglimento dell'associazione in partecipazione ⁽³⁾, il saldo tra ricavi e costi dell'affare evidenzia un utile e che, quindi, l'associato vanta un credito

² *Ivi*, p. 139.

³ La norma dell'art. 77 della l. fall. si applica anche ad un affare singolo; così, per tutti, GUGLIELMUCCI, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, nel *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, sub. art. 77., p. 261.

corrispondente alla propria quota di partecipazione agli utili. Qualora si verifici questa situazione l'associato è legittimato a insinuare al passivo il suo credito alla restituzione del conferimento e agli utili eventualmente prodotti dall'affare, "così come avrebbe potuto esigerli dall'associante *in bonis* quand'anche, reddizio l'affare, le risultanze contabili dell'esercizio dell'impresa non avessero dato un saldo attivo" (4).

Questa conclusione è stata estesa dalla dottrina all'ipotesi del fallimento di un imprenditore titolare di più imprese (5). Anche in questa ipotesi, ignorata anch'essa dalla legge fallimentare, può accadere che, nonostante il fallimento dell'associante, la gestione dell'impresa cui afferisce l'associazione non evidenzia, al momento dello scioglimento del rapporto, una perdita ma, al contrario, un utile (6).

3.1.2 L'affare

L'individuazione della nozione di affare appare molto più problematica rispetto a quella di "impresa" in quanto il termine ricorre con una certa frequenza anche in altri istituti disciplinati dal Codice civile. Il legislatore utilizza il termine "affare" come sinonimo di atto giuridico o di contratto; il termine appare nell'istituto della "mediazione e gestione di affari" (art. 1754 e 2028 c.c.) e, ancora, nell'ipotesi della "rappresentanza commerciale" (7).

Tuttavia il riferimento agli altri istituti disciplinati nel Codice civile non aiuta ad individuare il significato di "affare" nell'ambito del contratto di associazione in partecipazione. L'elemento che contraddistingue l'affare nell'associazione in

⁴ DE FERRA, *op. cit.*, sub. art. 2549, p. 50.

⁵ Ipotesi considerata anche da GHIDINI, *op. cit.*, p. 109 ss.

⁶ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 150.

⁷ Istitore art. 2206 e 2207 c.c. e per il richiamo di cui all'art. 2209 c.c. procuratore, accomandante che tratta e conclude affari in nome della società in forza di procura speciale nella S.a.S (art. 2320 c.c.).

partecipazione dalle altre fattispecie è la capacità di produrre utili essendo questi ultimi il corrispettivo da destinare all'associato in cambio del suo apporto.

In definitiva, ai fini dell'associazione in partecipazione è sempre “indispensabile il compimento di una attività economica caratterizzata da scopo di lucro” ⁽⁸⁾ seppur ci si riferisce ad un affare determinato.

La distinzione tra “affare” e “impresa”, quindi, va colta sul diverso terreno dell'assenza nel primo del requisito della professionalità che, ai sensi dell'art. 2082 c.c., caratterizza, invece, la seconda.

A differenza dall'associazione ad una impresa, inoltre, l'associazione ad un singolo affare non si può considerare a tempo indeterminato; nell'ipotesi in cui manchi l'indicazione espressa delle parti, la durata del contratto si ricaverà indirettamente dalla durata dell'affare.

3.1.3 Attività economiche non qualificabili né come “impresa” né come “affare”

Gli oggetti su cui insiste la partecipazione dell'associato sono, dunque, l'impresa o uno o più affari dell'associante. Tuttavia, la scelta del legislatore di nominare espressamente “impresa” e “affare” e non parlare, invece, genericamente di “attività economica” fa sospettare che egli abbia voluto escludere dall'insieme dei possibili oggetti di associazione in partecipazione attività non qualificabili come impresa o affare ⁽⁹⁾. La questione si può sollevare con riferimento ad attività economiche che presentano il requisito della professionalità ma che sono prive del requisito dell'organizzazione, vale a dire la “fattispecie di lavoro autonomo”.

⁸ Cass., 6 agosto 1982, n. 4411, in *Not. giur. lav.*, 1982, p. 495.

⁹ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 154.

Tale interrogativo, tuttavia, non ha ragione di porsi in quanto nel momento in cui su un'attività di lavoro autonomo si innesta un contratto di associazione in partecipazione, a prescindere dal fatto che l'apporto dell'associato sia di capitale o d'opera o di servizi, si introdurrebbe nell'attività dell'associante una componente organizzativa che ne comporterebbe la riqualificazione come impresa ⁽¹⁰⁾.

Un'altra questione rilevante riguarda la possibilità che la partecipazione possa riferirsi anche ad un "ramo particolare di impresa". Innanzitutto è opportuno accertare se l'esercizio di un ramo di impresa integri "il compimento di un'attività economica caratterizzata da scopo di lucro" che è requisito essenziale nell'associazione in partecipazione. E' pertanto necessario precisare che per "ramo di impresa" si potrebbe intendere sia "un settore di attività", inteso come "una fra le attività collegate nell'esercizio di impresa utilizzando la stessa struttura aziendale" o semplicemente "una parte del ciclo produttivo relativo ad una singola attività" ⁽¹¹⁾, sia un "settore di impresa" e perciò "ciascuna delle varie attività che un'impresa unitaria può abbracciare" ⁽¹²⁾. Solamente questa seconda ipotesi, in cui il concetto di ramo di impresa si caratterizza per una relativa autonomia dell'attività che si svolge in quel settore e che con la cessione potrebbe divenire impresa a se stante ⁽¹³⁾, può essere oggetto della partecipazione dell'associato.

Dunque, la relativa autonomia del "ramo" assieme alla tenuta di una contabilità separata nell'associazione in partecipazione in relazione all'oggetto della partecipazione

¹⁰ Attraverso l'utilizzo del lavoro altrui o di capitale, che si realizza attraverso la conclusione del contratto di associazione in partecipazione, si creerebbe una "eteroorganizzazione" sufficiente ad integrare la natura imprenditoriale dell'attività.

¹¹ Di "settore di attività" parla anche Cass., 19 febbraio 1993, n. 2020, in *Giur.it.*, 1993, I, 1, n. 2088, ma nel senso di "diversificazione delle linee produttive".

¹² Così BIONE, *L'impresa ausiliaria*, Padova, 1972, p. 177 ss.

¹³ FRANCESCHELLI, *Saggio su la cessione dei marchi*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 31.

rappresentano gli elementi che rendono il “ramo di impresa” una vera e propria impresa *tout court* (¹⁴).

3.2 La professione intellettuale nell’associazione in partecipazione

Un’ipotesi interessante si propone in riferimento all’adozione del contratto di associazione in partecipazione nell’ambito dell’esercizio di una professione intellettuale. Per affrontare la questione è necessario individuare in astratto le combinazioni in cui uno o più professionisti possono risultare coinvolti in un rapporto di associazione in partecipazione.

Tali combinazioni sono: a) l’associato e l’associante sono entrambi professionisti, l’attività professionale è allo stesso tempo “oggetto della partecipazione” e “apporto” dell’associato; b) solo l’associante è professionista, l’attività professionale è “oggetto della partecipazione”; c) solo l’associato è professionista, l’apporto dell’associato è un’attività professionale.

La combinazione descritta *sub c)* non è compatibile con la disciplina delle professioni intellettuali, in particolare di quelle cosiddette “protette”: dato che l’unico soggetto autorizzato a intrattenere rapporti giuridici con i terzi è l’associante, si creerebbe un contrasto con la necessaria esecuzione personale e la necessaria conclusione dell’opera intellettuale del solo professionista. Il contratto di associazione

¹⁴ Cfr. MASI, *Articolazioni dell’iniziativa economica e unità dell’imputazione giuridica*, Napoli, 1985, p. 267 ss., testo e nota 224: “...sembra che la tenuta della contabilità contribuisca alla realizzazione di quella struttura organizzativa che è necessaria per distinguere più imprese dello stesso soggetto”.

in partecipazione, quindi, non può essere utilizzato nell'esercizio di un'attività professionale quando l'associante non è un professionista (¹⁵).

Quanto alla combinazione *sub a*) è opportuno per valutarne la legittimità verificare la possibilità che l'apporto consista in una prestazione d'opera intellettuale.

La genericità della formula “verso il corrispettivo di un determinato apporto” è tale che alle parti è lasciata la più ampia libertà di determinazione dell'oggetto dell'apporto con l'unico vincolo che la prestazione dell'associato deve avere carattere patrimoniale; ne deriva che l'apporto dell'associato può concretarsi anche in prestazione d'opera o servizi.

Con riferimento alla combinazione *sub b*) in cui l'associante sia un professionista e l'associato non lo sia, gli interpreti hanno sollevato due obiezioni; la prima che l'attività del professionista intellettuale non rappresenterebbe attività economica; la seconda che l'attività professionale non sarebbe riconducibile all'impresa o a uno o più affari.

La prima obiezione viene smentita senza alcun dubbio in quanto l'attività del professionista è attività creatrice di nuova ricchezza ed è diretta a produrre in capo a chi la svolge un guadagno economico; l'attività del professionista intellettuale è quindi attività economica a tutti gli effetti (¹⁶).

La seconda viene contraddetta dalla tendenza, sia sul piano legislativo sia sul piano interpretativo, grazie alle sollecitazioni giunte dalla legislazione e dalla giurisprudenza comunitarie, ad equiparare l'attività professionale all'impresa.

¹⁵ Per un'affermazione conforme sul punto, v. IBBA, *Professioni intellettuali e diritto commerciale*, in AA.VV., *Le professioni intellettuali*, in *Giurispr. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1987, p. 269 e ss., *ivi* alla p. 398.

¹⁶ Affermano che l'attività del professionista intellettuale è attività economica, tra i molti, PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 95, SPADA, *Società tra professionisti*, cit. p. 1366.

In definitiva, quindi, si può affermare che sia l'associazione in partecipazione tra due professionisti, sia l'associazione tra un professionista associante e un non professionista associato, hanno legittima cittadinanza nell'ordinamento.

3.3 Gestione e limiti alla libertà di gestione dell'associante

La gestione dell'impresa o dell'affare è di pertinenza esclusiva dell'associante, pertanto egli non deve chiedere all'associato né approvazioni né pareri, nemmeno in relazione alle operazioni di straordinaria amministrazione, né l'associato ha alcun diritto di veto nei confronti delle iniziative dell'associante stesso. Si ritiene che tali limitazioni al potere dell'associante non siano consentite per evitare che si abbia società irregolare⁽¹⁶⁾.

Solo sull'associante, dunque, incombe la responsabilità degli atti compiuti e solo su di lui i terzi possono far valere i loro diritti. Questa è la disciplina della legge ma essa dà luogo a notevoli dubbi.

La dottrina e la giurisprudenza italiane sono inclini ad affermare che all'associato possa riconoscersi un potere gestorio "interno", secondario, subordinato, limitato, oltre all'attribuzione di funzioni rappresentative; in particolare si ritiene che sono concedibili all'associato determinati compiti di collaborazione, da esplicarsi sotto le direttive dell'associante, come attività esecutive⁽¹⁷⁾.

L'art. 2551 c.c., quando dispone che i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni solo verso l'associante, presuppone che gli atti negoziali vengano svolti nel nome dell'associante medesimo. Non possono, tuttavia, estendersi all'associato le

¹⁶ Nota in *Noviss. Digesto it.*, p. 1437, " si ha società irregolare nel caso in cui sia tolta all'associante la libertà di gestione e sia imposto un obbligo di consultazione e decisione in comune con l'associato (Trib. Firenze, 11 ottobre 1951, in *Rep, Foro it.*, 1951, voce "Società", n. 382).

¹⁷ GHIDINI, in *Enc. del dir.*, voce "Associazione in partecipazione", cit. p. 856.

limitazioni previste nell'art. 2320 c.c. riguardanti il socio accomandante in quanto rappresentano delle peculiarità che qualificano la società in accomandita ⁽¹⁸⁾. Non sussiste ragione per cui mentre all'imprenditore è consentito affidare la gestione dell'impresa a un terzo instatore non possa cederla all'associato che, a maggior ragione, ha un interesse al buon esito dell'esercizio.

Poiché l'attività si compie nel nome del solo associante non si forma l'esercizio in comune, non nasce quindi una società e, pertanto, i terzi non potranno invocare la responsabilità dell'associato.

La norma di legge attribuisce all'associato l'esclusività del potere gestorio, tuttavia, questa proposizione generale incontra alcuni limiti; un limite alla libera determinazione dell'associante emerge nell'art. 2550 c.c. il quale prevede che l'associante non possa attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone, senza il consenso dei precedenti associati. Accanto a questo vi sono altri limiti impliciti: l'associante, una volta stipulato il contratto di associazione in partecipazione, non può modificare l'oggetto dell'impresa e tanto meno dell'affare cui inerisce l'associazione. Allo stesso modo non è consentito all'associante intraprendere un'attività in concorrenza diretta con l'impresa oggetto della partecipazione ⁽¹⁹⁾. In generale, quindi, si può dire che l'associante non può porre in essere atti o comportamenti che possono condizionare in negativo la produzione di utili ⁽²⁰⁾.

¹⁸ "I soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per i singoli affari. Il socio accomandante che contravviene assume responsabilità illimitata e solidale..." (art. 2320 c.c.).

¹⁹ DE FERRA, *op. cit.*, *sub.* art. 2552, p. 62, GHIDINI, *op. cit.*, p. 180.

²⁰ DE FERRA, *op. cit.*, *sub.* art. 2552, p. 63, egli riconduce tali atti o comportamenti direttamente alla sfera dell'inadempimento, piuttosto che come vorrebbe altra dottrina (GHIDINI, *op. cit.*, p. 176 e 178) alla violazione dell'obbligo della diligenza media dell'imprenditore nella gestione dell'attività o di quello di eseguire secondo buona fede il contratto.

CAPITOLO QUARTO

Il ruolo dell'associato

SOMMARIO: 4. L'associato. – 4.1 Disciplina legale e convenzionale dell'apporto (casistica). – 4.2 La partecipazione dell'associato agli utili. – 4.2.1 Utile rilevante e sua determinazione. – 4.3 Partecipazione dell'associato alle perdite. – 4.3.1 Partecipazione alle perdite come elemento essenziale o naturale. 4.4 Il controllo dell'associato e il rendiconto. – 4.5 Clausole particolari.

4. L'associato

L'art. 2549 c.c. lascia intendere che l'associato è colui al quale, da parte di un associante in forza di un contratto di associazione in partecipazione, è attribuita una partecipazione agli utili di una impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto.

4.1 Disciplina legale e convenzionale dell'apporto (casistica)

L'art. 2549 c.c. identifica la prestazione dell'associato nell'obbligo di effettuare un apporto.

Se da un lato l'obbligo dell'apporto è unanimemente riconosciuto elemento qualificante della figura contrattuale, dall'altro è più difficile l'identificazione nel concreto del titolo del conferimento, giacchè la neutralità dell'art. 2549 c.c. non consente aprioristiche limitazioni.

La giurisprudenza è ricca di ipotesi di conferimento a titolo diverso: dalla proprietà ⁽¹⁾ alla cessione in uso ⁽²⁾ alla prestazione di attività lavorativa ⁽³⁾.

La genericità della formula “*verso il corrispettivo di un determinato apporto*” è, infatti, tale che alle parti è lasciata la più ampia libertà nella fissazione dell’oggetto dell’apporto, come anche del titolo a cui esso viene effettuato ⁽⁴⁾ con il limite che la prestazione dell’associato deve avere carattere patrimoniale, ovvero deve essere suscettibile di valutazione economica.

Così l’apporto può avere ad oggetto una somma di denaro, beni mobili o immobili, brevetti, segreti di fabbrica, nomi famosi, l’assunzione di garanzie o fidejussioni a favore dell’associante, l’apertura di credito verso l’associante, l’obbligo di somministrazione con clausole o condizioni tali da significare un vantaggio per l’associante come la fornitura a prezzi preferenziali o con più lunga dilazione di pagamento o con diritto di esclusiva o con la promessa di non fornire un concorrente, l’obbligo di astenersi da una attività concorrente, la cessione temporanea di rapporti contrattuali, l’attività di intermediazione per la conclusione di determinati affari e la prestazione d’opera.

Sussiste un ulteriore limite circa i possibili oggetti di apporto rappresentato dal necessario carattere strumentale dell’apporto in relazione all’impresa o all’affare.

A favore di questa affermazione vi è in primo luogo il dato ricavabile dall’uso del termine “apporto” che segnala che alla prestazione è impressa una determinata direzione. Inoltre, il mancato impiego dell’apporto nell’impresa o nell’affare comporterebbe un’alterazione nella determinazione dell’utile o della perdita a danno dell’associato. Nel

¹ Cass., 30 maggio 1980, n. 3567, in *Giur. it. Mass.*, 1980, p. 905.

² Cass., 26 settembre 1977, n. 4083, in *Giur. it. Mass.*, 1977, p. 898.

³ Cass., 8 gennaio 1980, n. 149, in *Giur. it. Mass.*, 1980, p. 42.

⁴ Cfr. FERRI, *op cit.*, p. 507; DE FERRA, *op cit.*, sub art. 2549, p. 29; GHIDINI, *op cit.*, p. 68 ss.

caso, ad esempio, in cui l'associante non investisse nell'impresa un apporto in denaro dell'associato ma si finanziasse attraverso il ricorso a mutui onerosi si determinerebbe un costo aggiuntivo che, andando a sottrarsi ai ricavi, deprimerebbe l'utile e di conseguenza la quota da attribuire all'associato.

Se da un lato si afferma che l'apporto va necessariamente utilizzato nell'esercizio dell'attività economica, dall'altro non si esclude che i contraenti non possano espressamente prevedere un apporto non funzionale all'attività per la quale si prevede una partecipazione agli utili, oppure non possano stabilire che l'apporto sia utilizzato in un'attività diversa da quella su cui saranno conteggiati gli utili. In tali casi, però, non ci si troverà di fronte ad un contratto di associazione in partecipazione bensì ad un normale contratto di scambio (locazione, mutuo).

4.2 La partecipazione dell'associato agli utili

Come si è già avuto modo di affermare ⁽⁵⁾ il contratto di associazione in partecipazione appartiene all'area dello scambio. Con ciò è evidente che la partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare non può considerarsi "in senso tecnico" ⁽⁶⁾ dato che l'utile si produce direttamente ed esclusivamente in capo all'associante, unico titolare dell'attività economica cui inerisce l'associazione ⁽⁷⁾.

⁵ V. *supra*, cap. II, par. 2.2.

⁶ MIGNOLI, *Le partecipazioni agli utili nelle società di capitali*, Milano, 1966, p. 5 ss., ove si chiarisce che partecipazione "in senso tecnico" è tipicamente quella del socio per il quale "il concetto di partecipazione agli utili richiama l'idea di un tutto, di un intero, rispetto al quale un soggetto abbia diritto di ricevere una quota" (*ivi* alla p. 6).

⁷ Per un'affermazione esplicita nel senso che la partecipazione agli utili dell'associato non è partecipazione in senso tecnico e che, quindi, gli utili si producono esclusivamente in capo all'associante, cfr. Cass., 18 giugno 1987, n. 5353, in *Corr. giur.*, 1987, p. 972, (l'associato gode soltanto di "un mero diritto personale di ottenere dall'associante l'adempimento dell'obbligazione di corrispondergli la detta quota").

L'utile prodotto dall'attività economica funge solo da parametro attraverso il quale si identifica la sua prestazione e l'attribuzione all'associato della quota di utili di sua spettanza non rappresenta un impiego dell'utile bensì un costo meramente parametrato all'utile ⁽⁸⁾.

L'eventuale partecipazione ai ricavi dell'impresa non consente di ravvisare un contratto di associazione in partecipazione, dal momento che i ricavi rappresentano un dato non significativo circa il risultato economico effettivo dell'attività di impresa ⁽⁹⁾. Parte della dottrina crede che la previsione di una partecipazione ai ricavi determinerebbe un'alterazione del tipo contrattuale tale da collocare la fattispecie nel novero di quelle atipiche in quanto si presenterebbe diversa sul piano qualitativo da quella descritta dalla legge. Inoltre la commisurazione della partecipazione dell'associato ai ricavi potrebbe sollecitare l'associante a moderare il livello di questi riuscendo ugualmente a mantenere elevata la redditività a suo vantaggio ⁽¹⁰⁾.

E' importante chiarire inoltre che l'associato non partecipa agli incrementi patrimoniali indipendenti dall'esercizio dell'impresa. Diversamente dal socio, l'associato, allo scioglimento del rapporto, ha diritto soltanto al rimborso, a titolo di credito, del valore originario dell'apporto conferito, semprechè non eroso da perdite ⁽¹¹⁾.

4.2.1 Utile rilevante e sua determinazione

Un problema rilevante si riscontra nel calcolo dell'utile (o della perdita). Nell'associazione ad un singolo affare la quota di utili (o di perdita) viene determinata

⁸ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 174.

⁹ *Rep. Foro it.*, 2002, voce "Associazione in partecipazione", p. 590.

¹⁰ DE ACUTIS, *op. cit.*, pp. 175-176.

¹¹ GHIDINI, in *Enc. del dir.*, voce "Associazione in partecipazione", n. 6, Milano, p. 854.

operando la somma algebrica dei ricavi e dei costi relativi all'affare interessato. Nell'ipotesi di associazione ad un singolo affare con l'associante imprenditore, tra i costi viene conteggiata anche una parte di costi generali di produzione sopportati dall'associante nell'esercizio dell'impresa (¹²).

Più complicata appare l'ipotesi dell'associazione ad un'impresa. Gli aspetti più problematici riguardano il significato da attribuire all'espressione "utili dell'impresa", di cui all'art. 2549 c.c., e l'individuazione di quale debba essere l'utile rilevante al fine di determinare le spettanze dell'associato.

Quanto al primo problema, considerando che non tutto l'utile dell'associante è frutto dell'attività esercitata e che l'associante potrebbe essere titolare di più imprese, l'utile può essere identificato in quello derivante dalla specifica attività economica cui inerte l'associazione.

Quanto al secondo interrogativo, invece, appare evidente che l'utile non possa essere identificato con l'utile di bilancio in quanto all'associato potrebbero essere conteggiati anche risultati di esercizi precedenti alla conclusione del contratto, ma neppure con l'utile di esercizio perché verrebbe a crearsi una contraddizione tra la partecipazione agli utili e la partecipazione alle perdite. Poiché gli utili maturerebbero per l'associato periodicamente mentre le perdite gli verrebbero conteggiate soltanto alla fine del rapporto (¹³), se si facesse riferimento alle risultanze del conto economico, si finirebbe per falsare il conteggio delle spettanze dell'associato (¹⁴).

¹² Cfr. Trib. Milano, 25 maggio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 926.

¹³ Il principio della distribuzione periodica dell'utile non si riscontra in alcuna norma che disciplini il contratto di associazione in partecipazione ma viene applicato in virtù della "trasposizione" della regola dettata in ambito societario per la partecipazione agli utili del socio.

¹⁴ DE ACUTIS, *op cit.*, p. 188 ss.

L'unica soluzione in base alla quale la partecipazione dell'associato potrebbe essere determinata correttamente è quella che l'associante tenga una contabilità separata inerente il solo oggetto della partecipazione.

4.3 La partecipazione dell'associato alle perdite

Mentre è indiscutibile la partecipazione dell'associato agli utili, elemento qualificatorio che consente di verificare l'esistenza o meno di un contratto di associazione in partecipazione ⁽¹⁵⁾, è invece discusso se l'associato debba partecipare necessariamente alle perdite o possa esserne esonerato con apposito patto.

Nella giurisprudenza si è consolidato un orientamento secondo cui la partecipazione dell'associato alle perdite sarebbe un elemento solo "naturale" del contratto di associazione in partecipazione ⁽¹⁶⁾; la dottrina, invece, è divisa tra chi concorda con la giurisprudenza e chi considera tale elemento "essenziale" ⁽¹⁷⁾.

4.3.1 Partecipazione alle perdite come elemento "essenziale" o "naturale"

I sostenitori dell'essenzialità della partecipazione alle perdite ritengono che la riserva che si legge all'inizio dell'art. 2553 c.c. "salvo patto contrario" si riferisce solo alla possibilità di stabilire una misura di partecipazione alle perdite diversa da quella prevista per la divisione degli utili.

Gli autori che disattendono questa opinione, invece, fanno perno sulla mancata menzione della partecipazione alle perdite nell'art. 2549 c.c., nell'atto stesso in cui viene menzionata la partecipazione agli utili ⁽¹⁸⁾. Inoltre la riserva iniziale dell'art. 2553

¹⁵ Trib. Venezia, 26 giugno 1997, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Associazione in partecipazione", p. 615.

¹⁶ Cass., 23 gennaio 1996, n. 503, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2318; Cass., 11 giugno 1991, n. 6610, in *Le Società*, 1991, p. 1635 ss.

¹⁷ FERRI, *op. cit.*, p. 506 ss.; SPADA, *La tipicità delle società*, cit. p. 130 ss., nota 60 e 196; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1994, p. 31.

¹⁸ GHIDINI, *op. cit.*, p. 122.

c.c. dal punto di vista letterale si riferisce più correttamente a tutto il contenuto della norma.

La soluzione a favore della non essenzialità della partecipazione alle perdite rende il contratto di associazione in partecipazione assimilabile al contratto di “cointeressenza impropria” qualora venga stipulato l’apposito patto di esclusione ⁽¹⁹⁾.

L’inciso finale dell’art. 2553, tuttavia, afferma che *“le perdite che colpiscono l’associato non possono superare il valore del suo apporto”*.

Secondo alcuni autori tedeschi l’associato può essere tenuto a partecipare alle perdite anche al di là del valore dell’apporto ⁽²⁰⁾; le parti possono stabilire che, in caso di perdite che assorbono l’intero apporto, l’associato contribuisca con un esborso ulteriore. E’ da ritenersi plausibile solo l’ipotesi in cui il contributo aggiuntivo è rappresentato da una somma fissa, ciò grazie all’estensione della riserva dell’art. 2553 “salvo patto contrario” anche all’inciso finale della norma stessa. Dato che l’associato avrebbe potuto contribuire con un importo maggiore sin dall’inizio o avrebbe potuto aumentare l’apporto durante lo svolgimento dell’esercizio stesso non si vede perché non dovrebbe corrispondere il medesimo maggior contributo al termine dell’esercizio per sanarne le perdite ⁽²¹⁾. Il rischio dell’associato è sempre limitato in quanto l’esborso aggiuntivo è rappresentato da una somma fissa.

E’ invece inammissibile la stipulazione di una soggezione illimitata dell’associato alle perdite come si avrebbe nell’ipotesi di partecipazione alle perdite eccedenti il valore dell’apporto non in misura fissa ma in percentuale. In questo caso non si verrebbe a conoscenza dell’entità del sacrificio che rappresenta la base per la determinazione degli

¹⁹ V. *supra*, cap. II, par. 2.5.

²⁰ GHIDINI, *op. cit.*, nota 65, p. 130.

²¹ *Ivi*, p. 131.

utili. Inoltre la legge che disciplina l'associazione in partecipazione dichiara che l'apporto deve essere determinato.

Non si può imporre all'associato un rischio illimitato essendo meramente titolare di un diritto di credito ed essendo escluso dalla gestione.

4.4 Il controllo dell'associato e il rendiconto

L'art. 2552 c.c. è dedicato alla disciplina dei rapporti reciproci tra i contraenti con riferimento alla gestione dell'impresa o dell'affare; la gestione è appannaggio del solo associante mentre all'associato competono eventuali poteri di controllo e comunque il diritto al rendiconto.

La manifestazione maggiormente significativa e più delicata di "controlli", il cui esercizio non sconfini nell'ingerenza nella gestione, è quella che riconosce all'associato il potere di dare autorizzazioni o di esprimere pareri con riguardo a specifiche operazioni di competenza dell'associante ⁽²²⁾.

Parte della dottrina manifesta il dubbio riguardo al fatto che *"poteri di gestione e poteri di controllo tendono a confondersi, spesso traducendosi il controllo pattizio in pareri o autorizzazioni preventive che potrebbero essere modi di partecipazione alla gestione piuttosto che modi di esercizio del controllo"* ⁽²³⁾.

Il diritto di controllo è subordinato all'accordo delle parti; l'associato non ha una pretesa a vedersi concesso il controllo, talchè, se l'associante lo neghi, l'associato non potrà adire l'autorità giudiziaria per vedersi riconosciuto tale diritto, con la fissazione delle modalità di esercizio ⁽²⁴⁾.

²² DE ACUTIS, *op cit.*, p. 224.

²³ DE FERRA, *op cit.*, sub art. 2552, p. 78.

²⁴ GHIDINI, *op cit.*, p. 187.

Il punto critico riguarda i limiti in cui devono essere contenuti gli eventuali poteri in capo all'associato per evitare che questi acquisisca un potere di codeterminazione delle scelte gestionali deviando la fattispecie dalla sfera dell'associazione alla sfera delle società.

Diversamente dal diritto di controllo la legge attribuisce in ogni caso all'associato il diritto al rendiconto dell'affare o della gestione dell'impresa indipendentemente da accordo in merito con l'associante.

L'associato ha diritto di ottenere dall'associante il rendiconto che rappresenta il documento contabile *ad hoc* in base al quale viene conteggiata la sua partecipazione al risultato dell'attività.

Gli interpreti concordano che la *ratio* del rendiconto va individuata nel fatto che *“chiunque svolga attività nell'interesse di altri, deve portare a conoscenza di questi, secondo il principio della buona fede, gli atti posti in essere e, in particolare, quegli atti e fatti da cui scaturiscono partite di dare e avere”* ⁽²⁵⁾.

Il rendiconto, tuttavia, non può esaurirsi in un documento esclusivamente contabile; l'associante, infatti, deve fornire all'associato non soltanto quel “bilancio” *sui generis*, da cui emergerà il saldo dell'attività, ma anche quelle informazioni di gestione propriamente documentate, attraverso le quali l'associato sarà in grado di controllare il modo con cui l'associante ha gestito l'impresa o l'affare ⁽²⁶⁾.

Il diritto al rendiconto non può essere interpretato come onere, a carico dell'associante, di una formale comunicazione dello stesso al domicilio dell'associato, essendo sufficiente la messa a disposizione del rendiconto stesso presso la sede dell'impresa o lo studio di un professionista all'uopo designato.

²⁵ Cass., 7 giugno 1993, n. 6358, in *Mass. giur. it.*, 1993.

²⁶ DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 230.

Il rendimento del conto non è l'unico e nemmeno il principale adempimento dovuto dall'associante all'associato; il mancato rendimento del conto non comporta, necessariamente e qualunque sia concretamente la sua importanza, la risolvibilità del contratto, trovando applicazione il criterio dell'art. 1455 c.c.; la suprema corte ha confermato la sentenza che, valutati gli addebiti mossi all'associante alla luce del complessivo comportamento delle parti, era pervenuta alla conclusione che, nell'economia generale del rapporto, la tenuta di una contabilità incompleta ed il mancato formale invio dei rendiconti annuali non rappresentavano inadempimento idoneo a giustificare la risoluzione del contratto per responsabilità dell'associante ⁽²⁷⁾.

4.5 Clausole particolari

Sono ritenute consone al tenore dell'art. 2553 c.c. eventuali "clausole di forfettizzazione" pattizia degli utili indipendentemente dai risultati della gestione o clausole di partecipazione alle perdite in misura diversa rispetto agli utili, o ancora clausole di restituzione dell'apporto in corso di attività, incompatibili con la causa del contratto di società ⁽²⁸⁾.

La conferma in questo senso è data da una sentenza che aveva per oggetto il contratto posto in essere tra due soggetti i quali avevano costituito espressamente una società di fatto con capitale iniziale costituito dall'apporto in denaro di un solo socio al quale, con specifiche clausole, veniva riservato: a) la possibilità di richiedere la restituzione dei conferimenti in corso di attività; b) il diritto di ottenere una somma corrispondente alla quota sociale con prelazione sui diritti dell'altro socio in caso di liquidazione sociale; c) il diritto a percepire gli utili attraverso una loro determinazione

²⁷ Cass., 13 giugno 2000, n. 8027, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce "Associazione in partecipazione", p. 563.

²⁸ Cass., 11 giugno 1991, n. 6610, in *Le società*, 1991, p. 1635 e ss.

forfettaria. La direzione esclusiva delle attività imprenditoriali veniva affidata all'altro socio.

La Corte di appello (²⁹), privilegiando il criterio della conservazione delle clausole contrattuali, interpretate in conformità dell'effettiva volontà delle parti, a discapito del *nomen* adottato, ha qualificato il rapporto tra i contraenti come associazione in partecipazione ritenendo le clausole compatibili con tale figura.

La Suprema Corte ha confermato l'orientamento della Corte di appello e ha individuato nel contratto in esame una associazione in partecipazione o cointeressenza, atteso che lo schema societario avrebbe richiesto l'assunzione in comune della responsabilità e dei rischi dell'impresa, esclusi dalle clausole.

Il Supremo collegio ha chiarito, tuttavia, che quando le parti fanno riferimento espressamente a un dato tipo di contratto ma inseriscono in esso, altrettanto chiaramente, clausole del tutto incompatibili per risolvere il contrasto l'interprete dovrà scegliere tra due soluzioni: 1) ritenere prevalente l'elemento letterale emergente dal contratto con conseguente applicazione dell'art. 1419, 2° comma, c.c. (³⁰); 2) salvare le clausole inserite dalle parti con la loro collocazione all'interno di un diverso negozio e con un differente *nomen juris*.

La Suprema Corte ha ritenuto preferibile tra le due alternative la seconda.

Per quanto riguarda la clausola che prevede un diritto ad ottenere una determinata somma da parte dell'associato in caso di liquidazione con prelazione sui diritti dell'associante si può interpretare, seppur con considerevole sforzo, nel senso di una esclusione dalle perdite da parte dell'associato e, quindi, del tutto compatibile con la normativa dettata per l'associazione in partecipazione *ex art. 2553 c.c.*

²⁹ App. Napoli, 10 aprile 1987.

³⁰ "La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative" (art. 1419, comma 2, c.c.).

Le clausole di restituzione dell'apporto in corso d'opera e di determinazione forfettaria degli utili destano invece alcune perplessità per quanto riguarda l'inserimento nello schema dell'associazione in partecipazione.

Chiarito che l'apporto dell'associato entra definitivamente nel patrimonio esclusivo dell'associante, il quale ha l'obbligo di destinarlo al compimento dell'affare o all'esercizio dell'impresa, risulta difficile ammettere una restituzione dell'apporto stesso durante il compimento delle operazioni economiche.

Anche la determinazione forfettaria degli utili non sembra ammissibile per l'associazione in partecipazione attesa la sua intrinseca aleatorietà. A tale riguardo, però, la Suprema Corte ⁽³¹⁾ ha ritenuto compatibile con lo schema dell'associazione in partecipazione un rapporto in base al quale l'associante corrisponda all'associato una quota fissa, preventivamente stabilita in via provvisoria e presuntiva, salvo conguaglio. E' proprio quest'ultimo, però, che rispetta il carattere aleatorio del contratto.

Le clausole prese in considerazione implicano in se stesse un rischio, quello di sostituire la partecipazione agli utili, propria dell'associazione in partecipazione, con la "retribuzione" tipica del lavoro subordinato e tendano, quindi, ad eludere la disciplina di quest'ultimo.

³¹ Cass, 13 ottobre 1970, n. 1981, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce "Associazione in partecipazione", n. 3.

CAPITOLO QUINTO

Carattere “associativo” di taluni strumenti finanziari

SOMMARIO: 5. La riforma del diritto societario: nuove forme associative (art. 2346 c.c., art. 2349 c.c., art. 2447ter c.c.)

5. La riforma del diritto societario: nuove forme associative

L’art. 2 della legge delega per la riforma del diritto societario, n. 366 del 13 ottobre 2001, è rubricato “*principi generali in materia di società di capitali*”.

Primo di tali principi è quello di “*perseguire l’obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni ed internazionali dei capitali*”.

Altro principio generale è quello di “*adeguare la disciplina dei modelli societari alle esigenze delle imprese, anche in considerazione della composizione sociale e delle modalità di finanziamento*”.

La legge delega, dunque, poneva alla luce l’esigenza di finanziamento alle imprese in modo urgente.

Si è rilevata di fondamentale importanza la possibilità di consentire alle imprese di raccogliere direttamente mezzi finanziari, sottraendosi così alle limitazioni e alle difficoltà istruttorie del finanziamento esterno, specie quello del sistema creditizio. La struttura finanziaria della S.p.A doveva abbandonare la tradizionale rigidità; non era più sufficiente proporre al mercato dei potenziali investitori due soli modelli di

investimento rigidi, quello del socio e quello dell'obbligazionista, ma occorre cambiare rotta ed offrire nuove e flessibili forme di investimento (¹).

La riforma del 2003, con la stessa finalità di rendere più competitive le imprese del nostro paese, ha diversificato i canali di raccolta del capitale di rischio e di debito ampliando le categorie di azioni e di obbligazioni e introducendo la categoria di "strumenti finanziari partecipativi".

La nuova S.p.A, si è detto, "*consente oggi di coinvolgere o associare finanziatori, fornitori di capitali e fornitori in genere di risorse strumentali all'attività di impresa in pluralità di forme e con titoli variamente selezionati e privilegiati...sia sotto il profilo del rischio in relazione ai profitti e di garantire tali soggetti attraverso l'attribuzione, in presa diretta, sull'organizzazione dell'ente ed il suo patrimonio, di diritti patrimoniali e partecipativi...*" (²).

La norma generale in tema di emissione di strumenti finanziari partecipativi è il 6° comma dell'art. 2346 c.c. che prevede testualmente: "*resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opere o di servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti*".

E' stato affermato (³) che gli strumenti finanziari sono partecipativi "*nel senso che partecipano al contratto sociale in quanto incorporano diritti che da esso derivano e che caratterizzano altresì la partecipazione degli azionisti*". Quindi gli strumenti sono "partecipativi" nel senso che sono dotati di diritti che incidono sul contratto sociale e sulla situazione soggettiva dei soci.

¹ MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1269.

² MARCHETTI, *Alcuni lineamenti generali della riforma*, relazione al Convegno di studi sul tema *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002, pp. 9-10.

³ NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 22.

Tuttavia la disciplina avente ad oggetto la nuova categoria degli strumenti finanziari è povera; probabilmente ha volutamente lasciato ampio spazio di manovra all'autonomia negoziale delle società emittenti.

Per quanto riguarda "l'apporto" il dato testuale dell'art. 2346 c.c., ammette che possono formare oggetto dell'apporto sia i beni conferibili *ex art. 2342 c.c.*, denaro, beni in natura e crediti, sia altre prestazioni non conferibili, tra le quali sono espressamente menzionate le opere e i servizi, ma potrebbero consistere anche in altre tipologie, quali l'obbligo di non fare, il consenso all'uso del nome, ecc. ⁽⁴⁾.

D'altro canto, come si legge nella Relazione della Commissione di Riforma, uno degli obiettivi politici della riforma medesima è stato quello di ampliare la possibilità di acquisizione di elementi utili per il proficuo svolgimento dell'attività sociale.

Dovendosi trovare una soluzione che fosse coerente con i vincoli posti dalla seconda direttiva comunitaria, che imperativamente vieta il conferimento di opere e di servizi, si è espressamente ammesso che, in tale caso, fermo restando il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi.

Qualunque sia la natura dell'apporto non è possibile imputarlo a capitale quando a fronte del medesimo siano emessi strumenti finanziari diversi dalle azioni; l'emissione di strumenti finanziari, infatti, non altera il rapporto esistente fra capitale ed azioni. Il capitale sociale continuerà ad essere costituito sempre e solo con entità conferibili e sarà rappresentato esclusivamente da azioni.

La "causa" dell'apporto a fronte del quale possono essere emessi strumenti finanziari può essere: a) un'operazione di *finanziamento*, con l'obbligo di rimborso

⁴ NOTARI, *op. cit.*, p. 6, il quale osserva che "la categoria delle entità a fronte delle quali possono essere emessi gli strumenti finanziari *ex art. 2346*, comma 6, c.c., costituisce un *genus* nel cui ambito i conferimenti *ex art. 2342 c.c.* costituiscono una *species* più circoscritta".

come avviene per le obbligazioni, con la conseguenza che si avrà uno strumento “ibrido”, in quanto lo strumento finanziario è dotato di diritti amministrativi e patrimoniali finora attribuiti alle sole azioni. L’apporto sarebbe pertanto iscritto in una voce di debito nel bilancio della società destinataria; b) un *apporto di associazione in partecipazione* a fronte del quale all’associato spettano diritti amministrativi, anche di controllo, tramite gli strumenti finanziari di cui all’art. 2346 c.c., oltre all’obbligo di restituzione dell’apporto alla scadenza e la partecipazione agli utili della società. Anche in tale circostanza l’apporto sarebbe iscritto in una voce di debito nel bilancio della società destinataria; c) un’operazione che potrebbe riprodurre lo schema causale e la funzione economica dei contratti consistenti nella *cointeressenza propria o impropria*. In quest’ultimo caso l’apporto non sarebbe iscrivibile in alcuna voce del passivo o del patrimonio netto; d) una *prestazione di opere o servizi* a favore della società. Anche in siffatta ipotesi l’apporto non sarebbe iscrivibile né nei debiti, in assenza di un obbligo restitutorio, né nel patrimonio netto, restando fermo il divieto dell’imputazione a capitale; e) una *combinazione di apporti con cause tipiche o atipiche*, per i quali è difficile ipotizzare i connotati (⁵).

Il legislatore della riforma ha esteso la possibilità di emettere analoghi strumenti finanziari anche a favore dei dipendenti della società o delle società controllate con l’obiettivo di poter fidelizzare i dipendenti senza alterare la struttura organizzativa della società (⁶). L’art. 2349, comma 2, c.c., prevede che: *”l’assemblea straordinaria può altresì deliberare l’assegnazione ai dipendenti della società o di società controllate, di strumenti finanziari diversi dalle azioni, forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi, escluso il voto nell’assemblea generale degli azionisti”*.

⁵ NOTARI, *op. cit.*, p. 11.

⁶ Cfr. relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003, par. 3.

L'assegnazione *ex art.* 2349, comma 2, c.c., di strumenti finanziari a favore dei dipendenti non prevede alcun apporto da parte di questi ultimi ma si giustifica quale speciale destinazione degli utili della società (*“si differenziano dagli altri strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346 c.c. per la loro genesi, fondata su una gratuità collegata al rapporto di lavoro, ma non necessariamente per il contenuto e per le altre caratteristiche”*) (⁷).

La norma affida eccezionalmente all'assemblea straordinaria l'assegnazione di strumenti finanziari. In ossequio alla regola generale desumibile dall'art. 2346, comma 6, c.c., si può ritenere che anche questa tipologia di strumenti finanziari debba essere astrattamente prevista e disciplinata, nei suoi tratti “qualitativi”, nello statuto (⁸).

L'elemento che qualifica la fattispecie in esame è l'aver consentito ai dipendenti della società la partecipazione ai risultati della stessa senza dover ricorrere all'emissione di azioni.

Di strumenti finanziari si parla poi nella sezione XI, art. 2447-*bis* e ss., dedicata alla disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare.

Il nuovo istituto consente alla società di destinare a nuove iniziative imprenditoriali parte determinata e delimitata del patrimonio sociale, che viene sottratta alla generalità dei creditori sociali, ma che viene invece destinata a soddisfare le obbligazioni dei creditori di quello specifico affare e viene distintamente contabilizzata.

Si tratta, dunque, di un istituto introdotto al fine di consentire, circoscrivendo l'impegno patrimoniale ed il rischio di chi vi si dedicherà, la nascita di nuove iniziative imprenditoriali.

⁷ NOTARI, *op. cit.*, p. 8, che precisa che si tratta dei medesimi strumenti finanziari partecipativi previsti dall'art. 2346, comma 6, c.c., anche se, per quanto inerisce all'apporto, non è chiaro come si realizzi la fattispecie prevista dall'art. 2349, comma 2, c.c.

⁸ MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 1281.

A tal fine la società, oltre alla stipula di un apposito contratto di finanziamento di uno specifico affare, emette strumenti finanziari di partecipazione all'affare con la specifica indicazione dei diritti che attribuiscono.

Anche tali strumenti finanziari potranno essere emessi a fronte di generici apporti e potranno attribuire diritti partecipativi sia di natura patrimoniale sia di natura amministrativa.

Salvo diversa previsione dello statuto, la delibera di emissione degli strumenti finanziari di cui all'art. 2447-ter, comma 1, lett. e, è adottata dal consiglio di amministrazione o di gestione.

Le suddette diverse categorie di strumenti finanziari possono intersecarsi tra loro e all'interno di ciascuna di esse possono formarsi ulteriori sottocategorie, in relazione ai diritti patrimoniali ed amministrativi di volta in volta attribuiti. Per ciascuna di esse dovrà funzionare un'assemblea speciale ed un rappresentante comune.

Le caratteristiche comuni a tutte le possibili forme di strumenti finanziari partecipativi sono principalmente due: l'emissione a fronte di apporti che non vengono imputati a capitale e la mancata attribuzione del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti.

Si tratta, dunque, a ben vedere, di una forma molto vicina all'associazione in partecipazione, in quanto consente la condivisione del rischio, ma le scelte imprenditoriali sono pur sempre riservate alla società. I diritti amministrativi connessi agli strumenti finanziari, che è compito della società definire, saranno diretti ad assicurare il controllo dell'investimento o, solo limitatamente a questo scopo, potranno incidere sulle determinazioni strategiche ⁽⁹⁾.

⁹ DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, II ed., 2003, Milano, p. 162.

CAPITOLO SESTO

L'apporto di lavoro: problematiche

SOMMARIO: 6. Associazione in partecipazione e lavoro subordinato. – 6.1 Distinzione tra i due istituti. 6.1.1 Apporto di lavoro autonomo. 6.1.2 Le stagioni del dibattito. – 6.2 Fattispecie simulatoria o di frode.

6. Associazione in partecipazione e lavoro subordinato

6.1 Distinzione tra i due istituti

Definita l'associazione in partecipazione, la giurisprudenza e la dottrina si trovarono a dover chiarificare e definire la distinzione di questa forma di contratto con il rapporto di lavoro subordinato strettamente contiguo ad essa.

Quest'ultimo viene inserito nel Codice del 1942 come risultato di un lungo dibattito che sin dal 1865 mirava a dare miglior sistemazione a un rapporto di lavoro considerato una variante della locazione quando quest'ultima aveva per oggetto delle opere anziché un bene.

La dottrina distingueva nella locazione una *locatio operarum* che voleva dire un affitto delle proprie capacità lavorative, oggi definito “lavoro dipendente” e una *locatio operis* caratteristica dell'artigiano o del lavoratore oggi detto “autonomo” il quale affitta la propria competenza per la realizzazione della singola opera.

L'art. 2094 c.c. definisce prestatore di lavoro subordinato “*chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro*”

intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". In tal modo vengono superate sia la concezione sociologica del socialismo giuridico, il quale tendeva a dar risalto al profilo di disuguaglianza esistente nel rapporto lavoratore-datore di lavoro, sia il corporativismo secondo il quale all'interno dell'impresa tanto l'imprenditore quanto l'operaio erano considerati "lavoratori" e si arriva ad una definizione contrattualistica, puramente civilistica del rapporto di lavoro.

Il compromesso raggiunto ha avuto il pregio di individuare, quale aspetto caratterizzante del lavoro dipendente, la "subordinazione" interpretata come "*messa a disposizione della propria forza lavoro da parte di un soggetto nei confronti di un altro e conseguente assoggettamento alle direttive di quest'ultimo*" (¹). Benché non sufficientemente determinato, questo elemento della "subordinazione" risulterà assai utile per la costruzione di un complesso sistema identificativo per "indici".

La disciplina dell'associazione in partecipazione introdotta nel 1942 ha fatto cadere le remore che in precedenza esistevano circa la possibilità che l'associato apporti, anziché una somma di denaro o un diverso bene, una prestazione consistente nella propria opera.

Si è così comunemente ammesso, da parte della prevalente dottrina e all'unanimità dalla giurisprudenza, un tal genere di apporto (²), facendo nascere il problema della contiguità fra la figura "dell'associato d'opera" e quella del lavoratore subordinato.

In presenza di una sempre più estesa disciplina di tutela del lavoratore subordinato, è risultato conveniente a taluni imprenditori camuffare rapporti di lavoro

¹ MIGNONE, *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *Giur. it.*, I, 2002, p. 210.

² Fra le prime sentenze del dopoguerra esplicitate su questo punto Cass. 23 gennaio 1954, n. 151, in *Dir. fall.*, 1954, II, p. 195.

dipendente con apparenti associazioni in partecipazione con apporto d'opera, sfuggendo così agli oneri obbligatori, eludendo il principio del salario minimo e le garanzie in tema di cessazione del rapporto.

Il problema giuridico che è nato è essenzialmente quello di distinguere in concreto quale sia l'effettivo rapporto tra le due forme di contratto.

Prima, tuttavia, di affrontare il tema della loro distinzione è opportuno chiedersi se oggetto dell'apporto d'opera possa essere qualunque tipo di prestazione lavorativa o se si possano individuare dei limiti.

Parte della dottrina esclude che possano formare oggetto di apporto tanto una prestazione d'opera subordinata, quanto una prestazione professionale⁽³⁾; ad escludere la prima sarebbe la garanzia costituzionale della retribuzione sufficiente che striderebbe col compenso aleatorio rappresentato dalla partecipazione agli utili; contro la seconda vi sarebbe un principio retributivo stabilito dall'art. 2233, comma 2, c.c. che impone al professionista un compenso adeguato "all'importanza dell'opera e al decoro della professione", anch'esso incompatibile con la remunerazione totalmente incerta spettante all'associato.

Un'altra opinione ritiene "neutrale" la prestazione lavorativa in sé considerata, quantunque presenti le caratteristiche di lavoro subordinato.

Per stabilire quale disciplina applicare ad una prestazione lavorativa è opportuno guardare allo specifico tipo di contratto di cui essa è oggetto, cioè accertare l'autentica volontà delle parti al momento dell'instaurazione del rapporto. Tuttavia, in concreto, in sede di qualificazione, tale accertamento viene effettuato comparando il presunto "voluto" dei contraenti con il comportamento da essi tenuto; tale comportamento

³ GHIDINI, *L'Associazione in partecipazione*, cit., p. 82 ss.

consiste nelle prestazioni che le parti si sono scambiate, le quali diventano così l'unico referente finale per accertare la reale natura del rapporto (⁴).

Se dunque è la prestazione che qualifica il rapporto, quando nei fatti vi è una prestazione identica a quella di lavoro subordinato si applica la disciplina tipica del lavoro subordinato e non quella dell'associazione in partecipazione; ove si riscontri una prestazione di lavoro subordinato in una pretesa associazione in partecipazione si potrà procedere ad una riqualificazione del rapporto.

6.1.1 Apporto di lavoro autonomo

Per quanto riguarda la possibilità di apportare una prestazione di lavoro autonomo nel rapporto di associazione in partecipazione la questione è differente.

La genericità della formula “*verso il corrispettivo di un determinato apporto*”, che lascia ampia libertà di scelta dell'oggetto dell'apporto, e la mancanza della caratterizzazione necessariamente capitalistica dell'apporto non esclude la possibilità che esso sia rappresentato da servizi. Dovendo però il contratto rispondere al requisito del suo carattere “finanziario” potrà ammettersi un apporto di servizi nei limiti del fatto di rappresentare un finanziamento. Se, allora, da un lato non si può apportare il lavoro subordinato, dall'altro è possibile apportare una attività di impresa la quale per il fatto di essere svolta con mezzi propri e in autonomia organizzativa può considerarsi in senso lato un finanziamento che l'associato riceve (⁵).

Si potrà così ammettere a titolo di apporto lo svolgimento di una prestazione di lavoro autonomo o, a seconda delle dimensioni organizzative con cui essa è effettuata, di una prestazione erogata in forma di impresa.

⁴ NICOLINI, *Manuale di diritto del lavoro*, III ed., Milano, 2000, p. 40.

⁵ MIGNONE, *op. cit.*, p. 212.

La caratteristica sostanziale del lavoro apportabile nell'associazione in partecipazione è quella di una prestazione sorretta da un "intento speculativo": l'associato d'opera effettua una speculazione che ha per oggetto non un capitale monetario ma la propria abilità lavorativa, nel caso in cui la prestazione sia effettuata personalmente.

Quando l'attività dell'associato d'opera presenta le caratteristiche di personalità, continuità e coordinazione si ha la manifestazione di un rapporto di lavoro "parasubordinato" ⁽⁶⁾.

Chiarito, dunque, il genere di prestazione che può essere oggetto di apporto, è possibile affrontare il problema della distinzione di un rapporto di lavoro subordinato eventualmente dissimulato dietro una pretesa associazione in partecipazione con apporto d'opera.

6.1.2 Le stagioni del dibattito

La giurisprudenza e parte della dottrina hanno considerato il lavoro dell'associato come un genere a sé stante, confrontando perciò il lavoro subordinato con l'associazione in partecipazione sulla base di indici peculiari del rapporto fra questi due contratti.

⁶ L'art. 409, n. 3, c.p.c. definisce rapporti di lavoro parasubordinato i rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale e qualsiasi altro rapporto di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato. Il D. Lgs. N. 276/2003 ha introdotto all'interno del contesto di lavoro parasubordinato la figura del "lavoro a progetto allo scopo di porre fine al fenomeno di simulazione di rapporti di lavoro subordinato con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa puramente fittizi. Si richiede una caratterizzazione sia della prestazione di *facere*, che deve avere per oggetto "uno o più programmi di lavoro o fasi di esso", sia della prestazione pattuita a compenso che deve essere un "corrispettivo".

Una lontana pronuncia della Cassazione sul tema in esame ⁽⁷⁾ individuava già con chiarezza i termini del raffronto fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato: la prima richiederebbe la presenza di un “contributo patrimoniale” da parte dell’associato e una partecipazione di questi agli utili ed eventualmente alle perdite; in mancanza di tali elementi il rapporto che prevede una prestazione d’opera remunerata in parte con una percentuale del prodotto si configura come lavoro subordinato contraddistinto da un particolare tipo di retribuzione ⁽⁸⁾.

Nel medesimo periodo alcune pronunce di merito fondavano la distinzione tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione sull’assenza, in quest’ultima, delle posizioni di gerarchia, di subordinazione e delle conseguenze economiche inerenti allo scioglimento del rapporto e sulla presenza, invece, del diritto al rendiconto.

Secondo un’altra sentenza quella dell’associato sarebbe una mera subordinazione tecnica la quale non integra quel vincolo di dipendenza che nel lavoro subordinato caratterizza il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro ⁽⁹⁾.

Un’altra pronuncia di merito riteneva che i due fondamentali elementi distintivi risiedessero nel fatto che nell’associazione in partecipazione sono presenti un diritto dell’associato al rendiconto ed un rapporto di collaborazione fra le parti su di un piano associativo, mentre nel rapporto di lavoro subordinato non vi è collaborazione ma subordinazione del dipendente.

La dottrina fra gli anni ’50 e ’60 si caratterizza per la presenza di orientamenti differenti. C’è chi critica che la “garanzia di un guadagno” contraddistinguerebbe il

⁷ Cass. 9 aprile 1953, n. 929, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, p. 35 ss.

⁸ Cass., 9 aprile 1953, cit. p. 36.

⁹ App. Milano, 20 gennaio 1956, in *Foro Pad.*, 1956, II, p. 12.

lavoro subordinato (¹⁰); c'è chi ritiene insufficiente il criterio che fa leva sulla differenza fra le direttive che l'associante può impartire all'associato e la dipendenza propria del lavoro salariato (¹¹); vi è chi ritiene che l'elemento decisivo ai fini della distinzione fra lavoro subordinato e associazione in partecipazione consista nell'obbligo per l'associante, e non invece per il datore di lavoro subordinato, di non mutare il rischio di impresa (¹²); vi è chi ripropone come caratteristico del lavoro subordinato un nesso fra la prestazione dell'attività lavorativa e la retribuzione (¹³).

Un' autorevole opinione prevede che il fondamentale criterio distintivo fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato consista nella posizione rispettivamente di parità ovvero di disparità socio-economica delle parti rispetto al regolamento contrattuale (¹⁴). Questo criterio si basa sull'osservazione dell'intero complesso di diritti e obblighi ricavabili dalla ricostruzione delle due astratte figure normative ed effettivamente verificati nella fattispecie concreta.

Negli anni '70 e '80 parte della giurisprudenza continua a riproporre la formula basata sulla mancanza, nell'associazione in partecipazione, del vincolo di dipendenza e della garanzia di un guadagno, tipici del lavoro subordinato (¹⁵).

Col tempo si fa strada l'adozione di un approccio più articolato che fa leva su una pluralità di elementi distintivi: l'associato che conferisce il proprio lavoro non può essere considerato lavoratore subordinato, non inserendosi in un' azienda a lui estranea, né essendo obbligato a prestare una collaborazione, ma solo il proprio lavoro nei limiti

¹⁰ BRUNETTI, *Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. soc.*, 1958, pp. 577-578.

¹¹ GHIDINI, *op. cit.*, p. 86.

¹² GHIDINI, *op. cit.*, p. 87.

¹³ DE SEMO, *Contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, nota ad App. Genova, 18 marzo 1958, in *Dir. lav.*, 1958, II, p. 285.

¹⁴ SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 414 ss.

¹⁵ Cass., 6 febbraio 1971, n. 313, in *Mass.*, 1971.

del valore attribuito all'apporto e non in subordinazione a un datore di lavoro, bensì soltanto alle direttive dell'associante, al quale non competono quei poteri disciplinari e di controllo spettanti al datore di lavoro anche nel silenzio del contratto di lavoro; per contro l'associato può, ove previsto dal contratto, esercitare un controllo sull'andamento dell'azienda e, pur non avendo diritto a una retribuzione e, comunque, ad un minimo garantito di guadagno, e pur non essendo soggetto alle perdite, partecipa al rischio di impresa, potendo non conseguire utili di sorta, mentre l'associante, cui compete la gestione dell'azienda, non è completamente libero, nei confronti dell'associato, nell'organizzazione dell'azienda stessa ed è tenuto al rendimento del conto (¹⁶).

Parallelamente alcune sentenze della Cassazione introducono nel nostro tema l'idea che la presenza di una parte fissa di compenso non sia sufficiente ad escludere la configurabilità di un'associazione in partecipazione (¹⁷).

Alla fine degli anni '80 è stato inaugurato dalla Cassazione un "nuovo corso" nell'ambito della tendenza a considerare simultaneamente più elementi discretivi:

il contratto di associazione in partecipazione si caratterizzerebbe per l'obbligo a carico dell'associato, mentre il contratto di lavoro implica un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni (¹⁸). Recentemente la Cassazione ha risolto questioni che avevano ad oggetto le attività di commessa addetta alle vendite in un negozio (¹⁹), di manovalanza e consegna dei prodotti in una pasticceria (²⁰), di addetti a funzioni esecutive in un supermercato quali ad esempio il macellaio banconista, il salumiere, l'addetto alla

¹⁶ Cass., sez. lav., 22 dicembre 1981, n. 6750, in *Società*, 1982, p. 348.

¹⁷ Cass., sez. lav., 14 gennaio 1982, n. 197, in *Riv. notar.*, 1982, p. 235.

¹⁸ Cass., sez. lav., 16 febbraio 1989, n. 927, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, p. 261.

¹⁹ Cass., sez. lav., 6 novembre 1998, n. 11222, in *Contratti*, 1999, p. 572.

²⁰ Cass., sez. lav., 23 gennaio 1999, n. 655, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1999, p. 162.

disposizione della merce sugli scaffali, il cassiere ⁽²¹⁾. Queste mansioni per la inscindibile connessione con le esigenze di continuità di rifornimento, della commercializzazione dei prodotti e del rapporto con la clientela, mal si conciliano con una logica di autonomia operativa dei singoli prestatori e, invece, si correlano necessariamente ad un sistema imprenditoriale etero-organizzativo subordinato al potere gerarchico e gestionale dell'imprenditore ⁽²²⁾.

Di particolare rilievo è un intervento della Corte costituzionale dei primi anni '90 con cui si è stabilito che debba applicarsi anche all'associato d'opera la disciplina riguardante gli obblighi assicurativi contro gli infortuni sul lavoro, giacché l'esposizione al rischio di incidenti è identica nel caso del socio d'opera e dell'associato in partecipazione ⁽²³⁾.

La dottrina recente ripropone, sul tema della concreta distinzione fra associazione in partecipazione e contratto di lavoro, i migliori fra gli argomenti caratterizzanti i dibattiti passati. Si concorda, prevalentemente, sul fatto che non è sul metro dell'intensità della supremazia esercitata da una delle parti sull'altra che si può misurare la subordinazione insita nel rapporto ⁽²⁴⁾. Viene preferita una prospettiva che privilegia l'importanza di un'analisi complessiva e non limitata a singoli elementi decisivi del rapporto ⁽²⁵⁾.

In conclusione, a fronte di una linea sempre più sottile di distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato con partecipazione agli utili, il corretto inquadramento dei rapporti controversi è stato effettuato sulle "modalità di attuazione del concreto rapporto volte a cogliere la prevalenza degli elementi che

²¹ Cass., sez. lav., 10 agosto 1999, n.8578, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2000, p. 33.

²² ALLAMPRESE, *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, n. 3, 2000, p. 710.

²³ ALLAMPRESE, *op. cit.*, pp. 706-707.

²⁴ COTTINO, *Diritto commerciale*, cit. p. 27.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

caratterizzano i due contratti” e attribuendo un “peso predominante al concreto svolgersi del rapporto, anziché al diverso *nomen iuris* preferito dalle parti”.

Gli elementi che secondo la giurisprudenza evidenziano gli aspetti della posizione dell’associato d’opera, che sono estranei al lavoratore subordinato, sono il diritto al rendiconto, la condivisione del rischio di impresa, l’aleatorietà del compenso, l’assoggettamento a semplici istruzioni o indicazioni sullo svolgimento dell’attività; non sono configurabili nell’associazione in partecipazione, invece, le caratteristiche della subordinazione contemplate nell’art. 2094 c.c. e l’aspetto dell’irrelevanza di una modifica sostanziale dell’impresa ⁽²⁶⁾.

Nonostante tale impostazione metodologica, sussistono ancora numerosi aspetti critici nel raffronto tra il lavoro associato e le nuove forme di lavoro subordinato.

L’intervento legislativo attuato con la legge Biagi si inserisce in questo quadro di discutibile e problematica partizione tra le due figure contrattuali.

6.2 Fattispecie simulatoria o di frode

Un dato di notevole rilievo è rappresentato dal ricorso sempre più frequente all’associazione in partecipazione, in chiave alternativa, al lavoro subordinato e anche autonomo, ciò accompagnandosi non infrequentemente a casi di “uso fraudolento e illegittimo dello schema dell’associazione in partecipazione” e comunque ponendo problemi di tutela del prestatore di lavoro “associato” ⁽²⁷⁾.

L’art. 86, comma 2, D. Lgs. n. 276/2003, afferma che “*al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di*

²⁶ Cass., 4 febbraio 2002, n. 1420, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2003, p. 585.

²⁷ LASSANDARI, “*Lavoro e associazione*”, in CARINCI, *Diritto del lavoro. Commentario*, II, Torino, 1998, p. 52.

associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività o, in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore non compri, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento.”

L'art. 86, comma 2, in esame esordisce con il dichiarato intendimento di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e dei contratti collettivi, disciplina evidentemente relativa al rapporto di lavoro subordinato. In effetti le associazioni in partecipazione – come e forse più delle collaborazioni coordinate e continuative - sono state viste con disfavore dagli organi di vigilanza della Direzione provinciale del lavoro e degli Istituti previdenziali perché ritenute celare rapporti di lavoro subordinato.

Le contestazioni comunemente mosse sono i tre termini indiziari (ossia di circostanze gravi, precise e concordanti): a) avere fatto partecipare altri associati senza il preventivo assenso di quelli precedenti, trasformando così un contratto sinallagmatico “chiuso” in un contratto “di adesione”; b) non avere consegnato il rendiconto o non avere consentito eventuali diverse forme di controllo; c) soprattutto, avere garantito all'associato un guadagno, o attraverso la corresponsione di un fisso mensile o con diversa periodicità, o con la previsione di una percentuale sui ricavi, sul fatturato, sugli

incassi, che esistono sempre contrariamente agli utili. Tali forme elusive possono ricadere, secondo i casi, o nella previsione del decreto del contratto di frode alla legge (ossia alle disposizioni inderogabili di diritto del lavoro) *ex art. 1344 c.c.* o del contratto detto di simulazione relativa, *ex art. 1414, comma 2, c.c.*

A dire il vero sulla circostanza sub c) vi sarebbe molto da dire, tenuto conto che l'apporto è costituito da una prestazione di lavoro. Infatti la giurisprudenza della stessa Cassazione è stata, al riguardo, divisa, asserendo in più occasioni che un'eventuale garanzia di guadagno minimo per l'associato non snatura il contratto di associazione in partecipazione, avendo essa l'effetto di escludere la perdita totale o parziale del conferimento. Anzi, la garanzia di un guadagno minimo sarebbe precisata dallo stesso art. 2553 c.c. in relazione al divieto che le perdite che colpiscono l'associato possano superare il valore del suo apporto (²⁸).

Negli ultimi anni, tuttavia, la Cassazione ha uniformemente affermato che il corrispettivo dell'apporto è costituito da una partecipazione agli utili; pertanto è solo questa, con il suo contenuto aleatorio, a qualificare il contratto di associazione in partecipazione (²⁹). In sostanza, è il permanere di un tratto di aleatorietà, anche se eventualmente circoscritta, integrata e condizionata, che consente di distinguere, sotto il profilo dogmatico, l'associazione in partecipazione dal subordinato.

In sede di verifica, ove fosse stato accertato che mancava uno o più dei requisiti costitutivi del contratto in esame, si è giunti alla conclusione che si era in presenza di un rapporto di lavoro subordinato. Tale conclusione doveva anzitutto essere quella che non

²⁸ Cass., sez. lav., 17 settembre 1991, n. 9671; 21 giugno 1988, n. 4235; 21 novembre 1985, n. 5759; 14 gennaio 1982, n. 197; 2 agosto 1975, n. 2960. Sulle ragioni che possono condurre legittimamente alla garanzia di un guadagno quale salvaguardia dell'apporto dell'associato quando esso sia costituito da una mera prestazione di lavoro e sia esclusa la partecipazione alle perdite, si rinvia a GUALTIEROTTI, *"Il lavoro subordinato e autonomo"*, cap. IV, par. 5, p. 174.

²⁹ Cass., sez. lav., 4 febbraio 2002, n. 1420; 26 febbraio 2001, n. 2795; 3 febbraio 2000, n. 1188; 12 gennaio 2000, n. 290.

era configurabile in un contratto di associazione in partecipazione; a questo punto si imponeva un'ulteriore verifica tesa ad accertare se si fosse concretato o meno il requisito della subordinazione. In mancanza di tale requisito, infatti, si sarebbe trattato di un generico rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, cioè di lavoro autonomo. Nell'associazione in partecipazione la partecipazione agli utili, quale corrispettivo dell'apporto di lavoro, costituisce il rischio dell'associato. La remunerazione, infatti, può essere adeguata, può non essere adeguata, può non esserci, può addirittura essere sostituita da una partecipazione alle perdite.

Tuttavia, la predeterminazione quantitativa, adeguata o meno, del compenso snatura il contratto di associazione in partecipazione e impone di verificare, come anzidetto, la presenza o meno di una fattispecie simulatoria o elusiva.

Se il contratto di associazione in partecipazione si rivelerà non tale perché "*senza una effettiva partecipazione*" da parte dell'associato, esso andrà a configurare altro rapporto, di lavoro subordinato o autonomo, ed in relazione ad essa il lavoratore avrà diritto a un'adeguata remunerazione.

L'art. 86, comma 2, del D.Lgs. 276/2003 non brilla per chiarezza, soprattutto laddove sospetta la presenza di fenomeni elusivi, laddove, nonostante il *nomen* associativo adottato dalle parti, il rapporto di associazione non risulti connotato da "*una effettiva partecipazione*" e da "*adeguate erogazioni a chi lavora*".

Un approccio letterale alla disposizione indurrebbe a concludere che il legislatore ignorava la causa del contratto di cui all'art. 2549 c.c. (che, per l'appunto, esclude una adeguata remunerazione, essendo la partecipazione agli utili formulata in termini di aleatorietà, con esclusione di ogni lavoristica adeguatezza). Non potendosi sostenere una *ignorantia legis* nel legislatore, è necessario procedere ad una interpretazione

“correttiva”, nel senso che: a) l’«*assenza di effettiva partecipazione*» altro non significherebbe che inadempimento, da parte dell’associante, degli obblighi di trasparenza di cui al terzo comma dell’art. 2552 c.c., sicché l’associato non sarebbe nella condizione di ricevere una corretta informazione sull’andamento dell’affare o dell’impresa); b) l’assenza di “*adeguata erogazione a chi lavora*” può essere letta come riferimento ad un possibile ambiguo tenore della clausola contrattuale di partecipazione agli utili oppure come una sua formulazione particolarmente sfavorevole all’associato di opera (come nel caso in cui sia prevista una partecipazione alle perdite superiore rispetto a quella agli utili) (¹). Ma è più verosimile, purtroppo, che si tratti di un refuso, privo di ogni plausibile significato, essendo la valutazione di un eventuale squilibrio tra le prestazioni dell’associante e dell’associato materia di cognizione non già del giudice del lavoro ma del giudice ordinario al quale il contratto di associazione venga sottoposto in sede contenziosa.

La novità più rilevante per i rapporti tra l’art. 2549 c.c. e la legge Biagi è attualmente costituita dalle conseguenze derivanti dall’introdotta disciplina della collaborazione coordinata e continuativa. Se, infatti, è configurabile un rapporto di lavoro a progetto, il giudice dovrà fare riferimento all’art. 63 del D.Lgs. n. 276/2003 che impone la corresponsione di un compenso “*proporzionato alla quantità e qualità di lavoro eseguito*”, tenendo conto “*dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto*”.

¹ Anche prima dell’entrata in vigore dell’art. 86, comma 2, D.Lgs n. 276/2003, una volta accertato che non si trattava di associazione in partecipazione, il giudice, ove ritenesse essersi configurato un rapporto di lavoro subordinato, condannava l’associante che aveva assunto la veste di datore di lavoro a corrispondere una retribuzione “adeguata”, cioè analoga a quella stabilita dalla contrattazione collettiva, ed a versare i contributi su tale retribuzione ai sensi dell’art. 1 della legge n. 389/1989. Se, invece, riteneva che il rapporto, pur non di associazione, fosse rimasto di natura autonoma, per esempio di collaborazione coordinata e continuativa, lasciava la remunerazione già pattuita fra le parti ed individuava l’obbligo assicurativo coerentemente alle singole fattispecie.

Se, invece, non fosse individuabile un progetto e si ricadesse in una collaborazione coordinata e continuativa generica non più ammessa, il rapporto si troverebbe ad essere nuovamente considerato di lavoro subordinato a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 69, comma 1, di tale decreto.

A questo punto la situazione diviene veramente paradossale. Stando all'interpretazione di cui alla circolare del Ministero del lavoro dell'8 gennaio 2004, n. 1, saremmo in presenza di una presunzione semplice *ex lege*, superabile con la prova, da parte del committente, dell'esistenza di un rapporto di lavoro autonomo.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

ALLAMPRESE A., *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2000, I, pp. 705-714.

ARCANGELI A., *La commenda a Venezia specialmente nel secolo XIV*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1902, p. 149.

AULETTA G., *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937.

BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, vol. II, Milano, 1955.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954.

BIONE M., *L'impresa ausiliaria*, Padova, 1972.

BREGLIA P., *Il negozio giuridico parziario*, Napoli, 1916.

BRUNETTI L., *Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 577-578.

CAROSELLI M.R., *L'Associazione in partecipazione*, Padova, 1930.

CICCAGLIONE G., *Il contratto di commenda nella storia del diritto italiano*, in “*Filangieri*”, 1886, XI, p. 332.

COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1994.

DE ACUTIS M., *L'Associazione in partecipazione*, Padova, 1999.

DE FERRA G., *Della Associazione in partecipazione*, Bologna, 1973.

DE SEMO G., *Contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, nota ad App. Genova, 18 marzo 1958, in *Dir. lav.*, 1958, II, p. 285.

DI SABATO F., *Istituzioni di diritto commerciale*, II ed., Milano, 2003.

DIENER M.C., *Il Contratto in generale*, Milano, 2002.

FERRI G., in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale*, voce “*Associazione in partecipazione*”, IV ed., Torino, 1987, p. 510.

FERRI G., in *Noviss. Digesto it.*, voce “*Associazione in partecipazione*”, 1965, p. 1436.

FRANCESCHELLI F., *Saggio su la cessione dei marchi*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 31.

GALGANO F., *Diritto Commerciale. Le società*, ed. 2003, Bologna, 2003.

GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile* (Libro I, art. 36-42), a cura di Scialoja-Branca, II ed., Bologna-Roma, 1976, pp. 16-22.

GALGANO F., *Diritto Commerciale. L'Imprenditore*, ed. compatta, Bologna, 2003.

GHIDINI M., in *Enc. del dir.*, Milano, voce "Associazione in partecipazione", n. 3, p. 851.

GUGLIELMUCCI L., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, nel *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, sub. art. 77., p. 261.

IRTI N., in *Noviss. Digesto it.*, XI, voce "Negozio Parziario", Torino, 1965, pp. 223-230.

LASSANDARI A., *Lavoro e associazione*, in F. Carinci, *Diritto del lavoro. Commentario*, II, Torino, 1998, p. 52.

MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, relazione al Convegno di studi sul tema *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002, pp. 9-10.

MASI P., *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985.

MASSAMORMILE A.P., *Azioni e strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 1268-1315.

MIGNOLI A., *Le partecipazioni agli utili nelle società di capitali*, Milano, 1966.

MIGNONE G., *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 209-218.

MOROZZO DELLA ROCCA R., *Documenti del commercio veneziano nei secoli XI e XIII*, Torino, 1940.

NAVARRINI U., *Trattato Teorico Pratico di diritto commerciale*, Torino, 1921.

NICOLINI G., *Manuale di diritto del lavoro*, III ed., Milano, 2000.

NOTARI M., *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, Milano, 2003.

PAVONE LA ROSA A., *Società tra professionisti e artisti*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 195.

RAVÀ T., *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano, 1938.

SAVARY A., *Le parfait negociant*, I, Parigi, 1675.

SCIALOJA A., *Sull' origine delle società commerciali, Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927.

SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 414.

WEBER F., *I rapporti agrari nel mondo antico* (tradotto in italiano assieme a un altro breve saggio dal titolo "*Storia economica e sociale dell'antichità*"), Roma, 1987.

WEIGMANN R., in *Digesto. Discipline privatistiche-Sez. commerciale*, III, voce "*Cointeressenza*", IV ed., Torino, 1988, p. 124.

UBERTI-BONA I., in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, voce "*Cointeressenza*", n. 2, p. 307.

IBBA C., *Professioni intellettuali e diritto commerciale*, in AA.VV., *Le professioni intellettuali*, in *Giurispr. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1987, p. 269.