

ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLI - ESENTE DIRITTI

10 GIU. 2005

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

## LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

## SEZIONE LAVORO

LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Stefano CICIRETTI - Presidente -

R.G.N. 11512/0

Dott. Fernando LUPI - Consigliere -

Cron. 12261

Dott. Pietro CUOCO - Rel. Consigliere -

Rep.

Dott. Pasquale PICONE - Consigliere -

Ud. 08/03/05

Dott. Paolo STILE - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

sul ricorso proposto da:

DIAGNOSI ANALISI & TERAPIE PASTEUR SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA TIBULLO 13, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO LARUSSA, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati ANGIOLINO ALBANESE, MARIA CERBARA, giusta procura speciale alle liti atto notar FRANCESCO DI PIETRO in Monterotondo del 28 febbraio 2005 REP. N. 41590 *e mandato speciale a nome del socio;*

- ricorrente -

contro

2005 V.V.A., elettivamente domiciliato in ROMA

1200 VIA BERGAMO 3, presso lo studio dell'avvocato AMOS





ANDREONI, che lo rappresenta e difende, giusta delega  
in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 3515/02 della Corte d'Appello  
di ROMA, depositata il 12/12/02 - R.G.N. 348/2001;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 08/03/05 dal Consigliere Dott. Pietro  
CUOCO;

udito l'Avvocato LARUSSA;

udito l'Avvocato TODDE per delega ANDREONI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. Renato FINOCCHI GHERSI che ha concluso

per il rigetto del ricorso.

### Svolgimento del processo

Con atto del 20 maggio 1998 **V.A.V.** espose che

1. aveva lavorato dal marzo 1981 come biologo analista alle dipendenze della DIAGNOSI ANALISI E TERAPIE "PASTEUR" S.r.l., ed il 15 marzo 1991, a seguito d'un precedente licenziamento, era stato riassunto con la qualifica di direttore tecnico di primo livello e con il compito di sovrintendente al funzionamento del laboratorio di analisi;
2. licenziato il 30 settembre 1994, il 1° ottobre 1994 aveva stipulato con la Società un contratto di associazione in partecipazione;
3. il 28 maggio 1997 la Società gli aveva comunicato il recesso.

Ciò premesso, chiese che il Tribunale di Milano dichiarasse la nullità del contratto di associazione e la sussistenza d'un ininterrotto rapporto di lavoro subordinato dal 15 marzo 1991 nonché la nullità del licenziamento intimato il 28 maggio 1997, e condannasse la Società al pagamento dell'indennità risarcitoria nonché le differenze retributive ed il T.F.R. dovutogli per il rapporto di lavoro subordinato.

Il Tribunale accolse la domanda relativa alle differenze retributive, limitatamente al periodo intercorso fra il 15 marzo 1991 ed il 30 settembre 1994, e respinse ogni altra domanda.

Con sentenza del 12 dicembre 2002 la Corte d'Appello di Milano ha accertato la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato nel periodo successivo al 30 settembre 1994, ed ha condannato la Società al pagamento dei ratei di tredicesima e quattordicesima mensilità e del T.F.R. nonché dell'indennità risarcitoria corrispondente a 2,5 mensilità di retribuzione.

Premette il giudice che la differenza fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato è nella prevalenza dei relativi elementi costitutivi, tenendo conto che il primo rapporto è caratterizzato dall'obbligo del rendiconto a carico dell'associante e dal rischio d'impresa a carico dell'associato, ed il secondo rapporto da un più penetrante vincolo di assoggettamento al potere datorile, che nel primo si esaurisce in direttive ed istruzioni.

Nel caso in esame, il giudice conferisce determinante rilievo ad alcuni elementi di fatto:

- a. fra il primo periodo (conclusosi il 30 settembre 1994) ed il secondo periodo (iniziato il giorno successivo), l'organizzazione aziendale e le mansioni del **v.** nonché le mere direttive generali, alle quali egli era sottoposto, non avevano subito modifica alcuna;
- b. pur nelle variazioni di bilancio (prima in diminuzione e poi in aumento), il compenso mensile era di misura costante, e non figurava quale componente il costo di produzione; anche quando l'esercizio annuale della Società si chiudeva in perdita, il **v.** era indenne da ogni conseguenza; e pertanto nel compenso mancava ogni aspetto di aleatorietà;
- c. non vi era stato alcun rendiconto;
- d. la mera eliminazione, nel periodo successivo al 30 settembre 1994, del registro delle presenze, costituiva un aspetto formale, che non incideva sulla posizione del **v.**

Per la cassazione di questa sentenza ricorre la DIAGNOSI ANALISI E TERAPIE "PASTEUR" S.r.l., percorrendo le linee di due motivi; **v.**  
**A.V.** resiste con controricorso.

### Motivi della decisione

1. Con il primo motivo, denunciando violazione degli artt. 1322 - 1326, 1339, 1362 e segg. e 1419 cod. civ. nonché vizio di motivazione, la ricorrente sostiene che

1.a. poiché nell'associazione in partecipazione l'attività dell'associato ha carattere strumentale rispetto all'attività dell'associante e dell'impresa, e poiché le esigenze dell'impresa erano immutate ed all'impresa era necessario uno specifico tipo di lavoro del dott. V. anche nel periodo successivo al 30 settembre 1994 (quando era in corso il contratto di associazione), il lavoro del V. era necessariamente lo stesso; in particolare, poiché dall'istruttoria era emerso che il V. non era sottoposto ad alcun orario di entrata ed uscita, e poiché il suo lavoro era strumentale alle esigenze dell'impresa e doveva svolgersi necessariamente nel rispetto degli orari previsti da norme e regolamenti ai quali l'impresa è soggetta, il fatto che anche nel secondo periodo la prestazione del V. seguisse un orario fisso e predeterminato, ai fini della qualificazione del rapporto in questo periodo era irrilevante;

1.b. "la circostanza che le direttive impartite erano le stesse, era ininfluyente" ai fini della controversia;

1.c. poiché la giurisprudenza riconosce che l'unica regola della disciplina del compenso dell'associato è il divieto di partecipazione alle perdite in misura superiore al suo apporto, e le parti del contratto sono libere di escludere la stessa partecipazione alle perdite, il fatto che nel caso in esame il compenso mensile del V. fosse costante (fatto

*Luca*

diretto a conservargli il medesimo tenore economico precedentemente goduto), ai fini della qualificazione giuridica del rapporto era irrilevante;

1.d. l'assenza del rendiconto, mero inadempimento d'un obbligo contrattuale, ai fini della predetta qualificazione era irrilevante;

1.e. carattere determinante assumeva, in questa invarianza, la volontà delle parti; "nella qualificazione del rapporto giuridico intercorso fra le parti, deve essere attribuito valore presuntivo e carattere decisivo alla volontà manifestata dalle parti stesse; ciò non significa attribuire rilevanza decisiva al *nomen juris* usato, ma tenere conto della concreta disciplina giuridica di esso quale voluta dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale: la dichiarazione di volontà costituisce un elemento fondamentale sul piano interpretativo, salva la necessità di verificare, alla stregua del concreto svolgimento del rapporto, l'esattezza della qualificazione operata dalle parti"; e la Società aveva prodotto il contratto, contenente tutti gli elementi necessari per la valida costituzione d'un rapporto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa, ove si prevedeva l'obbligo del rendiconto annuale; "e nessuna prova era stata fornita dal ricorrente sull'esistenza d'un accordo simulato fra le parti, diretto a dissimulare l'esistenza d'un contratto di lavoro subordinato fra i medesimi soggetti";

1.f. il giudicante non aveva "tenuto in alcun conto le risultanze istruttorie svolte in primo grado e richieste dalla stessa parte al tempo ricorrente" (ricorso, p. 12).

2. Con il secondo motivo, denunciando omessa ed insufficiente motivazione, la ricorrente sostiene che l'eliminazione della rilevazione delle presenze e dell'orario non costituiva un dato meramente formale, bensì esprimeva la volontà di svincolare la prestazione dal potere disciplinare.

3. I motivi, che, essendo interconnessi devono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

4. E' da premettere, su un piano generale, che in tema di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto all'uno od all'altro degli schemi predetti esige un'indagine del giudice di merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato d'un rischio d'impresa, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo dell'organizzazione dell'azienda (*e plurimis*, 12 gennaio 2000 n. 290).

5. Nel caso in esame il giudicante, tenendo presente che ancor prima del 30 settembre 1994 il v. era stato nominato direttore tecnico e le sue mansioni rendevano meno consistente il potere direttivo nei suoi

*Recco*

confronti esercitato, ha dato minore rilievo all'intensità delle manifestazioni del potere gerarchico, dirette (ordini o direttive od istruzioni) ed indirette (registro delle presenze).

Ed ha ritenuto determinante, nelle invariate modalità della prestazione, due elementi di carattere negativo (che, positivamente, caratterizzano l'associazione in partecipazione): l'assenza del rendiconto e l'assenza di ogni legame del compenso al ciclo produttivo.

6. La ricorrente non contesta la storica esistenza dei fatti accertati. Assumendo l'invarianza delle esigenze aziendali in relazione al lavoro del v. la ricorrente tende tuttavia ad escludere la rilevanza di ogni (pur importante) elemento di differenziazione fra lavoro subordinato ed associazione in partecipazione: modalità di svolgimento, orario, direttive, compenso, rendiconto (retro, "1.a.", "1.b", "1.c.", "1.d."), ed a conferire determinante rilievo alla volontà espressa dalle parti nell'iniziale contratto ed alla rilevazione delle presenze ("1.e."; "2.").

Queste argomentazioni sono erronee, sia nel loro aspetto negativo (nel negare il rilievo di elementi determinanti) e sia nel loro aspetto positivo (nel conferire rilievo ad aspetti poco significativi).

7. In ordine al primo aspetto, è da affermare che, "poiché nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato le generali modalità dell'attività ed in particolare gli orari e le direttive possono presentare (a seconda dei aspetti del concreto rapporto, come la natura intellettuale delle mansioni ed il livello nell'ambito dell'azienda) sfumature molto attenuate, ai fini della differenziazione con l'associazione in partecipazione assumono rilievo determinante i fatti che emergono come caratteristiche necessarie

dell'associazione ed estranei al modulo normativo del lavoro subordinato (art. 2094 cod. civ.): il diritto dell'associato al rendiconto e la sensibilità al rischio di impresa. Queste caratteristiche, essendo parte integrante dell'astratto modulo normativo dell'associazione, non possono essere assenti nel concreto contingente relativo rapporto”.

“In tal modo, anche se la presenza di questi due determinanti elementi nel contingente rapporto non consente (a rigore) di escludere il lavoro subordinato, è la loro assenza che (con l'esclusione dell'associazione in partecipazione) impone di affermarlo”.

In ordine al secondo aspetto, poiché il contratto di lavoro è causa d'un rapporto che, fondato sulla volontà delle parti, si protrae nel tempo, questa volontà non è soltanto nell'atto iniziale, bensì resta inscritta in ogni frammento dello svolgimento del rapporto, come posto in essere e reciprocamente accettato dalle parti (Cass. 15 giugno 1999 n. 5960).

E' pertanto da affermare che “il comportamento delle parti, lungamente ed uniformemente protrattosi nel tempo fra prestazione e controprestazione, presuppone la comune volontà che lo sorregge, e di cui è esecuzione. Esso è, in tal modo e ad un tempo, segnale dell'esistenza d'un contratto ed espressione del relativo contenuto, che nel comportamento resta scolpito dal tempo (di questa espressione è riscontro anche la sua funzione interpretativa, ex art. 1362 secondo comma cod. civ.)”.

“In tal modo, ai fini della qualificazione del rapporto, anche se non può escludersi il rilievo della volontà iniziale, valore determinante assume la comune volontà che è alla base dello svolgimento del rapporto stesso, la quale esprime ciò che le parti effettivamente intendono porre in essere (e

*Diusto*

senza che per tale rilievo sia necessario accertare la simulazione dell'atto iniziale: ben potendo, le parti, o aver simulato l'atto iniziale, o non aver ivi adeguatamente espresso la loro volontà, od averla mutata in sede di esecuzione)".

8. Nel caso in esame, il giudice di merito questi principi ha seguito; e la ricorrente intende erroneamente escluderli.

9. Essendo priva di ogni concreto riferimento, la censura precedentemente esposta *sub* "1.f." è inammissibile.

10. Il ricorso deve essere respinto. E la ricorrente deve essere condannata al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

P Q M

La Corte respinge il ricorso, e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in EURO 16,00 — oltre ad EURO 2.500,00 per onorario, ed oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, l'8 marzo 2005.

Il Consigliere estensore

*Stefano C...*

IL PRESIDENTE  
*Stefano C...*

*Carlo Arcella*  
IL CANCELLIERE

Depositato in Cancelleria



oggi 10 GIU. 2005

IL CANCELLIERE

*Carlo Arcella*

10

ESENTE DA IMPOSTA DI BOLLO, DI  
REGISTRO, E DA OGNI SPESA, TASSA  
O DIRITTO AI SENSI DELL'ART. 10