

UNIVERSITÀ degli STUDI di CASSINO e del LAZIO MERIDIONALE

DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

Fascicolo 2/2019

TERZO SETTORE E DIRITTI SOCIALI



EDIZIONI UNIVERSITÀ DI CASSINO

2019

Copyright © 2019 – Edizioni Università di Cassino
Centro Editoriale di Ateneo
Palazzo degli Studi Località Folcara, Cassino (FR), Italia
e-ISSN 2610-9166
e-ISBN 978-88-8317-107-9

Il contenuto del presente volume può essere utilizzato in tutto o in parte purché se ne citi la fonte e non vengano modificati il senso ed il significato dei testi in esso contenuti. L'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale non è in alcun modo responsabile dell'utilizzo che viene effettuato dei testi presenti nel volume, delle modificazioni ad essi apportate e delle conseguenze derivanti dal loro utilizzo.



DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

FASCICOLO 2/2019

TERZO SETTORE E DIRITTI SOCIALI

DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

e-ISSN 2610-9166

e-ISBN 978-88-8317-107-9

Fascicolo 2/2019

TERZO SETTORE E DIRITTI SOCIALI

Direttore scientifico e responsabile

LUIGI DI SANTO

Vicedirettore

GENNARO GIUSEPPE CURCIO

Comitato scientifico

GIUSEPPE ACOCELLA (*Università di Napoli Federico II*) - EDOARDO ALES (*Università di Napoli Parthenope*) - DANIELE CANANZI (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*) - GENNARO GIUSEPPE CURCIO (*Istituto Internazionale Jacques Maritain - Roma*) - MARIA D'ARIENZO (*Università di Napoli Federico II*) - LUIGI DI SANTO (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - MAURIZIO ESPOSITO (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - ENRICO FERRI (*Università Niccolò Cusano*) - JOSÉ ANTONIO GARCÍA LÓPEZ (*Universidad de Jaén*) - NADER HAKIM (*Université de Bordeaux*) - JOSÉ ALBUCCÓ HENRÍQUEZ (*Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez*) - FLOR MARIA AVILA HERNANDEZ (*Universidad Católica de Colombia*) - NATALIA KOCHKINA (*Taras Shevchenko National University of Kyiv*) - SEBASTIANO MAFFETTONE (*Università Luiss Guido Carli*) - LAURA MOSCATI (*Sapienza Università di Roma*) - PASQUALE PASSALACQUA (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - JULIO EDMUNDO PLAZA (*Universidad Nacional de Tucumán*) - ANTONIO PUNZI (*Università Luiss Guido Carli*) - GIUSEPPE RECINTO (*Università di Napoli Federico II*) - RENATO RUA DE ALMEIDA (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo*) - STEFANO ZAMAGNI (*Università di Bologna*)

Comitato di redazione

GIULIO DONZELLI (*Coordinatore editoriale*) - NAUSICA LUCIA GUGLIELMO (*Caporedattore*) - ANDREA AVERSANO - GIUSEPPE BISCEGLIA - FRANCESCO CAVINATO - ALESSANDRO CONTI - NUNZIA COSMO - ALESSANDRA GARGANO - MARIKA GIMINI - MICHELE IASELLI - RAFFAELE MAIONE - ROSSELLA PINELLI - LETIZIA SCHIETROMA - ENRICO MARIA TESSITORE

INDICE

Introduzione

LUIGI DI SANTO, *Riflessioni intorno a Ripensiamo lo Stato Sociale di Giulio Prosperetti* 3

Saggi

GIUSEPPE ACOCELLA, *Democrazia e diritti sociali* 13

ALESSANDRO DIOTALLEVI, *La strategia di governo mondiale: le Nazioni Unite ed il sistema di governance mondiale, nel quadro della “deterritorializzazione” della produzione normativa e del rinnovato ruolo del giurista* 19

MAURIZIO ESPOSITO, NISIA LUCCHETTI, *La riforma del welfare in regione Lazio a partire dalla legge regionale n. 11 del 2016. Il ruolo del terzo settore nella coprogettazione sociale* 41

PASQUALE PASSALACQUA, *Il lavoro nel Codice del terzo settore (d.lgs. n. 117/2017)* 63

Articoli

NUNZIA COSMO, *Note su terzo settore e solidarietà. Alla riscoperta dell'essere sociale* 95

SIMONA DI MARE, *Terzo settore e nuovi assetti di governance nei processi di presa in carico domiciliare del soggetto anziano* 115

MARIKA GIMINI, *Match fixing. Politica sportiva ed etica sociale* 131

NAUSICA LUCIA GUGLIELMO, *I diritti dei minori migranti come esperienza dell'umano* 139

LETIZIA SCHIETROMA, *Il volontariato come espressione del dono nell'ottica della sussidiarietà* 145

Recensioni

R. COLLURA, *Dottrina sociale della Chiesa, globalizzazione e terzo settore*, Roma, Bonanno, 2017 (Giuseppe Bisceglia) 161

A. OCCHINO, *Volontariato, diritto ed enti del terzo settore*, Milano, Vita e Pensiero, 2019 (Francesco Cavinato) 163

G. CALOGERO, *L'Abc della democrazia* (a cura di M. Viroli), Milano, Chiarelettere, 2019 (Giulio Donzelli) 167

P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, il Mulino, 2018 (Caterina Gagliardi) 171

N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Roma, Luiss University Press, 2019 (Alessandra Gargano) 175

I. KRASSTEV, *Gli ultimi giorni dell'Unione. Sulla disintegrazione europea*, Roma, Luiss University Press, 2019 (Rossella Pinelli) 177

IL LAVORO NEL CODICE DEL TERZO SETTORE (D.LGS. N. 117/2017)

1. Terzo settore, solidarietà e diritti sociali. Il *focus* sul lavoro della presente indagine - 2. Dall'inquadramento del *genus* del "lavoro fuori mercato" gratuito alla *species* dell'attività di volontariato - 3. Il regime giurisprudenziale di accertamento della gratuità della prestazione basato sulle presunzioni - 4. La perdurante tendenza alla giuridificazione "leggera" del volontariato le sue complicazioni - 5. La previgente normativa sulle associazioni di volontariato e di promozione sociale e il suo superamento con il Codice del Terzo settore - 6. La nuova definizione "generale" di volontariato: l'inclusione del volontariato individuale - 7. La valenza dell'inclusione del volontariato individuale sul piano sistemico: gli effetti sull'improprio regime delle presunzioni - 8. L'emergere di una fattispecie tipica di lavoro gratuito con tendenziale valenza generale - 9. La proposta di inquadramento dell'attività di volontariato nello schema dell'obbligazione naturale tipica - 9.1. Gli ulteriori caratteri della fattispecie - 10. La scarsa disciplina legale dettata nel Codice del Terzo settore per l'attività di volontariato "associato": il divieto di retribuzione; il regime dei rimborsi spese e le forme di assicurazione obbligatoria a favore dei volontari - 11. Gli enti che si avvalgono dell'attività dei volontari - 12. I rapporti di lavoro "di mercato" negli enti del Terzo settore - 13. Il necessario rapporto tra lavoro "di mercato" e lavoro "fuori mercato" - 14. La perdurante incompatibilità tra attività di volontariato e lavoro retribuito a favore del medesimo ente

Abstract

L'Autore concentra l'analisi sui profili giuslavoristici del Codice del Terzo settore. Dopo un inquadramento sistematico del fenomeno del volontariato, particolare attenzione è dedicata alla nuova definizione "generale" di attività di volontariato, di cui l'Autore sottolinea i riflessi sul piano sistemico. L'analisi si sposta poi al complesso e problematico rapporto tra lavoro "di mercato" e "lavoro fuori mercato" negli enti del Terzo settore come delineato dal Codice.

The Author focuses on the employment law profiles of the Third Sector Code. After a systematic overview of the phenomenon of volunteering, particular attention is paid to the new "general" definition of volunteering, of which the Author underlines the systemic reflections. The paper illustrates then the complex and problematic relationship between "market" work and "off-market work" in Third sector entities as outlined by the Code.

Keywords: Third Sector Code, Third Sector, volunteering, "market" work, "off-market work".

1. Terzo settore, solidarietà, diritti sociali. Il *focus* sul lavoro della presente indagine

Il cd. Terzo settore è, per comune identificazione, collocato nel sistema economico in un nucleo distinto dallo Stato (primo settore) e il mercato (secondo settore), dove operano soggetti privati che svolgono attività senza fine di lucro. Più in particolare, il nostro legislatore nazionale, di



recente, così si esprime «Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi»¹.

Si è definito il Terzo settore come un progetto di “economia civile”, in cui si possono sviluppare quei processi di “reciprocità istituzionale”, necessari al “coordinamento orizzontale” della società². È il terreno nel quale, alla luce di una nuova concezione dei rapporti tra Stato e cittadini, tra pubblico e privato, si può sviluppare il perseguimento dell’interesse generale valorizzando il principio di sussidiarietà, nella direzione indicata dall’art. 118, quarto comma Cost.³, a garanzia dei diritti sociali⁴.

Invero, in una tale prospettiva, lo stesso legislatore, tra i principi e criteri direttivi della vigente normativa dettata sul Terzo colloca quello di «riconoscere e favorire l’iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali»⁵. Qui il collegamento con i diritti sociali viene ribadito sul piano dell’elevazione dei livelli di tutela. Se continua a spettare allo Stato la garanzia e la tutela dei diritti sociali, la loro sostanziale implementazione si può giocare sul piano dei rapporti che si possono instaurare tra lo Stato e gli enti del Terzo settore per l’affidamento a questi ultimi di servizi di pubblico interesse, attraverso i previsti strumenti della co-programmazione, della co-

¹ Art. 1, comma 1, l. 6 giugno 2016, n. 106 (*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*).

² S. ZAMAGNI, *Organizzazioni non profit e economia di mercato: un progetto di economia civile*, in *Società dell’informazione*, 1996, 4, pp. 8 ss.; cfr., per una prospettiva tesa a far assumere il Terzo settore un ruolo «propositivo di un paradigma generale» di azione delle persone nella società, N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, pp. 637 ss.

³ Ai sensi dell’art. 118, quarto comma, Cost., «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»; cfr. E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, ne *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, p. 708; *amplius* P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018.

⁴ Cfr. già G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 5 ss.; A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, pp. 72 ss.

⁵ Art. 2, primo comma, lett. b), l. 6 giugno 2016, n. 106.

progettazione e dell'accreditamento⁶, nonché attraverso il sistema delle convenzioni. Invero, la legge prescrive che le pubbliche amministrazioni possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale iscritte dal almeno sei mesi nell'apposito Registro nazionale del Terzo settore «convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato»⁷. La convenienza si gioca proprio sull'apporto dell'attività dei volontari e la scelta dell'ente avviene attraverso procedure comparative riservate ai medesimi⁸.

Gli approcci a un mondo così vasto e variegato, com'è evidente, sono molteplici, economici, storici, filosofici, sociologici, solo per citarne alcuni; al contempo gli strumenti attraverso i quali operano i soggetti coinvolti nel Terzo settore sono evidentemente oggetto anche della riflessione giuridica. Sotto un tale più circoscritto *focus* di indagine, nuovi stimoli e nuove criticità emergono in relazione alla complessiva riforma del settore, in attuazione della già citata legge delega n. 106/2016, attraverso il d.lgs. n. 117 del 2017 (*Codice del Terzo settore*). L'interesse resta distribuito tra i vari settori del diritto: in particolare vengono qui in evidente rilievo i profili attinenti al diritto civile e commerciale, come anche a quelli di diritto costituzionale, tributario e amministrativo, solo per citarne i principali. Al contempo, tra le variegate disposizioni del *Codice* è possibile ritagliare un più specifico ambito di indagine in relazione a quelle di più immediato e diritto interesse giuslavoristico, cui vogliamo dedicare il presente contributo.

2. L'inquadramento tradizionale del “lavoro fuori mercato” gratuito

Prima di calarci nell'analisi delle disposizioni “lavoristiche” del Codice del Terzo settore, occorrono alcune considerazioni preliminari, in parte scontate tra i giuslavoristi, ma che appare utile

⁶ Art. 55, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁷ Art. 56, d.lgs. n. 117 del 2017; cfr. L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a “prima lettura” di una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contratto e Impresa*, 2017, pp. 1258 ss.; EAD., *Il codice attuativo della riforma del Terzo settore. Profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2019, pp. 30 ss.; M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma*, in *JusOnline*, 2018, pp. 28 ss.; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018, pp. 10 ss.; M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2/2018, pp. 1123 ss.

⁸ Art. 56, terzo comma, d.lgs. n. 117 del 2017, cfr. D. GAROFALO, *Il lavoro nel terzo settore*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2018, pp. 116 ss.

ribadire, nella prospettiva di rendere fruibile il presente contributo anche al di fuori della nostra cerchia.

Ora, nell'ambito del Terzo settore, al fine di realizzare obiettivi di solidarietà e non di profitto, vengono a operare soggetti che svolgono la loro attività a titolo gratuito, non in vista di un corrispettivo. Si tratta del cd. "lavoro fuori mercato", prestato a fronte di peculiari motivazioni (*l'animus*), entro il quale va inquadrato il fenomeno del volontariato. In questo modo l'ordinamento riconosce variegate istanze provenienti dalla società, non regolabile attraverso le sole leggi del mercato⁹. Allo stesso tempo nel medesimo ambito operano soggetti che svolgono a favore degli enti del Terzo settore una normale attività lavorativa, da formalizzare nelle consuete forme previste dall'ordinamento, al fine di ottenere un corrispettivo, ovvero a pieno titolo inquadrabili nel cd. "lavoro di mercato". Il Codice del Terzo settore dedica apposite disposizioni a entrambe le figure menzionate, cui vogliamo dedicare qui attenzione.

Ora, va tenuto presente in via preliminare che il lavoro "di mercato" rappresenta il paradigma sul quale è stato costruito il diritto del lavoro, fin dai suoi albori, nell'alveo della rivoluzione industriale, tanto da indurci a riproporre alcuni punti fermi della ricostruzione giuridica del contratto di lavoro.

Il modello generale di riferimento resta quello del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c.¹⁰, per cui l'obbligazione di lavoro è assunta "mediante retribuzione", da considerare, pertanto, elemento essenziale e distintivo per l'identificazione dello schema del contratto di lavoro e della stessa figura del lavoro subordinato. La retribuzione, peraltro, trova un preciso e apposito riconoscimento costituzionale nell'art. 36, primo comma, Cost.¹¹. Allo stesso tempo, il carattere necessariamente oneroso della prestazione lavorativa viene presupposta anche sul diverso versante del

⁹ Ogni riferimento per un tema tanto ampio risulterebbe parziale: oltre gli autori citati in precedenza, considerazioni di sistema in S. RODOTÀ, *Il dono*, in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, pp. 117 ss.

¹⁰ Art. 2094 c.c. «È 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».

¹¹ Art. 36, primo comma, Cost. «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Nell'applicazione di tale norma nel diritto vivente la retribuzione viene costruita quale diritto in capo al lavoratore determinabile nel suo ammontare, anche nel completo silenzio delle parti, sulla base di quanto previsto nei contratti collettivi.

lavoro autonomo, secondo quanto prescritto dall'art. 2222 c.c.¹².

In tale quadro giuridico di sistema, la configurabilità stessa di una fattispecie di lavoro subordinato gratuito è stata messa in forte discussione, giacché il tipo contrattuale previsto dall'art. 2094 c.c. pone, come evidenziato, la retribuzione quale elemento essenziale del contratto di lavoro, sicché ove questa sia espunta dalla fattispecie non risulta possibile applicare e ritenere cogenti gli obblighi per le parti che dalla subordinazione derivano¹³.

Pertanto, si è giunti a ritenere possibile questa fattispecie soltanto facendo riferimento alla figura del contratto atipico previsto in generale dall'art. 1322, secondo comma, del codice civile¹⁴. La meritevolezza dell'interesse in questi casi è stata ritenuta sussistente in quanto l'attività di lavoro «ancorché oggettivamente configurabile quale prestazione di lavoro subordinato, non sia eseguita con spirito di subordinazione né in vista di adeguata retribuzione, ma *affectionis vel benevolentiae* causa o in omaggio a principi di ordine morale o religioso o in vista di vantaggi che si traggano o si spera di trarre dall'esercizio dell'attività stessa»¹⁵.

Secondo altre ricostruzioni, invece, il lavoro gratuito sarebbe inquadrabile nello schema di un contratto di tipo associativo, oppure della donazione o anche in quello del comodato¹⁶.

Si ritiene in ogni caso che al contratto di lavoro gratuito possano essere ritenute applicabili alcuni obblighi previsti in materia di lavoro a causa onerosa, quali l'obbligo generale della buona

¹² Art. 2222 c.c. «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

¹³ Per una delle migliori argomentazioni di tale tesi cfr. M. GRANDI, *Osservazioni critiche sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, pp. 443 ss., il quale sottolinea (p. 444) – in un modo invero ineccepibile – che «la trasformazione del contratto di lavoro da oneroso a gratuito determina una mutazione genetica del tipo contrattuale incompatibile con la sua struttura regolativa: lo schema tipico del lavoro subordinato include l'onerosità come elemento causale essenziale», in critica alle tesi possibiliste espresse, con varie argomentazioni, tra gli altri, da T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, pp. 45 ss. e P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO (continuato da L. MENGONI), XVII, Milano, 2000, pp. 304 ss.

¹⁴ La norma dispone che «Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

¹⁵ Così Cass. 7 novembre 2003, n. 16774.

¹⁶ Per l'analisi delle diverse posizioni dottrinali cfr. P. BOZZAO, A. CELOTTO, *Volontariato (Lavoro nelle organizzazioni di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. XVI, Torino, 1999, pp. 472 ss.; L. MENGhini, *L'attività di volontariato*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2009, pp. 1567 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Gratuità e lavoro subordinato*, in *Lavoro e diritto*, 1995, pp. 430 ss.; G. SCARTOZZI, *Volontariato (attività di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1996, pp. 2 ss.

fede contrattuale e l'obbligo di sicurezza in capo al datore di lavoro¹⁷, che ha trovato anche un apposito riscontro normativo¹⁸.

3. Il regime giurisprudenziale di accertamento della gratuità della prestazione basato sulle presunzioni

Mentre la dottrina si è arrovellata sull'inquadramento sistematico del lavoro gratuito, l'analisi compiuta dalla giurisprudenza, per sua naturale propensione alla deduzione dal caso concreto, è risultata "schiacciata" dal contenzioso formatosi in modo unidirezionale sull'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato a fronte dello svolgimento di un'attività resa a titolo gratuito.

Si è così concentrata in quella sede l'attenzione sull'indagine volta a determinare la prova della natura onerosa o gratuita dell'attività di lavoro svolta, senza sviluppare la questione della qualificazione giuridica del lavoro gratuito¹⁹. In questo caso, tuttavia, l'urgenza degli interessi sottesi (*id est* l'accertamento/negazione della natura di lavoro subordinato oneroso dell'attività svolta) non pare apprezzabile in positivo – come di sovente avviene nella prospettiva della giurisprudenza degli interessi²⁰ – alla stregua di un'apertura ai bisogni reali della società, ma quale, pur fisiologico, limite nella ricerca del necessario inquadramento sistematico della fattispecie del lavoro gratuito, ovvero del suo "concetto".

In estrema sintesi, su queste basi la giurisprudenza ritiene che in generale sussista una presunzione di onerosità della prestazione di lavoro²¹. Questa, tuttavia, assume carattere relativo, nel senso

¹⁷ Art. 2087 c.c.

¹⁸ V. art. 3, commi 3-*bis* e 12-*bis*, d.lgs. n. 81 del 2008, TU in materia di sicurezza sul lavoro. In base a tale normativa i volontari sono ora tenuti, come i lavoratori autonomi, a munirsi di dispositivi di protezione individuale, mentre al contempo specifici obblighi ricadono in capo al "datore di lavoro" ove il volontario svolga la propria prestazione nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro stesso; sul punto *amplius* cfr. L. MENGHINI, *Volontariato e gratuità del lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, 2013, pp. 1047-1048.

¹⁹ Cfr. L. MENGHINI, *Volontariato e gratuità del lavoro*, cit., p. 1041, il quale parla del «modo empirico» di risoluzione del problema da parte della giurisprudenza.

²⁰ Come noto, la giurisprudenza degli interessi è stata contrapposta a quella dei concetti già dalla dottrina tedesca di fine '800 (si pensi all'opera di Rudolf Jhering e Philipp Heck). Il dibattito sul tema è sconfinato ed esula dall'economia del presente contributo; nondimeno cfr., di recente, A. BELVISI, *Dalla giurisprudenza dei concetti alla giurisprudenza degli interessi*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010, pp. 89 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

²¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 28 marzo 2017, n. 7925; Cass. 29 settembre 2015, n. 19304; Cass. 3 luglio 2012, n. 11089; Cass. 26 gennaio 2009, n. 1833; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3602; Cass. 18 agosto 2004, n. 16171; Cass. 3 agosto 2004, n. 14849; Cass. 9 maggio 2003, n. 7154.

che ammette la prova contraria (presunzione cd. *iuris tantum*). Pertanto, ai fini dell'ammissibilità e della legittimità del lavoro gratuito si richiede che debba essere rigorosamente accertato che l'attività lavorativa risulti effettuata *affectionis vel benevolentia causa*, ovvero connotata da un particolare *animus* che valga ad escludere in radice la causa onerosa della prestazione²², attraverso una rigorosa indagine sulla reale natura degli interessi in gioco²³.

Se quella descritta può essere definita la regola generale, in direzione contraria, invece, la presunzione opposta di gratuità della prestazione (sempre relativa ovvero *iuris tantum*, nel senso che ammette la prova contraria) si ritiene sussistente solo in relazione a particolari ipotesi, annoverabili tra quelli in cui normalmente (*id quod plerunque accidit*) ha modo di manifestarsi un'attività resa a titolo gratuito. Fra queste, si possono annoverare quella del lavoro svolto nell'ambito della comunità familiare, allorché venga svolta fra persone conviventi legate da vincoli di parentela o affinità²⁴ e quella del lavoro dei religiosi svolto nell'ambito delle rispettive comunità²⁵, che si ritengono appunto normalmente rese "*affectionis vel benevolentiae causae*"²⁶.

4. La perdurante tendenza alla giuridificazione "leggera" del volontariato e le sue complicazioni

Una volta ribaditi in estrema sintesi le linee di sistema entro le quali viene tradizionalmente a muoversi il lavoro "fuori mercato" gratuito, anche *sub specie* dell'attività di volontariato, passiamo

²² Cfr., ad es., Cass. 26 gennaio 2009, n. 1833, per cui «Ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un rapporto diverso, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, caratterizzato dalla gratuità della prestazione, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa».

²³ La prova, a prescindere dal formale schema negoziale predisposto dalle parti, «deve consistere nell'accertamento, specie attraverso le modalità di svolgimento del rapporto, di particolari circostanze, oggettive o soggettive (modalità, quantità del lavoro, condizioni economico-sociali delle parti, relazioni tra esse intercorrenti), che giustificano la causa gratuita e consentano di negare, con certezza, la sussistenza di un accordo elusivo dell'irrinunciabilità della retribuzione», così Cass. 28 marzo 2017, n. 7925.

²⁴ Cfr. Cass. 20 aprile 2011, n. 9043.

²⁵ Cfr. Cass. 7 novembre 2003, n. 16774; Cass. 2 dicembre 2002, n. 17096; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2195; Cass. 8 gennaio 1991, n. 69. Sul tema v. P. PASSALACQUA, *Lavoro dei religiosi*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Commerciale, Aggiornamento*, vol. IV, Torino, 2007.

²⁶ La descritta impostazione tuttavia, non pare esente da critiche. La dottrina, infatti, ha osservato che nello schema del lavoro subordinato non è desumibile alcuna presunzione di onerosità, né in senso assoluto né in senso relativo, in quanto «l'onerosità non è configurabile come "notorietà" di un fatto sulla base di una regola d'esperienza (*id quod plerunque accidit*), ma come requisito essenziale imposto dal precetto legale categorico», sicché «la presunzione di onerosità si risolve, quindi, nell'esclusione della prova contraria, ma non perché l'onerosità stessa debba essere riguardata alla stregua di un fatto rilevante sul piano probatorio, bensì a ragione della sua rilevanza come effetto categoricamente disposto da una disciplina imperativa», così M. GRANDI, *Osservazioni critiche*, cit., pp. 442-443.

ad approfondire l'analisi su questo specifico versante, in relazione all'ultimo intervento del legislatore nazionale.

Brevi premesse sono anche in questo caso d'obbligo per affrontare il tema in relazione al dettato della normativa oggi vigente.

Quale fenomeno emergente quale fatto metagiuridico, la Corte costituzionale ha avuto modo di collocare il volontariato nell'alveo dell'art. 2 Cost, quale forma di solidarietà spontanea che esprime «un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui»²⁷. Nella medesima prospettiva, più di recente la stessa Corte ha ritenuto la partecipazione a forme volontarie e non doverose di solidarietà quale espressione dei «valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza normativamente prefigurata dal Costituente»²⁸. Sul piano generale l'apporto dell'attività del volontario resta ineludibile e coesistente nella prospettiva dell'auspicato successo del Terzo settore come luogo di attuazione della sussidiarietà²⁹, nel quadro della società pluralista³⁰.

E così il volontariato viene a muoversi in un'area che da sempre sfugge alla regolazione, in particolare di fonte legale, o comunque alla riconduzione alle note categorie giuridiche, in quanto la spontaneità che lo caratterizza rischia di infrangersi nelle regole dettate dalla legge³¹. L'opinione

²⁷ Così Corte Cost. n. 75 del 1992; sullo stretto rapporto tra liberalità e solidarietà cfr. P. BOZZAO, A. CELOTTO, *Volontariato*, cit., pp. 472 ss.; N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 11 ss.

²⁸ Corte Cost. n. 309 del 2013; cfr. L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 4 ss. e ivi ulteriori riferimenti; per un inquadramento del volontariato nel prisma della solidarietà cfr. L. ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 356/2018, pp. 15 ss., il quale (p. 18) lamenta l'insufficiente spinta propulsiva in tale direzione del Codice del Terzo settore del 2017.

²⁹ Per un'analisi anche quantitativa del fenomeno v. L. GORI, *La disciplina del volontariato*, cit., pp. 1 ss.; A. OCCHINO, *Volontariato, diritto e modelli organizzativi*, Milano, 2012.

³⁰ Cfr. già P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, pp. 1 ss.; M. OLIVETTI, *Volontariato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 2; L. BRUSCUGLIA, A. PELLEGGRI, *Volontariato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Aggiornamento*, II, Torino, 2003, pp. 1288 ss.

³¹ Cfr. già N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, p. 822; P. RESCIGNO, *Autonomia privata*, cit., c. 2; nella medesima direzione si è osservato a riguardo che la «peculiarità più appariscente del volontariato consiste [...] nel singolare rapporto che si instaura tra tale fenomeno e il diritto», in quanto la sua «insorgenza è caratterizzata dalla spontaneità e dal suo manifestarsi in attività non giuridicamente regolate anche se indubbiamente meritevoli di tutela» (così F.D. BUSNELLI, *Brevi considerazioni introduttive*, in L. BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, p. X), più di recente, in direzione analoga cfr. L. ZOPPOLI, *Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act*, WP

da tempo condivisa vede il volontariato come un mondo che si presta così al più a forme di giuridificazione “leggera”, volta a non soffocarne i variegati modi di espressione, sicché, come si è detto, «il diritto del lavoro deve accettare di rimanere, fundamentalmente, fuori dalla porta»³².

Al contempo, la “scelta astensionistica” è stata messa in crisi dalle pressanti istanze volte al riconoscimento statale, funzionale a fondare conseguenti benefici normativi, sia sul piano tributario sia di altro tipo, che hanno dato luogo in tempi più recenti a interventi del legislatore più profondi³³.

Inoltre, si intersecano in un tale settore altre esigenze e preoccupazioni, quali quelle legate all’uso simulato o anche, diremmo, semi-simulato del fenomeno, volto a nascondere forme di lavoro “di mercato”, con pregiudizio degli interessi dei soggetti lavoratori coinvolti. Emerge, cioè, l’esigenza di predisporre norme anti fraudolente, che dovrebbero giocare, invece, la loro efficacia anche in funzione deterrente proprio sulle sanzioni che derivano dalla loro violazione.

Si crea per tale via quello che potremmo definire come un piccolo (solo in quanto non immediatamente evidente) cortocircuito che, già presente nella previgente normativa, ritroviamo anche nel recente Codice del Terzo settore in relazione alle regole sul lavoro, retribuito o gratuito. Invero, il perdurante lascito dell’opzione astensionista pare tradursi in precetti non assistiti da sanzioni specifiche, che, come vedremo, di certo non facilitano l’individuazione da parte dell’interprete della regola da applicare.

5. La previgente normativa sulle associazioni di volontariato e di promozione sociale e il suo superamento con il Codice del Terzo settore

Date le necessarie premesse, ci vogliamo soffermare sulla definizione di attività di volontariato, come delineata nel tempo dal legislatore nazionale.

La previgente legge quadro sul volontariato³⁴ ne forniva per la prima volta una definizione quale «quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l’organizzazione di cui il

CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 289/2016, pp. 9 ss.

³² Così R. DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro e Terzo settore*, cit., p. 342.

³³ Cfr. ID., *Diritto del Lavoro e Terzo settore*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, p. 335.

³⁴ L. 11 agosto 1991, n. 266.

volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà»³⁵. Il necessario tramite dell'associazione nella definizione di questa forma di volontariato ha indotto parte della dottrina a proporre la ricostruzione della fattispecie alla stregua di un contratto di tipo associativo tra il singolo e l'organizzazione di volontariato³⁶.

Si doveva ritenere che quella definizione, in linea di diritto, potesse assumere solo carattere per così dire "indicativo" a livello generale, in quanto valeva soltanto «ai fini della presente legge», tanto che lo si definiva "volontariato associativo" per distinguerlo appunto da quello individuale³⁷.

Al contempo, in quel determinato ambito poteva rendere possibile costruire su di essa ai fini della prova una presunzione relativa di gratuità della prestazione di lavoro, fino cioè a prova contraria della sussistenza di un lavoro a titolo oneroso³⁸, come già abbiamo visto ritenuto dalla giurisprudenza in relazione al lavoro svolto nell'ambito della comunità familiare nonché al lavoro dei religiosi³⁹.

Ne parliamo, tuttavia, oramai al passato, in quanto alla fine di un lungo percorso progettuale, volto anche a superare la frammentazione normativa delineatasi a seguito dello sviluppo di diverse realtà e forme organizzative, da ormai oltre due anni il legislatore italiano è giunto a varare il Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), entro il quale trova la sua regolamentazione anche il volontariato. Ciò ha comportato il superamento della citata l. n. 266 del 1991, insieme a quella dettata per le associazioni di promozione sociale⁴⁰, attraverso la loro formale abrogazione⁴¹ a decorrere dal 3 agosto 2017⁴².

Al vigente Codice del Terzo settore dobbiamo dunque dedicare a questo punto la presente analisi, con specifico riguardo alle disposizioni di impatto giuslavoristico in tema di volontariato ivi dettate.

³⁵ Art. 2, primo comma, l. n. 266 del 1991.

³⁶ Per la ricostruzione delle opinioni dottrinali orientate in tale direzione cfr. P. BOZZAO, A. CELOTTO, *Volontariato*, cit., pp. 482 ss.

³⁷ Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Gratuità e lavoro subordinato*, cit., p. 451.

³⁸ Cfr. P. BOZZAO, A. CELOTTO, *Volontariato*, cit., p. 484 e ivi ulteriori riferimenti.

³⁹ V. *supra*, § 3.

⁴⁰ L. 7 dicembre 2000, n. 383.

⁴¹ Art. 102, primo comma, lett. a), d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

⁴² Art. 104, terzo comma, del medesimo d.lgs. n. 117 del 2017.

6. La nuova definizione “generale” di volontariato: l’inclusione del volontariato individuale

Ciò chiarito, l’aspetto a nostro avviso maggiormente innovativo della nuova normativa sul Terzo settore in relazione al volontariato risiede proprio nella nuova definizione del fenomeno.

La legge prescrive che «Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà»⁴³. Attraverso tale formula, come avveniva in passato, tale modello di lavoro gratuito assume caratteri di tipicità, tanto da fondare la già ricordata presunzione (*iuris tantum*) di gratuità dell’attività prestata dal volontario che rispecchi la previsione di legge.

Al contempo, al fine di meglio apprezzare le novità della nuova formula, occorre confrontarla con quella, già in precedenza ricordata, delineata dalla previgente legge quadro sul volontariato, per cui l’attività di volontariato era definita come «quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l’organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà»⁴⁴.

Possiamo osservare intanto che la definizione sia più articolata, ma al contempo più ampollosa, dove l’accento è posto sulle finalità dell’azione del volontario, sempre ispirata a fini di solidarietà, ma ora meglio delineata (con tono, invero, non privo di una certa enfasi).

Quel che tuttavia rappresenta la novità più rilevante dal punto di vista giuridico risiede nell’esplicita previsione che l’attività di volontariato per essere definita tale *non* debba necessariamente, come invece in passato, essere svolta tramite l’ente del Terzo settore, giacché ora la legge a tal proposito usa l’avverbio “anche” e, quindi, deve intendersi, non solo attraverso quella modalità.

La lettera della legge corrisponde alla *ratio* generale declinata dalla legge delega n. 106 del 2016, che ha richiesto la «valorizzazione delle diverse esperienze di volontariato, anche attraverso il coinvolgimento delle organizzazioni di volontariato»⁴⁵, da intendere dunque comprensiva di quella

⁴³ Art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁴⁴ Art. 2, primo comma, l. n. 266 del 1991.

⁴⁵ Art. 5, primo comma, lett. d), l. n. 106 del 2016.

del volontariato individuale. Ciò trova ulteriore riscontro nell'art. 1 del Codice del Terzo settore, per cui l'intervento normativo è teso a «sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa»⁴⁶. Pertanto, la nuova definizione individua e definisce anche l'attività svolta dal volontario al di fuori di tali enti, così da includere anche il cd. volontariato cd. "individuale", fino alla normativa del 2017 lasciato in una sorta di "limbo", in quanto ritenuto unanimemente legittimo sul piano dell'ordinamento giuridico, ma al contempo non espressamente considerato dal legislatore⁴⁷.

7. La valenza dell'inclusione del volontariato individuale sul piano sistemico: a) gli effetti sull'improprio regime delle presunzioni

La modifica della definizione di attività di volontariato apportata dal Codice del Terzo settore, a nostro avviso produce significati effetti sul piano dell'accertamento della natura gratuita della prestazione resa, nonché sul piano della stessa ricostruzione sistemica della fattispecie del lavoro gratuito.

Sotto il primo profilo, nella vigenza della precedente normativa, mentre per il "volontariato associativo" ivi definito poteva valere la sopra ricordata presunzione di gratuità della prestazione resa, invece, in caso di volontariato meramente individuale restava sussistente la presunzione di onerosità della prestazione di lavoro⁴⁸, superabile solo con onere a carico della parte che volesse sostenere la gratuità della prestazione di lavoro resa.

Oggi, invece, la formula omnicomprensiva della legge potrebbe indurre a ritenere che anche laddove l'attività sia svolta dal volontario al di fuori di un ente del Terzo settore, in presenza dei requisiti previsti dalla legge, possa operare una presunzione di gratuità della stessa, vincibile solo dalla prova contraria.

Tuttavia, sembra preferibile attestarsi anche sulla base della nuova definizione alle precedenti

⁴⁶ Art. 1, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁴⁷ Cfr. L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale*, cit., pp. 3 ss.

⁴⁸ Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Gratuità e lavoro subordinato*, cit., pp. 450 ss.

acquisizioni, volte a delimitare l'operatività della presunzione di gratuità alla sola attività di volontariato "associativo", svolto cioè per il tramite di un ente del Terzo settore⁴⁹. Invero, l'unico elemento oggettivo sul quale poter ancora fondare un regime di presunzioni è quello di svolgere l'attività volontaria «per il tramite di un ente del Terzo settore»⁵⁰, condizione questa, che se sussistente, può legittimare una presunzione di gratuità della prestazione.

In ogni caso si tratta di un'operazione di qualificazione, in quanto l'esistenza di una fattispecie definita consente di ribadire quanto in precedenza osservato in ordine al quantomeno improprio utilizzo del sistema delle presunzioni⁵¹. Si vuol dire che di fronte a fattispecie definite, da un lato quella del lavoro oneroso "di mercato" nelle sue varie forme delineate dalla legge, subordinato o autonomo e, dall'altro, quella dell'attività di volontariato, la questione pare debba essere posta in termini di qualificazione del rapporto, come già avviene tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Qui, anche se avviene tramite la medesima attività cognitiva giudiziale, logicamente si tratta prima di qualificare il rapporto come gratuito "fuori mercato" o oneroso "di mercato" e, in questa seconda eventualità, solo successivamente qualificare lo stesso rapporto di lavoro come subordinato o autonomo, nelle sue varie declinazioni.

8. L'emergere di una fattispecie tipica di lavoro gratuito con tendenziale valenza generale

Il rilievo di maggior impatto sembra, tuttavia, a nostro avviso, ricavabile, a nostro avviso, dalla nuova definizione dell'attività di volontariato, consiste nel fondare su di essa una nuova e generale fattispecie di lavoro gratuito tipizzata dal legislatore. Di indubbio valore sistemico risulta, a tal fine, l'inclusione del volontariato individuale, che può rappresentare, a nostro avviso, il ponte attraverso il quale giungere a fondare una nuova fattispecie generale di lavoro gratuito.

A ben vedere, invero, anche le altre ipotesi socialmente tipiche di lavoro gratuito, come il lavoro reso entro la comunità familiare e il lavoro dei religiosi possono essere ricomprese nella

⁴⁹ Cfr. in tale prospettiva S. VISONÀ, *Il lavoro nella riforma del Terzo settore*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, p. 710, il quale richiama la recente Cass. n. 7703/2018, in cui la Corte, dopo aver richiamato il consueto regime delle presunzioni, ha concluso, nel caso al suo esame, per l'onerosità della prestazione anche in quanto la prestazione era stata resa in favore di un'associazione *non* qualificabile come ente del Terzo settore.

⁵⁰ Art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁵¹ V. *supra*, § 3.

definizione oggi fornita dal Codice del Terzo settore. Ne potrebbe derivare cioè una linea interpretativa tesa a far coincidere l'attività volontaria con ogni forma di lavoro gratuito, caratterizzato appunto dal carattere della spontaneità e del fine di solidarietà. La meritevolezza degli interessi non deve così essere accertata *a posteriori*, come nella prospettiva del contratto atipico *ex art. 1322 c.c.*, ma trova esplicita e positiva esplicitazione da parte della legge, che ha creato così la fattispecie tipica e generale di lavoro gratuito, tale da comprendere in sé le caratteristiche generali di qualsivoglia sua declinazione, raccogliendo, anche in via implicita, in tale veste legislativa i contributi della giurisprudenza e della dottrina.

In una tale prospettiva, possiamo preliminarmente osservare che dalla richiamata definizione fornita dalla legge non sia facile evincere un carattere necessariamente continuativo dell'attività di volontariato⁵². Una lettura del genere pare basarsi sulla previsione per cui «Ai fini del presente Codice non si considera volontario l'associato che occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni»⁵³. Tuttavia, la suddetta norma vale, a nostro avviso, al limitato fine di considerare volontari degli enti del Terzo settore («*Ai fini del presente Codice*») solo i soggetti che svolgono per questi attività non occasionale, tanto da imporre la loro iscrizione in un apposito registro⁵⁴. Invece, la definizione fornita dall'art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017 è come già notato più ampia, tale da ricomprendere anche il volontariato individuale, senza necessità del carattere non occasionale dell'attività prestata, che, quindi, può risolversi anche in una singola prestazione.

Allo stesso tempo, non pare ostare a tale proposta interpretativa la previsione declinata dal medesimo art. 17, settimo comma, d.lgs. n. 117/2017, per cui «Le disposizioni di cui al presente titolo non si applicano agli operatori volontari del servizio civile universale⁵⁵, al personale impiegato

⁵² Così, invece, M. RENNA, *La dimensione privatistica del volontariato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2018, pp. 582-583, per il quale (p. 583) la prestazione del volontario sarebbe necessariamente «contraddistinta da una regolarità cronologica nella frequenza».

⁵³ Art. 17, sesto comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁵⁴ Art. 17, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁵⁵ Il Servizio civile universale è disciplinato dal d.lgs. n. 40 del 2017. Ai sensi dell'art. 16, primo comma, d.lgs. n. 40 del 2017 «Il rapporto di servizio civile universale si instaura con la sottoscrizione del relativo contratto tra il giovane selezionato dall'ente accreditato e la Presidenza del Consiglio dei ministri, non è assimilabile ad alcuna forma di rapporto di lavoro di natura subordinata o parasubordinata e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste di mobilità». Ai giovani ammessi a svolgere il servizio civile universale è corrisposto un assegno mensile per il servizio effettuato nella misura prevista dall'apposito Documento di programmazione finanziaria dell'anno di riferimento (art. 17, primo comma, d.lgs. n. 40 del 2017).

all'estero a titolo volontario nelle attività di cooperazione internazionale allo sviluppo⁵⁶, nonché agli operatori che prestano le attività di cui alla legge 21 marzo 2001, n. 74»⁵⁷. Invero, tali espresse esclusioni paiono potersi riferire agli aspetti diremmo “di disciplina”, che restano peculiari della *species* attività di volontariato delineata dal d.lgs. n. 117 del 2017 (riferiti alla sua declinazione “associativa”)⁵⁸, ma non toccano una definizione, che ben si attaglia quale *genus* a tutte le ipotesi di lavoro gratuito, che possono tutte assumersi svolte in modo volontario.

9. La proposta di inquadramento dell'attività di volontariato nello schema dell'obbligazione naturale tipica

Nella prospettiva proposta, a questo punto, a nostro avviso, può essere riproposta, a distanza ormai di venti anni, una lettura già avanzata, favorevole all'inquadramento della fattispecie del lavoro gratuito nello schema dell'obbligazione naturale *ex art.* 2034 c.c., sia pur quale mero riferimento analogico, nella ritenuta perdurante diversità di struttura ed effetti⁵⁹.

Pare, invero, possibile sviluppare ulteriormente un simile spunto, giacché le possibili sintonie, a nostro avviso, risultano maggiori delle rilevabili distanze. Ci troviamo così al di fuori di una fattispecie causale negoziale dove i doveri posti alla base dell'attività non costituiscono un obbligo giuridico, ma si pongono solo come motivo per lo svolgimento spontaneo del soggetto dell'attività, che tuttavia, a norma di legge non legittima lo stesso soggetto alla ripetizione di quanto

⁵⁶ Il riferimento alla legge agosto 2014, n. 125, Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo. Il rapporto con il personale volontario impiegato in tali attività «non è assimilabile ad alcuna forma di rapporto di lavoro di natura subordinata o parasubordinata e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste di mobilità. Il trattamento economico di detto personale è parametrato su quello stabilito dall'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 6 marzo 2017, n. 40» (art. 28, secondo comma, l. n. 125 del 2014).

⁵⁷ Il riferimento alla l. n. 74/2001 vale a individuare gli operatori che prestano attività le attività svolta dal Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico (CNSAS) che «si considera prestata in modo volontario e senza fine di lucro» (art. 3, l. n. 74 del 2001).

⁵⁸ V. *infra*, § 11.

⁵⁹ Cfr. M. GRANDI, *Osservazioni critiche*, cit., pp. 462 ss., per il quale nelle obbligazioni naturali l'adempimento risulta qualificato «essenzialmente da logiche oggettive di realtà e da idoneità a costituire titolo sufficiente di attribuzione patrimoniale». Cioè, se si è ben compreso, quello schema non si può ridurre alla logica della liberalità. Se il rilievo è di per sé incontrovertibile, a nostro avviso ciò non implica necessariamente che l'obbligazione naturale *non* possa essere resa *anche* per fini di liberalità e solidarietà. Nella civilistica cfr., a favore dell'inquadramento dell'attività di volontariato nell'obbligazione naturale, M.A. CIOCIA, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2000, pp. 76-80.

spontaneamente prestato (*soluti retentio*) ex art. 2034 c.c.⁶⁰.

Addentrando più a fondo, possiamo considerare che l'ordinamento, come noto, delinea i tratti caratteristici dell'obbligazione naturale nell'art. 2034 c.c., che al contempo assurge a ipotesi generale (il *genus*), giacché poi, lo stesso articolo al secondo comma fa riferimento a singole *species* dello stesso dovere tipizzate dal legislatore, tra le quali troviamo nel Codice la disposizione testamentaria fiduciaria⁶¹; il gioco e la scommessa⁶², nonché il pagamento del debito prescritto⁶³. Si tratta, dunque, per unanime ricostruzione, di una fattispecie aperta⁶⁴, nel senso che il nostro ordinamento conosce obbligazioni naturali atipiche, di cui al primo comma e obbligazioni naturali tipiche, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 2034 c.c.⁶⁵.

Non si comprende, invece, perché vi sarebbe incompatibilità tra solidarietà che permea il volontariato e l'adempimento di un dovere morale o sociale che connota, invece, lo schema dell'obbligazione naturale⁶⁶. In questa prospettiva, secondo parte della dottrina, dall'attività di volontariato non deriverebbe alcuna sanzione morale per chi non la pratica, ma solo un impegno etico di chi le stima⁶⁷.

Tuttavia, pur ritenendo plausibili simili rilievi, al contempo il volontario percepisce come dovere di solidarietà l'attività che offre: questo passaggio pare sufficiente a integrare i presupposti per l'attivazione dell'art. 2034 c.c. Non pare, dunque, possa negarsi in questa chiave il carattere di

⁶⁰ La bibliografia sul tema è, ovviamente, sconfinata e non riproducibile in questa sede: in ogni caso cfr. almeno L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004; C. BARNINI, *Obbligazione naturale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.; L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. Civile*, vol. XII, Torino, 1995, pp. 372 ss. e ivi ulteriori riferimenti, nonché quelli indicati nelle note successive.

⁶¹ Art. 627, secondo comma, c.c.

⁶² Art. 1933 c.c.

⁶³ Art. 2940 c.c. In verità, la dottrina esprime più di qualche dubbio in merito all'ascrivibilità di tale ipotesi all'obbligazione naturale, cfr. L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, cit., p. 583; F. ROCCHIO, *Le obbligazioni naturali*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pp. 517 ss.

⁶⁴ Cfr. L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, cit., p. 582; F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XVIII, Napoli, 2018, p. 572.

⁶⁵ Cfr. già L. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 353 ss.; C. BARNINI, *Obbligazione naturale*, cit., pp. 1 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

⁶⁶ Cfr. M. RENNA, *La dimensione privatistica*, cit., p. 570, il quale, in verità, sul punto pare apodittico, concentrandosi maggiormente sulla difficoltà di inquadrare l'attività volontaria di stampo solidaristico negli schemi della donazione, in una linea su questo versante qui condivisa.

⁶⁷ Cfr., in questa prospettiva, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, Torino, 2009, pp. 234 ss.

giuridicità all'adempimento pur spontaneo di "doveri" ritenuti dal soggetto legati alla solidarietà, apprezzabile pur *ex post* dagli effetti imposti dall'art. 2034 c.c.

Insomma, proprio il condiviso carattere aperto di tale norma ne consente a nostro avviso, un'interpretazione includente il lavoro gratuito volontario prestato per solidarietà, espressiva delle sue multidirezionali potenzialità di sistema⁶⁸, nel quadro della rilevata funzione adeguatrice delle obbligazioni naturali, come punto d'incontro tra diritto positivo e realtà sociale⁶⁹. Siamo, quindi inclini a ritenere che vi sia spazio perché la fattispecie delineata dall'art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017 possa assurgere a nuova ipotesi (implicita ma) tipica di obbligazione naturale. Si tratta di una giuridificazione leggera – in coerenza con la natura del fenomeno⁷⁰ – ma non per questo indifferente, a nostro avviso in piena coerenza con la funzione attribuita dall'ordinamento all'obbligazione naturale. La ricostruzione proposta, invero, si pone in un certo senso a garanzia della genuinità dell'atto di solidarietà del volontario, che, una volta qualificato alla stregua di obbligazione naturale, impedisce ogni azione di ripetizione, tesa al recupero del valore di quanto adempiuto per tali fini.

9.1. Gli ulteriori caratteri della fattispecie

Sulle basi proposte, occorre a questo punto dedurre gli ulteriori caratteri della fattispecie. Dalla ricostruzione proposta deriva che non possano sorgere obblighi tra le parti, né tra il volontario e l'eventuale ente per il tramite del quale presta l'attività, né con riferimento ai beneficiari delle sue prestazioni. Seguendo lo schema dell'obbligazione naturale, le prestazioni del volontario vengono di volta in volta rese in favore dei beneficiari e come tali non possono essere né remunerate né ripetute.

Così, il lavoro gratuito *sub specie* del volontariato individuale, solo a livello descrittivo può

⁶⁸ Cfr. F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 573, il quale, ribadita la funzione di valvola di sicurezza, ovvero, richiamando Francesco Carnelutti (*Rapporto giuridico naturale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, p. 171), di «organo respiratore dell'intero ordinamento» dell'obbligazione naturale, rimarca appunto che per il suo tramite «trapassano nel mondo del diritto, attraverso la tecnica del rinvio recettizio, le esigenze, i valori, i convincimenti della collettività, espressi mediante quel sistema di regole non scritte e sempre mutevole denominato morale sociale».

⁶⁹ Così E. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 8.

⁷⁰ V. *supra*, § 4.

risultare assimilabile alla prestazione di lavoro autonomo, giacché l'attività viene resa senza il tramite di un ente che la organizza, ma nessuna delle regole tipiche di quella forma contrattuale "di mercato" può trovare applicazione.

Nel caso, invece, di prestazione resa per il tramite di un ente (qui del Terzo settore), il volontario dovrà attenersi alle sue regole di organizzazione e di erogazione dell'attività resa dai volontari. Non si tratterà mai di esercizio del potere direttivo tipico della subordinazione, ma solo dei profili organizzativi propri dell'ente, cui il volontario deve attenersi, non in virtù di un inesistente vicolo di subordinazione, ma in osservanza delle regole che l'ente come soggetto privato ha la libertà di darsi e che i soggetti terzi sono tenuti a rispettare.

In ogni caso, l'ente può legittimamente rinunciare all'attività del volontario in qualsiasi momento senza alcuna motivazione necessaria.

Al contempo, l'assenza di un vincolo contrattuale implica che il volontario possa in ogni momento interrompere la propria attività, senza che né da parte del beneficiario diretto, né da parte dell'ente per il tramite del quale eventualmente sia stata svolta l'attività, possa essere esercitata un'azione per l'adempimento.

Resta possibile, tuttavia, che una forma di responsabilità possa emergere, ma sul versante extracontrattuale di quella aquiliana *ex art. 2043 c. c. (neminem laedere)*, allorché l'improvvisa interruzione dell'attività ponga, ad es., in pericolo il beneficiario o rechi ad esso pregiudizio. Si può fare l'esempio (in verità più di scuola) di un volontario che presti assistenza in una casa di cura e di punto in bianco vada via durante il turno previsto, senza avvertire e lasciando il degente in balia di se stesso.

La ricostruzione proposta deve confrontarsi con altre disposizioni del d.lgs. n. 117 del 2017 che potrebbero a una prima lettura risultare distoniche con l'impostazione qui seguita, ma che, a nostro avviso, restano, invece, pienamente compatibili, una volta spiegate. Si tratta delle disposizioni dettate nel medesimo Codice in riferimento alle caratteristiche che devono contenere le convenzioni stipulate tra le amministrazioni pubbliche e le organizzazioni di volontariato e le associazioni di

promozione sociale, finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale⁷¹, cui abbiamo fatto riferimento in apertura del presente contributo⁷².

In particolare, per quanto può rilevare sul punto, tali convenzioni devono innanzitutto «contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione»⁷³. Qui l'elemento della continuità attiene al servizio reso, che va opportunamente organizzato a tali fini, ma non può riguardare l'obbligo del volontario di rendere con continuità la sua attività, che deve restare libera e spontanea. Insomma, non ci si può obbligare, neanche volendo, a svolgere attività di volontariato. Potrà nascere così un'eventuale responsabilità dell'ente che ha assicurato la continuità del servizio, in caso di sua mancanza, anche se si tratta di un requisito alquanto generico, tanto da non implicare che lo stesso numero di volontari debba costantemente esservi dedicato.

Le medesime convenzioni – sempre con riguardo agli elementi solo apparentemente problematici – devono altresì prevedere «le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici»⁷⁴. Il riferimento alle modalità di coordinamento dei volontari può essere inteso nel senso, già sopra chiarito, del rispetto dei necessari profili organizzativi cui l'attività in convenzione deve attenersi, ma non implica alcun esercizio di potere direttivo o di coordinamento da lavoro di mercato da parte dell'ente o degli operatori dei servizi pubblici sui volontari.

10. La scarsa disciplina legale dettata nel Codice del Terzo settore per l'attività di volontariato “associato”: il divieto di retribuzione; il regime dei rimborsi spese e le forme di assicurazione obbligatoria a favore dei volontari

Proposta la qualificazione alla stregua di una nuova fattispecie legale di lavoro gratuito, occorre far i conti col fatto che il Codice del Terzo settore, come in precedenza anche la l. n. 266/91, si limita a porre solo alcune peculiari regole, nella prospettiva della giuridificazione “leggera”, già indicata come naturale connotazione del fenomeno⁷⁵.

⁷¹ Art. 56, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁷² V. *supra*, § 1.

⁷³ Art. 56, primo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁷⁴ Art. 56, secondo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁷⁵ V. *supra*, § 4.

Osserviamo, al contempo, che qui si tratta di dettare regole vevoli solo per la fattispecie dell'attività di volontariato "associato", da qualificare – come già notato⁷⁶ – alla stregua di una *species* del *genus* del lavoro gratuito, cui, invece, nella nostra lettura, pare potersi riferire invece la fattispecie delineata ora dall'art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

Così, innanzitutto, ribadendo sul punto quanto già prescritto della previgente normativa sul volontariato, a garanzia della sua natura gratuita, la legge prescrive che «L'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario»⁷⁷. La necessaria assenza della retribuzione rappresenta il tratto distintivo di una simile fattispecie, dove l'attività del singolo è volta a fini solidaristici, "senza fine di lucro", che vanno a giustificare lo "sganciamento" dalla necessità di una controprestazione⁷⁸. Proprio per questa ragione l'assenza di retribuzione, carattere di fattispecie più che di disciplina, può assurgere a regola generale anche del volontariato nella sua declinazione individuale, svolto cioè al di fuori di un ente del Terzo settore. Ciò non toglie che in base all'eventuale normativa di settore (le *species*) il volontario possa aver diritto, ad es., a un assegno mensile – che non assume tuttavia la natura di controprestazione – come avviene nel già ricordato caso del servizio civile universale⁷⁹.

Inoltre, se è vero che ci troviamo al di fuori del lavoro "di mercato", con conseguente assenza dell'apparato garantistico e delle regole tipiche del lavoro remunerato, nondimeno nell'ambito esaminato emergono esigenze peculiari, che si ricollegano alla mera prestazione di un'attività lavorativa, che inducono, ieri come oggi, a delineare alcuni diritti in capo al volontario che operi nell'ambito di un ente del Terzo settore.

La legge, quindi, sempre a garanzia della genuinità della natura gratuita dell'attività di volontariato regola, nel dettaglio, il regime dei rimborsi spese, in modo più stringente rispetto a quanto previsto dalla previgente normativa, imponendo che le spese possano essere rimborsate dall'ente del

⁷⁶ V. *supra*, § 8.

⁷⁷ Art. 17, primo comma, d.lgs. n. 40 del 2017.

⁷⁸ Osserva, con riguardo alla legge sul volontariato, Pietro Rescigno (*Le formazioni sociali intermedie*, in P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, III, Padova, 1999, p. 15), che «l'esigenza della retribuzione del lavoro è sì un principio di rango costituzionale, ma non può soverchiare la volontà del privato di muoversi su un terreno di puro solidarismo e di libera volontarietà dell'agire»; nella medesima prospettiva già M. DELL'OLIO, *Retribuzione e tipo di rapporto: lavoro in cooperativa, impresa familiare, volontariato*, in *Diritto del lavoro*, 1986, I, p. 4; T. TREU, *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, pp. 34 ss.

⁷⁹ Art. 17, terzo comma, primo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

Terzo settore solo in quanto documentate ed entro limiti massimi e alle condizioni stabilite dall'ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario⁸⁰. La medesima regola è stabilita in relazione alle convenzioni stipulate tra i suddetti enti e le amministrazioni pubbliche finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale⁸¹. Il divieto di rimborsi forfetari si spiega anche con la necessità di evitare che attraverso tale forma di rimborso possa essere mascherata una retribuzione⁸². Le suddette spese sostenute possono anche essere rimborsate a fronte di autocertificazione⁸³.

Inoltre, al fine di offrire garanzie e tutele minimali ai soggetti impegnati in attività di volontariato, la legge prescrive che «Gli enti del Terzo settore che si avvalgono di volontari devono assicurarli contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi»⁸⁴. Si prevede altresì che un (ancora) emanando decreto ministeriale individui meccanismi assicurativi semplificati, con polizze anche numeriche, oltre a disciplinare i relativi controlli⁸⁵. Al fine di incentivare l'adempimento dei suddetti obblighi la legge dispone che «La copertura assicurativa è elemento essenziale delle convenzioni tra gli enti del Terzo settore e le amministrazioni pubbliche, e i relativi oneri sono a carico dell'amministrazione pubblica con la quale viene stipulata la convenzione»⁸⁶.

⁸⁰ Art. 17, terzo comma, secondo e terzo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁸¹ Art. 56, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017, per cui «Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate».

⁸² Cfr. T.A.R. Puglia Bari Sez. II, 11 gennaio 2019, n. 48, che ha ritenuto illegittima la *lex specialis* di una gara riservata ad associazioni di volontariato, bandita per l'affidamento del servizio di emergenza territoriale 118, che in più punti contemplava un rimborso forfetario mensile fisso in misura massima, proprio in quanto ritenuta in evidente violazione delle innovative disposizioni del d.lgs. n. 117/2017, che viceversa impongono in via esclusiva il rimborso sulla base delle spese effettivamente sostenute dagli enti no profit; cfr. anche D. GAROFALO, *Il lavoro nel terzo settore*, cit., p. 114.

⁸³ Art. 17, quarto comma, d.lgs. n. 117 del 2017, per cui «le spese sostenute dal volontario possono essere rimborsate anche a fronte di una autocertificazione resa ai sensi dell'articolo 46 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, purché non superino l'importo di 10 euro giornalieri e 150 euro mensili e l'organo sociale competente deliberi sulle tipologie di spese e le attività di volontariato per le quali è ammessa questa modalità di rimborso. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle attività di volontariato aventi ad oggetto la donazione di sangue e di organi».

⁸⁴ Art. 18, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁸⁵ Art. 18, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁸⁶ Art. 18, terzo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

11. Gli enti che si avvalgono dell'attività dei volontari

Quanto ai profili organizzativi dell'attività di volontariato svolta per il tramite degli enti del Terzo settore, la nuova normativa esplicitamente prevede che «Gli enti del Terzo settore possono avvalersi di volontari nello svolgimento delle proprie attività e sono tenuti a iscriverne in un apposito registro i volontari che svolgono la loro attività in modo non occasionale»⁸⁷. Se ne deduce appunto, l'obbligo di iscrizione dei volontari “non occasionali” in apposito registro, volto a individuarli, anche al fine dell'applicazione delle regole dettate di seguito dal medesimo Codice.

Nell'individuazione degli enti del Terzo settore che possono avvalersi di volontari si può segnalare già una prima novità rispetto all'assetto normativo precedente, atta a mitigare la differenza tra le associazioni di volontariato e quelle di promozione sociale. Invero, in passato le associazioni di volontariato dovevano svolgere la loro *mission esclusivamente* nei confronti di terzi⁸⁸, mentre le associazioni di promozione sociale potevano svolgere la loro *mission* anche nei confronti dei soci e dei loro familiari⁸⁹. Ora, invece, la legge dispone che «Le organizzazioni di volontariato sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre organizzazioni di volontariato, per lo svolgimento prevalentemente in favore di terzi di una o più attività di cui all'articolo 5, avvalendosi in modo prevalente delle prestazioni dei volontari associati»⁹⁰. Come si può notare, vi è in questo caso un'apertura verso attività svolte anche in favore degli associati a tali organizzazioni.

Sull'altro versante il legislatore dispone che «Le associazioni di promozione sociale sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre associazioni di promozione sociale per lo svolgimento in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi di una o più attività di cui all'articolo 5, avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati»⁹¹. Con tale formula si ribadisce sul punto l'assetto precedente.

⁸⁷ Art. 17, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁸⁸ Art. 2, primo comma, l. n. 266 del 1991.

⁸⁹ Art. 2, primo comma, l. n. 383 del 2000.

⁹⁰ Art. 31, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁹¹ Art. 35, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

12. I rapporti di lavoro “di mercato” negli enti del Terzo Settore

Il Codice detta poi peculiari regole rivolte ai rapporti di lavoro “di mercato”, ossia remunerati, che possono instaurarsi con gli enti del Terzo settore.

A tali lavoratori viene riconosciuto il diritto «ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»⁹². Il riferimento è ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria di cui alla norma citata⁹³. Si tratta di un modello non nuovo volto alla salvaguardia dei livelli minimi di retribuzione per tali lavoratori, analogo a quello già previsto, ad es., nell’ambito della legge sul socio lavoratore di cooperativa⁹⁴ e che, in relazione a quella normativa, ha già superato il vaglio di costituzionalità⁹⁵. In caso, dunque, di retribuzione inferiore a tali minimi, il lavoratore potrà attivare la norma in giudizio⁹⁶.

Inoltre, la legge considera distribuzione indiretta di utili, come tale vietata⁹⁷, a salvaguardia dell’utilizzo del patrimonio degli enti del Terzo settore per l’esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale⁹⁸, la «corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le

⁹² Art. 16, primo comma, primo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

⁹³ Sul tema v. T. TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, 2016, pp. 250 ss.; A. ZOPPOLI, *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia sindacale)*, in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass, Napoli, 16-17 giugno 2016, Milano, 2017, pp. 354 ss.; P. PASSALACQUA, *L’equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all’autonomia collettiva ex art. 51 del D.Lgs. 81 del 2015*, in *Diritti lavori mercati*, 2016, pp. 293 ss.; I. ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione tra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, pp. 657 ss.; P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2016, pp. 367 ss.

⁹⁴ Art. 3, primo comma, l. n. 142 del 2001.

⁹⁵ Corte cost. 26 marzo 2015, n. 51.

⁹⁶ Sul punto cfr. *amplius* P. BOZZAO, *La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici*, in *Federalismi.it*, 21 novembre 2018, pp. 13 ss.

⁹⁷ Art. 8, secondo comma, lett. b), d.lgs. n. 117 del 2017.

⁹⁸ Art. 8, primo comma, lett. b), d.lgs. n. 117 del 2017.

medesime qualifiche, dai contratti collettivi sopra richiamati di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015»⁹⁹.

Infine, la legge prescrive che «In ogni caso, in ciascun ente del Terzo settore, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda»¹⁰⁰. Si tratta di una regola molto stringente e assolutamente innovativa nel panorama del diritto del lavoro, al punto che si possono sollevare persino dubbi di costituzionalità sotto vari profili con presunta violazione degli artt. 3 Cost. sul principio di eguaglianza e 41 Cost. sulla libertà di iniziativa economica privata. Restano, peraltro, dubbi sul suo reale raggio di azione, in quanto se la lettura più piana pare quella di imporre un tetto massimo differenziale fra lavoratori in azienda, a prescindere dall'inquadramento contrattuale, c'è chi propone accanto a questa un'interpretazione riduttiva, che tuttavia pare di difficile sostenibilità sul piano della lettera della legge¹⁰¹.

Occorre, comunque, chiedersi quali siano le sanzioni connesse al mancato rispetto di una tale prescrizione, visto che, in quanto regola sui “massimi” e non sui “minimi” i lavoratori non pare abbiano alcun vantaggio ad avvalersene. Su queste basi, le conseguenze, dunque, sembrano potersi configurare sul piano dell'eventuale perdita dei benefici di legge per gli enti del Terzo settore, ma la questione resta aperta.

13. Il necessario rapporto tra lavoro “di mercato” e lavoro “fuori mercato”

Il Codice poi detta anche regole peculiari in ordine al rapporto che deve necessariamente intercorrere tra i soggetti che prestano la loro attività come volontari, ovvero a titolo gratuito, e i

⁹⁹ Art. 8, terzo comma, lett. *b*), d.lgs. n. 117 del 2017. La medesima disposizione prevede la possibilità di superare tale limite percentuale di aumento del compenso per «comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5, comma 1, lettere *b*), *g*) o *h*)». Si tratta di attività aventi ad oggetto: *b*) interventi e prestazioni sanitarie; *g*) formazione universitaria e post-universitaria; *h*) ricerca scientifica di particolare interesse sociale. Sul punto cfr. D. GAROFALO, *Il lavoro nel terzo settore*, cit., pp. 108 ss.

¹⁰⁰ Art. 16, primo comma, secondo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

¹⁰¹ Con riferimento alla medesima regola, fissata per le imprese sociali dall'art. 13, primo comma, d.lgs. n. 112 del 2017, cfr. S. COSTANTINI, *Il lavoro nelle imprese sociali. Spunti di riflessione alla luce del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, p. 1134, per il quale si potrebbe ritenere che «il legislatore voglia imporre che, a parità di inquadramento contrattuale, non sia possibile corrispondere ad un lavoratore una retribuzione superiore al 12,5% (rapporto 1:8) rispetto a quella minima lorda».

lavoratori “di mercato” assunti dall’organizzazione di volontariato o dall’associazione di promozione sociale.

Quanto alle prime, la legge, con formula che ricalca quella precedente¹⁰², ma si rileva al contempo più stringente in quanto impone il rispetto di una precisa percentuale, prescrive che «Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l’attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell’attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari»¹⁰³.

In ordine alle seconde, con formula in parte analoga, viene prescritto che «Le associazioni di promozione sociale possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura, anche dei propri associati, fatto comunque salvo quanto disposto dall’articolo 17, comma 5, solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell’attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell’attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari o al cinque per cento del numero degli associati»¹⁰⁴.

Nel caso del superamento dei suddetti limiti si aprono due possibilità al fine del rientro: aumentare il numero dei volontari oppure licenziare i lavoratori eccedentari rispetto al limite, secondo la situazione in cui si trova l’ente del Terzo settore¹⁰⁵.

Anche in questo caso la legge non prevede apposite sanzioni in caso di inadempimento del suddetto obbligo, inducendoci a ritenere, quindi, al pari di altre ipotesi prive di sanzione espressa già vagliate, che tali enti del Terzo settore debbano rispettino quei limiti proporzionali per usufruire dei benefici previsti dalla legge, che, altrimenti, potrebbero essere non più riconosciuti. Anche qui,

¹⁰² Ai sensi dell’art. 3, l. n. 266 del 1991, si disponeva che «Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l’attività da esse svolta».

¹⁰³ Art. 33, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017. La norma sul 50% trova un suo precedente nell’art. 14, secondo comma, d.lgs. n. 155 del 2006 sull’impresa sociale, oggi abrogato e superato dal d.lgs. n. 112 del 2017, in cui tale disposizione non viene riproposta, giacché, invece, nelle imprese sociali è ora ammessa la prestazione di attività di volontariato, ma il numero dei volontari impiegati nell’attività d’impresa non può essere superiore a quello dei lavoratori. Sul lavoro nell’impresa sociale v. S. COSTANTINI, *Il lavoro nelle imprese sociali*, cit., sul punto p. 1128.

¹⁰⁴ Art. 36, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

¹⁰⁵ Cfr. D. GAROFALO, *Il lavoro nel terzo settore*, cit., pp. 112-113.

sarebbe stato forse opportuno prevedere una norma sulla falsariga di quella prevista in tema di sfioramento del limite percentuale di assunzione di lavoratori con contratto a tempo determinato, sanzionato attraverso l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie in capo al datore di lavoro¹⁰⁶.

Al fine poi di promuovere lo svolgimento di attività di volontariato in un ente del Terzo settore, la legge, a seguito delle modifiche apportate nel 2018, prevede per i lavoratori subordinati il «diritto di usufruire delle forme di flessibilità di orario di lavoro o delle turnazioni previste dai contratti o dagli accordi collettivi, compatibilmente con l'organizzazione aziendale»¹⁰⁷. In realtà, a nostro avviso, la norma assume un valore più esortativo che formalmente cogente, in quanto non sembra attribuire alcun diritto ulteriore rispetto a quanto già previsto dai contratti collettivi, giacché la previsione della compatibilità con l'organizzazione aziendale rimette al datore di lavoro la facoltà di concedere o meno le forme di flessibilità già previste¹⁰⁸. Al più, pare potersi aprire uno stretto spazio per rivendicazioni da parte del lavoratore a fronte di un rifiuto datoriale non motivato o motivato in modo incongruo, che pare comunque di difficile percorribilità in sede giudiziale.

14. La perdurante incompatibilità tra attività di volontariato e lavoro retribuito a favore del medesimo ente

Infine, occorre volgere l'attenzione su alcune disposizioni che possono essere lette in chiave antielusiva e a garanzia della genuinità dell'attività di volontariato prestata.

Così, sulla falsariga di quanto già prevedeva la legislazione previgente, la legge, come già notato¹⁰⁹, dispone che «Le associazioni di promozione sociale possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura, anche dei propri associati, fatto comunque salvo quanto disposto dall'articolo 17, comma 5, solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità»¹¹⁰. Quindi, in questo caso anche gli associati possono svolgere, dunque, attività di lavoro “di mercato” in forma

¹⁰⁶ Art. 23, quarto comma, d.lgs. n. 81 del 2015.

¹⁰⁷ Art. 17, comma 6-bis, inserito dall'art. 5, primo comma, d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105.

¹⁰⁸ Cfr. anche P. BOZZAO, *La soggettività giuridica*, cit., p. 27.

¹⁰⁹ V. *supra*, § 11.

¹¹⁰ Art. 36, primo comma, primo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

subordinata o autonoma, con conseguente sua remunerazione. In ogni caso, anche soggetti che non partecipano all'associazione in qualità di soci possano prestare la loro attività professionale secondo forme contrattuali tipiche di lavoro "di mercato".

Si tratta, in definitiva, di figure professionali che svolgano lavoro subordinato o autonomo funzionale, ad esempio, all'organizzazione interna dell'associazione (pensiamo agli addetti alla segreteria o agli uffici amministrativi dell'associazione). Pertanto, come osservato dalla giurisprudenza in relazione alla previgente normativa, occorre aver riguardo anche all'attività in concreto svolta dal soggetto al fine di ritenere sussistente la presunzione di gratuità della prestazione lavorativa¹¹¹.

Invece, animata dal fine di evitare commistioni che rendano confusi i confini tra attività prestata a titolo gratuito e attività prestata dietro retribuzione, la legge, riproponendo analogo regola già dettata dalla previgente l. n. 266 del 1991¹¹², prescrive quale regola generale che «La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con l'ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria»¹¹³. Se, invero, come notato, la regola rappresenta la riscrittura di quella analoga già imposta dall'art. 2, terzo comma, l. n. 266 del 1991, nondimeno l'impatto ora risulta maggiore, in proporzione con l'ambito ora generale, tutti gli enti del Terzo settore, entro la quale viene a muoversi. La *ratio* della norma, ieri come oggi, è quella di evitare incongrue sovrapposizioni a fini elusivi di lavoro remunerato e lavoro gratuito in quanto attività di volontariato.

La regola risulta oggi molto contestata da diverse realtà del Terzo settore, sul condivisibile assunto che va a impedire l'instaurazione di rapporti di lavoro proprio con quei soggetti già conosciuti e ritenuti affidabili dall'ente, in base all'attività di volontariato dagli stessi già svolta; allo stesso tempo impedisce che nuovi soggetti, assunti come lavoratori "di mercato" possano decidere

¹¹¹ Cfr., ad es., T.A.R. Sicilia Catania, Sez. III, 23 aprile 2002, n. 693.

¹¹² Si tratta dell'art. 2, terzo comma, per cui «La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte»; sul punto cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro nella legge-quadro sul volontariato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1992, I, p. 73.

¹¹³ Art. 17, quinto comma, d.lgs. n. 117 del 2017. A seguito delle modifiche apportate dall'art. 5, primo comma, lett. a), d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105, a decorrere dall'11 settembre 2018, «Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano agli operatori che prestano attività di soccorso per le organizzazioni di cui all'articolo 76 della legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7, della Provincia autonoma di Bolzano e di cui all'articolo 55-bis della legge provinciale 19 luglio 1990, n. 23, della Provincia autonoma di Trento».

liberamente di dedicare parte del loro tempo libero ad attività di volontariato presso lo stesso ente, nell'ambito del quale, evidentemente, avrebbero vantaggi quantomeno logistici (stesso luogo) per svolgerla rispetto a quanto potrebbero in altre realtà.

Sembrano, dunque, prospettabili anche in questo caso dubbi di legittimità costituzionale di tali disposizioni, anche sotto il profilo della possibile violazione dell'art. 2 Cost., che tutela le formazioni sociali destinate allo svolgimento della persona, dell'art. 3 Cost. sul principio di eguaglianza, del diritto e dovere di lavoro di cui all'art. 4 Cost., nonché della libertà di associazione *ex* art. 18 Cost.

Al momento, tuttavia, la norma è vigente e operativa tanto da indurci a vagliarne la portata. Emergono due ipotesi: l'incompatibilità si può realizzare rispetto a rapporti di lavoro "di mercato": *a)* con l'ente di cui il volontario è socio o associato oppure *b)* con l'ente tramite il quale svolge la propria attività volontaria, senza, quindi, esserne formalmente socio.

Occorre intanto considerare che la disposizione di legge fa riferimento all'ipotesi in cui vi sia già in essere un'attività di volontariato in capo al soggetto con il quale in un momento successivo viene stipulato un rapporto "di mercato". Tuttavia, la regola è volta a imporsi anche nell'ipotesi inversa, cioè quella in cui a preesistere sia un rapporto di lavoro "di mercato" con l'ente del Terzo settore.

In ordine alle conseguenze della possibile violazione della norma molti sono gli interrogativi che si pongono, giacché la legge, anche in questo caso, tace. Secondo una lettura proposta, il soggetto che si trovi a svolgere attività di lavoro "di mercato" nei confronti del medesimo ente perderebbe la qualità di volontario¹¹⁴. Una simile considerazione, a nostro avviso, va apprezzata nel senso che l'ente, una volta instaurato con il soggetto un lavoro "di mercato", può legittimamente impedire a questi di svolgere attività di volontariato in qualità di socio o per il suo tramite. Tuttavia, occorre rimarcare che anche senza l'emersione della descritta incompatibilità, dalla struttura del rapporto, come abbiamo già notato, si deduce che in ogni momento l'ente può decidere di non avvalersi più dell'apporto di un qualunque volontario¹¹⁵.

In ogni caso, resta il problema di quali possano essere le conseguenze nel caso in cui, invece,

¹¹⁴ Cfr. R. DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro e Terzo settore*, cit., p. 339.

¹¹⁵ V. *supra*, § 9.1.

quel soggetto continui a svolgere quella attività di volontariato. Si potrebbe anche giungere a ritenere configurabile la nullità del contratto di lavoro “di mercato” posto in essere in violazione della norma imperativa posta dall’art. 17, quinto comma, d.lgs. n. 117 del 2017, in applicazione della regola generale posta dall’art. 1418, primo comma c.c.¹¹⁶. Se si segue una tale (forse fin troppo) stringente linea interpretativa, al lavoratore assunto in virtù di un tale contratto di lavoro nullo spetterà la sola retribuzione per l’attività svolta, in applicazione del dettato dell’art. 2126 c.c. sulla prestazione di lavoro di fatto. Inoltre, occorre considerare la possibilità che il soggetto interrompa successivamente, cioè dopo aver stipulato un contratto di lavoro di mercato, l’attività di volontariato, in tal modo facendo venir meno la causa di incompatibilità. Qualche dubbio insomma resta sul funzionamento di una tale disposizione.

Per l’ente, qui anche datore di lavoro la sanzione – come già notato in tema di limiti massimi di utilizzo di lavoratori di mercato – potrebbe consistere nella perdita dei benefici di legge per gli enti del Terzo settore. Per l’effettività della norma, in relazione alla sua funzione di prevenzione degli abusi, anche in questo caso, come in quello in precedenza ricordato, sarebbe stato forse preferibile e auspicabile una disposizione sulla falsariga di quella prevista in tema di sfioramento del limite percentuale di assunzione di lavoratori con contratto a tempo determinato, punito attraverso l’applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie in capo al datore di lavoro¹¹⁷.

In conclusione dell’analisi, si può nel complesso formulare un giudizio positivo sulle norme “lavoristiche” (in senso ampio) del Codice del Terzo settore, che paiono contribuire a meglio definire le figure che si muovono all’interno di un mondo di così grande rilievo ed espressivo di multidirezionali potenzialità.

PASQUALE PASSALACQUA
(Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale)

¹¹⁶ Ai sensi dell’art. 1418, primo comma, c.c. «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente». Si tratta delle cd. nullità virtuali.

¹¹⁷ Art. 23, quarto comma, d.lgs. n. 81 del 2015.