



CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA

Economato e Amministrazione

Ufficio Nazionale per i problemi giuridici

Osservatorio Giuridico-Legislativo

Il volontariato: profili del diritto del lavoro

Prof. Avv. Pasquale **PASSALACQUA**

*Associato di Diritto del Lavoro, Università di
Cassino e del Lazio Meridionale*

LA GESTIONE DELLE RISORSE ALLA LUCE DELLE NUOVE NORME CIVILE ED ECCLESIALI

Salerno, 26-28 febbraio 2018

**Il volontariato alla luce del recente
Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017).
Profili di diritto del lavoro**

Prof. Avv. Pasquale Passalacqua

SOMMARIO: *Introduzione*. - 1. Il volontariato nella prospettiva del diritto del lavoro. La cd. presunzione di onerosità della prestazione di lavoro e la legittimità del lavoro gratuito "fuori mercato". - *Parte Prima*. - 2. La presunzione di gratuità dell'attività di lavoro. La previgente normativa sulle associazioni di volontariato e di promozione sociale e il suo superamento con il Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017). - 3. Gli enti che si avvalgono dell'attività dei volontari e il rapporto con i lavoratori "di mercato". - 3.1. La nuova definizione "generale" di volontariato. - 3.2. Il divieto di retribuzione e il regime dei rimborsi spese. - 3.3. Le forme di assicurazione obbligatoria a favore dei volontari. - *Parte seconda*. - 4. I rapporti di lavoro "di mercato" negli Enti del Terzo Settore. - 5. Il rapporto con l'attività dei volontari. - 6. Il perdurante divieto di svolgere lavoro retribuito per i volontari a favore dell'Ente. - 6.1. Le conseguenze della violazione del divieto. - 7. La via giudiziaria al riconoscimento della fattispecie onerosa di lavoro "di mercato".

1. La relazione si incentra sul fenomeno del volontariato, in relazione alle sue implicazioni giuridiche sul versante del diritto del lavoro.

In tale prospettiva, l'analisi deve partire dal cd. "lavoro nel mercato", vale a dire il lavoro svolto al fine di ricevere la controprestazione in denaro, data dalla retribuzione in caso di lavoro subordinato, ovvero dal compenso in caso di fattispecie di lavoro non subordinato.

In contrapposizione a questo, che resta il modello prevalente cui l'ordinamento si informa, emerge il cd. "lavoro fuori mercato", prestato cioè non in vista del corrispettivo, ma a titolo gratuito, o in virtù di particolari caratteristiche del soggetto che lo presta ovvero dalle peculiari motivazioni (*l'animus*) per cui viene prestato, entro il quale va inquadrato il fenomeno del volontariato.

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 del codice civile, per cui *"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"*. La norma, prescrive, dunque, che l'obbligazione di lavoro sia 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., per cui *"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.

Allo stesso tempo, il carattere necessariamente oneroso della prestazione lavorativa viene presupposta anche sul diverso versante del lavoro autonomo, secondo quanto prescritto dall'art. 2222 del codice civile, per cui *"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"*.

In estrema sintesi, su queste basi la dottrina e la giurisprudenza unanimi ritengono che in generale sussista **la presunzione di onerosità della prestazione di lavoro**, la quale, dunque, assurge a carattere normale del lavoro subordinato¹.

In tale quadro giuridico di sistema, la configurabilità stessa di una fattispecie di lavoro gratuito è stata messa in discussione, giacché il tipo contrattuale previsto dall'art. 2094 c.c. pone, come evidenziato, la retribuzione quale

¹ 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.

elemento essenziale del contratto di lavoro, sicché non è possibile riferirsi a questa fattispecie.

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 civile, per cui: *"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"*.

La meritevolezza dell'interesse in questi casi è 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"*².

Si ritiene che al contratto di lavoro gratuito possano essere ritenute applicabili alcune norme previste in materia di lavoro a causa onerosa, quali l'obbligo generale della buona fede contrattuale e l'obbligo di sicurezza in capo al datore di lavoro³, nonché, per alcuni, con maggiori dubbi, il potere direttivo e disciplinare.

Parte della dottrina, invero, tiene a precisare che non potrebbe mai parlarsi di lavoro gratuito subordinato, in quanto la subordinazione è tipica del solo lavoro retribuito e, quindi, al di fuori di una controprestazione la subordinazione verrebbe ad assumere un carattere solo descrittivo della fattispecie, nel senso che non si potrebbero applicare e quindi ritenere cogenti gli obblighi per le parti che dalla subordinazione derivano⁴.

In ogni caso, la regola generale non muta e resta quella della **presunzione di onerosità della prestazione di lavoro**, ma questa assume carattere **relativo**, nel senso che ammette la prova contraria (presunzione cd. ***iuris tantum***).

Pertanto, ai fini della ammissibilità e della legittimità del lavoro gratuito,

² Così Cass. 7 novembre 2003, n. 16774.

³ Art. 2087 cod. civ.; v. anche l'art. 3, commi 3-bis e 12-bis, d.lgs. n. 81 del 2008, TU in materia di sicurezza sul lavoro.

⁴ Cfr., anche per l'esame delle diverse posizioni dottrinali, L. MENGHINI, *L'attività di volontariato*, in *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Ed. UTET, Torino, 2009, 1567 ss.

deve 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 prestazione.

La giurisprudenza ribadisce sul punto che "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**"⁵.

Si tratta di una rigorosa indagine sulla reale natura degli interessi in gioco, che, 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"⁶.

2. 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**.

Fra queste si possono ricordare in questa sede quella del **lavoro svolto nell'ambito della comunità familiare**, allorché venga svolta fra persone conviventi legate da vincoli di parentela o affinità⁷ e quella del **lavoro dei religiosi** svolto nell'ambito delle rispettive comunità⁸, che si ritengono appunto normalmente rese "*affectionis vel benevolentiae causae*".

In particolare, poi, emergono le ipotesi del lavoro svolto nell'ambito di **associazioni di volontariato** e in quelle di **promozione sociale**.

⁵ Così, ad es., Cass. 26 gennaio 2009, n. 1833.

⁶ Così, da ultimo, Cass. 28 marzo 2017, n. 7925.

⁷ Cfr., di recente, Cass. 20 aprile 2011, n. 9043.

⁸ 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 si consenta il rinvio a P. PASSALACQUA, Voce "Lavoro dei religiosi", in "Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Commerciale". *Aggiornamento*, vol. IV, UTET, Torino, 2007.

Su tale versante la legge quadro sul volontariato⁹ forniva per la prima volta una definizione di lavoro gratuito, laddove definiva attività di volontariato *“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”*¹⁰.

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”*, ma al contempo in quel determinato ambito poteva rendere possibile costruire su di essa una presunzione relativa di gratuità della prestazione di lavoro, fino cioè a prova contraria della sussistenza di un lavoro a titolo oneroso.

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, oggi 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 sociale¹¹, attraverso la loro formale abrogazione¹² a decorrere dal 3 agosto 2017¹³.

A quest'ultima normativa, oggi vigente, dobbiamo dunque dedicare a questo punto la presente analisi, con specifico riguardo alle disposizioni di impatto giuslavoristico in tema di volontariato ivi dettate.

3. La nuova normativa esplicitamente prevede che *“Gli enti del Terzo settore possono avvalersi di volontari nello svolgimento delle proprie attività e sono tenuti a **iscrivere** in un apposito **registro i volontari** che svolgono la loro attività **in modo non occasionale**”*¹⁴.

Se ne deduce appunto, l'obbligo di iscrizione dei volontari “non occasionali” in apposito registro, volto a individuarli, anche al fine dell'applicazione delle

⁹ L. 11 agosto 1991, n. 266.

¹⁰ Art. 2, primo comma, l. n. 266 del 1991.

¹¹ L. 7 dicembre 2000, n. 383.

¹² Art. 102, primo comma, lett. a), d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

¹³ Art. 104, terzo comma, del medesimo d.lgs. n. 117 del 2017.

¹⁴ Art. 17, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

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 terzi¹⁵, le associazioni di promozione sociale potevano svolgere la loro *mission* anche nei confronti dei soci e dei loro familiari¹⁶.

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"*¹⁷. 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"*¹⁸. Con tale formula si ribadisce sul punto l'assetto precedente.

3.1. 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*

¹⁵ Art. 2, primo comma, l. n. 266 del 1991.

¹⁶ Art. 2, primo comma, l. n. 383 del 2000.

¹⁷ Art. 31, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

¹⁸ Art. 35, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

*comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà*¹⁹.

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 (*supra*, § 3) 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"*²⁰.

Possiamo osservare intanto che la definizione sia più articolata, forse 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 che appare non privo di una certa enfasi).

Quel che però, a nostro avviso, rappresenta la novità più rilevante dal punto di vista giuridico è volta a offrire risposta alle diffuse esigenze volte a fornire un più ampio riconoscimento della volontarietà dell'apporto del singolo, rispetto all'organizzazione di volontariato.

Ciò trova ora riscontro 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.

Ciò significa, a nostro avviso che **la nuova definizione viene ad assumere portata generale**, tanto da poter individuare e definire anche l'attività svolta dal volontario al di fuori di tali enti, ovvero tale da includere anche il cd. **volontariato cd. "individuale"**.

Va rimarcata la novità, giacché, nella vigenza della precedente normativa, in caso di volontario cd. "individuale", si doveva ritenere che continuasse a sussistere la consueta e generale presunzione di onerosità della prestazione,

¹⁹ Art. 17, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

²⁰ Art. 2, primo comma, l. n. 266 del 1991.

con conseguente onere della prova della gratuità del rapporto in capo al soggetto che aveva utilizzato quell'attività.

Oggi, invece, si deve ritenere che laddove l'attività svolta dal volontario, "anche" al di fuori di un ente del Terzo settore sia connotata dai requisiti previsti dalla legge, si possa desumerne **una presunzione di gratuità della stessa, vincibile solo dalla prova contraria.**

In ogni caso, pare al contempo utile osservare che nel quadro di un possibile contenzioso sulla qualificazione dell'attività resa dal soggetto come volontaria (quindi gratuita) o, invece, come onerosa (quindi da retribuire), la situazione del volontariato cd. individuale non appare la medesima rispetto al volontariato reso nell'ambito di un ente del Terzo settore. In questo ultimo caso sembrano normalmente emergere maggiori e più sicuri elementi, desumibili proprio dall'attività svolta dal suddetto Ente, tesi a contribuire a una maggiore "tenuta" della qualificazione dell'attività resa dal soggetto come attività genuinamente volontaria e, dunque, legittimamente gratuita.

3.2. Chiariti nei termini descritti la nuova definizione di volontariato e i suoi possibili effetti sul piano della qualificazione dei rapporti di lavoro, occorre analizzare altre disposizioni che attengono all'attività di volontariato.

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"*²¹.

La legge, poi, 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.

Viene così prescritto che *"Al volontario possono essere rimborsate dall'ente del Terzo settore tramite il quale svolge l'attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario"*²². Il divieto di rimborsi forfetari si spiega appunto con la necessità di evitare che attraverso tale forma di rimborso possa essere mascherata una retribuzione.

Allo stesso tempo, al fine di semplificare l'attività di rimborso spese, pur con

²¹ Art. 17, terzo comma, primo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

²² Art. 17, terzo comma, secondo e terzo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

le cautele previste, viene espressamente consentito che *“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”*²³.

3.3. 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”*²⁴.

Si prevede altresì che un emanando decreto ministeriale individui meccanismi assicurativi semplificati, con polizze anche numeriche, oltre a disciplinare i relativi controlli²⁵.

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”*²⁶.

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

Da un lato, 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”*²⁷. Si tratta del riferimento ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da

²³ Art. 17, quarto comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

²⁴ Art. 18, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

²⁵ Art. 18, secondo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

²⁶ Art. 18, terzo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

²⁷ Art. 16, primo comma, primo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

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 citata.

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 cooperativa²⁸ e che, in relazione a quella normativa, ha già superato il vaglio di costituzionalità²⁹. In caso, dunque, di retribuzione inferiore a tali minimi, il lavoratore potrà attivare la norma in giudizio.

Dall'altro, 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"*³⁰.

Si tratta di una regola molto stringente e assolutamente innovativa nel panorama del diritto del lavoro, al punto che già si sollevano dubbi di costituzionalità della stessa sotto vari profili con presunta violazione degli artt. 3 sul principio di eguaglianza e 41 sulla libertà di iniziativa economica privata, qui, peraltro, in particolare, non riassumibili.

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. A una prima lettura, le conseguenze, dunque, sembrano potersi configurare sul piano dell'eventuale perdita dei benefici di legge per gli enti del Terzo settore, ma il tema merita maggiore approfondimento.

5. 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 lavoratori assunti dall'organizzazione di volontariato o dall'associazione di promozione sociale.

Quanto alle prime, la legge, con formula che ricalca quella precedente³¹, ma

²⁸ Art. 3, primo comma, l. n. 142 del 2001.

²⁹ Corte cost. 26 marzo 2015, n. 51.

³⁰ Art. 16, primo comma, secondo periodo, d.lgs. n. 117 del 2017.

³¹ 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*

si rileva 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”*³².

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”*³³.

Anche in questo caso la legge non prevede apposite sanzioni in caso di inadempimento del suddetto obbligo. Si deve ritenere, quindi, anche qui, 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.

In tali casi sarebbe stata opportuno una norma sulla falsariga di quella prevista in tema di sfornamento 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 lavoro³⁴.

6. Poi, 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 analoga regola già dettata dalla previgente l. n. 266 del

necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l’attività da esse svolta”.

³² 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 è prescritto, invece, che nelle imprese sociali è 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.

³³ Art. 36, primo comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

³⁴ Art. 23, quarto comma, d.lgs. n. 81 del 2015.

1991³⁵, prescrive in modo chiaro 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**”*³⁶.

Inoltre, al fine di prevenire forme di sfruttamento del volontario, *“Ai fini del presente Codice non si considera volontario l’associato che occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni”*³⁷. In questi casi, dunque, ci si dovrà avvalere di un lavoratore regolarmente retribuito, nelle forme del lavoro autonomo o subordinato.

A differenza di quanto imposto per le Organizzazioni di volontariato, sulla falsariga di quanto già prevedeva la legislazione previgente, la legge, come già notato (*supra*, § 4) 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”*³⁸.

Quindi, anche gli associati possono svolgere, dunque, attività di lavoro “di mercato” in forma subordinata o autonoma, con conseguente sua remunerazione. Resta inteso che 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 lavorativa³⁹.

³⁵ 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 *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 73.

³⁶ Art. 17, quinto comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

³⁷ Art. 17, sesto comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

³⁸ Art. 36, primo comma, primo periodo, d.lgs. n. 11 del 2017.

³⁹ Cfr., ad es., T.A.R. Sicilia Catania, Sez. III, 23 aprile 2002, n. 693.

6.1. Presentate le norme, occorre tornare sulla regola menzionata che sancisce l'incompatibilità per il volontario *"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"*⁴⁰. 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 norma 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 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, che tutela le formazioni sociali destinate allo svolgimento della persona, dell'art. 3 sul principio di eguaglianza, del diritto e dovere di lavoro di cui all'art. 4, nonché della libertà di associazione ex art. 18.

Al momento, tuttavia, la norma è vigente e operativa tanto da indurci a vagliarne la portata.

Vi è un doppio presupposto alternativo: l'incompatibilità si realizza infatti rispetto a rapporti di lavoro "di mercato" a) con l'ente di cui il volontario è socio o associato o b) (con l'ente) tramite il quale svolge la propria attività volontaria, senza, dunque esserne formalmente socio.

Pare dunque necessaria molta accortezza da parte degli enti del Terzo settore nella gestione dei volontari con i quali si voglia instaurare anche un rapporto di lavoro "di mercato", ovvero remunerato. Gli enti datori di lavoro devono essere non solo formalmente diversi da quello di cui il volontario è socio o associato, ma, altresì, diversi da quello nel cui ambito comunque il volontario

⁴⁰ Art. 17, quinto comma, d.lgs. n. 117 del 2017.

svolge la propria attività a titolo gratuito.

In ogni caso sulle conseguenze della possibile violazione della norma molti sono gli interrogativi che si pongono, giacché la legge, anche in questo caso, tace.

Riservandoci di approfondire in altra sede la delicata questione, ricca di implicazioni anche teoriche, sembra che si possa 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. Se si segue una tale 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.

Invece, nessun effetto pare potersi determinare con riguardo all'attività di volontariato già svolta dal medesimo soggetto nell'ambito del medesimo ente del Terzo settore, in quanto si tratta di un rapporto distinto da quello di lavoro instaurato successivamente o anche contemporaneamente.

Per l'effettività della norma, in relazione alla sua funzione di prevenzione degli abusi, anche in questo caso sarebbe stato forse preferibile e auspicabile 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 lavoro⁴¹.

7. In conclusione, ribadiamo che per l'attività di volontariato svolta secondo i dettami dell'analizzata nuova normativa sul Terzo settore opera **la presunzione relativa di gratuità della prestazione lavorativa**. Tuttavia, è comunque riconosciuta la possibilità per la parte interessata – di solito il lavoratore, ma può trattarsi anche ad esempio, dell'ente previdenziale che intervenga supponendo l'evasione della contribuzione previdenziale da parte del ritenuto datore di lavoro - di provare che l'attività prestata, anche in mancanza di ogni formalizzazione contrattuale, integri una ipotesi di contratto di lavoro a titolo oneroso, in forma subordinata ovvero autonoma, secondo i modelli tipici previsti dal nostro ordinamento.

Pertanto, nel caso in cui in caso di contestazione il lavoratore riesca a

⁴¹ Art. 23, quarto comma, d.lgs. n. 81 del 2015.

dimostrare la sussistenza di un rapporto di lavoro non gratuito ma oneroso, il giudice ne dichiarerà la sussistenza con l'applicazione della relativa disciplina.

Resta onere del lavoratore o di altri soggetti a tali fini provare che la prestazione possenga i caratteri di una prestazione onerosa, ovvero che si svolga alla stregua di una prestazione di lavoro "di mercato", per finalità che NON siano quelle legate alle ipotesi sopra descritte e, per quel che più da vicino attiene al tema qui trattato, all'attività di volontariato.

Un elemento centrale rimane comunque quella della retribuzione, tanto che si deve ritenere che possa valere anche rispetto alla nuova normativa dettata dal d.lgs. n. 117/2017 quanto osservato dalla giurisprudenza in relazione alla previgente legge sul volontariato, ovvero: *"Il fatto che la legge n. 266/1991 sancisca che la qualità di volontario sia incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo non esclude che un rapporto di lavoro possa essere dissimulato da un rapporto di volontariato; di conseguenza, se un presunto volontario risulta di fatto retribuito da una associazione di volontariato, trova applicazione non la disciplina del volontariato, ma la normale disciplina giuslavoristica"⁴².*

Allo stesso tempo, richiamando quanto osservato al punto precedente, nel caso in cui l'attività a titolo gratuito svolta sia la medesima rispetto a quella formalizzata attraverso un rapporto di lavoro "di mercato" remunerata (in violazione del divieto sancito dalla legge), magari con un diverso impegno temporale tra i due, tale elemento possa essere utilizzato sul piano probatorio al fine di qualificare come rapporto di lavoro "di mercato" anche l'attività resa formalmente a titolo gratuito, con le relative conseguenze sul piano dei diritti da riconoscere.

⁴² Così Cass. 21 maggio 2008, n. 12964; cfr., più di recente, Cass. 18 aprile 2013, n. 9468.