

Mar/2018



# CAMMINO DIRITTO

Rivista Giuridica

**ISSN 2532-9871**

Cammino Diritto (Periodico online)

**DIRETTORE RESPONSABILE EDITOR-IN-CHIEF**

Raffaele Giaquinto

**VICE DIRETTORE MANAGING EDITOR**

Alessio Giaquinto

**CAPOREDATTORE ASSOCIATE EDITOR**

Ilaria Ferrara

**VICE CAPOREDATTORE ASSISTANT EDITOR**

Giuseppe Ferlisi

Rivista  
Giuridica

# Indice dei contenuti

---

1 - CONTINUAZIONE FRA REATI GIUDICATI CON RITO ORDINARIO E RITO ABBREVIATO:  
IL CALCOLO DELLA PENA

**Elena Sofia Macchia**

2 - CONTRATTO DI RETE TRA IMPRESE: ASPETTI CIVILISTICI E GIUSLAVORISTICI A  
CONFRONTO

**Emilio Mazzeo**

3 - COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO: UNA PANORAMICA PRIMA DELLE SEZIONI UNITE

**Paolo Del Gaudio**

4 - EQUITÀ E MEDIAZIONE TRIBUTARIA

**Michele Stravato**

5 - INTERNATIONAL LAW SUBJECTS AND THE REALITY OF REGIONAL AND  
INTERNATIONAL COURTS

**Diogo Miceli Alves**

---

## COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

---

Angela CUOFANO	<i>Avvocato</i>
Gaspare DALIA	<i>Ricercatore universitario</i>
Rosa MUGAVERO	<i>Ricercatore universitario</i>
Lucio ORLANDO	<i>Avvocato</i>
Andrea SENATORE	<i>Ricercatore universitario</i>
Saverio SETTI	<i>Of Counsel</i>

# CONTINUAZIONE FRA REATI GIUDICATI CON RITO ORDINARIO E RITO ABBREVIATO: IL CALCOLO DELLA PENA

*Rimessa alle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 55745 del 13 dicembre 2017, e decisa all'udienza del 22 febbraio 2018, la questione del calcolo della pena nelle ipotesi di reato continuato, con violazioni accertate in distinti giudizi e distinti riti. Quando e come applicare la riduzione di un terzo della pena.*

**Elena Sofia Macchia** - Pubblicazione, lunedì 5 marzo 2018  
Redattore: **Massimiliano Pace**

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Il caso; 3. Il dibattito giurisprudenziale; 3.1 Riduzione premiale ex art. 442 c.p.p. sui soli reati oggetto di rito abbreviato; 3.2. Diminuzione di rito estesa a tutti i reati contemplati nel vincolo della continuazione: *vis attractiva* del rito abbreviato; 3.3. Osservazioni critiche .

## 1. Premessa

Il reato continuato rappresenta nel panorama codicistico una particolare tipologia di concorso materiale, disciplinato all'art. 81 co. II c.p.[\[1\]](#)

Strutturato anch'esso quale realizzazione di una molteplicità di violazioni a mezzo di più condotte, si distingue per la connessione teleologica delle azioni poste in essere (c.d. "medesimo disegno criminoso"); per la distanza temporale, anche significativa, tra una condotta e l'altra; per l'inclusione espressa di ipotesi di continuazione omogenea ed eterogenea (violazioni plurime di una stessa norma o di diverse norme).

Il trattamento sanzionatorio è comune a quello prescritto per il concorso formale e prevede il cumulo giuridico delle sanzioni.

Secondo tale metodo, diversamente dalle ipotesi di concorso materiale ordinario, ove si procede al calcolo della somma delle pene previste per ciascun reato in concorso, ancorché con temperamenti (cumulo materiale temperato), nel reato continuato si pone alla base del calcolo la sanzione concreta per il reato astrattamente più grave[\[2\]](#) (c.d. "reato base") e su di essa è operata una serie di aumenti per ogni reato ritenuto in continuazione (reato satellite), non oltre il triplo della pena calcolata per il reato base.

Altri limiti nella quantificazione della pena risultante dagli aumenti disposti per continuazione sono ravvisabili nell'art. 78 c.p.<sup>[3]</sup>, principio del cumulo materiale temperato, richiamato dallo stesso art. 81 c.p. al terzo comma, che impedisce nel calcolo il superamento della pena irrogabile per concorso materiale ordinario.

La scelta di riti speciali con sconti premiali sulla pena, influisce ulteriormente sul peso della condanna. Nel caso di nostro interesse, infatti, il rito abbreviato scelto dall'imputato comporta la riduzione di un terzo della sanzione.

Il vincolo della continuazione può essere riconosciuto tra reati accertati non solo nel medesimo procedimento, ma anche in distinti giudizi irrevocabili (continuazione c.d. "esterna"), non ostando la diversità del rito applicato. Nell'ambito di queste ipotesi, il giudice può applicare la disciplina del reato continuato, oltre che in fase cognitiva, come nella vicenda in oggetto, anche *in executivis*, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., a seguito di istanza per incidente di esecuzione.

L'attuale approdo giurisprudenziale sull'ammissibilità piena del reato in continuazione esterna, è stato l'epilogo di un lungo dibattito sulla distanza temporale contemplata dall'art. 81 c.p., il potere di rideterminazione di una sanzione oggetto di sentenza irrevocabile, nei limiti del giudicato penale. La questione, ormai risolta dalla sentenza Corte Cost. n. 115/1987, appariva particolarmente delicata, allorché il giudicato coprisse l'accertamento dei reati c.d. "satelliti", per i quali la pena ordinariamente comminata sarebbe stata oggetto di un pesante stravolgimento da parte del giudice chiamato ad applicare la continuazione col reato base, sia in fase cognitiva che esecutiva.

Sul punto, il Giudice delle Leggi ha confermato la forza del principio del *favor rei* che, oltre a delineare i confini del giudicato penale, non può essere sacrificato sua virtù. Come non può cedere il principio di personalità della responsabilità del reo, per esigenze contingenti quali l'ordine tra le condanne per i reati connessi per continuazione.

Le vicende in commento hanno proprio ad oggetto la sintesi di decenni di contrasti ermeneutici sul corretto metodo di calcolo della pena per continuazione esterna, di cui ad esser oggetto di giudizio irrevocabile sono proprio i reati satelliti, mentre il reato base *sub iudice* è stato accertato in rito abbreviato.

## 2. Il caso

La questione al vaglio della Suprema Corte, Sezione Quinta, vede interessato un

imputato condannato in abbreviato per i delitti di associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.), associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 D.P.R. 309/1990), detenzione e porto illegale di arma comune da sparo (artt. 2, 4 e 7 L. n. 895/1967) aggravati ex art. 7 D.L. n. 152/1991.

Al termine di una tortuosa vicenda giudiziaria, la Corte di Appello di Napoli, in sede di secondo rinvio, aveva riconosciuto la continuazione tra i reati suddetti e quelli oggetto di due precedenti condanne, ormai irrevocabili, a seguito di rito ordinario.

La pena era stata così rideterminata, in applicazione degli artt. 81 co. II c.p. e 78 c.p., in ventisei anni di reclusione, ponendo alla base del calcolo il reato ex art. 74 D.P.R. n. 309/1990, giudicato in abbreviato, ritenuto astrattamente più grave.

La quantificazione aveva seguito il presente criterio: determinata la pena base per il reato più grave in ventiquattro anni di reclusione, era stato applicato l'aumento di un terzo per la recidiva, di ulteriori sei anni per continuazione con i reati satellite oggetto del medesimo procedimento (art. 416 bis c.p. e artt. 2, 4 e 7 L. 895/1967), successivamente la riduzione a trent'anni in virtù del criterio moderatore ex art. 78 c.p. e di un terzo per la diminuzione di rito, totalizzando vent'anni.

La sanzione era stata infine incrementata di tre anni per ciascuno dei reati accertati nei due giudizi ordinari per i quali fosse ravvisabile la continuazione, giungendo così ai complessivi ventisei anni di reclusione.

Dei due motivi di censura su cui si struttura il ricorso dell'imputato, è solo il primo a essere esaminato nell'ordinanza e a costituire oggetto del quesito rimesso alle Sezioni Unite, evidentemente per implicito assorbimento del secondo.

In tale censura, la difesa del ricorrente lamenta violazione di legge in relazione agli artt. 81 c.p., 442 co. 2 c.p.p.[\[4\]](#) e 533 co. 2 c.p.p.[\[5\]](#), contestando il computo svolto dalla Corte partenopea. La riduzione per giudizio abbreviato è stata infatti operata sui soli reati oggetto del rito speciale e non sulla pena complessivamente considerata, comprensiva di tutti gli incrementi ex art. 81 co. II c.p., - per continuazione con i reati addebitati, sia *sub iudice* che nei precedenti giudicati.

Parte ricorrente argomenta la propria doglianza sulla scorta di un orientamento della stessa Suprema Corte, individuato nella sentenza n. 37848/2015 della Terza Sezione. Orientamento favorevole a tale diverso metodo di calcolo, ma tutt'altro che consolidato,

in quanto parallelo a un diverso filone interpretativo di opposto avviso. Nelle conclusioni, il ricorrente invoca l'applicazione dell'interpretazione più favorevole al reo, in via subordinata, stante il contrasto giurisprudenziale *de quo*, la rimessione della questione alle Sezioni Unite penali.

Le conseguenze pratiche in materia di dosimetria della pena sono evidenti in un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Le implicazioni di principio, d'altronde, comportano una complessa riconsiderazione dei limiti del giudicato penale nella rideterminazione della pena e dell'accordo sotteso alla concessione del beneficio premiale a seguito di richiesta di rito abbreviato.

### **3. Il dibattito giurisprudenziale**

#### **3.1. Riduzione premiale ex art. 442 c.p.p. sui soli reati oggetto di rito abbreviato**

La Corte di legittimità procede così a una compiuta rassegna della giurisprudenza più rilevante per gli indirizzi interpretativi in esame, selezionando le pronunce progressivamente più aderenti alla specificità del caso concreto.

L'orientamento osservato dalla Corte di merito -e osteggiato dall'imputato- limita l'operato dello sconto premiale *ex art. 442 c.p.p.* ai soli reati giudicati in abbreviato<sup>[6]</sup>, sia in fase esecutiva che cognitiva.

Tra le argomentazioni a favore della scelta, nelle pronunce citate nell'ordinanza, si adduce *in primis* la natura processuale della concessione premiale *ex art. 442 c.p.p.*<sup>[7]</sup> e la sua *ratio* ontologica residente nella "stretta economia", che caratterizza il rito a cd. prova contratta (vds. Cass. Sez. I, sent. n. 17890/2017, Zagaria, in materia di continuazione rilevata *in executivis*).

In secondo luogo, l'opinione ivi rappresentata valorizza i confini del rapporto processuale tra l'imputato optante e l'Autorità Giudiziaria. Rapporto caratterizzato da reciproche concessioni - evidenti nel godimento del beneficio premiale per il reo e nell'economia delle risorse processuali, per l'ordinamento giudiziario - e che in tale sinallagma vede la propria causa prima. A sua volta, il vantaggio conseguibile dall'imputato è inscindibile dallo svantaggio di una cognizione limitata al materiale probatorio raccolto sino all'udienza preliminare, fascicolo del PM incluso, salvo successive integrazioni disponibili nel rito abbreviato c.d. condizionato, comunque nei

limiti dell'indispensabilità della prova e compatibilità dell'assunzione con l'economia processuale.

Il reo affronta pertanto il rischio di un accertamento complessivamente basato sullo stato degli atti, limitando la partita del contraddittorio a poche mosse e fronteggiando gli atti contenuti nel fascicolo del PM. Tanto giustifica il rilevante sconto sulla pena eventualmente subita.

Nel caso in esame, pertanto, l'applicazione della diminuzione di rito estesa alle sanzioni inflitte a seguito di rito ordinario conferirebbe benefici cui tuttavia non è conseguito un proporzionato sacrificio, inteso come rinuncia a una piena istruzione probatoria, con correlato risparmio di risorse per l'Autorità Giudiziaria.

Il principio così delineato dalle Sezioni aderenti a tale fronte, prevede che queste diverse e più vantaggiose modalità di calcolo, dovute alla scelta del giudizio alternativo, siano riservate ai soli reati oggetto di tale rito.

### **3.2. Diminuente di rito estesa a tutti i reati contemplati nel vincolo della continuazione: *vis attractiva* del rito abbreviato**

L'opinione più favorevole al reo prende le mosse dal principio affermato nelle Sezioni Unite del 2007 (sent. n. 45583 del 25/10/2007, Volpe et al.), di anteponimento del criterio moderatore ex art. 78 c.p. rispetto alla riduzione per rito abbreviato ex art. 442 c.p.p., nel calcolo della pena<sup>[8]</sup>.

Il principio così enucleato mira a tutelare gli imputati che abbiano optato per il rito abbreviato da irragionevoli disparità di trattamento. Il temperamento nell'art. 78 c.p. è infatti strutturato come una serie di limiti massimi per ciascun tipo di pena, derivante da concorso di reati; il suo eventuale collocamento "a valle" nella metodologia di calcolo priverebbe di significato lo sconto processuale da rito abbreviato, poiché tutti i condannati a pena superiore a trent'anni di reclusione (o sei anni di arresto o € 15.493 di multa, etc.), a prescindere dalla scelta del rito, otterrebbero lo stesso ridimensionamento di pena. Il metodo del limite massimo tende per l'appunto a livellare i risultati a prescindere dalla base di calcolo, mentre lo sconto proporzionale del rito abbreviato è commisurato alla pena base. Ne deriva la sua maggiore incidenza quale criterio finale di quantificazione della sanzione.

Dalla linea tracciata dalle Sezioni Unite del 2007, la giurisprudenza più incline al favor

rei ha distinto le ipotesi nelle quali il principio di posposizione dello sconto processuale meritasse applicazione.

Nel caso di reato satellite giudicato in abbreviato e reato base in rito ordinario, *nulla quaestio*: la riduzione di un terzo per i delitti riguarderà i soli addebiti oggetto della pronuncia ex art. 442 c.p.p. Diversamente, l'applicazione estesa della diminuzione di rito appare giusta e doverosa.

Tra gli argomenti posti a fondamento della tesi minoritaria, il dato testuale del secondo comma dell'art. 442 c.p.p., trova un suo immediato referente nell'art. 533 secondo comma c.p.p., che sembra prescrivere l'applicazione dello sconto in caso di pluralità di condanne, quale coefficiente finale, successivo alla *"scansione, questa, da cui si desume [...] che, con riguardo alla condanna concretamente inflitta, la commisurazione delle singole componenti della pena complessiva attiene ad una fase precedente la deliberazione finale"* (Cass. Pen. Sez. III, sent. n. 37848/2015).

La potestà modificativa del giudice di cognizione del diverso reato è anche giustificata dall'esigenza di una più profonda riconsiderazione del reato satellite, anche ai fini dello studio del vincolo del medesimo disegno criminoso.

### **3.3. Osservazioni critiche**

Sulla scorta di quanto espresso dalle diverse voci della giurisprudenza, l'orientamento più restrittivo, sicuramente maggioritario ma non per questo anche consolidato, appare più sensibile alla valorizzazione dell'accordo tra imputato e autorità giudicante e senza dubbio coerente nel confinare gli effetti di un istituto processuale nel suo ambiente natio.

Si evidenzia inoltre che la posposizione della riduzione ex art. 442 c.p.p. nel calcolo della pena, quale coefficiente finale, operante sul totale delle sanzioni inflitte per reato continuato, sortirebbe un effetto a catena mutando a sua volta l'ambito applicativo del principio del cumulo materiale temperato (art. 78 c.p.).

Quest'ultimo criterio moderatore, che nella vicenda in analisi ha comportato la riduzione della pena a trent'anni (cui è seguito lo sconto di un terzo in abbreviato), è stato applicato prima della diminuzione di rito, benché sia prevista dal Legislatore quale temperamento incidente sulla somma di tutte le pene comminate per concorso di reati, formale e materiale ex art. 73 e ss. c.p.



Ne deriva che l'estensione del beneficio premiale di rito al cumulo totale delle sanzioni, nel superare il suo ambito applicativo originario renderebbe il temperamento, ai sensi dell'art. 78 c.p., applicabile anch'esso alla somma delle sanzioni, benché prima della riduzione per scelta del rito, risultando un vantaggio tale, in termini di entità della condanna, da costituire una palese disparità di trattamento rispetto ad altri imputati. Questi ultimi, infatti, per ragioni del tutto casuali e non prevedibili, avevano optato per il rito abbreviato in relazione non già alla violazione più grave, bensì a reati ritenuti satelliti, così da non avere potuto beneficiare della *vis attractiva* dell'art. 442 c.p.p.

Estendere anche a costoro il trattamento di favore significherebbe, ancor peggio, vanificare del tutto i termini dell'accordo alla base del rito abbreviato e l'efficacia di contenimento dell'attività processuale.

Di contro, l'orientamento più favorevole all'imputato offre un maggior rigore nell'ordine di applicazione di aumenti e riduzioni di pena, proponendo un metodo di calcolo più lineare e che tenga conto del respiro più generalistico del criterio moderatore nell'art. 78 c.p., che per costruzione opera sul cumulo totale delle pene sommate e che, nella sola ipotesi di continuazione esterna con violazione più grave giudicata in abbreviato, vede il suo ambito ristretto ai soli reati *sub iudice*.

Si attende, col deposito delle motivazioni, la prudente valutazione delle Sezioni Unite, a seguito dell'udienza del 22 febbraio.

#### **Note e riferimenti bibliografici**

[1] **Art. 81 c.p. - Concorso formale. Reato continuato - I.** È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.

II. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

III. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti.

IV. Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

[2] La giurisprudenza di legittimità appare ormai concorde, sin dalla Cass. pen., SSUU sent. n. 25939/2013, nel qualificare la violazione più grave sulla base di un criterio astratto, ossia individuando l'illecito con la pena edittale più elevata nel massimo e, in caso di parità

tra massimi, sarà dirimente il minimo edittale più elevato.

**[3] Art. 78 c.p. - Limiti degli aumenti delle pene principali - I.** *Nel caso di concorso di reati previsto dall'articolo 73, la pena da applicare a norma dello stesso articolo non può essere superiore al quintuplo della più grave fra le pene concorrenti, né comunque eccedere:*

- 1) trenta anni, per la reclusione;
- 2) sei anni per l'arresto;
- 3) 15.493 euro per la multa e 3.098 euro per l'ammenda; ovvero 64.557 euro per la multa e 12.911 euro per l'ammenda, se il giudice si vale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'articolo 133-bis.

*II. Nel caso di concorso di reati, previsto dall'articolo 74, la durata delle pene da applicare a norma dell'articolo stesso non può superare gli anni trenta. La parte di pena, eccedente tale limite, è detratta in ogni caso dall'arresto.*

**[4] Art. 442 c.p.p. - Decisione – 1.** *Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli [articoli 529](#) e seguenti.*

*1-bis. Ai fini della deliberazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'[articolo 416, comma 2](#), la documentazione di cui all'[articolo 419, comma 3](#), e le prove assunte nell'udienza.*

*2. In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo.*

*3. La sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso.*

*4. Si applica la disposizione dell'[articolo 426, comma 2](#).*

**[5] [6] Art. 533 c.p.p. - Condanna dell'imputato - 1.** *Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.*

*2. Se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione. Nei casi previsti dalla legge il giudice dichiara il condannato delinquente o contravventore abituale o professionale o per tendenza.*

*3. Quando il giudice ritiene di dover concedere la sospensione condizionale della pena o la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, provvede in tal senso con la sentenza di condanna.*

*3-bis. Quando la condanna riguarda procedimenti per i delitti di cui all'[articolo 407, comma 2, lettera a\)](#), anche se connessi ad altri reati, il giudice può disporre, nel pronunciare la sentenza, la separazione dei procedimenti anche con riferimento allo stesso condannato quando taluno dei condannati si trovi in stato di custodia cautelare e, per la scadenza dei termini e la mancanza di altri titoli, sarebbe rimesso in libertà.*

**[6]** *In adesione all'orientamento più restrittivo (applicazione riduzione sui soli reati giudicati in abbreviato), con particolare riferimento alle ipotesi di continuazione esterna in fase esecutiva, la Corte ha evidenziato le seguenti pronunce:*

- Sez. I, n. 17890 del 14/02/2017, Zagaria, Rv. 270012;
- Sez. I, n. 3764 del 21/10/2015, dep. 2016, Napolano, Rv. 266002;
- Sez. V, n. 47073 del 20/06/2014, Esposito, Rv. 262144;
- Sez. V, n. 26593 del 29/04/2014, Rinzivillo, Rv. 260573;
- Sez. VI, n. 33856 del 09/07/2008, P.G. in proc. Capogrosso, Rv. 240798;
- Sez. I, n. 43024 del 25/09/2003, Carvelli, Rv. 226595.

[7] Configurazione evidentemente limitata agli effetti in tema di dosimetria della pena, di cui si discute, alla luce dell'ormai noto insegnamento della Corte EDU in Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, e Corte cost., sent. n. 210/2013 sui profili di sostanzialità della diminuzione di rito ex art. 442 c.p.p. e suo necessario adeguamento al principio di retroattività favorevole previsto dall'art. 7 CEDU.

[8] Tra le pronunce considerate dalla Corte in rappresentanza dell'orientamento in commento

- Sez. V, n. 12592 del 28/11/2016, dep. 2017, Alma e altri, Rv. 269706;
- Sez. V, n. 20113 del 27/11/2015, dep. 2016, Moreo, Rv. 267244;
- Sez. III, n. 37848 del 19/05/2015, Cutuli e altri, Rv. 264812.

# CONTRATTO DI RETE TRA IMPRESE: ASPETTI CIVILISTICI E GIUSLAVORISTICI A CONFRONTO

*Prendendo avvio dalle profonde trasformazioni che hanno di recente investito la figura del datore di lavoro, il lavoro analizza le implicazioni dell'ammissione, ad opera del legislatore, della codatorialità, del distacco cd. "semplificato" e dell'assunzione congiunta di un medesimo lavoratore da parte di imprese legate dal contratto di rete*

**Emilio Mazzeo** - Pubblicazione, martedì 6 marzo 2018  
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

## Abstract

Prendendo avvio dalle profonde trasformazioni che hanno di recente investito la figura del datore di lavoro, in passato riconducibile esclusivamente alla persona fisica o, in alternativa, al soggetto imprenditoriale con cui il lavoratore entrava in una relazione contrattuale di tipo bifasico, il lavoro analizza le implicazioni dell'ammissione, ad opera del legislatore, della codatorialità, del distacco cd. "semplificato" e dell'assunzione congiunta di un medesimo lavoratore da parte di imprese legate dal contratto di rete.

Un approfondimento particolare è, inoltre, rivolto alla fattispecie negoziale del contratto di rete sotto il profilo civilistico, ed ai contratti plurilaterali con comunione di scopo, nel cui ambito trova collocazione.

**Sommario:** Introduzione; 1. Il contratto di rete: problematiche di autonomia negoziale; 2. Contratto di rete come subspecie dei contratti con comunione di scopo; 3. Rete tra imprese: piano economico e profili organizzativi; 4. Rete di impresa e diritto del lavoro; 4.1 Rete e rapporto di lavoro; 4.3 Le tutele a favore del lavoratore in regime di codatorialità; 4.4 Il distacco nella rete di imprese; 4.5 Le modifiche al 2103 c.c.: cosa cambia?; 5. Conclusioni; Note e riferimenti bibliografici.

## Introduzione

Nell'ambito del sistema impresa, caratterizzato dalla presenza di costanti relazioni interattive con altre realtà imprenditoriali volte ad acquisire utilità e fattori produttivi, un fenomeno essenziale e naturale è costituito dalle collaborazioni interaziendali.

Con riferimento a tali collaborazioni, il legislatore italiano ha avvertito l'impellente necessità, sin dal 2009, di fornire alle aziende un nuovo strumento di aggregazione e cooperazione, il cui fine ultimo è supportare la crescita e la competitività: il contratto di rete di imprese. Tale figura negoziale, costituisce un'opportunità che consente agli aderenti un elevato grado di flessibilità nella determinazione del contenuto della collaborazione e della regolazione dei rapporti, permettendo agli attori del nostro tessuto produttivo di porre in essere un processo di crescita razionale, fondato sulle risorse interne e su quelle messe a disposizione dai partner aziendali.

L'obiettivo ultimo che si prefigge il legislatore è, dunque, il miglioramento delle singole performance imprenditoriali grazie alla collaborazione, condivisione ed interazione tra i partner.

Il contratto di rete costituisce una novità di fondamentale rilievo teorico ed applicativo sotto molteplici versanti, civilisti e giuslavoristici. Quanto al primo profilo, le questioni più dibattute, che vengono analizzate nel lavoro in esame, riguardano l'inquadramento di tale figura nel novero dei contratti plurilaterali con comunione di scopo e l'utilizzo dell'espressione "contratto transtipico" nel tentativo di modulare una tipizzazione dello stesso. Il contratto di rete rappresenta, infatti, il punto di emersione delle maggiori tensioni che investono i rapporti tra la dogmatica tradizionale e le nuove esigenze di collaborazione imprenditoriale, poste dalla pratica degli affari ed adottate dal legislatore.

Per quanto riguarda gli aspetti giuslavoristici, sono oggetto di analisi la disciplina speciale del distacco nell'ambito delle imprese retiste e la codatorialità come fattore di convenienza gestionale nella regolazione del personale chiamato a prestare attività lavorativa per la rete. In tali settori si precisa la portata concreta della normativa delle reti tra imprese ex art.3 d.l. 10 febbraio 2009, n.5 e viene affrontato il profilo della derogabilità dello statuto protettivo del lavoratore retista.

Ulteriore aspetto esaminato è il rischio, preso in considerazione dagli interpreti, di possibile storture ed abusi legislativi dello strumento in esame, prevedendo come unica soluzione un penetrante ed efficace controllo del giudice sull'effettività del contratto a monte.

In conclusione dell'analisi si pone l'accento sullo slancio quasi 'fideistico' del legislatore su tale tipologia negoziale, vista come mezzo di miglioramento della competitività ed innovatività delle imprese italiane e come strumento atto a realizzare lo scambio tra

flessibilità gestionale e migliore garanzia di stabilità dell'impiego dal lato del prestatore di lavoro.

### **1. Il contratto di rete: problematiche di autonomia negoziale**

Il contratto di rete tra imprese è un particolare strumento giuridico, introdotto nell'ordinamento italiano nel 2009, con l'art.3 d.l. 10 febbraio 2009, n.5<sup>[1]</sup>, mediante il quale più imprenditori instaurano tra loro una collaborazione organizzata e duratura, mantenendo la propria autonomia e la propria individualità (evitando di costituire organizzazioni quali le società o i consorzi).

Le imprese aggregandosi, perseguono lo scopo di accrescere individualmente e collettivamente la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato. A tal fine, esse, si obbligano proprio in virtù di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati, attinenti all'esercizio delle proprie imprese, ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura tecnologica, industriale o commerciale, ovvero ancora ad esercitare in comune attività che rientrano nello specifico oggetto della propria impresa<sup>[2]</sup>. La norma in esame precisa ulteriormente che il negozio oggetto di analisi può altresì prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo in grado di gestire l'esecuzione del contratto o di singole parti dello stesso, in nome e per conto dei partecipanti alla 'rete'.

Il modello originario di aggregazione tra imprese è il c.d. "distretto industriale", ossia quel conglomerato di piccole imprese concentrate in un territorio ristretto e specializzate in un medesimo settore produttivo, nell'ambito del quale si creavano profondi legami, in termini occupazionali e sociali con la comunità locale. Al riguardo, un classico esempio è fornito dal distretto della calzatura della riviera del Brenta o dal distretto della ceramica di Sassuolo. Suddetto modello aziendale era caratterizzato dalla coesistenza di una forte competizione ed al contempo di una profonda collaborazione(c.d. "competition") tra le imprese del distretto, determinando la fortuna di tale paradigma organizzativo.

Il modello 'distrettuale' ha subito una profonda evoluzione con l'avvento del mercato globale e la relativa necessità di competere con le aziende multinazionali; pertanto si è articolato in forme diverse, slegate dal legame territoriale, ma ancora contraddistinte dalla collaborazione interimprenditoriale, quali ad esempio la filiera produttiva, la catena di subfornitura, le reti di distribuzione (franchising) e le reti tra imprese, sulle quali è concentrata la nostra analisi.

Già dalle formule utilizzate dal legislatore, si può evincere l'ampiezza dei contenuti in astratto idonei a formare oggetto di un contratto di rete. L'eterogeneità degli oggetti che possono essere inseriti nel contratto così delineato va posta in relazione con gli obiettivi perseguiti dal legislatore ed in tale ottica la prima domanda che bisogna porsi è se il legislatore con il contratto di rete abbia voluto creare un nuovo tipo contrattuale.

Se si aderisce alla tesi di illuminata dottrina<sup>[3]</sup>, che sotto il profilo contrattualistico descrive il “tipo” come un esempio di operazione economica che il legislatore erige a modello normativo, si può distinguere il contratto corrispondente ad un “tipo legale” e che configura una specifica attività di mercato in osservanza della legge, dal contratto che risulta semplicemente “nominato” dal legislatore, privo di un corrispondente atto di commercio.

Orbene mentre il contratto di vendita (in via esemplificativa) è allo stesso tempo sia contratto nominato, sia contratto tipico (come operazione economica adottata come modello normativo), i contratti di società, diversamente, sono nominati, ma non tipici sul piano della causa, in quanto non riflettono una precisa operazione di mercato<sup>[4]</sup>.

I contratti associativi costituiscono, in effetti, dei contratti nominati che valgono come strumento per realizzare specifiche finalità nell'esercizio di alcune delle attività che rientrano tra quelle in astratto attuabili mediante il coinvolgimento di una pluralità di centri di interesse, mentre d'altra parte non si prestano ad attuare una determinata operazione economica<sup>[5]</sup>.

Anche dal punto di vista terminologico, è agevole constatare come la terminologia utilizzata dal legislatore per la configurazione dei contratti tipici (“vendita”, “permuta”, “locazione”, ecc.) è diversa da quella impiegata dal d.l. 2009 n.5 che si riferisce non ad un ‘tipo’ esatto ma ad una particolare utilizzazione dello strumento contrattuale. Evidente, dunque, che se il legislatore avesse voluto far sorgere un nuovo tipo di contratto, non avrebbe utilizzato la locuzione “contratto di rete”, ma avrebbe richiamato termini linguistici inerenti alla causa o all'oggetto caratterizzante. Il concetto di rete, invece, ha confini labili e rinvia alla possibilità di molteplici impieghi, tanto da far escludere una base tipologica ben definita, connotazione confermata dall'assenza di una disciplina legale, presente per ogni contratto tipico. Infatti la legge si limita a prevedere dei presupposti che il contratto di rete deve possedere, al fine del raggiungimento di determinati risultati, ma non è presente una normativa suppletiva specifica in grado di intervenire in via diretta, in caso di lacune del programma

negoziale[6].

Mentre i contratti nominati contemplati nel libro IV del codice civile agli art. 1470 ss., servono ad attuare il rispettivo specifico tipo di affare economico ad essi sotteso, quelli contemplati nel libro V, agli art. 2247 ss., servono per creare entità economiche (come le società) che utilizzano per operare sul mercato gli stessi contratti del libro IV, suindicati. La divergenza tra i due gruppi di contratti nominati evidenziati, si palesa in modo chiaro nel rapporto tra la nullità dei contratti di scambio e la nullità delle società[7]. In particolare, come è stato evidenziato, «a favore di un sostanziale rapporto di mezzo a scopo che si ha tra contratti associativi e contratti di scambio, depone la previsione solo per i secondi della necessaria specifica determinazione dell'oggetto pattuito[8]».

Volendo compiere un raffronto con il contratto di rete, si può notare che, con riguardo allo scopo comune da esteriorizzare con il programma di rete previsto *ex lege*, le indicazioni normative evidenziano come non sia necessaria una determinatezza del programma, proprio come avviene per i contratti associativi.

Nei contratti di tipo associativo, il cui modello è stato preso a riferimento dal legislatore al momento della formulazione della disciplina sul contratto di rete, la prestazione di ciascuno non soggiace alla logica dello scambio con riguardo alla prestazione degli altri, in quanto l'adempimento di ognuno degli obblighi connessi al programma previsto in contratto arreca vantaggio contrattuale anche al medesimo soggetto che lo esegue[9].

Strettamente connessa a quanto qui precisato, è l'osservazione in base alla quale se il programma di rete non viene determinato in modo esatto, ma genericamente, ciò significa che proprio tale indeterminatezza risponde all'interesse delle parti, che vogliono mantenere tra loro un vincolo generico[10]. È questa la ragione pratica giustificatrice del contratto di rete, la c.d. 'causa', in linea con quanto previsto dalla legge per tali situazioni.

Se invece manca la determinazione dell'oggetto di uno specifico trasferimento, è escluso che possa esserne rintracciata la causa concreta e per tale motivo l'ordinamento stesso commina la sanzione della nullità.

In questo modo, se in ipotesi di mancata indicazione dell'oggetto sociale, il contratto di società deve essere considerato nullo ex 2332 c.c., ciò non avviene qualora l'oggetto sociale è indicato in modo generico, con rinvio alla possibilità di effettuare diverse attività, anche se non esattamente specificate.



In tali rilievi, si profila una affinità tra la valenza normativa del contratto di rete ed il sistema dei contratti associativi<sup>[11]</sup>, e si comprendono le ragioni che conducono a qualificare il contratto di rete come contratto transtipico, con disciplina applicabile ad una molteplicità di oggetti<sup>[12]</sup>.

L'ampiezza contenutistica del negozio in esame e la similitudine con i contratti societari è anche dimostrata dalle regole dettate per il caso in cui, con il contratto di rete, si decida di istituire un fondo patrimoniale comune ed un organo comune con il compito di svolgere attività esterna. Infatti, in tali ipotesi, viene previsto che per gli adempimenti pubblicitari, il contratto di rete deve indicare un programma che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, se previsto il fondo patrimoniale comune, la misura ed i criteri dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi. Al riguardo, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato, costituito ai sensi dell'art. 2447-bis 1°co. lett.a) c.c.

La disciplina in materia di rete, deve pure sempre essere armonizzata con quanto discende dai principi di autonomia negoziale, che trovano fonte suprema nella Carta Costituzionale negli artt. 41 e 42 (rispettivamente incentrati sulla libertà di iniziativa economica e sulla proprietà) e riflesso normativo precettivo nell'art.1322 c.c.<sup>[13]</sup>

Orbene, se si intendono raggiungere i precipui effetti previsti dalla legislazione in materia di rete, ne devono essere osservate le specifiche prescrizioni, con particolare riguardo alle norme in materia di forma e contenuto; diversamente è sempre possibile far sorgere un accordo valido tra i soggetti che intendono costituire una qualche "rete", nei limiti ordinamentali<sup>[14]</sup>. Da ciò discende che non può, ad esempio, affermarsi che in mancanza dell'indicazione degli obiettivi strategici vi sia la nullità del contratto di rete per difetto originario della causa, in quanto questo è un requisito da possedere per il mero godimento dei vantaggi previsti *ex lege*<sup>[15]</sup>.

Una prima conseguenza del principio sopra esposto, si rinviene sul piano dei soggetti coinvolti nella fattispecie negoziale. Infatti se da una parte è vero che, per ottenere i benefici previsti dalla legge di settore, il contratto deve vincolare soggetti con la qualifica di imprenditori, dall'altro con riguardo al principio di autonomia contrattuale, deve essere consentita sia una contrattazione che crei una rete tra non imprenditori, sia che possa prendere parte ad un contratto di rete tra imprenditori un soggetto sprovvisto

di tale qualifica, qualora la sua partecipazione risulti funzionale al conseguimento del programma negoziale.

Sulla base di tali evidenze, deve distinguersi tra contratto di rete disciplinato dal legislatore e contratto di rete lasciato al libero esplicarsi dell'autonomia privata[16].

Secondo un orientamento diffuso in dottrina, per non rendere vani gli intenti di collaborazione con i soggetti privi della qualifica imprenditoriale, si dovrebbe procedere prima alla costituzione della rete e successivamente alla stipulazione dei relativi accordi con questi ultimi[17]. È stato, altresì, osservato che gli accordi successivi potrebbero costituire delle mere integrazioni nei confronti degli originari partecipanti alla rete e che anche per le modifiche al contratto di rete la legge prescrive un procedimento di pubblicità presso tutti gli uffici delle imprese presso i quali risultano iscritti i partecipanti, pubblicità che non può essere attuata da chi è sprovvisto di titolo per l'iscrizione nel registro.

Il valore fondamentale da attribuire all'autonomia contrattuale, porta in ogni caso a ritenere che bisogna distinguere in relazione agli effetti di ogni singola partecipazione, senza escludere la partecipazione di un soggetto in modo aprioristico per la mera assenza della qualifica imprenditoriale. Da tale premessa è evidente che la partecipazione alla rete di un soggetto non imprenditore deve essere considerata come una vicenda interna alla rete, senza riflessi esterni; pertanto essa non può considerarsi invalida.

In definitiva, un contratto di collaborazione in rete è stipulabile anche con soggetti non imprenditori, anche se esclusivamente questi ultimi possono svolgere quelle attività esterne per le quali la legge prevede una tutela dei terzi mediante la pubblicità nel registro delle imprese. D'altro canto, lo svolgimento di attività esterna da parte di soggetti che partecipano pur non essendo iscritti nel registro delle imprese comporta una piena esposizione a responsabilità in relazione a quanto operato[18]. Quindi, affinché possa configurarsi il contratto previsto dal legislatore, devono far parte della rete anche degli imprenditori, in quanto proprio questi ultimi intendono perseguire, per il tramite della 'rete', lo scopo di accrescere individualmente e collettivamente la competitività ed innovatività sul mercato.

La necessaria presenza della parte imprenditoriale si desume anche dalle agevolazioni e dalle speciali deroghe alla disciplina in materia di responsabilità, previste dalla normativa sul contratto di rete (art.4 quinquies d.l. 10 febbraio 2009 n.5).

## 2. Contratto di rete come subspecie dei contratti con comunione di scopo

Con l'introduzione della fattispecie normativa del contratto di rete, si è posta una prima, importante problematica con riferimento alla sua collocabilità nell'ambito dei contratti plurilaterali con comunione di scopo[19].

Nell'analizzare tale qualificazione, bisogna partire dai profili causali e concreti del negozio e delle articolazioni che l'oggetto dello stesso può assumere.

Si rileva, allora, che la causa in astratto del contratto di rete è la medesima che sorregge tutti i contratti associativi e coincide con l'interesse dei contraenti a collaborare tra di loro. Diversa, invece, è la causa in concreto[20], che nel contratto di rete coincide con il programma negoziale.

Per comprendere la qualificazione del contratto di rete come contratto con comunione di scopo non può, inoltre, prescindere dalle prescrizioni che riguardano il relativo programma negoziale ed essenziali sono anche le finalità indicate dal d.l. n.5/2009.

Secondo la previsione legislativa, il contratto di rete individua un accordo che vincola degli imprenditori o, come visto, anche soggetti non imprenditori, ad una collaborazione e ad un'organizzazione condivisa, sulla base di un programma comune, anche generico[21]. Da tale constatazione deriva che con il contratto di rete può instaurarsi un rapporto associativo volto a predisporre un sistema di strumenti comuni, ma non diretto al raggiungimento di risultati precisi e prestabiliti a favore dei partecipanti. Lo stesso discorso è ugualmente valevole per i contratti di rete non rientranti nello schema del legislatore, per i quali la genericità del programma comune è conseguenza della libertà nella contrattazione associativa e dell'autonomia contrattuale[22].

Con la creazione di una rete mediante un generico accordo di programma, è vero che si intende cooperare, ma ciascun partecipante è sin dall'inizio consapevole dell'impossibilità di ottenere dalla collaborazione dei risultati unitari specifici. L'impossibilità di ottenere risultati specifici non si verifica soltanto in un'ipotesi: quando l'accordo non è "di programma", ma di "risultato" intendendo per risultato uno specifico bene da conseguire a vantaggio di tutti. In ogni caso, tale ipotesi lascia aperta la strada ad una autonoma diversa qualificazione del rapporto tra i partecipanti e ciò si verificherebbe qualora l'oggetto coincidesse con quello di uno dei contratti associativi previsti dal quinto (o dal primo) Libro del codice civile.

Per quanto concerne i contratti di rete previsti dal legislatore, l'ampiezza di programma è direttamente predisposta dalla normativa<sup>[23]</sup>, la quale prevede che il programma deve contenere l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità per misurare l'avanzamento verso suddetti obiettivi.

La genericità del programma non è esclusa dalla disposizione che prescrive l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti dai partecipanti, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, nell'ipotesi di previsione del fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi. Queste ultime sono tutte indicazioni necessarie che chiaramente richiamano la disciplina dei contratti associativi previsti dal codice civile.

Emerge già sul piano dei principi, pertanto, che la genericità di un programma non si concilia con l'individuazione di un preciso scopo unitario riferibile a tutti i soggetti che partecipano alla rete contrattualizzata.

In definitiva, la funzione prevista dalla normativa sul contratto di rete appare vaga ed indeterminata e ciò esclude che essa possa considerarsi causa del contratto, nel senso fatto proprio dal Libro quarto del codice civile.

Fatta tale premessa, bisogna confrontarsi con un dato normativo che può apparire dubbio: le disposizioni sul contratto di rete richiamano testualmente le regole sullo scioglimento dei contratti plurilaterali con comunione di scopo. A tal proposito, si può constatare che nel caso di rete con cui sorge un nuovo soggetto di diritto, devono applicarsi le regole previste dal contratto stesso in ordine all'estinzione e al recesso dei soci qualora si verificano ipotesi di vizio o cessazione di una partecipazione essenziale. Qualora siano assenti regole specifiche, deve procedersi con l'applicazione analogica dei principi riguardanti lo scioglimento del rapporto associativo (artt. 24,27,2272,2284 ss. c.c.)<sup>[24]</sup>.

L'adozione del criterio applicativo in questione, secondo parte della dottrina<sup>[25]</sup> deve avvenire in modo prioritario rispetto all'adozione delle norme generali sui contratti plurilaterali con comunione di scopo. In riferimento, invece, alle altre ipotesi di contratto di rete appare più rilevante il rinvio alle norme sullo scioglimento di quest'ultimo tipo di contratti plurilaterali. Questo richiamo può coordinarsi con quanto sopra delineato solo se si ritiene che il legislatore non abbia voluto definire il contratto di rete come contratto

necessariamente con comunione di scopo.

Difatti il rinvio alla disciplina prevista dagli artt. 1420( nullità del contratto plurilaterale), 1446(annullabilità del contratto plurilaterale), 1459( risoluzione del contratto plurilaterale), 1466( impossibilità nel contratto plurilaterale) c.c. può valere esclusivamente con riferimento agli specifici contratti di rete rientranti nell'ambito della fattispecie a cui si riferiscono gli stessi articoli, ossia contratti “con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuno sono dirette al conseguimento di uno scopo comune”.

L'estensione del vizio connesso al vincolo di una sola parte deve applicarsi, dunque, unicamente nel caso di contratti di rete caratterizzati da prestazioni che risultino essenziali nella intera logica del rapporto e si tratta di contratti che non contengono la semplice enunciazione di un programma generico, ma indicano la realizzazione di specifici oggetti.

Il problema può essere specificato mediante un inquadramento teleologico delle norme sui contratti plurilaterali con scopo comune, norme che conferiscono rilevanza ai vizi che riguardano il vincolo di una sola delle parti quando esso risulta fondamentale nella logica dell'intero contratto.

La comunione di scopo, inoltre, può rilevare sia in senso debole, quando dalle vicende inerenti ad una parte non derivano effetti dirimenti sulla struttura negoziale, sia in senso forte, quando lo scopo si raggiunge solo con la partecipazione di tutti. È con riferimento alla comunione di scopo in senso forte che il venir meno del vincolo di una parte è in grado di far cadere il vincolo di tutti.

Infatti in tale tipologia di situazioni, i partecipanti hanno come obiettivo lo stesso scopo, che cessa di esistere con il venir meno anche di una sola parte. In tale ambito vi è l'applicazione diretta ovvero analogica degli art. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c., a seconda che si ritenga o meno di configurare comunione di scopo anche nella “ mera condivisione, da parte di tutti, degli scopi, diversificati, presi singolarmente di mira dalle parti stesse”<sup>[26]</sup>. Trattasi in questo caso di uno scopo specifico legato al contratto plurilaterale, quale per le imprese, ad esempio, la realizzazione di uno specifico progetto di ricerca.

L'applicazione della normativa codicistica sopra esposta, può avvenire anche quando la prestazione inerente alla partecipazione viziata sia essenziale per tutti i soggetti che restano parti del contratto, ma non per la parte il cui apporto viene meno. In tale ipotesi,

la comunione di scopo, riferita alla essenzialità della partecipazione che viene a cessare, si ricava in una fase successiva rispetto al sorgere del contratto originario, riflettendosi unicamente nel rapporto tra i partecipanti rimanenti[27]. D'altro canto se la partecipazione di una parte non è essenziale per le rimanenti, vuol dire che la comunione di scopo è occasionale con portata più debole ed in tale ipotesi se cade la partecipazione di una, non viene meno l'impalcatura contrattuale. Lo scopo, in tali situazioni, è necessariamente generico e non intrinseco al contratto plurilaterale (per le imprese ad esempio potrebbe essere uno scopo di innovazione, migliore efficienza, condivisione dei risultati delle ricerche sul campo ecc.[28]).

Secondo le teorizzazioni tradizionali, in definitiva, il contratto di rete sembra adattarsi maggiormente a tale seconda categoria di contratti plurilaterali, con comunione di scopo 'debole'[29]. In ogni caso nulla vieta alle imprese, nell'esercizio dell'autonomia privata, di costituire una rete e contrattualizzarla secondo lo schema previsto dal d.l. 5/2009, costituendo un sistema economico differente con comunione di scopo in senso forte. In tale ultimo caso, il venir meno del vincolo di un'impresa è in grado di causare immediate e dirette conseguenze sull'intero vincolo contrattuale.

Tra l'altro, già ad una mera analisi terminologica si riscontra che la locuzione contratto di rete si riallaccia a due differenti tipologie di autonomia, ossia l'autonomia giuridica contrattuale e l'autonomia economica imprenditoriale. In conclusione, può evincersi come non sussiste alcun limite precostituito atto ad ostacolare le imprese che intendano costituire una rete ad adoperare l'istituto del contratto. A ciò deve inoltre aggiungersi che la possibile ampiezza del programma negoziale trova un equilibrio ed un bilanciamento nella prospettiva dei partecipanti che non intendono restarne vincolati[30].

### **3. Rete tra imprese: piano economico e profili organizzativi**

Dal punto di vista economico, il legislatore con il contratto di rete ha voluto fornire uno strumento che mira ad un più efficace accesso al credito e ad una maggiore promozione e tutela dei prodotti italiani per lo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione.

In altre parole, sono state estese alle reti tra imprese i benefici riservati ai distretti produttivi nei settori fiscale e contabile, amministrativo, bancario e finanziario e di ricerca e sviluppo ex art. 3, comma 4 quinquies, d.l. n.5/2009.

Vi è dell'altro.

Per rafforzare il brevetto italiano è stata prevista una dotazione per il Fondo Nazionale dell'innovazione di circa 60 milioni di euro in capitale di rischio per le banche. A queste ultime è stato chiesto di allocare i propri finanziamenti non più sui soggetti, ma sui progetti imprenditoriali, caratteristica comune a tutte le reti di impresa. La rete è dunque un progetto fondato su un programma imprenditoriale[31].

Passando ad analizzare il “come” del contratto di rete, ossia i profili organizzativi, è necessario distinguere due aspetti: l'organo comune per l'esecuzione del contratto e le regole cui sono soggette le decisioni dei partecipanti relative alle materie non demandate all'organo comune e relative alle modificazioni del contratto.

Per quanto riguarda l'organo comune, bisogna rilevare come il d.l. n.78/2010 è intervenuto a modificare il d.l. 5/2009, rimodellandone alcuni tratti. Il nuovo testo dell'art.3, comma 4 ter, lett.e), ci dice, anzitutto, che l'organo comune per l'esecuzione del contratto è un organo facoltativo, stabilendo testualmente che *«se il contratto ne prevede l'istituzione, deve indicare il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune, nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza[32]»*.

La disciplina normativa, come modificata dalla manovra economica, parla di organo comune, precisando che il soggetto prescelto è chiamato ad assumere un ufficio e agisce come mandatario comune, al quale deve riconoscersi la rappresentanza degli imprenditori anche individuali.

Secondo parte della dottrina[33], il riferimento legislativo al mandato scontorna le differenze tra l'associazione temporanea d'impres e la rete, che sembrerebbe porsi

anch'essa più sul piano dei rapporti contrattuali che associativi. Tale ultima previsione richiede, dunque, l'applicazione delle norme sul mandato collettivo ex. 1726 c.c. per l'attuazione del programma comune di rete, facendo apparire la rappresentanza nei rapporti esterni di tipo contrattuale.

Per quanto concerne il secondo aspetto, ossia le decisioni dei partecipanti relative alle materie non demandate all'organo comune, l'art. 3 comma 4- ter lett. f, ci dice che il contratto di rete deve indicare: *«le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo»*.

La manovra economica mette, quindi, in chiaro che la regola per cui i contratti possono essere modificati solo con il consenso di tutti i contraenti (artt. 1321 e 1372, comma 1, c.c.) può essere derogata dall'autonomia privata, introducendo la diversa regola della modificabilità a maggioranza.

Una pagina tutta da verificare riguarda, invece, quella degli eventuali limiti. L'ipotesi di maggiore interesse riguarda lo scioglimento della rete a maggioranza, che ha visto un importante indirizzo pronunciarsi a favore della necessaria unanimità dei consensi. Un'altra parte della dottrina sembra sposare una soluzione alternativa: *«il contratto potrebbe evidenziare caratteri più propriamente associativi mantenendo la regola di maggioranza, ancorché rafforzata<sup>[34]</sup>»*.

La manovra economica, inoltre, ha polarizzato l'attenzione sui profili contrattuali dell'organo comune per l'esecuzione del contratto nei rapporti esterni, con uno spazio marginale rivolto ai profili associativi ed organizzativi. Tuttavia è evidente che tali ultimi profili non sono stati obliterati, ma piuttosto, ricollocati sul piano dei rapporti interni tra le imprese partecipanti.

Tirando le fila del discorso, alla domanda sulla natura della rete tra imprese non può che risponderci in negativo; la rete non è, infatti, né una persona giuridica, né un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici. In positivo può invece dirsi che essa si struttura come una forma di cooperazione complementare ed alternativa sia rispetto al modello societario che agli altri modelli di aggregazione non personalizzati.



È stato anche osservato che la rete si concreterebbe in una forma di rapporto associativo intermedia tra il mero contratto di collaborazione e l'organizzazione societaria, pur non presentandone la struttura.

A quanto osservato deve aggiungersi che l'art. 3, comma 4-ter, per come riformato dalla manovra economica del 2010, ci dà un ulteriore aiuto per fornire una risposta al quesito sulla natura della rete meno legata ad un ragionamento per *genus et differentiam*. In tale ambito il riferimento è agli art. 2614 e 2615 c.c.; infatti similmente a quanto previsto in tema di consorzi con attività esterna, per tutta la durata della rete i creditori particolari non possono far valere i loro diritti sul fondo, mentre per le obbligazioni assunte “in nome della rete” dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo patrimoniale comune. Le modifiche normative del 2010, sembrano pertanto aver confermato la trasformazione delle responsabilità patrimoniale da regola generale a residuale e la tendenziale equivalenza funzionale della soggettività giuridica rispetto alla separazione patrimoniale, tecniche alternative di presentazione della garanzia patrimoniale.

Su tali premesse si muove il legislatore anche in punto di contratto di rete, che in positivo può dunque definirsi come un contratto tra più imprenditori con comunione di scopo che dà vita a una separazione patrimoniale incentrata sull'attività e, pur entro certi limiti, sull'organizzazione.

#### **4. Rete di impresa e diritto del lavoro**

Dopo una breve disamina del contratto di rete e della cornice civilistica in cui si innesta, è necessario analizzare i risvolti giuslavoristici, prendendo le mosse proprio dall'incidenza dello stesso sul rapporto di lavoro.

Il contratto di rete ha costituito un'importante opportunità per veicolare nel diritto positivo italiano del lavoro una novità di grande rilievo teorico ed applicativo<sup>[35]</sup>.

Infatti è divenuta norma di legge quella codatorialità che era stata oggetto di studio e ricerca nel passato e che, ora, il legislatore mostra in una versione “fisiologica”, emancipata dalla “lente indagatrice” della frode allo statuto protettivo del lavoratore. Infatti, da sempre forte attenzione è stata posta sulla regolazione dei fenomeni interpositori o di dissociazione nella titolarità unica del rapporto obbligatorio di lavoro.

Non deve infatti trascurarsi che l'epifania della codatorialità nell'ordinamento positivo è

intervenuta a seguito di consolidate posizioni giurisprudenziali, che avevano finito per escludere la simultanea riconducibilità di un rapporto di lavoro in capo a due diversi datori di lavoro[36]. È stato rilevato da più fronti che ciò è accaduto anche perché, nell'esperienza quotidiana, il diritto del lavoro si è dovuto confrontare con la progressiva decostruzione del modello fordista di impresa[37], sostituito da un diffuso frazionamento dei cicli e processi produttivi e dal propagarsi di pratiche di integrazione economica tra imprese iperspecializzate[38]. Da quanto evidenziato emerge la necessità per il diritto del lavoro di fare i conti con l'interesse economico alla condivisione degli oneri e delle utilità derivanti dalla prestazione lavorativa da parte di più soggetti aggregati secondo schemi non sempre di tipo gerarchico. Infatti lo stesso paradigma tipico di relazione nei gruppi di impresa, tra controllante e controllata è stato spesso soppiantato da modelli paritari e reticolari.

Può affermarsi, dunque, che con il contratto di rete il legislatore ha inteso rispondere ad una forte e chiara sollecitazione proveniente dal tessuto economico e produttivo, provvedendo ad “una razionalizzazione giuridica dell'esistente[39]”.

Nel perseguire tale obiettivo, con l'art. 7, comma 2, lett.a), del d.l. 28 giugno 2013, n.76, convertito, con modificazione dalla l. 9 agosto 2013 n.99, è stato aggiunto il comma 4-ter all'art. 30 d.lgs. n.276/2003 ed è stato così previsto che «qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità...l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 del codice civile[40]». Ed inoltre per le stesse imprese partecipanti al contratto di rete è «ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso» [41].

Con riferimento alla sostanza delle cose, la novità in ambito giuslavoristico è duplice e di grande portata. Infatti, da un lato è stata introdotta un speciale disciplina del distacco, derogativa *in melius* per le aziende partecipanti alla rete che ne beneficiano, in quanto assicura in modo effettivo una più agevole mobilità intra-rete dei dipendenti. Dall'altro lato è stata immessa e proposta nel mercato del lavoro italiano la codatorialità, intesa come fattore di convenienza gestionale nella regolazione del personale che è chiamato a prestare attività lavorativa per la rete.

Sotto il profilo giuridico, tuttavia, ne conseguono importanti effetti, quali *in primis* l'emergere di complesse e controverse questioni con riguardo alla tenuta dello statuto

protettivo del lavoratore ‘retista’ ed alla imputazione degli effetti protettivi del contratto di lavoro[42], oggetto di approfondimento da gran parte della recente dottrina[43].

A ciò si aggiunga che l’interprete è chiamato a confrontarsi con un dato normativo che di certo non si presta ad un’interpretazione univoca e monodirezionale e nel suo operato, inoltre, deve abbandonare il classico ‘armamentario’ utilizzato tradizionalmente per smascherare fattispecie simulatorie o fraudolente di scomposizione dell’impresa e per contrastare i tentativi di aggiramento dello statuto protettivo del lavoratore o di sviamento dell’imputazione delle connesse responsabilità[44].

In tutto ciò, egli deve anche confrontarsi con il dato normativo sopravvenuto, migliorando gli strumenti di comprensione e conoscenza del fenomeno delle reti di imprese, in una prospettiva che sia coerente con le implicazioni attese dal legislatore in termini di miglioramento di competitività, efficienza e produttività dell’intera realtà produttiva e dei servizi interconnessi in rete.

La normativa in esame, in ogni caso, chiama in gioco istituti complessi e lascia sulle spalle dell’interprete l’onere di ordinare ed individuare i limiti di operatività di ognuno di essi, in pieno rispetto del principio di inderogabilità delle normative di protezione del lavoro.

Per stabilire con chiarezza le implicazioni della fattispecie contratto di rete per i datori di lavoro ed i lavoratori è comunque indispensabile chiarire la portata dei termini che vengono in rilievo ed in particolare della triade semantica distacco/codatorialità/assunzione congiunta.

Il discorso, tuttavia, si semplifica se la rete di imprese acquisisce la soggettività giuridica, perché in tal caso viene a costituirsi un unico centro di imputazione di diritti ed obblighi, in grado di attribuirsi la titolarità dei rapporti di lavoro in modo diretto e inequivoco e cioè assumere i singoli lavoratori e fungere da loro unico datore di lavoro, senza che sia necessario ricorrere a codatorialità e distacco[45].

Nondimeno, bisogna considerare che il legislatore rimette alle imprese la scelta di fondo sul modello giuridico da adottare ed i dati per lo più rilevati danno per preminente la soluzione di non acquisire la soggettività giuridica. Da ciò discende che il modello della cd. rete-contratto, nelle variabili possibili di cui si è dato un accenno (con o senza fondo e organo comune) è tuttora dominante rispetto a quello della cd. rete-soggetto[46].

Partendo dal significato da attribuire al termine codatorialità, si nota che sovente in letteratura e da ultimo anche in giurisprudenza[47], ricorrono soluzioni interpretative eterogenee che tendono alla identificazione dell'istituto della codatorialità *ex lege* con l'assunzione congiunta di un medesimo dipendente da parte di più datori di lavoro[48]. Orbene, ragioni di ordine sistematico e letterale impongono di tenere distinti tra loro i tre istituti giuridici del distacco, della codatorialità e dell'assunzione congiunta, proprio perché risultano impiegati dal legislatore a titolo diverso[49].

Contrariamente opinando, non troverebbe spiegazione il fatto che il legislatore impiega nell'art. 30 co.4 ter del d.lgs. n.276/2003 l'espressione "codatorialità", mentre, immediatamente dopo, nell'art. 31, co.3 ter, del medesimo decreto, con riguardo alle reti di imprese in agricoltura, adopera l'espressione "assunzione congiunta". In mondo analogo non vi può essere uno scarto logico tra la speciale disciplina del distacco infra-rete e la codatorialità, poiché i due istituti vengono consegnati dall'art.30 c. 4 ter cit. alle imprese retiste disgiuntamente[50]. Dunque, rispetto a quanto sostenuto da altra parte della dottrina, proprio l'impiego non casuale di diverse espressioni negli artt. 30 e 31 cit. convince della autonomia di significato dei termini in questione.

Il distacco, in particolare, anche nella variante speciale e derogatoria dettata per le reti di imprese, si conferma come una particolare espressione del potere direttivo del datore di lavoro-imprenditore, attraverso cui la struttura obbligatoria del rapporto di lavoro non risulta alterata nei suoi fondamenti, ossia nell'univocità della titolarità del contratto di lavoro e nella imputabilità degli effetti.

Nel distacco infra-rete, dunque, resta sempre ferma la titolarità e l'imputazione esclusiva del rapporto di lavoro in capo all'impresa retista che ha assunto il lavoratore alle proprie dipendenze, salvo poi operare il distacco.

Un diverso contenuto è insito nella facoltà di effettuare una vera e propria "assunzione congiunta" dei dipendenti, che nell'art. 31 cit. il legislatore riferisce esclusivamente alle imprese agricole "per lo svolgimento delle prestazioni lavorative presso le relative aziende" (co.3 bis). La soluzione ivi adottata si giustifica con la necessità di rafforzare la protezione dei lavoratori in un settore storicamente caratterizzato da un impiego della manodopera agricola solo in apparenza frammentato, ma sovente illecito ed occulto. Infatti, al riguardo, il legislatore prevede che, in caso di assunzione congiunta di manodopera ex art. 31 cit., sia da parte di imprese agricole che da parte di imprese legate da un contratto di rete, «tutti i datori di lavoro risponderanno in solido delle obbligazioni

contrattuali, previdenziali e di legge che scaturiscono dal rapporto di lavoro».

Infine, con il termine codatorialità previsto nella parte finale del co.4 ter cit. ove si afferma «inoltre per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso», è chiara la *voluntas* legislativa di intendere qualcosa di differente rispetto al distacco ed all'assunzione congiunta.

Il legislatore mette in conto anche una alterazione degli elementi fondamentali della struttura obbligatoria del rapporto di lavoro (titolarità della fattispecie astratta ed imputabilità della fattispecie concreta), ma non si spinge ad affermare per le imprese retiste non operanti in agricoltura la facoltà di assunzione congiunta.

Al riguardo secondo parte della dottrina<sup>[51]</sup>, la disposizione che introduce nel diritto positivo la codatorialità è stata deliberatamente sornita di ogni riferimento diretto a termini quali assunzione o contitolarità del rapporto e pertanto non può essere letta come sinonimo di assunzione congiunta.

Contrariamente la disposizione in esame intende evocare come possibilità quella codatorialità che si colloca sul diverso piano dell'esercizio dei poteri datoriali ed in particolare del potere direttivo.

La fattispecie coinvolta dalla norma in questione attiene, dunque, all'esercizio da parte di più imprenditori del potere direttivo nei confronti del dipendente retista, motivo per cui il legislatore non si cura della derivazione del potere direttivo. La facoltà di assunzione congiunta è in questo senso non necessitata nella logica e nel lessico della norma ed il significato ultimo della norma va pertanto rinvenuto nel verbo che regge l'intera formulazione: «è ammessa». Tale espressione rivela, infatti, che la ragione ultima della disposizione è rendere nel contesto del contratto di rete ammissibile ciò che altrimenti non lo sarebbe.

Il legislatore, d'altro canto, è consapevole del fatto che l'esercizio del potere di eterodirezione nei riguardi di coloro che non sono formalmente dipendenti è ammissibile solo nei casi tipici della somministrazione e del distacco, laddove, negli altri casi ove non legalmente previsto, ricorre un impiego illecito ed irregolare della manodopera, che pertanto è sanzionato<sup>[52]</sup>.

Per tali motivi, nell'ambito eccezionale del contratto di rete, la codatorialità configura *ex*

*lege* la facoltà per le imprese partecipanti alla rete di esercitare con modalità condivise il potere direttivo su di un singolo dipendente, senza perciò incorrere nelle conseguenze sanzionatorie implicate dalla codatorialità sostanziale.

Bisogna, inoltre, specificare che per modalità condivise, il legislatore non intende promiscue ma, semmai previamente organizzate, tant'è che la codatorialità è ammessa a tre precise condizioni[53]: che il contratto di rete sia validamente sottoscritto, che la rete sia operativa e che la codatorialità, ossia l'esercizio condiviso del potere direttivo, avvenga previa organizzazione secondo “regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso”.

In questo senso, è verosimile sostenere che la codatorialità ex art. 30 cit., afferma l'esistenza e la compatibilità con l'art. 2094 c.c. di una obbligazione di parte creditoria soggettivamente complessa, considerato l'esercizio condiviso e pre-organizzato del potere di eterodirezione da parte di più soggetti nei riguardi del medesimo lavoratore. Tale ultima eventualità è stata definita come “una nuova frontiera della codatorialità[54]” e persino del diritto del lavoro, perché non è più risultato di un esercizio ricompositivo operato ex post, ma emanazione diretta di un accordo tra imprese, considerato dal legislatore meritevole di tutela[55].

#### **4.1 Rete e rapporto di lavoro**

L'utilità perseguita dal legislatore con la normativa in questione, è quella di porre al riparo le imprese retiste da eventuali contestazioni in merito alla effettiva riconducibilità del rapporto di lavoro in capo a soggetti diversi dall'originario titolare del contratto. Tali contestazioni, diversamente, avrebbero avuto terreno fertile nel richiamare la nozione di codatorialità sostanziale, elaborata dalla giurisprudenza al fine di estenderne le responsabilità conseguenti al rapporto di lavoro nei riguardi di più soggetti datori di lavoro sostanziale.

Il legislatore, pertanto, ha ritenuto di consentire alle imprese retiste di prestabilire con il contratto di rete le regole di ingaggio e cioè di condivisione del potere direttivo, senza che da ciò si potesse far derivare in modo automatico una solidarietà condivisa anche da parte debitoria.

Procedendo ad una sintesi, più imprese in rete possono di certo avere interesse all'impiego congiunto ed alla condivisione dei costi di determinate risorse (si pensi in via esemplificativa ai manager della rete, ai tecnici informatici, agli addetti di pulizia ecc...).

Orbene il legislatore concede loro la più ampia scelta relativa alle modalità di assunzione ed impiego all'interno della rete, a condizione che sia validamente costituita ed operativa.

Oltre all'uso del distacco in deroga e della possibile assunzione diretta da parte della rete-soggetto, si può anche verificare l'assunzione della risorsa in questione da parte di una sola impresa retista, con successivo impiego della stessa da parte delle altre imprese partecipanti alla rete[56]. In tale caso, considerata la speciale disciplina dettata con il co.4- ter cit., che ammette *apertis verbis* la codatorialità *ex lege* nella misura in cui questa asseconi quanto programmato nel contratto di rete, è impedito che dal mero dato della codatorialità possano farsi derivare conseguenze eversive rispetto al regime della responsabilità che risulta pattuito[57].

Né, d'altro canto, basta obiettare che qualora più imprenditori esercitino in concreto eterodirezione si imponga necessariamente la co-imputazione del rapporto di lavoro ex art. 2094 codice civile. Infatti, la trasformazione del rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro sostanziale è la sanzione che da sempre l'ordinamento ricollega ai fenomeni di dissociazione ed interposizione in frode all'art. 2094 del codice civile. Nel caso di specie, invece, non ci troviamo di fronte ad una patologia della subordinazione, ma ad una sua variante ammessa *ex lege*.

Pertanto, il giudice deve effettuare un differente controllo che attiene alla ricorrenza dei requisiti di validità ed alla concreta effettività del contratto di rete, requisiti che generano a monte lo *status* eccezionale che rende ammissibile la codatorialità.

Il problema che, tuttavia, è stato sollevato da attenta dottrina[58] è se una tale deviazione rispetto allo schema tradizionale di imputazione della fattispecie di lavoro subordinato, possa o meno configurare profili di illegittimità costituzionale, dato che potrebbe finire col ridimensionare lo statuto protettivo del lavoratore contraente debole, senza neanche l'ausilio indiretto di una sua rappresentanza al tavolo di negoziazione del contratto di rete.

Secondo parte della dottrina[59], tali interrogativi, in realtà, possono essere ridimensionati considerando che nel caso del contratto di rete non sussiste alcuna deroga al principio della indisponibilità del tipo contrattuale, dato che il lavoratore retista è e resta ad ogni effetto protettivo di legge lavoratore subordinato.

Anzi. viene concesso alle imprese retiste di gestire tra loro il rispettivo dimensionamento

organico ed indirettamente l'imputazione di tutele tipiche del lavoro subordinato, a condizione di restare nell'ambito della dinamica fisiologica prevista dal legislatore, cosa che rientra ancora nell'ambito di ciò che egli può disporre e delegare all'autonomia privata.

#### **4.2. La codatorialità nel contratto di rete: strumento di protezione o di flessibilità**

Il tema della derogabilità dello statuto protettivo del lavoratore retista è strettamente connesso alla questione della codatorialità.

In linea di principio, appare chiaro che l'accordo tra le imprese retiste non può in alcun modo pregiudicare o ridimensionare i diritti dei loro dipendenti, indifferentemente discendenti dalla legge o dal contratto collettivo[60].

Il contratto di rete, infatti, non è pensato dal legislatore come strumento per introdurre la derogabilità o realizzare una “sorta di mercato del lavoro a misura di rete[61]”. Del resto basti considerare che si oppone a qualsivoglia arretramento delle tutele, già il solo fatto che il contratto di rete è espressione dell'autonomia privata delle imprese partecipanti che lo sottoscrivono, pertanto non può vincolare in alcun modo il consenso del lavoratore, soggetto terzo ed *extraneus* rispetto all'atto negoziale, né può derogare alla legge o al contratto collettivo di volta in volta applicabile.

Tale conclusione, inoltre, va poi confrontata con quanto riferito in merito allo specifico effetto derogatorio legale derivante dall'applicazione dell'art. 30, co.4 ter cit., e cioè con l'impossibilità di procedere in via automatica ad una imputazione giudiziale del rapporto di lavoro in modo differente rispetto a quanto previsto dal contratto di rete. Infatti è evidente che dalla imputazione del rapporto di lavoro in capo ad un datore di lavoro al posto di un altro spesso consegue un diverso standard di protezione e tutele per il prestatore.

Si ponga in via esemplificativa un contratto di rete che preveda l'impiego condiviso di un lavoratore tra tre diverse imprese (A,B, C e l'imputazione formale del rapporto in capo ad una soltanto (impresa A), che lo assume in via esclusiva e non congiunta, ripartendo tra le altre solo gli oneri economici. Il lavoratore suddetto, stante la disciplina suesposta, potrà chiedere per intero il pagamento all'impresa A titolare del contratto, non potendo quest'ultima opporgli una diversa ripartizione *pro quota* dei costi derivanti dalla contrattazione di rete. La complessità, tuttavia, è dire se quel lavoratore a fronte



dell'inadempimento dell'impresa A, possa, o meno, invocare anche la responsabilità solidale delle altre imprese B e C, dimostrando la sussistenza di una codatorialità sostanziale.

Secondo dottrina maggioritaria<sup>[62]</sup>, nel caso in esame si dovrebbe concludere nel senso che l'art. 30 co 4-ter del d.lgs. 276/2003 non consenta di invocare, quantomeno in via automatica, la solidarietà delle imprese retiste, in quanto non avrebbe senso sanzionare non solo ciò che la legge di per sé non vieta, ma che espressamente "ammette".

La stessa soluzione è da preferirsi anche nell'ipotesi dell'assunzione del lavoratore da parte di una sola impresa retista, di per sé al di sotto dei limiti dimensionali per l'applicazione di una disciplina protettiva (es. verso i licenziamenti illegittimi) e del successivo impiego in codatorialità presso altre imprese retiste, i cui dipendenti, sommati tra di loro, consentirebbero il superamento della soglia dimensionale.

Ciò non accade, invece nella diversa ipotesi del passaggio del lavoratore da una società dotata dei requisiti dimensionali, ad un'altra che all'interno del gruppo ne è sprovvista. Infatti la Suprema Corte di Cassazione già nel 1993 con la sent. 11801/1993 ha chiarito che « il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno della autonomia delle singole società dotate di distinta personalità giuridica e pertanto non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, intercorso tra un lavoratore ed una di tali società, si estendevano alla società-madre o ad altre società dello stesso gruppo, salva peraltro la possibilità di ravvisare un unico centro d'imputazione del rapporto di lavoro - anche al fine di accertare la sussistenza o meno del requisito numerico costituente il presupposto della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato (ex art. 18 e 35 della legge n. 300 del 1970) - ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge degli atti costitutivi delle società del gruppo mediante interposizioni fittizie e viceversa reali ma fiduciarie. (Nella specie, la decisione dei giudici di merito - confermata dalla S.C. - ha ravvisato un intento fraudolento diretto all'elusione delle norme legali disciplinanti la tutela cosiddetta reale del lavoro subordinato in un caso in cui la lavoratrice, pur continuando di fatto ad operare nell'ambito dell'organizzazione aziendale dell'originario datore di lavoro, era formalmente passata alle dipendenze di un'altra società del gruppo con meno di sedici addetti, che aveva proceduto al licenziamento)<sup>[63]</sup>».

In ogni caso è evidente che l'intera disciplina giuslavoristica del contratto di rete, ruota

intorno ad un'unica fondamentale questione di fondo, ossia intendere la codatorialità come strumento di protezione del lavoratore o di flessibilità per le imprese.

Secondo parte della dottrina, è proprio in quest'ultima direzione che il legislatore ha inteso procedere con la previsione della disciplina retista, in quanto l'operazione condotta dal *'faber'* delle leggi appare improntata in modo coerente con una linea di tendenza nota, ossia quella di accreditare il contratto tra soggetti economici privati come strumento di innovazione ed adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, secondo il paradigma della *lex mercatoria*<sup>[64]</sup>. A ciò deve aggiungersi che nel caso esame ciò avviene consentendo al contratto di rete di creare una sorta di stato di eccezione, finalizzato ad impedire eventuali ricadute giudiziali<sup>[65]</sup>.

### **4.3 Le tutele a favore del lavoratore in regime di codatorialità**

Arrivati a questo punto, è importante esaminare quali possano essere i vantaggi per il lavoratore nell'entrare in regime di codatorialità o nell'essere assunto 'congiuntamente' da più soggetti. Nel tentare di soddisfare tale quesito, occorre distinguere tra la fase di svolgimento e quella di conclusione del rapporto di lavoro.

Con riferimento alla prima fase, sia in ipotesi di assunzione congiunta che di codatorialità, il meccanismo della responsabilità solidale dal lato passivo offre un'adeguata tutela in vigenza del rapporto, a partire dal rispetto dell'obbligazione attinente alla retribuzione.

Nella fase patologica, in ipotesi di codatorialità, sia la risoluzione del contratto di rete che la scelta dei retisti di rinunciare all'utilizzo condiviso del lavoratore, avrebbero l'effetto di far rientrare il rapporto di lavoro entro i binari della relazione bilaterale 'classica' con l'originario datore di lavoro.

La plurilateralità sul piano soggettivo dell'obbligazione datoriale nell'assunzione congiunta, potrebbe, invece, comportare che la conclusione del rapporto di lavoro con uno dei datori di lavoro 'congiunti', anche per cause estranee a quest'ultimo, implichi la fine del rapporto con tutti (*simul stabunt simul cadent*) o la conservazione degli effetti utili del contratto nei riguardi delle altre parti.

In ogni caso se si vuole guardare al contratto di rete in prospettiva, esaltandone le potenzialità come strumento di 'flexicurity', gli effetti benefici per il lavoratore si potrebbero evidenziare nello sviluppo di nuove capacità e competenze e in una rilettura a

trecentosessanta gradi del giustificato motivo di licenziamento.

Concentrandosi su quest'ultimo aspetto, è d'uopo evidenziare come la giurisprudenza, già da tempo, ha esteso la valutazione sulle ragioni alla base del licenziamento per motivi economici, oltre i confini della singola impresa, tenendo conto dell'intero gruppo o delle imprese che si siano avvalse della prestazione lavorativa del lavoratore licenziato.

Il profilo più problematico concerne, tuttavia, quello legato al corretto esercizio dell'obbligo di repêchage, da tempo al centro di un rilevante dibattito dottrinale: da un lato è vero che un eccessivo allargamento dell'ambito da considerare a tali fini potrebbe comportare una sorta di impossibilità a licenziare, dall'altro sembra che non possano essere ignorate le esigenze di bilanciamento tra l'interesse datoriale a realizzare un'organizzazione aziendale dinamica e quella del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

#### **4.4 Il distacco nella rete di imprese**

Le incertezze sopra evidenziate sugli effetti della codatorialità legale, hanno reso per le imprese retiste preferibile adottare lo strumento più familiare e meno problematico del distacco. Sul distacco infra-rete, in particolare, il legislatore interviene operando un'incentivazione normativa con la chiara finalità di rassicurare le imprese coinvolte circa eventuali 'rovesci' giudiziari.

Il distacco viene codificato proprio nell'art. 30 co. 1 del d.lgs. 276/2003, secondo cui si configura «quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

2. In caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.

3. Il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato. Quando comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

4. Resta ferma la disciplina prevista dall'articolo 8, comma 3, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236.

4-bis. Quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2.4-ter. Qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità ai sensi del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'articolo 2103 del codice civile. Inoltre per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso[66].»

Il distacco rappresenta, dunque, una delle modalità attraverso cui il datore di lavoro, nell'ambito del suo potere direttivo, può decidere di far svolgere la prestazione di lavoro in un luogo diverso da quello indicato nel contratto, mettendo a disposizione di un altro imprenditore uno o più lavoratori alle sue dipendenze.

Il datore di lavoro che si avvale di questo strumento prende il nome di distaccante, mentre il fruitore distaccatario ed i lavoratori distaccati. Il rapporto di lavoro subordinato continua a legare il distaccante al distaccato, in quanto il primo mantiene i poteri direttivi sul secondo, salvo quelli che devono essere necessariamente esercitati dal distaccatario presso cui viene svolta l'attività lavorativa.

Ebbene, a fronte di tale quadro normativo è noto che la giurisprudenza ammette la «dissociazione fra il soggetto che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e l'effettivo beneficiario della prestazione» soltanto «a condizione che continui ad operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante». Dunque il distacco deve realizzare uno specifico interesse imprenditoriale del distaccante, interesse che diviene determinante in quanto consente «di qualificare il distacco medesimo quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così da ricondurre l'istituto entro i limiti di una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, affermando il conseguente carattere non definitivo del distacco stesso[67]».

Orbene, diversamente dalla disciplina generale sopra esposta, per le aziende che hanno sottoscritto un contratto di rete di impresa valido, il co. 4 ter cit. stabilisce che «l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della

rete» e da ciò deriva la forte compressione della possibilità per il lavoratore distaccato di contestare in giudizio la legittimità del distacco infra-rete.

Tale espressione legislativa è certamente da ricondurre nell'alveo delle presunzioni assolute, con le evidenti conseguenze processuali, per cui non occorre dimostrare null'altro a suffragio della validità del distacco se non la validità del contratto di rete e l'operatività della stessa.

La disposizione ha poi un importante risvolto sostanziale, nel senso che viene meno tra le imprese partecipanti alla rete ogni 'remora' ed il distacco potrà fondarsi anche sul semplice interesse del distaccante, ovvero sul quello della sola impresa distaccataria, realizzando in questo modo una forma di somministrazione di lavoro, se non una vera e propria interposizione. La stessa Suprema Corte di Cassazione si è, sul punto, espressa a più riprese chiarendo che «Qualora il distacco del dipendente avvenga nell'ambito di un gruppo di imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa (ai sensi del comma 4 ter dell'art. 3 d.l. n. 5 del 2009), l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente, e si presume *iuris et de iure*, in forza dell'operare della rete, che è un contratto con cui più imprenditori, perseguendo scopi comuni in termini di innovazione e di competitività, stabiliscono rapporti di collaborazione nell'esercizio dell'impresa. Resta ferma per il lavoratore la garanzia posta dall'art. 2103 c.c...[68]»

Una parte della dottrina per rispondere alla presunzione di interesse del soggetto distaccante, ritiene di dover rivalutare il ruolo ancillare attribuito dalla giurisprudenza al requisito della temporaneità[69], compensando in tal modo il deficit di tutela per i lavoratori retisti ed evitando che il distacco infra- rete nasconda ipotesi di novazione soggettiva del contratto o trasferimento del prestatore di lavoro.[70]

Tuttavia, è evidente che la previsione del distacco infra-rete di per sé non sembra imporre un ripensamento compensativo dell'attuale orientamento giurisprudenziale. Infatti la stessa giurisprudenza già assume di avere ben presente il limite ultimo della necessità di non sconfinare nella novazione soggettiva e concepisce la temporaneità del distacco non nei termini di una "predeterminazione della durata" quanto di una «coincidenza della durata stessa con l'interesse del datore di lavoro allo svolgimento da parte del proprio dipendente della sua opera a favore di un terzo[71]». Per suddetti motivi, anche nel contratto di rete la temporaneità deve essere ricostruita nei termini di una dimostrabile persistenza dell'interesse delle imprese allo svolgimento delle prestazioni secondo il regime del distacco infra-rete e ciò comporta che la verifica

dell'esistenza di un interesse legittimo al distacco coincide con l'accertamento della valida costituzione contrattuale della rete. In ogni caso tale accertamento deve essere pervasivo e spingersi fino a porre in dubbio l'effettiva persecuzione da parte delle imprese retiste dello «scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, secondo obiettivi strategici e modalità concordate atte a misurare l'avanzamento di tali obiettivi».

Inoltre il giudice potrà anche verificare l'effettiva disponibilità delle imprese a collaborare sulla base del comune programma di rete, scambiandosi reciprocamente le informazioni o le prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero esercitando in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

Quindi il lavoratore che dimostri che il distacco è avvenuto per lo svolgimento di attività diverse da quelle indicate nel contratto di rete o che dimostri l'ineffettività dello stesso, potrà beneficiare della disciplina generale di cui alla prima parte dell'art.30 del d.lgs. 276/2003, con le conseguenze sanzionatorie del caso.

#### **4.5 Le modifiche al 2103 c.c.: cosa cambia?**

La disciplina del distacco infra-rete sopra esposta, ha espressamente fatto salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 del codice civile, norma cardine relativa alle mansioni del lavoratore.

L'indicazione in esame specifica, dunque, l'incapacità del contratto di rete a costituire uno strumento di deroga *in peius* con riguardo al profilo sensibile dei mutamenti di mansioni, stante l'operatività del principio secondo cui il mutamento di mansioni nel distacco deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato.

Il rinvio alla norma codicistica ha riguardo alla tematica della tutela della professionalità, tenendo conto che nel distacco, pur essendo possibile una mobilità territoriale, non si configura la fattispecie del trasferimento inteso come mobilità interna o introaziendale, regolata dal 2103 del codice civile.[\[72\]](#)

Esplicitato il contesto normativo di riferimento, è evidente che la recente modifica all'art. 2103 cod. civ. ad opera del d.lgs. n.81/2015 determina conseguenze anche in relazione alla regolazione delle reti di imprese.

*In primis* bisogna stabilire la natura del rinvio contenuto nel co.4 ter del d.lgs. 276/2003 all'art. 2103 c.c. ed al riguardo si rileva che se il senso ultimo della norma di rinvio è di impedire un *vulnus* alle competenze professionali del lavoratore retista rispetto alla disciplina generale di protezione dettata dall'art. 2103 c.c., se ne ricava una natura dinamica di tale normativa.

Tale rinvio, pertanto si riferisce alla formulazione della norma rinviata tempo per tempo vigente, essendo incapace di cristallizzare per i soli lavoratori retisti l'applicazione della ormai abrogata ma più favorevole previgente disciplina.

Senza scendere nei meandri della normativa ex 2103 c.c., è noto che la novellata disciplina dello *ius variandi* cd. orizzontale non contempla più il vincolo della equivalenza professionale delle mansioni.[\[73\]](#)

Orbene, il datore di lavoro può oggi in modo del tutto legittimo adibire in via unilaterale il lavoratore a mansioni anche non equivalenti, purché riconducibili alla categoria legale di provenienza e contemplate nel livello contrattuale di partenza.

In ogni caso, il legislatore del 2015 non ha provveduto a modificare di tal guisa anche la disciplina del distacco ex art. 30 cit., che resta ferma nel vietare mutamenti di mansioni unilaterali.

Per tali evidenti ragioni, l'interprete ritrova una disciplina generale del distacco particolarmente rigida, a fronte di una disciplina speciale per il distacco infra-rete, molto più flessibile, in quanto aggiornata con la riforma cd. Jobs act delle mansioni.

Seguendo la lettera della norma si deduce che solo all'interno della rete sarebbe consentito al datore di lavoro retista di mutare in modo unilaterale le mansioni dei dipendenti distaccati, con l'unico persistente limite dell'equivalenza formale e dell'adempimento dell'obbligo formativo, ove necessario.

Parte della dottrina[\[74\]](#), tuttavia, argomenta in senso diverso, muovendo dalla considerazione della *ratio* originaria della disciplina speciale dettata per il distacco infra-rete. In quel contesto, infatti, il legislatore, stante una peculiare esigenza di protezione del lavoratore retista, richiamava il 2103 c.c. in funzione compensativa rispetto all'ampia apertura alla flessibilità gestionale e di organizzazione che aveva operato esclusivamente a favore delle imprese partecipanti alla rete. A fronte delle minori possibilità di controllo quanto al profilo dell'interesse del distaccante, veniva

imposto il rispetto del parametro dell'equivalenza sostanziale delle mansioni.

Ebbene, ciò premesso, apparirebbe eccessivo seguire la “eterogenesi dei fini” della regola speciale, fino a ritenere che quest'ultima diventi peggiorativa per i soli lavoratori distaccati nella rete; pertanto la giurisprudenza tende a ricomporre la sfasatura tra distacco generale e speciale riallineando le previsioni.

La dottrina<sup>[75]</sup> offre, al riguardo, un prezioso contributo al ruolo dell'interprete che può operare secondo due direttrici contrapposte: affermando la necessità del consenso del lavoratore interessato anche per il distacco infra-rete di cui al co.4 ter cit., ovvero ritenendo necessario il consenso del lavoratore solo nelle ipotesi di distacco con mutamento di mansioni in violazione della cd. equivalenza formale.

In ogni caso è ovvio che solo l'intervento chiarificatore del legislatore potrà porre un punto fermo all'intera vicenda in materia, in quanto solo a quest'ultimo competono le scelte di fondo sul come graduare flessibilità e tutele e su cui ricadono le responsabilità di ordine politico ed economico.

## 5. Conclusioni

Dalla disamina in questione emerge come il legislatore nello specifico contesto delle reti di impresa detta una disciplina della cd. flessibilità gestionale del rapporto di lavoro innovativa ed incentivante.

Certamente l'aggregazione di imprese, non più su base territorialmente necessitata come per l'esperienza dei distretti, ma fondata su un criterio elettivo quale la condivisione di “programma comune di rete” che permetta di perseguire lo scopo di accrescere collettivamente ed individualmente la propria capacità innovativa e la competitività sul mercato, può consentire importanti sinergie ed economie di scala.

Inoltre, un contesto imprenditoriale simile potrebbe anche incentivare e migliorare il livello occupazionale<sup>[76]</sup>.

E con molta probabilità, nell'ottica legislativa, la eccezionale flessibilità in deroga concessa al contratto di rete si giustifica con l'idea che la stabilità di impiego non è più relazionata esclusivamente alla tipologia contrattuale di assunzione, ma al cd. “rating comparato” dell'azienda datore di lavoro, in termini di innovazione, autogestione e competitività. Ecco che, in tal senso, il modello della rete di imprese è considerato dal



legislatore più idoneo rispetto ad altre forme imprenditoriali.

Accanto alle prospettive positive, non mancano quelle eventualmente patologiche, se si tiene conto che i vantaggi giuslavoristici potranno in determinati casi tradursi in un incentivo alla frode.

Ciò si verificherebbe nel caso di impiego di codatorialità e distacco esclusivamente per eludere la disciplina protettiva di legge od aggirare l'applicazione di un determinato contratto collettivo: si pensi ad esempio all'impiego del contratto di rete per sanare una pregressa situazione di distacco, rispetto a cui si è persa traccia dell'interesse del distaccante.

È chiaro che sarà compito della giurisprudenza affrontare e sanzionare queste ed altre possibili anomalie, mentre all'interprete spetterà il compito di indicare quali elementi del tessuto normativo è possibile valorizzare, per consentire alle autorità amministrative e giudiziarie un controllo effettivo.

Per quanto riguarda, invece, il vincolo di scopo e la verifica della razionalità minima dell'iniziativa imprenditoriale, requisiti imprescindibili per la sussistenza della rete, deve osservarsi che saranno elementi sempre più spesso al vaglio del giudice del lavoro, il quale dovrà accertare anche la “reale capacità innovativa e di competitività sul mercato” delle imprese. E all'esito dell'accertamento sulla effettiva operatività del contratto di rete, dovrà far poi dipendere l'applicazione della disciplina “di favore” per le imprese retiste, in luogo dei tradizionali regimi di protezione di volta in volta invocati dal dipendente retista.

Evidente che in questo, come in altri casi, proprio sulla rinnovata capacità di distinzione finiranno per giocarsi, in gran parte, le possibilità di crescita ed ammodernamento del nostro Paese.

#### ***Note e riferimenti bibliografici***

**Angelone M.**, *Sul contenuto minimo essenziale del contratto di rete*, in F. Briolini, L. Carota e M. Gambini, *Il contratto di rete: un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, Napoli, 2013.

**Alvino I.**, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014.

**Ascarelli T.**, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

**Belvedere A.**, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, IV*, Torino, 1989, p.274.

**Belvedere A.**, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 1971, p.660 ss.

**Bianca C.M.**, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p.473

**Bianca M.**, *Il regime patrimoniale della rete*, in *Il contratto di rete*, in AA.VV., *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, in F. Briolini, L. Carota, M. Gambini, 2013.

**Brollo M.**, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997.

**Cafaggi F.**, *Introduzione*, in F. Cafaggi, *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009, p.9 ss.

**Carota L., Gambini M.**, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, cit. p. 145 ss.

**Carinci M. T.**, *Dall'impresa a rete alle reti di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Milano, 2015

**Ciucciiovino S.**, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in R. Romei, L. Corazza, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, pag.166 ss.

**Galgano F.**, *Il negozio giuridico*, in A. Cicu, F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1998, p.178 ss.

**Delle Monache S., Mariotti F.**, *Il contratto di rete*, in V. Roppo, *Trattato dei contratti*, III, 1, Milano, 2014, p.1235 ss.

**Di Sapio A.**, *I contratti di rete tra imprese. Casi e problemi di interesse notarile-documenti-attualità*, in *Riv. Del notariato*. LXV, pag.204

**Ferri G.B.**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966.

**Galgano F.**, *Lex mercatoria*, Bologna, 2015, pag. 239 ss.

**Gambini M.**, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, p.125 ss.

**Gambini M.**, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, Roma, 2013, pag. 108.

**Gentili A.**, «Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete», in *Obbl. contr.*, 2010, p. 50 ss.

**Gragnoli E.**, *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*, in *Variiaz. Su temi dir. Lav.*, 2016, 3 ss.

**Greco M. G.**, *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, *Arg. Dir, lav.*, 2014, 381 ss.

**Napoli G.**, *Autonomia Negoziale e contratto di rete. Alcune considerazioni in ordine ai profili soggettivi e all'inquadramento nell'ambito dei contratti plurilaterali*, in *Rivista del notariato*, 2016, fasc.6, pag.1091 ss.

**Palmieri G.**, *La nullità delle società per azioni*, in G.E. Colombo, G.B. Portale, *Trattato delle*

s.p.a., I, Torino, 2004, p.452 ss.

**Perulli A.**, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura, Il nuovo diritto del lavoro*, vol. IV, *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, pag. 463 ss.

**Prassl J.**, *The notion of the employer*, in *The law quarterly review*, 129, 2013, pag. 380 ss.; A. Perulli, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv.Giur.dir.Lav.*, 2013, pag. 83 s

**Razzolini O.**, *Le reti Gucci ed Esaote: un' analisi di diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, pag 115.

**Rossi S.**, *Profili soggettivi del contratto di rete e modalità di adesione di nuovi partecipanti*, in [www.diritto.it/i-profili-soggettivi-del-contratto-di-rete-tra-imprese](http://www.diritto.it/i-profili-soggettivi-del-contratto-di-rete-tra-imprese)

**Tursi A.**, *Il contratto di rete. I profili giuslavoristici.*, in T. TREU, *Contratto di rete - Trasformazioni del lavoro e reti di imprese*, Wolters Kluwer, 2015, pag 116.

**Valenza F.**, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Torino, 2005, p.252.

**Villa G.**, *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in P. Iamiceli, *Le reti di impresa e i contratti di rete*, Torino, 2009.

**ZilioGrandi G., Biasi M.**, *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014.

[1] In Gazzetta Ufficiale, n.34 dell'11 febbraio 2009, *Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi*.

[2] Cfr. G. Napoli, *Autonomia Negoziale e contratto di rete. Alcune considerazioni in ordine ai profili soggettivi e all'inquadramento nell'ambito dei contratti plurilaterali*, in *Rivista del notariato*, 2016, fasc.6, pag.1091 ss.

[3] Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p.473, il quale specifica che il tipo contrattuale può anche essere "sociale", quando è affermato nella pratica degli affari ma non regolato specificamente dalla legge.

[4] Cfr. C.M. Bianca, op. cit.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p.249 ss.

[5] Cfr. G. Napoli, op. cit.

[6] Cfr. S. Delle Monache, F. Mariotti, *Il contratto di rete*, in V. Roppo, *Trattato dei contratti*, III, 1, Milano, 2014, p.1235 ss.

[7] Cfr. G. Palmieri, *La nullità delle società per azioni*, in G.E. Colombo, G.B. Portale, *Trattato delle s.p.a.*, I, Torino, 2004, p.452 ss.

[8] G. Napoli, op. cit., p. 1095.

[9] Cfr. A. Belvedere, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, IV*, Torino, 1989, p.274.

[10] Al riguardo si distingue nella variegata casistica tra reti di c.d. "attività", volte all'esercizio in comune di attività mirate al raggiungimento degli obiettivi imprenditoriali di ciascun partecipante e reti di c.d. "burocratiche", volte allo scambio di informazioni o di prestazioni o alla mera collaborazione. Cfr. sul punto M. Bianca, *Il regime patrimoniale della rete*, in *Il contratto di rete*, p. 60ss.

[11] La somiglianza è ancor più marcata se si fa riferimento ad alcune norme di disciplina

del rapporto di rete contrattualizzato: ad esempio si può richiamare la prescrizione secondo la quale i soggetti che partecipano alla rete devono indicare i criteri adottati per la valutazione dei beni conferiti nel fondo comune.

[12] Cfr. F. Cafaggi, *Introduzione*, in F. Cafaggi, *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009, p.9 ss.

[13] L'articolo in esame è rubricato Autonomia negoziale: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative] [art. 41 Cost.; art. 5 preleggi; art. 1321 c.c.] (1).

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare [art. 1323 c.c.], purché siano diretti a realizzare interessi [art. 1411 c.c.] meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico [artt. 1343, 2035 c.c.]”

[14] Cfr. M. Bianca, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 1, p.789 ss.

[15] Si veda M. Angelone, *Sul contenuto minimo essenziale del contratto di rete*, in F. Briolini, L. Carota, M. Gambini, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, cit. p. 145 ss.

[16] È evidente che più ci si allontana dallo schema previsto dal d.l. n.5/2009, meno è possibile ottenere le conseguenze in termini effettuali previste da tale normativa.

[17] Cfr. S. Delle Monache, F. Mariotti, op. cit., p. 1239.

[18] Cfr. S. Rossi, *Profili soggettivi del contratto di rete e modalità di adesione di nuovi partecipanti*, in F. Briolini, L.Carota, M.Gambini, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, pag. 108.

[19] G. Villa, *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in P. Iamiceli, *Le reti di impresa e i contratti di rete*, p.103 ss.

[20] *Le più recenti pronunce della Giurisprudenza di legittimità in tema di definizione della causa del contratto hanno evidenziato un progressivo abbandono della tradizionale “teorica della funzione economico sociale del contratto” verso una interpretazione maggiormente soggettiva della causa, intesa come “funzione economico individuale” del negozio, con rilevanti riflessi anche sul piano pratico, per esempio nell’ammettere la validità del cosiddetto “contratto preliminare di preliminare”. Per tutte Cass. Sez. Un. 4628/2015.*

[21] Cfr. G. Napoli, op. cit., pag. 1102.

[22] Cfr. M. Angelone, *Sul contenuto minimo essenziale del contratto di rete*, in F. Briolini, L. Carota, M. Gambini, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*. p. 141.

[23] Cfr. A. Gentili «Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete», in *Obbl. contr.*, 2010, p. 50 ss.

[24] Cfr. F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in A. Cicu, F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1998, p.178 ss.

[25] Cfr. G. Napoli, op. cit.

[26] Si veda G. Napoli, op. cit. p.1107 e F. Valenza, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Torino, 2005, p.252

[27] Cfr. S. Rossi, *Profili soggettivi del contratto di rete e modalità di adesione di nuovi partecipanti*, in F. Briolini, L. Carota, M.Gambini, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, p.125 ss.

[28] Cfr. T. Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

[29] Secondo l’accezione di comunione di scopo, quale mero vantaggio, seguita da A. Belvedere, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 1971, p.660 ss.

[30] Cfr. sul tema, C.M. Bianca, *Il contratto*, op. cit., p. 467

[31] Cfr. A. Di Sapio, *I contratti di rete tra imprese. Casi e problemi di interesse notarile-documenti- attualità*, in *Riv. Del notariato*. LXV, pag. 204

[32] Cfr. d.l. 10-2-2009 n.5 in *Leggi d'Italia*

[33] Cfr. A. Di Sapio, op. cit., pag. 210.

[34] Cfr. A. Di Sapio, op. cit., pag. 212.

[35] Cfr. V. Maio, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in V. Maio, M. Sepe, *Profili giuridici ed economici della contrattazione di rete*, 2017

[36] Cfr. Cass. Sez. Un., 26 ottobre 2006, n.22910, su cui M.T. Carinci, L'unicità del datore di lavoro- quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse- è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico, in *Arg. Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag 1019 ss.

[37] Con la parola fordismo si indica una peculiare forma di produzione basata principalmente sull'utilizzo della tecnologia della catena di montaggio (assembly-line) al fine di incrementare la produttività. Il significato è variabile nei diversi Paesi. Spesso connotato negativamente, il concetto fu teorizzato da Antonio Gramsci e dal socialista Henri de Man. Il termine fu coniato attorno agli anni trenta per descrivere il successo ottenuto nell'industria automobilistica a partire dal 1913 dall'industriale statunitense Henry Ford (1863 - 1947); ispiratosi alle teorie proposte dal connazionale Frederick Taylor (1856 - 1915), ebbe poi un considerevole seguito nel settore dell'industria manifatturiera, tanto da rivoluzionare notevolmente l'organizzazione della produzione a livello globale e diventare uno dei pilastri fondamentali dell'economia del XX secolo, con notevoli influenze sulla società. Con l'aggettivo fordista si usa indicare un regime di produzione ispirato al paradigma adottato da Ford, o una sua stretta evoluzione.

[38] Cfr. J. Prassl, *The notion of the employer*, in *The law quarterly review*, 129, 2013, pag. 380 ss.; A. Perulli, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv. Giur.dir.Lav.*, 2013, pag. 83 ss.

[39] Cfr. V. Maio, op. cit., pag.2

[40] Cfr. d.lgs. 276/2003 in *Leggi D'Italia*

[41] Si veda *supra*

[42] Sono sorte tutta una serie di questioni meritevoli di approfondimento dottrinario e giurisprudenziale quali: il tema della disciplina delle influenze e dei poteri all'interno della rete e delle conseguenti ricadute sul rapporto di lavoro; le conseguenze sul contratto di lavoro in caso di recesso di una impresa dalla rete o per effetto della ridefinizione degli accordi ordinari; la riferibilità della ricordata normativa alle sole reti di fatto, atteso che distacco e codatorialità sembrerebbero presupporre l'esistenza di soggetti distinti; il significato da attribuire all' "operare della rete" che fa sorgere in automatico l'interesse organizzativo del distaccante, legittimando il distacco dal titolare formale del contratto di lavoro e così via.

[43] Si pensi a G. ZilioGrandi M. Biasi, *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014; I. Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014, M.T. Carinci, *Dall'impresa a rete alle reti di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Milano, 2015.

[44] In relazione all'affermazione della "teoria della cd. codatorialità" come strumento per superare l'imputazione formale dei rapporti di lavoro, si veda V. Pinto, *Profili critici della codatorialità nel rapporto di lavoro*, in *Riv.giur. dir. Lav.*, 2013, I, pag 56 e 63.

[45] Cfr. A. Tursi, *Il contratto di rete. I profili giuslavoristici.*, in T. TREU, *Contratto di rete - Trasformazioni del lavoro e reti di imprese*, Wolters Kluwer, 2015, pag 116.

[46] Vedi *supra*.

[47] Il riferimento è a Cass. civ. 8068/2016

[48] Cfr. A. Perulli, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura, Il nuovo diritto del lavoro*, vol. IV, *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, pag. 463 ss.

[49] Cfr. O. Razzolini, *Le reti Gucci ed Esaote: un' analisi di diritto del lavoro*, in *Giorn.*

*Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, pag 115.

[50] Cfr. V. Maio, op. cit. pag. 3; Diversamente M. Peruzzi, *La codatorialità nel contratto di rete: un'ipotesi definitoria*, in [http://www.diprist.unimi.it/Reti\\_impresa/papers/11.pdf](http://www.diprist.unimi.it/Reti_impresa/papers/11.pdf)

[51] V. Maio, op. cit.

[52] Cfr. S.Ciucciovino, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in R. Romei, L. Corazza, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, pag.166 ss.

[53] Cfr. sul punto v. I. Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, spec. Pag. 156, ivi con richiami alle elaborazioni di M. Persiani e F. Liso.

[54] Cfr. V.Maio, op. cit. pag. 5.

[55] Cfr. A. Tursi, *Il contratto di rete. I profili giuslavoristici*, in T. Treu, *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, 2015.

[56] Con tali modalità le potenzialità dell'istituto in termini di flessibilità vengono di gran lunga potenziate, consentendosi alla rete un importante vantaggio rispetto all'impiego di modalità alternative, molto più farraginose e ad elevato rischio contenzioso. Sul punto si veda Cass. 21 maggio 1998, n.5102.

[57] Fa eccezione il regime delle responsabilità conseguenti al d.lgs. n. 81/2008.

[58] Si veda O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nei gruppi di imprese di dimensione transnazionale*, in *Giust.civile.com*, 2014.

[59] Cfr. V. Maio, op. cit. pag. 6.

[60] Cfr. L. Zoppoli, *Metamorfosi soggettive e riflessi sul sistema delle fonti del diritto del lavoro: la codatorialità*, in M.T. Carinci, *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, 2014, Milano.

[61] T. Treu, *Introduzione*, op. cit.

[62] V. Maio, op. cit.

[63] Cass. civ. sez. lav. 11801/1993

[64] Riferimento a F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2015, pag. 239 ss.

[65] Stato di eccezione da intendersi nell'accezione valorizzata da G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

[66] Art.30 d.lgs. 276/2003 in Leggi D'Italia e [http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2003\\_0276.htm](http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2003_0276.htm)

[67] Tra le tante: Cass. civ. sez. lav.1168/2015; 13673/2015

[68] Cass. civ. sez. lav. 1168/2015

[69] Cass. civ. 23933/2010 per la spiegazione del concetto di temporaneità.

[70] M. G. Greco, *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, *Arg. Dir, lav.*, 2014, 381 ss.

[71] Così Cass. civ. n.23933/2010

[72] M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997.

[73] Cfr. E. Gragnoli, *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*, in *Variuz. Su temi dir. Lav.*, 2016, 3 ss.

[74] Cfr. V. Maio, op. cit.

[75] Vedi *supra*.

[76] Cfr. T. Treu, *Introduzione*, op. cit.

# COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO: UNA PANORAMICA PRIMA DELLE SEZIONI UNITE

*I contorni di un istituto giuridico incerto, anche alla luce dell'ordinanza interlocutoria del 22 giugno 2017 n. 15534.*

Paolo Del Gaudio - Pubblicazione, lunedì 26 marzo 2018  
Redattore: Alessio Giaquinto

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Sistematica tradizionale; 3. Criticità e nuove prospettive; 4. Conclusioni.

## 1. Premessa

È nuovamente tornato alla ribalta, nell'ambito della vasta galassia dei problemi riguardanti la liquidazione del danno da fatto illecito, quello concernente l'incidenza delle provvidenze, per la vittima o i suoi parenti, conseguite al sinistro.

La strage di Ustica costituisce l'occasione per interrogarsi su una delle figure più discusse dell'ordinamento: la *compensatio lucri cum damno*, nell'auspicio che fra non molto le Sezioni Unite possano fare luce sul punto, risolvendo decenni di contrasti giurisprudenziali. Il tema è, a dir il vero, assai più complesso di quel che sembra *prima facie*. La riflessione problematica sull'istituto, infatti, rappresenta l'angolo di visuale privilegiato per osservare il sistema della responsabilità civile, e meditarne ratio e finalità.

Di qui l'esigenza di approfondire la questione, che, a ridosso dell'udienza fissata innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ne sperimenti la tenuta delle relative opzioni.

Il fatto da cui prende le mosse l'ordinanza attiene al lungo contenzioso tra la società "Itavia" e i Ministeri della difesa e dei trasporti inerente la tragica vicenda nota come disastro di Ustica, con un'importante e densa **ordinanza 22 giugno 2017 n. 15534** viene rimessa alle Sezioni Unite la questione della *compensatio lucri cum damno* relativa al rapporto tra il risarcimento del danno aquiliano (riconosciuto all'Itavia) e l'indennizzo dalla stessa percepito per via assicurativa.

La questione è se i Ministeri, responsabili ex art. 2043 c.c. per non avere impedito

l'evento, siano obbligati a risarcire anche quanto risulta già introitato, a titolo di indennizzo assicurativo, dal medesimo danneggiato.

Nello specifico, si tratta di definire se la *compensatio* operi soltanto quando sia il danno che il lucro scaturiscano in via immediata e diretta dal fatto illecito e non operi invece negli altri casi, nei quali il lucro possieda come fonte la legge o un contratto.

Più in particolare, la Terza Sezione civile ha rimesso al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, le seguenti questioni oggetto di contrasto:

- a) se, ai fini della liquidazione dei danni civili, il giudice deve limitarsi a sottrarre dalla consistenza del patrimonio della vittima anteriore al sinistro quella del suo patrimonio residuo al sinistro stesso, senza far ricorso prima alla liquidazione e poi alla cd. "*compensatio lucri cum damno*"; se, di conseguenza, quando l'evento causato dall'illecito costituisce il presupposto per l'attribuzione alla vittima, da parte di soggetti pubblici o privati, di benefici economici il cui risultato diretto o mediato sia attenuare il pregiudizio causato dall'illecito, di essi il giudice deve tenere conto nella stima del danno, escludendone l'esistenza per la parte ristorata dall'intervento del terzo;
- b) se il risarcimento del danno patrimoniale patito dal coniuge di persona deceduta, e consistito nella perdita dell'aiuto economico offertole dal defunto, va liquidato detraendo dal credito risarcitorio il valore capitalizzato della pensione di reversibilità attribuita al superstite dall'ente previdenziale.

Leggendo l'ordinanza, sembrerebbe emergere che finora il problema sia stato male impostato. Il fenomeno compensativo in esame, infatti, non costituirebbe una compensazione in senso tecnico, ma, un principio di perimetrazione del danno risarcibile.

L'ordinanza si premura di depurare la figura da confusioni teoriche e di valorizzarne il fondamento normativo nell'art. 1223 cod. civ. Il principio della *compensatio*, infatti, concerne la quantificazione del danno.

Problematica analoga ha suscitato l'interesse della giurisprudenza amministrativa. Il **Consiglio di Stato con ordinanza 6 giugno 2017, n. 2719**, ha difatti rimesso all'adunanza plenaria la questione concernente la possibilità di defalcare, dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno, le indennità pagate da assicuratori privati o sociali oppure da enti pubblici, specie previdenziali.

In questo caso, peraltro, a differenza degli altri, entrambe le obbligazioni, risarcitoria e



indennitaria, gravano sul medesimo soggetto. Di qui l'esigenza di approfondire la questione. L'angolazione del problema si sposta, non rimanendo staticamente focalizzata sulle caratteristiche tratte dell'istituto, ma, dinamicamente, si dirige verso una nuova frontiera, che vorrebbe l'istituto della *compensatio* già pienamente operante nel nostro ordinamento, sotto le mentite spoglie del principio di indifferenza.

## 2. Sistematica tradizionale

I problemi della *compensatio lucri cum damno* nascono nel momento stesso in cui si cerca di definirla. In dottrina, infatti, si registrano ben **tre orientamenti diversi**: un primo orientamento riconducibile a quegli autori che negano categoricamente l'esistenza nel nostro ordinamento di un istituto giuridico definibile come *compensatio lucri cum damno*; un secondo orientamento al quale aderiscono quegli autori che ammettono che, in determinati casi, danno e lucro debbano compensarsi, ma negano che ciò sia conseguenza dell'applicazione di una regola generale; altri autori, infine, sostenitori del terzo orientamento, fanno della *compensatio lucri cum damno* una regola generale del diritto civile.

Chi aderisce al primo orientamento<sup>[1]</sup> fa leva soprattutto sulla mancanza di una regola apposita che definisca l'istituto, ed inoltre, sulla "iniquità" del presunto istituto stesso, che ha l'effetto di sollevare l'autore d'un fatto illecito dalle conseguenze del suo operato.

I sostenitori del secondo orientamento<sup>[2]</sup> condividono l'affermazione secondo cui il nostro ordinamento non riconosce cittadinanza alcuna alla norma generale che sancisca l'istituto della *compensatio lucri cum damno*, ma precisa che il problema delle individuazione delle conseguenze risarcibili di un fatto dannoso è questione di fatto, che necessita una soluzione caso per caso; e che non può escludersi a priori, nel singolo caso, che concause preesistenti o sopravvenute al fatto illecito accordino alla vittima la possibilità di ottenere un vantaggio.

Chi asseconda il terzo<sup>[3]</sup>, ed ultimo, orientamento, sostiene che l'istituto della *compensatio lucri cum damno*, il quale ha radici storiche antiche, che affondano nel diritto romano per ramificarsi attraverso il diritto dei glossatori e la dogmatica pandettistica, sino a giungere ai giorni nostri, è implicitamente riconosciuto dall'art. 1223 cod. civ., là dove consente il ristoro dei soli danni che siano "conseguenza immediata" dell'illecito e che, ancora, quel principio generale è desumibile da varie leggi speciali (tra queste, l'art. 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 o l'art. 33, comma 2, del d.P.R. 8 giugno 2011, n. 327).

Bisogna, tuttavia, precisare ulteriormente che anche gli autori che accettano l'esistenza dell'istituto della *compensatio lucri cum damno*, esprimono, poi, opinioni assai diverse allorché si tratta di individuarne il fondamento e l'ambito di operatività. Alcuni di questi autori tollerano la *compensatio* solo per i danni patrimoniali, altri anche per i danni non patrimoniali. Alcuni autori accettano la *compensatio* unicamente se danno e lucro siano espressione diretta della lesione del diritto; altri ritengono bastevole che danno e lucro traggano genesi dalla condotta illecita. Per l'applicabilità della *compensatio*, alcuni autori ritengono che danno e lucro debbano essere originati dall'azione del danneggiato, senza il concorso di altri; altri permettono che la *compensatio* operari anche quando il lucro consegua dalla condotta di un terzo. Il maggior numero degli autori che riconoscono la *compensatio* richiedono, per l'operatività dell'istituto, che il fatto delittuoso sia stato causa, e non già mera occasione, tanto del danno, quanto del lucro. Salvo poi tornare a dividersi allorché abbisogna stabilire quando un fatto illecito possa dirsi "*causa*", e quando "*occasione*", del lucro.

I dissidi non mancano nemmeno nella stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, che però, **ha sempre ritenuto esistente un istituto giuridico generale definibile *compensatio lucri cum damno***. Nondimeno, quando si è trattato di configurare l'ambito applicativo di detto istituto, le soluzioni adottate si sono mostrate sensibilmente distanti tra loro.

Un primo orientamento<sup>[4]</sup> ritiene che la *compensatio lucri cum damno* operi solo quando sia il danno che il lucro scaturiscano in via "*immediata e diretta*" dal fatto illecito. In conformità a questo principio è stata esclusa la *compensatio* in tutti i casi in cui la vittima di lesioni personali, oppure i congiunti di persona deceduta in conseguenza dell'illecito, avessero ottenuto il pagamento di speciali indennità previste dalla legge da parte di assicuratori sociali, enti di previdenza, pubbliche amministrazioni, come pure di indennizzi da parte di assicuratori privati contro gli infortuni. Si giustificò questo *modus operandi* sostenendo che in questi casi il diritto al risarcimento del danno trae origine dal fatto illecito, mentre il diritto all'indennità scaturisce dalla legge. Quindi, essendo esclusa la medesimezza della fonte, mancherebbe l'operatività della *compensatio*.

Un ulteriore orientamento, al contrario, riconosce con maggior larghezza l'operatività della *compensatio lucri cum damno*. Questo orientamento tuttavia giunge a tale risultato attraverso percorsi argomentativi diversi. Talune decisioni<sup>[5]</sup> ammettono l'istituto della *compensatio* ed ammettono, altresì, che essa operi solo quando danno e lucro scaturiscono in via immediata e diretta dal fatto illecito, tuttavia, elevando la causa del lucro dal rango di "*occasione*" a quello di "*causa*", pervengono al risultato di defalcarlo

dal risarcimento.

Altre decisioni<sup>[6]</sup> conducono al medesimo risultato, ma senza dichiarare apertamente di fare applicazione dell'istituto della *compensatio*. Si afferma, piuttosto, che se non si tenesse conto del lucro derivato dall'illecito, il danneggiato sarebbe pagato due volte *sine causa*; ed il danneggiante sarebbe costretto a risarcire due volte lo stesso danno.

Nell'ordinanza interlocutoria, il Collegio rimettente, non si limita a sollevare il quesito e a motivare in merito alla centralità della questione ma, nell'ottica di collaborare fattivamente al compito nomofilattico riservato alle Sezioni Unite, espone le ragioni di criticità dell'ordinamento e ritiene che i problemi interpretativi ed applicativi potrebbero rinvenire una soluzione in base ai seguenti principi:

- a) alla vittima d'un fatto illecito compete il risarcimento del danno esistente nel suo patrimonio al momento della liquidazione;
- b) nella stima di questo danno bisogna considerare i vantaggi che, prima della liquidazione, siano pervenuti o certamente perverranno alla vittima, a condizione che il vantaggio possa dirsi causato del fatto illecito;
- c) per stabilire se il vantaggio sia stato causato dal fatto illecito deve applicarsi la stessa regola di causalità utilizzata per stabilire se il danno sia conseguenza dell'illecito.

Corollario di quanto precede è che non potrebbe dirsi esistente nel nostro ordinamento un istituto definibile *compensatio lucri cum damno*. La regola tralatziamente definita con questa espressione altro non è che un modo diverso di definire il principio di integralità della riparazione o principio di indifferenza, in ossequio del quale il risarcimento deve coprire l'intera perdita subita, ma non deve costituire un arricchimento per il danneggiato. Tale principio è desumibile dall'art. 1223 cod. civ.

Ma c'è di più. **Emerge prepotentemente il rifiuto della logica punitiva del risarcimento**: prospettiva, questa, estranea al fondamento politico-legislativo della responsabilità. Al contrario, si deve sottolineare la funzione autentica del meccanismo risarcitorio: funzione riequilibrativa, compensativa e non sanzionatoria. Tesa non all'arricchimento del danneggiato, come conseguenza del fatto del danneggiante, ma al mero ristabilimento delle condizioni patrimoniali iniziali, le quali devono essere ricostituite come se non ci fosse stato l'illecito, secondo una condizione differenziale.

### 3. Criticità e nuove prospettive

Per completezza di esposizione occorre, ora, evidenziare quali siano le ragioni di criticità dell'orientamento tradizionale, che rifiuta la *compensatio lucri cum damno* quando

vantaggio e svantaggio non siano ambedue causa immediata e diretta nell'illecito.

Tale orientamento si fonda su quattro premesse teoriche non prive di ambiguità. La prima critica che va mossa all'orientamento tradizionale è di tipo logico. Di fatti, imponendo, per la operatività della *compensatio*, la medesimezza del "titolo" per il danno e per il lucro, si finisce per disapplicare di fatto l'istituto, giacché è assai raro (se non improbabile) che un fatto illecito possa da sé solo provocare, cioè senza il concorso di nessun altro fattore umano o giuridico, sia una perdita, sia un guadagno. Ed in vero, la *compensatio lucri cum damno* di compensazione non ha che il nome.

In effetti, non costituisce una applicazione della regola di cui all'art. 1241 cod. civ., in quanto non è una compensazione in senso tecnico. La *compensatio lucri cum damno*, piuttosto, è una regola per l'accertamento dell'esistenza e dell'entità del danno risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. Pertanto, "lucro" e "danno" non vanno intesi come un credito ed un debito autonomi per genesi e contenuto, rispetto ai quali si debba indagare soltanto se sussista la medesimezza della fonte. Occorre invece unicamente stabilire se il "lucro" derivante dal fatto illecito costituisca o meno una conseguenza immediata e diretta del fatto *contra ius* ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. Il secondo vulnus dell'orientamento tradizionale è di tipo dogmatico. L'asserzione secondo cui la regola della *compensatio* si applica soltanto se "danno" e "lucro" siano espressione diretta ed immediata del fatto illecito appare infatti frutto di un equivoco, a sua volta generato da un inconsapevole malinteso in cui è inciampata la dottrina tradizionale. Ed in vero, la regola secondo cui la *compensatio* pretende la medesimezza della condotta venne applicata, col passare degli anni, sempre più tralatiziamente e poiché la condotta è uno degli elementi dell'illecito, intorno agli anni Cinquanta del XX sec. la giurisprudenza nell'applicare il principio in esame incorse in un'autentica metonimia, finendo con l'indicare una parte per il tutto: così, l'originario requisito della "medesimezza della condotta", storico caposaldo della *compensatio lucri cum damno*, si trasformò nella "medesimezza del fatto", e questa a sua volta nella "medesimezza della fonte" tanto del lucro quanto del danno. Ma un conto è sostenere che danno e lucro, per essere compensati, devono discendere da una unica condotta del danneggiante, ben altro è sostenere che debbano scaturire dalla stessa causa. In definitiva, la regola applicata dall'orientamento tradizionale altro non è che una deviazione dai principi e dall'istituto originario. Il terzo elemento critico ascrivibile all'orientamento tradizionale non è altro che un corollario del secondo: negando infatti l'operare della *compensatio* se non quando lucro e danno abbiano per causa unica ed immediata la condotta del danneggiante, non si ammette l'operatività dell'istituto quando la vittima in conseguenza del fatto illecito

abbia ottenuto un vantaggio patrimoniale in conseguenza d'una norma di legge o d'un contratto. In tale ipotesi, si sostiene che il fatto illecito costituirebbe una mera occasione del lucro, e non la causa di esso, con conseguente disapplicazione della *compensatio*. Questa opinione, erronea nei presupposti storici da cui è desunta, è soprattutto incoerente, sia con la nozione di "*causalità*", sia coi principi generali della responsabilità civile. Il quarto vulnus dell'orientamento tradizionale è anch'esso di tipo sistematico e concerne l'ipotesi in cui il lucro derivato dal sinistro consiste nella percezione d'un beneficio previdenziale od assicurativo. Quanti negano la *compensatio* tra il danno ed i benefici erogati alla vittima dall'ente previdenziale o dall'assicuratore, infatti, altro non fanno che abrogare in via di fatto l'azione di surrogazione spettante (ex artt. 1203 e 1916 cod. civ. o in base alle singole norme previste dalla legislazione speciale) a quest'ultimo. È pacifico, invero, che limite oggettivo della surrogazione è il danno concretamente causato dal responsabile, il quale non può mai essere obbligato, per effetto dell'azione di surrogazione, a pagare due volte il medesimo danno, una al danneggiato, l'altra al surrogante. Dunque, una volta che il responsabile del sinistro sia costretto a pagare l'intero risarcimento senza defalcare il beneficio previdenziale od assicurativo percepito dalla vittima per effetto dell'illecito, non dovrebbe poi essere tenuto a rifondere, all'ente previdenziale od assicurativo, le somme da questo pagate alla vittima. Tale esito però cozza contro evidenti ragioni di diritto e di giustizia, in quanto si priverebbe l'assicuratore o l'ente previdenziale d'un diritto loro espressamente attribuito dalla legge (tra gli altri, art. 1916 cod. civ., applicabile anche alle assicurazioni sociali in virtù del rinvio di cui all'art. 1886 cod. civ.), e così facendo si addosserebbe alla fiscalità generale, e quindi alla collettività, un onere il cui peso economico serve non a ristorare la vittima, ma ad arricchirla, antepoendo un interesse individuale all'interesse della collettività. Esaminate le criticità ascrivibili all'orientamento tradizionale che riconosce la *compensatio lucri cum damno*, seppur nei limiti descritti, è necessario spostare l'angolo visuale e, dinamicamente, focalizzare l'attenzione sull'art. 1223 cod. civ., verificando se l'annoso problema della *compensatio* altro non sia che una lettura moderna del *principio di indifferenza*. È applicazione ortodossa del c.d. "*principio di indifferenza*", infatti, l'obbligo di considerare, nella stima del danno risarcibile, i vantaggi economici procurati alla vittima dall'illecito. Il principio di indifferenza è la regola in virtù della quale il risarcimento del danno non può rendere la vittima dell'illecito né più ricca, né più povera, di quanto non fosse prima della commissione dell'illecito. Corollario di questo principio è che il risarcimento non può creare in favore del danneggiato una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto.

Innegabili i punti di contatto tra le due figure, oggetto, tra l'altro, dei medesimi rilievi critici, ugualmente privi di pregio, poiché, in entrambe le ipotesi di applicazione degli istituti, l'offensore non si sottrae affatto alle conseguenze dell'illecito, ma semplicemente cambia creditore, pagando non la vittima a titolo di risarcimento ma il terzo *solvens* a titolo di surrogazione. Ma v'è di più, le critiche mosse si ancorano ad una rigida concezione sanzionatoria dell'illecito, che pare disarmonica con il nostro sistema della responsabilità civile che non assegna funzioni punitive al risarcimento del danno e non vede nel responsabile un reo da sanzionare. Il nostro diritto della responsabilità civile è, nel suo assetto generale, mirato sul danno, non sull'offensore: sicché, nella liquidazione del risarcimento, all'entità di questo deve guardarsi e non alla punizione del secondo. In definitiva, nello stabilire quali siano le conseguenze dell'illecito bisognerà tenere conto unicamente del principio di indifferenza che, nella stima delle conseguenze pregiudizievoli arrecate al danneggiato, impone di considerare adeguatamente tutte le risultanze derivate dall'illecito: sia in *bonam*, che in *malam partem*. Il risarcimento spettante alla vittima dell'illecito andrà dunque ridotto in tutti i casi in cui, senza l'illecito, la percezione del vantaggio patrimoniale sarebbe stata impossibile. Corollario di quanto esposto è il superamento della concezione della *compensatio* come una regola da applicare dopo avere liquidato il danno, al fine di "evitare l'arricchimento". In verità quando si procede alla *aestimatio* dei danni civili non si compiono due operazioni di calcolo, prima si liquida e poi si "compensa", giacché l'operazione è una soltanto e consiste nel sottrarre dal patrimonio della vittima *ante* sinistro il patrimonio della vittima *post* sinistro. Così facendo, allorquando ci si imbatte in un vantaggio, che sia conseguenza dell'illecito, non si dirà che per quella parte si sta "compensando" danno e lucro, ma si dirà che l'illecito non ha provocato danno.

#### 4. Conclusioni

Concludendo, da un attento esame della **ordinanza interlocutoria del 22 giugno 2017 n. 15534**, con cui la Terza Sezione civile ha rimesso la questione al Supremo Collegio, senza esimersi, peraltro, in un'ottica di collaborazione fattiva, ai compiti nomofilattici propri della Corte di Cassazione, emerge che il fenomeno della *compensatio lucri cum damno*, per quanti lo ammettano, altro non è che la moderna configurazione del principio di integralità della riparazione o, se si preferisce, del principio di indifferenza, desunto dagli artt. 1223 – 1224 c.c. e dagli artt. 1909 e 1910 c.c., in ragione del quale il danneggiato ha diritto al risarcimento del danno esistente alla liquidazione, il quale deve coprire l'intera perdita senza, però, sostanzarsi in una sorta di arricchimento per la

vittima e che, nella stima del danno, bisogna considerare anche il vantaggio eventuale derivante dal fatto del danneggiante, applicando la medesima regola di causalità che serve per stabilire se il danno è conseguenza dell'illecito.

Non resta che attendere l'ultima parola da parte delle Sezioni Unite, per fare finalmente chiarezza su un istituto i cui contorni sono alquanto oscuri e incerti.

#### Note e riferimenti bibliografici

**CARINGELLA**, *Studi di diritto civile*, Volume III, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

**CAZZARA**, *Il problema dei vantaggi connessi con l'illecito e la cosiddetta compensatio lucri cum damno*, in *Studi per Zingali*, III.

**DE CUPIS**, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1946.

**FRANZONI**, *Il danno patrimoniale*, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 11-Allegato 1, 21, Covegno "La quantificazione del danno patrimoniale".

**GALLIZOLI**, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1977.

**GIUSTI**, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Dig. Civ.*, Torino, 2011.

**P.G. MONATERI-D.GIANTI-L.SILIKUINI GINELLI**, *Danno e risarcimento*, Giampichelli Editore, Torino, 2013.

**PULEO**, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961.

**SALVI**, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.

**TRIMARCHI**, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

#### GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, sentenza n. 20448 del 30 settembre 2014.

Corte di Cassazione, sentenza n. 5504 del 10 marzo 2014.

Corte di Cassazione, sentenza n. 3357 dell'11 febbraio 2009.

Corte di Cassazione, sentenza n. 18490 del 25 agosto 2006.

Corte di Cassazione, sentenza n. 9094 del 13 maggio 2004.

Corte di Cassazione, sentenza n. 12124 del 19 agosto 2003.

Corte di Cassazione, sentenza n. 8828 del 31 maggio 2003.

Corte di Cassazione, sentenza n. 64 del 4 gennaio 2002.

Corte di Cassazione, sentenza n. 9228 del 12 luglio 2000.

Corte di Cassazione, sentenza n. 3806 del 15 aprile 1998.

Corte di Cassazione, sentenza n. 11440 del 18 novembre 1997.

Corte di Cassazione, sentenza n. 2117 del 14 marzo 1996.

Corte di Cassazione, sentenza n. 9779 del 16 settembre 1995.

Corte di Cassazione, sentenza n. 4475 del 15 aprile 1993.

Corte di Cassazione, sentenza n. 3503 del 24 maggio 1986.

Corte di Cassazione, sentenza n. 5964 del 16 novembre 1979.

[1] **CAZZARA**, *Il problema dei vantaggi connessi con l'illecito e la cosiddetta compensatio lucri cum damno*, in *Studi per Zingali*, III, pp. 411 ss.

**GALLIZOLI**, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, II, p. 346.

Trib. **ORISTANO**, 11 febbraio 1985, in *Resp. Civ. e prev.*, 1984, p. 780.

**TRIMARCHI**, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p.188.

[2] **PULEO**, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 1378 ss.

CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Volume III, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 284.  
GIUSTI, voce *Compensatio lucri cum damno*, (agg. 2011), in *Dig. Civ.*, Torino, p. 190.  
FRANZONI, *Il danno patrimoniale*, in *Danno e Responsabilità*, Wolters Kluwer, Milano 2017, p.39.  
SALVI, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, p.86.  
[3] CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Volume III, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 281.  
DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 146.  
FRANZONI, *Il danno patrimoniale*, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 11-Allegatp 1, 21, Covegno “*La quantificazione del danno patrimoniale*”.  
FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè Editore, 2008, p.39.  
FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè Editore, 2008, p.46.  
P.G. MONATERI-D.GIANTI-L.SILIQVINI GINELLI, *Danno e risarcimento*, Giampichelli Editore, Torino, 2013, pp 256 ss.  
[4] Cass. n. 20448/2014; Cass. n. 5504/2014; Cass. n. 3357/2009; Cass. n. 18490/2006; Cass. n. 12124/2003; Cass. n. 8828/2003; Cass. n. 2117/1996.  
[5] Cass. n. 64/2004; Cass. n. 9779/1995.  
[6] Cass. n. 9094/2004; Cass. n. 9228/2000; Cass. n.5964/1979; Cass. n. 3806/1998; Cass. n. 3503/1986.



# EQUITÀ E MEDIAZIONE TRIBUTARIA

---

## *Brevi considerazioni su un istituto in continua evoluzione. Commento alla Circolare dell' Agenzia delle Entrate n. 30-E del 22.12.2017.*

---

**Michele Stravato** - Pubblicazione, martedì 27 marzo 2018  
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Il legislatore, con l'art. 39, comma 9° del D.l. 6 luglio 2011 n. 98, contenente disposizioni finalizzate al riordino della giustizia tributaria, convertito con modificazioni, dalla Legge 15 luglio 2011 n. 111, ha previsto l'introduzione nel nostro ordinamento dell' art. 17-bis, rubricato “*Il reclamo e la mediazione*”, all'interno della disciplina organica sul processo tributario di cui al D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Tale norma, nella formulazione originaria, prevedeva la proposizione in via preliminare ed obbligatoria di una istanza di reclamo, pena l'inammissibilità del successivo ricorso diretto all' annullamento totale o parziale di un atto impositivo, contenente una eventuale proposta di mediazione dall' accoglimento della quale derivava il beneficio di una cospicua riduzione delle sanzioni<sup>1</sup>.

In estrema sintesi, la mutata disciplina attuale contenuta nella norma in esame, derivante da differenti interventi di modifica da parte del legislatore e di interpretazione da parte della giurisprudenza di legittimità, risulta così articolata<sup>2</sup>:

A) per le controversie di valore non superiore ad Euro 50.000,00<sup>3</sup> il ricorso produce gli effetti del reclamo e può contenere una motivata proposta di mediazione<sup>4</sup> con rideterminazione dell'ammontare della pretesa, il cui valore è determinato senza tenere conto di sanzioni ed interessi;

B) Il ricorso non è procedibile fino alla scadenza del termine di novanta giorni dalla data di notifica entro il quale deve essere conclusa la relativa procedura<sup>5</sup>.

Si applica la sospensione dei termini processuali.

Il termine per la costituzione in giudizio del ricorrente decorre dalla data di scadenza del termine entro cui deve essere conclusa la mediazione.

L'organo destinatario se non intende accogliere il reclamo o l'eventuale proposta di mediazione del ricorrente, formula d'ufficio una propria proposta:

- *avuto riguardo all'eventuale incertezza delle questioni controverse;*
- *al grado di sostenibilità della pretesa;*
- *al principio di economicità dell'azione amministrativa.*

D) Nelle controversie aventi ad oggetto un atto impositivo o di riscossione, la mediazione si perfeziona con il versamento, entro il termine di venti giorni dalla data di sottoscrizione dell'accordo, dell'intera somma dovuta ovvero della prima rata.

Nelle controversie aventi per oggetto la restituzione di somme la mediazione si perfeziona con la sottoscrizione di un accordo nel quale sono indicate le somme dovute con i termini e le modalità di pagamento. L'accordo costituisce titolo per il pagamento delle somme dovute dal contribuente.

E) Le sanzioni amministrative si applicano nella misura del 35% del minimo previsto dalla Legge.

F) La riscossione ed il pagamento delle somme dovute in base all'atto oggetto di reclamo sono sospesi fino alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento di mediazione, ma in caso di mancato perfezionamento, sono dovuti gli interessi previsti dalle singole leggi d'imposta.

Mediante tale disposizione si è voluto introdurre nell'ordinamento un particolare istituto finalizzato ad una funzione di “filtro obbligatorio” per le controversie aventi ad oggetto atti impositivi, di non rilevante valore<sup>6</sup>, emessi originariamente solo da parte dell'Agenzia delle Entrate, nell'ottica deflattiva del contenzioso tributario<sup>7</sup>.

L'istituto in parola è stato recentemente oggetto di una importante modifica relativa a differenti profili, sia da un punto di vista teorico che operativo, determinando in tal modo, inevitabilmente, effetti incisivi nei confronti di ogni tipologia di contribuente.

Da un lato, appare essere stata superata la originaria rigida impostazione secondo la quale era possibile esperire il procedimento di mediazione tributaria solamente al fine di impugnare atti impositivi emanati dall'Agenzia delle Entrate e, dall'altro, è mutata la natura giuridica del reclamo in funzione di una maggiore efficienza delle esigenze di semplificazione e deflative del contenzioso fiscale, cui l'istituto tende.

In particolare, come stabilito dalla nuova formulazione dell' art. 17-*bis* del D.lgs 546/92, risultante dalla modifiche apportate dall'art. 9, comma 1, lett. l), del D.lgs. n. 156/2015, la proposizione dell'impugnazione produce oltre agli effetti sostanziali e processuali del ricorso, anche quelli del reclamo<sup>8</sup>. Ne è derivato che, a partire dal primo gennaio 2016, il reclamo non è più considerabile un atto distinto dal ricorso, bensì rappresenta il medesimo atto che, preliminarmente attiverà un procedimento di carattere amministrativo e solo eventualmente, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo di mediazione ovvero di rigetto del reclamo stesso, a posteriori, sarà pertanto condizione di procedibilità per l'accesso alla giurisdizione tributaria.

Sul punto, la differenza tra i due *iter* risulta con tutta evidenza: in data antecedente al 31 dicembre 2015, il contribuente che intendeva proporre ricorso innanzi alla competente autorità giurisdizionale tributaria era costretto a presentare in primo luogo una apposita e separata istanza di reclamo-mediazione e, solo successivamente, redigere il relativo ricorso.

In secondo luogo, nel testo del nuovo art. 17-*bis*, così come modificato ad opera del D.lgs n. 156/2015, è stato eliminato l'inciso "***relative ad atti emessi dall'Agenzia delle Entrate***" con conseguente accesso all' istituto di ogni impugnazione relativa ad anche ad atti impositivi derivanti da differenti concessionari di riscossione tributi aventi come oggetto anche i tributi locali. Ne consegue una inevitabile ed ampia dilatazione del raggio di operatività dell'istituto.

In definitiva, a partire dal primo gennaio 2016, l'applicazione dell'istituto è estesa a tutte le controversie tributarie, anche nel caso in cui parte in giudizio sia un ente impositore diverso dall'Agenzia delle Entrate, ad esempio, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, un Ente locale ovvero un differente concessionario di riscossione.

La giustificazione di tale espansione<sup>9</sup>, come disposto all'interno della relazione illustrativa allo schema di Decreto, trova la sua *ratio* nel principio di economicità dell'azione amministrativa.

La sua funzione principale, per espressa previsione del legislatore, risiede nella riduzione del contenzioso tributario innanzi all'autorità giurisdizionale, ricercando soluzioni alternative di composizione del contenzioso e temperando due differenti esigenze, entrambe di eguale importanza: da un lato, garantire nei confronti di ogni contribuente una risposta certa dell'ordinamento capace di riequilibrare posizioni giuridiche fiscali perturbate da errori ed illegittimità tali da richiedere l'intervento dell'organo

giurisdizionale e, dall'altro, evitare di appesantire ulteriormente le Commissioni tributarie con questioni di non difficile soluzione e di modico valore<sup>10</sup>. Sulla base di tali considerazioni, il legislatore tributario ha espressamente stabilito un meccanismo obbligatorio, propedeutico e funzionale all'accesso al contenzioso, al fine di definire un gran numero di controversie già in sede amministrativa ed alleggerire in tal modo il carico di lavoro delle Commissioni tributarie, tentando di allineare altresì l' *iter* procedurale a quello presente all'interno dei principali Stati europei<sup>11</sup>.

L'istituto in parola anche denominato “mediazione fiscale”, da un punto di vista più approfondito risulta essere composto, come accennato, originariamente da due distinti rimedi, rispettivamente: l'istanza di reclamo e la mediazione vera e propria. Quest'ultima rappresenta uno strumento teso a consentire, mediante una composizione bonaria tra Erario e contribuente, la possibile rideterminazione della pretesa erariale. Questo complesso strumento deflattivo, è collocato all'interno di un segmento temporale successivo all'emissione dell'avviso di accertamento ed antecedente al processo tributario.

Recentemente sono stati sollevati numerosi dubbi interpretativi sia da parte della dottrina che della giurisprudenza in ragione di due differenti profili : da un lato, circa la sua natura, per alcuni “pre-processuale” per altri “giurisdizionale” ovvero meramente “amministrativa” e, dall'altro, circa le possibili interazioni con altri istituti in relazione a questioni di legittimità costituzionale<sup>12</sup> in ordine ai meccanismi propri ed alla relativa fruibilità da parte del contribuente<sup>13</sup>.

Da un punto di vista generale, secondo l'originaria formulazione della norma, l'istanza di reclamo nei confronti dell'Agenzia delle Entrate rappresentava un passo obbligato per il contribuente interessato ad adire la competente autorità giurisdizionale tributaria, integrando, di fatto, una vera e propria condizione di procedibilità propedeutica allo stesso procedimento tributario.

Il suo contenuto è rappresentato da una richiesta di revisione totale o parziale delle pretese fiscali presente all'interno dell'atto impositivo notificato al contribuente. Tale richiesta si considera equivalente a quella contenuta nel successivo ed eventuale ricorso avanzato innanzi alla competente Commissione Tributaria, consequenziale al mancato accoglimento dell'istanza.

Ne deriva che il contribuente dovrà essere necessariamente assistito da un difensore

abilitato anche in caso di semplice presentazione del reclamo in quanto, da tale prospettiva, come osservato da parte della dottrina, si tratta di un atto pre-procedimentale [14](#).

La nuova formulazione dell'art. 17-*bis* stabilisce che il ricorso giurisdizionale diviene procedibile solamente una volta trascorso il termine di novanta giorni previsto al fine di esperire la procedura amministrativa di mediazione volta alla composizione della lite.

Rispetto alla originaria formulazione, il meccanismo risulta finalmente in concreto attuato dalla previsione secondo cui il ricorso, proposto nelle forme di rito, produce anche gli effetti del reclamo, il quale, si sottolinea, può contenere una proposta di mediazione integrante una rideterminazione dell'ammontare dell'obbligazione tributaria. Si tratterebbe pertanto di un'endiadi inscindibile: il reclamo produrrebbe gli effetti del ricorso ed il ricorso gli effetti del reclamo- mediazione.

Infatti, la proposizione dell'impugnazione produce oggi, per le controversie di valore massimo pari ad Euro 50.000 , oltre agli effetti sostanziali e processuali tipici del ricorso anche quelli del reclamo-mediazione: in definitiva il procedimento è ora introdotto automaticamente con la presentazione di un unico atto, risultando ininfluenza la distinzione tra i due atti.

Sul punto, recentemente autorevole dottrina<sup>15</sup> ha avuto occasione di esprimersi in merito al contenuto ed all'efficacia di tali atti, sostenendo che, da differente ed opposta angolazione, il reclamo già al momento della sua proposizione nei confronti dell'Amministrazione finanziaria produce gli effetti propri del ricorso giurisdizionale, pertanto, quello di impedire la definitività – inoppugnabilità dell'atto impositivo e la conseguente consolidazione dell'obbligazione tributaria determinando l'instaurazione di una pendenza di lite ancorché in stato di temporanea quiescenza . Ne deriva che la proposizione dell'istanza, oggi, determina la sospensione automatica dell'esecuzione dell'atto impugnato e, conseguentemente, anche la riscossione delle somme richieste risulta essere sospesa fino alla data dalla quale decorrerà il termine per la costituzione in giudizio del ricorrente.

Come accennato, tra i vari e più recenti interventi significativi del legislatore deve essere segnalato quello relativo all'articolo 10 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 il quale ha modificato la disciplina in parola, elevando da ventimila a cinquantamila euro la soglia di valore delle

liti che delimita l'ambito di applicazione dell'istituto ed escludendo espressamente le controversie relative a tributi che, sulla base del diritto comunitario, costituiscono risorse proprie tradizionali.

Inoltre, con la medesima norma viene estesa agli agenti della riscossione la limitazione della responsabilità contabile ai fatti e alle omissioni commessi con condotta dolosa nell'ambito della procedura di mediazione tributaria, la quale originariamente, era prevista per i soli rappresentanti dell'ente impositore che concludono la mediazione o accolgono il reclamo<sup>16</sup>.

L'agenzia delle Entrate, con la Circolare n. 30/E del 22.12.2017 ha avuto occasione di chiarire alcuni aspetti relativi alla applicabilità della disciplina in parola.

Quanto al primo aspetto, tenendo presente il carattere tipico impugnatorio del processo tributario, in generale il valore della lite deve essere determinato non in ragione dell'importo lordo accertato, oggetto dell'obbligazione tributaria contenuta nell'atto impositivo, bensì in quello contestato, con riferimento alla somma del valore dei singoli atti impugnati al netto delle sanzioni e degli interessi.

Nell'ipotesi in cui invece oggetto del contenzioso sia rappresentato da sole sanzioni il valore della controversia non potrà che essere determinato dalla somma delle stesse, avuto riguardo alla possibile applicabilità della disciplina del cumulo giuridico *ex art. 12 D.lgs 472/1997*.

Ulteriore ipotesi applicativa è quella relativa alle controversie riguardanti il rifiuto espresso o tacito alla restituzione di tributi *ex art. 17-bis* comma 6. In tal caso il valore della lite equivale all'importo del tributo richiesto a titolo di rimborso, al netto delle somme accessorie; qualora l'istanza di rimborso riguardi più periodi d'imposta, il valore della lite risulterà dalla somma dei tributi richiesti a titolo di rimborso per ciascun singolo periodo di imposta<sup>17</sup>. Infine, l'istituto in parola trova applicazione anche in sede di autotutela parziale, qualora l'Amministrazione finanziaria riduca l'ammontare del tributo accertato al di sotto della soglia di accesso pari ad Euro 50.000 purché ciò avvenga in pendenza dei termini per la proposizione del ricorso<sup>18</sup>. Coerentemente, lo stesso istituto non può trovare applicazione nel caso in cui tale riduzione abbia luogo dopo la notifica del ricorso<sup>19</sup>.

Quanto al secondo profilo individuato dalla Circolare in parola, a seguito dell'intervento

del legislatore mediante l'introduzione del comma 3 dell' articolo 10 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, è stato modificato il comma 10 dell'articolo 39, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98.

**In tal modo è stata estesa la responsabilità a titolo di dolo** (nell'ipotesi di responsabilità contabile e, in assenza di ulteriori specificazioni nel silenzio delle legge da intendersi come dolo – generico) **anche ai rappresentanti dell'agente della riscossione, in quanto soggetti che nell'ambito di un procedimento di mediazione ovvero di accoglimento di un reclamo, effettuano valutazioni di diritto e di fatto ai fini della definizione del contenzioso.**

E' stato sostenuto che tale intervento appare coerente con l'estensione dell'ambito di applicazione del reclamo/mediazione agli atti emessi dall'agente della riscossione, effettuata dall'art. 9, comma 1, lettera l) del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156 e che risponde alla necessità di evitare una ingiustificata disparità di trattamento, rispetto agli enti impositori, dell'agente della riscossione, i quali già da tempo risultavano essere soggetti a tali forme di responsabilità nell'ambito della loro attività.

Come precedentemente accennato, le varie riforme susseguitesi di recente hanno destato dubbi e perplessità in merito a differenti profili dell'istituto in esame.

Il più importante di questi, probabilmente, è rappresentato dalla assenza della previsione di un soggetto terzo ed imparziale, da cui è derivato l'orientamento che considera la mediazione tributaria come “mediazione impropria”, geneticamente differente e, pertanto lontana, tranne che nello spirito ed in talune finalità, dalla vera e propria mediazione di stampo civilistico. L'intervento di riforma apparentemente più innovativo, ex D.lgs 156/2015<sup>20</sup> pare abbia trascurato un profilo di assoluta importanza: la garanzia della terzietà del soggetto preposto alla gestione del reclamo, come presidio di effettività ed efficacia dell'istituto<sup>21</sup>. Appare sotto tale aspetto critico che una tale esigenza, per nulla secondaria, sia stata assicurata da parte del legislatore solo a favore dell'Agenzia delle Entrate, l' unico ufficio per cui si prevede che l'esame del reclamo debba essere condotto da apposite strutture differenti ed autonome rispetto a quelle che hanno curato l'istruttoria degli atti impugnati. Per tutti gli altri enti impositori si rinvia invece ai limiti ed alle possibilità offerte dalle rispettive strutture organizzative. Ciò di fatto, si traduce nella assenza di qualsivoglia garanzia. Sul punto è stato recentemente sostenuto dalla dottrina più attenta che in tal modo si è determinata una “*mancaza di strategia, perché alla fine si amplia l'operatività di un istituto prima ancora di aver rimediato alle*

*criticità più evidenti e di fatto lasciandolo in una terra di mezzo tra istanza di autotutela e procedimento para-contenzioso di definizione della lite<sup>22</sup>”.*

In secondo luogo, risulta legittimo domandarsi altresì il motivo della soglia quantitativa di accesso all’istituto, in quanto, se può dare un concreto e legittimo contributo positivo nell’ottica deflattiva del contenzioso tributario, non si spiega allora per quale motivo impedire l’accesso a tale strumento a quelle liti che, con ogni probabilità, potrebbero essere adeguatamente risolte in tale sede ancorché di ingente valore.

Come è noto la pratica del Diritto ci insegna che non è assolutamente vero l’assunto secondo il quale a parità di valore della causa corrisponde la relativa difficoltà di lettura e di interpretazione della questione/fattispecie/lite ad essa sottesa, tutt’altro.

Il medesimo orientamento ha avuto il pregio di sostenere che risulterebbe con ogni evidenza più coerente con lo spirito stesso della norma e le sue originarie finalità, l’ipotesi secondo la quale il reclamo/mediazione deve essere indirizzato nei confronti di un soggetto terzo ed imparziale con funzioni e poteri anche di tipo equitativo.

**Se l’equità rappresenta l’applicazione all’interno della singola questione di quella forza propulsiva volta al ri-equilibrio di una specifica situazione giuridica soggettiva perturbata da un evento esterno, allora, questa ben potrebbe trovare la propria collocazione nell’ambito di un procedimento stragiudiziale di mediazione.**

Da un lato, la singola questione potrebbe essere affrontata non solo seguendo regole proprie tipiche della quantificazione numerica nell’ambito della rideterminazione delle imposte mediante l’applicazione semplicistica della norma generale ed astratta, bensì attraverso una attività di verifica ed interpretazione del caso concreto tesa a valutare complessivamente un maggior numero di aspetti presenti all’interno della lite. In tal modo, probabilmente, sarebbe possibile, al pari di quanto avviene in sede civilistica, ricercare a partire dall’applicazione delle norme generali la soluzione più opportuna nell’ambito del singolo caso concreto, temperando in tal modo tra loro, i singoli interessi contrapposti. E’ chiaro, tuttavia, che nella presente sede, trattandosi di diritti indisponibili derivanti da un atto impositivo di natura tributaria, non vi sarebbe spazio per negoziazioni di alcuna sorta, con eccezione per la scelta, le modalità di calcolo e di applicazione delle relative sanzioni.

Tuttavia, non si comprende comunque per quale motivo il legislatore abbia effettuato simili scelte, costituendo l’istituto in parola, per poi ampliare il relativo ambito di



applicazione, soggettivo ed oggettivo così avvicinandolo sempre più a quello di matrice civilistica da un lato e, dall'altro, rendendolo di fatto monco in sede operativa.

Non sarebbe forse del tutto fuori luogo la possibilità di ricercare, costituire ed applicare, anche in sede di mediazione fiscale, una disciplina *ad hoc* radicata sul concetto di equità – processuale di natura civilistica, piegata a favore delle esigenze di natura tributaria, mediante l'istituzione presso ogni Ente impositore di un soggetto terzo ed imparziale, adeguatamente formato, con funzione di studiare e dirimere<sup>23</sup> ogni reclamo in fase pre-contenziosa, nell'ottica e per le finalità deflattive di cui si è detto.

Si tratterebbe di un tentativo volto ad effettuare un passo in avanti finalizzato a colmare le accennate lacune ed a garantire, sotto differenti profili anche nell'ambito del contenzioso tributario, la presenza di quel soggetto terzo ed imparziale garante del diritto di difesa del contribuente e dell'applicazione di quella misura della giustizia che ontologicamente appare non possa risultare estranea ad ogni ramo dell'ordinamento giuridico, di ieri e di oggi<sup>24</sup>.

#### **Note e riferimenti bibliografici**

<sup>1</sup> Originariamente nella misura del 40% ad oggi portata al 35%.

Sul punto si ha riguardo al solo importo dei tributi, senza considerare sanzioni ed interessi (art. 12, comma 5 D.lgs 546/92).

Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, ed. 2016, vol. 1, pag. 363.

<sup>2</sup> Determinata a seguito delle modifiche intervenute ex art. 9, comma 1, lett. l), del D.lgs. n. 156/2015 la quale ha previsto che la proposizione dell'impugnazione produce oltre agli effetti sostanziali e processuali del ricorso, anche quelli del reclamo.

Il reclamo, dunque, a seguito del predetto intervento di riforma, a partire dal primo gennaio 2016, non è più un atto distinto dal ricorso, bensì rappresenta il medesimo atto che, preliminarmente attiverà un procedimento di carattere amministrativo ed eventualmente, a posteriori, sarà idoneo a richiedere l'intervento di una pronuncia dell'autorità giurisdizionale tributaria.

<sup>3</sup> Ex D.L. 50/2017 è stata innalzata la soglia relativa al limite massimo dagli originari Euro 20.000,00 agli attuali Euro 50.000,00 con l'intento specifico di ricomprendere all'interno di tali previsioni il maggior numero possibile di contenziosi con intento deflattivo delle liti.

Tuttavia recentemente la dottrina ha notato che tale variazione non rappresenta un significativo alleggerimento dei carichi pendenti innanzi alle Commissioni Tributarie e, di riflesso, innanzi alla giurisprudenza di legittimità, in quanto le liti che giungono al secondo e terzo gradi di giudizio rappresentano quella porzione di contenzioso dal valore inevitabilmente superiore ad entrambe le soglie indicate, evidenziando in tal modo ulteriori dubbi in merito alla reale portata dell'istituto in parola in relazione alle difficoltà presenti nella giurisprudenza tributaria.

L'istituto, ad oggi, è applicabile anche ai tributi locali.

<sup>4</sup> Parte della dottrina (Tesauro) nell'ambito della disciplina in esame considera coincidente il concetto di mediazione (di matrice civilistica ex D.lgs 28/2010) con quello di conciliazione.

Tuttavia è necessario sottolineare che nell'ambito della mediazione civile è presente un soggetto

terzo ed imparziale, il Mediatore civile e commerciale ex D.M. 180/2010, il quale, sulla base di idonea formazione, è iscritto ad un apposito albo predisposto dal Ministero della Giustizia. Questi svolge un'attività con funzione conciliativa finalizzata ad ottenere una composizione bonaria tra le parti nell'ambito di una lite di natura civilistica avente per oggetto un elenco tassativo di diritti disponibili.

La mediazione tributaria, viceversa, non prevede l'intervento di organi terzi ed imparziali e si svolge in ambito amministrativo con modalità interlocutorie integranti un contraddittorio del contribuente direttamente nei confronti dell'ente impositore.

Lo stesso Tesauro infatti sottolinea che *“la mediazione tributaria non è una vera mediazione. Il legislatore fiscale ha usato in modo improprio un termine che ricorda la mediazione nel processo civile ma qui non vi è un terzo ed imparziale soggetto.”*

*Il reclamo deve essere esaminato da apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti reclamabili ma si tratta pur sempre di strutture appartenenti all'amministrazione resistente.”*

<sup>5</sup> La Corte Costituzionale con sentenza n. 98 del 2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme nella parte in cui prevedeva l'inammissibilità del ricorso per difetto di reclamo (con effetto dal periodo anteriore alle modifiche intervenute con Legge n. 147 del 2013).

<sup>6</sup> Il legislatore ha stabilito un valore massimo, al netto degli interessi e delle sanzioni pari ad Euro 20.000,00 recentemente aumentato fino ad Euro 50.000,00.

Il D.L. n. 50/2017, entrato in vigore il 24 aprile 2017, ha esteso l'applicazione dell'istituto del reclamo-mediazione alle controversie di valore non superiore a cinquantamila euro. Soglia più elevata per le controversie tributarie soggette a reclamo e mediazione a partire dal 2018.

Sale da 20 a 50 mila euro il valore delle liti per le quali è imposta la procedura deflattiva.

Sul punto: Ignazio Buscema, *“Reclamo e mediazione tributaria, dal 1 gennaio le nuove soglie anche per le liti sui tributi locali”*, in *Azienditalia* 2018, 3, 461.

<sup>7</sup> L'art. 17- bis del d.lgs. n. 546 del 1992 che ha introdotto gli istituti del reclamo e della c.d. mediazione tributaria per fini deflattivi del contenzioso, è stata sin da subito sottoposta al vaglio critico della dottrina sotto numerosi profili, non ultimo quello dell'attivazione della cosiddetta mediazione facoltativa, d'ufficio o su impulso del contribuente. Le potenzialità deflattive della mediazione sono elevate, suscettibili di dar vita ad una nuova impostazione del rapporto fisco - contribuente, più dialogico che in passato.

Tuttavia, non sfuggono alcuni aspetti critici, quali la natura giuridica della mediazione tributaria, nonché la (apparentemente mancata) terzietà e imparzialità della Agenzia delle entrate nel procedimento di mediazione.

Si veda: Roberto Serrentino: *“Il nuovo istituto della mediazione tributaria : osservazioni critiche”* in *Diritto e pratica tributaria*, 2013, 6, 11347.

<sup>8</sup> Da un punto di vista definitorio, il “reclamo” è considerabile come un mezzo di impugnazione di matrice amministrativa, particolarmente versatile e pertanto utilizzato per finalità proprie anche in ambito processual civilistico, fallimentare e tributario. Si tratta di un mezzo di impugnazione volto a provocare il riesame di un provvedimento emanato da una Autorità nell'ambito del medesimo Ufficio nel quale si è costituito ed è stato emanato.

<sup>9</sup> Sulla base di tale espansione, si giustifica, poi, quanto recentemente disposto dall'art. 10 comma 3 del D.L. 50/2017 il quale ha esteso anche ai rappresentanti dell'agente della riscossione che concludono accordi di mediazione, la limitazione della responsabilità per danno erariale alle sole ipotesi di dolo.

<sup>10</sup> Ciò al fine di garantire una soglia minima di accesso alla tutela giurisdizionale di ogni posizione giuridica soggettiva che si assume essere stata lesa in armonia con i principi di rango costituzionale posti a fondamento della tutela giurisdizionale dei diritti.

<sup>11</sup> Martis, *“Reclamo e mediazione fiscale. Un nuovo strumento di convergenza tra gli interessi del cittadino e della pubblica amministrazione”*, in *Riv. dir. trib.* n. 9-2012, pgg. 835-842.

<sup>12</sup> Corte Cost. Sent. 98 del 2014.

<sup>13</sup> Federico Rasi, *“Reclamo e mediazione tributaria: tutto risolto dal legislatore e dalla corte”*

*costituzionale*” in Diritto e pratica tributaria, 2014, 3, pgg 550-600. Sul punto si veda altresì la Circolare n. 9/E del 19 marzo 2012.

Secondo quanto indicato nella Relazione di accompagnamento al decreto istitutivo lo strumento in parola, poiché la norma ha inteso introdurre un *“efficace rimedio amministrativo per deflazionare il contenzioso”* essa era stata accompagnata dalla previsione relativa alla definizione delle liti fiscali pendenti aventi un modico valore. Il testo attuale della norma in esame rappresenta il risultato di differenti interventi normativi *“correttivi”* da parte del legislatore e della Corte Costituzionale, in quanto si è tentato di porre rimedio ad alcuni profili oggetto di critica che hanno caratterizzato l'originaria disciplina, determinando una vera e propria evoluzione dell'istituto.

La norma evocava nel lessico il concetto di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile di cui al D.lgs 28/2010, la quale escluse, per espressa previsione, dal campo della propria applicazione ogni tipologia di controversia di natura tributaria sull'evidente presupposto della natura indisponibile del diritto, in contrapposizione con la fruibilità data dal carattere disponibile dei diritti oggetto di mediazione civile.

[14](#) Proprio in ragione del fatto che la procedura di reclamo era obbligatoria ed il suo mancato esperimento comportava l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale, una parte della dottrina (Marini) ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale in particolare sotto il profilo del possibile lesione del diritto di difesa. Infatti, come accenato, tali sospetti hanno avuto seguito in sede di verifica di legittimità costituzionale in virtù di sei distinte ordinanze sollevate da altrettante distinte Commissioni Tributarie a breve distanza di tempo le une dalle altre circa la compatibilità della disciplina contenuta nell'art. 17-bis del D.lgs 546/92 e gli art.: 3, 24, 25, 111 e 113 Cost.

Sul punto: Giuseppe Corasaniti *“L'incessante evoluzione del reclamo/mediazione: pregi e difetti di un istituto in continuo rinnovamento”*, in Corriere Tributario, 2017, fasc. 21 pgg. 1639 – 1645.

[15](#) Giuseppe Corasanti: *“L'incessante evoluzione del reclamo/mediazione: pregi e difetti di un istituto in continuo rinnovamento”* in Corriere Tributario, 2017, fasc. 21, pgg.1639-1645.

[16](#) Circolare 30/E del 22.12.2017.

[17](#) Ibidem.

[18](#) circolare n. 33/E del 3 agosto 2012, paragrafo 5.1.

[19](#) circolare n. 33/E del 2012, paragrafo 5.2.

[20](#) Il quale ha ampliato l'ambito di applicazione del reclamo e, pertanto, esteso la mediazione tributaria, dagli atti impositivi emanati dalla sola Agenzia delle Entrate anche a quelli emanati dalla Agenzia delle Dogane, dai differenti agenti di riscossione nonché per i tributi relativi agli Enti locali.

[21](#) Nonchè, come precedentemente accennato, a garanzia di principi fondamentali posti alla base del diritto di difesa dell'individuo all'interno del nostro ordinamento, di matrice costituzionale.

[22](#) Andrea Carinci *“La mediazione funziona solo con un arbitro terzo”*, in Diritto e pratica tributaria, 2017, fasc. 3, pagg. 1101 – 1102.

[23](#) Coordinandosi con i differenti Uffici e curando la redazione di un massimario – storico in cui mantenere traccia delle decisioni prese in sede stragiudiziale per verificare eventuali assonanze – dissonanze con casi simili futuri al fine di rendere più agevole l'attività stessa di mediazione.

[24](#) In termini del tutto generali, a tal proposito è stato efficacemente sostenuto da autorevole dottrina che *“poichè l'equità compenetra il diritto e quest'ultimo senza di essa sarebbe come un corpo che non lascia vibrare l'anima”* essa non può non avere attinenza ontologica con il suo stesso fondamento, teorico e pratico. Roberto Calvo *“L'equità nel diritto privato”*, 2010, Giuffrè, pg. 2.