ISSN 1825-9871

Università degli Studi di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza

INNOVAZIONE E DIRITTO

COMITATO DI DIREZIONE
Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Daria Coppa
Prof. Lorenzo Del Federico
Prof. Eugenio Della Valle
Prof. Maria Cecilia Fregni
Prof. Alessandro Giovannini
Prof. Maurizio Logozzo
Prof. Enrico Marello
Prof. Giuseppe Melis
Prof. Salvatore Muleo
Prof. Mario Nussi
Prof. Marco Versiglioni
Prof. Marilena Rispoli (Diritto commerciale)
Prof. Francesco Santoni (Diritto del lavoro)
Prof. Alessandra Stefanelli (Diritto dell'economia)

COMITATO SCIENTIFICO
Prof. Carlos Maria Lopez Espadafor Università di Jaén
Prof. Angeles Garcia Frias Università di Salamanca
Prof. Daniel Gutman - Università Paris Sorbonne Pantheon
Prof. Carlos Vargas Vasserot - Università di Almeria
Prof. J. A. Rozas Valdes - Università di Barcellona
Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Fabrizio Amatucci
Prof. Emilio Balletti
Prof. Massimo Basilavecchia
Prof. Gian Luigi Bizioli
Prof. Concetto Costa
Prof. Silvia Cipollina
Prof. Alberto Comelli
Prof. Angelo Contrino
Prof. Roberto Cordeiro Guerra
Prof. Alfonsina De Felice
Prof. Luigi Ferlazzo Natoli
Prof. Valerio Ficari
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Franco Fichera

Prof. Gianfranco Gaffuri
Prof. Franco Gallo
Prof. Cesare Glendi
Prof. Antonia Irace
Prof. Agostino E. La Scala
Prof. Raffaello Lupi
Prof. Corrado Magnani
Prof. Alberto Marcheselli
Prof. Giuseppe Marini
Prof. Giovanni Marongiu
Prof. Maurizio Sebastiano Messina
Prof. Leonardo Perrone
Prof. Maria Pierro
Prof. Angela Principe
Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Francesco Randazzo
Prof. Claudio Sacchetto
Prof. Livia Salvini
Prof. Salvatore Sammartino
Prof. Vittorio Santoro
Prof. Roberto Schiavolin
Prof. Dario Stevanato
Prof. Giuliano Tabet
Prof. Francesco Tesauro
Prof. Giuseppe Tinelli
Prof. Loris Tosi
Prof. Alessandro Turchi
Prof. Lucia Venditti
Prof. Giuseppe Zizzo
Prof. Antonello Zoppoli

REDAZIONE
Prof. Clelia Buccico (Coordinamento), Dott. Ernesto Aceto, Dott. Gabriella Gimigliani, Dott. Valeria Maresca, Dott. Gennaro Rotondo, Dott. Roberto Sgobbo, Dott. Maria Villani, Dott. Salvatore Villani.

Innovazione e Diritto – Rivista di Diritto tributario, dell'economia e del lavoro si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali da pubblicare sulla base di una valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla Direzione e si avvale anche di esperti esterni al suddetto Comitato. Al fine di garantire l'anonimato, nell'ultimo numero di ciascun anno solare verrà pubblicato l'elenco dei Professori ordinari che hanno collaborato alla rivista in qualità di referee. I lavori sottoposti a revisione esterna sono contrassegnati con un asterisco (*).

INDICE

PARTE PRIMA

Tagliare le imposte senza un disegno di politica tributaria produce effetti limitati sulla crescita, mentre il crollo del PIL nel Mezzogiorno evidenzia il ruolo regressivo del fisco degli ultimi anni* **p. 6**
di Raffaele Perrone Capano

Principio di legalità e sanzioni tributarie* **p. 53**
di Lorenzo del Federico

Apuntes sobre fiscalidad inmobiliaria tras la crisis econòmica: caìda y perspectiva de un sector en España* **p. 78**
di Carlos María López Espadafor y Julio César Muñiz Pérez

Commento al saggio di Carlos Maria Lopez Espadafor e Julio Cesar Muniz Perez **p. 115**
di Ernesto Aceto

I sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanzario. Pluralità di modelli e recenti tendenze* **p. 121**
di Marilena Rispoli Farina

L'inquadramento delle nullità previste dall'art. 127 del TUB nella categoria della nullità relativa. Ricostruzione della disciplina* **p.180**
diAngelo Spena

Acquisto e godimento dell'abitazione familiare tra norme di favore e imposizione patrimoniale* **p. 235**
di Alessandro Turchi

Intermediazione di manodopera e obblighi fiscali del datore di lavoro nella legge di stabilità 23 dicembre 2014 n. 190 **p. 304**
di Riccardo Zampaglione

PARTE SECONDA

Per le rendite catastali e il classamento degli immobili il Comune può adire il giudice tributario* **p. 322**
a cura di Clelia Buccico

Il difetto di sottoscrizione degli avvisi di accertamento non è rilevabile d'ufficio e deve essere eccepito nel ricorso introduttivo
Di Gianluca Soriano **p. 338**

PARTE PRIMA

Tagliare le imposte senza un disegno di politica tributaria produce effetti limitati sulla crescita, mentre il crollo del PIL nel Mezzogiorno evidenzia il ruolo regressivo del fisco degli ultimi anni*

di Raffaele Perrone Capano

ABSTRACT

The paper analyzes the signs of recovery of the Italian economy, after seven years of recession, highlighting the external circumstances that have favored (low energy costs; depreciation of the euro, BCE support to public debt) and conditions that it must be corrected in order to consolidate it. In this context, the study examines the profiles regressive that characterized the reform IRPEF and IRES 2007, and the amplification of the recession that followed between 2008 and 2009 .

Of particular interest in the matters referred to in the relationship between the worsening of the crisis in the South of Italy and the uncontrolled increase in local taxation, between 2012 and 2014. The tax becomes regressive and not localist fueling the latest phase of the Italian recession.

SINTESI

Il lavoro analizza i segnali di ripresa dell'economia italiana, dopo sette anni di recessione, evidenziando le circostanze esterne che l'hanno favorita (basso costo dell'energia; svalutazione dell'euro; sostegno della BCE al debito pubblico) e le condizioni di contesto che occorre correggere per consolidarla. In questo quadro lo studio esamina i profili regressivi che hanno caratterizzato la riforma dell'IRPEF e dell'IRES del 2007, e l'amplificazione della recessione che ne è seguita tra il 2008 e il 2009.

Di particolare interesse gli elementi posti in evidenza dal rapporto tra l'accentuarsi della crisi del Mezzogiorno e l'aumento incontrollato dell'imposizione locale, tra il 2012 e il 2014. Emerge il carattere strutturalmente regressivo, non localistico, assunto dal fisco nell'ultima fase della recessione italiana.

SOMMARIO: 1- Premessa – 2. La debole crescita del 2015, tra contradizioni e opportunità – 3. Il ruolo del fisco nella recessione italiana. Dalla riforma fiscale del 2003/2005, agli effetti regressivi della revisione dell'IRPEF nel 2007 – 4. La politica tributaria senza equilibrio amplifica gli effetti della recessione nel

Innovazione e Diritto

Mezzogiorno, evideniando il carattere nazionale della crisi fiscale. – 5. Il ruolo dei tributi locali nell'avvitamento recessivo del triennio 2012/2014 – 6. Conclusioni

1. Premessa

Nel corso degli ultimi anni, su questa rivista, ho cercato di porre in evidenza il legame tra le politiche fiscali (tributarie e di spesa pubblica) e la crisi recessiva innescata dalla tempesta finanziaria del 2008/2009. Il forte rallentamento dell'economia italiana negli ultimi 20 anni ha evidentemente origini complesse, che partono dalla crisi del modello di sviluppo degli anni 80: un'economia resa instabile dall'inflazione e dalla lievitazione del debito pubblico a tassi ancora più elevati.

La svalutazione della lira del 1992, ha poi condotto a una ripresa dell'economia almeno in parte drogata, che si è scontrata con le politiche di riequilibrio della finanza pubblica imposte dalla necessità di agganciare l'euro; obiettivo realizzato nella seconda metà degli anni 90, per oltre i 2/3 attraverso aumenti di imposte, poco attenti al rapporto tra fiscalità e competitività (il pensiero corre all'IRAP, ma non solo).

L'eccesso della spesa pubblica di cattiva qualità, specie a livello decentrato, che ha caratterizzato le politiche pubbliche, negli ultimi 15 anni non ha impedito all'industria manifatturiera italiana a vocazione esportatrice, una trasformazione profonda, che, dopo l'impatto negativo dei primi anni dell' euro, ha visto una riduzione delle esportazioni in termini quantitativi, accompagnata da un aumento crescente in valore delle merci esportate.

La crisi recessiva del 2008/09 ha accentuato questo processo di ristrutturazione delle imprese, sostenute da un uso attento degli ammortizzatori sociali, con particolare riguardo alla cassa integrazione, finalizzata alle ristrutturazioni produttive. Se nel 2015 l'Italia è rientrata dopo molti anni tra i 10 maggiori esportatori verso gli Stati Uniti, lo si deve alle 3000

Innovazione e Diritto

auto che ogni settimana partono verso quel Paese; frutto degli oltre 7 miliardi di investmenti effettuati dal gruppo Fiat in Italia negli ultimi 5 anni (concentrati prevalentemente nel centro-sud).

Nel 2009 le esportazioni italiane erano ripartite prima di quelle tedesche; nell'autunno 2010 era stato già sfiorato il livello pre crisi. A fine estate 2011, mentre lo sfaldamento della maggioranza di centro-destra favoriva la speculazione sul debito sovrano, le esportazioni italiane crescevano a un tasso del 12,6% contro un incremento dell'11,3% di quelle tedesche. La produzione industriale aveva recuperato poco più della metà di quello che aveva perduto con la crisi del 2009, ma la capacità produttiva era rimasta praticamente intatta.

La crisi del 2011, è stata invece alimentata dalla sottovalutazione da parte del Governo italiano, delle difficoltà che avrebbe incontrato il debito pubblco in una fase di persistente instabilità; a cui occorre aggiungere l'illusione di poter avviare a tappe forzate una revisione dell'organizzazione dello Stato in senso federale, senza porsi il problema dei costi di una riforma così radicale e profonda, con inevitabili ricadute sull' economia reale.

Rinunciando di fatto alla gestione delle politiche di riequilibrio, dopo la fase acuta, che avrebbe richiesto di concentrare le scarse risorse disponibili sulle politiche per l'innovazione e sugli investimenti.Una politica miope, incapace di disegnare una prospettiva di crescita per l'economia italiana, che ha determinato un aumento del disavanzo di bilancio e un avvitamento del debito pubblico, che non poteva certo sfuggire alla speculazione finanziaria.

La nuova crisi è bene ricordarlo non è stata una coda della precedente, perchè ha avuto origini essenzialmente interne, ed è stata alimentata da clamorosi errori nella sua gestione, sovrapponendosi ad un'altrettanto grave crisi politica. Innanzitutto, essa è durata molto più a lungo, in quanto alimentata da una fase recessiva/depressiva che ha abbracciato un arco di

otre tre anni.

E' vero che l'Italia sembra finalmente uscita da essa negli ultimi due trimestri, tuttavia la recessione è stata accompagnata, come detto, da un'ancora più grave crisi politico istituzionale, dalla quale, al di la dell' attivismo volontaristico del Presidente del Consiglio, non si vede ancora una via d' uscita.

Occorre aggiungere che la seconda recessione depressiva (2012/2014) è stata molto più grave sotto il profilo economico, perché ha inciso non solo sulla produzione, calata di oltre un quarto, ma ha investito direttamente la capacità produttiva, ridotta, secondo i settori, tra il 15% e il 20% rispetto al 2007; Il che equivale a dire che per una crescita robusta dell'economia italiana occorrerà nei prossimi anni una forte ripresa degli investimenti, e condizioni di contesto, fiscali e giuridico amministrative, di cui mancano i presupposti; a partire dalla stretta creditizia, che per le imprese minori è ancora più soffocante di 2 o 3 anni fa.

In definitiva uno scenario migliore di quello del 2014, che per consolidarsi richiederebbe una svolta nelle politiche pubbliche, di cui non vi è traccia. Basti per tutti l'improvvisazione, gli espedienti e le contradizioni che hanno caratterizzato la politica tributaria dell' ultimo decennio; uno scenario che l'attivismo del governo Renzi ha involontariamenteo confermato, con significative riduzioni d'imposta, onerose per la finanza pubblica, i cui effetti sulla ripresa della domanda interna e degli investimenti sono stati praticamente ininfluenti.

Effetto dell'assenza di qualsiasi disegno di politica tributaria e del continuo ricorso ad espedienti per rcuperare gettito, che alimenta l'incertezza e spinge la bassa le imprese, specie minori, a rinviare gli investimenti.

2. La debole crescita 2015, tra contradizioni e opportunità

Dopo una recessione che ha prodotto dal 2008 una contrazione del Pil di oltre 8,7 punti percentuali, con punte di -15% nelle regioni del Mezzogiorno,

ogni segnale di ripresa deve essere accolto come la liberazione da un incubo; questo tuttavia , non deve farci perdere di vista i punti di debolezza che caratterizzano la ripresa italiana e gli ostacoli che abbiamo di fronte sulla via del consolidamento della ripresa.

Occorre in particolare non trascurare il fatto che negli ultimi mesi si sono realizzate alcune condizioni particolarmente favorevoli allo sviluppo economico, che non è detto si dovessero verificare tutte insieme e tutte con elevata intensità..Penso al QE avviato da qualche mese dalla BCE, che ha già visto acquisti del debito pubblico italiano per oltre 60 miliardi di euro, con ricadute positive sui tassi d'interesse indi sui costi del servizio del debito. Ma penso anche alla svalutazione dell' euro, il cui cambio nei confronti del dollaro è da molti mesi al di sotto del rapporto di cambio fissato all' atto dell'introduzione della moneta unica, con una svalutazione sul dollaro rispetto allo scorso anno che oscilla tra il 15 % e il 25 %.

A questo si deve aggiungere un calo negli ultimi 2 anni del prezzo del petrolio che ha comportato una consistente contrazione della bolletta energetica italiana.

Se si confrontano queste condizioni di contesto particolarmente favorevoli con le caratteristiche strutturali della ripresa italiana non mancano le sorprese. Per farmi un idea di quel che sta accadendo ho analizzato negli ultimi mesi moltissimi dati che non citerò, perché spesso sono oscillanti e dunque non sono in grado di esprimere una tendenza netta. Prendiamo ad esempio il tasso di disoccupazione, che negli ultimi mesi ha registrato variazioni tra il 12% e il 13% , con un andamento contraddittorio che non esprime una tendenza netta, ma evidenzia al più uno stato di attesa.

Le stesse considerazioni possono farsi per l'andamento dei consumi; se a luglio, sulla spinta della ripresa del settore turistico, i consumi delle famiglie hanno segnato secondo il centro studi della Confcommercio, un + 2,2% rispetto allo stesso mese del 2014, i dati della grande distribuzione indicano ancora una tendenza debole, con la sola eccezione del comparto dei discount che hanno registrato una crescita delle vendite del 3,5%.

Anche la ripresa del risparmio delle famiglie rappresenta un segnale positivo, dopo la contrazione degli ultimi 10 anni, ma può essere letto come un indicatore dell' incertezza che caratterizza questa fase dell'economia internazionale, dominata prima dalla crisi Greca e poi dalle turbolenze che hanno investito la Cina nell'ultimo periodo.

I buoni segnali che vengono dalle esportazioni, sono anch'essi attenuati dalle oscillazioni che hanno investito questo settore cruciale dell' economia italiana, a partire dal crollo di quelle verso la Russia per via dell'embargo di molti prodotti strategici, e dalla crisi economica e politiica che ha investito la Turchia, altro importante mercato di sbocco delle esportazioni italiane.

Neppure la ripresa degli investimenti si sottrae a questa dinamica; anch'essi appaiono condizionanti delle condizioni di incertezza che caratterizzano l'economia europea nel suo insieme e dall'opportunità di incentivi fiscali al riguardo. Una condizione chiaramente presente al Governo, che con l'eliminazione dalla base imponibile dell'IRAP dei redditi da lavoro dipentente, caratterizzati da rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ha dato un segnale forte alle imprese; tanto più importante perché rappresenta una divaricazione netta rispetto agli indirizzi di politica tributaria degli ultimi anni.

Non è un caso che l'ex Ministro Vincenzo Visco, il principale protagonista, anche senza ruoli ufficiali, delle scelte di politica tributaria dell' ultimo quarto di secolo, aveva anche recentemente manifestato in più occasioni la propria contrarietà ad una misura di questo tipo. Una posizione comprensibile perché

avvicina sempre più quest' imposta a un addizionale al reddito, per di più fortemente distorsiva (anticipandone forse la fine?).

Ma come ho evidenziato in un recente articolo, richiamando al riguardo la recente esperienza francese, l'unico modo per mantenere un' imposta con queste caratteristiche senza effetti incompatibili con le regole della concorrenza, a partire dai mercati nazionali, impone estese esenzioni per tutte le attività minori, l'esclusione del costo del lavoro e degli interessi passivi dalla base imponibile dell'IRAP ed aliquote progressive particolarmente moderate (in Francia si applica lo 0.5% a 3 milioni di euro di valore aggiunto, mentre il tetto massimo dell'1,5% viene raggiunto al superamento della soglia di 50 milioni di euro). Vale forse la pena di ricordare che la Francia è una realtà complessivamente tra le più stataliste tra le economie avanzate; conseguentemente i francesi convivono con una pressione fiscale maggiore di quella italiana.

Tuttavia i profili distributivi delle principali imposte sono molto più equilibrati di quelli italiani (il gettito dell' IRPP, la nostra IRPEF è circa un terzo della nostra imposta sui redditi), lo Stato funziona ed è rispettato.

Anche in questa circostanza, particolarmente apprezzabile per il segnale di svolta che ha impresso al fiscalismo dell'ultimo decennio, è emersa tuttavia l'assenza di un disegno di politica tributaria coerente da parte del governo.

Mentre si può comprendere la ragione che ha spinto il governo ad escludere dal beneficio i contratti a tempo determinato, in una fase di riforma profonda del mercato del lavoro, l'esclusione dei contratti stagionali dalla base imponibile dell'IRAP, appare incomprensibile.

Basta pensare al comparto turistico, che nonostante la lunga recessione rappresenta ancora il 10% del PIL, ed è decisivo per il rilancio dell' erconomia italiana; in questo settore, la larga maggioranza dei contratti di lavoro, per ragioni strutturali connesse con la stagionalità delle attività svolte è di tipo

stagionale.

Penalizzarlo dal punto di vista tributario, non mi sembra sia stata una scelta economicamente saggia; proprio quello che è avvenuto con l'IRAP il cui taglio del costo del lavoro dalla base imponibile, è stato finanziato in parte con l'aumento dell' aliquota dal 3,5% al 3,9%, a carico di tutti i contribuenti, anche quelli che continuano a pagare l'IRAP sul costo del lavoro. Un'ennesima manovra redistributiva, senza alcun collegamento con il principio di capacità contributiva.

Ma sull'assenza da almeno un decennio di qualcosa che assomigli a una politica tributaria, torneremo più avanti.

In questa cornice contraddittoria, dominata dall'incertezza, si inserisce la debole ripresa dell'economia italiana nel primo semestre 2015. Se si analizzano nel dettaglio i settori che hanno determinato questo primo risultato positivo non mancano le sorprese. Senza la buona crescita del settore farmaceutico, poco influenzato per evidenti ragioni da componenti congiunturali e soprattutto senza la forte ripresa produttiva nel settore dell'auto (componentistica compresa), l'Italia sarebbe ancora in recessione.

L'avvio nei prossimi mesi della produzione di nuovi modelli Alfa Romeo e Maserati, in seguito agli investimenti effettuati a Cassino e a Mirafiori, dopo il rinnovo dello stabilimento di Pomigliano, il punto di svolta, con la decisione coraggiosa della FIAT di riportare dalla Polonia in Italia la produzione della nuova Panda, indica il successo di un disegno di politica industriale su cui nel 2010 pochi avrebbero scommesso. Un risultato che ha fatto da battipista al rilancio della fabbrica di Melfi che ha già determinato un incremento della produzione su base annua di oltre il 50% rispetto al 2014, una crescita ancora maggiore delle esportazioni e l'assunzione di oltre 1500 persone. Un primo segnale positivo per il futuro dell'industria manifatturiera italiana, non solo per il valore simbolico attribuito da sempre all'industria dell' auto.

Un mix di innovazione (che significa ricerca) e di investimenti, (il senso del valore sociale dell'impresa) per vincere la sfida della competizione mondializzata. Un'indicazione per la parte più moderna e competitiva dell'industria italiana, a cui deve corrispondere necessariamente altrettanta innovazione nell'organizzazione dei servizi pubblici, nella burocrazia, nella riqualificazione della spesa pubblica, nella creazione di un fisco che non soffochi le imprese, ma ne sostenga lo sviluppo (a partire da quello dimensionale).

Uno scenario nel quale anche da parte del Governo non mancano segnali positivi di consapevolezza e progetti di riforma, in parte già avviati, che avrebbero meritato maggiore approfondimento. L'innegabile urgenza non giustifica la frettolosità.

3. Il ruolo del fisco nella recessione italiana. Dalla riforma fiscale del 2003/2005, alla dissimulazione degli effetti regressivi della revisione dell'IRPEF del 2007

Ho già anticipato che nella lunga recessione italiana il ruolo di catalizzatore negativo svolto dal fisco è stato, per una serie di circostanze fortuite praticamente ignorato dall'opinione pubblica, mentre la politica, per ragioni contingenti, non aveva mostrato interesse ad evidenziarlo. Il cambio di maggioranza nell'estate 2008, aveva infatti coinciso con la crisi finanziaria, esplosa negli Stati Uniti in seguito al default della Lehman Brothers, nel settembre di quell' anno.

Il crollo della fiducia nei mercati finanziari si era esteso immediatamente all'economia reale, con effetti recessivi moltiplicativi; questo processo planetario, concentrato nell'arco di pochi mesi, di dimensioni sconosciute negli ultimi 70 anni, si era sovrapposto in Italia agli effetti egualmente recessivi, prodotti a cavallo tra il 2007 e il 2008, da una politica tributaria

improvvisata, priva di equilibrio, che interveniva su un processo di riforma in fase di assestamento, stravolgendolo.

Un intervento caratterizzato dall' assenza di qualsiasi approfondimento dei profili distributivi, sottratto di fatto al controllo parlamentare, attraverso l'abuso della decretazione d'urgenza e l'inserimento nella legge finanziaria per il 2007, di alcune misure sufficienti a stravolgere l'IRPEF, riformata tra il 2003 e il 2006 e l'IRAP. Un intervento, come vedremo, improvvido per una pluralità di profili.

Vediamo con ordine di cosa si tratta, soffermandoci sugli aspetti giuridici e sui vincoli d'ordine costituzionale che accompagnano la discrezionalità del legislatore, con i quali occorre che tutti facciano i conti, non soltanto i giuristi.

Da oltre un ventennio la dottrina tributarista si è divisa sulla possibilità o meno di individuare nuove figure espressive di capacità contributiva, che si aggiungano a quelle tradizionali di patrimonio, reddito, consumo.

La risposta secondo il mio modo di vedere viene dalle cose, dalla radicale trasformazione del modo di produrre e distribuire le merci; dalle nuove forme di ricchezza apparentemente immateriali, ma capaci di allocare in giro per il pianeta, valori reali di dimensioni inimmaginabili fino a pochi anni or sono; dalla necessità di preservare l'ambiente, attraverso un uso oculato delle risorse, a partire da quelle rinnovabili, anch' esse nonostante il nome non infinite (basta pensare alle mole di investimenti che esse richiedono); dall'urgenza di governare le trasformazioni in atto, per non esserne travolti.

Su un punto tuttavia vi è unanimità di consenso: la legge tributaria deve assicurare la parità dei contribuenti davanti alle imposte, quindi ogni differenziazione del prelievo per essere legittima deve fare riferimento a ragionevoli differenziazioni della capacità contributiva. In questa prospettiva, l'utilizzazione di meccanismi di illusione finanziaria si scontra con il principio di affidamento, richiamato dallo Statuto dei diritti del contribuente,

immanente al sistema e quindi di rilievo costituzionale, in quanto espressione diretta dell' articolo 53 della Costituzione, in cui il principio di capacità contributiva, non a caso, è declinato come vincolo di sistema.

Nel 2006, con il consolidamento del secondo modulo della riforma tributaria, stabilita con la legge delega 80/2003, l'imposta sui redditi personali, IRPEF, si basava su un modello piuttosto semplice, simile a quello vigente nei principali paesi europei.

Un'imposta a scaglioni di reddito ad aliquote crescenti, affiancato da un sistema di deduzioni dall'imponibile, decrescenti, per assicurare da un lato l'esenzione dei redditi rappresentativi del minimo vitale e di oneri familiari ricollegabili anch'essi a quest'ultimo, dunque non espressivi di capacità contributiva. Dall'altro, attraverso il loro carattere decrescente, aveva consentito di ampliare la quota di reddito deducibile dalla base imponibile dell'Irpef, per rendere effettivo il principio della non imponibilità dei redditi più modesti; veniva introdotto così un ulteriore elemento di progressività, che si affiancava alle aliquote crescenti, ripartite per scaglioni di reddito.

Un modello sicuramente più trasparente e razionale di quello sostituito, in cui le detrazioni d'imposta in cifra fissa, da un lato esentavano una quota di reddito troppo bassa, per tenere conto dell' effettiva capacità contributiva dei redditi più modesti; dall' altro rappresentavano uno sconto marginale rispetto al reddito complessivo, ininfluente sotto il profilo della capacità contributiva, tuttavia oneroso in termini di riduzioni del gettito del tributo, per i contribuenti titolari di redditi particolarmente elevati.

Il prezzo pagato per assicurare la tenuta del sistema, riducendo significativamente l'imposta a carico dei redditi più modesti, senza compromettere il gettito complessivo dell'IRPEF, era rappresentato in quel modello da un' aliquota d'ingresso troppo elevata: il 23% e da una *"no tax area* " altrettanto ampia.

Un elemento di contradizione non marginale, perché aveva come effetto indiretto di determinare una forbice molto ampia tra l' alquota marginale, che colpisce le unità di reddito aggiuntive, e quella media che indica il profilo distributico dell' imposta.

Una condizione che, almeno in queste dimensioni, non si riscontra in nessun altro paese avanzato, ed ha come effetto diretto di penalizzare i redditi aggiuntivi scorraggiandone la produzione e, come conseguenza indiretta dell'esistenza di altre forme di prelievo collegate al reddito (si pensi all'IRAP e ai contributi sociali) o comunque all' attività svolta (è il caso dell'IVA), di incentivarne l'occultamento.

Un'incoerenza strutturale che la riforma tributaria del 2003/2005, aveva cercato di limitare, con una ampia revisione dei profili applicativi (a partire dagli studi di settore) e distributivi delle principali imposte. Un processo riformatore, frutto di un lungo e approfondito confronto parlamentare, che aveva determinato, nonostante un taglio dell' IRPEF di oltre 16 miliardi, un forte allargamento degli imponibili dichiarati; con effetti positivi sul gettito di tutte le principali imposte.

Basti ricordare che nel 2006, a fronte di una previsione nella legge finanziaria di quell'anno (elettorale) di un aumento del gettito tributario di 15,5 miliardi, il risultato a consuntivo sforò i + 38 miliardi con un surplus rispetto alle previsioni di 22,3 miliardi di euro.

L'aspetto di maggior interesse di quei dati è rappresentato dal fatto che gli incrementi di gettito avevano riguardato tutte le principali imposte ed erano stati maggiori proprio nelle aree soggette a dichiarazione, in teoria le più esposte all'evasione. Basta ricordare per tutti il gettito dell'IRAP nel settore privato, cresciuto del 10,2%, influenzato dall'introduzione di una deduzione di 8000 euro dall'imponibile a favore dei contribuenti con un numero di dipendenti non superiore a 5.

Occorre aggiungere per comprendere quanto è avvenuto dopo, che in quel modello, i due terzi dei contribuenti IRPEF rientravano nel primo scaglione, pari a 26500 euro; si trattava peraltro di un tetto solo nominale, destinato ad ampliarsi notevolmente per il gioco delle deduzioni (no tax area e family area).

Per i contribuenti con familiari a carico lo scaglione poteva infatti superare facilmente i 34.000 euro.

Vediamo ora che cosa è avvenuto e quali effetti hanno prodotto sia sotto il profilo distributivo sia dal punto di vista economico, le correzioni a questo schema decise dal Governo Prodi nel 2007.

L'intervento di modifica dell'IRPEF, introdotto con la finanziaria del 2007, sembrava a prima vista limitato; il titolare delle finanze, il viceministro Vincenzo Visco, aveva presentato la manovra come il mezzo per correggere i vantaggi, ritenuti eccessivi, che la riforma del 2006 aveva riservato ai redditi più elevati. Aveva quindi rivisto di scaglioni, riducendone l'ampiezza e aveva aumentato le aliquote di quelli intermedi e di quello più elevato, riportato dal 39% al 43%. Questo profilo, di evidente valenza politica, era del tutto legittimo; anche se si può ricordare che, giusto 10 anni prima, lo stesso Visco aveva ridotto l'aliquota massima dell'IRPEF dal 55% al 45%, evidenziando così il carattere relativo del concetto di equità fiscale.

La rimodulazione degli scaglioni si era rivelata fin da subito assai più discutibile, per l'esito incerto dei profili distributivi della riforma; occorre non perdere di vista che il primo era stato più che dimezzato, per effetto combinato della riduzione dell'ampiezza, portata da 26.000 € a € 15.000 euro e della sostituzione delle deduzioni dall'imponibile con detrazioni d'imposta ad effetto equivalente. Apparentemente un ritorno al sistema precedente a quello riformato dalla legge 80/2003.. Secondo la relazione di accompagnamento alla legge finanziaria, presentata dal Governo, la riforma dell'IRPEF avrebbe dovuto comportare nel 2007 una riduzione del gettito dell' imposta personale

di 590 milioni di euro (220 determinati dalla struttura della nuova IRPEF e 370 indotti dall'aumento delle aliquote contributive a carico dei lavoratori).

Già all'atto della presentazione della legge finanziaria per il 2007 avevo evidenziato su questa rivista l'assoluta inattendibilità di quelle cifre e gli effetti negativi che quella apparente mini-riforma avrebbe comportato. Riforma fortemente sostenuta dal giornale della Confindustria, per il taglio del cuneo fiscale che accompagnava la legge finanziaria per il 2000.

Molto presto quei numeri si rivelarono un esercizio di pura fantasia. A fine 2007 l'aumento del gettito dell'IRPEF (comprese le addizionali) era stato superiore a 10 miliardi di euro, di cui 4,3 miliardi nel solo settore dei redditi da lavoro dipendente; una stima prudenziale consente di valutare in oltre 4 miliardi l'incremento di gettito determinato dalla struttura dell'IRPEF riformata, di cui 2,5 miliardi a carico dei redditi da lavoro dipendente. Nel 2008, l'aggravio nei confronti dei redditi da lavoro dipendente determinato dalla riforma, era stato ancora più consistente: 9,9 miliardi di euro su un totale di 11,6 miliardi di maggior gettito.

Cerchiamo di comprendere che cosa aveva determinato un quadro tanto diverso rispetto alle previsioni del governo Prodi. In realtà tra il vecchio e il nuovo modello impositivo vi era una differenza sostanziale, perché il carattere decrescente delle detrazioni introdotte nel 2007, aveva comportato ipso facto un aumento dell'aliquota implicita, pari alla percentuale di decrescenza delle detrazioni.

In buona sostanza la riforma Visco aumentava l'imposta a carico dei redditi medi e di quelli più elevati, mentre quelli più modesti da lavoro dipendente erano solo apparentemente salvaguardati dal contemporaneo aumento delle detrazioni.

Un'illusione ottica perché la compressione del primo scaglione, più che dimezzato, aveva determinato la moltiplicazione degli effetti del drenaggio

fiscale, per il quale la nuova IRPEF non prevedeva più alcun elemento correttivo.

L'idea implicita di questa impostazione era che, aumentando le aliquote marginali dei diversi scaglioni e le detrazioni a favore dei soli redditi di lavoro dipendente, sarebbe stato relativamente semplice, attraverso la rivalutazione degli studi di settore, o l'introduzione di limiti alla deducibilità di deterinati costi, redistribuire una quota crescente del gettito dell'IRPEF dai redditi di lavoro dipendente a quelli di lavoro autonomo e d'impresa assoggettati ad IRPEF.

Un'operazione illusoria, poco trasparente, illegittima per una una pluralità di profili.

Innanzitutto non rispettava istituzionalmente il principio della parità fiscale dei contribuenti a parità di reddito, in contrasto con il principio di capacità contributiva; introduceva poi, attraverso il gioco delle detrazioni decrescenti, un meccanismo di illusione finanziaria, sicuramente in contrasto con il principio di affidamento, di valore costituzionale, indi non derogabile.

A questo si deve aggiungere che l'abolizione delle deduzioni decrescenti, rendeva imponibili ai fini delle addizionali regionale e comunale, redditi non più netti ma lordi. Un effetto indiretto della reintroduzione delle detrazioni d'imposta, fortemente regressivo, di sicura illegittimità in quanto incidente su una quota di redditi di cui in precedenza il legislatore aveva riconosciuto l'intassabilità, in quanto non espressivi di alcuna capacità contributiva.

Vale la pena di precisare che mentre nel 2007 l'aliquota delle addizionali all'IRPEF non superava complessivamente l'1,4%, a partire dal 2015, il tetto massimo, applicato in Piemonte, nel Lazio e in Campania (oltre un quarto della popolazione), è pari al 4,3%

Gli effetti di questa operazione sconsiderata nel senso etimologico del termine, non si erano fatti attendere. Nel 2007, primo anno di applicazione

Innovazione e Diritto

dell'IRPEF riformata, anche per effetto della revisione retroattiva degli studi di settore, rivalutati appena un anno prima, l' incremento del gettito aveva effettivamente inciso maggiormente sui redditi diversi da quelli da lavoro dipendente.

Tuttavia, già nel 2008, su 11,6 miliardi di maggior gettito dell'IRPEF, ben 9,9 avevano riguardato il lavoro dipendente. Un segno indiscutibile degli squilibri prodotti da una riforma improvvisata ed illusionista; una conferma della necessità di un serio approfondimento parlamentare di ogni misura tributaria che modifichi gli assetti distributivi delle imposte, conforme al principio costituzionale di riserva di legge.

L'attuale struttura dell'IRPEF è, ancora oggi, nei profili essenziali, quella del 2007.

Sempre con la finanziaria del 2007 il governo Prodi aveva introdotto l'aumento di un punto dell'aliquota dell'IRAP nelle regioni con la sanità in disavanzo.

Una misura anch'essa assai discutibile, sia per i profili distributtivi, sia per gli effetti economici sulle imprese, penalizzate sul piano territoriale da un aggravio d'imposta privo di qualsivoglia collegamento con l'attività svolta, indi con il principio di capacità contributiva. Vale la pena di precisare che con la sola eccezione del Lazio, le altre regioni coinvolte dall'aumento dell'IRAP erano quelle del Mezzogiorno; regioni che, con diverse oscillazioni, salvo il Lazio, erano caratterizzate da una spesa pro capite per la sanità inferiore alla media nazionale. Nessuno nega che alla base dei disavanzi della sanità pubblica ci fossero inefficienze e sprechi, a partire dalle regioni del Mezzogiorno; ma la diversa distribuzione della spesa pro capite, indica che il principio di perequazione, stabilito dal terzo comma dell'articolo 119 della Costituzione è stato praticamente cancellato, a partire da quei diritti civili e sociali che la Repubblica, secondo la Costituzione, dovrebbe assicurare a tutti, in quanto

diritti di cittadinanza.

A questi rilievi politici ed economici si può aggiungere che questa misura presenta anche evidenti profili d' illegittimità in quanto oltre ad introdurre ostacoli di natura fiscale alla libera circolazione di capitali tra le regioni, in contrasto con una delle libertà fondamentali stabilite dai Trattati dell'Unione, viola apertamente anche l'articolo 120 della Costituzione, che non consente alle Regioni di introdurre barriere fiscali alla libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni.

Tale divieto va interpretato nel senso che le stesse barriere o comunque le limitazioni di ordine tributario alla libertà di circolazione tra le regioni, siano oggettivamente illegittime in quanto tali, a prescindere dal fatto che tali misure siano state introdotte con legge regionale, ovvero dello Stato. Dunque il divieto stabilito dal primo comma dell'articolo 120 della Costituzione si estende anche ad eventuali norme statali che producano i medesimi effetti.

Un altro profilo discutibile, che amplifica il carattere asistematico dell' l'IRAP, deriva dalla sua trasformazione, attutata con il dlgs attuativo del federalismo fiscale regionale, da tributo statale a destinazione regionale, in "*tributo proprio derivato*" delle regioni.

Una formula ambigua, non prevista dall'119 della Costituzione, attraverso la quale lo Stato mantiene saldamente nelle proprie mani tutte le decisioni che attengono alla determinazione del tributo e ai suoi profili distrbutivi; salva la possibilità per le Regioni di rideterminare le basi imponibili per ridurre il gettito e addirittura di eliminare il prelievo, ove le condizioni di bilancio lo consentano.

Una serie di modifiche, almeno in parte contradittorie, di dubbia legittimità, quanto meno per i profili che attengono alla perquazione, che sembra essere entrata in una sorta di limbo. Un altro elemento che ha contribuito a determinare una ripartizione territoriale del prelievo fortemente sperequata,

Innovazione e Diritto

che si riflette direttamente sulla domanda interna, contribuendo alla sua compressione.

Una dilatazione della discrezionalità legislativa, sottratta al controllo parlamentare, che ha contribuito a rendere sempre più evanescente il sistema di garanzie che nelle costituzioni democratiche regola l'esercizio del potere di imposizione, definendone con precisione i limiti.

Prima di ritornare al ruolo svolto dal fisco nell' amplificare gli effetti della recessione del 2009, sommandovi quelli prodotti dalla stretta fiscale del 2006/07, di cui si è avuto scarsa percezione proprio per la concomitante concentrazione temporale e dimensionale, nell'arco di pochi mesi , degli effetti della crisi finanziaria, scoppiata nel settembre 2008, mi sembra interessante riportare la parte della lettera inviata a Giuliano Ferrara dall'ex direttore del Corriere della Sera Piero Ostellino, che riguarda il fisco, e che si riferisce ad un'intervista agostana rilasciata dall' allora Presidente del Consiglio Monti alla rivista Tempi.

Intervista da "*10 e lode*" ripubblicata da Ferrara sul Foglio, accompagnandola con un commento di incondizionato consenso.

Scrive Ostellino: "dice il Capo del Governo: "*Penso che l'Italia si trovi in uno stato di difficoltà soprattutto a causa dell'evasione fiscale".* O Monti mente sapendo di mentire o straparla. Come Presidente del Consiglio, egli sa che l'Italia è in piena recessione non "*a causa dell'evasione*", che pure va efficacemente combattuta, ma di migliaia di leggi, regolamenti, divieti, licenze; dell'incertezza del diritto, di una giustizia lenta e paranoide; di uno Stato sociale troppo costoso, dell'eccessiva pressione fiscale, cui anche il suo governo ha fortemente contribuito. Tutti ostacoli allo sviluppo della sua economia.

Mente una seconda volta quando dice che "*la notorietà pubblica del nostro alto tasso di evasione contribuisce molto a indisporre nei confronti dell'Italia*

Innovazione e Diritto

quei paesi dai quali di tanto in tanto potremmo avere bisogno di assistenza finanziaria". Come Presidente del Consiglio, sa che quei paesi erano "indisposti" verso l'Italia per la sua passata incapacità di tenere in ordine i conti pubblici e sono ora felici di approfittare della scarsa competitività dell'Italia, generata anche dal rigore fiscale che essi stessi ci hanno imposto come "compiti a casa" e che il governo tecnico, con burocratica meccanicità, ha fatto. Come economista, dovrebbe sapere che la contrazione del gettito fiscale è una conseguenza del crollo dei consumi, provocato dall'eccesso di fiscalità, e che proporre, contemporaneamente, un aumento dell'Iva è un non senso, una contraddizione logica e fiscale.

Non mi scandalizzo, pertanto, se Monti mente; tantomeno ne faccio una questione morale. È nelle regole del gioco politico e lui da politico mente.

Mi spaventa, invece, se dice che "*la lotta all'evasione può comportare la necessità di momenti di visibilità che possono essere antipatici. Ma che hanno un forte effetto preventivo nei confronti degli altri cittadini*". Qui siamo già sulla strada dello Stato totalitario, perché Monti pare ignorare e i grandi media evitano di dire che: 1) quelli che lui definisce "*momenti di visibilità"* nella lotta all'evasione, sono, in realtà, violazione delle libertà e dei diritti individuali dei cittadini; 2) lo Stato ha il compito di perseguire i reati – compreso quello di evasione fiscale – non di produrre "*un effetto preventivo*" sugli altri cittadini, come fanno le teocrazie.

E' paradossale, se non patetico, che egli manifesti la propria soddisfazione e persino gratitudine nei confronti di chi lo "usa" per prolungare le condizioni che hanno ridotto il paese alla parodia delle ex democrazie popolari. Mi chiedo, però: le forze politiche che ne sostengono il governo sarebbero ancora convergenti se lui avesse cercato di fare la radicale semplificazione normativa e amministrativa che il futuro del paese esige? Non credo. Questo è il governo dello status quo ante proprio per tornare allo "*stato canaglia*" che ha prodotto

la crisi. Dica pure che, per ora, non si possono abbassare le tasse. Ma almeno, eviti di prenderci per i fondelli. Cornuti e mazziati è troppo.

Mi è sembrato utile richiamare queste riflessioni dell'estate 2012, dell'ex direttore del Corriere della sera, nel bel mezzo dell'esplosione della ben più grave e profonda seconda recessione, quella da cui l'Italia è statisticamente appena uscita, ma con i 2/3 della popolazione ancora in sofferenza; perché evidenzia l'altro aspetto del fisco di cui si parla assai poco: le motivazioni propagandistiche della "*lotta all'evasione fiscale*" come diversivo rispetto all'assenza di una politica tributaria degna di questo nome.

Il contrasto all'evasione non è mai l'obiettivo della politica tributaria; ne rappresenta uno degli aspetti e per essere efficace deve essere pensata in stretto coordinamento con il sistema tributario.

In buona sostanza per non essere velleitarie o peggio controproducenti, come è avvenuto negli ultimi anni, le politiche di contrasto all'evasione presuppongono innanzitutto una buona conoscenza del tessuto economico su cui incidono le varie imposte; indi una distribuzione del carico fiscale che tenga conto delle condizioni economico- sociali reali dei diversi settori, vale a dire della capacità contributiva; ricordando che il contribuente è sempre uno solo e che moltiplicando le imposte senza un accorto coordinamento, si rischia di distruggere ricchezza non di ripartirla.

In questo senso l'impiego di strumenti di illusione finanziaria non è una manifestazione di scaltrezza politica: è semplicemente illegittimo perché contrasta con la trasparenza, quindi con il principio di affidamento, che negli ordinamenti democratici, ha valore costituzionale.

Da questo punto di vista, gli interventi che hanno accompagnato la riforma dell'IRPEF, aumentato il peso dell'IRAP nelle regioni del Mezzogiorno e redistribuito con modalità prive di trasparenza la riduzione dell'aliquota dell'IRES, rappresentano un esempio di scuola di interventi al di fuori di

qualsiasi disegno di politica tributaria, con l'unico scopo di aumentare ulteriormente il gettito e di attuare per questa via politiche distributive occultandone gli effetti.

All'interno di questo quadro di riferimento, in aperta contraddizione con le linee della riforma tributaria del 2003/05, che aveva puntato sul duplice obiettivo di favorire l'allargamento degli imponibili, per incrementare il gettito, riducendo parallelamente il peso delle imposte per rendere meno conveniente l'evasione, si inserisce come detto, a partire dal 2007 lo stravolgimento della struttura dell'IRPEF e il contemporaneo riallineamento dell'aliquota dell'IRES dal 33% al 27,5% (realizzato a costo zero, attraverso l'allargamento degli imponibili).

Un risultato reso possibile dalla revisione dei coefficienti, finalizzati ad alungare i tempi di ammortamento degli investimenti delle imprese, e dall'introduzione di un tetto alla deducibilità degli interessi passivi che superano il 30% del risultato operativo lordo (Ebitda). Una limitazione , presa a prestito dall' ordinamento tributario tedesco, con finalità anti elusive, che mal si adattava alla realtà italiana, caratterizzata dalla prevalenza di imprese di modeste dimensioni, con elevato costo del danaro, specie nelle regioni del Mezzogiorno; in ogni caso il modello tedesco prevedeva una franchigia di 1 milione di euro di interessi, assente nel modello italiano.

In buona sostanza l'aumentò mascherato dell'IRPEF e quello dei contributi a carico dei lavoratori, era stato utilizzato per finanziare la riduzione dell'IRES a carico dei redditi d'impresa e il taglio del cuneo fiscale. Una partita di giro che somiglia come una goccia d'acqua ad un raggiro, giocata ignorando il Parlamento, tagliato fuori da ogni possibilità decisionale e di controllo.

Questi interventi, privi di qualsiasi approfondimento sui profili di gettito e distributivi, sottratti al controllo parlamentare, avevano modificato profondamente gli assetti dell'imposizione sui redditi personali e d'impresa

fissati dalla legge 80/2003, aumentando la pressione fiscale nel 2007 di un altro 1,25%, (il governo aveva limitato la stima della crescita della pressione fiscale allo 0,6%), anche per effetto di una serie di misure di tipo amministrativo e di nuovi adempimenti tributari, finalizzati al contrasto dell' evasione fiscale, altrettanto improvvisate, spesso inutilmente onerose.

I decreti Bersani/Visco del Luglio e del settembre del 2006, avevano opportunamente chiuso alcuni varchi, specie in materia di evasione all'IVA nel settore dei trasferimenti immobiliari e in quello degli appalti nei lavori edili, con l'introduzione in quest' ultimo del reverse charge.

Tuttavia avevano affiancato queste misure con una moltiplicazione di appesantimenti burocratici e fiscali, e soprattutto con la revisione retroattiva degli studi di settore, già riformati nei due anni precedenti, la cui applicazione era stata estesa dal 2006 alle società di capitali.

Un terremoto fiscale che aveva accompagnato con effetti moltiplicativi sinergici le altre misure sulla struttura dell'IRPEF, sull'IRAP, sulla limitazione della deducibilità degli interessi passivi e degli ammortamenti nell'IRES su cui ci ssiamo già soffermati.

Una stretta fiscale senza precedenti, che avrebbe determinato nel 2007 un incremento della pressione fiscale più che doppio rispetto alle previsioni del Governo (+ 1,25% contro + 0,6%), e soprattutto una concentrazione dei versamenti delle imposte tra luglio e novembre tale da provocare una brusca frenata del PIL, passato dal + 2% dei primi 9 mesi del 2007 all' 1,5% su base annua. Un anticipo di quanto sarebbe avvenuto successivamente.

Ma questo non è tutto. Le misure attuate con la finanziaria per il 2007 avevano non solo smantellato, con pochi interventi mirati, la riforma tributaria introdotta con la legge 80/2003, travolgendo gli effetti positivi sul gettito delle principali imposte, registrato tra il 2004 e il 2006. Avevano anche attuato una ben dissimulata politica di aumento delle entrate per finanziare nuova spesa

pubblica, dopo i decreti legge Bersani - Visco del luglio e del settembre 2007, finalizzati, secondo le affermazioni del governo, al contrasto dell'evasione fiscale.

Quella politica, criticabile per avere sottratto al Parlamento qualsiasi margine decisionale, era stata affiancata da una gestione dei conti pubblici che aveva aggirato, stravolgendola, ogni regala di contabilità dello Stato, attribuendo gli incrementi del gettito determinati dall' aumento delle imposte, ai mirabolanti successi delle politiche di contrasto all' evasione fiscale messe in atto dal governo; e soprattutto impegnando per decreto legge le presunte maggiori entrate, a copertura di maggiori spese, prima di aver ottenuto l'autorizzazione del Parlamento con la manovra di assestamento del Bilancio.

Completava questo singolare modello di gestione del bilancio, fuori da ogni controllo parlamentare, l'affiancamento alla legge finanziaria di un decreto legge contenente misure con ricadute dirette sul bilancio dello Stato.

Una modalità *sui generis,* con lo scopo di occultare i reali effetti di gettito delle misure fiscali adottate dal governo Prodi tra il 2006 e il 2007, che aveva suscitato rilievi fortemente critici sia della Corte dei Conti, sia dell'UE.

La fine anticipata della legislatura, con il ritorno al governo del centro-destra nell'estate 2008, praticamente in coincidenza don l'esplosione della crisi fananziaria internazionale, aveva nel frattempo spostato l'attenzione politica del nuovo governo, dalla riduzione generale e strutturale delle imposte, impensabile in una fase recessiva acuta, all'attuazione del federalismo fiscale, per il quale occorreva anche il consenso, o in ogni caso un opposizione morbida da parte del centro-sinistra.

Nasce da questa coincidenza temporale di circostanze diverse, in buona parte fortuite, l'interesse comune delle principali forze politiche a spostare l'attenzione sulla crisi recessiva, esplosa a cavallo tra il 2008 e il2009, evitando ogni approfondimento degli effetti reali della politica tributaria attuata tra il

2006 e il 2007 dal Governo Prodi. Una politica disattenta ai principi giuridici, fortemente squilibrata dal punto di vista distributivo, inutilmente aggressiva nei confronti delle attività minori e delle famiglie.

Una politica estemporanea, priva di qualsiasi visione sistematica, confermata nei suoi aspetti meno convincenti, dai governi che si sono succeduti a partire dal 2008.

Basta guardare per convincersene alle politiche di contrasto all'evasione, sempre più urlate, sempre meno efficaci per contenere il fenomeno, che origina in buona parte dagli squilibri del sistema tributario, che ci si ostina a non vedere; sempre più recessive, per l'effetto di paralisi sull'economia che esse producono.

Basta pensare alle restrizioni sull'uso del contante, che non hanno uguale nessun altro paese d'Europa, del tutto inutili per contrastare l'evasione spicciola (figuriamoci la grande), ma fortemente recessive, per il blocco della circolazione degli assegni che le accompagna. Sia chiaro, non penso affatto ad una liberalizzazione dell'uso del contante e della circolazione degli assegni per cifre cospicue; ritengo invece che il limite dei 3000 euro alle operazioni in contanti, vigente in Francia, esteso alla negoziabilità degli assegni di pari importo, rappresenti un punto di equilibrio indispensabile per ridare fiato all' economia minore. Una realtà che non ha accesso al credito, ma da linfa alla domanda interna ed è il primo anello dell' occupazione, a partire dai giovani.

Rappresenta un dato di comune esperienza che, nonostante il divieto, acquistare in contanti un oggetto di qualche migliaio di euro, non presenta particolari difficoltà; mentre nessuno immagina di sostituire il credito informale, determinato dalla circolazione di assegni di importo modesto tra soggetti che si conoscono, con quello bancario, tutt'ora inesistente o comunque inaccessibile ai contribuenti minimi.

La demagogia fiscale, che alimenta talvolta le politiche di contrasto

all'evasione, è diventata una droga che viene somministrata in dosi sempre più massicce, con esiti sempre meno convincenti e costi sempre maggiori in termini di disincentivi a produrre e di rivvhezza distrutta. Occorre partire da un dato indiscutibile: in Italia come in tutti i paesi caratterizzati da una pressione fiscale elevata l'evasione è un fenomeno diffuso. Per poterlo contrastare è indispensabile conoscere il fenomeno nelle diverse articolazioni con cui si manifesta, intervenendo possibilmente sulle cause piuttosto che sugli effetti; il che equivale a dire che è stupido o peggio inutile cercare gli evasori, se contemporaneamente non si provvede a contrastare le cause che alimentano l'evasione, che in larga prevalenza sono interne al sistema tributario, agli squilibri dei suoi profili distributivi, ai meccanismi di riscossione nelle diverse articolazioni.

In buona sostanza contrastare l'evasione e stanare gli evasori non sono sinonimi; gli evasori vanno individuati attraverso attività di accertamento mirate, l'evasione si contrasta innanzitutto attraverso strumenti normativi che la rendano meno conveniente..

Pensiamo alle sanzioni penali per ritardato versamento di ritenute certificate da parte del sostituto d'imposta o di Iva dichiarata e non versata dai soggetti passivi. La normativa vigente fino al 2004 prevedeva una sanzione amministrativa del 30% rispetto al ritardato versamento. Una sanzione che, alla luce della consolidata giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo deve considerarsi per il suo carattere afflittivo, a tutti gli effetti penale. La nuova sanzione penale, introdotta dagli articoli 10 bis e 10 ter del dl.gs. 74/ 2000, ha quindi determinato una situazione di contrasto con il principio di civiltà giuridica "n*e bis in idem*", riaffermato recentemente dalla Corte EDU, proprio nei confronti dell'Italia (sentenza Grande Stevens).

Da ultimo il decreto delegato sul sistema sanzionatorio, ha introdotto un correttivo, stabilendo che il mancato versamento delle imposte dovute

costituisce una condizione di punibilità, che può essere risolta prima dell'apertura del dibattimento davanti al giudice penale, con il versamento dell'imposta.

Viene da chiedersi: non sarebbe stato assai più semplice ed efficace monitorare gli scostamenti significativi nei versamenti dei sostituti d'imposta, attraverso un software, in modo tale da evidenziare le situazioni abnormi?

È possibile che si continui a inseguire l'evasione fiscale con la produzione continua di nuove norme, prive di qualsiasi visione sistematica, perdendo di vista che questi continui mutamenti di indirizzo (è esemplare la vicenda degli studi di settore, del redditometro, dello spesometro), ricadono tutti sull'amministrazione finanziaria?

Veramente si può immaginare di contrastare l'evasione aumentando le imposte, appesantendone i costi burocratici, affidando alle sanzioni penali la tenuta del sistema?

Vi è in Italia un dato incontrovertibile; indipendentemente dal fatto che l'evasione sia più o meno ampia o diffusa, può dirsi con sufficiente sicurezza che questa, quantomeno come fenomeno di massa, non alimenta un tesoro nascosto di dimensioni favolose, che ove venisse alla luce risolverebbe ogni problema del Paese. Una recessione che, secondo le diverse regioni prese in esame dura da 6 ad 8 anni, ridicolizza questa tesi; questo non significa negare l'evasione, ma prendere atto che nel nostro Paese essa ha in prevalenza un profilo redistributivo tra i fattori, alimentato innanzitutto dalla pratica assai diffusa di corrispondere al nero la parte mobile del salario, in tutte le imprese in cui la dimensione e la concentrazione della proprietà in pochi soggetti lo consente.

In ogni caso si tratta di una redistribuzione della ricchezza prodotta, dai profitti ai salari, che intanto si realizza in quanto non è incisa da oneri fiscali e contributivi: se fosse costretta ad emergere, semplicemente sparirebbe.

Se qualcuno afferma di poter contrastare questo fenomeno colpendolo a valle, senza rimuovere le cause c' è un solo rimedio: chiamare la neuro.

Questa pratica, sulla quale ovviamente si sorvola, perché mette in evidenza gli squilibri interni al sistema tributario, trae origine da un fisco esoso ai limiti dell'incoscienza, dai profili distributivi inaccettabili che incorpora l'evasione anziché contrastarla. Pensare di trasformare l'impresa in un esattore delle imposte per conto dello Stato, senza porsi il problema dei limiti quantitativi da non superare, per non rendere conveniente per l'impresa la indeducibilità delle quote di salario corrisposte al nero, in luogo dei versamenti regolari anche sotto il profilo fiscale, conduce direttamente al cuore della crisi fiscale italiana; al volano che l'alimenta e la diffonde.

Un eccesso di imposizione fiscale e contributiva sui redditi da lavoro, molto superiore al vantaggio della deducibilità degli oneri fiscali e contributivi dal reddito d'impresa.

Riportare questa condizione di squilibrio distributivo degli oneri fiscali e parafiscali a carico dei redditi di lavoro, rispetto al reddito d'impresa, ad una condizione simile a quelle vigenti negli altri principali paesi europei, rappresenta la premessa per l'avvio di una efficace politica di contrasto all'evasione in questo settore anche in Italia.

Questo approccio, a ben vedere è l'unico possibile per affrontare seriamente l'annoso problema dell'evasione all'IVA, che in Italia è alimentata in larga misura dalla necessità per le imprese di occultare valore aggiunto per poter giustificare i minori ricavi documentati rispetto a quelli effettivi, allo scopo di contenere un carico fiscale altrimenti insopportabile. Il che equivale a dire che senza una riforma radicale dell'imposizione sui redditi, sarà sempre più difficile attuare politiche di contrasto all'evasione all'Iva realmente efficaci.

Quello che a me pare certo è che perseverare con una politica tributaria in cui dominano gli espedienti e il ricorso a meccanismi di illusione finanziaria

non porta da nessuna parte. Non occorre andare indietro nel tempo per trovare qualche esempio. Non mi riferisco al tentativo introdotto con la finanziaria per il 2015 di estendere il reverse charge alla grande distribuzione: non era una proposta seria, avrebbe aggravato i problemi di un settore in grande difficoltà, e ha fatto a Bruxelles la fine che meritava.

La mente va invece allo" split payment "nella pubblica amministrazione; un colpo di mano con cui l'Amministrazione finanziaria non solo si è appropriata del vantaggio insito nel meccanismo dell'IVA, che favorisce i soggetti passivi che, avendo effettuato parecchi acquisti nel periodo d'imposta considerato, dovranno versare al fisco una minore IVA a saldo , o andranno a credito.

Con questa misura la PA, trattenendo l'IVA sull' intero prezzo delle forniture, duplica almeno in parte l'imposta, diventando debitrice per la parte d'IVA già versata a monte dai fornitori dei propri fornitori. Un'operazione che non ha niente a che vedere con il contrasto all' evasione e molto con uno Stato autoritario che cambia le regole a proprio vantaggio.

Vi è un altro profilo ancora più indicativo, che la vicenda dello split payment ha posto in evidenza nei primi mesi di funzionamento.

Il governo nel presentare la proposta di modifica del regime dell'IVA nei confronti dei fornitori della P:A:, aveva sostenuto che con questa misura l'Amministrazione finanziaria avrebbe recuperato 790 milioni di euro, sottratti all'evasione fiscale. Nei primi cinque mesi di applicazione della misura i maggiori incassi di IVA ottenuti per questa via hanno superato 1,143 miliardi di euro; il che significa che a fine anno il saldo a favore del fisco, scontando i ritardi connessi con la prima fase di avvio dello split payment, potrebbe crescere in misura esponenziale. Ovviamente la dimensione del vantaggio per il fisco (e i maggiori oneri a carico dei fornitori) dipenderà dal rispetto del termine di tre mesi che l'Amministrazione si è data per rimborsare l'eccesso di IVA incassata: del che è lecito quantomeno dubitare.

Nel frattempo, grazie a questo ennesimo espediente, il gettito complessivo dell'Iva è cresciuto del + 0,7%, compensando il calo del 2,3% dei versamenti dell'IVA interna e quello dello 0,8% relativo alle importazioni. Un segnale incontrovertibile del fatto che la lenta ripresa dell'economia è trainata quasi esclusivamente dalle esportazioni.

L'aspetto singolare di questa vicenda di ennesima gestione disinvolta della finanza pubblica è che mentre la politica tributaria continua ad essere amministrata con modalità ed espedienti che in tempi lontani avremmo definito da suk arabo, ed oggi tipicamente italiane, il Governo sembra (finalmente!) impegnato a ridurre i costi degli acquisti di beni e servizi.

E' facile immaginare che nelle prossime forniture le imprese si rivarranno dei maggiori oneri finanziari; con tanti saluti ai risparmi a cui il governo giustamente tende.

4. La politica tributaria regressiva amplifica gli effetti della recessione nel Mezzogiorno, evidenziando il carattere nazionale della crisi fiscale

Occorre a questo punto una precisazione; ritengo che la crisi del Mezzogiorno sia istituzionale, prima ancora che politica ;in buona sostanza sia la spia della crisi delle nostre istituzioni rappresentative a partire dal Parlamento. Da questo punto di vista il fatto che nel governo della Repubblica non vi sia neppure un Ministro eletto in una delle 6 regioni del Mezzogiorno, in cui vive 1/3 della popolazione italiana è solo la spia della paralisi del nostro modello istituzionale e dell'assenza di rappresentatività che ormai lo caratterizza. Una condizione in cui, nello svuotamento della politica, dominano gli interessi meglio posizionati rispetto ai centri del potere reale, che non hanno interesse a modificare uno status quo che ne amplifica i privilegi, garantendone l'intangibilità.

Non è questo l'oggetto di interesse di queste note; credo invece che i dati che

Innovazione e Diritto

emergono dalla crisi del Mezzogiorno, che non a caso i mezzi d'informazione legati al potere cercano di derubricare a problema sociologico e a confinarlo sul piano territoriale, evidenzino una crisi fiscale che si estende a tutto il Paese e dunque vada corretta non per ragioni territoriali, che meriterebbero comunque attenzione, ma per motivazioni più generali, che attengono ai principi e al funzionamento della democrazia.

Certo vi è meno sud nelle regioni del Nord, ve ne è un po' di più in quelle dell'Italia centrale, ve ne è una maggiore concentrazione nelle regioni del Mezzogiorno. Ma com'è ovvio per un giurista, il problema non è di natura quantitativa o peggio territoriale; il localismo, almeno in Italia non è un sintomo della crisi dello Stato, ma uno dei principali fattori che la ha alimentata, per obiettivi di controllo politico della spesa pubblica a fini di consenso. Si tratta semplicemente di prendere atto che le politiche tributarie degli ultimi anni, a partire dal fisco, sono state talmente caratterizzate da regressività diffuse, da avere determinato un avvitamento recessivo che, nonostate la ripartenza del Pil, vede ancora esclusa la maggioranza degli italiani.

In buona sostanza nel Mezzogiorno vi è una maggiore concentrazione di esclusione; ma questa esclusione è un problema drammaticamente italiano, che riguarda milioni di famiglie diffuse, sia pure con concentrazioni diverse, in tutt'Italia.

Vediamo ora di comprendere in che misura, la politica tributaria, a partire dal 2007, abbia svolto un ruolo significativo nell'alimentare questa tendenza, nel lungo arco temporale che va dal 2008 sino alla soglia del 2015.

La tesi che cercherò di dimostrare, con un'analisi puntuale del rapporto tra fiscalità e recessione , è che il carattere fortemente regressivo della politica tributaria, abilmente dissimulato attraverso l'impiego diffuso di strumenti di illusione finanziaria, affiancato da una politica della spesa pubblica i cui tagli

(inevitabili) hanno colpito in una proporzione maggiore le aree sottoutilizzate, ha messo in luce una particolare situazione di sofferenza di queste aree, più concentrate nel Mezzogiorno, ma ampiamente presenti nel resto d'Italia.

In buona sostanza mi riprometto di dimostrare che i dati relativi ai diversi effetti della recessione nel periodo che va dal 2008 al 2014 compreso, più accentuati nelle regioni del Mezzogiorno rispetto a tutte le altre, non pongano in luce un ennesimo problema di tipo territoriale, legato cioè alle condizioni di minore sviluppo dei territori del Mezzogiorno, rispetto al resto del paese; ma che il minore livello dei redditi medi nelle regioni meridionali, pari al 56% rispetto alla media italiana, e il carattere accentuatamente regressivo assunto dalla politica tributaria a partire dal 2007, abbia fatto emergere una situazione critica nel Mezzogiorno che non è conseguenza del minore sviluppo di quei territori, ma la spia di un disagio più profondo.

Un disagio che riguarda il tanto Sud presente nel nostro Paese, dalla provincia di Bolzano, nel cuore delle Alpi con il reddito pro capite più elevato, a Enna il capoluogo di provincia di maggiore altitudine, che detiene il primato del tasso di disoccupazione.

Il primo dato da cui occorre necessariamente partire è che il sistema delle imposte sui redditi personali e di impresa è oggi essenzialmente quello ereditato dalla finanziaria 2007. L'aumento delle detrazioni IRPEF per una parte soltanto dei redditi da lavoro dipendente, introdotta nel 2014 con evidenti motivazioni elettoralistiche, non ha modificato lo schema del tributo, accentuandone i profili distorsivi.

Il secondo elemento di riflessione è rappresentato dal fatto che la crisi finanziaria che ha colpito i principali paesi ad economia avanzata, a cui ha fatto seguito una recessione di un'intensità a cui nessuno era preparato, concentrata in un periodo per fortuna breve, in Italia è stata il riflesso della crisi finanziaria internazionale, dalla quale il nostro sistema bancario nel

periodo 2009/ 2010 è stato sostanzialmente immune.

In questo scenario si inserisce il calo del tutto inatteso del Pil italiano nel 2008. A fine 2008 le previsioni dei principali centri economici erano concordi nel prevedere un Pil stazionario, o in regresso per qualche decimo di punto.

Il 1 marzo 2009 i dati dell'Istat presentarono agli italiani un film ben diverso. Secondo quelle prime stime nel 2008 il Pil italiano era calato dell'1,3% (-0,9% nel centro-nord, -1,6% nel Mezzogiorno). Successivamente, in seguito a una revisione dei meccanismi di calcolo del Pil a livello europeo, quel dato ha subito un significativo ridimensionamento. In base all'ultimo rapporto SVIMEZ, presentato a fine luglio, il calo del Pil in termini reali, registrato in Italia nel 2008, era stato di -0,4% con una riduzione di -0,2% nel centro-nord e dell'1,3% nel Mezzogiorno.

Una correzione che, se da un lato avvicina il dato dell'economia italiana 2008 a quello dei principali paesi europei, mette ancora in maggiore risalto gli effetti recessivi di misure fiscali che avevano concentrato maggiori incrementi di prelievo sui contribuenti titolari di redditi modesti.

Il crollo del prodotto interno lordo registrato nel 2008 nel Mezzogiorno, oltre tre volte superiore al dato nazionale è interessante perché ha poco a che vedere con la crisi incipiente esplosa nel settembre 2008 con il fallimento della Lemhan Brothers. Vale la pena di ricordare che la recessione innescata negli ultimi mesi del 2008, si era concentrata essenzialmente nella prima parte del 2009, ed aveva colpito con maggiore intensità da un lato i paesi che avevano importato in Europa la crisi finanziaria nordamericana; dunque innanzitutto l'Irlanda e la Gran Bretagna. Dall'altro i paesi manifatturieri, in particolare la Germania e l'Italia, colpiti entrambi dal crollo delle esportazioni.

A conferma di questo dato soccorre il calo del Pil nel 2009, pari al -5,2% su base nazionale, mentre nel Mezzogiorno l'effetto recessivo era stato un po' più contenuto, -4,3%. Esito questo facilmente comprensibile perché le esportazioni

incidono sul Pil delle regioni meridionali per circa la metà rispetto al dato nazionale.

Nel 2010, il Pil, a partire dal secondo semestre del 2009, trainato dalla ripresa delle esportazioni, aveva registrato un incremento dell'1,5%, concentrato nelle regioni del Nord la cui crescita era oscillata tra il +1,6% e il + 2% ed in quelle dell'Italia centrale il cui dato medio era stato pari al + 0,9%, mentre in tutte le regioni del Mezzogiorno l'andamento del Pil presentava ancora il segno meno.

IL 2011, in seguito alla crisi politica e alle conseguenti manovre speculative sul debito pubblico italiano, aveva registrato un forte rallentamento dell'economia, che non aveva comportato ancora una riduzione generalizzata del Pil, +0,2%, che si era concentrata ancora una volta nel Mezzogiorno, -1,4%.

Finalmente, alla fine del 2014, nell'ultimo trimestre, dopo 36 mesi, l'indicatore del PIL ha segnatouna crescita del prodotto interno lordo pari al +0,1%; l'ulteriore aumento dello 0,2% del Pil nel primo trimestre del 2015, e dello 0,3 nel secondo, indica che l'Italia è tecnicamente uscita dalla recessione; tuttavia mentre il calo del Pil nelle regioni del centro-nord è stato nel 2014 dello 0,2%, il Mezzogiorno è ancora in netta controtendenza con un calo del Pil dell'1,3% .

Questo dato deve essere interpretato con attenzione; sembra infatti indicare uno scarto nella crescita del Pil nelle aree che presentano un reddito pro capite significativamente più basso rispetto al del dato nazionale, simile a quello del 2008, che, come vedremo di seguito, era stato influenzato dall'aumento delle imposte sui redditi familiari e d'impresa a partire dal 2007.

Una conferma a questo ragionamento viene proprio dai dati sulla crescita del prodotto interno lordo nel 2006, l'anno in cui si erano manifestati pienamente gli effetti della riforma delle imposte sui redditi in applicazione della legge delega 80/2003. Nel 2006, il Pil era cresciuto in Italia del 2%, ma gli

incrementi maggiori erano stati registrati nelle regioni del Mezzogiorno, con la regione Calabria che aveva visto crescere il prodotto interno lordo del 3,6%. Qualcosa più di un indizio del ruolo che assumono i profili distributivi delle imposte sui redditi, in realtà caratterizzate da forti squilibri nella distribuzione dei redditi.

Se si tirano le fila della lunga recessione italiana, si scopre che in sette anni il calo del Pil in Italia in termini reali è stato pari a 8,7 punti percentuali, con picchi tra il 14% e il 15% nelle Regioni del Mezzogiorno. Per meglio comprendere questo dato di per se assai significativo occorre aggiungere che il gap tra le regioni del Mezzogiorno e il resto del Paese, dal lato della decrescita si è concentrato nel triennio 2012/2014, con la sola eccezione del 2008, su cui aveva pesato il ruolo fortemente recessivo delle misure fiscali introdotte tra il 2006 e il 2007, richiamate in precedenza.

L'ulteriore forte calo del Pil nelle regioni del Mezzogiorno registrato nel 2014, sembra indicare una stabilizzazione degli effetti recessivi della politica tributaria, la cui concentrazione territoriale non deve condurre a conclusioni affrettate. Sono le fasce della popolazione meno favorite sotto il profilo reddituale, diffuse ed in crescita in tutt'Italia, ad essere colpite dagli effetti di una politica tributaria dissennata, che dopo avere decentrato oltre il 50% delle decisioni che determinano la spesa pubblica, ha accompagnato i tagli dei trasferimenti agli Enti di decentramento con l'autorizzazione ad aumentare le imposte, le tasse, le tariffe, e quant'altro, praticamente senza limiti.

Cerchiamo ora di analizzare gli indicatori più significativi, per cercare di capire che cosa è davvero avvenuto nell'ultimo quadriennio; anche per comprendere, con riferimento alla finanza pubblica, se la recessione molto più elevata registrata nelle Regioni meridionali nel periodo considerato, sia stata originata in prevalenza dalle condizioni territoriali specifiche di quelle aree, ovvero abbia altre motivazioni che attengono agli indirizzi delle politiche

pubbliche.

In buona sostanza si tratta di capire se le ragioni del crollo del Pil nelle regioni del Mezzogiorno, a partire dal 2008, abbiano in prevalenza cause endogene, ovvero se la rigidità delle politiche pubbliche nazionali anticrisi, si siano dimostrate inidonee ad offrire risposte adeguate alle diverse caratteristiche che la recessione ha assunto nelle varie aree del Paese.

Richiamo l'attenzione su pochi dati. Negli anni della recessione tra il 2008 il 2014, il Pil è calato in Italia di -8,7 punti percentuali, contro gli oltre 13 punti che hanno caratterizzato nello stesso periodo l'insieme delle regioni meridionali.

Tra il 2008 il 2014, in Italia si sono persi poco più di 800.000 posti di lavoro, di questi 575.000 sono concentrati nelle regioni del Mezzogiorno.

Nel 2014 il tasso di occupazione dei giovani (tra 15 e 34 anni) registrato nelle regioni del centro-nord è stato pari al 47% (dato di per sé drammatico) mentre nel Mezzogiorno il dato ha superato di poco il 26%. Il tasso di occupazione totale nelle regioni del Mezzogiorno supera a malapena 50% contro il 71% delle regioni del centro-nord.

Tra il 2012 il 2014 il flusso migratorio dalle regioni del sud verso le altre aree del paese ha presentato un saldo al netto dei rientri di circa 750.000 unità, di cui 530.000 giovani. Il totale degli emigranti in possesso di laurea nello stesso periodo ha superato le 200.000 unità.

Completa questo scenario negativo quello relativo al numero medio di figli per donna che nel 1980 era nel Mezzogiorno pari a 2,20 contro l'1,31 attuale, ben inferiore a quello registrato nel centro-nord pari a 1,43.

Sempre nel periodo 2008/2014, le spese per consumi delle famiglie si sono ridotte del -5,5% nelle regioni del centro-nord e del -13,6% in quelle del Mezzogiorno.

Sul piano più generale dei fattori di crescita, il dato sicuramente più

negativo ed allarmante è rappresentato dal calo degli investimenti privati, diminuiti nel periodo 2008/ 2013 del -24,5% nelle regioni del centro-nord, contro un calo nel Mezzogiorno del 33%.

Anche le indicazioni che vengono dagli investimenti pubblici presentano un quadro tutt'altro che favorevole. Negli anni tra il 2008 e il 2012 la PA ha registrato una contrazione della spesa di 20 miliardi di euro, per un totale che nel 2012 ha sfiorato i 50 miliardi; la quota localizzata nelle regioni Meridionali ha oscillato intorno al 34% del totale. Una percentuale non trascurabile, anche se inidonea a ridurre il gap di infrastrutture delle regioni meridionali; occorre tuttavia aggiungere che se alla spesa diretta della P:A. si somma quella effettuata dalle imprese pubbliche nazionali e locali, pari a oltre 25.miliardi di euro nel 20012 , la percentuale della spesa in conto capitale destinata al Mezzogiorno è inferiore al 30% del totale.

Un livello ben inferiore al rapporto territorio/popolazione tra il Mezzogiorno e il resto d'Italia, che evidenzia il carattere depressivo assunto dalla spesa pubblica negli anni della recessione.

A prima vista questo scenario così allarmante delineato dalle regioni del Mezzogiorno non ci dice se questo sia in prevalenza l'effetto di provvedimenti straordinari, legati alla crisi recessiva, la cui durata è limitata a un arco temporale predefinito, ormai in via di esaurimento, ovvero abbia assunto caratteri strutturali.

Un dato sembra comunque certo: la possibilità di una ripresa degli investimenti pubblici, che faccia da traino anche alla crescita di quelli privati, a partire dal Mezzogiorno, è strettamente connessa con una riorganizzazione del sistema pubblico, sia statale sia decentrato, capace di ridurre la spesa corrente. Un profilo delicato, nel quale il cammino da compiere, in salita, è tutt'altro che facile o breve.

Più interessante dal punto di vista dell'analisi del ruolo delle politiche

pubbliche sulla crisi del Mezzogiorno è invece l'esame dei dati relativi agli effetti prodotti dal fisco nelle Regioni osservate; se da questi dati dovesse emergere che una quota significativa della recessione nelle regioni meridionali è riconducibile alle caratteristiche distributive assunte dal sistema tributario, a partire dalle imposte sui redditi, se ne potrebbero trarre utili indicazioni sulle linee correttive lungo cui occorrerà far evolvere il sistema tributario con l'obiettivo di rilanciare una crescita equilibrata in tutto il Paese.

5. Il ruolo dei tributi locali nell'avvitamento recessivo del triennio 2012/2014

Nella prima parte di questo studio, ho già avuto modo di sottolineare il carattere regressivo delle compartecipazioni al gettito dei tributi erariali riferibili al territorio, attuato attraverso le addizionali all'IRPEF. Ho già indicato come la sostituzione della *no tax area* e della *family area* con detrazioni d'imposta, abbia determinato l'attrazione nell'area di applicazione delle addizionali, della quota di reddito precedentemente esente, in quanto non espressiva di alcuna capacità contributiva.

Un allargamento dell'area dell'imposizione attuata in modo poco trasparente, in evidente contrasto con il principio di capacità contributiva, per la buona ragione che le detrazioni d'imposta decrescenti, incidono sull'imposta netta ma non sulle addizionali; quest'ultime infatti sono calcolate sul reddito, al lordo delle detrazioni che si applicano all'imposta da versare all'erario ma non alle addizionali regionali.

Questo schema si presta a fondate critiche, non tanto per il suo carattere proporzionale, ma per il fatto di essere calcolato in percentuale della base imponibile dell'IRPEF è e non sull'imposta netta; in quest'ultima ipotesi infatti l'addizionale resterebbe proporzionale, ma non sarebbe regressiva in quanto applicata all'imposta netta (progressiva).

Innovazione e Diritto

Questo questo profilo distributivo strutturale, assunto dalle addizionali all'Irpef dal 2007, in seguito al forte incremento delle addizionali regionale e comunale, deciso dal governo Monti nel 2012, ha contribuito ad amplificare tra il 2012 il 2014 i profili recessivi della stretta fiscale, concentrandone gli effetti in prevalenza sui tributi locali, di più immediata percezione.

Basta pensare alla rivoluzione che ha caratterizzato in quel periodo la fiscalità immobiliare, con la sostituzione dell'IMU all'ICI, che ha investito in modo indiscriminato la casa d'abitazione, le seconde case, i capannoni industriali (anche inutilizzati), ed in genere tutta la proprietà immobiliare, compresi i "macchinari imbullonati").

Quanto alla TASI, introdotta nel 2014 per abbattere il peso dell'IMU sulla casa di abitazione, la nuova imposta sui "**servizi indivisibili**" ha inciso sull'abitazione principale per 3,4 miliardi di euro; trattandosi di un'imposta proporzionale, lo sconto maggiore si è concentrato sulle abitazioni caratterizzate da rendite catastali più elevate.

Un dilettantismo fiscale sconcertante, sul quale tuttavia non è lecito ironizzare, visti gli effetti recessivi che ha prodotto e che continua ad alimentare, frenando la crescita in una fase del ciclo economico per altri versi favorevole.

Una conferma a queste osservazioni viene da una serie di dati raccolti dalla Banca d'Italia, sugli effetti della fiscalità degli enti territoriali tra il 2012 e il 2014. Il lavoro, i cui aspetti più significativi sono stati illustrati, dandovi ampia diffusione, da *il sole 24 ore* il 17 agosto, compara gli effetti delle nuove imposte locali, addizionali IRPEF; IRAP; IMU; TASI, nelle diverse regioni italiane, sulla base di tre modelli di famiglia tipo (reddito medio, reddito alto, reddito basso), la prima con un reddito di 43000 € all'anno, la seconda con un reddito di € 113.000, la terza con un reddito pari a € 18.000. Tutte e tre le famiglie vivono in casa in proprietà; quella a reddito più elevato è composta da due coniugi che

svolgono entrambi un'attività di lavoro autonomo assoggettata all'IRAP; mentre quella caratterizzata da un reddito modesto è titolare di un reddito da pensione; solo le famiglie a reddito medio è medio-alto posseggono un'automobile.

Per la famiglia a reddito medio, l'incidenza dei principali tributi locali sul reddito prodotto nel 2014, va da € 2400 della Campania, con un'incidenza del 5,6% e da 2287 del Lazio, pari al 5,3% % per giungere infine al 3,4% della Basilicata e al 2,9% della Valle d'Aosta. Praticamente in tutte le regioni tra il 2012 e il 2014 si assiste ad un forte aumento dell'incidenza dei tributi locali sui contribuenti appartenenti alla fascia di reddito medio. La crescita maggiore si registra in Abruzzo, + 25% ; in altre cinque regioni (Calabria, Molise, Sicilia, Lombardia, Toscana), gli incrementi vanno dall'11,9% della Toscana, al 17,2 della Lombardia; non va molto meglio in Veneto, Sardegna, Marche, Puglia, Liguria e Campania, che nell'arco di due anni registrano incrementi tra il + 7,1% e il 9,9%, mentre in Emilia-Romagna e in Basilicata, l'aumento del prelievo locale è un po' minore, superiore comunque al + 5% .

Per la famiglia tipo a reddito medio il forte aumento dell'imposizione locale è dovuto principalmente alla crescita dell'addizionale all'IRPEF e delle imposte sull'abitazione, su cui ci siamo soffermati in precedenza.

Ancora più indicativo appare il dato relativo alle famiglie a basso reddito. In tutte le regioni l'incidenza del prelievo locale sul reddito disponibile è maggiore rispetto a quella delle famiglie a reddito medio; si va da un massimo del 6,6% della regione Lazio a un minimo del 3,2% della Valle d'Aosta. In 15 regioni su 18 l'incidenza media è pari o superiore a 4%, mentre nelle regioni a reddito medio sono 8 le regioni che presentano un'incidenza minore del 4%.

Lo studio non ha potuto tener conto dei dati delle province regionali di Trento e Bolzano perché in Trentino-Alto Adige le imposte immobiliari sono calcolate con modalità differenti, che renderebbero disomogeneo il confronto.

I dati relativi alle famiglie a reddito elevato sembrerebbero contraddire la tesi del carattere regressivo dell'imposizione locale; l'incidenza media dei tributi locali è infatti di un paio di punti percentuali superiore a quella delle famiglie a basso reddito.

Si tratta tuttavia di un dato non omogeneo perché la famiglia campione a reddito elevato è assoggettata all'IRAP; senza questo tributo anomalo, sempre meno giustificabile alla luce dell'eliminazione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, l'incidenza del prelievo locale sarebbe decisamente più contenuta, ed in ogni caso inferiore a quella delle famiglie a reddito più modesto.

Questa valutazione è confermata dalla circostanza che nelle famiglie a reddito elevato la maggiore incidenza dell'imposizione locale si registra nelle 6 regioni (Lazio, Campania, Molise, Calabria, Sicilia, Puglia), che applicano l'aliquota IRAP maggiorata (5,1%), per coprire il disavanzo della gestione della sanità.

Se dai profili distributivi del prelievo locale, relativi alle diverse regioni, si passa a considerare quelli medi, forse più interessanti per comprendere gli effetti dell'incidenza dei tributi locali sulla domanda interna, non mancano ulteriori sorprese. La quota della prelievo locale a carico della famiglia media nel 2014 è pari a € 1943, con un'incidenza sul reddito complessivo del 4,5%, in crescita di quasi il + 6% rispetto al 2012.

La famiglia a basso reddito, sempre nel 2014, ha invece corrisposto mediamente € 958 con un'incidenza del 5,3%; questa tipologia di contribuente registra un calo dell'imposizione locale del - 5,2%, rispetto all'anno precedente per la riduzione di € 80 dell'imposta sull'abitazione (IMU e TASI). In ogni caso l'incidenza delle imposte locali è per i redditi bassi di circa un punto superiore a quella dei redditi medi.

Il dato medio di maggiore interesse è tuttavia quello relativo alla famiglia

ad elevato reddito, pari a € 113.000; per questa tipologia di contribuente, lo studio della Banca d'Italia ha calcolato un'imposizione locale media pari a € 7649, in crescita dell'1,8% rispetto all'anno precedente: l' incidenza sul reddito complessivo è pari al 6,7%.

A una lettura frettolosa questi dati sembrano indicare "*solo*" un eccesso di prelievo a carico delle famiglie meno fortunate; ma non è così. Occorre infatti sottolineare che i dati relativi alla famiglia tipo ad elevato reddito sono poco significativi perché a quei livelli reddituali, le famiglie titolari di redditi da lavoro dipendente sono ben più numerose di quelle che svolgono attività di lavoro autonomo o d'impresa, che oltre all'IRPEF sono tenute ad assolvere anche l'IRAP.

Nel conto dell'imposizione fiscale locale della famiglia ad elevato reddito occorre considerare che nel campione considerato, l'IRAP da sola vale quasi € 3200; se lo studio della Banca d'Italia, nel determinare la famiglia a reddito più elevato avesse preso in considerazione i redditi da lavoro dipendente anziché da lavoro autonomo, il fisco locale avrebbe pesato mediamente per € 4440, con un'incidenza rispetto al reddito, di questa famiglia, pari al 3,9% .

In buona sostanza se si confrontano i redditi delle tre famiglie tipo, appartenenti alla stessa tipologia di attività (lavoro dipendente, lavoro autonomo, impresa individuale), e non a percettori di redditi caratterizzati da regimi tributari diversi, l'esito sarebbe capovolto.

La famiglia a basso reddito con un con un carico tributario locale pari a € 958 ed un'incidenza del 5,3% sarebbe proporzionalmente la più colpita; quella a reddito medio, con un carico locale di € 1943, si collocherebbe nel mezzo con un incidenza media del 4,5%; mentre la famiglia più fortunata, caratterizzata da un reddito oltre due volte mezzo superiore a quello della famiglia media, con un'imposta pari a € 4440 evidenzierebbe un'incidenza dei tributi locali del 3,9%.

Con queste precisazioni, evidenziate opportunamente anche dal *Il sole 24 ore*, lo studio della Banca d'Italia, offre un contributo di chiarezza utile per comprendere le difficoltà che incontra l'economia italiana a ripartire. Da esso, pur nella sua sinteticità, emerge sia il carattere fortemente regressivo della fiscalità locale; sia il ruolo profondamente distorsivo assunto dal vigente modello di imposizione dei redditi personali e dall'IRAP.

Gli elementi di forte criticità dal punto di vista dei profili distributivi delle principali imposte locali, evidenziati dei dati raccolti dalla Banca d'Italia, trovano conferma nella relazione sulla dinamica della finanza pubblica degli enti territoriali predisposta dalla sezione Autonomie della Corte dei Conti, inviata al Parlamento a fine luglio.

Dalla relazione si evince che negli anni della crisi recessiva, tra il 2008 e il 2014 gli enti territoriali, per i vincoli imposti dal patto di stabilità, hanno subito correzioni di spesa per 40 miliardi di euro, con un taglio dei trasferimenti a carico dello Stato per oltre 22 miliardi e dei finanziamenti destinati alla sanità regionale pari a 17,5 miliardi . Ne è seguito, a partire dal 2011 un aumento della pressione fiscale locale, accompagnato da una contrazione delle funzioni extra sanitarie da parte delle Regioni.

Dalla relazione della Corte dei Conti, emerge non solo una conferma delle indicazioni contenute nello studio della Banca d'Italia; viene infatti in rilievo, con ancora maggiore chiarezza, il fortissimo incremento che ha caratterizzato l'addizionale regionale e comunale all'IRPEF e l' imposizione immobiliare tra il 2011 e il 2014.

L'addizionale regionale all'IRPEF in soli quattro anni è cresciuta di oltre il 30%, lievi tando da € 8,4 miliardi nel 2011 a € 10,69 miliardi nel 2014. A livello comunale nello stesso periodo è andata molto peggio; mentre l'addizionale comunale all'IRPEF passando da 2,91 miliardi nel 2011 a 4,16 del 2014 è cresciuta *solo* del 40%, l'imposizione immobiliare, nel passagio dall'ICI (2011),, all'IMU e

ritorno (con l'attribuzione di una quota dell'IMU statale ai comuni), alla TASI (2014), e all'introduzione dell'IMU agricola, ha visto lievitare il gettito da € 9,8 miliardi a € 21,4 miliardi miliardi (compresa l'IMU agricola incassata nel 2015 ma di competenza del 2014).

In buona sostanza rileva la Corte dei conti, il decentramento fiscale ha scaricato sui cittadini il peso delle manovre di riduzione dei trasferimenti a favore dei comuni e delle regioni (meno 40 miliardi) con effetti molto contenuti sul contenimento della spesa pubblica, innescando una spirale recessivo/depressiva fuori controllo.

Una condizione di stress fiscale crescente, amplificato dalla forte crescita dell'imposizione immobiliare, in cui l'esenzione dell'IMU sulla prima casa, è stata in buona parte compensata dall'introduzione della TASI (3,2 miliardi) e dalla regressività delle addizionali IRPEF, il cui peso è aumentato tra il 30% e il 40% in 4 anni; un incremento della pressione fiscale dal lato dei comuni, che ha accentuato il carattere depressivo delle politiche di bilancio attuate a partire dal 2011, specie sotto il profilo tributario.

In conclusione, ritornando al punto da dove eravamo partiti, ossia al ruolo giocato dalle politiche pubbliche nell'amplificare gli effetti della crisi nelle regioni del Mezzogiorno, mi sembra di poter sostenere, sulla base delle indicazioni richiamate in precedenza, che per il Mezzogiorno, incentivi mirati per rilanciare insieme ,occupazione e produzione di reddito, potranno anche tornare utili. Ma la precondizione perché una politica di sostegno alla crescita possa avere successo è rappresentata da una riforma profonda dell' ordinamento tributario, a partire dalle imposte sui redditi, di cui abbiamo evidenziato i profili distributivi vigenti, semplicemente insostenibilii, alla luce degli effetti prodotti sulla dinamica del PIL nelle diverse regioni italiane. Un fisco nuovo per attuare una ricomposizione unitariataria dell'ordinamento tributario conforme ai principi costituzionali.

Non mi sfugge che la depressione che avvolge il Mezzogiorno da otto anni, non è comparabile alle tante difficoltà che hanno caratterizzato il resto d'Italia nello stesso periodo. So bene che oltre 2/3 dei nostri concittadini che dispongono di un reddito di € 1000 al mese sono concentrati nel Mezzogiorno.

Ma una cosa è sopravvivere con poco in una grande area depressa, altro e cercare di farlo nelle stesse condizioni reddituali nelle zone in cui il benessere diffuso è ancora visibile. Mentre nelle aree sottoutilizzate la società si chiude in se stessa e i più giovani emigrano, nelle altre le condizioni di disagio crescente determinano una frattura all'interno del tessuto sociale più difficile da sanare, con effetti disgreganti ancora più gravi ed incontrollabili.

Dunque una riforma che abbia al centro i tanti Sud presenti in Italia, non soltanto nel Mezzogiorno, secondo una linea di inclusione che prima ancora di avere valore etico e economico, risponde ad una profonda esigenza di democrazia.

6. Conclusioni

Queste note sono il frutto di una riflessione maturata nel corso degli anni analizzando il ruolo di freno allo sviluppo svolto dalla politica tributaria, salvo brevi parentesi nel corso degli ultimi 20 anni, ed anticipano un lavoro più impegnativo, sull'intreccio tra crisi delle istituzioni, rallentamento della crescita economica e fisco.

Il taglio di questo articolo mi è stato suggerito dal sempre più evidente intreccio tra recessione, depressione e fiscalità , ma l'occasione è stata offerta dall' orgia di luoghi comuni e di banalità ferragostane che hanno accompagnato il rapporto sulla crisi, visto dal punto di osservazione del Mezzogiorno, pubblicato a fine luglio dalla SVIMEZ. Nulla di veramente nuovo emerge dalla lettura del rapporto, che racconta una realtà non dissimile da quella fotografata dalla SVIMEZ negli anni precedenti, che il volgere del tempo

contribuisce ad accentuare.

Ma sentir parlare di Mezzogiorno che si piange addosso e di mancanza di capitale sociale, di fronte all'emigrazione dalle regioni del Mezzogiorno in tre anni di quasi 800.000 persone di cui 580.000 giovani e oltre 200.000 laureati mi è sembrato francamente troppo.

Senza perdere di vista che confinare la questione dell'eccesso di fiscalità al Mezzogiorno, senza i necessari approfondimenti sistematici, è il modo migliore per accantonarla rapidamente; queste note, al contrario, hanno evidenziato che il tema degli squilibri distributivi della nostra principale imposta, l'IRPEF, non ha nulla di territoriale, essendo conseguenza diretta dell'architettura deformata del tributo.

Ho cercato quindi di evidenziare il ruolo di catalizzatore sinergico dei processi recessivi prodotto dalla riforma dell'IRPEF e dell'IRES del 2006/2007. Partendo dal brusco freno dell'economia nell'ultimo trimestre del 2007, ho messo in evidenza lo stretto collegamento tra il crollo del Pil registrato nel Mezzogiorno nel 2008 e le regressività diffuse introdotte nel sistema tributario nei due anni precedenti, per finanziare l'aumento della spesa pubblica deciso dal Governo Prodi.

Dall'indagine degli effetti delle manovre tributarie di quegli anni è emerso in modo chiaro il carattere strutturale dei profili recessivi assunti dalle imposte sul reddito dopo la riforma del 2007. Ma certo questa affermazione così netta non sarebbe stata possibile, senza le manovre fiscali decise a cavallo tra la fine del 2011 e l'inizio del 2013 da parte del governo Monti.

Una serie di interventi sia dal lato della spesa sia tributari, eccessivi nelle dimensioni e privi di equilibrio dal punto di vista distributivo; un'applicazione burocratica dell'idea che *"per produrre gettito, non vi sia nulla di più efficace del tassare i poveri, perché sono tanti*!"

In buona sostanza l'aumento dissennato delle addizionali IRPEF e dell'

imposizione immobiliare, concentrato in quel breve arco temporale, ha fatto emergere la moltiplicazione degli effetti recessivi strutturali, assunti dall'IRPEF a partire dalla riforma del 2007, nei confronti dei percettori di redditi modesti, richiamati nel rapporto della Corte dei Conti al Parlamento del luglio scorso.

Lo stesso può dirsi dello studio della Banca d'Italia sull'incidenza nel 2014 del fisco locale su tre modelli di famiglia tipo, su cui ci siamo soffermati in precedenza; l'attribuzione dell'IRAP alla famiglia a reddito elevato, se voleva offrire un quadro più presentabile dei profili distributivi della fiscalità locale, ha prodotto l'effetto inverso di evidenziarne l'incostituzionalità.

L'altro aspetto, di rilievo non minore che ho evidenziato in queste note, anch'esso favorito dagli squilibri distributivi ad elevato indice di regressivi tà che hanno caratterizzato gli interventi sul fisco nel periodo osservato, è rappresentato dalle ricadute sull'insieme del territorio nazionale di quelle misure, i cui effetti appaiono maggiormente concentrati nel Mezzogiorno, solo perché il reddito medio pro capite in quelle regioni è molto inferiore al dato nazionale.

Un profilo che evidenzia il grado di allontanamento dell' ordinamento tributario dal sistema di principi e di equilibri delineato dalla Costituzione repubblicana.

Non è ovviamente questa la sede per affrontare, neppure a volo d'uccello le possibili linee guida di una riforma dell'IRPEF conforme ai principi costituzionali; mi preme solo di sottolineare che qualsiasi intervento parziale sulle aliquote, aggraverebbe soltanto i problemi, accentuando le disparità di trattamento. In ogni caso la crisi dell'IRPEF è la dimostrazione che l'ordinamento tributario italiano è ormai sfuggito ad ogni regola giuridica; una questione centrale su cui non a caso si era soffermato un osservatore attento di cultura liberale come Piero Ostellino.

Un tema che, per la sua centralità, penso potrà stimolare nei prossimi mesi un proficuo confronto.

Senza perdere di vista che la ricerca della ricchezza nascosta, quando è tale solo perché ignota al fisco, può rappresentare un esercizio virtuoso; purché l'impegno a scovare la ricchezza non osservata, non faccia perdere di vista quanta ricchezza reale è stata distrutta in Italia negli ultimi anni, anche dal fisco.

Principio di legalità e sanzioni tributarie*

di Lorenzo del Federico

Abstract
The paper analyzes the relationship between administrative tax penalties and the principle of legality on the basis of articles 23 and 25 second paragraph of the Constitution, highlighting the general principles with art.25 , which also extend to administrative penalties, governed by dl.gs.472/1997 .
The study therefore focuses on the institutions of liberalizing , of abolitio criminis and the lex mitior, reconstructing , through a large series, the full applicability of the tax penalties. The paper concludes with an analysis of operations of the principle of legality in the tax regulations of the local authorities to identify the extent to which and allowed them to apply provisions reward (amnesties)

SINTESI
Il lavoro affronta il rapporto tra sanzioni amministrative tributarie e principio di legalità, alla luce degli articoli 23 e 25 II° comma della Costituzione, evidenziando la portata generale dei principi recati dall' art. 25, che si estendono anche alle sanzioni amministrative, regolate dal dl.gs.472/1997. Lo studio si sofferma quindi sugli istituti del favor libertatis, dell' abolitio criminis e della lex mitior, ricostruendone,attraverso un ampia casistica, la piena applicabilità alle sanzioni tributarie. Conclude l'articolo l'analisi dell'operatività del principio di legalità nei regolamenti tributari degli enti locali e l'individuazione degli stretti limiti entro cui e consentito agli stessi di applicare disposizioni premiali (condoni).

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le basi costituzionali del principio di legalità per le sanzioni amministrative tributarie – 3. Il principio di legalità ed i suoi corollari nel D. Lgs. n. 472/1997 – 4. *Favor libertatis, abolitio criminis* e illecito amministrativo tributario – 5. Segue: la *lex mitior* – 6. Il principio di legalità ed i regolamenti tributari degli enti locali – 7. Il problema dei condoni per i tributi locali

*Ordinario di Diritto Tributario Univesità di Chieti – Pescara;
Direttore del Centro Inter. Ric. Trib. Eu., CIRTE – Roma

1. Premessa

Il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative tributarie si pone come tema classico, al centro dei tradizionali dibattiti sul sistema sanzionatorio tributario, anche se, dopo la riforma del 1997, l'attenzione si è spostata sull'ambito applicativo dell'art. 3 del D. Lgs. n. 472/1997, rubricato appunto "Principio di legalità", piuttosto che sul risalente profilo delle sue basi costituzionali[1].

Tuttavia prima di esaminare l'art. 3 cit., è quanto mai utile un inquadramento del principio di legalità nella prospettiva delle garanzie costituzionali.

Come è noto si discute se per le sanzioni amministrative tributarie -così come per le sanzioni amministrative generali - la norma costitutiva della riserva di legge debba essere rinvenuta nell'art. 23 Cost., relativo alle prestazioni imposte, o nell'art. 25, 2 co., Cost., che per la *"materia penale"* contempla la riserva di legge, il principio di tassatività ed il divieto di retroattività.

La questione non può certo ritenersi superata dall'art. 1 della L. 24.11.1981, n. 689, specificamente rubricato "Principio di legalità", che ha positivizzato i principi di riserva di legge, irretroattività e divieto di analogia, giacché si tratta di norma di legge ordinaria, che lascia irrisolto il problema sul piano dei principi costituzionali[2]. Ed, ovviamente, analoghe considerazioni vanno svolte

Innovazione e Diritto

---

* Il presente scritto riprende l'analogo contributo destinato al Trattato di diritto sanzionatorio tributario, doganale e valutario, di futura pubblicazione per i tipi della Giuffrè, diretto da A. Giovannini e curato da E. Marzaduri ed A. di Martino.

[1] V. ad es.: BATISTONI FERRARA, *La riforma del sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in Riv. G.d.F., 1997, 1429; ID, *Il nuovo sistema sanzionatorio. Principi generali (legalità, favor rei, imputabilità, colpevolezza, cause di non punibilità)*, in Fisco, 1999, 11355; GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in Dir. prat. trib., I, 1997, 1196. MARONGIU, *La nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie*, *ibidem*, 1998, I, 264.

[2] Talvolta la giurisprudenza riconduce l'art. 1 cit. all'art. 25 Cost., v. ad es. Cass., 22.10.1991, n. 1195.

a proposito dell'art. 3 del D. Lgs. n. 472/1997[3].

2. Le basi costituzionali del principio di legalità per le sanzioni amministrative tributarie

La dottrina prevalente, per le sanzioni amministrative generali e per quelle tributarie, ritiene operante la riserva di cui all'art. 23 Cost.[4].

A prima vista il problema potrebbe apparire di poco conto, almeno in relazione alla riserva di legge, giacché pur non applicandosi l'art. 25, 2 co., Cost. la *garanzia* sarebbe pur sempre assicurata dall'art. 23.

---

[3] Per coloro che limitano i principi costituzionali di cui all'art. 25, 2 co., Cost., alla sola materia penale in senso stretto, tali norme stanno a significare l'innovativo allargamento dell'ambito applicativo dei principi; viceversa per coloro che ritengono operanti le garanzie costituzionali in questione per l'intero diritto punitivo, e quindi anche per le sanzioni amministrative, si tratta di mere conferma, disposte dal legislatore ordinario per esigenze di sistematicità, ed anche per fugare, sul piano del diritto positivo, i dubbi sull'effettiva portata dell'art. 25, 2 co. (v. *infra*).

[4] Per l'applicabilità dell'art. 23 Cost.: PALIERO – TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 139; CAPACCIOLI, *Prìncipi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Atti del Convegno di Sanremo*, 21-22 ottobre 1978, *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 134-135; PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova 1988, 224; COPPA - SAMMARTINO, *Sanzioni tributarie*, in Enc. Dir., 421; CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano 1999, 47; ed in giurisprudenza Cass., sez. I, 6.11.1999, n. 12367.

Per l'applicabilità dell'art. 25 Cost.: DUS, *Teoria generale dell'illecito fiscale*, Milano, 1957, 117; CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in Enc. Dir., 126; MICHELI, *Legge (diritto tributario)*, in Enc. Dir., 1089; RASTELLO, *Ingiustificato faticoso cammino della giurisprudenza verso la completa edificazione giuridica secondo la concezione penalistica dell'illecito amministrativo tributario punito con la pena pecuniaria*, in Riv. dir. fin., 1979, II, 238; G. BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982, 291; BACHELET, *Problemi e prospettive della "depenalizzazione" delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, IV, 2244; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983, 72 e seg. e seg.; CASETTA, *Illecito penale ed illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982, 56; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna 1983, 162; VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella legge 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983, 33; ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo*, Milano, 1990, 205; RIONDATO, *Art. 1*, in AA.VV., *Commentario delle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di F. Moschetti e L. Tosi, Padova, 2000, 52 e seg.

Innovazione e Diritto

Peraltro anche limitatamente al solo tema della riserva di legge (prescindendo almeno per ora dalle connesse problematiche della retroattività e della tassatività) la portata delle due norme non coincide[5].

Si appalesa in primo luogo la diversa natura delle due riserve[6], così come concepite da una parte della dottrina: di tipo assoluto quella di cui all'art. 25, 2 co., di tipo relativo quella di cui all'art. 23[7]; peraltro la Corte Costituzionale ritiene entrambe le riserve di tipo relativo[8], per cui sotto tale profilo il problema riveste scarsa importanza.

Indipendentemente dall'applicabilità dell'una o dell'altra norma vi è poi una certa concordia di opinioni sugli elementi della fattispecie che debbono essere necessariamente previsti dalla legge, in termini di ambito dell'illecito (presupposti, caratteri e contenuto), individuazione del soggetto punibile ed entità minima e massima della sanzione[9].

A parte ciò merita attenzione la diversità dell'ambito applicativo delle due riserve: l'art. 25, 2 co., (come si evidenzierà in prosieguo) riguarda tutte le misure punitive, di ogni tipo; l'art. 23 copre le prestazioni imposte, personali o patrimoniali.

---

[5] FEDELE, *Art. 23*, in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, Artt. 22 e 23, Bologna- Roma, 1978, sembra svalutare il problema ove afferma che "l'interferenza le due norme determina la coerente applicazione di ambedue le discipline, quindi il sostanziale assorbimento della riserva *ex"* art. 23 "nella disciplina di cui all'art. 25 cost." (145); su posizioni analoghe BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984, 213.

[6] Le fondamentali posizioni dottrinali e giurisprudenziali sono articolatamente esposte da BRICOLA, *Il II e III comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, Artt. 24-26, Bologna-Roma, 1981, 227 e seg., e da FEDELE, *Art. 23* cit., 23 e seg.

[7] In relazione ai problemi che si pongono in materia tributaria il parallelismo tra le due norme è tracciato da MICHELI, *Legge* cit., 1080.

[8] Corte Cost. 19.5.1964 n. 36, in *Giur. cost.,* 1964,1, 483; Corte Cost. 27.6.1968 n. 73, *ibidem* 1968, I, 1055; Corte Cost. 10.6.1982 n. 108, *ibidem,* 1982, I, 1055; Corte Cost. 9.6.1986 n. 132, *ibidem,* 1986, I, 885.

[9] Per la casistica si rinvia a COLLA – MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano 2001, 251-254, per alcuni specifici profili in tema di violazioni e sanzioni amministrative tributarie v. RIONDATO, *Art. 3*, in AA.VV., *Commentario delle disposizioni generali sulle sanzioni cit.*, 129-132, e soprattutto MONDINI, Autonomia e proporzionalità delle sanzioni amministrative in materia di tributi locali, in Rass. Trib. 2015, 830- 833.

Innovazione e Diritto

La portata dell'art. 23, è spiegabile in ragione della sua matrice storica, costituita dall'ari. 30 dello Statuto Albertino[10], relativo al prelievo tributario, cui la dottrina ha sovrapposto le problematiche sulle entrate paracommutative e sull'amplissima categoria delle prestazioni dei privati alla pubblica amministrazione, giungendo a delineare l'omnicomprensivo concetto di prestazioni imposte, coagulato da "una *ratio* unitaria che esige l'applicazione della riserva di legge a tutte quelle prestazioni a favore dello Stato... che, per essere assunte ad oggetto di rapporti obbligatori... nascenti direttamente dalla legge e non da fonte negoziale, non possono in alcun modo ricondursi alla volontà del privato"[11].

La categoria delle prestazioni imposte non può quindi essere ridotta a comprendere solo i tributi, risultando caratterizzata da una sorta di astrattezza causale di cui è sintomatica la conclamata polifunzionalità emergente dalla eterogenea casistica[12]; tuttavia è palese l'estraneità a tali tematiche della tutela del cittadino, autore di un fatto illecito, di fronte alla potestà punitiva dello Stato[13], fenomeno specificamente recepito dal Costituente negli artt. 25 e 27.

Sotto altro profilo va poi segnalata l'assoluta prevalenza della tesi secondo cui sono inquadrabili nella categoria delle prestazioni imposte le sole prestazioni positive[14]. Conseguentemente le sanzioni di tipo interdittivo e preclusivo, e

[10] L'art. 30 dello Statuto Albertino disponeva: "Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle camere o sanzionato dal Re".

[11] Così FEDELE, *Art. 23* cit., 25.

[12] Si rinvia in proposito agli studi di FEDELE, *Art. 23* cit., 37 e seg., e 46 e seg.; *Prestazioni imposte*, in Enc. giur. 11.

[13] MICHELI, *Legge* cit., 1089, osserva che le sanzioni non possono essere messe sullo stesso piano delle prestazioni coattive tributarie, le quali, pur attuando una limitazione del patrimonio di un soggetto rappresentano l'adempimento di doveri di solidarietà, e ritiene pertanto applicabile alle sanzioni l'art. 25, 2 co., e non l'art. 23 Cost.

[14] FEDELE, *Art. 23* cit., in linea con la dottrina prevalente e con il prudente orientamento della Corte Costituzionale, ritiene limitata la riserva alle sole prestazioni personali positive (33 e seg.; 136, nota 44; 139, nota 4; 140, nota 7); *contra* Alessandro PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale),* in Enc. dir, 291 e seg. In effetti la genesi e la lettera dell'art. 23 portano ad escludere le prestazioni personali negative che potrebbero ricondursi nell'ambito della riserva

Innovazione e Diritto

comunque in genere tutte le misure sanzionatone non consistenti in prestazioni coattive personali (positive) o patrimoniali, restano scoperte dalla riserva di legge *ex* art. 23. Si pensi alle sanzioni accessorie interdittive di cui all'art. 21 D. Lgs. n. 472/1997.

Per colmare la lacuna insita nella formulazione dell'art. 23 non sembra possibile utilizzare la riserva di cui all'art. 97 Cost., relativa all'organizzazione dei pubblici uffici[15].

Soltanto l'art. 25, 2 co., può assicurare indistintamente la garanzia della riserva di legge per tutte le sanzioni punitive.

In genere si ritiene che la riserva di cui all'art. 25, 2 co., debba limitarsi alle pene criminali per i seguenti motivi:

-a) la matrice esclusivamente penalistica del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*[16];

-b) i lavori preparatori, dai quali non risulterebbero riferimenti precisi alle sanzioni amministrative[17];

-c) la topografia costituzionale, in base alla quale l'art. 25, 2 co., sarebbe collocato in area di interesse esclusivamente penalistico[18];

-d) l'art. 25, 2 co., contiene una riserva di legge statale e quindi non consentirebbe alle regioni di legiferare in materia di sanzioni amministrative, oltreché, ovviamente, di pene criminali[19].

I riferimenti alla matrice penalistica del principio *nullum crìmen, nulla poena sine lege* ed ai lavori preparatori, anche a prescindere da più approfondite

solo in via equitativa.

[15] PALIERO - TRAVI, *La sanzione* cit., 139.

[16] Per tutti SPASARI, *Diritto penale e Costituzione,* Milano, 1966, 7.

[17] PALADIN, *11 problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova, 1975,, 398.

[18] PALIERO - TRAVI, *La sanzione* cit., 137.

[19] VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali - Ricerca sulla controversa questione,*Milano 1974.

Innovazione e Diritto

riflessioni[20], appaiono scarsamente significativi vista la ridotta rilevanza storica delle sanzioni amministrative che hanno assunto importanza solo negli ultimi decenni; basti pensare che dopo la legge del 29, relativa alle sanzioni tributarie, per avere la prima legge relativa all'illecito amministrativo generale si è dovuto attendere il 1981. Va comunque segnalata la tendenza espansiva del principio, ormai da tempo in atto in ordinamenti di varia tradizione giuridica, ritenuto sempre più frequentemente applicabile anche a misure sanzionatorie di polizia, amministrative o disciplinari, afflittive o comunque restrittive della libertà o della sfera patrimoniale dell'amministrato[21].

Per quanto riguarda poi la collocazione dell'art. 25, 2 co., questa assume rilievo in senso contrario, per dimostrare piuttosto la portata non esclusivamente penalistica del secondo comma così come del primo comma, che pone il generalissimo principio del giudice naturale; del resto la disposizione si trova inserita nel titolo I., "Rapporti civili", nell'ambito della parte I "Diritti e doveri dei cittadini".

Molto più complesso appare il problema della coesistenza nell'ambito dell'ari. 25, 2 co., della riserva di legge statale per la *"materia penale"* in senso stretto e della facoltà pacificamente riconosciuta alle regioni di legiferare in materia di illecito amministrativo.

Pur aderendo alla tesi (assolutamente prevalente) della riserva di legge statale in materia di pene criminali, la omnicomprensiva riserva di legge per tutte le sanzioni punitive prevista dall'ari. 25, 2 co., Cost., non impedisce di riconoscere alle regioni la potestà legislativa in materia di sanzioni amministrative punitive, anche in considerazione del fatto che, come messo in luce da

[20] Si rinvia ai contributi di: G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege,* in Noviss. dig. it., 498; P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crìmen sine lege" nella Costituzione italiana,* Milano 1972, 275 ss.; G. MARINI, *Nullum crìmen, nulla poena sine lege (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* 950.

[21] Per tutti v. G. VASSALLI, *Nullum crìmen sine lege* cit., 495 e seg.

Innovazione e Diritto

autorevole dottrina, vi è "la possibilità che la riserva di legge prevista da una singola norma costituzionale possa operare con diversa intensità con riferimento ai diversi aspetti della materia da essa coperta"[22]. Depongono a favore della indicata coesistenza da un lato la natura strumentale della potestà sanzionatoria rispetto alla funzione di amministrazione attiva, che rende inscindibile ed unitaria la relativa potestà legislativa[23], e dall'altro l'esistenza di rilevanti interconnessioni di ordine costituzionale, peculiari al solo diritto penale, tra l'art. 25, 2 co., e gli artt. 3, 5, e 25, 1 co., che evidenziando l'indefettibile principio dell'unità giurisdizionale portano ad escludere nella materia interferenze estranee alla legge statale[24].

Infatti la Corte Costituzionale ha osservato che esistendo nel nostro ordinamento il principio costituzionale dell'unità giurisdizionale (art. 25,1 co.) ed essendo esclusa in questa materia ogni interferenza estranea alla legge statale, si deve ritenere conseguentemente sussistente un analogo principio di divieto di interferenze anche per quel che concerne la legislazione penale, stante l'intima connessione tra i due momenti della posizione e dell'applicazione della norma penale, che esprimono il principio dell'unità

[22] Così FEDELE, *Art. 23* cit., 122; per gli ampi riferimenti alla letteratura ed alla giurisprudenza costituzionale che ritengono variabile l'intensità della riserva di legge non solo in relazione alle diverse materie coperte, ma anche in relazione ad aspetti diversi di una stessa materia, v. *op. cit.,* 97-116. Sull'argomento specifico v. positivamente: M.A. SANDULLI, *Le sanzioni* cit., 87 e seg.; BARATTI, *Contributo* cit., 223.

[23] La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione costituisce una funzione sussidiaria, strumentale rispetto alle potestà di amministrazione attiva (funzione sussidiata); la riserva alla legge statale in materia di sanzioni amministrative sarebbe pertanto inconcepibile nei "confronti delle norme intese a reprimere, nell'ambito dell''ordine amministrativo, la turbativa di interessi inerenti al corretto svolgimento di una specifica funzione amministrativa di spettanza regionale"; in tale ordine di idee M.A. SANDULLI, *Le sanzioni* cit., 19 e seg., e 87 e seg., cui si rinvia per più approfonditi riferimenti (va comunque segnalata la tesi, alquanto isolata, di CAPACCIOLI, *Principi in tema* cit., 135, secondo cui (anche in base all'art. 23 Cost.) alla legislazione regionale sarebbe preclusa *in toto* la materia sanzionatoria, penale o amministrativa che sia, essendo "arduo ammettere che la tutela della sfera della libertà possa essere diversa no del territorio dello Stato") .

[24] In argomento v. per tutti BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni,* in *Scuola pos.,* 1963, 651.

Innovazione e Diritto

dello Stato, quale ente esponenziale della comunità nazionale (art. 5), in necessaria armonia con il principio di uguaglianza (art. 3)[25]; se ne può desumere che il fulcro del divieto per le regioni di legiferare in materia penale non è rinvenibile nell'arti 25, 2 co., ma nel combinato disposto degli artt., 3, 5, 25 (1 e 2 co.) e 117 Cost..

Non sembra opportuno dilungarsi oltre; in questa sede è sufficiente aver individuato i termini della problematica.

Naturalmente la concezione unitaria del fenomeno punitivo, nel cui ambito ci si colloca, pur con la dovuta salvaguardia della peculiarità dei vari tipi di illecito, porta ad avallare l'orientamento, ampiamente motivato, che rinviene nell'art. 25, 2 co., una disposizione di carattere generale comune a tutte le sanzioni punitive[26]. La conseguenza è che non solo la riserva di legge, ma anche il principio di tassatività, il divieto di analogia[27] ed il divieto di retroattività[28] debbono operare indistintamente nell'intero campo del diritto punitivo, come principi generali di settore[29].

Tale concezione si pone in linea con il consolidato orientamento della Corte Europea di Strasburgo, secondo cui, nel sistema della Convenzione Europea

[25] Corte Cost. 12.5.1957, n. 39, in *Giur. Cost.,* 1957, I, 492; Corte Cost., 23.3.1966, n. 26, *ibidem,* 1966, I, 255; Corte Cost., 30.12.1972, n. 210, in *Giust. pen.,* 1973,1, 273.

[26] V. *amplius* DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano 1993, 19 e seg., e CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano 1996, 150 e seg., cui si rinvia per i profili teorici e sistematici, con particolare riferimento all'illecito amministrativo tributario.

[27] Sul divieto di analogia in *malam partem* v. Cass. civ. 28.11.1996, n. 10571; Cass. civ. 24.4.1997, n. 3603. Generalmente si ritiene che il divieto di analogia *(in malatn partem)* sia desumibile dal principio di tassatività piuttosto che dal principio della riserva di legge. CAPACCIOLI, *Principi in tema* cit., 134, in materia di sanzioni amministrative tributarie ritiene operante il divieto di analogia, pur rinvenendo la riserva di legge, inerente la materia, non nell'ari. 25 Cost., che contiene il principio di tassatività, ma nell'ari. 23 Cost.; sull'analogia in relazione all'art. 23 v. FEDELE, *Art. 23* cit., 92, nota 23.

[28] Peculiare la posizione di COPPA - SAMMARTINO, *Sanzioni* cit., 421-422 che pur rinvenendo la riserva di legge per le sanzioni amministrative tributarie nell'art. 23 Cost., ritengono operante il principio di irretroattività.

[29] Per tutti v. RIONDATO, *Art. 1* cit., 32 e seg.

Innovazione e Diritto

dei Diritti dell'Uomo, la *"materia penale"* ricomprende interamente il fenomeno punitivo, in tutte le sue accezioni, compreso l'illecito amministrativo tributario[30].

3. Il principio di legalità ed i suoi corollari nel D. Lgs. n. 472/1997

L'art. 3 del D. Lgs. n. 472/1997 affronta la tradizionale tematica del principio di legalità, optando per soluzioni ispirate dall'art. 25 Cost., analoghe a quelle di cui all'art. 1, L. n. 689/1981.

Il principio fondamentale è che "nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione" (formulazione identica all'art. 1, 1 co. L. n. 689/1981, e sostanzialmente riproduttiva dell'art. 25, 2 co., Cost.).

Le norme che prevedono violazioni e sanzioni non possono mai trovare applicazione retroattiva (se sfavorevoli).

Secondo un orientamento minoritario –ma condivisibile- il limite riguarderebbe non solo le norme sostanziali, ma anche quelle norme procedimentali e processuali che rilevano direttamente ai fini della restrizione delle libertà personali, economiche e patrimoniali del trasgressore (stando al D. Lgs. n. 472 /1997 si pensi agli artt. 19, 22 e 23).

Tale orientamento sembra, almeno a tratti, condiviso dalla stessa prassi amministrativa che:

-ha riconosciuto l'ultrattività delle pregresse disposizioni in tema di

[30] Per l'inquadramento dell'illecito amministrativo tributario nel sistema della CEDU v. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative* cit., 54 e seg.; ID., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano 2010, 28 e seg.; e da ultimo CORDEIRO GUERRA, La tutela –processuale e procedurale, del contribuente sottoposto a sanzioni nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in AA.VV., Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana, a cura di F. Bilancia, C. Califano, L. del Federico e P. Puoti, Torino 2014, 230 e seg.

Innovazione e Diritto

ravvedimento operoso, nei limiti temporali certamente più favorevoli della nuova, introdotta dall'art. 13 D. Lgs. n. 472/1997;

-ha ammesso che l'immediata esecutività ex artt. 18, 4 co., e 19, D. Lgs. cit. rileva soltanto per le sentenze rese su ricorsi avverso provvedimenti notificati dopo il 1.4.1998 (data di entrata in vigore del D. Lgs.);

-in termini generali ha incentrato sul principio del *favor rei* la soluzione delle complesse questioni di diritto transitorio poste dall'entrata in vigore dei D. Lgs. 18.12.1997, nn.471,472 e 473[31].

Andando ben oltre il principio di legalità, l'art. 3, 2 co., in conformità dell'art. 2 C.P. dispone che "salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce violazione punibile" (c.d. *abolitio criminis*).

Collocandosi inequivocabilmente nella logica del *favor libertatis* (*favor rei*) l'art. 3, 2 co., si occupa anche dei profili procedimentali, affermando coerentemente che "se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato". Inoltre "se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo" (art. 3, 3 co.- *lex mitior*).

A tali disposizioni si è affiancata ovviamente l'esplicita abrogazione, da parte dell'art. 29, 1 co., dell'art. 20 della legge 7.1.1929, n. 4, che centrando la successione nel tempo delle norme sanzionatorie amministrativa tributarie

[31] Infatti la circolare ministeriale 10 luglio 1998, n. 180-E è giunta a ritenere inapplicabili alle violazioni commesse prima del 1.4.1998 non solo "le disposizioni sanzionatorie sopravvenute..." e "le disposizioni che prevedono sanzioni più severe rispetto a quelle in vigore al tempo della violazione", ma anche, "in ogni caso", le "norme che determinano un trattamento più sfavorevole". In merito v. NUSSI, Art. 25, in AA.VV., *Commentario delle disposizioni generali sulle sanzioni ci*t., 776 e seg.

Innovazione e Diritto

sul *tempus regit actum*, fondava il c.d. principio di ultrattività.

4. *Favor libertatis, abolitio criminis* e illecito amministrativo tributario

L'introduzione del principio del *favor libertatis* in luogo di quello di ultrattività apre il campo a questioni alquanto originali per la materia tributaria, rievocando le esperienze penalistiche maturate in tema di *abolitio criminis* e *lex mitior* ex art. 2 C.P.

Si pensi al caso, sintomatico e di notevole rilevanza applicativa, delle violazioni in tema di bolla di accompagnamento: la sopravvenuta abolizione dell'istituto, ha comportato la conseguenziale abrogazione di tutte le norme, sostanziali e sanzionatorie (art. 3, 147 co., lett. d), L. 28.12.1995, n. 549, e D.P.R. 14.8.1996, n. 472); la mancata od irregolare emissione della bolla di accompagnamento non è stata più configurata come violazione punibile, donde l'applicabilità del *favor libertatis* ex art. 3, 2 co., cit., e quindi l'estinzione della pretesa sanzionatoria[32].

Altre questioni di notevole complessità si sono poste per le sanzioni relative ai tributi abrogati, si pensi all'ILOR[33], all'ICIAP, all'INVIM, all'imposta sul

[32]Comm. trib. centr., sez VI, 25 gennaio 1999, n. 259, in Giur. imp., 1999, 642; Cass., sez. trib.,m 27 marzo 2001, n. 4408, in *I Quattro codici della Riforma tributaria Big*, Cd-Rom, IPSOA. Alle stesse conclusioni si deve giungere in numerosi altri casi in cui vengono abrogati obblighi meramente strumentali; a tal proposito, il Ministero delle Finanze, nella circolare n. 180-E cit., ha evidenziato una serie di esempi, tra cui: l'obbligo di inviare all'Ufficio il modello IVA 99bis, di cui al D.M. 12 marzo 1984, soppresso dall'art. 1, comma 3 bis, D.L. n. 330/1994, intr. dalla legge di conversione n. 473/1994; l'obbligo di compilazione degli elenchi clienti e fornitori collegati alla dichiarazione annuale IVA e dell'allegazione alla stessa dei modelli 101 e 102 di cui al D.M. 28 dicembre 1984, soppresso dall'art. 6, comma 1, lett. b), D.L. n. 357/1994, conv. con la legge n. 489/1994.

[33] Gli altri tributi soppressi dal D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, che ha istituito l'IRAP sono i contributi per il servizio sanitario nazionale, l'imposta comunale per l'esercizio di imprese, arti e professioni, la tassa sulla concessione governativa per la partita IVA, l'imposta sul patrimonio netto delle imprese (art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 446/97); inoltre, l'art. 51 della stessa norma dispone l'abolizione delle tasse sulle concessioni comunali, delle tasse per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, dell'imposta erariale di trascrizione, iscrizione ed annotazione dei veicoli al pubblico registro automobilistico, dell'addizionale provinciale all'imposta erariale di trascrizione.

Innovazione e Diritto

patrimonio netto delle imprese ecc.

Oggi un settore particolarmente sensibile, ma ancora inesplorato, sembrerebbe essere quello dei tributi locali: a volte alcuni tributi vengono abrogati e sostituiti da entrate patrimoniali o comunque extratributarie (si pensi ai rapporti tra tassa occupazione spazi ed aree pubbliche e canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, ma anche alla tassa per la raccolta ed il trasporto dei rifiuti solidi urbani ed alla tariffa per il servizio di igiene ambientale, all'imposta sulla pubblicità ed al canone per l'installazione dei mezzi pubblicitari ecc.); altre volte si assiste ad uno schizofrenico succedersi di tributi, ICI, IMU ecc.

Il primo caso ha riguardato l'ILOR: la Corte di Cassazione si è espressa a favore della persistente applicabilità delle sanzioni, prima evocando una sorta di continuità per sostituzione tra l'abrogata ILOR e la novella IRAP, poi ritenendo che "*l'abolitio criminis* determina la non punibilità degli illeciti commessi prima dell'*abolitio* stessa, soltanto nei limiti in cui l'obbligo, la cui violazione costituiva illecito sanzionato penalmente, non sia stato soppiantato da un altro obbligo omologo>>[34]. Ma la giurisprudenza è stata chiamata più volte a decidere questioni analoghe, dando risposte variegate[35].

A fronte di tali problematiche assolutamente inconsuete in materia tributaria si è tentato di elaborare una risposta specialistica e settoriale.

Si è infatti sostenuto che un conto è l'abrogazione della norma sanzionatoria,

[34] Cass., sez. trib., 30.5.2003, n. 8717, in *Corr. Trib.*, 2003, 3504, con nota di DEL FEDERICO, *Infedele dichiarazione ILOR, tra <<abolitio criminis>> e continuità normativa*. Per l'analoga soluzione sul fronte penale tributario v. Cass., 15 gennaio 2001, n. 35, in *Il fisco*, 2001, 1169, con nota di IZZO, *Abolizione secca della contravvenzione di omessa dichiarazione*.

[35] Per l'applicabilità dell'*abolitio criminis*: Cass., sez. V, 9.4.2003, n. 5597 e Cass., sez. V, 17.5.2006, n. 11569, in tema di imposta sulle successioni; Cass., sez. V, 16.12.2005, n. 27760, in tema di imposta sul patrimonio netto delle imprese; *contra*: Cass., sez. V., 20.3.2006, n. 6189 e Cass., sez. V., 24.11.2006, n. 24991, in tema di INVIM. Per un quadro dei diversi orientamenti v. RICCI – LUPI, *L'abrogazione del tributo (o dell'adempimento) elimina la sanzione per le violazioni commesse anteriormente ?,* in *Dialoghi dir. trib.,* 2007, 177 e seg.

Innovazione e Diritto

che comporta l'applicabilità del *favor libertatis* ex art. 3, 2 co., cit., ed altro conto è l'abrogazione del tributo, che non incidendo specificamente sulla fattispecie sanzionatoria non potrebbe estinguere l'illecito[36]. Al riguardo la prassi amministrativa afferma che l'art. 3, 2 co., "trova applicazione sia nei casi in cui la legge posteriore si limiti ad abolire la sola sanzione lasciando in vita l'obbligatorietà del comportamento prima sanzionabile, sia nell'ipotesi in cui venga eliminato un obbligo strumentale e, quindi, solo indirettamente la previsione sanzionatoria", ma non rileva in alcun modo in caso di "completa abolizione di un tributo"[37]. Tuttavia tale differenzazione risulta priva di esplicita base normativa ed alquanto fumosa.

La corretta impostazione del tema dell'*abolitio* deve essere invece ricondotta alla sua matrice naturale, cioè alla teoria del diritto punitivo[38].

Emergono evidenti punti di contatto con la *vexata quaestio* della successione di disposizioni integratrici della fattispecie penale, nel cui ambito, per le norme penali in bianco (v. ad es. art. 650 C.P.), il discrimine in ordine all'applicabilità o meno del *favor libertatis* viene fondato sull'attualità dello specifico interesse tutelato. Ma nonostante tale apprezzabile criterio ermeneutico la questione resta estremamente controversa, sopratutto sul piano della concreta applicazione; a ciò aggiungasi che i profili peculiari legati all'abrogazione dei tributi ed alle radicali innovazioni del sistema sanzionatorio tributario non consentono il pedissequo recepimento delle soluzioni penalistiche. Tant'è che spesso l'abrogazione di un tributo è accompagnata da uno specifico regime transitorio, e del resto la possibilità di una deroga al principio del *favor libertatis* è contemplata, pleonasticamente, dallo stesso art. 3, 2 co., che fa salve le diverse previsioni di legge. Il Legislatore ordinario può quindi introdurre

[36] LUPI, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. Trib.*, 1998, I, 327 ss.; ID., *Manuale professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, 689 ss.
[37] Così la circolare n. 180-E/1998.
[38] RIONDATO, *Art. 3* cit., 141.

Innovazione e Diritto

deroghe specifiche, incontrando in ciò il solo limite dei principi costituzionali. Sul piano della teoria del diritto punitivo il regime dell'*abolitio criminis* si giustifica in funzione del mutare della percezione sociale di determinati comportamenti, ovvero dell'attualità del loro disvalore giuridico. Appare, infatti, iniquo continuare a punire un soggetto per un comportamento che, al momento della punizione, non è più disapprovato dall'ordinamento. Insomma, una volta venuta meno l'antigiuridicità di un comportamento, continuare ad applicare le regole precedenti sarebbe fine a se stesso, ed obbedirebbe solo a logiche formalistiche, contrastando il recepimento dei sopravvenuti mutamenti.

Poste tali basi teoriche, nel caso di abrogazione di un tributo, *l'abolitio criminis*, potrebbe operare laddove l'imposta soppressa non venga sostituita da nessuna altra forma di prelievo sostanzialmente analoga o non si possano individuare elementi indicativi di una certa continuità normativa tra la vecchia e la nuova imposta. Per un caso sintomatico ed indiscutibile si pensi all'abrogata imposta cui cani[39].

In questi casi il disvalore connesso alla violazione dell'obbligo impositivo non viene più percepito come tale e quindi sarebbe iniquo (inutile, se non addirittura contrario ai sopravvenuti mutamenti ordinamentali), continuare ad applicare la punizione. Diversamente, nel caso di tributi soppressi, per i quali può essere rintracciata una significativa continuità con i nuovi tributi, l'interesse alla persistente applicazione della punizione resta attuale e richiede effettività di tutela.

E' proprio per l'intima *ratio* del diritto punitivo che l'*abolitio criminis* non può

[39] L'art. 10, comma 4, del D.L. 18 gennaio 1993, n. 8, conv., con modificazioni, nella L. 19 marzo 1993, n. 68 ha abrogato l'art. 6 della L. 14 agosto 1991, n. 281 che disciplinava l'imposta sui cani.

Innovazione e Diritto

operare quando persiste l'interesse a contrastare l'antigiuridicità del comportamento sanzionato.

5) Segue: *la lex mitior*

Quanto all'individuazione della norma più favorevole in termini di entità delle sanzioni (art. 3, 3 co.) si deve far riferimento non tanto alle misure edittali, quanto alla concreta determinazione.

L'individuazione della norma più favorevole va fatta non in astratto, ma in concreto: non soltanto sulla base delle due norme succedutesi nel tempo, ma anche raffrontando i risultati che deriverebbero dall'appplicazione effettiva di esse alla concreta fattispecie.

In sostanza la nuova norma può essere applicata ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore laddove risulti effettivamente più vantaggiosa per il trasgressore.

E' appena il caso di puntualizzare che la disposizione più favorevole non può essere ricostruita combinando gli elementi più favorevoli delle varie norme succedutesi nel tempo (c.d. divieto di *tertia lex*).

La problematica ha peraltro scarso rilievo in materia di violazioni e sanzioni amministrative tributarie, in quanto l'art. 3, 3 co., limita la retroattività della *lex mitior* ai casi di diversa entità delle sanzioni (viceversa l'art. 2, 3 co., C.P. molto più ampiamente e problematicamente, prevede che <<se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli...>>)[40].

Come si desume dalla lettera dell'art. 3, ed in sintonia con la tradizione del diritto punitivo, lo *jus superveniens* più favorevole va applicato d'ufficio, dall'Amministrazione o dal Giudice, con i differenziati limiti dell'irripetibilità

[40] Di opinione diversa risulta RIONDATO, *Art. 3* cit., 141, il quale valorizza la matrice penalistica del decreto delegato.

Innovazione e Diritto

di quanto pagato, per le ipotesi di cui all'art. 3, 2 co. (*abolitio criminis*), e della definitività del provvedimento sanzionatorio, per le ipotesi di cui all'art. 3, 3 co. (*lex mitior).*

6) Il principio di legalità ed i regolamenti tributari degli enti locali

Come è noto le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo che per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi -nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti- ferma restando l'applicabilità delle vigenti disposizioni di legge esclusivamente per quanto non disciplinato dai regolamenti (art. 52, D.Lgs. n. 446/1997).

Si attribuisce in sostanza agli enti locali una potestà regolamentare così ampia da poter addirittura sovrapporsi (o meglio, più brutalmente, derogare) alle leggi dello Stato, donde il problematico rapporto tra le fonti e l'arduo contemperamento con la riserva di legge ex art. 23 Cost..

Sul piano del diritto costituzionale e della teoria delle fonti il fenomeno si spiega e si giustifica nella prospettiva del superamento della subordinazione gerarchica del regolamento dell'ente locale rispetto alla legge, trovando ormai affermazione il principio di competenza. Invero dalla promozione costituzionale delle autonomie locali, fortemente valorizzata dal nuovo assetto federalistico su cui è fondata la riforma del Titolo V, è desumibile l'adozione del criterio di competenza, non solo con riferimento alle leggi regionali, ma anche riguardo alle fonti di tutti gli altri enti locali.

In merito alla complessa problematica non sono consentite digressioni, pur esprimendosi una preferenza di fondo per il principio di gerarchia, tuttora prevalente, e per sua natura idoneo a salvaguardare il fondamentale principio della coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico.

Certo è che indipendentemente dall'opzione di fondo, per la competenza o per la gerarchia, gli enti locali non possono invadere le aree sottoposte alla riserva di legge (oltre che all'art. 23 Cost., si pensi agli artt. 25, 41, 42, 43, 97 ecc., ed allo stesso art. 52 D. Lgs. n. 472/1997), ed inoltre non possono discostarsi né dai principi generali dell'ordinamento, né dai principi generali di settore, enucleabili dalla legislazione tributaria nel suo complesso.

Letteralmente la potestà regolamentare in materia di entrate tributarie risulta molto ampia, avendo quali unici limiti espressi l'individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e dell'aliquota massima dei singoli tributi, nonché il rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti.

Tuttavia pur volendo ammettere che l'ente locale possa introdurre deroghe alla legge non potrebbe mai derogare i principi.

Per fare qualche esempio sarebbe certamente illegittima: -l'esclusione del diritto al rimborso di quanto erroneamente versato dal contribuente; -la previsione di un termine ventennale per l'accertamento; -la soppressione dell'atto di accertamento, sostituito dalla generalizzata diretta iscrizione a ruolo dei maggiori tributi dovuti; -la facoltà di effettuare notifiche telefoniche ecc. Le deroghe alla legge potrebbero quindi riguardare soltanto disposizioni di dettaglio, e quindi ad esempio: -le modalità di versamento; -il tasso ed i criteri di computo degli interessi; -il contenuto e la forma delle dichiarazioni ecc. Ma al di là di tali esempi radicali, de plano convincenti, restano ampi margini di incertezza.

In tale contesto il tema da affrontare è quello dei rapporti tra il principio di legalità e l'ambito della potestà normativa degli enti locali in tema di sanzioni e di condoni tributari.

Seppure l'art. 52 D. Lgs. n. 446/1997[41], quale norma attributiva di potestà normativa agli enti locali in materia tributaria, non fa alcun riferimento alla materia delle violazioni e sanzioni amministrative tributarie ciò non vuol dire che tale materia venga ad essere rimessa alla potestà regolamentare, e ciò per tre ordini di motivi:

-a) il regime costituzionale di riserva di legge (ex art. 23, o 25 Cost.);

-b) il principio di legalità posto dal legislatore ordinario ex art. 3 D. Lgs. n. 472/1997 (ed art. 1, legge n. 689/1981);

-c) l'inderogabilità dei principi generali dell'ordinamento e dei principi generali del diritto tributario e del diritto punitivo.

Il sistema delle violazioni e sanzioni amministrative tributarie (e delle sanzioni amministrative *tout court*) resta quindi caratterizzato dalla rigorosa osservanza del principio di legalità ex art. 3 D. Lgs. n. 472/1997 (ed è appena il caso di evidenziare che il D. Lgs. n. 466/1997, porta la data del 15 dicembre, ed è entrato in vigore prima del D. Lgs. n. 472/1997, che porta la data del 18 dicembre, ed è entrato in vigore il 1.4.1998).

In tale ottica si deve ritenere che sia i profili sostanziali dell'illecito amministrativo tributario, sia la tipologia dei procedimenti e dei provvedimenti sanzionatori debbano rispettare il principio di legalità ex art. 3 D. Lgs. n. 472/1997, a prescindere dalla copertura costituzionale (rinvenibile nell'art. 23 o nell'art. 25 per quanto riguarda i profili sostanziali, e nell'art. 97 per quanto riguarda i profili procedimentali)[42].

Ed invero sul piano applicativo è agevole riscontrare che i pochi enti locali che

[41] Poi richiamato dall'art. 149 del TU delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al D. Lgs. 18.8.2000, n. 267.

[42] V. ad es. DEL FEDERICO, I *poteri normativi degli enti locali in tema di sanzioni e condoni tributari: ambiti di legittimità*, in *Fin Loc.,* 2005, 33 e seg.; URICCHIO – FUMAROLA, *L'attività sanzionatoria degli enti locali*, in AA. VV., *Accertamento e sanzioni nei tributi locali*, Rimini, 2009, 335 e seg.; CARDILLO, *La potestà tributaria dei comuni*, Roma, 2011, 194-197; MONDINI, Autonomia e proporzionalità cit., 834 – 835.

Innovazione e Diritto

negli anni 98-99 hanno esercitato la potestà regolamentare in materia di violazioni e sanzioni amministrative tributarie si sono limitati a recepire pedissequamente le norme di cui al D. Lgs. n. 472/1997 ed al D. Lgs. n. 473/1997, contenenti rispettivamente disposizioni generali in tema di sanzioni tributarie, e disposizioni specificamente attinenti alle violazioni e sanzioni in materia di tributi locali.

A seguito dell'apposito invio ex art. 52 frequenti sono state le "osservazioni" dissuasive del Ministero sulle rare norme non meramente ripetitive, ed a quanto consta gli enti locali hanno provveduto al riesame ed all'emenda in conformità alle indicazioni ministeriali.

Qualche margine di operatività per la potestà normativa degli enti locali può tuttavia rinvenirsi a proposito del così detto ravvedimento operoso in quanto mera circostanza attenuante a connotazione procedimentale, che non rileva ai fini dei tratti fondamentali dell'illecito.

Ed invero secondo l'art. 50 della legge 27.12.1997 4.449: "Nell'esercizio della potestà regolamentare prevista in materia di disciplina delle proprie entrate, anche tributarie, le provincie ed i comuni possono prevedere specifiche disposizioni volte a semplificare e razionalizzare il procedimento di accertamento, anche al fine di ridurre gli adempimenti dei contribuenti e potenziare l'attività di controllo sostanziale, introducendo l'istituto dell'accertamento con adesione del contribuente, sulla base dei criteri stabiliti dal decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218, nonché la possibilità di riduzione delle sanzioni in conformità con i principi desumibili dall'art. 3, comma 133, lettera b), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, in quanto compatibili.

Orbene, come è noto, il ravvedimento operoso è disciplinato dall'art. 13 D. Lgs. n. 472/1997 in linea con le pregresse esperienze legislative (artt. 46 e 48 D.P.R. n. 633/1972; artt. 9 e 54, D.P.R. 29.9.1973, n. 600); si tratta di una circostanza attenuante dell'illecito, che consente di ottenere una significativa riduzione

della sanzione[43].

Nel rispetto dei suoi peculiari tratti caratterizzanti, il ravvedimento operoso potrebbe essere disciplinato dall'ente locale in modo quanto più possibile confacente alla natura dei tributi propri, ed ai rapporti ente impositore – contribuente che caratterizzano la finanza locale in modo partecipativo e tendenzialmente paritetico, con forte attenuazione del profilo di polizia tributaria immanente alla disciplina dei tributi erariali[44].

Si pensi alla possibilità di ampliare la portata del ravvedimento; all'ipotesi di più significative riduzioni delle sanzioni in presenza di comportamenti particolarmente virtuosi, alla possibilità di ridurre le preclusioni procedimentali e temporali[45] ecc.

Di certo il ravvedimento operoso –nonostante le clamorose aperture introdotte dalle recenti riforme in tema di tributi erariali- non può essere snaturato sino a trasformarlo in una strisciante forma di condono "a regime"[46], ovvero occasionato da più o meno significative modifiche dei regolamenti tributari, dall'approvazione di nuove tariffe ecc. Tale tendenza era emersa nella prassi in quanto gli enti locali avevano talvolta l'esigenza di avvalersi di procedure di condono e di sanatoria, per fruire delle quali, stanti gli ovvi limiti posti dal principio di legalità, non potevano che sperare nella legge dello Stato. Più in generale, a prescindere dalla legislazione statale, le regioni e gli enti

[43] Per eventuali approfondimenti v. GALEAZZI, Il nuovo ravvedimento operoso, in Riv. Dir. Trib., 2014, 995, con ampi riferimenti anche alla recente riforma; risulta poi fondamentale la circolare ministeriale 13.7.1998, n. 184-E, opportunamente dedicata al ravvedimento operoso per i tributi locali (in *Corr. Trib.*, 1998, 2337).

[44] Molto lucidamente MONDINI, Autonomia e proporzionalità cit., 834, ritiene che, secondo la legge dello Stato, "l'esercizio di (questa) autonomia possa essere orientato soltanto verso il *favor rei* e la *lex mitior*".

[45] Da ultimo decisamente attenuate anche per il normale ravvedimento a regime in tema di tributi erariali, v. per tutti GALEAZZI, Il nuovo ravvedimento operoso cit., e GIOVANNINI, Il nuovo ravvedimento operoso: il "Fisco amico" e il "condono permanente", in Fisco, 2015, 335.

[46] Si vedano tuttavia i puntuali rilievi critici di GIOVANNINI, Il nuovo ravvedimento operoso: il "Fisco amico" e il "condono permanente" cit.

Innovazione e Diritto

locali, dovranno sempre e comunque salvaguardare attentamente il principio di proporzionalità, modulando adeguatamente l'entità delle sanzioni. Ed è appena il caso di evidenziare la dimensione non meramente ordinaria del principio di proporzionalità, desumibile non solo dalle norme costituzionali in tema di illecito (e segnatamente dagli artt. 25 e 27), ma anche dal diritto dell'Unione Europea e dalla CEDU[47].

7. Il problema dei condoni per i tributi locali

A prescindere dal tentativo di un uso strumentale e distorto della potestà regolamentare in tema di ravvedimento operoso, gli enti locali non avevano margini di intervento, eppure da tempo ormai si assiste ad un uso massiccio dei meccanismi di condono da parte dello Stato.

Data l'importanza e la ricorrenza del fenomeno la dottrina è giunta ad elaborare una vera e propria teoria dei condoni[48]: una prima categoria è quella caratterizzata da una così detta funzione premiale negativa, in cui il beneficio del condono (abbandono o riduzione delle sanzioni e/o riduzione del tributo) è subordinato ad un comportamento meritorio del contribuente (il comportamento meritorio è premiato con la rinuncia alla sanzione negativa); una seconda categoria fondamentale è quella espressiva di mera clemenza fiscale, caratterizzata dall'automatismo della produzione del beneficio (non è richiesto alcun comportamento meritorio).

E' chiaro che entrambe le categorie implicano interventi normativi di segno opposto a quelli comportanti l'imposizione del tributo e della sanzione, per cui, così come avviene per le agevolazioni tributarie, i condoni e le sanatorie

[47] V. per tutti MONDINI, Autonomia e proporzionalità cit., 837 e seg.

[48] Oltre al fondamentale lavoro di PREZIOSI, *Il condono fiscale*, Milano 1987, per quanto interessa in questa sede v. PICCIAREDDA, *Notazioni minime in tema di clemenza tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1983, I, 152; BASILAVECCHIA, *Principi costituzionali e provvedimenti di condono*, in *Riv. dir. fin.*, 1988, I, 243.

Innovazione e Diritto

tributarie, nel comportare la riduzione del tributo e delle sanzioni, non possono che soggiacere al principio di legalità.

Pertanto gli enti locali seppure dotati di significative potestà normative in materia tributaria non possono far ricorso allo strumento dei condoni e delle sanatorie, in assenza di appositi interventi da parte della legge dello Stato.

L'occasione per far uscire gli enti locali da tale situazione di stallo è stata colta dal legislatore con la L. 27.12.2002, n. 289, il cui art. 13, 1 co., ha infatti previsto che "con riferimento ai tributi propri, le regioni, le province e i comuni possono stabilire, con le forme previste dalla legislazione vigente per l'adozione dei propri atti destinati a disciplinare i tributi stessi, la riduzione dell'ammontare delle imposte e tasse loro dovute, nonché l'esclusione o la riduzione dei relativi interessi e sanzioni, per le ipotesi in cui, entro un termine appositamente fissato da ciascun ente, non inferiore a sessanta giorni dalla data di pubblicazione dell'atto, i contribuenti adempiano ad obblighi tributari precedentemente in tutto o in parte non adempiuti. Le medesime agevolazioni… possono essere previste anche per i casi in cui siano già in corso procedure di accertamento o procedimenti contenziosi in sede giurisdizionale. In tali casi, oltre agli eventuali altri effetti previsti dalla regione o dall'ente locale in relazione ai propri procedimenti amministrativi, la richiesta del contribuente di avvalersi delle predette agevolazioni comporta la sospensione, su istanza di parte, del procedimento giurisdizionale, in qualunque stato e grado questo sia eventualmente pendente, sino al termine stabilito dalla regione o dall'ente locale, mentre il completo adempimento degli obblighi tributari, secondo quanto stabilito dalla regione o dall'ente locale, determina l'estinzione del giudizio".

Il condono per i tributi degli enti locali è rimasto tuttavia alquanto indefinito per quanto riguarda la struttura delle fattispecie, il termine di attivazione, le

Innovazione e Diritto

annualità condonabili, le procedure, le modalità ecc., i limiti economico-finanziari dell'intervento, la forma dell'atto istitutivo ecc.

Ma la questione principale ha riguardato i limiti temporali rispetto all'attivazione delle procedure di condono.

Parte della dottrina aveva accolto con favore l'istituzionalizzazione del condono per i tributi degli enti locali, desumibile dalla mancanza di limiti temporali rispetto all'attivazione delle procedure e dal contesto federalista del sistema delle autonomie locali[49]. Era stato proprio l'art. 13 della legge 289/2002 ha delineare i fondamentali ambiti strutturali e funzionali del condono per i tributi delle regioni e degli enti locali, indicandone i principi essenziali, ferma la piena autonomia (e responsabilità) normativa e finanziaria di tali enti nella scelta sui tempi e sui modi del condono, la valutazione dell'impatto politico-istituzionale, la salvaguardia degli equilibri finanziari, ecc.

E' certamente condivisibile la tesi di chi ha acutamente osservato che, "poiché si tratta di condono, l'uso di tale norma è eccezionale e, in linea di principio, irripetibile...", nel senso che "l'ente potrebbe anche avvalersi più volte della facoltà in esame, ma per fattispecie sempre diverse..."[50].

Tuttavia tale principio di "irripetibilità" dovrebbe essere letto non come implicito limite interno alla reiterazione del condono, ma come parametro di razionalità, buon andamento e compatibilità finanziaria della procedura. In sostanza in caso di ricorso eccessivo al condono potranno emergere le connaturate responsabilità amministrative e finanziarie, immanenti ad ogni

[49] In tal senso v.: LOVECCHIO, *Tributi locali, condono fai da–te*, *Il sole 24 ore*, 5; R. MARINI, *Il "condono" dei tributi locali. Prime considerazioni a margine dell'art. 13, legge 27 dicembre 2002, n. 289: definizione dei tributi locali*, in *Fin. loc.*, 2003, 346; DEL FEDERICO, *I poteri normativi degli enti locali in tema di sanzioni cit.*, 33 e seg. *Contra* CEPPARUOLO, *La definizione agevolata dei rapporti tributari locali*, in *Trib. loc. e reg.*, 2003, 155-156, il quale fa riferimento al rapporto logico sistematico con il condono per i tributi erariali ed al principio di unità della finanza pubblica (argomenti da ultimo valorizzati dalla giurisprudenza, unitamente ad alcuni dati testuali, per fondare una lettura restrittiva dell'art. 13 cit. – v. *infra*).

[50] LOVECCHIO, *Tributi locali, condono fai da–te* cit.

Innovazione e Diritto

determinazione dell'ente che implica ricadute del genere.

Tuttavia la questione è stata ormai affrontata e superata alla radice dalla giurisprudenza, sostanzialmente consolidatati nel circoscrivere l'ambito applicativo della "…L. n. 289 del 2009, art. 13, che delimitava temporalmente – mediante… riferimento agli *obblighi non adempiuti dal contribuente prima dell'entrata in vigore di detta legge*, ed alla necessità che, a tale data, fossero già *pendenti i procedimenti contenziosi* in sede giurisdizionale – il potere dei Comuni di stabilire condoni sui tributi propri…"; invero "le esigenze di omogeneità di funzionamento dell'intero sistema tributario, evidenziate dal disposto dell'art. 3 (uguaglianza di trattamento dei debitori di tributi diversi da quelli locali), art. 23 (riserva di legge in materia di prestazioni obbligatorie) e art. 119 Cost., comma 2 (coordinamento della finanza pubblica locale con quella nazionale), comportano… la necessità che il legislatore nazionale intervenga a fissare le grandi linee di detto sistema, definendo gli spazi ed i limiti entro i quali possono essere esercitate le potestà attribuite, in materia fiscale, anche agli enti locali territoriali… Nel caso concreto, poiché la L. n. 289 del 2002, art. 13, concedeva all'amministrazione comunale la potestà di adottare il solo, specifico, condono ivi previsto, temporalmente delimitato attraverso i riferimenti suesposti, l'adozione di un ulteriore condono a distanza di ben sette anni dalla normativa primaria succitata, determina l'illegittimità del condono medesimo per carenza di potere…"[51].

[51] Cass., sez. trib., 20.7.2012, n. 12675, n. 12677, n. 12678, n. 12679, n. 12688; v. altresì il commento adesivo di VILLANI – SANNICANDRO, *I comuni non devono fare i condoni fiscali*, in *Fisco*, 2013, 193.

Innovazione e Diritto

Apuntes sobre fiscalidad inmobiliaria tras la crisis econòmica: caìda y perspectiva de un sector en España*

di Carlos María López Espadafor y Julio César Muñiz Pérez[1]

ABSTRACT

The housing crisis experienced in recent years, with an actual fall of prices of real estate, in most cases has not been properly taken by the tax authorities in their various forms of assessment. This has highlighted further the excess tax on buildings, caused mainly by the submission of housing wealth to various taxes at a time. This tax accumulation should be subject to a larger coordination and integration of the various taxes that affect real estate, so that such charges form a system more rational for the taxpayer.

SINTESI

La crisi immobiliare vissuta negli ultimi anni, con un calo effettivo dei prezzi degli immobili, nella maggior parte dei casi non è stata adeguatamente presa in considerazione dalle autorità fiscali nelle loro varie forme di valutazione. Ciò ha evidenziato ulteriormente l'eccesso di imposizione sugli edifici, causato principalmente dalla sottomissione della ricchezza immobiliare a diversi tributi alla volta. Questo accumulo fiscale dovrebbe essere soggetto ad un maggiore coordinamento mediante l'integrazione delle diverse imposte che colpiscono beni immobili, cosicché tali oneri formino un sistema più razionale per il contribuente.

SOMMARIO: 1. Introducción. La plurimposición como problema. Tipología – 2. La tributación inmobiliaria en tiempos de crisis económica. Aumento de Presión fiscal y plurimposición A) Imposición de Rentas Inmobiliarias, IRPF, e IBI B) Impuesto de Sociedades e IBI C) Impuesto sobre la Renta de No Residentes y Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles frente al IBI D) Impuesto sobre Actividades Económicas e IBI – 3. Respuestas ante la plurimposición inmobiliara. La tributación inmobiliaria como respuesta a la crisis

1. Introducción. La plurimposición como problema. Tipología

El gran crecimiento económico que tuvo España al final del siglo pasado y principios de éste, en gran medida fue fruto de un cierto espejismo que, llegado

[1] Reale Collegio di Spagna a Bologna.

Innovazione e Diritto

el momento, recrudeció los efectos de la crisis inmobiliaria, paralela a nuestra – de todos y global- crisis económica. Piénsese que en los momentos de mayor bonanza, por la inversión en vivienda habitual se permitieron deducciones en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que en algunos casos alcanzaban hasta el veinticinco por ciento de la inversión. Esto representó un impulso esencial para la economía, pero que, cuando se hizo presente la crisis, dejó más que en evidencia las carencias de nuestro tejido productivo. Pues bien, después de esta referencia inicial, difícil de desaparecer de la memoria de los operadores económicos, debemos sentar las bases de la imposición inmobiliaria.

SAINZ DE BUJANDA señalaba que «un impuesto sobre la propiedad de los bienes inmuebles sólo puede estar justificado y ser soportable en la esfera local si los valores gravados no son los valores reales, sino unos valores mínimos, es decir, unos valores fiscales convencionales, que puedan soportar el peso de un gravamen que se superpone al gravamen sobre el valor efectivo del patrimonio global y al gravamen sobre la renta global del propietario. De no ser por este camino, cabría buscar otras técnicas que hicieran muy leve la carga de esta figura tributaria local – v. gr. mínimos exentos amplios, imputables a todos los inmuebles, y sólo a partir de cuyo importe se inicie la imposición; tipos de gravamen casi irrelevantes; deducción de las cantidades satisfechas en los impuestos sobre la renta»[2]. Actualmente, si bien había dejado de aplicarse el Impuesto sobre el Patrimonio en nuestro Sistema tributario y en la mayor parte de Comunidades Autónomas sigue siendo así, su desaparición se resiste, incidiendo aún más en una importante plurimposición inmobiliaria, que incluso sin él resulta difícilmente justificable en su

[2] *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pág. 33.

Innovazione e Diritto

articulación actual.

Ante esta situación el legislador tributario ha regulado la confluencia entre los impuestos estatales y los impuestos autonómicos y la de estos últimos con los impuestos locales, estableciéndose en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas[3] los límites a ambos supuestos y las vías de posible coordinación y compensación en relación al segundo supuesto apuntado. Pero en los casos de colisión o de doble imposición entre impuestos estatales y locales no encontramos normas generales que la resuelvan, a diferencia de lo previsto en la LOFCA en relación con los tributos autonómicos y los locales.

La diferencia neta entre ambos casos estriba que la colisión del tributo autonómico tiene su base en el ejercicio de la potestad legislativa de las mismas, es decir, por leyes originadas por dos entes públicos distintos, mientras que en los casos de colisión de impuestos estatales y locales el ente que crea el conflicto es el mismo.

Existen diversos supuestos de colisión entre impuestos locales de exigencia facultativa y los impuestos nacionales, como el IRPF y el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana[4], que se agravó con la supresión de la antigua deducción en cuota por tal concepto, con el paso de la Ley 18/1991 a la Ley 40/1998, antiguas leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[5], supresión que se mantiene en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, actual Ley reguladora de este Impuesto.

[3] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (en adelante LOFCA), modificada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre; en concreto, entre las cuestiones afectadas por tal modificación, se encuentra la colisión entre los impuestos autonómicos y los impuestos locales, dentro del artículo 6 de aquélla.

[4] Sobre este tema puede verse CHICA PALOMO, M.D.: *La doble imposición entre los impuestos de índole estatal y local*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2008, págs. 168 a 177.

[5] En adelante IRPF.

Innovazione e Diritto

No obstante, en los casos de impuestos facultativos los entes locales son responsables de esa doble imposición. En todo caso, la solución sólo podrá estar en la misma ley estatal[6].

Plurimposición como problema.

Concepto de plurimposición: La doble imposición es el fenómeno que se produce cuando sobre una misma manifestación de riqueza inciden dos impuestos en n mismo período impositivo y ante un mismo evento. Plurimposición[7] se puede usar ante la posibilidad de que ante una manifestación encontremos más de dos impuestos que inciden.

Este fenómeno no se reduce al hecho imponible, sino a la consideración del objeto del tributo, ya que reducir la plurimposición al hecho imponible sería demasiado restrictivo, ya que requeriría la coincidencia de todos sus elementos, es decir, dos impuestos en la práctica idénticos. Algo debe cambiar,

[6] A tal efecto, podríamos tomar en consideración la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En el apartado 2 del artículo 218 de esta Ley se dispuso originariamente que «La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, en materia de financiación local. Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e incluye la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat». En el fundamento jurídico 140 de la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado que «según resulta de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, "cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución", potestad normativa que tiene su anclaje constitucional "en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo" (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22). Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales». De este modo, en el último párrafo del referido fundamento jurídico se concluye que «En consecuencia, ha de declararse inconstitucional y nulo el inciso "puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e" del art. 218.2 EAC», tal y como se refleja obviamente también en el fallo de la Sentencia mencionada.

[7] No obstante, la utilización del término «plurimposición» la podemos encontrar en SAINZ DE BUJANDA, F., *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, cit., pág. 27.

Innovazione e Diritto

sea el sujeto activo, la cuantificación de la base, su ámbito de aplicación… cosa que no se produce en nuestro actual sistema tributario.

Por ello, sin ser demasiado estrictos, diremos que dos impuestos recaen sobre un mismo hecho imponible cuando coincidan, al menos parcialmente, los aspectos materiales del elemento objetivo de los hechos imponibles de los dos impuestos, aunque no coincidan los restantes elementos y aspectos de sus hechos imponibles.

Pero si los aspectos materiales del elemento objetivo de los hechos imponibles de dos impuestos son similares, probablemente que el objeto de gravamen de ambos sea casi el mismo, lo que vuelve al tema de la doble imposición desde el ámbito del hecho imponible al del objeto de gravamen.

Una distinción entre ambos conceptos la ofrece Sainz de Bujanda, para el que hablar del "objeto del echo imponible es una expresión equivalente a la de presupuesto objetivo de la obligación tributaria, es decir, la situación de hecho -eliminado su aspecto subjetivo, que forma parte del presupuesto de hecho, considerado en su totalidad, pero no, como es obvio, de su elemento objetivo- que hace nacer la obligación tributaria; el objeto del tributo es la manifestación de la realidad económica (…) los bienes gravados no son, en fin, sino una especie de riqueza imponible"[8].

Ferreiro distingue entre "objeto material", riqueza efectivamente gravada, y "objeto fin" del tributo, la riqueza que se quiere gravar, entendida como fin o fines del tributo[9]. Cada impuesto sólo grava una manifestación de riqueza, pero en ocasiones hay problemas para determinar cuál es ésta, y, para determinar lo que realmente grava, en ocasiones debemos acudir a la forma de cuantificar la base imponible.

[8] *Hacienda y Derecho*, IV, cit., pág. 336.

[9] «El objeto del tributo», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 10, 1976, págs. 229 y ss. Del objeto del tributo ya se había ocupado FERREIRO en su obra «Contribución Territorial Urbana: El objeto del tributo», en *Hacienda Pública Española*, núm. 22, 1973, págs. 24 y ss.

Innovazione e Diritto

En la delimitación de estos conceptos el TC respecto a la interpretación de la Ley Orgánica 8/1980 de Financiación de las Comunidades Autónomas ha señalado que "Por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso "para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria", según reza el artículo 28 de la vigente Ley General Tributaria"[10].

El caso es que distintos hechos imponibles produzcan una doble imposición o plurimposición en relación a un mismo objeto impositivo o manifestación de riqueza gravada.

En definitiva, el fenómeno de la plurimposición se presenta en ciertos casos como inevitable, pero no debería sobrepasar ciertos límites. Las manifestaciones de riqueza u objetos de gravamen imaginables, aunque se especifiquen desde distintas perspectivas, en principio son limitados. Y para contemplar la capacidad económica global de un sujeto y conseguir que cobre actuación práctica la autonomía financiera de entes menores al Estado en su dimensión de entes con Poder Tributario, se presenta como necesario e inevitable y, en algún caso, a lo mejor hasta conveniente[11], que un mismo objeto de gravamen o manifestación de riqueza sirva para estructurar, desde distintas perspectivas, una diversidad de hechos imponibles, provocando situaciones de sujeción a varios impuestos. Lo que no se puede permitir es que se produzca una acumulación de impuestos, de tal forma estructurados

[10] Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo. En el mismo sentido y con remisión a la Sentencia anterior, se pronuncia el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su Sentencia 186/1993, de 7 de junio.

[11] Piénsese además en posibles motivaciones extrafiscales.

Innovazione e Diritto

individualmente y en su globalidad, que pueda llegar a extremos confiscatorios.

Existen tres-cuatro índices generales de capacidad económica: la renta, el patrimonio, el consumo y el tráfico de bienes. Un sistema impositivo podría imaginarse en base a cuatro impuestos, evitando se produzca doble imposición, pero es posible que las finalidades, objetivos y funciones no se cumpliesen, y fuese necesario aceptar la doble imposición, siempre que no se sobrepasen ciertos límites racionales, jurídicos y económicos.

Clasificaciones doble imposición.

1º. *Interna/ internacional.*

Una de las clasificaciones más frecuentes de doble imposición distingue la interna de la internacional[12].

La interna se produce en casos de conflicto entre poder tributario estatal y de poderes tributarios de entes integrados en ese territorio (como entidades locales, regiones, comunidades autónomas,...)

La internacional se produciría al confluir los poderes tributarios de dos Estados o sus entes de menor dimensión; o entre un Estado y una Organización Internacional, ya que éstas acostumbran a ser titulares de un impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos de sus funcionarios y agentes, usualmente exentos en los Estados. Además la Unión Europea tiene poder tributario en otros ámbitos, en los recursos propios, lo que puede ocasionar doble imposición internacional, si confluye el recurso propio con el del Estado; e incluso doble imposición interna entre impuestos armonizados y

[12] Frente a ello, INGROSSO usaba el concepto «doble imposición» sólo para hacer referencia a los casos de doble imposición internacional, hablando, por el contrario, de «*imposizione multipla*» para hacer referencia a los casos en que se da sobre un mismo bien la incidencia de impuestos distintos o de impuestos de entes de Derecho Público distintos dentro de un mismo Estado (*Istituzioni di Diritto Finanziario*, Vol. II, Jovene, Napoli, 1937, pág. 762).

Innovazione e Diritto

no armonizados, pero de titularidad estatal.

2º Material /formal.

La material no se presenta como expresamente deseada en un sistema fiscal que persiga el reparto justo y general de las cargas tributarias.

La formal es aquella voluntariamente aceptada y querida por el legislador. Es una técnica fiscal para obtener un mayor agravio del sujeto pasivo o para intentar lucha contra la excesiva disparidad de las riquezas. Tendría un doble objetivo, financiero y de justicia tributaria y otro socio-económico.

Un ejemplo, en el ámbito inmobiliario, son los impuestos de algunas Comunidades Autónomas sobre la titularidad de tierras infrautilizadas. De clara vocación extrafiscal. Consideramos necesario extender el concepto de doble imposición formal, a los casos de doble imposición por impuestos extrafiscales.

3º Poder tributario y Poderes tributarios

La Constitución Española otorga a las entidades locales y a las comunidades autónomas poderes tributarios, a partir de la constitucionalización de la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses proclamada en el artículo 137.

La Constitución, así como el desarrollo postconstitucional de la misma, a conducido a una estructura territorial descentralizada donde Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales son titulares de un poder tributario para hacer frente a su autonomía financiera. Poderes tributarios que todos ellos vienen a ser originarios, a pesar del artículo 133. 1 CE, (que hace referencia a la "potestad originaria", ésta sólo se refiere a que el único límite del poder tributario del Estado es la propia Constitución, mientras que el de los entes menores puede limitarse o regularse por ley estatal), ya que la

Innovazione Diritto

Constitución se presenta como fundamento jurídico de el poder tributario de todos estos entes (133. 2).

El 31. 3 proclama el principio de reserva de ley y de legalidad a la hora de crear tributos, correspondiendo a la comunidad autónoma o al Estado en función del principio de competencia. Mientras que las Corporaciones Locales son incapaces de crear leyes, necesitando de una ley que las habilite.

El 142 impone que «las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas». El 133.2, por su parte, da la posibilidad de establecer y exigir tributos. Pero todos ellos deben estar facultados por una ley previa, pudiendo desarrollar aquellos aspectos de los tributos que las leyes permitan.

En este contexto, la existencia de estos diferentes entes con poder tributario es la base de los problemas de doble imposición interna, a causa de la incidencia sobre una manifestación de riqueza por parte de tributos de estos entes, o incluso doble imposición ocasionada por impuestos de un mismo ente.

A pesar de la coordinación entre las administraciones, por el carácter limitado de las manifestaciones de capacidad económica, la voluntad de dotar de autonomía financiera tiende a conducir al fenómeno de la doble imposición[13], en tanto los objetos imponibles ya estén gravados por el Estado.

[13] Sobre este problema, en relación a las Haciendas Locales, se detiene CALVO ORTEGA, poniendo de manifiesto que «el avance de los grandes impuestos sobre la renta, sobre los incrementos patrimoniales (en el supuesto de que constituyan una figura independiente), sobre el patrimonio y sobre el consumo, cada vez más generales y más personificados, deja un estrecho margen a la imposición municipal propia, entendiendo por tal aquella que tradicional y actualmente tiene un objeto de gravamen no sometido a los citados impuestos estatales. La doble imposición (un mismo sujeto es gravado dos o más veces por el mismo hecho imponible y, en el caso que nos interesa, por dos poderes tributarios diversos) parece punto menos que inevitable» («Principios tributarios y reforma de la Hacienda municipal», en *La Reforma de las Haciendas*

Innovazione e Diritto

Otra cuestión son las medidas que se pueden utilizar para amortiguar la doble imposición entre los distintos niveles impositivos. La primera solución es no dotar a los entes inferiores de impuestos que podrían entrar en colisión con uno estatal. El Estado debería compensar al ente menor por la pérdida de estos fondos.

Segunda solución es que la Ley estatal fuese la que estableciese el impuesto del ente menor, amortiguando la doble imposición reduciendo la presión en los impuestos en colisión; es decir, reduciendo los tipos de gravamen en uno o en los dos, o considerando a uno de ellos como gasto deducible en el cálculo de la base imponible del otro; del modo que señalan Due y Friedlander[14].

La existencia de varios poderes tributarios exige la creación de reglas para evitar la colisión de estos poderes entre sí, o que al menos transformarla en una confluencia armonizada.

En el plano internacional, si se produce entre Estados, como entes soberanos, es necesario el acuerdo entre los mismos para establecer criterios de confluencia o armonización. Y esto salvo que exista una tercera instancia, como la Unión Europea, creada bajo los esquemas de integración y supranacionalidad, con competencias soberanas, que la convierte en una tercera instancia capaz de establecer acuerdos.

El Estado, ante el carácter esencial de la Constitución que no puede delimitarlo todo, es el que debe determinar la confluencia entre los poderes de los entes menores. Sacrificando incluso su recaudación en aras de que esos entes alcancen la suficiencia financiera. Sin ese sacrificio no parece posible evitar una superposición de impuestos que atentaría contra la justicia tributaria. Además, la intervención estatal no puede anular totalmente la

Locales, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 37).

[14] *Análisis económico de los impuestos y del sector público* (Traducción al castellano por Ateneo de Buenos Aires; supervisión de la traducción por E.J. REIG), Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, pág. 620.

Innovazione e Diritto

iniciativa tributaria de las Comunidades Autónomas, aunque implique doble imposición sobre el mismo objeto de gravamen.

4º Unidad/ pluralidad de sujetos pasivos

El gravamen de una manifestación de riqueza puede producirse, además, sobre un mismo sujeto pasivo o sobre varios, en función de que se realice la imposición a través de una figura impositiva o varias.

De este modo podemos encontrar casos de doble imposición que afectan a un único sujeto pasivo y otros que afectan a varios.

Un ejemplo de doble imposición sobre un único sujeto son los inmuebles que son gravados por un impuesto real, sobre el titular, y que también tributa como impuesto general y personal.

Un ejemplo sobre varios sujetos es el caso de los beneficios societarios, gravados doblemente como beneficio de la sociedad y después como rentas de los socios. En el ámbito inmobiliario, un mismo bien será objeto del impuesto real sobre el titular, y además podrá ser gravado sobre el arrendatario en el caso del Gravamen Especial sobre bienes inmuebles con el objeto de evitar la elusión, luchar contra la evasión y el fraude a través de operaciones circulares, como señalamos en otro lugar[15].

2. La tributación inmobiliaria en momentos de crisis económica. Aumento de presión fiscal y plurimposición

X El panorama normativo vigente muestra distintas situaciones en las que puede apreciarse el fenómeno de la doble imposición. Especialmente en la actual crisis económica en la que una serie de Estados, en particular aquellos que han mostrado mayores problemas económico-financieros, han recurrido

[15] MUÑIZ PÉREZ, J. C., "La tributación de los inmuebles de extranjeros", *Ct Catastro*, Ministerio de Economía y Hacienda, Dirección General del Catastro, n. 71, Abril 2011, p. 55-95, p. 84 y ss.

Innovazione e Diritto

a la tributación de los bienes inmuebles como manifestación de riqueza estable, y que intensifican la presión fiscal y la plurimposición, y que evidencian la importancia que adquiere en determinadas situaciones la tributación inmobiliaria. Encontramos los casos de Irlanda, Grecia, Portugal, Italia y España. En Grecia, … , siguiendo a Papas[16], los impuestos esenciales sobre inmuebles son básicamente tres, el impuesto sobre inmuebles, un impuesto anual sobre la propiedad (calculado en función del valor objetivo de la propiedad) y los impuestos por transferencia de la propiedad.

A estos debemos añadir una serie de impuestos sobre los ingresos obtenidos de cualquier forma (procedentes por ejemplo de inmuebles) por sociedades o compañías extranjeras (al 35% del total de ingresos obtenidos en Grecia y o en establecimientos permanentes en Grecia), y también sobre las sociedades públicas o privadas incluidas en la Ley 1667/86. Igualmente los impuestos sobre la renta de residentes.

Podemos considerar que el más importante es el impuesto sobre la propiedad, que recae sobre los inmuebles localizados en Grecia, de carácter anual, ligeramente progresivo en el caso de individuos (entre el 0,5% al 2%) en función del valor de la propiedad, mientras que para las compañías es fijo, 1,5%.

Sin embargo, y como pone de manifiesto el proyecto piloto RO/05/B/P/PP175018[17], existe una amplia diversidad de tasas aplicadas a los bienes inmuebles, algunas gestionadas por el Estado central y otras por las autoridades locales. Un ejemplo es la tasa catastral, establecida por la Ley 3481/2006 con el objeto de financiar la elaboración del catastro. Financiación compartida con los propietarios que ya estaba prevista en la Ley 2308/1995,

[16] PAPAS, A A., *European Financial Reporting Greece*, Carnegie international, Routledge, London 1993, p. 47 y ss.

[17] AA.VV., Community action programm on vocational training, Pilot Projects, Language competences, transnational Networks, Real Estate Taxation: Issues and Practice in Greece, Hungary, Romania, and the United Kingdom, , 3 de julio de 2006.

Innovazione e Diritto

tasa que consiste en dos partes, una fija común a todos los propietarios (de 35 euros por derecho de propiedad declarado), y otra proporcional, un porcentaje del valor catastral. Además, por la expedición de certificados, extractos, procesamiento de objeciones y correcciones, equivalente a las tasas catastrales españolas.

Dejando aparte otros problemas, debemos añadir la reciente creación de una nueva "tasa especial sobre la propiedad inmobiliaria" "[18] que grava los metros cuadrados desde 50 céntimos en las zonas consideradas más pobres, y un máximo de 10 euros por metro en las más adineradas y que se ha propuesto como medida provisional para los siguientes dos años, medida que inicialmente estaba previsto que expirase en 2012 y recientemente ha sido prorrogada al menos hasta 2014[19]. Impuesto que, evidentemente, es resultado de las serias dificultades que Grecia está padeciendo en los últimos años. Impuesto que, ante la falta de un registro oficial donde figuren los inmuebles y su superficie, está siendo recaudado por la compañía eléctrica, que sí cuenta con esos datos, vinculando el cobro del impuesto con el pago de la luz, lo que puede plantear problemas en el ejercicio de esta potestad pública, especialmente si la compañía eléctrica es privada. Igualmente se plantean desde ciertos sectores la eliminación de exenciones, como la que disfrutaba la Iglesia Ortodoxa.

En Irlanda existe un impuesto sobre los bienes inmuebles que grava la propiedad de los inmuebles de uso comercial, pero que no afecta a las viviendas, con tipos progresivos en función de la valoración del inmueble, lo que es determinado por la entidad local. Sobre las residencias privadas no principales se impone un carga de 200 euros a la propiedad residencia no

[18]Noticia del 11 septiembre 2011, pore jemplo: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/11/economia/1315746677.html

[19] Fuente: el economista, jueves 22 de septiembre de 2011, p. 25, *Atenas anuncia una andanada de recortes para ahorrar 6.000 millones de euros.*

Innovazione e Diritto

utilizada por el propietario como residencia principal, sin existir un impuesto general para todos los inmuebles. Sin embargo, en los últimos años, a causa de la crisis económica se han producido cambios legislativos, así *the guardian*[20] informa de la asunción de un nuevo impuesto sobre la propiedad de tipo plano, socialmente divisible y que es comparado con el polémico "*poll tax*" de Reino Unido. Polémico al no basarse en la capacidad económica del sujeto, al no depender de aspectos objetivos como el tamaño o la localización del inmueble. Este impuesto se creó con el objeto de reemplazar el impuesto sobre la propiedad basado en el valor del inmueble, y con el objeto de financiar los servicios locales, impuesto que entra en vigor el 1 de julio de 2013.

En Portugal, tal como señala el Centro de Estudios Fiscales[21], los principales impuestos que recaen sobre el patrimonio inmobiliario son el IMT y el IMI. Dejando al margen otros impuestos relacionados con el patrimonio inmobiliario, sustituyó en 2004 la antigua "contribución autárquica" por un impuesto inmobiliario asimilable al IBI español o al ICI italiano. El IMI, impuesto municipal sobre inmueble (Decreto Ley nº 287/2003, de 12 de noviembre). Como característica destaca la ausencia del concepto de parcela, utilizando el de predio, (que define deficientemente el objeto imponible, el bien inmueble), y sin asumir, en la distinción de urbanos y rústicos el planeamiento urbanístico. Éste impuesto ha experimentado incrementos como respuesta a la crisis económica, a pagar en 2013, con una revaloración de los inmuebles masiva, con incremento de los tipos, especialmente respecto aquellos inmuebles vacíos o desocupados que pasan a agravarse del mismo modo que aquellos en ruinas, permitiendo a los municipios exigir el triple del IMI a sus propietarios, como señala el artículo 112, apartado 3, del "Decreto-Lei 287/2003 de 12 novembro" tras la modificación de la Ley 64-B/2011 de 30 de diciembre (y

[20] O'CARROL, L., "New property taxi s Ireland's poll tax", *The Guardian,* 27-07-2011.
[21] AA. VV., *The Portuguese Tax System*, CEF, Lisboa 2009.

Innovazione e Diritto

la Ley 60-A/2011, de 30 de noviembre). Esta subida será gradual, persiguiendo alcanzar los valores reales de mercado, haciéndose plena en 2015.

En Italia, el principal impuesto relacionado con los bienes inmuebles y gestionado por la institución catastral italiana, la *Agenzia del territorio*, es el ICI, o impuesto local sobre bienes inmuebles. Impuesto analizado por Altobelli, Cianfrocca y Rotunno[22]. Estos autores señalan que hasta los años ochenta la financiación de los entes locales se realizaba a través del Estado, lo que incentivo la irresponsabilidad de los administradores locales y el incremento del déficit, y a la vez suponía un freno a la autonomía de los propios entes. Por ello en los años noventa, a partir de la ley 142 del año 1990, y con la ley 421 de 23 de octubre de 1992 se inicia un proceso de racionalización y de descentralización financiera, que afectaba a los tributos anteriores, como la tasa de eliminación de desechos sólidos urbanos (TARSU), la tasa por ocupación de espacios y áreas públicas (TOSAP) y el impuesto local sobre la publicidad y el derecho sobre la fijación de carteles, así como el impuesto introducido e este año el ICI.

Dejando a un lado la complejidad del proceso de descentralización fiscal italiano del que se han ocupado distintos autores[23], la imposición sobre los inmuebles apareció como la solución más efectiva para ser entregada a los entes locales. Se creó en 1992 el ICI otorgando al gobierno la posibilidad de delegar la institución y la disciplina del impuesto.

Altobelli, Cianfrocca y Rotunno[24]. Estos autores señalan que hasta los años

[22] ALTOBELLI, M., CIANFROCCA, S., ROTUNNO, C., *La disciplina dell'ICI Manuale completo con guida ai procedimenti*, aggionato alla legge 23 luglio 2009, n. 99, ed. Maggioli editore, San Marino 2009.

[23] MAGLIARO, A., (Coord.), *Verso quale federalismo? La fiscalità nei nuovi assetti istituzionali: Analisi e prospettive*, Università degli Studi di Trento, Trento 2010.

[24] ALTOBELLI, M., CIANFROCCA, S., ROTUNNO, C., *La disciplina dell'ICI Manuale completo con guida ai procedimenti*, aggionato alla legge 23 luglio 2009, n. 99, ed. Maggioli editore, San Marino 2009.

Innovazione e Diritto

ochenta la financiación de los entes locales se realizaba a través del Estado, lo que incentivo la irresponsabilidad de los administradores locales y el incremento del déficit, y a la vez suponía un freno a la autonomía de los propios entes. Por ello en los años noventa, a partir de la ley 142 del año 1990, y con la ley 421 de 23 de octubre de 1992 se inicia un proceso de racionalización y de descentralización financiera, que afectaba a los tributos anteriores, como la tasa de eliminación de desechos sólidos urbanos (TARSU), la tasa por ocupación de espacios y áreas públicas (TOSAP) y el impuesto local sobre la publicidad y el derecho sobre la fijación de carteles, así como el impuesto introducido e este año el ICI.

Dejando a un lado otros aspectos como el proceso de descentralización fiscal italiano destaca la ley de 24 de julio de 2008, n. 126, que convalida el decreto ley 93 de 27 de mayo de 2008, y que se dirige a incrementar el poder adquisitivo de las familias y la reactivación del desarrollo económico del país, se establece la exención del impuesto ICI destinada a ser habitación principal, excluyendo las casas señoriales, las villas los castillos y palacios de valor histórico artístico.

Esta medida, que supuso políticamente uno de los estandartes de la política de Berlusconi, ha sido derogada en los últimos tiempos por la crisis de financiación del Estado, ya durante el gobierno Monti, a través del Decreto Ley 201 de 6 diciembre 2011, convertido en la ley 214 de 22 diciembre 2011, que extiende el denominado "*imposta municipale propia*" del decreto legislativo 23 de 14 de marzo 2011, del gobierno Berlusconi, del el que se excluían las viviendas de residencia habitual y comenzando a tributar el resto a partir de 2014. La modificación del período Monti supuso la anticipación en 2 años en su aplicación y la extensión también a las residencias habituales.

España no es una excepción entre los países más afectados por la crisis económica. Dentro de las medidas adoptadas encontramos el incremento del

Innovazione e Diritto

IBI operado a través del Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que en su artículo 8 establece un aumento para los tipos de gravamen del IBI, con efectos para los periodos impositivos 2012 y 2013. El aumento del 10% en los municipios con procedimiento de valoración colectiva de carácter general para inmuebles urbanos, con un gravamen mínimo del 0,5 en 2012 y 0,6 en 2013. El 6% para los bienes urbanos con ponencia de valores entre 2002 y 2004, con tipo mínimo del 0,5%, el 4% para los inmuebles de ponencias entre 2008 y 2011. Sólo afecta a los inmuebles de uso no residencial, los inmuebles de uso residencial con ponencia anterior al 2002, y a los de uso residencial con ponencia en 2002 o posterior que pertenezcan a la mitad con mayor valor catastral del conjunto de los inmuebles del municipio que tengan dicho uso. Es decir, tributarán todos los que tengan una ponencia de valores anterior a 2002 y, tampoco lo harán los que su ponencia se aprobase entre 2005 y 2007. Por el contrario tributarán aquellos que se encuentren en la mitad superior de los valores catastrales de los inmuebles del municipio. Esta medida creemos que puede plantear problemas de justicia tributaria, ya que dañará a sujetos con independencia de su renta, y sólo comparando los inmuebles a nivel municipal. Se corre el riesgo de perjudicar a aquellos sujetos que son propietarios de inmuebles en zonas deprimidas con valores catastrales bajos, que tributarán con independencia de la renta de dichos sujetos, mientras que otros sujetos con mayor capacidad económica real y con valores catastrales superiores podrán verse exentos por encontrarse en núcleos de población donde el valor catastral medio es mucho superior. Para una mayor justicia tributaria el ámbito de aplicación debería haber sido mucho mayor, con el objeto de no perjudicar a los habitantes de zonas con valores catastrales bajos, si bien, en todo caso, estos problemas se deberían verse solventados a través del IRPF.

De este modo se observa con claridad cómo la tributación inmobiliaria, que en situaciones de normalidad suele ser considerada como un elemento menor, adquiere en momentos de crisis económica una relevancia mayor tanto por la imposible ocultación del objeto imponible, como la mayor facilidad de su recaudación, fortalecida por el carácter reipersecutorio del inmueble.

Esta incremento de la presión fiscal sobre la propiedad inmobiliaria se ve acentuada por la concurrencia y, en ocasiones, la colisión con otras figuras tributarias. Aspecto del que nos ocupamos a continuación centrándonos en el sistema tributario español.

Como señala Velasco[25], que existen un total de siete impuestos que utilizan la información catastral, fundamentalmente el valor catastral, 3 estatales, dos regionales y dos locales. De hecho, respecto al catastro ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999 señala la vinculación del valor catastral con varios tributos, citando expresamente algunos como el IRPF, Sucesiones o transmisiones patrimoniales onerosas.

Así pues, pueden observarse confluencias entre varios impuestos:

A) La imputaciones de rentas inmobiliarias, en particular IRPF, con el IBI.

B) Las imputaciones del Impuesto de sociedades con el IBI.

C) El Impuesto de la Renta de No Residentes y el Gravamen Especial sobre bienes inmuebles frente al IBI.

D) El IAE frente al IBI.

A) IMPUTACIÓN DE RENTAS INMOBILIARIAS, IRPF, Y EL IBI

Introducción: Panorama normativo y jurisprudencial en imputación de rentas inmobiliarias en IRPF frente IBI.

[25] VELASCO MARTÍN-VARÉS, A., "The Cadastral system in Spain", en AA.VV., *Cadastral Information System a resource for the E.U. policies, overview on the cadastral systems*, Permanent committe on Cadastre in the European Union, part I., 2008, p. 198-245, p. 242.

Innovazione Diritto

En el IRPF, en el cálculo del concepto de imputación de rentas inmobiliarias no es deducible lo pagado en concepto de IBI. De este modo vendría a eliminarse la doble imposición que existe entre ambos impuestos, con una integración más armónica al coordinar IRPF con IBI.

Esta situación se mantiene tanto en la Ley 3/2004 de 5 de marzo como en la actual Ley 35/2006, consolidada por la STC 297/2006 de 11 de octubre. El Tribunal constitucional, en el párrafo primero del fundamento jurídico sexto considera que "los rendimientos de los inmuebles urbanos que contempla el precepto cuestionado integran la manifestación de una capacidad económica que si bien no deriva de una renta real –no hay un ingreso efectivamente producido - sí conecta con una renta potencial: cabe razonadamente entender que, en la medida en que tales inmuebles son susceptibles de generar un rendimiento al que "renuncia" su titular –el que podría obtenerse mediante su arrendamiento- estamos ante una "renta potencial" susceptible de ser sometida a imposición por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, de la misma manera que –en relación con el impuesto andaluz de tierras infrautilizadas- hemos afirmado que la renuncia a obtener el rendimiento óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas "es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial" (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13)".

De este modo el Tribunal constitucional viene a justificar la imputación de rentas inmobiliarias en la función social de la vivienda.

El principal problema que aborda el Tribunal en la sentencia 295/2006 es determinar si la remisión a la valoración del artículo 10 de la Ley 19/1991 de patrimonio (partía del mayor de tres valores, catastral, comprobado o de adquisición, podía implicar una violación del principio de igualdad, entendiendo que era contemplable en el 31.1 CE, y no en el 14, ya que no era una discriminación en función de las características subjetivas del contribuyente.

Innovazione e Diritto

Por ello la regulación pasó a hacer referencia directa al valor catastral, salvo que no estuviese fijado.

A pesar de la STC 295/2006 y las reformas legales, la falta de coordinación entre la imputación de rentas del IRPF con el impuesto local sobre inmuebles subsiste. A él se adjunta el sector de imputación de rentas inmobiliarias en relación con el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, con el que deberían adoptarse soluciones similares.

Esta imputación de rentas procede de aplicar un porcentaje sobre el valor catastral del inmueble, siendo propiamente una imputación, ya que es indiferente que el inmueble reporte o no una renta real, bastando que ésta sea simplemente potencial.

Las posibles vías doctrinales de solución se han desarrollado en base a la normativa precedente, lo que además muestra la persistencia y consolidación del problema, aún cuando lo eliminó en materia de vivienda habitual.

El Artículo 1 de la antigua Ley 18/1991 del IRPF[26], disponía que era "un tributo de carácter directo y naturaleza personal y subjetiva que grava la renta de las personas físicas en los términos previstos en esta Ley". Por el apartado 1 del artículo 5 constituía "el hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo", presentándose en la letra b) del apartado Cuatro del art. 5 como componentes de la renta del sujeto pasivo "los rendimientos derivados de cualquier elemento patrimonial que no se encuentre afecto de manera exclusiva a las actividades señaladas en la letra siguiente", letra c), que presentaba como componentes de renta "los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales que ejerza".

El apartado uno del articulo 31 de la Ley 18/1991 establecía que tenían "la consideración de rendimientos íntegros del capital la totalidad de las

[26] Ley derogada por la citada Ley 40/1998.

Innovazione e Diritto

utilidades o contraprestaciones, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que provengan directa o indirectamente de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al sujeto pasivo y no se hallen afectos a actividades empresariales o profesionales realizadas por el mismo". Y en el apartado dos, letra a), se señalaba que, en todo caso, se debían incluir como rendimientos del capital "los provenientes de los bienes inmuebles, tanto rústicos como urbanos, que no se hallen afectos a actividades empresariales o profesionales realizadas por el sujeto pasivo", especificándose en el último párrafo del art. 31 que "los rendimientos íntegros correspondientes a elementos patrimoniales, bienes o derechos, que se hallen afectos de manera exclusiva a actividades empresariales o profesionales realizadas por el sujeto pasivo se considerarán ingresos de las indicadas actividades".

Frente a la redacción originaria de la Ley 18/1991, que analiza la STC 295/2006, el artículo 34 fue modificado en su letra b) por el Real Decreto ley 12/1995 de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera.

El art. 34 disponía que tenían la consideración de rendimientos íntegros del capital inmobiliario "en el supuesto de inmuebles arrendados o subarrendados, el importe que por todos los conceptos se reciba del arrendatario o subarrendatario, incluido, en su caso, el correspondiente a todos aquellos bienes cedidos con el inmueble y excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido" [primer párrafo de su apartado a)][27], y en el caso de los restantes inmuebles urbanos (excluido el suelo no edificado), es decir, los inmuebles no arrendados, se establecía el deber de computar como rendimientos íntegros del capital

[27] En el párrafo segundo del apartado a) del citado artículo 34 se establecía que «si el propietario o el titular del derecho real se reservase algún aprovechamiento, se computarán también como ingresos las cantidades que correspondan al mismo, siempre que dicho aprovechamiento no constituya en sí mismo una actividad empresarial, en cuyo caso se incluirán entre los ingresos de la mencionada actividad».

Innovazione e Diritto

inmobiliario el 2% del valor catastral del inmueble, con carácter general, y cuando se tratase de inmuebles cuyos valores catastrales hubieran sido revisados o modificados y en vigor a partir del 1 de enero de 1994, se computaría como tal el 1,1% del valor catastral[28] del inmueble (primer párrafo apartado b)). Así, los rendimientos de inmuebles de naturaleza rústica podrían ser considerados como rendimientos de las actividades empresariales agrícolas a las que estuviesen afectos o como rendimientos del capital en caso de arrendamiento o subarrendamiento de los mismos, no considerando producido ningún rendimiento del capital por inmuebles rústicos fuera de estas situaciones.

El hecho imponible del IRPF era y es la obtención de renta por el sujeto pasivo, y su objeto de gravamen era y es la renta misma. Por ello cabe plantear la doble imposición de la imputación de rentas inmobiliarias del IRPF con el IBI, limitándonos al ámbito inmobiliario y al subjetivo de las personas físicas, únicas que pueden realizar el hecho imponible del IRPF.

El IRPF grava la renta, y el IBI los elementos patrimoniales, constituyendo el hecho imponible la titularidad de los mismos. Renta y patrimonio se distinguen como dos conceptos esenciales si se quieren diferenciar los índices de capacidad económica que gravan los impuestos directos. Por ello, en principio no podría hablarse de doble imposición entre ambos.

Sin embargo, la riqueza inmobiliaria puede generar rentas gravadas por el sistema tributario, que además grava la titularidad de tal riqueza. La simple titularidad obligaba a computar un rendimiento a favor del titular, gravable por IRPF (la imputación de rentas inmobiliarias). Así se ve la íntima conexión

[28] En el párrafo segundo del artículo 34.b) de la Ley 18/1991 pasó ya a establecerse que «si a la fecha de devengo del Impuesto los inmuebles a que se refiere esta letra carecieran de valor catastral o éste no hubiera sido notificado al titular, se tomará como valor de los mismos el 50 por 100 de aquel por el que deban computarse a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio. En estos casos, el porcentaje aplicable será el 1'10 por 100».

Innovazione e Diritto

entre los dos impuestos con la titularidad del inmueble. Sainz de Bujanda hablaba de la superposición del impuesto local que grave la propiedad, no sólo "al gravamen sobre el valor efectivo del patrimonio global" del propietario[29], sino también "al gravamen sobre la renta global" [30] de éste.

Ahora bien, siguiendo la distinción de Ferreiro, entre "objeto material" y "objeto fin" del tributo, el primero situado en la riqueza efectivamente gravada por cada tributo y el segundo en la riqueza que se quiere gravar, entendida como fin o fines del tributo[31]. El patrimonio inmobiliario es el objeto material, pero hay que plantearse el objeto-fin, lo que realmente se quiere gravar, si en el IBI se quiere gravar la renta[32]. Simón Acosta apunta que "aunque el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es nominalmente un impuesto sobre la propiedad, grava indirectamente la renta de los inmuebles, por lo que su coordinación debe efectuarse principalmente con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y el Impuesto sobre Sociedades"[33]. Se trataría ahora de analizar

[29] En función del tiempo en que escribía.

[30] *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, cit., pág. 33.

[31] «El objeto del tributo», *cit.*, págs. 229 y ss., y, del mismo autor, «Contribución Territorial Urbana: El objeto del tributo», *cit.*, págs. 24 y ss.

[32] En relación al impuesto local sobre las fincas rústicas y urbanas que podría incluirse dentro de un esquema ideal propuesto sobre imposición local, FERREIRO señala que «se trata de un impuesto que quiere gravar rendimientos medios. Que intenta recuperar para la imposición local las virtudes del catastro milanés tan excelentemente expuestas en su día por el profesor Einaudi. Un impuesto que al gravar rentas promedios prima al contribuyente activo y castiga a quien no utiliza adecuadamente sus bienes» (en la obra colectiva *El Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1988, págs. 24 y 25). En otra obra, señala igualmente FERREIRO que en el IBI «el legislador quiere gravar la renta que deriva de estos bienes, pero el gravamen se exige se produzca o no dicha renta» (*Curso de Derecho Financiero Español*, 13ª edición, Madrid, 1991, pág. 354).

[33] Añade a continuación de lo anterior este autor que «el Impuesto sobre el Patrimonio (IEPPF) -siglas que se corresponden con la denominación del desaparecido Impuesto en el momento en que escribía- también debe ser tenido en cuenta, puesto que se trata igualmente de un impuesto nominal sobre el patrimonio y efectivo sobre la renta». Analizando el paso de las Contribuciones Territoriales -vigentes en el momento en que escribía- al IBI -entonces sólo plasmado en el Proyecto de Ley de Haciendas Locales, todavía no aprobado en aquel momento-, o sea, fijándose en la evolución del impuesto local que habría de gravar la riqueza inmobiliaria, señala SIMÓN ACOSTA que «el supuesto cambio de naturaleza del impuesto no tiene otra trascendencia que la

Innovazione e Diritto

los mecanismos a través de los cuales se ha venido articulando la confluencia entre los citados impuestos[34].

En los gastos deducibles de los rendimientos del capital inmobiliario del antiguo IRPF encontramos (art. 35. a, 18/1991) "los gastos necesarios para su obtención", y el art. 7, 1. A. B) del antiguo Reglamento IRPF de desarrollo incluía "los tributos y recargos no estatales, así como las tasas, recargos y contribuciones especiales estatales, no repercutibles legalmente, cualquiera

modificación de la magnitud que constituye la base imponible: en el nuevo impuesto es el valor de los bienes, y en los impuestos actuales es su renta potencial. De todos modos, como la renta se determina de manera objetiva y, en el caso de la Contribución Territorial Urbana, es proporcional al valor catastral, no hay diferencia sustancial entre el gravamen de la propiedad y el gravamen de la renta, si se realizan en el tipo de gravamen los ajustes cuantitativos necesarios para que se obtenga la misma cuota». Llega este autor a la conclusión de que el IBI «no difiere sustancialmente de la naturaleza que ya tenían la Contribución Territorial Rústica y la Contribución Territorial Urbana. En ambos casos puede decirse que el hecho imponible es la propiedad de los inmuebles y el objeto o materia imponible, su renta: son impuestos nominales sobre la propiedad y efectivos sobre la renta de los inmuebles. Por este motivo debe concederse importancia al estudio de su coordinación con los impuestos estatales sobre la renta y el patrimonio, con el fin de evitar los efectos perversos de una doble imposición mal prevista» (*El Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales*, cit., pág. 43).

[34] Así pues, en ocasiones los elementos renta y patrimonio se mezclan en la configuración de algún Impuesto, centrando el hecho imponible en la titularidad de un elemento patrimonial y subyaciendo un objeto de gravamen basado en la renta. Tómese como ejemplo de esto la articulación del IBI. Como expone MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, el IBI puede ser presentado como un «impuesto nominal sobre el patrimonio y efectivo sobre la renta». Señala este autor, en relación al referido Impuesto local, que «aunque el hecho imponible como lo regula la Ley, grava la propiedad o situaciones jurídicas análogas, el objeto imponible es la renta» («El nuevo Impuesto municipal sobre Bienes Inmuebles», en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Tomo I, , págs. 285 y 286). Esta disociación entre lo directamente contemplado y el trasfondo de lo que se grava, en la articulación del IBI, también la podemos encontrar expresada en otros términos. Así, CORS MEYA parte señalando que «nos encontramos a veces, como sucede con la antigua CTU, que el legislador vincula la base al objeto del tributo, el cual no coincide exactamente, aun estando ciertamente relacionado, con el del objeto del hecho imponible. Así, cuando se presume que un hecho implica otro, como en los impuestos de producto, en donde se grava la renta producida a través de la fuente de su producción, es decir, la titularidad de la fuente patrimonial de renta se configura como hecho imponible, en lugar de contemplar directamente la renta producida». Junto a ello, señala este autor que «también la base puede mantener la ligazón con el hecho y entonces es ella la que junto al hecho imponible mantienen una relación indirecta con el objeto del tributo, como sucede con el actual IBI. De una u otra forma, se está gravando un hecho a través de otro, con el que razonablemente se puede establecer un valor de relación» («La base imponible», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 72, 1991, pág. 498).

Innovazione e Diritto

que sea su denominación siempre que incidan sobre los rendimientos computados o sobre los bienes o derechos productores de los mismos y no tengan carácter sancionador". Entre ellos encontramos el IBI. Respecto los inmuebles urbanos no arrendados ni subarrendados, se contemplaban expresamente en art. 35 B ley 18/1991 "las cuotas y recargos, salvo el de apremio, devengados por le Impuesto sobre Bienes Inmuebles". Así el legislador venía a reconocer la conexión entre el gravamen por IRPF y el gravamen por IBI en relación a la riqueza inmobiliaria[35]. Reconocimiento legal de la doble imposición entre IRPF e IBI, que manifiesta que el objeto-fin del IBI es gravar la renta inmobiliaria, articulando un objeto material estructurado sobre el patrimonio inmobiliario[36].

[35] Fijándose en el tema de la fiscalidad de la vivienda, POVEDA BLANCO señaló, a la vista de los distintos impuestos que recaían sobre la misma, «la sobreimposición de que es objeto tanto a nivel estatal cuanto autonómico y local, ya que somete cualquier acción que lleve a comprar, heredar, donar, poseer, arrendar, usar, construir, promover, reparar y tantas otras acepciones verbales relacionadas con los bienes inmuebles». Destaca este autor que «el exceso de fiscalidad que soporta la vivienda no parece que pueda servir como señera de complacencia si se tiene en cuenta que importantes preceptos constitucionales avalan la necesidad de una moderación tributaria, desde el artículo 39, que proclama la necesaria intervención de los poderes públicos que "aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", hasta el artículo 47, que practica el derecho de todos los españoles "a disfrutar de una vivienda digna y adecuada"». Habló este autor de «la discriminación tributaria que sufren los bienes inmuebles, y entre ellos la vivienda», señalando que tal situación «atenta de lleno contra la necesaria armonía que debe primar en el sistema tributario, en el que es exigible el principio de igualdad de imposición objetiva, así como los de no discrecionalidad y no arbitrariedad», añadiendo que «la imposición debe eliminar el "dirigismo fiscal" y no debe perjudicar ni favorecer a bienes ni a sectores económicos». Dicho lo anterior -y con un cierto desliz de la pluma al utilizar el concepto de hecho imponible- POVEDA BLANCO señaló que «la supresión de la doble y hasta triple imposición que se produce en la vivienda por la superposición de varios tributos sobre un mismo hecho imponible -IRPF, IEPPF, IBI- aconseja la adopción de medidas que eliminen tal problema mediante la deducción de unas cuotas en otras, lo que permitiría acabar con un régimen tributario netamente penalizador de la propiedad urbana» («La fiscalidad de la vivienda», en *Impuestos*, núm. 22, 1991, págs. 41 a 44).

[36] Y fijándose en tales mecanismos de coordinación entre estos impuestos tal y como se plasmaban, de forma similar, en la normativa vigente en el momento en que escribía, SIMÓN ACOSTA destacaba que los mismos implicaban una aceptación consciente de la doble imposición sobre la renta de los bienes inmuebles. Tales normas del IRPF y las aplicables en este punto en relación al Impuesto sobre Sociedades confirmaban, según este autor, que «existe doble imposición de la renta de los bienes inmuebles, la cual tributa en el IRPF o Impuesto sobre Sociedades y además soportará el impuesto municipal», o sea, el IBI, sucesor de las antiguas

Innovazione e Diritto

Respecto a las cuotas pagadas por el IBI debemos considerar que el sujeto gravado por IRPF tenía que ser titular del inmueble, y al ser titular debería pagar el IBI. El Ibi se paga "por" ser titular del bien, no "para" poder serlo. Por ello encaja fácilmente en el concepto de gasto deducible la cuota del IBI. Conceptualmente no sería un *gasto necesario* para obtener el rendimiento, sino una carga económica por la titularidad que genera el rendimiento. Ahora bien, respecto a los inmuebles urbanos lo resolvía expresamente el art. 35 B. Es la vía de salida a la doble imposición entre IBI e IRPF.

Pero si un impuestos, IBI, quiere gravar la renta que produce o puede producir un inmueble, no se le puede considerar en principio como gasto necesario para obtener esa renta. Incluso en el caso en que utilice un inmueble para desarrollar una actividad económica, el IBI querría gravar el rendimiento o utilidad que pueda generar ese inmueble, y que es gravado en IRPF o en Sociedades.

Pero el concepto de gasto necesario pervive, y sigue siendo el criterio vigente por la Ley 35/2006. La consideración de la cuota del IBI como gasto deducible para el cálculo de los rendimientos netos en los impuestos estatales es el mecanismo utilizado para atenuar la doble imposición, a pesar de que tal solución sea incoherente conceptualmente. Además no consigue eliminar la doble imposición, sino sólo atenuarla. La deducción del IBI como gasto (en base) en IRPF de la Ley 18/1991, desapareció para la imputación de rentas inmobiliarias con la Ley 40/1998, y tampoco se contempla en la Ley 35/2006, si bien es cierto que el referido problema quedó limitado para la segunda vivienda, ya que desde 1 enero 1999 la vivienda habitual no computa para imputar rentas inmobiliarias en IRPF.

Contribuciones Territoriales (*El Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales*, cit., págs. 44 y 45).

Innovazione e Diritto

Propuesta de solución

La doble imposición en materia inmobiliaria si el gravamen de la riqueza inmobiliaria se atribuyese con carácter exclusivo al Estado o a las Corporaciones Locales. Lo primero significaría la desaparición del IBI. El primer caso supondría la desaparición del IBI, que constituye la columna vertebral de los tributos de las administraciones locales, lo que condenaría a éstas a la insuficiencia financiera. La segunda opción (además de suponer una renuncia por parte del Estado a esos ingresos) rompería la unidad del concepto de renta en los impuestos estatales, perdiéndose la consideración global de la renta en los impuestos globales, generales y personales[37] en los que se pretende medir la total capacidad económica del contribuyente en base a tales manifestaciones de riqueza.

Apareciendo ambas soluciones como rechazables, puede plantearse arbitrar la deducción de la cuota del IBI en la cuota del IRPF, lo que eliminaría totalmente la doble imposición, aunque se discute su conveniencia así como la justificación de tal doble imposición.

La forma en que se viene deduciendo el IBI, en sede de rendimientos, produce que la doble imposición no se elimine, sino que quede "ligeramente mitigada", respecto a lo cual Simón Acosta ha señalado que "este sistema tiene una ventaja para el Estado: que no pierde la materia imponible, sino que se limita a compartirla con los municipios. Si el impuesto municipal fuera deducible de la cuota del impuesto estatal, los municipios podrían vaciar la recaudación que el Estado obtiene por estos conceptos. Es más, de este modo se induciría a los municipios a hacer uso de todas sus facultades impositivas, estableciendo el tipo de gravamen máximo posible, porque la mayor recaudación no se traduciría en un aumento efectivo de las cuotas a pagar por

[37] A excepción del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, Impuesto esencialmente de naturaleza real.

Innovazione e Diritto

los electores contribuyentes, sino en una simple disminución de la recaudación estatal"[38]. Añade este autor que produce un segundo problema, al eliminar "la responsabilidad del municipio frente al contribuyente, pues quien acaba soportando la carga del impuesto local es el presupuesto del Estado", y "que los inmuebles (o su renta) soporten una cuota suplementaria se justifica por el principio del beneficio pues, como hemos dicho, en el fundamento de la tributación local de los bienes inmuebles y muy especialmente en el de los bienes inmuebles urbanos, se encuentran los gastos realizados por los Ayuntamientos, de los que se benefician los propietarios de bienes radicados en el término municipal".

La razón principal contra la deducción, según Acosta, está en que "si el Impuesto sobre Bienes Inmuebles se dedujera de la cuota del IRPF, sólo se beneficiarían de la deducción quienes tuvieran en el impuesto estatal cuota de cuantía suficiente para absorber el impuesto municipal. Las personas de baja renta y las no obligadas a pagar (*de facto*, las no obligadas a declarar) el IRPF no podrían deducir el Impuesto sobre Bienes Inmuebles", lesionando precisamente a los sujetos de menores rentas. Otrosí, contra tal deducción señala que "si la cuota deducible no pudiera exceder de la parte de cuota íntegra del IRPF imputable a las rentas procedentes de los bienes inmuebles, esta condición dificultaría la práctica de las deducciones, pues si bien sería posible conocer la parte de cuota del IRPF imputable a los rendimientos de capital, no sería posible desglosar la correspondiente a las rentas imputables a inmuebles afectos a actividades económicas, dado que en tales casos la renta

[38] Hay que tener en cuenta que, más allá del tiempo en que el citado autor escribía, con el actual sistema de financiación autonómica, en el que una parte de la cuota del IRPF se encuentra cedida a la Comunidad Autónoma en la que el sujeto pasivo tiene su residencia, si se permitiese la deducción de la cuota del IBI en la cuota del IRPF podrían perder ingresos por este concepto tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas, salvo que el IBI sólo se dedujese de la cuota estatal y no de la cuota autonómica.

Innovazione e Diritto

del bien inmueble está integrada y es inseparable de la renta empresarial". Por todo ello Acosta considera que la deducción "no la desaconsejan radical y absolutamente", considerando que "podría llegarse a una solución intermedia que conjugase mejor los factores que militan en pro y en contra de la deducción en cuota y no en base".

La solución que propone Simón Acosta[39] es "la de permitir la deducción en la cuota del IRPF de la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles resultante de la aplicación de los tipos impositivos mínimos, obligatorios en todo el territorio nacional. El exceso, es decir, la parte del impuesto de la que es responsable el Ayuntamiento frente a sus electores, sólo sería deducible en base". De este modo se evita "la eliminación del incentivo de responsabilidad del Ayuntamiento ante sus electores", destacando que "este argumento no es obstáculo frente a la deducción que proponemos pues la cuota deducible sería sólo la que ha sido ordenada y dispuesta por el Estado con carácter general. La cuota establecida por el Ayuntamiento se deduciría sólo de la base imponible del IRPF".

A continuación Simón Acosta señala que "la sobreimposición de los bienes inmuebles -especialmente los urbanos- se justifica por los especiales gastos del municipio en beneficio de la propiedad. Ahora bien, este argumento encuentra toda su razón de ser en la parte de cuota que es impuesta por el Ayuntamiento, pero no para la que con carácter general se paga en todos los municipios españoles por decisión estatal. Lo lógico es justamente lo contrario: para esa cuota general debería evitarse la doble imposición, consintiendo a los contribuyentes rebajar la cuota del impuesto estatal con la que todos pagan a nivel municipal, cualquiera que sea el lugar donde estén

[39] Las razones vistas y la solución y argumentos que a continuación se reproducen, son expuestos por SIMÓN ACOSTA en la obra colectiva *El Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales*, cit., págs. 45 a 48.

Innovazione Diritto

ubicados los inmuebles. De este modo se logra un mayor grado de personalización del impuesto, permaneciendo sólo como impuesto real o de producto la parte de cuota que el Ayuntamiento establece mediante elevaciones de los tipos mínimos previstos en la Ley. La sobreimposición de los bienes inmuebles quedaría reducida a la cuota que es de responsabilidad municipal: esta sobrecuota es justamente la que tiene por causa los mayores gastos que el Ayuntamiento pueda realizar sobre el nivel ordinario de gastos que le permita efectuar la financiación de la que no responde directamente ante su electorado".

Respecto al perjuicio que podría suponer los contribuyentes sin cuota suficiente en IRPF como para beneficiarse de la deducción, señala que "sólo es relativamente cierto", ya que "el que lo sea o no, depende de que la deducción que se consienta esté o no limitada por el importe de la parte de cuota del impuesto estatal imputable a los bienes inmuebles. Para resolver la cuestión podría concederse el derecho a la devolución del exceso de cuota municipal sobre la cuota estatal, de forma que la cantidad deducible recibiera el mismo tratamiento que tiene la deducción de las retenciones y los pagos a cuenta. Si la cuota deducible se configurase como un pago a cuenta del impuesto estatal, esta dificultad habría desaparecido. Si no se hiciera así, el impuesto municipal sería una especie de cuota mínima a la que quedaría sujeta la renta de bienes inmuebles. El configurar el impuesto de una u otra forma -ambas serían admisibles- dependería de la voluntad del legislador".

Por último señala que "sería difícil desglosar la cuota correspondiente a los bienes inmuebles en el IRPF, por desconocerse la renta atribuible a los inmuebles afectos a explotaciones. Esta dificultad podría salvarse imputando a tales bienes, a efectos de este cálculo, una cantidad de renta objetivamente determinada, del mismo modo que en el IRPF se imputa renta con criterios objetivos a los inmuebles no arrendados ni subarrendados".

Innovazione e Diritto

De este modo, esta posición de *lege ferenda* sería deseable en relación a los impuestos estatales, que permita la deducción de las cuotas del IBI en la cuota de aquéllos (entendemos que en la cuota líquida para calcular la cuota diferencial[40], según lo expuesto *supra*, dada la naturaleza impositiva del IBI) y sólo hasta el límite mínimo fijado en el TRLRHL, y lo que exceda en base imponible, y no directamente del importe imputado, en base a las críticas ya expuestas respecto a la consideración del IBI como gasto necesario.

En resumen, la Ley 40/1998, mantenido en la 35/1996, frente a la 18/1991, es la desaparición de la previsión de la deducción de cuotas del IBI para determinar el importe de la renta imputada a incluir en la base imponible, lo que resulta criticable al agravar la confluencia de IBI e IRPF. No obstante, hay que destacar, que esta doble imposición desapareció respecto a la vivienda habitual[41], pero se agravó en el resto de casos, ya que no se permite la deducción del IBI ni siquiera para determinar la renta gravable en IRPF.

B) Impuesto de Sociedades e IBI.

La imputación de rentas inmobiliarias no existe en el Impuesto de Sociedades, pero en relación con los inmuebles arrendados o afectos a la actividad de la entidad, se podría arbitrar también soluciones similares a las propuestas en IRPF, aunque limitadas en su importe.

C) Impuesto sobre la Renta de No Residentes y el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles frente al IBI.

[40] Aunque no diese derecho a devolución por sí misma, como tampoco sucede, por ejemplo, con la deducción para evitar la doble imposición internacional, a diferencia de lo que ocurre con los pagos a cuenta.

[41] En función de ello, no tendría sentido extender la deducción del IBI propuesta, a los supuestos de vivienda habitual, en los que, como hemos apuntado, no se da una tributación por imputación de rentas inmobiliarias.

Innovazione e Diritto

Sí existe la imputación de rentas en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, pero sólo para las personas físicas, siendo trasladables las medidas en relación con IRPF.

Especial interés merece el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles. Creado por la disposición adicional 6º de la Ley 18/1991, en la actualidad incluida en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Es una figura que procede del derecho tributario francés con el objetivo de crear una norma antielusión, con la misión de luchar contra la evasión y el fraude fiscal a través de sociedades extrajeras. Se pretende atacar operaciones circulares en las que un residente español, persona física, se servía de sociedades instrumentales extranjeras, normalmente en paraísos fiscales, para adquirir inmuebles, con la finalidad de eludir los impuestos que gravarían la tenencia y transmisión de inmuebles si esa persona los hubiese adquirido directamente.

El artículo 40 IRNR dispone que "las entidades no residentes que sean propietarias o posean en España, por cualquier título, bienes inmuebles o derechos reales de goce o disfrute sobre éstos, estarán sujetas al impuesto mediante un gravamen especial".

Resalta la no vinculación del sujeto pasivo con el titular catastral, lo que supone un ampliación de los posibles obligados tributarios. La base imponible está constituida por el valor catastral, y en su ausencia, se calculará conforme a las normas de patrimonio. La Ley del IRNR y su Reglamento producen una serie de obligaciones entre las partes en caso de enajenaciones; el adquirente queda obligado a retener, debe proceder al pago desde la fecha de la transmisión de la declaración del modelo 211 y a ingresar el importe retenido. El transmitente no residente debe declarar e ingresar el impuesto definitivo, compensando en la cuota el importa retenido por el adquirente.

Estaríamos, pues, ante un caso de doble imposición sobre varios sujetos. Señalar que este impuesto puede crear problemas en relación con la

Innovazione e Diritto

normativa europea, fundamentalmente el respeto a la libre circulación de mercancías y capitales. Por ello, los No residentes, pero residentes en otros Estados Miembros (excepto los residentes en territorios considerados paraísos fiscales), tienen la posibilidad de tributar por IRPF si han obtenido como mínimo el 75% de la totalidad en España, en cuyo caso se gravaría la totalidad de rentas.

En relación a la posible incompatibilidad entre el gravamen especial sobre inmuebles debemos citar la STJCE de 11 de octubre de 2007, Sentencia ELISA (Européene et Luxembourgeoise d'investissements SA/Director géneral des impôts (TJCE 2007/26) en la que se ha inspirado el Gravamen Especial sobre bienes inmuebles de España, incidiendo especialmente en el sistema de exenciones.

D) Impuesto sobre Actividades Económicas e IBI.

El Impuesto de Actividades Económicas, como señala Poveda Blanco[42], se inscribe dentro del sistema impositivo municipal implantado con la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales. Dejando al margen otras cuestiones en este lugar queremos resaltar la importancia que en este impuesto tiene el concepto de local[43], ya que el inmueble (cuando existe) desempeña un papel esencial en la determinación del *quantum* de la obligación fiscal, en función de la extensión del mismo y de su localización, a partir de la cual se aplicará el índice de situación correspondiente sobre la cuota.

La Regla 6ª 1 de la Instrucción ofrece un concepto de local que lo asocia a cualquier tipo de edificaciones, construcciones, instalaciones y superficies

[42] POVEDA BLANCO, F., *Manual de fiscalidad local*, Instituto de Estudios Fiscales, Manuales de la Escuela de la Hacienda Pública, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 2005, p. 364 y ss.
[43] POVEDA BLANCO, F., IDEM, p. 442 y ss.

Innovazione e Diritto

que, con independencia de estar o no cubiertas y de estar abiertas o cerradas al público, se destinen al ejercicio de cualquier actividad empresarial o profesional; señalando a continuación un conjunto de elementos que no son considerados locales (respecto a explotaciones mineras, de extracción de petróleo, gas natural y captación de aguas, producción de energía eléctrica, redes de suministros como oleoductos, inmuebles en los que se instalen máquinas o aparatos automáticos (como contadores de agua, electricidad,...), autopistas, carreteras, pistas de aterrizaje,...

Además, la regulación del impuesto incluye el supuesto en que concurra la actividad económica en un mismo inmueble destinado a vivienda, para lo que dispone se deberá computar la superficie efectivamente destinada a esa actividad económica. Sin embargo, ante la existencia de elementos de uso común, como pasillos o servicios, la solución será la distribución proporcional entre ambos destinos en función de la superficie ocupada exclusivamente por cada uno de ellos.

Así, aún cuando el IAE ha sufrido un notable detrimento con la exclusión, dentro de su ámbito subjetivo, de las personas físicas, pasando a sujetar sólo a las personas jurídicas y entidades del artículo 35.4 de la LGT que superen cierta cifra de negocio, lo que limita numéricamente estas situaciones, creemos observar una tendencia plurimpositiva, ya que si bien el hecho imponible del IAE (que por otra parte ha suscitado distintas posiciones doctrinales) se limita al "mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado", el peso que tiene en la determinación de su cuantía el inmueble y su superficie así como su localización (y la subsiguiente aplicación del correspondiente coeficiente de situación), conducen a una plurimposición, ya que si bien el objeto material es la actividad económica (su mera actividad, y no propiamente una manifestación de riqueza), su objeto-fin, o al fin, la riqueza efectivamente

Innovazione e Diritto

gravada, está en realidad ligada al inmueble donde se realiza, tributando en realidad, no tanto por esa actividad cuanto por el inmueble donde ésta se lleve a cabo. Por ello sería aconsejable una gestión conjunta con el IBI, ya que éste, en la valoración catastral, ya incluye elementos como la situación del bien.

Esta tendencia se incrementa en el caso de admitir el criterio administrativo de que no están exentos los profesionales que aun siendo personas físicas sean no residentes y cuenten con establecimiento permanente en territorio español, siempre que cumplan el importe neto de la cifra de negocios.

Así pues, también se produciría un problema parecido en relación con los rendimientos del capital inmobiliario e incluso con los inmuebles afectos al desarrollo de actividades económicas. En estos otros casos también debería permitirse la deducción de las cuotas del IBI en la cuota del IRPF, al menor hasta un límite y a pesar de que quepa la deducción de las cuotas de este impuesto local como gasto en la base del IRPF; El exceso sobre ese mínimo se deduciría en la base del impuesto.

3. Los incrementos de los tipos de gravamen del IBI por los municipios ante la plurimposición inmobiliaria. La tributación inmobiliaria como respuesta a la crisis

La posibilidad de incrementar los tipos por parte de ciertos entes públicos, en uso de su autonomía financiera y responsabilidad fiscal, así como la situación de crisis económica y los problemas de financiación conduce a que deban asumir la elevación de los tipos de gravamen. En relación con el IBI la mayor parte de los municipios presentan tipos notablemente inferiores al máximo permitido por el TRLRHL. Si bien, el incremento de estos tipos suele producir un impacto más acusado de lo habitual en la población, en atención a que la riqueza inmobiliaria está sometida, como hemos visto, a una

Innovazione Diritto

importante plurimposición, es decir, una importante carga tributaria.

Como hemos visto, la facilidad de exprimir fiscalmente los inmuebles es muy elevada, ya que los terrenos no suelen desaparecer. Por ello resulta más evidente la necesidad de solucionar la doble imposición entre IBI y la imposición estatal. Así, las Corporaciones Locales podrían asumir ante la población la decisión de incrementar los tipos, dentro de los límites del TRLRHL, con un menor impacto sobre la carga fiscal global que deba soportar el contribuyente por un determinado inmueble.

De este modo, adaptar la tributación inmobiliaria a las necesidades actuales resulta indispensable para una salida de la crisis. En este punto no podemos olvidar, entre otras causas, la vinculación existente entre la crisis financiera con el ámbito inmobiliario, y en particular con el mercado inmobiliario y el estallido de una burbuja. Aquí encontramos el origen de la crisis (o al menos su principal punto de inflexión) con la declaración de quiebra de Lehman Brothers, muy vinculada al mercado hipotecario e inmobiliario.

Se da el caso que en países como España y Portugal se muestra una tendencia muy antigua en la que el inversor acostumbra a destinar sus recursos al ámbito inmobiliario, tradicionalmente considerado estable y seguro. En este sentido debemos estimar el papel que el catastro puede jugar para contrarrestar la crisis financiera, papel que no debe verse reducido al ámbito de la fiscalidad inmobiliaria, ante el carácter de instrumento transversal, cada vez en mayor medida, en multitud de políticas (desde la Política Agrícola Común y las subvenciones, a la protección del medio ambiente o del demanio público), que ha llevado a acuñar y consolidar la expresión de "catastro multipropósito" tanto a nivel nacional, como europeo e internacional. La racionalización de la tributación inmobiliaria.

Para un correcta salida de la crisis, así como para evitar debilidades estructurales de la economía en el futuro, no podemos olvidar el papel que la

Innovazione e Diritto

fiscalidad tiene como orientador de la inversión privada. Una correcta tributación inmobiliaria y un mercado inmobiliario estable supondrá un incentivo a la inversión y a la iniciativa privada, pero para alcanzar esa correcta tributación inmobiliaria es necesario superar estas tendencias plurimpositivas, así como intentar orientar la inversión privada, en lugar de hacia el ámbito inmobiliario, hacia ámbitos verdaderamente productivos. Para ello es necesario intentar reducir esa plurimposición y la presión fiscal inmobiliaria, ya que, además de un recurso rápido y de fácil exacción, la riqueza inmobiliaria es un elemento esencial para el desarrollo económico y la inversión privada, un elemento que constituye la base de múltiples ámbitos económicos y cuya importancia ha sido puesta de manifiesta por el Banco Mundial y Deininger[44].

Innovazione e Diritto

[44] DEININGER, K., *Land Policies for growth and poverty reduction, a World Bank Policy Report*, Oxford University Press, Oxford 2003.

"Note sulla tassazione immobiliare durante la crisi economica: effetti dell'imposizione in Spagna.

Commento al saggio di Carlos Maria Lopez Espadafor e Julio Cesar Muniz Perez.

di Ernesto Aceto[1]

Il saggio in commento approfondisce le problematiche fiscali derivanti dall'applicazione della tassazione locale sulle proprietà immobiliari in Spagna come in altri Paesi europei con simili assetti istituzionali, comportando effetti diretti sul mercato immobiliare che hanno causato un brusco freno all'industria delle costruzioni; il lavoro contiene infatti una attenta riflessione sugli effetti macroeconomici collegati all'applicazione del doppio meccanismo impositivo, statale-locale.

Già la crisi finanziaria del 2008 e l'intensificazione della concorrenza nei mercati dei beni e del lavoro, dovuta alla globalizzazione avevano determinato un profondo rallentamento congiunturale in Europa e in Italia in modo particolare. La crisi economica internazionale e le misure straordinarie per il risanamento della finanza pubblica avevano spostato l'attenzione, a livello nazionale ed europeo, verso forme di imposizione che fossero compatibili con il consolidamento fiscale e nello stesso tempo fossero meno distorsive per la crescita economica.

E' sicuramente vero che le imposte sul patrimonio immobiliare risultano maggiormente favorevoli alla crescita economica rispetto alle imposte sui

[1] Dottore di Ricerca ed Assegnista in Diritto Tributario Università degli Studi di Napoli "Federico II" Dipartimento di Giurisprudenza.

Innovazione e Diritto

salari e sui profitti: uno spostamento della tassazione dai fattori produttivi al patrimonio immobiliare (tax shift) riduce la distorsione nell' allocazione delle risorse; le imposte sul patrimonio sono caratterizzate da base imponibile ampia e aliquote ridotte e risultano per questo motivo più efficienti a parità di gettito ed ancora, la tassazione dei beni immobili piuttosto che dei beni mobili favorisce la mobilità di capitale e lavoro.

La tassazione del patrimonio, in particolare di quello immobiliare, è oggetto di un ampio dibattito a livello europeo e si inserisce nella discussione sulle riforme strutturali che sono in grado di rilanciare l'economia dal lato dell'offerta e di introdurre misure contro la disoccupazione e le conseguenze sociali della crisi.

E' poi altrettanto vero che l'eterno cantiere delle riforme collegate all'incompiuto disegno del federalismo municipale ha di fatto provocato la sostituzione dei trasferimenti erariali statali e generali con l'attribuzione del gettito totale o parziale di alcuni specifici tributi di fatto statali gravanti sugli immobili insistenti sui territori.

Il passaggio dall'esenzione dell'Ici del 2008 all'introduzione dell'Imu nel 2011 non è stato sicuramente indolore per tanti contribuenti ed il peso dell'imposizione immobiliare sulla piccola proprietà ha reso sempre più pesante la pressione fiscale sui contribuenti spesso prigionieri di un sistema impositivo che tassa con imposte diverse il medesimo presupposto; si pensi infatti alla crescita esponenziale del peso delle addizionali regionali registrata negli ultimi anni[2].

L' Annual Growth Survey 2013 e 2014, presentato dalla Commissione Europea, individua nei Paesi con elevata pressione fiscale la necessità di ri duzione del prelievo cui far fronte con tagli alla spesa pubblica, salvaguardando le risorse

[2] Le stime segnalano infatti un gettito collegato alle imposte patrimoniali in Italia pari a 48,6 miliardi di euro nel 2014.

Innovazione e Diritto

destinate agli investimenti strategici e al capitale umano. Ed è proprio in questo contesto, che la crisi economico-finanziaria può rappresentare un'occasione importante per promuovere politiche orientate alla competitività nel settore produttivo e alla crescita economica, intelligente, sostenibile ed inclusiva senza utilizzare una fiscalità che soffoca, blocca gli investimenti e frena la crescita.

Il rapporto tra tassazione e crescita economica ha suscitato un notevole interesse al punto da produrre una classificazione delle imposte, a seconda che siano più o meno orientate alla crescita economica.

La configurazione del sistema impositivo immobiliare è per sua natura composita e investe tutti i livelli di governo, centrale e locale. In Italia, analogamente agli altri Paesi europei, la tassazione immobiliare si compone di imposte sul reddito, sul patrimonio, sugli atti di trasferimento e sui contratti di locazione; si differenzia in funzione dei soggetti coinvolti (imprese o professionisti, o soggetti che non esercitano l'attività d'impresa e di lavoro autonomo) e della natura degli immobili (abitazioni e fabbricati a uso industriale)[3]; in ordine alla classificazione del peso impositivo sugli immobili l'Italia è al vertice della classifica a livello internazionale.

E' altresì emersa la necessità in Italia come in Spagna, di trovare un limite concreto all'elasticità interpretativa in un quadro normativo scarsamente chiaro e sempre più inflazionato.

Nella Nostra Penisola, ormai ad oltre quindici anni dall'approvazione dello

[3] Ed infatti, possiamo distinguere cinque categorie di imposte gravanti sugli immobili:

- imposte di natura "reddituale" il cui presupposto è il reddito prodotto dalla proprietà o dal possesso del bene (IRPEF, IRES);
- imposte di natura "patrimoniale" il cui presupposto è la proprietà o il possesso del bene (IMU);
- imposte sui servizi pubblici resi ai proprietari di immobili (TASI);
- imposte sul trasferimento degli immobili a titolo oneroso (IVA, registro,ipotecaria, catastale);
- imposte sul trasferimento degli immobili a titolo gratuito (successioni e donazioni);
- imposte sulle locazioni (cedolare secca, registro e bollo sui contratti di locazione).

Innovazione e Diritto

Statuto dei diritti del contribuente stabilito con legge n.212 del 27 luglio 2000, i principi fondamentali in esso stabiliti sono oggetto di continue riflessioni della Dottrina e della Giurisprudenza; tuttavia, la sempre più fluttuante interpretazione delle norme da parte delle Commissioni tributarie e della Corte di Cassazione non consente neppure all'interprete più esperto una previsione attendibile delle conseguenze fiscali di una determinata condotta.

Si pensi infatti, ai principi di buona fede e tutela dell'affidamento applicati all'obbligo di pagamento delle imposte (Cassazione, Sentenza n.21513 del 2006) od anche alla possibilità di correggere errori anche processuali (Cassazione sezioni unite,sentenza n. 15063 del 2002) ed è proprio lo Statuto che in applicazione degli artt. 3, 23, 53 e 97 della Costituzione che detta i principi generali dell'ordinamento tributario; oggi, appare ormai desueto quel principio più volte ribadito dalla dottrina e sposato dalla giurisprudenza della Cassazione nella Sentenza n.17576/2002 nella quale i Giudici di Piazza Cavour hanno sancito testualmente che: "*il dubbio interpretativo o applicativo sul significato e sulla portata di qualsiasi disposizione tributaria deve essere risolto nel senso più conforme ai principi tributari*" . Purtroppo l'uso incontrollato del decreto legge che spesso sembra ignorare anche il principio generale di irretroattivitità delle legge, ha contribuito a creare un sistema composto da una eccessiva sovra strutturazione normativa che si è preoccupata nel tempo soltanto di moltiplicare obblighi e adempimenti burocratici a carico contribuente, dimenticando completamente quel generale principio di sostenibilità del peso impositivo che deve necessariamente ispirare il sistema tributario, conforme al principio di capacità contributiva.

Neppure è mancato chi ha evidenziato in dottrina la necessità di prevedere una legge costituzionale per disciplinare e garantirel'effettiva applicazione degli istituti fondamentali del diritto tributario.

Si avverte oggi, la necessità di un codice tributario al fine soprattutto di

consentire la raccolta di tutte le previsioni disciplinanti le fattispecie a rilevanza fiscale tra loro coordinate. A ben vedere, solo un nuovo codice tributario potrà garantire certezza ai contribuenti, stimolo agli investimenti anche stranieri e riduzione dei costi necessari a sostenere gli innumerevoli adempimenti fiscali[4].

In Italia, la Corte dei Conti con delibera n.17/2014/G ha sottolineato le diverse criticità del sistema in materia di lotta all'evasione fiscale. La Corte ha evidenziato la necessità di favorire un processo legislativo nuovo mediante il quale il contribuente sia effettivamente garantito e possa essere in grado definire con certezza le proprie obbligazioni nei confronti del Fisco.

L'alluvione legislativa nel settore dei tributi favorita dai Governi degli ultimi anni, sorretti da sempre più incerte maggioranze politiche, ha di fatto impedito una seria programmazione di vere riforme fiscali in grado di rimettere in moto il motore dell'economia e di restituire al meccanismo della tassazione quella funzione redistributiva ancor più importante nell'attuale fase di recessione, unica in grado di garantire un possibile freno al sempre più diffuso fenomeno dell' erosione delle basi imponibili.

In Italia, il profilo redistributivo dei tributi locali nel periodo 2012/14, si è mosso in senso oppostro, accentuando gli effetti recessivi della politica economica.[5]

In conclusione in Spagna come in Italia la ripartenza passa per una ormai necessaria revisione del meccanismo della tassazione che riveda basi e presupposti con una riduzione delle aliquote e della tassazione, a partire dai principi con l'obiettivo primario di restituire al tributo la capacità di

[4] Sempre in tema di imposte patrimoniali si veda, "La Corte dei Conti contro la Tasi: crea incertezze e disparità nel prelievo" in Il Sole 24ore del 21 marzo 2014.

[5] Sul punto cfr.Corte del Conti Sezione Autonomie, Ddeliberazione n.25/SEZAUT/2015/FRG

contemperare le complessive e diverse esigenze di sistema, in armonia con i principi distributivi costituzionali.

Innovazione e Diritto

I sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanzario. Pluralità di modelli e recenti tendenze*

di Marilena Rispoli Farina

ABSTRACT

Over the past years, also because of the profound crisis that has affected the whole economic and international financial system, political and supervisory authorities, both at national and - especially - at Community level have placed an increasing emphasis on the need to establish an effective means of protection of customers of banks and financial intermediaries.

These instruments are intended to rebalance the contractual relationship, reducing - as far as possible and according to the logic and shapes - the natural position of strength and superiority of the intermediary, thus restoring the relationship on an equal footing.

The system of Alternative Dispute Resolution (ADR) are processes, from the various types and forms more or less deconstructed, which represent an alternative to state jurisdiction, with which they share the aim to resolve a dispute between the parties.

The purpose of this work is a full account of the main community legislation that have fostered the development and dissemination of ADR systems within the european economic area, setting out principles which different national laws are gradually conformed albeit through the use of forms and solutions very different between them.

SINTESI

Nel corso degli ultimi anni, complice anche la profonda crisi che ha colpito l'intero sistema economico e finanziario internazionale, le autorità politiche e di vigilanza, sia a livello nazionale, sia – soprattutto – a livello comunitario hanno posto una crescente attenzione sulla necessità di predisporre efficaci strumentidi tutela dei clientidegli intermediari bancari e finanziari.

Tali strumenti si prefiggono di riequilibrare il rapporto contrattuale, riducendo – per quanto possibile e secondo logiche e forme diverse – la posizione di naturale forza e superiorità dell'intermediario, riportando così il rapporto su un piano di parità.

I sistemi di Alternative Dispute Resolution (ADR) sono procedimenti, dalle più varie tipologie e forme più o meno destrutturate, che rappresentano un'alternativa alla jurisdictio statale, con la quale condividono la finalità, ossia quella di risolvere una controversia insorta tra le parti.

Scopo del presente lavoro è compiere una disamina dei principali atti normativi comunitari che hanno incentivato lo sviluppo e la diffusione dei

Innovazione e Diritto

sistemi di ADR all'interno dello spazio economico europeo, fissando principi cui le diverse legislazioni nazionali sono gradualmente conformate seppur attraverso l'impiego forme e soluzioni assai diverse tra di loro.

SOMMARIO: 1. Il sistema europeo di ADR – 2. Le direttive relative al settore finanziario – 3. Le discipline europee per le ADR nel settore bancario e finanziario. Caratteri generali – 4. Le ADR del settore bancario e finanziario in Italia – 4.1. *Ombudsman*-Giurì Bancario – 4.2. Mediazione obbligatoria – 4.3. ABF – 4.3.1. (*Segue*): sulla natura dell'atto conclusivo del procedimento – 4.4. Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob – 4.4.1. (*Segue*): l'ABF nel confronto con le altre ADR del settore bancario e finanziario – 5. La riforma della Camera di conciliazione e arbitrato della Consob

1. Il sistema europeo di ADR

La previsione di sistemi di l'utilizzo di ADR[6] come forme di soluzione delle controversie alternative alla via giudiziale ordinaria è stata sancita con l'Accordo di Lisbona[7], che ha introdotto nel Trattato Europeo l'art. 81, comma 2, lett. *g*, per il quale il Parlamento Europeo ed il Consiglio adottano <<misure volte a garantire: (…) lo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie>>. Dal 1° dicembre 2009 (data di entrata in vigore del Trattato), le Adr assumono un ruolo primario nell'organizzazione istituzionale dell'Unione stessa e dell'amministrazione della giustizia nel suo territorio.

[6] L'espressione di origine anglosassone "Alternative Dispute Resolution" (c.d. ADR) è abitualmente utilizzata per fare riferimento a numerose procedure eterogenee, volte a risolvere i conflitti tra soggetti, pubblici e privati, e che si svolgono al di fuori delle aule giudiziarie, allo scopo di ridurre i costi e i tempi più lunghi delle ordinarie procedure giudiziarie. Il termine ADR abbraccia sia i procedimenti - intesi in senso lato - rivolti a *prevenire* le lite in via conciliativa, sia quelli rivolti a "mediare" tra le parti contendenti per prevenire la lite, sia quelli rivolti a concludere una *transazione* tra le parti, sia quelli diretti ad ottenere questi risultati una volta che la lite sia già stata instaurata.

[7] F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di). *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, 2008. V.M. Brescia, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*. Napoli, 2008; G. Russolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, n. 2.

Innovazione e Diritto

L'obiettivo così raggiunto è particolarmente significativo, in quanto il diffondersi di un sistema di ADR in Europa, rispetto allo sviluppo nel mondo anglosassone, non è stato facilitato da una serie di circostanze quali le peculiarità del sistema giuridico, basato sul diritto codificato anziché su quello giurisprudenziale, la centralità del ruolo del sistema giurisdizionale cui è affidata la tutela della legalità, la percezione del processo come "luogo" dove i giudici statali sono depositari della risoluzione delle liti. Le ADR in Europa non nascono tanto per alleggerire il carico giudiziario come è avvenuto negli Stati Uniti, quanto, piuttosto, in una prospettiva più radicale, come *strumento per* assicurare al cittadino-consumatore-cliente una tutela effettiva, rapida ed economica dei propri diritti e interessi. Gli osservatori del fenomeno evidenziano che, in sostanza, il modello statunitense abbia influenzato in misura molto relativa l'assetto che le ADR hanno assunto nel corso degli anni[8].

[8]La letteratura che ha affrontato la nascita dei sistemi di ADR ha messo in luce che il movimento di "fuga" dal processo giurisdizionale verso metodi alternativi di soluzione delle controversie, trova le sue origini negli Stati Uniti d'America, dove si è affermato come espressione di scelte di libertà rimessa all'autonomia dei privati.
Nel sistema di *common law*, i progetti di introdurre sistemi di ADR nascono con l'intento di alleggerire il carico delle procedure gravanti dianzi le Corti dello Stato, e sono sostenuti da due correnti di opinione: la prima, nota come "contro culturalismo" si afferma negli anni sessanta del secolo XX, e mette in discussione il sistema consolidato di soluzione delle controversie, affidato in esclusiva alle corti, di impostazione in sostanza coercitiva. Di qui l'esigenza di incentivare strumenti, come la mediazione, in grado di conciliare la lite secondo parametri equitativi che rendono inutile una decisione calata dall'alto dai giudici, favorendo piuttosto le relazioni tra soggetti, nella continua ricerca del senso comune di giustizia.
La seconda opinione, la critica all'ipertrofia giuridica, ha avuto occasione di affermarsi nell'ambiente giuridico americano grazie alla *Pound Conference* del 1976, e all'intervento formulato in tale sede dal Presidente della Corte Suprema Warren E. Burger che, soffermandosi sulle evidenti inefficienze dell'amministrazione della giustizia, raccomandò l'utilizzo di strumenti e organismi alternativi al processo giurisdizionale, in particolare per le controversie di esiguo valore, da affidare per la decisione a tribunali composti da comuni cittadini, con un esito "vincolante" per le parti in lite. Si ritiene che la relazione del presidente Burger abbia avuto un ruolo saliente nel fondare la cultura delle ADR in quanto ha evidenziato la consapevolezza del massimo rappresentante del potere giurisdizionale che l'eccesso di litigiosità e i conseguenti ritardi nei ruoli dei tribunali potessero minare la fiducia dei cittadini nei confronti della giustizia e sminuire il valore dei simboli tradizionali dell'autorità giudiziaria. Anche se l'interveto si riferiva in primo luogo all'arbitrato, le ADR, nella loro molteplicità di tipi, potevano costituire uno strumento idoneo a dare "effettivo corso e accesso

Innovazione e Diritto

Con la creazione del mercato unico le istituzioni comunitarie si sono profuse per assicurare un rapido sviluppo delle transazioni economiche nello spazio europeo e nel contempo garantire effettiva tutela ai cittadini; un obiettivo politico perseguito dall'Unione europea sotto l'egida della Commissione che ha favorito la nascita e lo sviluppo di metodi extragiudiziari di soluzione delle controversie "semplici, rapidi, efficaci e a costi contenuti".

L'esperienza europea in tema ADR evidenzia la progressiva predisposizione di varie tipologie, più o meno articolate, che si presentano quindi **alternative** alla giurisdizione statale della quale condividono la finalità di risolvere una controversia insorta tra le parti.

Sulla base della produzione normativa e dei modelli predisposti, la dottrina ha classificato i sistemi di ADR previsti dal legislatore secondo differenti parametri: ha distinto così tra sistemi di tipo **aggiudicativo -decisorio** (c.d. *determinative* o *evaluative*) e sistemi di tipo **consensuale - facilitativo** (c.d. *facilitative*).

Nei primi, *determinative,* la soluzione della controversia è affidata a un terzo che assume una decisione imparziale rispetto alle differenti posizioni assunte dalle parti, per i sistemi *facilitative* il terzo finalizza il suo intervento a al raggiungimento di un accordo tra le parti senza poter imporre alcuna decisione .

---

alla giustizia". Lo sviluppo delle ADR negli Stati Uniti è stato favorito dal legislatore che ha varato, tra il 1980 e il 1998, quattro provvedimenti : il *Dispute Resolution Act* del 1980 che predispone anche *finanziamenti specificamente finalizzati*, ad adottare formule alternative di soluzione delle controversie; il *Civil Justice Act* e l'*Administrative Dispute Resolution Act* del 1990, che autorizzano l'uso di strumenti alternativi, "imponendolo" per la soluzione delle controversie contro le agenzie amministrative; l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 che incorpora nel processo procedure conciliative definite endoprocessuali, come "fase obbligatoria e introduttiva rispetto al dibattimento", al fine di implementare «*a new paradigm of justice*». Si veda C. RINALDINI, *Il giudice e la conciliazione. Una prospettiva comparata tra Italia e Inghilterra*, in *Academia.Eu*.

Innovazione e Diritto

L'intervento del legislatore europeo prende le sue mosse dagli anni '80 dello scorso secolo, quando l'ordinamento comunitario, nell'intento, come si è già evidenziato, di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, considerati soggetti deboli nella contrattazione con le imprese, ha incentivato lo sviluppo e la diffusione dei sistemi di ADR all'interno dello spazio economico europeo, fissando principi cui le diverse legislazioni nazionali si sono gradualmente conformate seppur attraverso l'impiego di forme e soluzioni diversamente articolate.

L'impulso dell'Unione Europea nello sviluppo e diffusione di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, soprattutto in materia bancaria e finanziaria, è stato determinante.

Il legislatore comunitario, pur lasciando agli Stati membri la libertà di adottare i sistemi ritenuti più opportuni, ha difatti progressivamente indicato i **principi** cui ciascun sistema è stato chiamato a conformarsi.

Prioritario il ruolo del Libro Verde, elaborato dalla Commissione Europea nel 1993 e relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico.

Il Documento rappresenta il primo studio comparato delle procedure giudiziali e stragiudiziali previste nei singoli ordinamenti nazionali a tutela dei diritti dei consumatori. In particolare, la Commissione si è preoccupata di analizzare le difficoltà connesse alle controversie transfrontaliere di modesto valore (c.d. *small claims*), auspicando la creazione di un dispositivo di gestione di tali controversie, nonché lo sviluppo di procedure extragiudiziali che permettessero di ridurre lo squilibrio tra il costo della procedura giudiziaria transfrontaliera e il valore della controversia.

Il Libro Verde intende quindi promuovere politiche di armonizzazione delle discipline di accesso dei consumatori alla giustizia, coinvolgendo gli Stati membri e gli enti interessati alla politica comunitaria di tutela dei

consumatori. <<L'ordinamento giuridico comunitario è costituito da un sistema di norme la cui applicazione è in massima parte affidata non già ad un proprio ordinamento giudiziario, bensì alle giurisdizioni istituite nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali>> si legge nel Documento e, quindi, <<se l'accesso all'autorità giudiziaria nazionale è ostacolato, viene a subire pregiudizio l'efficacia stessa del diritto comunitario e in particolare il principio di non discriminazione>>.

Riveste di seguito importanza la raccomandazione 98/257/CE del 30.3.1998, in tema di "principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo" che individua per tutti i sistemi ADR (esistenti o di futura creazione) c.d. *determinative* (non anche ai sistemi c.d. *facilitative*), competenti per la risoluzione stragiudiziale delle controversie di consumo, la opportuna adozione di sette principi cardine:**indipendenza** (dell'organo chiamato a decidere della controversia); **trasparenza** (della procedura seguita per addivenire alla decisione); **contraddittorio** (tra le parti interessate, cosicché ciascuna possa far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e, al contempo, prendere conoscenza della posizione espressa dalla controparte);**efficacia** (della procedura mediante termini brevi per la decisione e la possibilità per l'organo decidente di assumere tutte le informazioni rilevanti, nonché gratuità ovvero moderazione dei costi di procedura e, infine, assenza dell'obbligo di assistenza tecnica da parte di un legale);**legalità** (della decisione che deve essere motivata e pronunciata secondo diritto e non può mai derogare a danno del consumatore alle previsioni di maggior tutela previste dal diritto interno o comunitario);**libertà** (l'effetto vincolante della decisione può discendere solo da una libera accettazione delle parti e, nel caso del consumatore, non può derivare da un impegno che preceda l'origine della vertenza); **rappresentanza** (le parti

Innovazione e Diritto

restano pienamente libere di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura).

La Raccomandazione ha inteso rafforzare la fiducia dei consumatori nell'adozione di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie, conformi ad un egregio livello qualitativo e degli organismi responsabili fra di loro, al fine di migliorare il trattamento delle controversie transfrontaliere in materia di consumo.

Successivamente il Consiglio Europeo, con la Risoluzione 2000/C155/01 del 25.5.2000 relativa ad una "rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo", ha constatato che anche i sistemi ADR c.d. *facilitative* hanno dato una buona prova di sé nella risoluzione delle controversie dei consumatori ed ha quindi invitato la Commissione ad estendere l'applicazione dei suaccennati principi anche ai sistemi estranei al campo di applicazione della Raccomandazione 98/257/CE del 30.3.2007.

La Commissione, di conseguenza, ha emanato nel 2001 la Raccomandazione 2001/310/CE che, da un lato, ha esteso il campo di applicazione a tutti i sistemi di ADR siano essi di tipo aggiudicativo/decisorio, siano essi di tipo facilitativo/consensuale e, dall'altro lato, ha rielaborato e semplificato (riducendoli a quattro) i principi cui i sistemi di ADR nazionali devono conformarsi, vale a dire a) **imparzialità**; b) **trasparenza**; c) **efficacia** e d) **equità**.

I "nuovi" principi si rifanno ai precedenti, con una innovazione: il principio di legalità, in base al quale – come visto – la decisione deve essere secondo diritto e non può derogare alle tutele offerte dalle legge, viene sostituito dal principio di **equità**, secondo cui la soluzione proposta dal sistema conciliativo può essere meno favorevole del risultato in astratto ottenibile con l'applicazione di norme giuridiche, purché il consumatore - informato in

linguaggio chiaro e comprensibile – resti **in ogni caso libero di accettare o meno la soluzione proposta**. L'accordo di conciliazione, può quindi implicare una parziale rinuncia di diritti disponibili da parte del legittimo titolare, ma consente di ottenere, con rapidità ed effettività, un parziale riconoscimento delle proprie pretese.

Di seguito la Commissione nel 2002 ha predisposto un Libro Verde relativo "ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale" con il quale, svolta una indagine sui meccanismi adottati dagli Stati Membri per quanto riguarda i modi alternativi di risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, ha elaborato una un quadro prospettico, attivando contemporaneamente una consultazione sui profili più discussi delle procedure di ADR.

La crescente attenzione delle istituzioni comunitarie per le procedure di ADR ha trovato riscontro nella direttiva 2008/52/CE del 21.5.2008 sulla mediazione in materia civile e commerciale, il cui dichiarato scopo è quello di facilitare l'accesso alla giustizia promovendo il ricorso delle parti agli strumenti di mediazione e assicurando un'armonica relazione tra questa tecnica di risoluzione stragiudiziale delle controversie e le procedure giurisdizionali.

Il provvedimento s'inserisce a giusto titolo nel filone d'interventi comunitari rivolti alla promozione di strade alternative ai procedimenti giurisdizionali per una risoluzione più rapida ed efficace delle controversie, favorendo, come è stato scritto, la diffusione della «cultura del compromesso», la quale si affianca ma non si sostituisce alla «cultura della decisione».

L'Unione europea ha così abbandonato lo strumento della *soft law*, e introdotto la prima disciplina vera e propria specificamente dedicata alle ADR, recepita in Italia con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 2, con il quale tra l'altro il legislatore italiano ha fatto riferimento ai sistemi di ADR preesistenti nel

nostro ordinamento, come ad esempio l'ABF, riconoscendone l'autonomia rispetto alle altre forme di ADR disciplinate nel medesimo decreto e l'efficacia di condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale. Il richiamo ha inteso equiparare sistemi di ADR eterogenei.

Dal testo della direttiva 52/2008 si evince il riferimento alle forme *facilitative* di ADR e, in particolare, in forza dell'art. 3, lett. *b*, alle sole forme *facilitative* che prevedono la presenza di un terzo facilitatore, così restando escluse tutto le forme di negoziazione diretta tra le parti come la c.d. conciliazione paritetica.

La direttiva 2008/52/CE composta da pochi articoli è rivolta – pur abbracciando fattispecie diverse di ADR – a disciplinare le controversie transfrontaliere[9], con l'obiettivo di <<concorrere a garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione Europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia>> (considerando n. 5), poiché la mediazione <<può fornire una risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti>> (considerando n. 6). Infatti, <<[g]li accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera>>(considerando n. 6).

Pur limitando l'ambito di applicazione alle controversie transfrontaliere, la Direttiva, non preclude che le disposizioni ivi dettate vengano applicate al contenzioso interno; per il Considerando n. 8 infatti <<[l]e disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di

[9] L'art. 1, <<[o]biettivo e ambito di applicazione>>, precisa che la Direttiva si applica alle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2, «[c]ontroversie transfrontaliere».

Innovazione e Diritto

applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni>>. A tale premessa sono poi da raccordare le considerazioni n. 13 e 14, relative alla obbligatorietà della mediazione, tema particolarmente delicato, che ha suscitato un vivace dibattito nell'ambito dell'ordinamento italiano.

In particolare, la Direttiva chiarisce che la mediazione dovrebbe essere un procedimento di "volontaria giurisdizione". Definizione "atecnica", in quanto dal contesto delle norme emerge che il legislatore comunitario ha inteso dire che le parti gestiscono esse stesse il procedimento, libere di organizzarlo, attivarlo e portarlo a conclusione. Si può ritenere che il legislatore comunitario intende la mediazione come un'ipotesi *volontaria* di adesione alle ADR come si evince dal Considerando n. 14, per il quale <<[l]a presente direttiva dovrebbe inoltre far salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziari>>.

La precisazione è particolarmente rilevante per l'ordinamento italiano. Il nostro legislatore, infatti, come è noto, nel recepire la direttiva, ha utilizzato la possibilità di prevedere l'ipotesi della obbligatorietà della mediazione per alcune specifiche materie. Per queste la mediazione è divenuta condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale. L'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 prevede infatti che l'esperimento del procedimento di mediazione <<è condizione di procedibilità della domanda giudiziale>> per le materie indicate nel medesimo articolo.

La norma (così come modificata dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98[10]) si riferisce alle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di

[10] in G.U. n.194 del 20 agosto 2013.

famiglia, locazione, comodato, affitti di azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti, da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione a mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari[11][12].

La direttiva *de qua,* segna quindi per l'Unione europea la prima tappa di un intervento più penetrante e specifico nella regolamentazione delle ADR (anche se soltanto di quelle facilitative e, nell'ambito di queste ultime, soltanto rispetto a quelle nelle quali vi è la presenza di un terzo).

Rilevante appare la definizione del mediatore come il terzo <<cui è richiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è Stato nominato o invitato a condurre la mediazione>> (art. 3, lett. b).

Un accento speciale è posto sulla "qualità della mediazione", in vista della quale si chiede agli Stati membri di incoraggiare l'elaborazione di codici di autodisciplina e di favorire la formazione continua dei mediatori.

Sul valore giuridico dell'accordo la direttiva si sofferma con puntualità.

[11] La modifica è il risultato di una complessa e nota vicenda che ha messo in discussione l'obbligatorietà della mediazione - conciliazione.

[12]Con d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162), nel 2014 è stato introdotto l'istituto della negoziazione assistita; tale procedura si affianca alla mediazione obbligatoria, reintrodotta con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98), a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale per eccesso di delega del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

A differenza dell'ABF, che ha natura decisoria/aggiudicativa, mediazione e negoziazione assistita mirano a risolvere le controversie in via alternativa al contenzioso ordinario mediante un accordo di natura privatistica e appartengono alla categoria dei sistemi ADR di tipo facilitativo/consensuale. Nella mediazione un soggetto esterno, terzo e imparziale (mediatore), è chiamato a promuovere il raggiungimento di un accordo tra le parti; nella negoziazione assistono invece gli avvocati che si adoperano per il raggiungimento di un accordo denominato "convenzione di negoziazione assistita". Come la mediazione, anche la negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale in relazione a tipologie di controversie specificamente individuate; dal suo ambito operativo sono escluse le controversie in materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi per le quali è previsto l'obbligo di mediazione.

Innovazione e Diritto

Mentre nella Raccomandazione relativa alle forme ADR *facilitative* (ma, in verità, anche in quella relativa alle forme aggiudicative) il valore dell'accordo (o del provvedimento) era contemplato nella parte relativa alle informazioni da rendere ai partecipanti al sistema ADR, nel senso che si richiedeva che questi ultimi fossero previamente ed adeguatamente informati dello stesso, senza tuttavia entrare nel merito di quale dovesse o potesse essere il valore giuridico dell'accordo raggiunto, la direttiva 52/80, invece, dispone che gli Stati membri assicurino che l'accordo raggiunto tramite la mediazione possa divenire esecutivo, così – all'evidenza – perseguendo un fine di effettività della tutela, a meno che, naturalmente, precisa la direttiva, lo stesso non sia contrario "alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta" di esecutività.

Il principio della riservatezza della procedura di mediazione, appena accennato nelle Raccomandazioni sulle ADR, assume il valore di regola, disponendosi che gli Stati membri garantiscano che ogni informazione rilasciata dalle parti nel corso della procedura non venga inopinatamente diffusa e, inoltre, che non possa essere utilizzata nell'eventuale successivo giudizio (i soggetti coinvolti a vario titolo nella procedura ADR non potranno <<testimoniare [...] riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso>>).

La disciplina comunitaria ha trovato riscontro negli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 28 del 2010, che regolamentano i profili della riservatezza delle informazioni e della inutilizzabilità delle stesse, assimilando la figura del mediatore a quella del difensore tecnico. Infine, altra norma di rilievo nel contesto della direttiva – oltre a quella sulle informazioni da rendere al pubblico che valorizzano la divulgazione sul *web* e per il tramite dei professionisti che assistono le parti – è quella contenuta nell'art. 8, <<[e]ffetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza>>, in base alla quale tali termini non devono

risolversi a sfavore di coloro che, prima di scegliere la via ordinaria di risoluzione delle liti, decidano di avvalersi dello strumento alternativo della mediazione.

La disciplina europea ha inteso incoraggiare il ricorso diffuso alle forme ADR, garantendo, alle parti che scelgono di perseguire questa soluzione delle controversie, che il tempo necessario per lo svolgimento delle relative procedure non verrà computato ai fini della prescrizione e/o decadenza.

A seguito di questa presa di posizione, e cinque anni dopo l'adozione della direttiva n. 58, è stata varata la direttiva n.11 del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento n. 2006/2004 e la precedente direttiva 2009/22/CE.

La nuova direttiva si prefigge (art. 1) di <<contribuire, mediante il raggiungimento di un elevato livello di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno garantendo che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi a organismi che offrano procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie>>[13].

[13]Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), in G.U.U.E. L 165/63 del 18. 6.2013. La Direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario. La Direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole.
La Direttiva non si applica: alle procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista; alle procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista; ai servizi non economici d'interesse generale; alle controversie fra professionisti;alla negoziazione diretta tra consumatore e professionista; ai tentativi messi in atto da un giudice al fine di giungere a una composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa; alle procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore;ai servizi di

Il legislatore ha preso atto del livello di diffusione delle Adr e ritiene che <<[le] ADR non [sono] ancora sviluppat[e] in maniera sufficiente e coerente nell'Unione>> e che sia <<deplorevole che, nonostante le raccomandazioni della Commissione 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo e 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, [le] ADR non sia[no] stat[e] attuat[e] correttamente e non funzioni[no] in modo soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'Unione. I consumatori e i professionisti non sono ancora a conoscenza dei meccanismi extraprocessuali di ricorso esistenti e soltanto un'esigua percentuale di cittadini sa come presentare un reclamo a un organismo ADR. Laddove le procedure ADR sono disponibili, i loro livelli qualitativi variano notevolmente da uno Stato membro all'altro e le controversie transfrontaliere non sono

assistenza sanitaria prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici;agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua.

La direttiva definisce "organismi ADR" tutti quegli organismi, istituiti su base permanente, che offrono la possibilità di avvalersi di procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie, nel rispetto dei requisiti dalla stessa previsti. Gli Stati membri garantiscono che le persone fisiche incaricate dell'ADR: possiedano le competenze necessarie e i requisiti di indipendenza e imparzialità;.rendano disponibili al pubblico sui loro siti *web*, su un supporto durevole su richiesta e in qualsiasi altro modo essi ritengano appropriato, forniscono informazioni chiare e facilmente comprensibili riguardanti modalità di contatto, la competenza, l'imparzialità e l'indipendenza delle persone fisiche incaricate della ADR, i tipi di controversie per le quali sono competenti, le lingue nelle quali possono essere presentati i reclami, gli eventuali costi che le parti dovranno sostenere. La direttiva stabilisce che gli Stati membri designino un'autorità competente incaricata di valutare che gli organismi ADR rientrino nell'ambito di applicazione della stessa direttiva, verificando la loro conformità ai requisiti di qualità prescritti. Alcuni atti giuridici dell'Unione Europea già contengono disposizioni relative alle procedure ADR; in particolare la direttiva 2008/52/CE, del 21 maggio 2008, relativa alla mediazione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, rispetto alla quale la direttiva in argomento ha una più ampia portata.

Gli Stati membri adottano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro il 9 luglio 2015.

spesso trattate in modo efficace dagli organismi ADR>> (Considerando n. 5).

La direttiva n. 11/2013, fa esplicito riferimento alle <<procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione>>. Le novità riguardano quindi questo tipo di controversie, ma abbracciano un ampio numero di procedure, dalla mediazione all'arbitrato, fino alle negoziazioni paritetiche. L'attuazione è stata prevista entro il 9 luglio 2015, e ha obbligato i legislatori nazionali ad intervenire per regolamentare tutte le ADR già istituite, sfruttando magari l'impianto già in essere grazie alla rete degli organismi di mediazione[14].

Alcune affermazioni contenute nella direttiva riflettono le diatribe in corso, anche nel nostro ordinamento, sulle ADR.

L'art. 1 ribadisce che la stessa direttiva <<non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure>>.

Inoltre dal complesso normativo emerge lo sfavore verso forme di gratuità

[14] La legge 7 ottobre 2014, n. 154 (legge di delegazione europea 2013, secondo semestre), pubblicata nella G.U. n. 251 del 28 ottobre 2014, contiene, tra le altre, la delega al Governo ad adottare il decreto legislativo di attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (direttiva sull'ADR per i consumatori). L'art. 8 della legge di delegazione europea stabilisce i principi e criteri direttivi per il recepimento della direttiva 2013/11/UE, richiamando i principi generali enunciati dagli artt. 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 ("Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione del diritto europeo") e stabilendone di ulteriori e specifici. In particolare viene indicato che occorre esercitare l'opzione prevista dalla direttiva secondo cui rientrano tra le procedure ADR, ai fini della direttiva, anche le procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dall'impresa. I principi di delega richiedono inoltre che sia previsto espressamente che in tal caso le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie facciano parte di un organismo collegiale composto da un numero uguale di rappresentanti delle organizzazioni di consumatori e dei rappresentanti del professionista e siano nominate a seguito di una procedura trasparente.
L'8 maggio 2015 è stato varato dal Governo lo schema di decreto legislativo di attuazione (n. 78508.10164; 10163) di seguito approvato e pubblicato come dlgs 6 agosto 2015, n.130, in G.U. n.191 del 19 agosto 2015.(si veda par.5)

che, dietro la pretesa di tutelare il diritto di difesa, nascondano in realtà interessi volti ad accentrare presso alcune istituzioni la gestione delle controversie. L'art. 6, comma 1, stabilisce infatti che le prestazioni dei mediatori devono essere <<retribuite secondo modalità non legate all'esito della procedura>>[15].

La direttiva n. 11/2013, detta per gli Stati membri una serie di condizioni che devono sussistere per le ADR[16]: mantenere operativo un sito *web* aggiornato che fornisca alle parti un facile accesso alle informazioni concernenti la procedura ADR e che consenta ai consumatori di presentare un reclamo e la documentazione di supporto necessaria; mettere a disposizione delle parti, su richiesta delle stesse, le dette informazioni su un supporto durevole; offrire al consumatore la possibilità di presentare un reclamo in formato cartaceo; consentire lo scambio di informazioni tra le parti per via elettronica o, se applicabile, attraverso i servizi di posta ordinaria; accettare sia le controversie nazionali sia quelle transfrontaliere, comprese le controversie oggetto del regolamento ODR; garantire che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto delle regole sulla protezione dei dati personali di cui alla legislazione nazionale di attuazione della direttiva 95/46/CE nello Stato membro in cui l'organismo ADR è stabilito, quando trattano le controversie oggetto della direttiva.

La direttiva n. 11/2013 inoltre attribuisce a ciascuno Stato membro il compito di designare una o più "[a]utorità competenti" che fungeranno da

[15] Il testo della direttiva include ben 62 Considerando frutto delle indagini condotte in sede comunitaria al fine di evidenziare quali problemi affliggono il contesto europeo, (la frammentazione dei mercati, la qualità delle procedure, i limiti imposti dall'assenza di adeguata normativa di raccordo tra i sistemi nazionali, lo sviluppo di nuove tipologie commerciali, le contrazioni del mercato interno ed altro).

[16] A.del Ninno, *Le nuove regole UE per la risoluzione alternativa delle controversie: la Direttiva ADR e il Regolamento ODR sulle dispute E-commerce con i consumatori on line*, in *Diritto e Giustizia*, 19.12.2014.

Innovazione e Diritto

"punto di contatto" tra le ADR stabilite nel territorio dello Stato designante e la Commissione e uniche a poter inviare all'Autorità competente le informazioni richieste dall'art. 19 della direttiva n. 11/2013[17].

Per quanto riguarda l'Italia, con la legge 7 ottobre 2014, n. 154,

è stata conferita la delega al Governo per l'attuazione di alcune direttive europee, tra cui quella in tema di ADR. Nel maggio 2015 il Consiglio dei ministri ha approvato in via preliminare uno schema di decreto legislativo che, nel recepire le nuove disposizioni europee sugli ADR, prevede l'assegnazione del ruolo di autorità nazionale competente alle autorità di vigilanza di settore per i rispettivi ambiti di riferimento, nonché al Ministero della Giustizia e al Ministero dello Sviluppo economico in relazione a talune materie specificamente individuate. Per quanto riguarda l'ABF, il ruolo di autorità competente verrebbe quindi affidato alla Banca d'Italia.

Per assicurare uniformità nell'esercizio delle funzioni delle autorità competenti è prevista l'istituzione presso il Ministero dello Sviluppo economico di un tavolo di coordinamento e di indirizzo; il Ministero dello Sviluppo economico è designato come unico punto di contatto con la Commissione europea[18].

[17] In particolare, le ADR dovranno trasmettere alle Autorità competenti: il loro nome o denominazione, le informazioni di contatto e l'indirizzo del sito web; informazioni sulla loro struttura e sul loro finanziamento, comprese le informazioni sulle persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie, sulla loro retribuzione, sul loro mandato e sul loro datore di lavoro; le proprie norme procedurali; le tariffe applicate, se del caso; la durata media delle procedure di risoluzione delle controversie; la lingua o le lingue in cui possono essere presentati i reclami e in cui viene svolta la procedura di risoluzione delle controversie; una dichiarazione sui tipi di controversie trattati mediante la procedura di risoluzione delle controversie; i motivi per cui un organismo di risoluzione delle controversie può rifiutare il trattamento di una determinata controversia; una dichiarazione motivata dell'organismo di possedere o meno i requisiti di un organismo ADR che rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 11/2013 e di rispettare o meno i requisiti di qualità di cui al Capo II.

[18] Con l'entrata in vigore della direttiva si pone una duplice esigenza: verificare in quale misura la disciplina e il funzionamento delle ADR esistenti soddisfino i requisiti previsti dalla normativa europea e definire un adeguato sistema di valutazione della qualità del servizio offerto agli utenti.

Innovazione e Diritto

Il regolamento di attuazione, emanato in pari data con n. 514/2013 sulle *Online Dispute Resolution* ("regolamento ODR"), completa e specifica l'operatività della direttiva 11/2013. Il regolamento ODR disciplina l'operatività della piattaforma *online*, già istituita dall'Unione europea, e che riguarda la risoluzione stragiudiziale delle controversie riguardanti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita di beni o della fornitura di servizi *online*, tra un consumatore residente nell'Unione europea e un professionista stabilito nel territorio dell'Unione, attraverso l'intervento di un organismo ADR inserito in un elenco a norma dell'art. 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE e che comporta necessariamente l'utilizzo della piattaforma ODR. Impone che la legislazione dello Stato membro in cui il consumatore risiede abitualmente, sia tale da autorizzare la risoluzione di siffatte controversie attraverso il ricorso del consumatore ad una ADR. Come previsto dal regolamento ODR, la piattaforma offrirà una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni *online*. Lo scopo del provvedimento è di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori, grazie alla piattaforma ODR europea, che dovrà consentire a questi ultimi di accedere alla risoluzione extragiudiziale, in modo rapido e indipendente.

Il regolamento considera essenziale la dimensione digitale del mercato interno, sia per i consumatori che per i professionisti, in ragione del costante incremento del numero di contratti che si perfezionano *online*, nonché del numero di professionisti che offrono *online* i propri beni e servizi. È opportuno,

Per Banca d'Italia, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario per l'anno 2014*, Roma, 2015, 20, sotto il primo profilo l'attuale quadro regolamentare e organizzativo appare in buona sostanza già conforme alla direttiva. Alcuni aspetti suscettibili di affinamento riguardano lo svolgimento della procedura, anche con riferimento alla possibilità di accedervi *online*. Con riferimento al secondo profilo, si renderà opportuno un affinamento dei sistemi di misurazione della qualità dei servizi resi all'utenza, anche attraverso l'introduzione di specifici indicatori (*key performance indicators*, KPI) per il monitoraggio, tra l'altro, degli standard previsti dalla normativa europea.

infatti, che i consumatori e i professionisti effettuino operazioni *online* con adeguata sicurezza ed è quindi essenziale abbattere le barriere esistenti e rafforzare la fiducia dei consumatori. La disponibilità di un sistema di risoluzione delle controversie *online* affidabile, efficiente, celere e a basso costo è funzionale a perseguire siffatta sicurezza.

La piattaforma ODR consiste in un sito *web* interattivo, con accesso gratuito e disponibile in tutte le lingue dell'Unione europea, e dovrà rappresentare l'unico punto di accesso per i consumatori e i professionisti che desiderano risolvere mediante ricorso alle ADR le controversie oggetto del Regolamento. L'Unione europea verificherà la funzionalità tecnica e la facilità d'uso della piattaforma ODR e del modulo di reclamo, anche per quanto riguarda l'efficacia della traduzione. La piattaforma dovrà garantire l'accesso dei consumatori ai seguenti strumenti: un modulo elettronico di reclamo che possa essere compilato dalla parte ricorrente conformemente all'art. 8 del regolamento ODR; la notifica del reclamo alla parte convenuta; l'individuazione dell'organismo o degli organismi ADR competenti; la trasmissione del reclamo all'organismo ADR cui le parti hanno concordato di rivolgersi, a norma dell'art. 9 del Regolamento ODR; uno strumento elettronico di gestione delle liti che consenta alle parti e all'organismo ADR di condurre l'intera procedura di risoluzione della controversia *online*; la traduzione delle informazioni che sono necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR; un modulo elettronico tramite il quale gli organismi ADR trasmettono le informazioni di cui all'art. 10, lett. *c* del regolamento ODR; un sistema di commenti (*feedback*) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma ODR e sull'ADR; la diffusione delle informazioni sull'ADR quale mezzo extragiudiziale di risoluzione delle controversie delle informazioni sugli organismi ADR inseriti in elenco conformemente all'art. 20, paragrafo 2, della

direttiva 11/2013 che sono competenti a trattare le controversie oggetto del Regolamento ODR; di una guida *online* sulle modalità di presentazione dei reclami tramite la piattaforma ODR; di informazioni, incluse le modalità di contatto, sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri conformemente all'art. 7, paragrafo 1, del regolamento ODR; dei dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR. In definitiva si ritiene, ad una prima lettura, che il regolamento ODR, se ben attuato, possa rivelarsi in breve tempo uno strumento di risoluzione delle controversie di grande efficacia idoneo a garantire con celerità ed efficienza la sicurezza del mercato europeo degli scambi conclusi sul *web*.

La direttiva n.11./2013 è l'evoluzione di un processo di presa di coscienza del legislatore europeo dell'opportunità di completare il sistema di norme a tutela dei consumatori con la previsione di forme di soluzioni alternative delle controversie.

2. Le direttive relative al settore finanziario.

Le iniziative delle istituzioni comunitarie sin d'ora richiamate – come visto – si sono rivolte indistintamente a tutti i tipi di ADR, prescindendo dunque dal settore cui attiene la controversia. In sede europea sono state inoltre emanati alcuni atti e disposizioni che riguardano esclusivamente i sistemi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario. Il quadro è differenziato tra disposizioni che impongono agli Stati Membri l'obbligo di istituire sistemi di ADR e prevedere in capo agli intermediari un obbligo informativo in merito all'esistenza, quali: a) la direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997 sui bonifici transfrontalieri che, all'art. 4, prevede l'obbligo di informazione e, all'art. 10

l'obbligo di istituzione; b) la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori che, all'art. 3 prevede l'obbligo di istituzione e, all'art. 14, l'obbligo di informativa; c) la direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno che all'art. 42 prevede l'obbligo di istituzione e, all'art. 83, l'obbligo di informativa; in materia si ricorda quanto disposto dal Considerando 102 della proposta di revisione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (MiFID), il quale prevede che <<[a]i fini della protezione dei clienti e senza pregiudizio del loro diritto di adire le vie legali, è opportuno che gli Stati membri provvedano affinché organismi pubblici o privati siano istituiti ai fini della composizione extragiudiziale delle controversie, […]>>. Peraltro, a livello europeo sono varie le disposizioni che hanno imposto agli Stati membri l'istituzione di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in date materie: direttiva 2002/65/CE (sui servizi finanziari a distanza), direttiva 2007/64/CE (sui servizi di pagamento), direttiva 2008/48/CE (sui contratti di credito ai consumatori). Sul punto si evidenzia che l'articolo 15 del testo approvato dal Parlamento Europeo relativo ai PRIPS (Prodotti di investimento al dettaglio preassemblati) ha modificato la precedente formulazione che "escludeva la vincolatività "delle decisioni derivanti dallo specifico ADR per i produttori/venditori. Attualmente, infatti, il testo citato riconosce la possibilità che gli ADR possano essere vincolanti (*may be binding for the investment product manufacturer and the person selling the investment product*), fatta salva la possibilità di ricorrere alla giustizia ordinaria (considerando 22).

Particolare rilievo assume la direttiva 2014/92/UE del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del

conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base[19]. La direttiva n. 92 reca norme in materia di trasparenza e comparabilità delle spese addebitate ai consumatori per i conti di pagamento detenuti nel territorio dell'Unione Europea, nonché norme riguardanti il trasferimento del conto di pagamento all'interno di uno Stato membro e norme volte ad agevolare l'apertura di un conto di pagamento transfrontaliero da parte dei consumatori. La stessa stabilisce anche il quadro normativo di riferimento, in virtù del quale gli Stati membri devono garantire nell'Unione il diritto dei consumatori di aprire e usare un conto di pagamento con caratteristiche di base.

Il termine per il recepimento a livello nazionale è stato fissato per il 18 settembre 2016. La direttiva n. 92 , inoltre, per quanto più interessa ai fini del presente lavoro, pone, sulla scia di quanto già stabilità dalla direttiva n. 11/2013, l'accento sulla imprescindibilità di ADR efficienti. Infatti, il considerando n. 52 stabilisce che <<[i] consumatori dovrebbero avere accesso a procedure alternative di risoluzione delle controversie efficaci ed efficienti per la risoluzione delle controversie sorte in merito ai diritti e agli obblighi stabiliti ai sensi della presente direttiva. L'accesso è già garantito dalla direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le controversie contrattuali. Tuttavia, è opportuno che i consumatori abbiano accesso a procedure alternative di risoluzione delle controversie anche in caso di controversie precontrattuali in materia di diritti e obblighi stabiliti dalla presente direttiva, ad esempio in caso di rifiuto dell'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base. La presente direttiva prevede pertanto che i consumatori abbiano accesso a procedure alternative di risoluzione delle controversie per la risoluzione di controversie relative ai diritti e agli

[19] Per un primo inquadramento degli obiettivi della direttiva, si veda M. Rispoli Farina, *Informazione e servizi di pagamento* in AGE, 2015, n. 1, 175 ss.

obblighi stabiliti dalla presente direttiva, senza distinguere tra controversie contrattuali e precontrattuali. Tali procedure alternative di risoluzione delle controversie e gli organismi che le offrono dovrebbero soddisfare i requisiti di qualità di cui alla direttiva 2013/11/UE>>.

Si tratta, a ben vedere, di una specificazione del diritto di accesso alle ADR che la direttiva n. 11/2013 già poneva in capo ai consumatori. Specificazione che, per essere ben ricostruita, deve essere proiettata sull'ambito di applicazione della stessa direttiva 92[20]. Il considerando 51 della direttiva è espressione del raggiunto atteggiamento del legislatore Europeo nei confronti delle ADR. Oltre che, come visto, incoraggiare la diffusione e l'armonizzazione di efficaci sistemi di ADR, allo stato, pare ritenere tali obiettivi imprescindibili rispetto alla implementazione delle tutele consumeristiche negli ambiti più svariati, compreso quello dei servizi bancari e finanziari e, in particolare, quello della libera circolazione dei capitali e dei servizi di pagamento. Il ricorso alle ADR, considerato la importanza del tema disciplinato, è quindi esplicitamente consentito anche per la risoluzione delle controversie precontrattuali e con particolare rigore si tutela la "qualità" degli Organismi che organizzano le procedure.

In particolare, l'art. 24, titolato "Risoluzione alternativa delle controversie" stabilisce infatti che <<Gli Stati membri assicurano che i consumatori abbiano accesso a procedure alternative di risoluzione delle controversie ed efficienti per la risoluzione di controversie riguardanti i diritti e gli obblighi stabiliti ai sensi della presente direttiva. Tali procedure alternative di risoluzione delle controversie e gli organismi che le offrono soddisfano i requisiti di qualità di

[20] La Direttiva si applica ai conti di pagamento attraverso i quali i consumatori sono in grado almeno di : a) depositare fondi su conti di pagamento; b) prelevare contante da un conto di pagamento; c) esigere e ricevere operazioni di pagamento, compresi i bonifici a favore di terzi e da questi ultimi. Gli Stati membri possono decidere di applicare,in tutto o in parte la Direttiva anche a conti di pagamento diversi da quelli accennati.

cui alla direttiva 2013/11/UE [...]>>.

Gli effetti delle recenti scelte del legislatore europeo saranno a breve anche in Italia, se si considera che il recepimento della Direttiva n. 11/2013 è fissato al 9 luglio 2015 (l'iter di recepimento è stato avviato con la presentazione del disegno di legge di delegazione europea 2013[21], secondo semestre, di recente definitivamente approvato) e che il Regolamento ODR troverà applicazione dal 9 gennaio 2016.

Riveste rilievo anche la più recente direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010)[22]. Il considerando 82 precisa che per la

[21] Il disegno di legge, che si compone di 7 articoli e di 2 allegati, reca un contenuto corrispondente al modello delineato dalla legge n. 234 del 2012 – che ha riformato il procedimento per l'adempimento degli obblighi europei e l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello dell'Unione europea, prevedendo, tra l'altro, la separazione in due distinti atti dei contenuti della legge comunitaria prevista dalla legge n. 11 del 2005 – e contiene le deleghe al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea e risponde all'esigenza di adempiere all'obbligo, derivante dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, di adeguare l'ordinamento interno alla normativa europea non direttamente applicabile, quale è quella contenuta nelle direttive, mediante uno strumento che fisiologicamente interviene su diversi settori normativi.

[22] La direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale UE del 28 febbraio 2014 ha la finalità di fornire regole comuni nel settore dei mutui e conseguentemente una tutela rafforzata ai consumatori che concludono contratti immobiliari, con ciò scongiurando le pratiche scorrette ed ingannevoli diffusesi (specialmente in riferimento ai contratti garantiti da ipoteca) negli ultimi anni, e che hanno condotto ad una profonda crisi del sistema immobiliare.

Il termine per l'adeguamento della legislazione interna dei singoli Stati membri ai principi stabiliti dalla direttiva è stato fissato al 21 marzo 2016, nel tentativo di garantire una soglia minima di tutela e trasparenza, attraverso la diffusione di regoli comuni relative ai contratti di finanziamento, individuate sulla base delle specificità dei contratti di credito relativi ai beni immobili, oltre che di approfondite valutazioni circa il merito creditizio, basate su accurate indagini nella fase pre-contrattuale e su criteri uniformi di valutazione degli immobili che costituiscono oggetto di garanzia.

L'ambizioso obiettivo della direttiva è quello di creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, per cui stabilisce disposizioni (che dovranno essere oggetto di piena armonizzazione) relativamente alle informazioni precontrattuali – che saranno fornite attraverso un Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) – e al calcolo del TAEG.

Infatti, per garantire ai consumatori del settore creditizio un quadro coerente e per ridurre al

Innovazione e Diritto

risoluzione di controversie derivanti dai diritti e dagli obblighi di cui alla presente direttiva tra i creditori e i consumatori, nonché tra gli intermediari del credito e i consumatori, i consumatori dovrebbero avere accesso a procedure di reclamo e ricorso extragiudiziali. Gli Stati membri dovrebbero assicurare che la partecipazione a tali procedure alternative di risoluzione delle controversie non sia opzionale per creditori e intermediari del credito. Per assicurare il buon funzionamento delle procedure alternative di risoluzione delle controversie in caso di attività transnazionale gli Stati membri dovrebbero disporre che gli organi preposti alla composizione extragiudiziale delle controversie cooperino e incoraggiarli in tal senso. In tale contesto gli organi degli Stati membri preposti alla composizione extragiudiziale delle controversie dovrebbero essere incentivati a partecipare a FIN-NET, una rete di strumenti extragiudiziali nazionali per la risoluzione delle controversie tra consumatori e fornitori di servizi nel settore finanziario. Di particolare rilievo l'art. 39, comma 1, per il quale <<[g]li Stati membri garantiscono l'istituzione di procedure di reclamo e risoluzione adeguate ed efficaci per la composizione extragiudiziale di controversie tra consumatori e creditori, intermediari del credito e rappresentanti designati in relazione a contratti di credito, avvalendosi, se del caso, di organi già esistenti. Gli Stati membri assicurano che tali procedure siano applicabili ai creditori e agli

minimo gli oneri amministrativi per i creditori e gli intermediari del credito, la direttiva impone che siano fornite al consumatore: le informazioni contenute nella pubblicità relativa ai contratti di credito concernenti beni immobili residenziali con un esempio rappresentativo; informazioni precontrattuali dettagliate su un prospetto informativo standardizzato; spiegazioni adeguate prima della conclusione del contratto di credito; chiarimenti in ordine al calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG), spese notarili escluse.
La finalità della direttiva è in sostanza quella di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili, per cui ambisce a migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno ravvicinando le legislazioni degli Stati membri e definendo standard qualitativi per alcuni servizi, in particolare per quanto riguarda la distribuzione e l'erogazione di crediti attraverso creditori ed intermediari del credito.

Innovazione e Diritto

intermediari del credito e coprano le attività dei rappresentanti designati>>.

3. Le discipline europee per le ADR nel settore bancario e finanziario. Caratteri generali.

Alle soglie dell'attuazione delle nuove direttive comunitarie si può ricordare che l'evoluzione della normativa (comunitaria e di conseguenza nazionale) nel settore bancario e finanziario risente fortemente dell'esigenza di migliorare gli obiettivi di correttezza e trasparenza nel rapporto degli intermediari finanziari con la clientela.

Un raffronto tra le discipline evidenzia che in tale contesto alle Autorità di vigilanza in materia bancaria e finanziaria operanti nei principali Paesi europei (Francia, Spagna, Germania e Regno Unito) hanno assunto il compito – anche se non in via esclusiva – di gestire e comporre i reclami in modo funzionale a creare forti legami e utili sinergie con la stessa attività di vigilanza demandata ai regolatori. Sensibili differenze intercorrono con riferimento al valore dell'atto che pone fine al procedimento di mediazione (non vincolante, vincolante per il solo operatore professionale ovvero per entrambe le parti).

Nel sistema francese la *Médiation de l'Autorité des Marchés Financiers*, istituita presso l'AMF, non svolge funzioni decisorie: la procedura di mediazione è finalizzata, anziché a rendere una decisione, a coadiuvare le parti a pervenire a una soluzione condivisa e amichevole della controversia attraverso la formulazione di una proposta cui le stesse possono decidere di aderire. L'assenza di vincolatività delle pronunce per le parti, tuttavia, non compromette l'effettività delle decisioni, poiché normalmente gli intermediari si adeguano all'esito delle controversie. È emersa infatti una generalizzata adesione degli operatori alla proposta elaborata nella mediazione dell'AMF.

Nel sistema spagnolo l'*Oficina de Atención al Inversor* per la tutela degli

Innovazione e Diritto

investitori, istituita presso la competente Autorità di vigilanza finanziaria (*Comisión Nacional del Mercado de Valores* - CNMV) svolge funzioni di tipo decisorio-aggiudicativo sebbene le relative pronunce non sono vincolanti, né per la clientela né per gli intermediari.

Il sistema tedesco conosce un servizio di mediazione presso l'Autorità di vigilanza finanziaria tedesca (BaFin) per dirimere le controversie degli investitori concernenti le disposizioni dell'*Investment Act* (c.d. *Schlichtungsstelle nach dem Investmentgesetz*). Tale sistema di risoluzione stragiudiziale svolge funzioni di tipo decisorio-aggiudicativo sebbene le relative pronunce possono avere valore vincolante o meno in funzione dell'importo della controversia (per valori inferiori ai 5.000 € vincolano esclusivamente l'intermediario).

Per il Regno unito opera il *Financial Ombudsman Services* (di seguito FOS), che opera sotto l'egida della *Financial Conduct Authority* (FCA). Il FOS costituisce un organismo pubblico indipendente cui sono tenuti ad aderire tutti gli intermediari autorizzati dall'Autorità di vigilanza. La procedura prevede una preliminare fase conciliativa gestita dagli *adjudicator* finalizzata a una composizione consensuale della controversia, anche mediante la formulazione di un parere per la soluzione della lite,cui eventualmente segue una seconda fase valutativa dinanzi all'*Ombudsman* il quale emette una decisione. Le pronunce adottate dall'organismo britannico si caratterizzano per un carattere maggiormente coercitivo, in quanto hanno natura di titolo esecutivo e sono vincolanti per l'intermediario ma non per il consumatore, che può esercitare il diritto di rifiutarle (*reject*) e ricorrere all'autorità giudiziaria.

In sintesi, dall'analisi esposta emerge che i sistemi di ADR bancari e finanziari si caratterizzano soprattutto per un regime decisorio-aggiudicativo (come avviene in Spagna, Germania e Regno Unito), sebbene con un diverso valore attribuito alle pronunce, contrariamente al regime facilitativo

consensuale esistente in Francia, laddove la mediazione si conclude con una conciliazione rimessa alla volontà delle parti in conflitto.

I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle liti si risolvono in prevalenza, con una decisione cui è attribuito un diverso valore vincolante per le parti. A ciò si aggiunge, in particolare, che dalla disamina dei vari meccanismi di ADR la pronuncia assume nel Regno Unito carattere fortemente incisivo, in quanto titolo esecutivo nei confronti dell'operatore, mentre in Spagna la pubblicazione nella Relazione annuale (*Memoria*) del nome dell'intermediario diviene una sanzione di tipo reputazionale e, contestualmente, un indiretto incentivo alla futura composizione delle controversie con la clientela. Le soluzioni organizzative introdotte nei principali paesi europei, con riguardo ai meccanismi di ADR, pur nella loro eterogeneità e virtuale unicità discendente dai differenti contesti giuridici e culturali, si connotano per alcuni tratti comuni, quali:la procedimentalizzazione della funzione di composizione delle controversie connotata, in genere, da un contenuto formalismo e da una sequenza di processo che, tendenzialmente, presuppone la previa presentazione di un reclamo interno presso l'intermediario; la promozione di comportamenti corretti e trasparenti che riduce, nel breve termine, i rischi operativi, legali e reputazionali degli intermediari; l'arricchimento del patrimonio informativo a disposizione delle Autorità di settore, che permette di orientarne meglio l'azione in termini di tempestiva identificazione di situazioni di criticità e di adozione dei conseguenti interventi correttivi; la possibilità di interloquire con le parti, di regola l'assenza di costi per il consumatore e la non necessità di forme di assistenza obbligatorie da parte di un soggetto professionale; ad eccezione della Spagna, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno[23].

[23] Si veda per un confronto CONSOB, *Il progetto Carta degli investitori*, Roma, aprile 2014, 25.

4. Le ADR del settore bancario e finanziario in Italia.

A fronte di una cresciuta attenzione del legislatore europeo per le esigenze di tutela del consumatore, va sottolineato che già da tempo, ormai, l'ordinamento italiano si è dotato di strumenti volti ad assicurare tutela alla parte debole nel rapporto con la controparte dell'impresa bancaria (e finanziaria sia di sul fronte dei diritti sostanziali, sia con strumenti di *enforcement*). I principali strumenti di *enforcement* sono rappresentati, da un lato, dalla recente introduzione di una disciplina delle azioni collettive inibitorie e, soprattutto, risarcitorie (*class action*), e dalle ADR.

Confrontando la nostra con l'esperienza di altri Paesi europei, la crisi della giustizia civile – rispetto alla quale le ADR in esame si pongono come rimedi *alternativi e additivi* dei conflitti economici in materia bancaria e finanziaria – si presenta più accentuata, costituendo, come da più parti denunziato, un ostacolo per l'affidabilità e stabilità dei diritti proprietari, contrattuali e dell'impresa[24]. Il fenomeno è stato più volte evidenziato anche dalla stessa Banca d'Italia per la quale (v. Considerazioni finali del Governatore all'assemblea ordinaria dei partecipanti, vari anni) la perdita annua di PIL attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile ammonterebbe ad un punto percentuale. Anche la Commissione europea e il Consiglio, nel formulare le raccomandazioni per l'Italia in adempimento della "Strategia Europa 2020" hanno affermato che <<[l]a lunghezza delle procedure nell'esecuzione dei contratti rappresenta un ulteriore punto debole del contesto imprenditoriale italiano [raccomandando di] introdurre misure per aprire il settore dei servizi a un'ulteriore concorrenza, in particolare nell'ambito dei servizi professionali [e di] ridurre la durata delle procedure di applicazione del diritto contrattuale>> (raccomandazione della Commissione europea e del ConsiglioCOM (2012) 318 *final*/2, 5 giugno 2012). Pur considerando le differenze dei sistemi e della

[24] G. Carriero, *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2010, 43 ss.

Innovazione e Diritto

struttura delle statistiche nei diversi Stati, i confronti internazionali destano sicura preoccupazione.

Al problema della durata dei procedimenti civili si aggiunge quello dei costi delle procedure. Anche da questo versante, l'amministrazione della giustizia in Italia si presenta onerosa per le spese che un soggetto deve sostenere per arrivare alla conclusione di una controversia commerciale, comprese le spese amministrative e per esperti (avvocati e altri consulenti), che si attestano al 29% del valore della causa.

In siffatta situazione, le ADR del settore bancario finanziario rappresentano un meccanismo di *enforcement* dei diritti dei clienti – alternativo e additivo a quelli tradizionali – di sicura rilevanza ed efficacia.

Se l'economicità e la rapidità della soluzione delle controversie minori, rappresentano un grande vantaggio, va anche sottolineato che le ADR possono essere percepite dai clienti – più che come alternative alla giustizia ordinaria – come esclusive, qualora il ricorso utile a questa risulti in sostanza improponibile per i costi e la durata dei procedimenti.

4.1. *Ombudsman*-Giurì Bancario.

Il sistema bancario e finanziario italiano ha già introdotto sistemi di ADR, al fine di tutelare la minor forza contrattuale dei clienti rispetto agli intermediari[25]. Può ricordarsi l'esperienza dell'*Ombudsman*-Giurì Bancario istituito nel 1993, su iniziativa dell'Associazione Bancaria Italiana, ricollegandosi a analoghe esperienze di altri Paesi europei e degli Stati Uniti, sulla base di un accordo interbancario dell'aprile, che comportava, per le banche aderenti, la costituzione di un organismo deputato a valutare le doglianze dei clienti, rispetto alle decisioni assunte dall'Ufficio reclami e destinato a raccogliere l'adesione di larga parte degli intermediari bancari e finanziari operanti nel nostro paese.

L'accordo, che si poneva come strumento di autodisciplina basato sulla *volontaria partecipazione* degli intermediari al sistema, prevedeva, da una

[25] E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *I Contratti*, 2010, 422.

Innovazione e Diritto

parte l'obbligo per ciascun aderente di costruire al proprio interno un ufficio, appunto, deputato alla trattazione dei reclami presentati dalla clientela (senza limiti di valore e senza alcuna distinzione tra consumatori e non consumatori); dall'altra parte, l'obbligo di sottoporsi alla «giurisdizione» dell'*Ombudsman*, per il caso in cui i clienti (qui solo consumatori ed entro il limite di valore di Lire 5.000.000, poi innalzato, nel corso del 2008, a Lire 10.000.000), insoddisfatti della risposta data al suo reclamo, vi avesse fatto ricorso.

La decisione dell'*Ombudsman* appariva vincolante solo per l'intermediario e non anche per il cliente-ricorrente. Quest'ultimo, infatti, era libero di adire il giudice ordinario, in ogni momento. Il regolamento, all'art. 10, comma 8, prevede che l'unica sanzione irrogabile a carico della banca che non avesse assunto un comportamento conforme alla decisione dell'*Ombudsman* sarebbe stata la pubblicazione della relativa notizia sugli organi di stampa: la decisione non aveva natura giurisdizionale e, pertanto, non poteva acquisire l'efficacia di cosa giudicata tra le parti, né di titolo esecutivo.

La competenza era relativa alla controversie tra investitori e intermediari aventi ad oggetto la prestazione di servizi e attività di investimento o comunque le controversie relative ad ogni altra operazione (non assoggettata *ex* art. 23, comma 4, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, al titolo VI del Testo unico bancario).

Il sistema appariva di stretta derivazione bancaria, come si desumeva dalla composizione dell'organo decidente (Presidente nominato dal Governatore di Banca d'Italia, due membri designati dal Presidente dell'ABI, uno dal Consiglio Nazionale Forense e uno dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti) e fortemente criticato soprattutto da parte delle associazioni dei consumatori.

Nel 2006, l'ABI ha promosso l'istituzione del Conciliatore Bancario Finanziario ("CBF"), quale associazione senza scopo di lucro con il compito di gestire ADR *facilitative* nel settore bancario e finanziario. Il CBF ha, a tal fine, ottenuto l'iscrizione nell'elenco degli Organi di Conciliazione tenuto dal Ministero della Giustizia, e nell'elenco degli Enti abilitati a svolgere attività di

Formazione dei Mediatori Attualmente, a seguito di numerose modifiche, può svolgere l'attività di: *Ombudsman*-Giurì Bancario (secondo la più recente denominazione).

4.2. Mediazione obbligatoria.

Come si è già rilevato la disciplina sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali è, come già , stata introdotta dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ("Decreto n. 28/2010") che, nella sua attuale[26] formulazione, all'art. 5, comma 1-*bis*, annovera, tra i settori per i quali è obbligatorio il ricorso alla mediazione, quello dei *contratti bancari e finanziari*.

La relazione illustrativa al Decreto n. 28/2010 chiarisce che solo l'allargamento della condizione di procedibilità ad una vasta serie di rapporti <<possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie>> (Relazione illustrativa, *sub* art. 5).

L'istituto, al momento del suo decollo, è stato oggetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2012 che ha dichiarato l'eccesso di delega del Decreto n. 28/2010, in riferimento alle disposizioni che avevano introdotto e disciplinato il tentativo obbligatorio di conciliazione[27]. Di recente, il c.d. "Decreto del fare", convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 159, ha riproposto la mediazione obbligatoria in una veste che, seppur depurata dei profili di incostituzionalità già colpiti con la cennata sentenza della Consulta, risulta molto simile a quella già nota[28]. Quanto al campo di

[26] A valle degli interventi della Corte Costituzionale e del c.d. "Decreto del fare", l'art. 5 del Decreto 28/2010 reca un comma 1-*bis*, pur in assenza (perché dichiarato incostituzionale) di un comma 1.

[27] Sia consentito il rinvio a M. Rispoli Farina, *Il sistema dell'ADR nei servizi di pagamento e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Innovazione e diritto,* 2013, 16.

[28] Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, aveva introdotto – anche per le controversie in materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi – l'obbligo di ricorrere preliminarmente al procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale Il legislatore aveva stabilito che tale condizione poteva essere soddisfatta mediante ricorso al sistema dell'ABF in alternativa al procedimento di mediazione, disciplinato dallo stesso d.lgs.

Innovazione e Diritto

applicazione oggettivo, rispetto al passato, risultano espunte dal tentativo obbligatorio di mediazione soltanto le controversie nate a seguito di sinistri da circolazione dei veicoli mentre viene reintrodotto il tentativo per le altre materie previste all'art. 5, comma 2, del Decreto n. 28/2010.

Tale complesso normativo, introducendo il meccanismo alternativo tra "media-conciliazione" e i preesistenti strumenti di ADR in materia bancaria e finanziaria, ha mutato l'originaria impronta "volontaristica" di questi ultimi essendo, per l'effetto, divenuto obbligatorio il ricorso pregiudiziale ad una delle procedure *lato sensu* conciliative[29]. Si è intesa la mediazione come attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (qualificando tale eventuale composizione come "conciliazione"), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. Il Decreto n. 28/2010 definisce perciò il "mediatore" come una persona che conduce la mediazione, senza tuttavia alcun potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per la risoluzione della stessa. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad alcuna delle materie contemplate dall'art. 5, è tenuto ad esperire preliminarmente il procedimento di mediazione e tale esperimento è elevato a condizione di procedibilità. Se l'accordo amichevole viene raggiunto o le parti aderiscono alla proposta di conciliazione effettuata dal mediatore, si forma un processo verbale che, ove redatto alla presenza degli avvocati di tutte le parti (è questa una delle modifiche – che più fanno discutere - intervenute con la novella dell'estate 2013) o omologato dal Presidente del Tribunale (il controllo effettuato da quest'ultimo si limita a verificare che il contenuto del

28/2010, ovvero alla procedura di conciliazione, di cui al d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179. Tali previsioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime, per eccesso di delega, con sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2012, n. 272.
L'istituto della mediazione obbligatoria è stato nuovamente introdotto con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. Nell'occasione è stata ripristinata la possibilità di soddisfare la condizione di procedibilità mediante il ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario, in alternativa ai procedimenti di mediazione o di conciliazione. Sul punto v. Banca d'Italia Italia, *Relazione Abf per il 2013*, Roma, 2014.

[29] Si veda al riguardo L. Delogu, *Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore,* in *Contratto e impresa*, 2012, n. 2, 375.

Innovazione e Diritto

verbale non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative), costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata.

Il legislatore italiano ha, quindi, tradito la natura autonoma delle ADR (ispirata al modello statunitense) che avrebbe dovuto preservare la facoltatività del tentativo di mediazione e, ad un tempo, avrebbe condotto ad escludere che dal comportamento delle parti nella fase conciliativa della controversia potessero derivare conseguenze sull'eventuale futuro processo. Al contrario, in forza dell'art. 8, comma 5, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio e, quando la sentenza corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice dovrebbe escludere la ripetibilità delle spese sostenute dalla parte vincitrice che abbia rifiutato la proposta e riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa; la parte vincitrice, piuttosto, sarà condannata al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative al medesimo periodo. Il tentativo di <<incentivare la partecipazione alla mediazione>> (Relazione illustrativa, *sub* art. 13) è accompagnato da un importante impianto latamente sanzionatorio.

Resta inteso che il mediatore facilita l'incontro delle parti, ma non decide la controversia.

4.3. ABF.

Esercitando la delega contenuta nell'art. 128-*bis*del T.u.b.e sulla base dei principi espressi dalla delibera del CICR n. 275 del 29 luglio 2008[30], la Banca

[30]L'art. 128-*bis* delT.u.b., introdotto dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. "Legge sul Risparmio"), impone agli intermediari bancari e finanziari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i clienti. La stessa norma rimette ad una delibera del CICR la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure di composizione dell'organo decidente, in modo da assicurarne l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati;le procedure devono garantire la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela, senza pregiudicare per il cliente il ricorso, in qualunque

Innovazione e Diritto

d'Italia ha emanato la disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte con la clientela in relazione ad operazioni e servizi bancari e finanziari (Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, di seguito le "Disposizioni"), cui tutti gli intermediari sono obbligati ad aderire[31] e, come si è già rilevato, ha provveduto a modificarle in occasione del recepimento di altri provvedimenti comunitari come la direttiva sui sistemi di pagamento (PSD). L'innesto della disciplina di diretta derivazione comunitaria sui sistemi di pagamento, sul preesistente canale tracciato dalla disciplina dell'ABF, dettata dalla legge, dalla delibera CICR e dalle Disposizioni di Banca d'Italia, non pare abbia contribuito a modificare in modo saliente l'assetto che ormai il *sistema* di risoluzione stragiudiziale delle controversie[32] introdotto dall'art. 128-*bis* ha raggiunto.

In merito all'ambito soggettivo di applicazione, va specificato che il

momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. In attuazione di quanto previsto dalla Legge Risparmio, il 29 luglio 2008 il CICR ha pubblicato la delibera n. 275, con la quale ha dettato la disciplina dei nuovi sistemi stragiudiziali, delineandone il campo di applicazione, la struttura, le regole fondamentali di svolgimento della procedura; alla Banca d'Italia sono stati in tale contesto affidati compiti di nomina dei membri dell'organo .decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative. Su entrambe le norme e in generale sui sistemi di ADR, anche in un'ottica comparativa, cfr. E.L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.,* 2009, 2, 240ss. Per un quadro dell'evoluzione normativa si veda BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, anno 2014, n. 1, Roma, gennaio 2015.

[31]Per un approfondimento sul tema, cfr. Lettera Circolare ABI del 13 agosto 2009, Prot. OF/002879; in dottrina, N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario della Banca d'Italia*(*ABF*), in *I Contr*atti*,* 2009, 8/9, 853 ss.; S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario* Finanziario, in *B.B.T.C.,* 2010, 325 ss.; e, per un approfondito sguardo comparatistico, G. BOCCUZZI, (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario*, in BANCA D'ITALIA, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, n. 68, 2010. Un Commento approfondito in F. AULETTA, S*ub art. 128 bis. Risoluzione delle controversie*,in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, Torino 2013, 1521 ss.

[32] Per la BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit., 2, l'ABF è il *Sistema di risoluzione stragiudiziale* delle controversie disciplinato dalle Disposizioni stesse. Ai sensi della delibera del CICR n. 275 del 29 luglio 2008, richiamano le *Disposizioni*, per sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie si intende l'insieme formato dall'organo decidente, composto in funzione degli interessi degli intermediari e dei clienti coinvolti nella controversia, dal procedimento e dalle relative strutture organizzative regolati dalla presente disciplina.

Innovazione e Diritto

soggetto attivo della procedura è il cliente, unico legittimato ad attivare il sistema stragiudiziale[33], inteso come <<colui che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari>>, compresi i servizi di pagamento[34], escludendo espressamente dalla categoria i soggetti che svolgono in via professionale l'attività bancaria e finanziaria, assicurativa, previdenziale e dei servizi di pagamento. La "clientela" di cui all'art. 128-*bis*, non è data solo dalla persona fisica del consumatore[35] ma anche dalla persona dell'imprenditore. Sembra ragionevole ritenere che nella categoria dei clienti legittimati a proporre ricorso rientrino anche i c.d. "clienti occasionali".

Quanto ai soggetti passivi, la disciplina si rivolge a tutti gli intermediari, nella precisazione operata dalle Disposizioni della Banca d'Italia[36], compresi, come si è già rilevato *ante*,gli istituti di pagamento.

L'adesione al sistema di cui all'art. 128-*bis* rappresenta un "obbligo per gli intermediari" ed è <<condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione dei servizi di pagamento>>. Gli intermediari di nuova costituzione e quelli che intendano iniziare a svolgere in Italia operazioni e servizi bancari e finanziari o a offrire servizi di pagamento in

[33] Così AULETTA, *op. cit.*, 5; E. QUADRI,*L'"arbitrato bancario finanziario"nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie.,* in *NGCC*, 2010.

[34] Per la nozione di "servizio di pagamento" le *Disposizion*i rinviano a quella accolta nella disciplina di trasparenza dei servizi bancari e finanziari.

[35] Il termine "consumatore", nell'art. 128-*bis* è stato sostituito con quello di "clientela" dall'art. 1, comma 6, del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303. La delibera CICR ha, tra l'altro stabilito, all'art. 3, comma 4, che la composizione dell'organo decidente (…) è determinata <<in funzione della tipologia dell'intermediario interessato, dell'oggetto della controversia, ovvero della *categoria di appartenenza del cliente* che ha presentato il ricorso>>.

[36] Le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'Albo del Tit. V T.u.b. (ivi inclusi i confidi e gli operatori di microcredito) che operano nei confronti del pubblico, gli Istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S. p. A. in relazione all'attività di bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal Titolo VI del T.u.b., gli Istituti di pagamento; v. BANCA D'ITALIA, Disposizioni, cit., 4.

Innovazione e Diritto

Italia, effettuano la comunicazione di adesione all'ABF prima di iniziare l'attività. La Banca d'Italia, affermano le Disposizioni, <<ne valuta l'eventuale violazione nell'ambito della sua azione di controllo>>[37]. La configurazione in termini di *obbligo*, la cui violazione comporta la preclusione delle attività o l'irrogazione delle sanzioni amministrative emerge dalla stessa normativa della Banca d'Italia [38].

In merito all'*oggetto* delle controversie, la disciplina in esame prevede un limite temporale dato dalla possibilità di sottoporre alla cognizione dell'ABF le controversie aventi ad oggetto fatti avvenuti o comportamenti posti in essere successivamente al 1° gennaio 2009 e per le quali, comunque, non sia intervenuta la prescrizione secondo le regole generali del nostro ordinamento. Fermi restando i predetti limiti temporali, la competenza dell'ABF è limitata alle controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari[39] (ivi compresi i servizi di pagamento), escludendo le controversie relative ai servizi di investimento che potranno essere sottoposte agli altri strumenti di tutela stragiudiziale previsti nel nostro ordinamento, come le procedure gestite dagli

[37] L'adesione all'ABF è comunicata per iscritto alla Banca d'Italia secondo le seguenti modalità: - le associazioni degli intermediari attestano alla Banca d'Italia la partecipazione all'ABF degli intermediari ad esse aderenti; - gli intermediari non aderenti alle associazioni di cui al precedente alinea comunicano alla Banca d'Italia la propria adesione nonché l'associazione degli intermediari alla quale fare riferimento sia per l'individuazione del componente dell'organo decidente sia per il versamento del contributo previsto (Banca d'Italia, *Disposizioni*, cit., *5*). A completare il quadro va anche ricordato che possono non aderire all'ABF gli intermediari aventi sede in un altro Stato membro dell'Unione Europea che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, purché aderiscano o siano sottoposti a un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero partecipante alla rete Fin.Net promossa dalla Commissione Europea. A tali fini, gli intermediari in questione comunicano alla Banca d'Italia il sistema stragiudiziale al quale aderiscono o sono sottoposti nel Paese d'origine.

[38] Ritengono, invece che la situazione giuridica soggettiva degli intermediari debba qualificarsi come "onere" M.R. La Torre, *L'arbitro bancario finanziario*, in E. Picozza e E. Gabrielli, (a cura di) *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 263 e E. Quadri, *L'arbitrato*, cit., 308.

[39] All'ABF possono essere sottoposte anche le controversie in materia di bonifici transfrontalieri, fermo restando quanto previsto dal d.m. 13 dicembre 2001, n. 456, emanato in attuazione del d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253.

Innovazione e Diritto

organismi di conciliazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28[40] (e relativa normativa di attuazione), dal Conciliatore Bancario Finanziario o dall'*Ombudsman*-Giurì bancario[41], ovvero la Camera di Conciliazione e Arbitrato attiva presso la Consob[42]. Nell'ambito delle controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, all'ABF possono essere sottoposte le controversie aventi per oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono[43]. Se la

[40] Prima disciplinati dagli artt. 38 ss. del d.lgs. n. 5 del 2003; il d.lgs. n. 28/2010 è stato di recente modificato dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione, con modificazioni, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 (c.d. "Decreto del fare").

[41] Al fine di evitare sovrapposizioni con il nuovo sistema, l'Ombudsman-Giurì bancario, attivo presso l'Associazione Conciliatore Bancario-Finanziario, ha disposto la cessazione delle funzioni coincidenti con l'ambito di applicazione oggettivo dell'ABF (vale a dire per le controversie inerenti le operazioni bancarie e finanziarie assoggettate al Titolo VI del T.u.b.). Lo stesso Conciliatore Bancario-Finanziario, tuttavia, continuerà a mettere a disposizione dei clienti il servizio di conciliazione – disciplinato dal d.lgs. n. 5 del 2003 – che potrà essere utilizzato non solo per le questioni che non possono essere sottoposte alla cognizione dell'ABF, in quanto non rientranti nel suo ambito di applicazione (*i.e.* controversie di valore superiore a 100.000 euro, ovvero ricorsi presentati oltre il previsto termine di 12 mesi dalla presentazione del reclamo) ma, più in generale, per tutte le controversie che riguardano sia le operazioni bancarie e finanziarie assoggettate al Titolo VI del T.u.b. sia quelle attinenti i servizi di investimento. Per un approfondimento sul punto, cfr. CONCILIATORE BANCARIO-FINANZIARIO, *Circolare*, 30 aprile 2009, Prot. n. 7263/2009/AS.

[42] Al fine di individuare in modo chiaro la ripartizione delle rispettive competenze, il Regolamento n. 16763 del 29 dicembre 2008, istitutivo della Camera Consob, rimette ad un protocollo di intesa tra la Camera e l'ABF la risoluzione delle questioni relative all'ambito di applicazione; con il compito di regolare gli aspetti operativi della collaborazione tra i due sistemi stragiudiziali in modo da assicurare che i clienti, in caso di inesatta individuazione del sistema di risoluzione stragiudiziale applicabile alla propria controversia, vengano indirizzati al sistema competente.

[43] Tornando al profilo della competenza per materia, si segnala come la definizione dei limiti di competenza dell'ABF in relazione ai cosiddetti prodotti composti – caratterizzati dalla contemporanea presenza di due o più contratti tra loro collegati che realizzano un'unica operazione economica – si sia rivelata piuttosto complessa. In particolare, la questione ha generato un ampio contenzioso sul contratto di deposito titoli in amministrazione e, in diverse occasioni, è stata richiesta ai Collegi una valutazione circa il corretto adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi – tipici di tali contratti - di custodia e informativa gravanti sul depositario.
Al riguardo, i Collegi hanno espresso orientamenti non univoci. Infatti, in alcuni casi, si è ritenuto che il contratto di deposito titoli in amministrazione rientra tra le operazioni e i servizi bancari e finanziari, oggetto della competenza dell'ABF (cfr Decisione n. 5682/2013) e, in altre occasioni, si è precisato che tale contratto riveste una funzione *normalmente accessoria* rispetto alla prestazione di servizi di investimento, che ne sono invece esclusi.

Innovazione e Diritto

richiesta del cliente, invece, ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro, la competenza dell'ABF sussiste solo nell'ipotesi in cui l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro.

Restano quindi escluse dalla cognizione dell'ABF (oltre alle questioni relative ai servizi di investimento, anche) le controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria o a decisione arbitrale, ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione[44] e le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione

---

Il Collegio di coordinamento ha risolto il riportato contrasto interpretativo, con la Decisione n. 898/2014. Tale pronuncia ha preliminarmente richiamato, ai fini dell'individuazione dell'ambito di operatività del "criterio della prevalenza delle finalità", l'evoluzione del quadro ordinamentale in cui si inserisce la disciplina codicistica in materia di deposito titoli in amministrazione. Si è così chiarito che quest'ultima qualifica il contratto di deposito titoli alla stregua di uno strumento finalizzato all'espletamento, da parte della banca, di un'attività avente a oggetto "la cura di amministrare i titoli", sostanzialmente corrispondente a quella che potrebbe espletare lo stesso cliente collocando i titoli in cassette di sicurezza. Tuttavia, in tempi più recenti, si è sviluppata un'articolata disciplina settoriale dei servizi e attività di investimento che regola interamente l'adempimento degli obblighi dell'intermediario funzionali all'attuazione delle strategie di investimento del cliente.
Di conseguenza, per decidere sulla competenza dell'ABF, secondo il Collegio di coordinamento, occorre considerare la doglianza fatta valere nel caso concreto.
In particolare, la competenza deve essere esclusa nei casi in cui il cliente lamenti un *deficit* nella diligenza dell'intermediario nell'adempimento di obblighi che attengano non alla corretta gestione degli strumenti finanziari depositati, ma investano *profili inerenti alle scelte di conservazione/liquidazione dell'investimento fatte dal cliente*. Un piano, quest'ultimo, che è proprio quello della violazione delle generali regole di condotta che incombono sull'intermediario, ai sensi dell'art. 21 T.u.f., dove si prescrive che, nella prestazione di servizi di investimento e accessori, l'intermediario operi in modo che il cliente sia sempre informato. Invece, ove la controversia riguardi la violazione da (parte dell'intermediario) dell'obbligo di garantire al cliente adeguata informazione al fine di consentirgli scelte di investimento consapevoli, il Collegio ha sottolineato come la soluzione della questione imponga di procedere all'analisi e all'interpretazione della regolamentazione dettata dall'autorità di vigilanza dei mercati finanziari, nonché dei suoi atti generali di indirizzo. Un compito, questo, che <<travalica l'ambito dei poteri dell'Arbitro, i quali sono appunto limitati, anche nell'esercizio della sua funzione per così dire nomofilattica all'interno dell'ordinamento sezionale bancario, alla sola interpretazione delle disposizioni di natura regolamentare integranti la disciplina dei rapporti bancari>>.

[44]Le Disposizioni specificano che il ricorso all'ABF è comunque possibile in caso di fallimento della procedura conciliativa: in tal caso il ricorso può essere proposto entro 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione, anche qualora sia decorso il termine di 12 mesi previsto dalla Sezione VI, Paragrafo 2.

Innovazione e Diritto

dell'intermediario, nonché le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati.

L'ABF ha chiarito che le Disposizioni devono essere intese nel senso che l'Organo decidente può conoscere anche le controversie riguardanti le trattative precontrattuali – tra cui quelle concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza (di cui alle Istruzioni di Vigilanza del 29 luglio 2009) – indipendentemente dall'effettiva conclusione del contratto.

La "decisione" sul ricorso è assunta dal Collegio sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché quelle previste da eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca. Quanto al contenuto della decisione, il Collegio non si limita ad affermare l'esistenza del diritto violato, ma può anche condannare l'intermediario a tenere un comportamento specifico (*dare*, *facere* o *non facere*). Tale assunto sembra trovare conferma nella previsione in virtù della quale la decisione sul ricorso deve contenere "indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti", la quale presuppone che il Collegio, oltre a dichiarare la spettanza al ricorrente di somme di denaro, può anche condannare l'intermediario a tenere un comportamento specifico[45]. La decisione, corredata della relativa motivazione, è comunicata alle parti entro 30 giorni dalla pronuncia; da tale momento, se non disposto diversamente, l'intermediario avrà ulteriori 30 giorni di tempo per adempiervi, ferma restando la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'Autorità giudiziaria, ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento, per la tutela dei propri diritti ed interessi. Entro lo stesso termine l'intermediario dovrà comunicare alla Segreteria tecnica le azioni poste in

[45] M. Cannavò, *I sistemi di risoluzione alternativa delle controversie tra la banca e i clienti*, datt., 2011, 9.

Innovazione e Diritto

essere per dare attuazione alla decisione del Collegio.

4.3.1. (*Segue*): sulla natura dell'atto conclusivo del procedimento.

Le prime riflessioni dottrinali in materia di ABF convergono in merito alla natura dell'atto conclusivo del procedimento in esame, rilevando come risulti privo dei caratteri tipici di una decisione, in quanto il collegio dell'ABF non è investito del potere di dirimere la controversia direttamente dalle parti coinvolte (intermediario e cliente), né la dichiarazione di giudizio vincola le stesse producendosi sulla controversia il primario effetto di definirla[46].

Dalla decisione dell'ABF non può derivare, pertanto, alcun nuovo diritto delle parti suscettibile di tutela innanzi all'A.G.O., né alcun corrispondente obbligo di adempimento, con la specifica conseguenza che, qualora l'intermediario non rispetti la delibera dell'ABF, il cliente non può far valere l'inadempimento in quanto tale, nei confronti dell'intermediario, innanzi al giudice o all'arbitro.

In breve, per quasi generale e concorde dottrina, l'atto conclusivo del procedimento innanzi all'ABF non produrrebbe alcun effetto giuridico tra le parti, a cominciare dagli effetti previsti dall'art. 1372 c.c.; infatti, anche se presuppone distinti atti di volontà delle parti, manifestata da un lato con l'atto di adesione [intermediario] e dall'altro con il ricorso [cliente], l'atto conclusivo del procedimento *ex* art. 128-*bis* non si prefigura come di per sé vincolante per le parti. Non può essere, insomma, una «*determinazione contrattuale*» (art. 808-*ter* c.p.c.)[47].

[46] S. Ruperto, *op. cit.*, 325.

[47] Così F. Auletta, *op. cit.*, 13, in riferimento alle ricostruzioni operate dalla prevalente dottrina. Per l'Autore invece il procedimento di cui all'art. 128-*bis* (sub procedimento) si inserisce in un procedimento amministrativo di *vigilanza* della Banca d'Italia. M.R. La Torre, *L'arbitro bancarioFinanziario*, cit., pone in evidenza che, qualora la decisione dell'ABF accolga il ricorso del cliente, la attuazione spontanea da parte dell'intermediario costituisce un riconoscimento della pretesa avanzata dal cliente; se accettata da questi, si attribuisce ad esso un valore

Innovazione e Diritto

La proposizione del ricorso all'ABF, comunque, non pregiudica il diritto dell'intermediario di portare la controversia innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria. Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui si apra un procedimento giudiziario, le Disposizioni consentono al cliente di optare per la prosecuzione del procedimento dinanzi all'ABF. Tale ultima previsione – finalizzata ad evitare che l'intermediario possa sottrarsi alla decisione sul ricorso sottoponendo la controversia all'autorità giudiziaria – astrattamente consente la coesistenza di due diversi giudizi (l'uno dinanzi all'ABF, l'altro davanti all'autorità giudiziaria ordinaria) sulla medesima controversia, con il rischio che si pervenga a due pronunce contrastanti. Le Disposizioni, peraltro, non contengono alcuna previsione che stabilisca la prevalenza della decisione giudiziaria rispetto a quella dell'ABF e, pertanto, muovendo dal presupposto che le predette decisioni hanno natura diversa e che l'indipendenza dello strumento stragiudiziale rispetto a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento è sancita dalla legge (art. 128-*bis* T.u.b.), la Banca d'Italia ha precisato che nell'ipotesi di condanna da parte dell'ABF l'intermediario dovrà adempiere la decisione, indipendentemente dall'esito del giudizio eventualmente instaurato dinnanzi al giudice ordinario[48].

transattivo che definisce la lite e che può essere utilizzata in sede processuale, come *exceptio rei transactae* se una delle due parti dovesse adire l'autorità giudiziaria sulla medesima questione. Sul piano sostanziale, se l'intermediario attua il contenuto della pronunzia la prestazione diventa irripetibile ;se, invece, questi dichiara di accettare la pronunzia senza realizzarla, essa può diventare oggetto di un giudizio di accertamento e diventare coercibile.

[48] Il principio è chiaramente espresso dalla Banca d'Italia nel Documento recante il "Resoconto della Consultazione" ove si afferma (33) che "*l'eventuale proposizione dell'azione giudiziaria non può essere considerata un'alternativa all'adempimento alla decisione*". La proposizione del ricorso all'ABF, inoltre, non pregiudica la facoltà delle parti di tentare, nelle more del procedimento, di comporre bonariamente la lite attraverso un tentativo di conciliazione. Al riguardo, le Disposizioni prevedono che il Collegio giudicante, d'ufficio o su istanza di parte, dichiari l'interruzione del procedimento qualora consti che in relazione alla medesima controversia sia stato avviato un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge. Tuttavia, le Disposizioni contemplano la sola ipotesi di esito negativo del tentativo di conciliazione (in tal caso, il cliente potrà riproporre il ricorso senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario entro 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione), senza nulla

Innovazione e Diritto

Si pone a questo punto un quesito: i caratteri delle procedure: rapidità, economicità della soluzione delle controversie e effettività della tutela, che l'art. 128-*bis* intende assicurare corrispondono ai caratteri individuati dalle direttive comunitarie (si veda in particolare la PSD) per le procedure di soluzione extragiudiziarie? L'art. 82 di tale disciplina ha richiesto agli Stati procedure: 1) utilizzabili da tutti gli utenti dei servizi di pagamento; 2) adeguate (e anche accessibili); 3)efficaci.

Sul primo punto si può constatare la convergenza della disciplina europea e di quella di diritto interno sull'ampia configurazione della figura del "cliente"; in merito *all'adeguatezza* e *accessibilità*, rileva la predisposizione di norme procedurali, che scandiscono le fasi di attività del sistema[49] nonché l'intervento della Segreteria tecnica (di supporto istruttorio e organizzativo); l'accento va posto tra l'altro, sui costi della procedura che risultano estremamente ridotti, per il ricorrente[50].

---

disporre per l'ipotesi in cui le parti giungano invece ad una composizione bonaria della lite. In tal caso, comunque, nulla sembra vietare che il cliente rinunci al ricorso già proposto, prima che intervenga la decisione del Collegio. In assenza di previsioni sul punto, pertanto, si ritiene che in caso di esito positivo della conciliazione sarà necessario che il cliente – in qualità di parte che ha dato impulso alla procedura di ricorso – debba informarne l'ABF, attraverso un atto di rinuncia al ricorso. Tuttavia, ove consti che il cliente non vi abbia provveduto, nulla dovrebbe vietare di considerare valida una comunicazione effettuata dalla banca, eventualmente corredata dal verbale della conciliazione o da copia della transazione sottoscritta dalle parti. All'atto di rinuncia al ricorso, dovrà comunque seguire la dichiarazione del Collegio di cessazione della materia del contendere.

[49] Analiticamente predisposte dalle Disposizioni della Banca d'Italia, 13-16. Per un'analisi puntuale, M. CANNAVÒ, *op. cit.*; F. AULETTA, *op. cit.*; M.R. LA TORRE, *op. cit.* Si vedano, inoltre le *Relazion*(*i*) *sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, I, 2010, -2014 che offrono un quadro molto esauriente dell'impianto del sistema e dei risultati del primo triennio di attività.Presso l'Amministrazione centrale della Banca d'Italia, è stata predisposta una struttura centrale, che coordina le segreterie tecniche, gestisce e pubblica sul sito internet dell'ABF un archivio elettronico delle decisioni dei collegi che ha la funzione di facilitare la consultazione e la diffusione degli orientamenti seguiti dall'organo decidente. La Banca d'Italia predispone e pubblica annualmente una Relazione concernente l'attività svolta dall'organo decidente, la cui redazione è curata dalla struttura centrale di coordinamento. Quest'ultima cura inoltre gli adempimenti connessi alla partecipazione dell'ABF alla rete Fin.Net. v. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, 11.

[50] Il comma 10 della delibera CICR, sancisce la gratuità del ricorso per il cliente, salvo il

Innovazione e Diritto

Sul carattere di "efficacia" del sistema dell'ABF vale ricordare che nella *Premessa* alle Disposizioni, la Banca d'Italia [51] pone l'accento sul ruolo che meccanismi *efficaci* di definizione delle liti possano rivestire nell'incentivare il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorare la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituire un utile "presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso".

L'*efficacia* richiama il problema dell'effettiva tutela del cliente, interessato all'adempimento della decisione dell'Arbitro da parte dell'intermediario. La legge (art. 128-*bis* T.u.b.) non prevede l'applicazione di sanzioni amministrative a fronte dell'inadempimento da parte degli intermediari alle decisioni dell'organo giudicante; la delibera del CICR, pertanto, ha previsto – come conseguenza di un'accertata violazione della pronuncia da parte dell'intermediario – la possibilità per la Banca d'Italia di adottare misure reputazionali, consistenti nella pubblicità dell'inadempimento.

La sanzione reputazionale riguarda non soltanto il caso di inadempimento alle decisioni del Collegio (al quale, come detto, è assimilato l'inadempimento delle disposizioni relative al contributo alle spese), ma anche l'ipotesi di mancata cooperazione al funzionamento della procedura (vale a dire il mancato versamento dei contributi dovuti all'organo decidente e il mancato invio della documentazione richiesta, ove ciò impedisca una pronuncia sul merito della controversia). Nei casi indicati, la Segreteria tecnica dà la relativa pubblicità sul sito internet dell'ABF, sul sito internet della Banca d'Italia e, a cura e a spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Gli esiti

contributo di 20 euro per le spese della procedura che viene rimborsato dall'intermediario, se il ricorso è accolto in tutto o in parte.

[51] BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit., 1.

Innovazione e Diritto

dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza, come precisato dalla stessa autorità [52], per la quale tali esiti saranno utilizzati quale fonte informativa suscettibile di porre in evidenza eventuali indici di anomalia nel comportamento degli intermediari o di una particolare esposizione a rischi legali e reputazionali[53].

4. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

L'art. 27 della Legge sul Risparmio ha previsto l'emanazione di un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contradditorio tra le parti, dinanzi alla Consob.

Con la Delibera Consob n. 18275 del 18 luglio 2012, è stato adottato il nuovo Regolamento di attuazione del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, in vigore dal 1° agosto 2012 e concernente la Camera di conciliazione e arbitrato per le liti fra investitori e intermediari ("Camera di conciliazione"). La Camera di conciliazione è definita quale <<organo tecnico e strumentale della Consob>>[54]. Quest'ultima amministra i procedimenti di conciliazione e arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali relativi ai servizi di

[52]Sul punto, cfr. il documento della Banca d'Italia recante il "Resoconto della consultazione", 32.

[53] Ritenuta non suscettibile di comportare una commistione tra l'attività dell'ABF e le regole che presiedono all'attività di vigilanza, l'attività è stata giustificata proprio in base alle regole, secondo le quali l'Autorità può assumere iniziative e interventi, condurre accertamenti e, se del caso, avviare procedimenti amministrativi e sanzionatori sulla base della conoscenza che essa abbia dei fatti che possono costituire presupposto di tali misure, indipendentemente dall'origine dell'informazione (che può essere segnalata alla Vigilanza, ad esempio, anche attraverso gli esposti presentati da uno o più clienti dell'intermediario). V. Banca d'Italia, *Resoconto della consultazione*, 32.<<**Ferma restando la separatezza tra funzione di vigilanza e sistema dell'ABF**, nell'ambito delle attività volte ad assicurare trasparenza e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, nel 2014 sono stati realizzati diversi interventi nei confronti di singoli intermediari, utilizzando anche informazioni desumibili dagli esiti dei ricorsi all'Arbitro>>. Così *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario per il 2014,* cit., 15.

[54]Così Scarpa, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2013, 150.

Innovazione e Diritto

investimento[55]. Per "investitori" deve intendersi quelli diversi dalle controparti qualificate di cui all'art. 6, comma 2-*quater*, lett. *d* e dai clienti professionali di cui di cui ai successivi commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* del T.u.f, mentre per "intermediari" deve intendersi i soggetti abilitati di cui all'art. 1, comma 1, lett. *r* del T.u.f., nonché, in forza dell'art. 2 del d.p.r. 14 marzo 2011, n. 144, le società Poste Italiane per i servizi di Banco Posta.

La normativa in esame prevede sia la possibilità di ricorso al meccanismo della conciliazione, sia la possibilità di incardinare un arbitrato; corrispondentemente vengono adottati due diversi procedimenti, l'uno di tipo facilitativo (artt. 4, d.lgs. n. 179 del 2007 e 7-16, reg. Consob n. 16763 del 2008), l'altro determinativo (artt. 5-6, d.lgs. n. 179 del 2007 e 17-34, reg. Consob n. 16763 del 2008), destinati il primo a sfociare in una soluzione autonoma (accordo delle parti da documentarsi in apposito verbale: art. 14, reg. Consob n. 16763 del 2008, secondo le modalità e con gli effetti che si vedranno), il secondo in una soluzione eteronoma, procedimentalizzata secondo il modello dell'arbitrato amministrato (lodo arbitrale sempre impugnabile per violazione di norme di diritto: art. 5, comma 4º, D. lgs. n. 179 del 2007).

La Camera di conciliazione non interviene in alcun modo, nel corso della procedura di conciliazione e del giudizio arbitrale, nel merito della controversia. L'istanza di attivazione della procedura può essere presentata esclusivamente dall'investitore, sempre che, per la medesima controversia, sia stato presentato reclamo da parte dello stesso, al quale l'intermediario non abbia dato risposta alcuna o abbia dato una risposta ritenuta non soddisfacente dall'investitore. Il ricorso alla Camera di Conciliazione è precluso quando siano già state attivate, anche su iniziativa dell'intermediario, ma con adesione dell'investitore, altre procedure di conciliazione. Ove, all'esito della procedura, sia raggiunto un accordo amichevole, il conciliatore ne forma

[55] In questo senso, si consenta il rinvio a M. Rispoli Farina, *Il sistema dell'ADR nei servizi di pagamento e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, cit. Sono escluse dalla competenza dell'ABF le <<controversie relative ai servizi di investimento che potranno essere sottoposte agli altri strumenti di tutela stragiudiziale previsti nel nostro ordinamento, come le procedure gestite dagli organismi di conciliazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (e relativa normativa di attuazione), dal Conciliatore Bancario Finanziario o dall'*Ombudsman*-Giurì bancario>>.

Innovazione e Diritto

un processo verbale. Quest'ultimo può altresì formulare una proposta di conciliazione e deve ciò fare, ove le parti ne facciano concorde richiesta.

Il verbale recante l'accordo o l'adesione delle parti alla proposta del conciliatore, qualora venisse omologato (con decreto) dal Presidente del Tribunale – salvo il controllo di regolarità formale e conformità all'ordine pubblico e a norme imperative da effettuarsi anche per il verbale di mediazione – ha natura di titolo esecutivo, consentendo alla parte di avviare le procedure di esecuzione forzata.

Siffatte caratteristiche inducono a ritenere che la Camera di conciliazione sia ADR di tipo *facilitativo*.

Parte della dottrina[56] ha espresso perplessità per la scelta effettuata dal legislatore di attribuire tali funzioni latamente giudiziarie alla Consob, ritenendo impropria la commistione di funzioni così eterogenee in capo alla Commissione. In particolare, con riguardo a) alla funzione di vigilare sull'adeguatezza della struttura e dell'organizzazione degli intermediari, con specifico riferimento alla potestà sanzionatoria che ne discende, e b) alla funzione, appunto svolta mediante la Camera di conciliazione, di dirimere le controversie individuali che contrappongono un intermediario ad un suo cliente.

Tali dubbi, come anticipato, sono stati inoltre rinvigoriti dal parere del Consiglio di Stato n. 1525 del 20 ottobre 2011, con il quale si è affermato che la Camera di conciliazione è un organo privo di autonomia soggettiva, essendo mera emanazione della Commissione, cui sarebbe legata da una relazione di immedesimazione.

Si ritiene, tuttavia, che la segnalata mancanza di autonomia soggettiva non rilevi sul diverso fronte della inopportunità del cumulo di funzioni in capo alla Consob. In ogni caso, a superare le cennate perplessità vale già la lettera dell'art. 4, comma 7, del d.lgs. 8 ottobre 2007, n 179, a mente del quale <<le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono

[56] M. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, 9; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 265.

Innovazione e Diritto

essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'Autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le medesime violazioni>>.

Con tale norma, il legislatore ha tenuto, infatti, separate le funzioni pubblicistiche dell'autorità di vigilanza - ispirate dall'esigenza di efficienza e di trasparenza del mercato finanziario - dalla funzione di tutela dei diritti affidata alla Camera di Conciliazione, non sussistendo alcun interesse concreto della Consob nelle liti tra intermediari ed investitori[57].

4.4.1. (*Segue*): l'ABF nel confronto con le altre ADR del settore bancario e finanziario

Come anticipato, l'art. 5 del Decreto n. 28/2010 prevede che, in materia di contratti bancari e finanziari, il procedimento di conciliazione possa essere sostituito, ai fini della condizione di procedibilità delle relative cause, dal procedimento dinanzi alla Camera di Conciliazione, ovvero dal procedimento dinanzi All'ABF. La Relazione illustrativa, enunzia che, <<il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto [...] sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità ed efficienza>>. L'intento di non disperdere il patrimonio delle ADR di settore già dotate di un'organizzazione affidabile in termini di tutela dei diritti, è sicuramente intento meritorio, tuttavia, in tal guisa si è fornita la stessa efficacia di soddisfare la condizione di procedibilità a procedure dalle finalità, come visto, del tutto eterogenee.

Infatti, mentre il procedimento dinanzi alla Camera di conciliazione è di tipo *facilitativo*, quello dinanzi all'ABF è, fuor di dubbio, di tipo *determinativo*.

Le difficoltà si accentuano di fronte alla constatazione che, tra le due ADR gestite dalla Camera di conciliazione, soltanto la conciliazione, e non anche

[57] In questo senso, M. Mancini, *L'autonomia della Camera di conciliazione e arbitrato istituita dal d.lgs. 170/07 per la risoluzione delle controversie insorte tra investitori e intermediari rispetto alla Consob alla luce della posizione del Consiglio di Stato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 233.

Innovazione e Diritto

l'arbitrato, è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, del Decreto n. 28/2010. La legge, quindi, dinanzi a due ADR *determinative* (e quindi ontologicamente differenti dalla mediazione), esclude da un verso l'equivalenza con la mediazione di un procedimento di siffatto tipo quale l'arbitrato amministrato presso Camera di conciliazione, dall'altro la ammette quanto al procedimento dinanzi all'ABF.

In proposito, vale sottolineare che, anche valutando la incoerenza del sistema così articolato, non si tuttavia parificare integralmente le due procedure di tipo determinativo ai fini della disciplina dettata dall'art. 5 del Decreto n. 28/2010. Sussistono, invero, elementi che restringono la possibilità di attivare la procedura dinanzi all'ABF. Vale ricordare, in particolare, la legittimazione solo del cliente a ricorrere al procedimento di cui all'art. 128-*bis* del Testo unico bancario. Nel silenzio della norma di rango primario, è l'art. 5, comma 1, della delibera CICR 275 a stabilirlo integrando così la disciplina del testo unico. Nel caso che, in giudizio, la parte attrice sia l'intermediario, quindi, quest'ultimo dovrà, in ogni caso, intraprendere il procedimento di mediazione, al fine di soddisfare la condizione di procedibilità.

Una ulteriore circostanza che limita l'accesso alla procedura dinanzi all'ABF, con le conseguenze di cui di sta parlando, attiene all'oggetto della controversia. All'ABF possono essere sottoposte <<le controversie che vertono sull'accertamento di diritti, obblighi, facoltà, purché l'eventuale somma oggetto di contestazione tra le parti non sia superiore a 100.000 euro>> (art. 2, comma 4, Delibera CICR 275).

A dire il vero, le disposizioni della Banca d'Italia (sez. I, paragrafo 4, che sotto questo profilo appaiono innovative rispetto alla Delibera CICR 275) precisano che all'ABF possono essere sottoposte «tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono»; ma se la richiesta del ricorrente <<ha ad oggetto la corresponsione di una somma di danaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro>>. Richieste che esulino da tali

previsioni possono quindi, ancora una volta, essere sottoposte soltanto alle ADR *facilitative* non settoriali. Le limitazioni attengono pure alle controversie relative a beni materiali eventualmente oggetto del contratto – come ad esempio ai vizi del bene concesso in *leasing* o in operazioni di credito al consumo – o relative a servizi diversi da quelli bancari e finanziari, sulle quali la competenza dell'ABF è espressamente esclusa (art. 2, comma 5, Delibera CICR 275); così come al risarcimento dei danni «che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario» (art. 2, comma 5, Delibera CICR 275).

Potrebbe ulteriormente limitarsi l'accesso all'abf con uno strumento di tipo convenzionale. Si pensi all'ipotesi in cui i contratti tra intermediario e cliente prevedano una clausola di mediazione che vincoli la parte a ricorrere alla mediazione piuttosto che all'ABF, oppure a un'altra e differente ADR liberamente individuata dal cliente ricorrente. A tale ultimo riguardo, ferma la possibilità di inserire in contratto la c.d. clausola di mediazione, va precisato che il recente provvedimento della Banca d'Italia, nel punto 2 delle sue disposizioni finali, ha precisato che <<il diritto di ricorrere all'ABF non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente e deve essere espressamente previsto dal contratto se questo contiene clausole compromissorie o concernenti il ricorso ad altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie>>. Ci si potrebbe allora chiedere se, viceversa, in difetto di una specifica previsione della legge sulla mediazione, sia consentita una clausola che impegni il cliente a fare ricorso all'ABF, piuttosto che ad una ADR non settoriale di tipo *facilitativo*. In linea di principio la soluzione non dovrebbe essere negativa, neanche qualora si tratti di un cliente consumatore, non trattandosi di una vera e propria clausola arbitrale comunemente considerata vessatoria quando imposta al consumatore.

Il tentativo di coordinare la disciplina dell'ABF – quale ADR determinativa – con le regole sulla mediazione – ADR *facilitativa* che alla prima viene equiparata dall'ordinamento italiano – deve essere operato anche con riferimento alla durata dei relativi procedimenti.

Si segnala infatti che, a mente dell'art. 6, comma 1, del Decreto n. 28/2010, il procedimento di mediazione non può superare i quattro mesi di durata; trattasi di un limite volto a garantire che, proprio in funzione della obbligatorietà della mediazione, quest'ultima non rappresenti un aggravio - invece che una soluzione - al problema della durata dei processi. Tale termine, tuttavia, sembra incompatibile con la disciplina del procedimento dell'ABF, ove prevede che il ricorso deve essere "preceduto" da un reclamo all'intermediario; può essere proposto soltanto "dopo che siano trascorsi trenta giorni" dalla ricezione del reclamo da parte dell'intermediario e ove quest'ultimo sia rimasto inerte o abbia risposto in maniera insoddisfacente per il cliente (valutazione di non soddisfazione che comporta, all'evidenza, un seppur minimo, ulteriore lasso di tempo); "entro ulteriori trenta giorni" dalla comunicazione del ricorso all'intermediario quest'ultimo può trasmettere le proprie controdeduzione e il Collegio si pronuncia entro "60 giorni", ma il termine può essere sospeso, ove si presentino particolari esigenze istruttorie.

La descritta tempistica pare incompatibile con i quattro mesi di tempo massimo che il suddetto art. 6 prevede per la durata della procedura di mediazione.

Si ritiene, in accordo con la dottrina che si è occupata del tema[58], che la previsione, da un lato, della alternatività tra procedimento dinanzi all'ABF e mediazione e, dall'altra, della obbligatorietà di quest'ultima, impongano un raccordo tra le norme che cadenzano i tempi delle attività svolte dalle due ADR in considerazione e che un siffatto raccordo possa essere agevolmente – e in coerenza con la cornice normativa – effettuato mediante una operazione ermeneutica che consideri che, per il caso dell'ABF, i 4 mesi di durata complessiva debbano essere considerati prescindendo dalla fase di invio del reclamo, risposta dell'intermediario, valutazione della sua "sufficienza" rispetto alle doglianze avanzate ed eventuale proposizione del ricorso. In altri termini, basterà far decorrere il termine dal giorno del deposito del ricorso.

In ogni caso, è auspicabile un intervento normativo sul punto, volte tra

[58]Capobianco, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in www.judicium,it.

Innovazione e Diritto

l'altro a chiarire che il termine di cui all'art. 6 del Decreto n. 28/2010 decorre, con riferimento al procedimento dinanzi all'ABF,dalla ricezione delle controdeduzioni dell'intermediario.

Una tale soluzione al problema di coordinamento è pienamente compatibile con i dati forniti da Banca d'Italia sulla durata media dei procedimenti dinanzi all'ABF. Se, infatti, in media trascorrono 112,4 giorni tra la presentazione delle controdeduzioni dell'intermediario e la data in cui il Collegio si è riunito per decidere il ricorso[59], la norma apposita risolverebbe il problema nel migliore dei modi; pare, infatti, naturale che la durata prevista per una procedura di tipo *facilitativo* non sia compatibile con una procedura di tipo *aggiudicativo* che (per rispettare i principi dettati della normativa comunitaria) deve concedere alle parti termini ragionevoli per esercitare il proprio diritto di difesa in pieno contraddittorio e svolgere adeguate attività istruttorie. In altri termini, la durata di una procedura che si pone come alternativa rispetto al processo ordinario, seppur molto contenuta, diventa, gioco forza, troppo lunga ove funge da condizione di procedibilità per quest'ultimo.

5. La riforma della camera di conciliazione e arbitrato.

Nell'ambito di un dibattito volto a predisporre maggiori tutele per i risparmiatori investitori[60], da perseguire attraverso un miglioramento dell'educazione finanziaria e con la conduzione di una campagna informativa sui diritti fondamentali dei risparmiatori,è stata prefigurata la riforma dell'attuale configurazione della Camera di Conciliazione e Arbitrato in modo da renderla uno strumento più vicino alle esigenze dei risparmiatori[61].

[59]Banca d'Italia, Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario per l'anno 2012, n. 3, Roma, 19 luglio 2013, 29.

[60] Presso la Consob è stato promosso un progetto contenente precisi riferimenti operativi e temporali utili a una migliore definizione del complesso di servizi formativi/informativi e di tutela dei risparmiatori, sinteticamente denominato "Carta degli investitori" (di seguito, anche il "Progetto" o la "Carta").

[61]Un 'audizione, dal titolo "*Alcune iniziative della Consob in tema di tutela dei risparmiatori*", è stata tenuta dal Vice Direttore Generale della Consob, in rappresentanza del Presidente

Innovazione e Diritto

Ancora tale dibattito ha evidenziato come la creazione di una relazione stabile tra la Consob e talune Associazioni dei consumatori che aderiscono al CNCU, attraverso modalità di interazione che garantiscano un flusso informativo costante e biunivoco tra i soggetti coinvolti, costituisce un importante tassello nella strategia di contrasto e repressione legale delle pratiche scorrette (e, implicitamente, di evidenziazione delle pratiche virtuose, per un loro apprezzamento e diffusione), consentendo di riprendere un cammino in direzione del tema dell'educazione finanziaria quale elemento fondamentale per la funzionalità e la competitività del sistema finanziario.

In questa prospettiva, è stato istituito un Tavolo di lavoro congiunto permanente, "ove discutere e consolidare contenuti/orientamenti di medio-lungo termine sul tema della protezione dei consumatori-investitori,valorizzando le reciproche esperienze e visioni all'interno di un processo di collaborazione operativa stabile". Le Associazioni rappresentano, infatti, l'interlocutore ideale per via della loro capillare distribuzione sul territorio nazionale e per la loro veste di terminali sensibili delle esigenze dei risparmiatori. Di particolare rilievo la proposta contenuta in un " sottoprogetto", volta a rafforzare le forme di tutela diretta del risparmio proponendo al legislatore la modifica dell'art. 32-*ter* del T.u.f. per introdurre anche nelle materie di competenza della Consob un Organismo di tipo "decisorio" per la risoluzione stragiudiziale delle controversie attinenti principalmente alla prestazione di servizi e di attività di investimento e di servizi accessori (riguardanti gli obblighi di informativa,correttezza e trasparenza), a cui gli intermediari siano obbligati ad aderire sul modello di quello a tutt'oggi operativo in ambito creditizio (Arbitro Bancario e Finanziario istituito presso la Banca d'Italia). Detta soluzione avrebbe il pregio di assicurare

dell'Istituto.

Innovazione e Diritto

un trattamento molto più rapido ed economico rispetto al ricorso al Giudice delle istanze dei singoli risparmiatori che lamentano lesioni dei propri interessi da parte di soggetti abilitati, comportando altresì effetti deflattivi sul sistema giudiziario e rafforzando la fiducia nel sistema finanziario domestico.

Come già sottolineato la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob (di seguito anche la "Camera") è stata istituita dal D.lgs. n. 179/2007, in attuazione dell'art. 27, comma 1, della legge n. 262/2005. Ai sensi di quanto previsto dal menzionato decreto, la Consob ha emanato il Reg. 29 dicembre 2008, n.16763 successivamente modificato con Del. n. 18275 del 18 luglio 2012.

Il sistema vigente si caratterizza per la partecipazione volontaria degli intermediari alle procedure di conciliazione (c.d. meccanismo "facilitativo - consensuale"). Nell'esperienza operativa della Camera, il meccanismo si è contraddistinto per alcuni punti di debolezza quali numerosi casi di mancate adesioni degli intermediari ai tentativi di conciliazione; nonchè un basso numero di conciliazioni concluse con esito positivo. Sono inoltre da considerare le liti relative alla prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, di gestione di portali per la raccolta di capitali per le *start-up* innovative, nonché alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche e imprese di assicurazione, concernenti ipotesi di violazione di regole di informazione, correttezza e trasparenza.

Con l'attuale sistema, anche laddove la conciliazione si concluda con esito negativo, gli investitori sono tenuti a sostenere, oltre alle spese di avvio della conciliazione (definite in misura fissa e pari a 30 €), anche il compenso del conciliatore (parametrato al valore della controversia).

La Camera di conciliazione ha iniziato ad operare il 21 marzo 2011, in concomitanza con l'entrata in vigore della disposizione, contenuta nella nuova disciplina in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione (art. 5 del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010). Nel periodo considerato non è pervenuta alcuna

istanza di arbitrato. L'utilizzo dello strumento infatti dipende o dalla presenza, nei contratti stipulati con gli investitori, della "clausola compromissoria" (vincolante solo per l'intermediario) o dall'esito della procedura di cui all'art. 810, comma 1, del c.p.c. (invito e adesione rimesso alla volontà delle parti). Risultato al netto degli esiti dei procedimenti in corso di svolgimento (pari a 77). Dai dati finora registrati, il 50% dei procedimenti di conciliazione avviati dinanzi la Camera ha un valore medio della richiesta pari a circa 35.000 €. In tal caso il compenso del conciliatore è pari a circa 400 €.

Dopo che la Corte Costituzionale – in data 24 ottobre 2012 – ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione, quale condizione di procedibilità per adire il Giudice ordinario, l'attività si è sensibilmente ridotta.

Successivamente, con l'approvazione dell'art. 84 del recente d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, è stato reintrodotto il ricorso alla procedura di mediazione per determinate materie, fra le quali anche quelle di competenza della Camera, quale condizione di procedibilità per poter adire il giudice, con effetti molto positivi sull'attività della Camera (il numero delle istanze ricevute su base mensile è aumentato in maniera significativa).

Alla luce di tali premesse si è manifestata l'opzione di introdurre nel T.u.f. meccanismi di risoluzione delle controversie a partecipazione obbligatoria, imponendo il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela, nella prospettiva di migliorare la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi finanziari e costituire un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio del rispetto delle regole di correttezza comportamentale e di trasparenza del sistema finanziario nel suo complesso.

In tal modo si è inteso adeguarsi all'orientamento dell'Unione Europea che

ha progressivamente attribuito fondamentale importanza alla protezione del consumatore e ha portato avanti numerose iniziative volte a introdurre una disciplina armonizzata

Per superare le criticità del sistema, nonché uniformarsi alle principali b*est practices* comunitarie, l'intensa attività di condivisione e confronto realizzata nel corso degli ultimi mesi tra la Consob e le Associazioni ha portato inizialmente alla definizione di una proposta di modifica dell'art. 32-*ter* del T.u.f., da presentare al legislatore, in modo da introdurre anche nelle materie di competenza della Consob un Organismo di tipo "decisorio" per la risoluzione stragiudiziale delle controversie a cui gli intermediari siano obbligati ad aderire sul modello di quello a tutt'oggi operativo in ambito creditizio, ovvero l'Arbitro Bancario e Finanziario istituito presso la Banca d'Italia**.** Le pronunce dell'Organismo non vincolerebbero giuridicamente né il cliente né l'intermediario, lasciando ferma per entrambi la possibilità di rimettere la controversia all'esame del giudice civile. Il meccanismo delineato avrebbe il vantaggio di assicurare benefici in termini di tutela diretta dei c.d. contraenti deboli (investitori al dettaglio) nell'eventualità di uno specifico contenzioso, con ripercussioni positive sulla fiducia nel sistema finanziario. Le decisioni adottate dall'Organismo – una volta rese pubbliche – agevolerebbero gli intermediari nella definizione di più efficienti condotte per la gestione dei rapporti con i propri clienti (grazie alla diffusione delle *best practices*).

Detta soluzione comporterebbe altresì effetti deflattivi sul sistema giudiziario, che rappresenta storicamente una delle principali barriere all'afflusso dei capitali dall'estero e alla competitività del sistema Italia.

Va sottolineato che l'iniziativa Consob ha avuto un suo riscontro. Inizialmente in corso di approvazione al Senato del d.d.l. 1559 contenente "Norme per la riorganizzazione dell'attività di consulenza finanziaria", era stato previsto tra l'altro, l'istituzione presso la Consob di un "meccanismo di

Innovazione e Diritto

risoluzione delle controversie a partecipazione obbligatoria".

Successivamente cogliendo l'opportunità della preparazione dello "Schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)", presentato per l'approvazione da parte del Governo l'8 maggio 2015, la proposta è stata recepita direttamente con l'inserimento di un apposito art. 1-*bis* che apporta "Modifiche al decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179 – istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262". Più di recente, il decreto di attuazione della Direttiva n.11 è stato approvato come d.lgs. 6 agosto 2015, n.130 [62].

L'art. 1-*bis* del d.lgs. n. 130/2015 apporta una modifica al decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179 - sull'istituzione di procedure presso la Commissione

[62] Pubblicato in G.U. Serie Generale, n.191 del 19 agosto 2915. Il nuovo articolato prevede che: <<1. Dopo il comma 5 dell'articolo 2 del decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179 sono aggiunti i seguenti: 5-*bis*. I soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 5-*ter*, devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. In caso di mancata adesione, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190, comma 1 del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 e alle persone fisiche di cui all'articolo 18-*bis* del predetto decreto legislativo n. 58 del 1998 si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190-*ter* del medesimo decreto legislativo. 5-*ter*. La Consob determina, con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V titolo II-*bis* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5-bis nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Alla copertura delle relative spese di funzionamento si provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 9, comma 2.
2. All'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le parole "il procedimento di conciliazione previsto " sono sostituite dalle seguenti "i procedimenti previsti" e dopo le parole "n. 179" sono inserite le seguenti "e dai rispettivi regolamenti di attuazione">>.

Innovazione e Diritto

nazionale per le società e la borsa in attuazione della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sulla tutela del risparmio) - introducendo, all'art. 2, due nuove previsioni: i commi 5-*bis* e 5-*ter.* Nel nuovo comma 5-*bis*, viene previsto l'obbligo da parte dei soggetti sottoposti a vigilanza della Consob – individuati con apposito regolamento che la Consob dovrà emanare – di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con investitori diversi dai clienti professionali. In caso di mancata adesione, alle società o enti si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro trentamila fino al dieci per cento del fatturato (art. 190, comma 1 TUF); alle persone fisiche autorizzate ad esercitare il servizio di consulenza finanziaria si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila fino a cinque milioni di euro (art. 190-*ter* TUF, che richiama anche il comma 2 e il comma 2-*bis* dell'art. 188). Ai sensi del nuovo comma 5-*ter*, alla Consob viene demandata l'emanazione di un apposito regolamento, nel rispetto dei requisiti fissati dalla legge sulla tutela del risparmio, che,oltre a individuare i soggetti sottoposti alla disciplina, dovrà prevedere i criteri di svolgimento delle procedure, i criteri di composizione dell'organo "*decidente*" – dal che si può desumere che la procedura ADR *de qua* sarà di natura decisoria – in modo da assicurare l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati.

La Consob provvede alla copertura delle spese di funzionamento delle procedure, "*senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*", con le risorse derivanti dall'autofinanziamento dell'ente, previste ai sensi dell'art. 40, comma 3 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, oltre che con gli importi posti a carico degli utenti delle procedure medesime.

Infine, con il comma 2 dell'art. 1-*bis* del d. lgs. n. 130/2015, il procedimento ADR amministrato dalla Consob viene introdotto tra quelli elencati dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs 28/2010, che assolvono la condizione di procedibilità del giudizio per le materie ivi elencate.

La definitiva approvazione del nuovo provvedimento apre nuovi spiragli di operatività per la Consob, e la mette al passo con altre Autorità, come la Banca d'Italia, dovendosi ipotizzare che l'impalcatura del nuovo procedimento Consob potrà prendere come punto di riferimento il modello dell'Arbitro Bancario Finanziario che ha dato buona prova di sè, nell'ambito delle competenze di questo in materia di servizi e operazioni bancarie finanziari diversi da servizi e attività di investimento.

Il dato di natura generale rilevante è che il legislatore italiano sta avviandosi a creare un sistema di ADR con carattere di omogeneità nei vari settori del mercato finanziario, nell'ottica di meglio tutelare le esigenze dei consumatori. La Relazione illustrativa al decreto n.130, ha infatti sottolineato che <<[a]ffinché i consumatori possano avvalersi di tutte le potenzialità del mercato interno, l'ADR dovrebbe essere disponibile per tutti i tipi di controversie di consumo, a livello nazionale e transfrontaliero>>, ribadendo che <<le procedure ADR dovrebbero rispettare i requisiti di qualità che si applicano in tutta l'Unione e i consumatori e i professionisti dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza di tali procedure>>.

L'inquadramento delle nullità previste dall'art. 127 del TUB, nella categoria della nullità relativa. Ricostruzione della disciplina*

*di Angelo Spena **

ABSTRACT

The peculiarities of the discipline about the nullity regarding banking and financial operations show some implementation problems that are not always tackled by the lawmaker. Indeed, the above-said problems include their being raised by the National Court of its own motion as well as the eventual recovery of the act or of the invalid clause. The limitation of the legal standing merely to the client of the financial intermediary and its blanket application, both to the procedural irregularity of the contract and to the content of each single clause, often hinder the application of the solution provided for by the doctrine in the matter of absolute nullity. Accordingly, the author aims at solving these application problems mainly by setting the nullity within the Consolidated Banking Act inside the pandectist dichotomy nullity/annulment, in order to explain the nature of the penalty and, therefore, to define the operational practices concerning those aspects not clearly provided for in the Consolidated Banking Act. Besides, the modus operandi of the nullity given by the Banking Act is being further investigated, on the one hand, by assessing its compatibility with the protection of the client of the intermediary pursued by the Banking Act. On the other hand, by comparing the discipline determined in this way with that provided for the other special entities of nullity, which are increasingly present at legal level as regards the hypotheses in which the scope of the penalty is not the protection of collective interests, but the protection of the supposed weak contracting party (nullity of protection).

SINTESI

Le peculiarità della disciplina delle nullità in materia di operazioni bancarie e finanziare pongono una serie di problemi applicativi non sempre risolti dal legislatore. Tali problemi spaziano dalla loro rilevabilità di ufficio alla possibilità di recupero dell'atto o della clausola nulla. La limitazione della legittimazione attiva al solo cliente dell'intermediario e la sua indistinta applicazione tanto ai vizi formativi del contratto, tanto al contenuto delle singole clausole, rendono infatti non sempre applicabili le soluzioni elaborate

*Ricercatore di Diritto dell'economia, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II°

Innovazione e Diritto

dalla dottrina con riferimento alla figura della nullità assoluta. L'autore si propone quindi di risolvere tali problemi applicativi procedendo innanzitutto all'inquadramento delle nullità del TUB nell'ambito della dicotomia pandettistica nullità/annullabilità, al fine di chiarire la natura della sanzione e quindi individuare le modalità operative per gli aspetti non espressamente disciplinati dal TUB. Il modus agendi delle nullità comminate dal TUB viene poi ulteriormente approfondito, verificando la sua compatibilità con la finalità di tutela del cliente dell'intermediario perseguita dal TUB e procedendo ad un raffronto della disciplina così individuata con quella prevista per le altre figure speciali di nullità, che sempre più di frequente emergono a livello legislativo per le ipotesi in cui la finalità della sanzione non è la tutela dell'interesse collettivo, ma la protezione del contraente supposto debole (cd. nullità di protezione).

SOMMARIO: 1. Il comma 1 dell'art. 127: la derogabilità in *melius* delle norme del titolo VI del TUB – 2. Il comma 2 dell'art. 127: la categoria delle nullità relativa. L'elaborazione dottrinale della categoria – 3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza – 4. L'inquadramento nel sistema della nullità relativa prevista dal comma 2 dell'art. 127. Limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio judicis* – 5. Il confronto con l'art. 36 del d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per l'ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola – 6. Una soluzione alternativa – 7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario – 8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine – 9. L'inerzia del cliente – 10. La rinunzia all'azione – 11. La rinunzia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinunzia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti – 12. Un'ipotesi di soluzione – 13. La ricognizione di debito

1. Il comma 1 dell'art. 127: la derogabilità in *melius* delle norme del Titolo VI del TUB

Generalizzando un principio già contemplato dall'art. 11, comma 1, della legge n. 154/1992, il comma 1 dell'art. 127 del TUB stabilisce che le disposizioni

Innovazione e Diritto

del Titolo VI - e pertanto sia quelle in materia di trasparenza bancaria, sia quelle in materia di credito al consumo, sia ancora quelle in materia di servizi di pagamento - sono derogabili soltanto in senso più favorevole al cliente.

Può essere utile ricordare che un sistema analogo di tutela è già previsto nel codice civile, ad esempio dall'art. 1751 in materia di contratto di agenzia, il quale stabilisce che la disciplina legale sulla liquidazione dell'indennità dovuta all'agente in caso di cessazione del rapporto non può essere derogata dalle parti a svantaggio di quest'ultimo, o ancora dall'art 1932 in tema di assicurazione, che analogamente stabilisce l'inderogabilità in senso sfavorevole all'assicurato delle disposizioni in esso richiamate[1].

Rispetto alle norme codicistiche richiamate, l'art. 127, comma 1, del TUB non limita l'applicabilità del richiamato principio di derogabilità *in melius* e di inderogabilità *in peius* a specifiche disposizioni.

Preferisce, invece, far riferimento a tutte le norme in materia di trasparenza e di credito al consumo. Cosicché, può ben ritenersi che le disposizioni inderogabili in senso sfavorevole al cliente siano non soltanto quelle che disciplinano il contenuto del contratto, ma anche quelle relative agli obblighi di informazione dell'intermediario nei confronti della cliente sia nella fase precedente delle trattative (art. 116), sia in sede di stipula del negozio, sia infine durante lo svolgimento del rapporto (art. 118 e 119).

[1] Alle due ipotesi indicate nel testo si aggiungono quelle contemplate in tema di rapporto di lavoro dagli artt. 2077 e 2120 c.c.: stabilisce la prima norma la sostituzione automatica delle clausole difformi del contratto individuale con quelle del contratto collettivo, a meno che non contengano "speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro"; la seconda la derogabilità solo favore dei lavoratori della disciplina legale in tema di liquidazione di indennità di fine rapporto: v. in giurisprudenza Cass. 14 febbraio 1991, n.1523, in *Foro it.*, 1991, I, 122.
Ulteriori fattispecie si rinvengono anche al di fuori del codice civile. Così ad esempio l'art. 79 della legge 392/1978 in tema di locazione di immobili urbani, il quale nel sancire la nullità solo dei patti in deroga vantaggiosi per il locatore, implicitamente ammette la validità di quelli più la vantaggiosi per il conduttore: così Cass. 13 settembre 1992, n. 8499, in *Foro it.*, 1993, I, 122, nota Piombo.

Innovazione e Diritto

Si pone a questo punto il problema se con riguardo al contenuto del contratto la comparazione della disciplina convenzionale con quella legale, al fine di stabilire il trattamento più favorevole per il cliente, debba effettuarsi globalmente - applicando, cioè, al singolo rapporto il regolamento che, nell'insieme dei suoi aspetti, risulti più vantaggioso e nel quale resteranno assorbiti eventuali altri benefici propri della disciplina meno favorevole- ovvero "punto per punto" - verificando, per ogni singola clausola e per ogni singolo istituto, quale tra le due discipline, quella legale e quella pattizia, sia favorevole per il cliente[2].

Per rispondere adeguatamente al quesito occorre distinguere. Sarà possibile il confronto tra la singola clausola negoziale e la contrapposta previsione normativa, quando la prima risulti dotata di una sua individualità, nel senso che abbia a oggetto ed esaurisce la regolamentazione di un particolare profilo o istituto del rapporto banca-cliente, considerato e disciplinato dal legislatore autonomamente dagli altri.

Se invece la clausola derogatoria rispetto al sistema legale non esaurisce la disciplina di un determinato istituto del rapporto intermediario-cliente, ma è completata da altre pattuizioni, il confronto non può essere tra la singola clausola e la corrispondente disciplina legale, ma tra i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in conflitto, attesa la correlazione necessaria e quindi l'inscindibilità delle singole disposizioni attinenti a un medesimo istituto.

Due esempi aiuteranno a chiarire. Ammettiamo così che nell'ambito di un'apertura di credito sia pattuito un tasso di interesse a carico del cliente più

[2] Propende per il confronto tra singole clausole e normativa legale, senza tuttavia distinguere l'ipotesi in cui la clausola negoziale esaurisce la disciplina dell'istituto contemplato dal legislatore da quella in cui la clausola stessa è connessa ad altre pattuizioni attinenti al medesimo istituto, D'Ambrosio,in C*ommentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F Capriglione, Padova, 1994, p. 635.

Innovazione e Diritto

svantaggioso di quello pubblicizzato dall'intermediario, ma che di tale tasso sia prevista l'immodificabilità. Può il cliente invocare la sostituzione del saggio pattuito con quello minimo dei buoni ordinari del tesoro e nel contempo conservare la previsione negoziale a lui favorevole della immodificabilità del nuovo saggio? Riterremmo di sì, investendo la clausola con la quale è stato determinato il prezzo dell'operazione al momento della conclusione un profilo negoziale diverso e autonomo nella considerazione del legislatore da quello della modificabilità del medesimo da parte dell'intermediario nello svolgimento del rapporto.

Pensiamo ora alla diversa ipotesi che nell'ambito di un'apertura di credito sia previsto l'obbligo della banca di comunicare prima della loro applicazione al cliente[3], anche le variazioni generalizzate dei tassi di interesse, ossia quelle adottate "*in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria*" (art 118 comma 4 del TUB e che sempre per contratto sia attribuito al cliente il diritto di recesso, ma entro un termine inferiore a quello minimo di sessanta giorni previsto dal secondo comma dell'art 118 per l'applicazione delle variazioni cd individuali.

Orbene, in tal caso escluderei che il cliente possa cumulare il vantaggio della disciplina convenzionale che estende l'obbligo della banca di comunicargli preventivamente la modifica contrattuale e il correlativo suo diritto di recesso anche alle variazioni dei tassi che siano conseguenza di decisioni di politica monetaria, con quello della disciplina legale che per l'esercizio di tale diritto stabilisce un termine non inferiore ai sessanta giorni Poiché tali variazioni fuoriescono dalla disciplina dello *jus variandi*, contenuta nei primi tre commi dell'art 118, si sarebbe in presenza di un diritto di recesso non previsto dalla legge, ma attribuito per via convenzionale. Dovendo perciò

[3] Non quindi solo in occasione delle comunicazioni periodiche ex art 119 TUB.

Innovazione e Diritto

il confronto essere effettuato tra le due discipline, quella negoziale e legale, nel loro complesso, questo sicuramente si risolverà nell'ipotesi detta nella applicazione della prima perché sicuramente più favorevole per il cliente.[4]

2. Il "comma 2" dell'art. 127: la categoria delle nullità relativa. L'elaborazione dottrinale della categoria

A maggior tutela del cliente, l'art. 127 del TUB ha altresì introdotto al "comma 2", la previsione[5] - secondo la quale le nullità previste dal titolo VI, pertanto sia quelle in materia di trasparenza bancaria sia quelle in materia di credito al consumo, sia ancora quelle sui servizi di pagamenti, operano solo a vantaggio del primo e possono essere rilevata d'ufficio dal giudice[6].

La norma si traduce in una limitazione della legittimazione attiva a favore del cliente, salvo il rilievo officioso da parte del magistrato. Com'è noto, la legittimazione ad agire in nullità può ben essere, per espressa previsione legislativa, eccezionalmente limitata soltanto ad alcuni interessati (art. 1421 cc), dando così luogo al fenomeno della c.d. nullità relativa. Si tratta di casi di "speciale nullità", in quanto pur parlando il legislatore di "nullità", si ha una differenziazione nella posizione giuridica delle parti, quella alla quale spetta

[4] Anche la giurisprudenza è orientata nel senso di escludere il confronto tra la singola pattuizione negoziale e la norma di legge, quando la stessa e connessa ad altre clausole attinenti allo stesso istituto, affermando che in tale ipotesi la comparazione deve avvenire tra i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in contrasto, valutandole nella loro globalità, senza cumulare i vantaggi riservati al contraente debole dall'una e dall'altra ed applicando solo la disciplina più favorevole a quest'ultimo, nella quale restano assorbiti i vantaggi dell'altra: così Cass. 15 giugno 1987, n.5259 in *Mass. Foro it.*, 1987, 897, con riferimento all'art. 2077 c.c.

[5] Non contemplata, invece, nelle originarie leggi nn. 142 e 154 del 1992.

[6] Ricordiamo, che sono sanzionate con la nullità: l'inosservanza della forma scritta dei contratti (art. 117, comma. 3, 125 *bis*, comma 1 e 2, e art 126 *quinquies*, comma 1); la clausola di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche del rapporto (art. 117, comma 6, 125 *bis*, comma 2, e art 126 *quinquies*, comma 1); le clausole che "prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati" (art. 117, comma 6, 125 *bis*, comma 2, e art 126 *quinquies*, comma 1); il contratto di credito al consumo nel quale contratto stesso siano omesse talune indicazioni prescritte dalle legge (art. 125 *bis* comma 8).

Innovazione e Diritto

l'azione e quella che all'esercizio di tale azione è soggetta, similmente a quanto avviene nell'ipotesi di annullabilità.

Beninteso, non è che alla limitazione sul piano processuale della legittimazione a far valere l'invalidità, faccia riscontro sul piano sostanziale una limitazione dell'operatività della sanzione, nel senso che il contratto o la singola clausola possono considerarsi validi per un contraente e invalidi per l'altro. L'incongruenza logica, prima che giuridica, di un figura negoziale valida per una parte e invalida per l'altra è stata da tempo messa in luce dalla dottrina ed è fuori discussione[7]; la deroga quindi alla disciplina generale della nullità è solo sul piano processuale della legittimazione, eccezionalmente limitata a uno solo dei contraenti, ma il contratto o la clausola sono e restano invalidi per entrambi le parti.

Ed è proprio questa limitazione sul piano processuale dell'operatività della nullità relativa a mettere in crisi la costruzione del nostro codice ispirata alla grande pandettistica germanica, della nullità, come reazione a un disvalore giuridico operante *ipso jure*, rilevabile d'ufficio, imprescrittibile e insanabile con azione consentita a chiunque vi abbia interesse, e dell'annullabilità che, essendo posta a protezione di un interesse individuale, può essere fatta valere solo da un determinato legittimato, ed è prescrittibile, in quanto l'efficacia precaria dell'atto annullabile non consente una situazione di incertezza che si protragga all'infinito.

Ciò spiega gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza nella ricerca di una soddisfacente sistemazione dogmatica e pragmatica della figura.

[7] Così Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta*, Estratto da Foro it, vol I.XIV, fasc 3, 1939, p.5 e ss., con riferimento al codice civile del 1865, e successivamente lo stesso Autore , in *Foro it.* 1964, II, p. 334 e ss., relativamente al codice civile del 1942. Nello stesso senso Santoro – Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Roma, 1985, p. 242 e ss. e Tommasini, voce *Invalidità; b) Diritto privato, in Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 897 per il quale "*la nullità è una qualificazione negativa del negozio e tale qualificazione ....non può (che) essere unica di fronte a tutti*".

Innovazione e Diritto

Ed invero un primo e autorevole orientamento configura la nozione come categoria autonoma e distinta rispetto sia alla nullità, che all'annullabilità[8], mentre altro orientamento respinge la terza categoria, ritenendo che le fattispecie che vengono addotte come esempi di nullità relative, possono farsi rientrare a secondo dei casi negli schemi della nullità o dell'annullabilità[9].

E' evidente che non è questa la sede per prendere posizione sul dibattito[10],

---

[8] Mirabelli, *Dei Contratti in generale*, in *Commentario del cod. civ.,* Iibro IV, tomo II,Titolo II, *Delle Obbligazioni (art1321-1352)*, Torino, 1980, p. 485 e seg.; Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, 1972, p. 180. Con qualche riserva anche Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Gargano e Santoro, IV-2, Milano, 1977, p. 242 e Sacco, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, 1975 vol. VI, tomo II, p. 880.

[9] Carresi, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, tomo II, Milano 1987, p. 631.

[10] Va dato atto, tuttavia, che almeno un punto fermo la dottrina l'ha raggiunto. Tale punto fermo consiste nella necessità di distinguere i casi di invalidità veri e propri, da quelli che si possono inquadrare in altri collaudati paradigmi della patologia del negozio giuridico. Invero la nozione di nullità relativa è stata spesso adoperata con riferimento, oltre alla fattispecie qui considerata in cui il contratto è nullo per entrambe le parti, ma soltanto a una di loro è consentito di far valere l'invalidità, ad altri due gruppi di casi. Precisamente di queste ulteriori due categorie di "nullità relativa", la prima sarebbe costituita dai negozi validi per le parti e nulli per i terzi: vi rientrerebbero secondo Pescatore, *Nullità o inefficacia delle alienazioni di cose di intesse artistico avvenute senza denunzia all'autorità amministrativa*, in Foro. It., I, 1948, p.32 gli atti di alienazione di cose mobili di interesse storico e artistico, che restano vincolanti tra le parti, ma inopponibili al terzo, in questo caso lo Stato (ex art. . 621, L. n. 1089/1939). La seconda categoria, invece, sarebbe rappresentata dai negozi nulli per le parti, ma validi per i terzi: il riferimento sia pure in senso critico a tale categoria di atti è in Carresi, *Il contratto* cit., p. 629, il quale indica come esempio tipico normalmente addotto dalla dottrina (l'Autore cita Borgioli, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 270) quello della nullità della società per azioni ex art. 2332 c.c

Anche Sacco, *Il contratto* cit. p., 882 sembrerebbe propendere per un allargamento della categoria includendo nella stessa le invalidità che sono relative "*perché non invocabili da tutti, o perché non invocabili contro tutti, o perché rilevabili solo nell'interesse di alcuno, o perché non opponibili a tutti*".

Tale impostazione tuttavia è stata, a giusta ragione, criticata dalla dottrina: così Carresi, *Il contratto* cit., p. 628 e ss. Con riferimento agli atti che sarebbero validi per le parti e nulli per i terzi (i più numerosi e nel quali possono farsi rientrare anche gli atti di alienazioni di beni pignorati da parte del debitore: artt. 2913 e 2915, ovvero quelli del fallito di beni appresi dal curatore), si è infatti osservato che negli stessi non viene in rilievo la validità dell'atto, ma soltanto la sua opponibilità ai terzi, o meglio a determinati terzi (nell'ipotesi menzionate rispettivamente il creditore pignorante e i creditori del fallimento), nel senso che nei loro confronti l'atto, anche se valido e vincolante tra le parti, è come se non esistesse, non producendo effetti.

Ugualmente non viene in discussione l'invalidità dell'atto nella seconda categoria degli atti nulli per le parti e validi per i terzi, per individuare la quale ci sembra calzante il riferimento

Innovazione e Diritto

che certamente riceverà nuovo impulso dalla crescente previsione legislativa di casi di nullità relativa[11], se quest'ultima vada costruita come terza categoria autonoma dalla patologie consolidate della nullità e annullabilità, o viceversa sulla base del concreto atteggiarsi della disciplina nei singoli casi concreti, vada disciolta in quest'ultime. Tanto non solo per la complessità del tema, che non si presta a essere esaurito in questi rapidi cenni, ma anche perché comunque non risolverebbe i problemi applicativi proprio con riferimento all'ipotesi del comma 2 dell'art. 127 dell'imprescrittibilità o meno della nullità comminata, della sanabilità dell'atto relativamente nullo da parte del cliente, della sua operatività di diritto e dei limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio judicis*. Problemi questi che lascia irrisoluti, non solo chi nega la sussistenza di una categoria autonoma della nullità relativa, perché in tal caso per la soluzione degli stessi è necessario inquadrarla in uno o l'altro dei paradigmi conosciuti della nullità e/o annullabilità, ma anche chi costruisce la nullità relativa come categoria a se stante.

Mancando infatti nel sistema una disciplina propria della terza categoria,

(più che alla nullità della società per azioni citata dal Carresi, che non solo è valida solo nei confronti dei terzi, ma è vincolante anche per i soci, che non sono liberati dai conferimenti) alla nullità della delibera di nomina degli amministratori con rappresentanza di una società per azioni, la quale, a mente dell'art. 2383, comma 5, una volta adempiuta la pubblicità legale della nomina, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede sulla base dell'atto compiuto dall'amministratore invalidamente nominato. Anche in tal caso infatti ciò che entra in gioco non è l'invalidità della nomina, ma solo l'invocabilità della causa di nullità contro i terzi, nel senso che la società per poter far valere quest'ultima nei confronti dei terzi deve provare che gli stessi erano a sua conoscenza, in mancanza restando vincolata agli atti compiuti dagli amministratori invalidamente nominati.
In definitiva, quindi, di vera è propria nullità relativa deve parlarsi con riferimento a quei casi in cui all'invalidità del negozio per entrambi le sue parti sul piano sostanziale, si contrappone su quello processuale una limitazione delle legittimazione a farla valere a favore soltanto di una di esse, ipotesi alla quale appartengono all'evidenza le nullità comminate dall'art. 127 TUB qui esaminato.

[11] Alludiamo, oltre che all'art.127, comma 2 in commento, alle "nullità relative" comminate dall'art. 23 comma 2 e 3 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 in tema di intermediazione mobiliare e dall'art. 36 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 6 (Codice del consumo). Su queste ulteriori ipotesi di nullità relativa avremo modo di tornare in seguito nel testo, anche per un raffronto con le nullità di cui all'art. 127, TUB.

Innovazione e Diritto

questa potrebbe ricavarsi solo per analogia, ricorrendo alla disciplina prevista per i casi di nullità o dell'annullabilità, con i quali dunque la nuova figura andrebbe necessariamente confrontata[12].

E' evidente che siffatta indagine, necessaria in entrambe le configurazioni della cd. nullità relativa (come categoria autonoma o meno dalle altre due) va compiuta sul piano della individuazione e valutazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare, in una visone teleologica della norma che la recepisce e dunque va compiuta caso per caso. E tale indagine è tanto più necessaria, ove si consideri che -come sopra accennavamo- la stessa distinzione tradizionale tra le due figure nullità e annullabilità imperniata sulla cerchia dei legittimati, sulla imprescrittibilità dell'azione, sull'insanabilità del vizio e sulla sua rilevabilità d'ufficio è stata posta in crisi dall'emergere di figure meno lineari di invalidità rilevabili d'ufficio ma sanabili, o di insanabili ma non rilevabili d'ufficio. E' innegabile infatti che in relazione a tali figure poste in un cono d'ombra tra nullità e annullabilità, il giurista sia che ammetta l'esistenza di una terza categoria di invalidità, sia che la escluda, si trova comunque sempre di fronte a un bivio: o polarizzerà la disciplina di tali figure dubbie su quella dell'annullabilità o viceversa su quella della nullità.

Innovazione e Diritto

3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza

[12] Non a caso il Sacco, *Il contratto* cit., p.880, pur ammettendo l'esistenza della terza categoria "nullità relativa" si interroga sull'utilità della medesima, una volta che manca nel sistema una disciplina sua propria.

Bastano pochi esempi per chiarire quanto sopra rilevato in merito all'assottigliarsi della contrapposizione tradizionale tra nullità e annullabilità.

Si prenda così l'ipotesi che era prevista dall'art 17 legge n.47/1985[13], il quale dopo aver comminato al primo comma la nullità degli atti tra vivi (sia in forma pubblica si in quella privata), aventi per oggetto il "*trasferimento o costituzione o scioglimento dei diritti reali immobiliari relativi ad edifici o loro parti... ove da essi non risultino per dichiarazione dell'alienante gli estremi della concessione a edificare o della concessione in sanatoria*", soggiungeva al comma 3 che "*se la mancata indicazione degli estremi non sia dipesa da insussistenza della concessione al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti, mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente che contenga la menzione omessa*". In base alla richiamata norma la validità degli atti inerenti a edifici o loro parti era subordinata alla ricorrenza di entrambe le seguenti condizioni: a) l'esistenza della concessione ad edificare (originaria o in sanatoria ex art. 13) al tempo in cui erano stipulati; b) la menzione, ivi inclusa, degli estremi della stessa, acquisiti sulla base della semplice dichiarazione dell'alienante. Era sufficiente pertanto il difetto di una soltanto di esse perché l'atto fosse nullo; con l'unica differenza che mentre la mancanza della prima condizione (sub a) dava luogo ad una nullità insanabile, conformemente alla regola generale di cui all'art.1423 c.c., l'assenza delle seconda condizione (sub b) implicava, invece, una nullità "*confermabile anche unilateralmente, con un atto successivo compiuto da una delle parti,*

[13] L'articolo è stato abrogato dall'*art. 136, comma 2, lett. f), D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380* e dall'*art. 136, comma 2, lett. f), D.lgs. 6 giugno 2001, n. 378* a decorrere dal 1° gennaio 2002. Tale ultimo termine è stato prorogato al 30 giugno 2002, dall'*art. 5-bis, comma 1, D.L. 23 novembre 2001, n. 411*, convertito, con modificazioni, dalla *L. 31 dicembre 2001, n. 463* e, successivamente, al 30 giugno 2003 dall'*art 2, comma 1, D.L. 20 giugno 2002, n. 122*, convertito con modificazioni, dalla *L. 1° agosto 2002, n. 185*.

Innovazione e Diritto

contenente gli estremi della concessione", purché redatto "*nella stessa forma*" dell'atto da confermare.

Cos'altro aveva voluto dire il legislatore se non che in questo caso la nullità era sanabile, in deroga quindi alla regola ora richiamata dell'art. 1423 cc.[14]?

Veniamo a un secondo esempio. L'art. 122, comma 5, della legge n.633/1941 (sul diritto di autore) comminava la nullità del contratto di edizione a termine se non era indicato il numero minimo di esemplari da seguire per edizione. La giurisprudenza, posta di fronte ad una norma all'evidenza predisposta per la tutela di un concorrente reputato più debole, si rese conto che in concreto la pronunzia di nullità avrebbe potuto anche danneggiare la parte che la legge voleva proteggere, e pertanto riservò al solo contraente protetto (cioè l'autore dell'opera letteraria) il potere di far valere l'invalidità[15].

Spingendo avanti l'indagine sul materiale legislativo, il numero di queste figure di invalidità dalla fisionomia incerta aumenta, così come confermano

[14] Attribuiva un vero e proprio effetto sanante alla "conferma" contemplata nell'art. 17 L. 47/1985 Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli 1986, p. 63, il quale con riferimento al medesima significativamente parlava di "*effetto sanante, idoneo quindi a recuperare l'atto (originariamente) nullo alla vita giuridica*". Lo stesso Autore aggiungeva che la deroga che per tal via era introdotta al canone dell'insanabilità del negozio nullo sarebbe stata ben più pregnante di quella prevista dagli artt.590 e 799 c.c., a mente dei quali la nullità del testamento e delle donazioni non può essere fatta valere da chi conoscendo la causa di nullità, ha dopo la morte del testatore o del donante confermato l'atto nullo o dato a esso volontaria esecuzione. Nelle fattispecie di cui agli artt. 590 e 799 c.c., infatti, la disposizione *mortis causa* e l'atto di liberalità "*lungi dal resuscitare acquisendo quella validità di cui erano sprovvisti al momento della nascita, restano nulli*", rilevano *"(soltanto) come elementi di una fattispecie complessa, nella quale confluisce altresì l'atto confermativo e al quale (soltanto) l'ordinamento imputa gli effetti giuridici*". La conferma prevista dall'art. 17, L. 47/1985 avrebbe costituito invece "*non già lo strumento col quale l'ordinamento giuridico permette l'integrazione di una fattispecie in corso di formazione...., bensì la successiva acquisizione alla fattispecie originaria, che ha già esaurito il proprio ciclo formativo al punto di essere qualificata testualmente nulla, proprio di quel requisito (l'indicazione degli estremi della concessione) la cui mancanza aveva suscitato un giudizio di riprovazione tanto grave da sfociare nella nullità*". Perciò -concludeva l'Autore- avvenuta la conferma ex art. 17, ultimo comma "*quell'atto che ab initio era affetto da nullità per insussistenza dell'indicazione degli estremi del provvedimento concessorio, diviene -in deroga... al principio dell'insanabilità del negozio nullo- successivamente valido, idoneo per ciò stesso a dispiegare effetti suoi propri.*"

[15] Trib. Firenze 5 maggio 1960, in *Giur. it.,* I, II, 855.

Innovazione e Diritto

le più recenti previsioni dell'art. 23 D.lgs. n. 58/1998 e dall'art. 36 D.lgs. n.206/2005[16]. Ma più che richiamare altri esempi, ai fini della nostra indagine interessa sottolineare l'atteggiamento giurisprudenziale in sede di applicazione delle due norme innanzi richiamate al caso concreto. E' indiscutibile, infatti, che quest'ultima posta di fronte a fattispecie normative al "confine" tra nullità e annullabilità ben avrebbe potuto prospettare ipotesi di lettura "alternative" del dato legislativo al fine di mitigare la carica "derogatoria" rispetto ai canoni, assunti consolidati, dell'insanabilità della nullità e della rilevabilità d'ufficio. Così con riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 17, comma 3, della legge n.47/1985 la giurisprudenza avrebbe potuto sostituire il suo "linguaggio a quello del legislatore" e far discendere dalla mancata menzione nell'atto degli estremi della concessione (esistente) non la

[16] Vedi anche *infra* nel testo. Altre figure di invalidità dai connotati dubbi sono individuate da Sacco, *Il contratto* cit., p. 303, nell'art. 780 c.c., poi abrogato dalla legge di riforma del diritto di famiglia, il quale consentiva che la nullità della donazione al figlio non riconoscibile poteva essere fatta valere soltanto dal donante, dai suoi discendenti legittimi o dal coniuge, nonché nel trattamento giuridico riservato dalla legge alla falsità della firma. Afferma l'Autore che l'atto falso "*è nullo, anzi là dove opera la distinzione tra atto nullo e inesistente, è inesistente*" Tuttavia "*se una scrittura privata è proposta contro una parte che non la disconosce alla prima udienze utile, la scrittura si ha per riconosciuta (art. 214 c.p.c.)*". Orbene secondo il Sacco vi sarebbe un perfetta indifferenza dal punto di vista pratico tra la classificazione dell'invalidità come nullità della scrittura che si sana per il mancato disconoscimento o come annullabilità non soggetta a prescrizione. L'unica differenza consisterebbe infatti, nella circostanza che nel primo caso dovrà parlarsi di un onere a carico del convenuto di disconoscere per impedire la sanatoria della nullità, nel secondo caso di un onere di eccepire per far valere l'annullamento; ma distinzioni di questo genere secondo l'Autore sono *"nebulose, sfuggenti e soprattutto preconcette*" (cit. 304).
Va solo aggiunto che il panorama delle figure di invalidità di dubbia classificazione si allarga ulteriormente se oltre agli atti negoziali, ai quali abbiamo circoscritto la nostra indagine, si considerano quelli processuali. Per l'art. 157, comma 2, cpc, infatti l'eventuale nullità di un atto processuale per mancanza di un suo requisito essenziale può essere fatta valere soltanto dalla parte nel cui interesse è stabilito il requisito stesso, ed è quindi relativa. Inoltre poiché deve essere dedotta a pena di decadenza nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di essa, la nullità è anche sanabile: tra le tante, qualifica come relativa e sanabile la nullità di cui all'art. 157 cpc, Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21205, in *Mass. foro it.* 2013, col. 668. Sono del pari soggetti al rigoroso regime dell'art. 157 cpc e quindi danno luogo a una nullità relativa e sanabile, gli eventuali vizi di una consulenza tecnica d'ufficio: così Cass. 14 agosto 1999, n. 8659, in *Mass. foro it.* 1999, col. 876.

Innovazione e Diritto

nullità, ma l'annullabilità in modo da ravvisare nel particolare congegno normativo di sanatoria del negozio invalido (l'atto successivo di "conferma" di una delle parti contenente gli estremi della concessione non menzionata nel precedente atto) nient'altro che la puntuale applicazione della regola della convalidabilità del negozio annullabile.

Lo stesso si sarebbe potuto affermare nell'ipotesi del contratto di edizione dove la classificazione dell'invalidità in termini di annullabilità si salderebbe perfettamente con le regole della limitazione ad una sola delle parti (l'autore dell'opera) della legittimazione a farla valere e dell'esclusione della rilevabilità d'ufficio. Ma non risulta che la giurisprudenza in tali casi, in cui l'invalidità, sembrerebbe partecipare di alcuni caratteri dell'annullabilità, si sia mai discostata dal linguaggio del legislatore, preferendo invece continuare a parlare di nullità.

Come è stato rilevato[17] le ragioni di siffatto atteggiamento risiedono nel timore della giurisprudenza che dalla qualificazione della fattispecie in termini di annullabilità discenderebbe l'applicazione integrale della relativa disciplina, con le inevitabili ricadute in tema di prescrittibilità della domanda e validità e efficacia degli atti fino al momento della pronunzia di annullamento, ricadute che probabilmente il legislatore ha voluto escludere nel momento in cui ha sanzionato un determinato disvalore giuridico con la nullità e non con l'annullabilità, sia pure rendendo partecipe la prima di taluni caratteri della seconda[18]. Pertanto mantenendo ferma la categoria della nullità

[17] Sacco, *Il contratto* cit., p. 303.

[18] Con riferimento all'art. 17 legge sul condono edilizio Donisi, *Abusivismo edilizio* cit. p. 64 riteneva che un'eventuale classificazione dell'invalidità ivi prevista in termini d annullabilità, *"condurrebbe a risultati in tal grado aberranti, da dispensare, chi scrive dal segnalarli specificamente*". Orbene tali conseguenze aberranti si possono facilmente individuare nello svuotamento della rilevanza del divieto normativo, perché sarebbe bastato un tacito accordo tra venditore e compratore volto a non far valer mai l'invalidità dell'atto in cui mancano gli estremi della concessione, per garantirsi, attraverso il duplice meccanismo dell'esclusione della sua rilevabilità *ex officio judicis* e della prescrizione quinquennale dell'azione, la

Innovazione e Diritto

la giurisprudenza assicura all'invalidità, tutti canoni della nullità, ad eccezione di quelli espressamente esclusi dalla legge[19]. Cosicché, per esemplificare, nell'ipotesi dell'art.17, comma 3, della legge n.47/1985 la nullità, pur essendo suscettibile di sanatoria, comunque avrebbe operato di diritto, sarebbe stata imprescrittibile, nonché rilevabile ex *officio judicis*; mentre nell'ipotesi della art. art. 122, comma 5, della legge sul diritto d'autore l'invalidità oltre che operare *ipso jure* ed essere imprescrittibile sarebbe sfuggita anche alla norme sulla convalida del negozio annullabile, con la sola eccezione della limitazione della legittimazione a farla valere ad una sola delle parti e dell'esclusione del potere del giudice di rilevarla d'ufficio[20].

Probabilmente siffatto atteggiamento giurisprudenziale non è lontano dal sistema prefigurato dal legislatore. In altri termini la giurisprudenza si rende conto che la tradizionale distinzione tra nullità e annullabilità risalente alla

definitiva validità e efficacia dell'atto invalido.

[19] Significativa, per comprendere le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale è la motivazione di Trib. Firenze 5 maggio 1960 cit., dove la qualificazione dell'invalidità di cui all'art. 112, legge sul diritto d'Autore in termini di nullità viene utilizzata dal Tribunale giust'appunto per escludere l'avvenuta sanatoria del contratto di edizione a mente dell'art.1444, comma 2, c.c., domandata in via *riconventio riconventionis* dalla Società attrice (editore) per resistere all'eccezione del convenuto (autore dell'opera) di nullità del contratto di edizione.

[20] Che siano quelle indicate nel testo le ragioni di fondo della prassi giurisprudenziale, lo conferma l'ulteriore circostanza che la stessa giurisprudenza non ha esitato a superare il dato normativo per sostituire, in fattispecie di particolare riprovazione per l'ordinamento giuridico, all'annullabilità testualmente comminata dal legislatore la nullità. Così in tema di impedimenti matrimoniali, l'azione diretta a far vale l'invalidità della trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio canonico contratto da chi sia legato ad altro matrimonio valido agli effetti civili, non solo viene classificata come nullità e non annullabilità, malgrado la diversa terminologia adoperata dall'art.117 cc, ma tale diversa classificazione viene utilizzata e giustificata proprio per trarne il corollario dell'imprescrittibilità dell'azione, che "*può essere esercitata in ogni tempo, con il solo limite dello scioglimento per morte o altra causa del precedente matrimonio*": cfr. Cass. 12 ottobre 1978, n.4567, in *Mass. Foro it.*., 1978, col. 899. Parlano sempre di nullità e non annullamento per l'azione di cui all'art. 117 cc Cass. 6 febbraio 1986, n. 720, in *Foro it.*, 1987, I, 904, nota Colucci, *Sulla nozione di "interesse legittimo e attuale" di cui all'art. 117 c.c.*; Trib. Roma 8 febbraio 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 418, nota Finocchiaro, *L'art. 125 c.c. e i limiti all'azione di nullità del p.m.*; Trib. Modena 23 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 966.

Innovazione e Diritto

pandettistica germanica si è sempre più diluita, man mano che nella successiva elaborazione legislativa sono state create nuove figure di invalidità, dai tratti incerti[21]. Degli originari caratteri della imprescrittibilità, dell'operativa *ipso jure*, dell'insanabilità e della rilevabilità *ope judicis* , la nullità ha infatti conservato soltanto i primi due come fissi e immutabili. Pertanto quando si tratta di figure di invalidità per così dire dubbie, dalla classificazione del legislatore in termini di nullità, l'interprete potrà trarne sicure implicazioni in merito alla imprescrittibilità della sanzione e alla sua operatività *ipso jure*, ma per quanto riguarda l'individuazione degli ulteriori connotati dovrà ricorrere all'interpretazione analogica, conformando la

[21] Non è azzardata d'altra parte l'ulteriore affermazione che già prima del codice civile del 1942 esistevano figure di invalidità di difficile classificazione, se è vero, come è vero che Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta* cit., p. 4, con riferimento al codice del 1865, rilevava l'esistenza di "*forme secondarie e dubbie*" di invalidità, "*che a seconda dei casi classificava come "annullabilità assoluta*" o "*nullità relativa*". Secondo l'Autore figure dubbie di invalidità erano quelle relative ai negozi compiuti dall'interdetto legale (art. 1107, capov., c.c.) e si rintracciavano anche in tema di impedimenti matrimoniali. A tali ipotesi si può aggiungere la nullità degli atti di alienazione dei beni dotali, che non poteva essere fatta valere dall'altro contraente, ma solo da entrambi i coniugi. Ma anche al di fuori del codice civile vi erano casi di dubbia configurazione. Così per il combinato disposto degli artt. 15 e 17 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, tuttora in vigore, la nullità dei contratti stipulati da un'istituzione pubblica di assistenza e beneficenza con un membro del proprio consiglio di amministrazione, può essere dedotta solo dall'Ente stesso ovvero dall'autorità politica.
Orbene, con riferimento alle figure anomale di invalidità, il Cariota distingueva l'"*annullabilità assoluta*" la quale "*pur essendo annullabilità, pur rientrando in tale specie di invalidità, si distinguerebbe nell'ambito di questa per una peculiare nota, sua propria*", ossia l'essere rilevabile da chiunque vi abbia interesse, dalla "*nullità relativa*" la quale "*pur essendo nullità si distinguerebbe nell'ambito di questa per una particolare caratteristica sua propria*", nel senso che può farsi valere solo da determinate persone cui la legge ha concesso il diritto alla nullità. Sulla base di tali premesse l'Autore giungeva alla conclusione che l'essere l'azione spettante a ogni persona non comportava come conseguenza logica necessaria che essa fosse un'azione di nullità, così come dalla sperimentabilità dell'azione solo da determinati soggetti non conseguiva sempre che la stessa fosse di annullamento. Conclusione questa che può ben capovolgersi nell'altra, alla quale siamo giunti nel testo, ossia che l'essere un data azione di annullamento, non implica sempre che la medesima possa farsi valere solo da determinati soggetti; cosi come l'essere una data azione di nullità, non significa necessariamente che essa possa farsi valere da chiunque interessato o che sia rilevabile d'ufficio.
E' quindi evidente che le problematiche del 1938 sono le stesse di oggi, con una sola differenza, ossia che quelle che il Cariota chiamava "*figure dubbie di invalidità*" sono diventate sempre più numerose e rilevanti, per cui diversamente da quanto allora affermava l'illustre Autore- non sono più "*secondarie*" nel sistema.

Innovazione e Diritto

relativa disciplina a quella della nullità ovvero dell'annullabilità a seconda degli interessi che il si è inteso tutelare.

4. L'inquadramento nel sistema della nullità relativa prevista dal comma 2 dell'art. 127. Limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio judicis*

Le considerazioni sopra svolte hanno la loro rilevanza con riferimento all'invalidità prevista nell'art. 127, comma 2, TUB, perché dalla classificazione della stessa in termini di nullità operata dal legislatore discendono sicuramente i corollari della imprescrittibilità e della sua operatività *ipso jure* (caratteri fissi come già detto della nullità), per cui il cliente potrà in ogni tempo far valere la stessa e la natura dichiarativa della pronunzia di accoglimento farà sì che il contratto o la clausola colpita dalla nullità si considereranno come mai stipulati. Ma la predetta classificazione, per quanto sopra detto, lascia tuttora irrisoluti i problemi della rilevabilità *ex officio judicis*, e della sanatoria dell'invalidità. Non risolve i dubbi la previsione, aggiunta dall'art 4, comma 3, D.lgs. 13 agosto 2010, n.141 (come modificato dall'art 3, comma 4, D.lgs. 14 dicembre 2010, n.118) che la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Non può infatti dirsi *a priori* che quelle finalità per le quali il legislatore sanziona una dato disvalore giuridico con la previsione della "nullità", tuttavia limitando la legittimazione all'azione ad uno solo dei contraenti, si tutelano meglio applicando *tout court* la disciplina della "nullità" e non quella dell'"annullabilità". Abbiamo già visto come la giurisprudenza, utilizzando il potere interpretativo delle norme che le compete nei casi dubbi -come è quello previsto dall'art. 127, comma 2 - potrebbe non restare invischiata dal dato letterale, per ammettere piuttosto che in quest'ipotesi ci si trovi innanzi a una figura, che partecipa di alcuni o tutti dei caratteri propri dell'annullabilità.

Non sempre, infatti, la sanzione di nullità è produttiva di effetti vantaggiosi

Innovazione e Diritto

avuto riguardo all'interesse del cliente. Laddove, quindi, sul presupposto della totale attrazione dell'invalidità comminata dall'art. 127 alla categoria della nullità, se ne ammettesse sempre e comunque la rilevabilità *ex officio judicis*, vi potrebbero essere situazioni in cui potrebbe rimanere danneggiato proprio il soggetto a favore del quale è stata legislativamente prevista la sanzione. Precisamente si tratterebbe di quei casi nei quali, in conseguenza dell'eventuale declaratoria della nullità dell'atto, il cliente si troverebbe immediatamente esposto alle pretese restitutorie dell'intermediario (si pensi ad esempio all'ipotesi di un mutuo fondiario a tasso agevolato concluso per l'acquisto della prima casa, a garanzia del quale sia stata accesa ipoteca su quest'ultima. Alla nullità del contratto conseguirebbe l'obbligo del mutuatario di restituire immediatamente l'intera somma ricevuta a mutuo, in mancanza trovandosi esposto al rischio della perdita del bene casa).

Va a questo punto rilevato che l'inadeguatezza della sanzione rispetto alle situazioni che in concreto dovrebbe tutelare, non è problema specifico all'invalidità contemplata nell'art. 127, ma si presenta all'interprete ogni qual volta si trova a dover maneggiare figure di nullità per contrarietà a norme introdotte a tutela solo di particolari soggetti. Tali difficoltà si spiegano con la constatazione che una sanzione, la nullità, strutturalmente concepita per la tutela di interessi collettivi, mal si presta a colpire situazioni in cui viene in gioco solo l'interesse individuale di una delle parti del rapporto.

Costituiscono un significativo esempio di quanto qui rilevato le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza in sede di applicazione dell'art. 1341, c.c. che - come è noto- al secondo comma statuisce che le clausole onerose dei contratti per adesione non approvate specificamente approvate per iscritto "*non hanno effetto*". Sul valore da attribuire al tale ultima espressione sono state espresse opinioni divergenti.

Così mentre un primo orientamento ravvisa nella mancanza del requisito

Innovazione e Diritto

formale un ipotesi di nullità assoluta e pertanto azionabile da entrambi i soggetti e rilevabile d'ufficio[22], un secondo orientamento è, invece, nel senso che l'inefficacia delle clausole vessatorie, in mancanza di una specifica approvazione per iscritto, non possa essere invocata dal contraente che abbia predisposto quelle clausole, ma soltanto dal contraente protetto e dunque si tratterebbe di nullità relativa[23].

L'argomentazione di base per sostenere la nullità relativa parte dalla considerazione che l'interesse che si intende tutelare è pur sempre quello del contraente debole, dalla quale si trae la conseguenza che la nullità può essere fatta valere solo da quest'ultimo. Si afferma infatti che, accedendo alla tesi della nullità assoluta si giungerebbe a conseguenze paradossali legate al fatto che di fronte a situazioni in cui la clausola risulti in concreto vantaggiosa per l'aderente e dannosa per il contraente che l'ha predisposta, quest'ultimo non solo potrebbe eccepirne l'invalidità, ma, là dove dimostri che la clausola stessa sia stata essenziale e determinante del suo consenso, potrebbe attraverso la nullità di quest'ultima conseguire l'ulteriore risultato di far travolgere l'intero contratto ex art. 1419 c.c. Per tal via si vanificherebbero quindi proprio quell'esigenze di tutela cui è preposto l'art. 1341 c.c.[24].

---

[22] La giurisprudenza sull'art. 1341 c.c. è praticamente sterminata. Va però subito dato atto che dopo Cass. 11. novembre 1974, n. 3508, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1469, con le quali le Sezioni Unite, intervenute per dirimere il contrasto con quella giurisprudenza di legittimità che ne sosteneva il carattere relativo, hanno affermato che alla mancata specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria consegue la nullità assoluta, quest'ultimo orientamento è divenuto prevalente: tra le più recenti, Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784 in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, 727. In dottrina Mirabelli, *Dei Contratti in generale* cit, p. 153.

[23] Così Cass. 23 ottobre 1991, n. 11213, in *Mass. Foro it.*, 1991, col. 999. In dottrina Betti, *Teoria Generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.* cit. pag. 99; Senofonte *Appunti in tema di nullità delle clausole cd vessatorie*, in *Dir. e giur.*, 1961, p. 317; Scognamiglio, *Contratti* cit. p. 276.

[24] L'aderente, infatti, comportando la declaratoria di nullità della clausola -declaratoria che sfuggirebbe alla sua iniziativa, in quanto richiedibile dallo stesso predisponente- l'invalidità dell'intero contratto, verrebbe privato delle utilità che cercava sul mercato e che gli erano offerte soltanto a quelle condizioni, sia pure vessatorie. Di tali possibili riflessi negativi non si preoccupa Mirabelli, *Dei Contratti in generale* cit, p. 140, il quale dà per scontate sia la

Innovazione e Diritto

Orbene, ci sembra a questo punto ovvio che, se si aderisce alla ricostruzione dell'inefficacia di cui all'art. 1341 comma 2, c.c. in termini di nullità relativa, la forte simmetria che si viene a creare tra tale invalidità e quella sancita nell'art. 127, comma 2, TUB, consente l'applicazione speculare a quest'ultima dello stesso criterio teleologico utilizzato dalla giurisprudenza con riferimento alla prima norma [25]. Ciò comporta, che escluso senz'altro la rilevabilità della nullità di cui all'art. 127 da parte dall'intermediario, per l'espressa preclusione normativa, per rispondere adeguatamente al quesito se la esplicita previsione della sua rilevabilità d'ufficio valga per tutte le nullità previste dal titolo VI, occorre domandarsi se l'esercizio di siffatto potere sia sempre compatibile con l'esigenze di protezione del cliente debole perseguite dal legislatore. Due considerazioni si impongono. La prima che già per il passato la giurisprudenza ha individuato ipotesi di nullità relative, ma rilevabili d'ufficio, pur nella mancanza di una specifica attribuzione normativa di siffatto potere. Proprio con riferimento all'ipotesi del comma 2 dell'art. 1341 c.c. si è statuito che "*la inosservanza del requisito della specifica approvazione per iscritto*

rilevabilità della vessatorietà della clausola ad istanza del predisponente o d'ufficio, sia l'applicazione dell'ulteriore regola dell'art. 1419 c.c. Esclude invece quest'ultima conseguenza De Nova, *Nullità relativa nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvare per iscritto*, in *Riv. dir civ.*, 1976, p. 485 e ss. per il quale il requisito posto dall'art.1341 c.c., può essere classificato nella categoria delle forme cd. "*integrative... caratterizzate dal fatto di non essere essenziali per la validità del contratto, bensì per la produzione di alcuni suoi effetti...., di modo che se la forma integrativa manca, quei particolari effetti non si producono, mentre l'intero contratto resta valido e operante*" (cit. 486). Allo stesso risultato perviene Ferri, *Nullità parziale e clausole vessatorie,* in *Riv. dir. comm.*1977, I, p. 16 e ss. per il quale la specifica sottoscrizione sarebbe requisito essenziale per la formazione dell'accordo delle parti sulla clausola vessatoria, in mancanza del quale quest'ultima sarebbe non nulla, ma inefficace. Ne conseguirebbe l'inapplicabilità dell'art. 1419 c.c, mentre continuerebbero a applicarsi l'ulteriori regole della legittimazione di entrambi le parti a far valere l'inefficacia della clausola vessatoria, nonché la rilevabilità della medesima *ex officio judicis*.

[25] Così anche Panzarini, *Sulla nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impr.*, 1991, p.483, anche se a noi non sembra condivisibile, per le ragioni che specificheremmo nel testo, il corollario che l'Autore ne trae, di un potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità dell'art 127, comma 2, TUB "*quando dall'insieme della domanda formulatagli dal cliente, la dichiarazione di nullità risulti a favore della domanda stessa*" (cit. 481).

Innovazione e Diritto

delle clausole" indicate dalla norma può essere fatta valere non solo dal contraente aderente, ma anche "*rilevata d'ufficio soltanto a favore di questi*", secondo un'interpretazione che "*risponde alla ratio della citata norma, dettata per tutelare la parte aderente nei confronti di quella che ha predisposto il contratto e impedire che venga turbato l'equilibrio tra i contraenti*"[26].

La seconda considerazione è che più di recente una figura di nullità relativa, rilevabile d'ufficio sembrerebbe essere stata introdotta dal legislatore anche in un ambito diverso dall'intermediazione e dove analogamente si pone un problema di protezione del contraente debole. Alludiamo alla disciplina del Codice del consumo e in particolare all'art. 36, significativamente rubricato "*nullità di protezione*", il quale dopo aver affermato che le clausole considerate vessatorie sono nulle, aggiunge al terzo comma che "*la nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*". Tale disposizione è stata interpretata dalla dottrina come una limitazione della legittimazione a far valere in giudizio il carattere vessatorio della clausola al solo consumatore, alla quale si aggiunge la sua rilevabilità di ufficio da parte del giudice[27]. E a questa previsione sempre essersi adeguato anche l'art 127

[26] Così Cass. civ., 05 novembre 2009, n. 23468, in Rep. Foro. it., 2010, voce Contratto in genere [1740], n. 377.
La conferma della debolezza dell'argomento sistematico fondato sull'art. 1421 c.c. è data proprio dalle oscillazioni della giurisprudenza in tema di art. 1341, comma 2, c.c. Ciò è massimamente avvalorato dall'ulteriore considerazione che se si confrontano Cass. 27 marzo 1961 n. 692, in *Mass Foro it.*, 1961, col. 347 e Cass. 11. novembre 1974, n. 350 in *Mass Foro it.*, 1974, col. 987, ci si accorge che la clausola vessatoria esaminata dalla prima, precisamente un clausola compromissoria non specificamente sottoscritta, era analoga alla clausola al vaglio della seconda, di deroga alla competenza territoriale.
Orbene con riferimento a clausole vessatorie simili, una sentenza del Supremo collegio, quella del 1961, ammette che la sua nullità, anche se relativa, può essere rilevata d'ufficio quando è a vantaggio della parte a favore della quale il legislatore ha comminato la nullità, l'altra, del 1974, invece, afferma il principio di diritto opposto (sia pure per escludere la relatività della sanzione), ossia che la nullità relativa non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.
[27] La dottrina è concorde, infatti nell'escludere che la dizione utilizzata nell'art. 36 del codice del consumo, secondo cui "*la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore*", possa intendersi nel senso che gli effetti della clausola vessatoria si produrrebbero solo per il professionista e non per il consumatore, ponendo in luce che, la nullità del negozio o di una

Innovazione e Diritto

comma 2 c.c. che alla rilevabilità della nullità da parte del cliente ha aggiuntola sua rilevabilità d'ufficio.

Ma è evidente che una interpretazione della norma che si arrestasse solo al suo dato letterale e alla sua similitudine con l'art 36 del Codice del consumo, si rileverebbe ben presto non appagante. Vi è infatti una significativa differenza tre le due norme. Le nullità previste dall'art. 36 sono tutte nullità parziali, colpiscono cioè solo le clausole abusive; non cosi le nullità del TUB, riferite anche al contratto "*nel caso di mancanza della forma prescritta*" (art 117, comma 3), o ancora "*per determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi*", quando il loro contenuto sia difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

C'è allora da chiedersi: anche in tali casi la nullità potrebbe essere rilevata d'ufficio, benché nei fatti travolgendo l'intero rapporto negoziale potrebbe rivolgersi non a vantaggio del cliente, come invece vuole la legge che limita a tale ipotesi l'operatività della nullità? Si pensi, come già detto prima, alle operazioni bancarie (mutui, apertura di credito, ecc.) che creano delle operazioni a debito per il cliente, e la cui nullità determinerebbe un obbligo di restituzione immediata da parte di quest'ultimo. Di qui il possibile contrasto tra la previsione che le nullità in materia bancaria "*operano solo a vantaggio del cliente*" e il suo rilievo d'ufficio da parte del giudice anche in ipotesi in cui gli effetti che ne discenderebbero non sarebbero a vantaggio del cliente. E' allora evidente che, anche con riferimento alla ulteriore ipotesi prevista dall'art. 127 del TUB, l'interprete non può fermarsi al dato letterale che la nullità

singola clausola colpisce necessariamente entrambi i soggetti dello stesso. Da tale premessa si trae la conseguenza che la previsione dell'art. 36, comma 3, opera solo sul piano processuale, dando luogo a una limitazione della legittimazione a far valere l'inefficacia a favore del solo consumatore: in tale senso con riferimento alla omologa previsione dell'art 1469 *quinquies* c.c. Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1977, p. 151.

Innovazione e Diritto

similmente a quella delle clausole abusive di cui all'art 36, comma 3, del Codice del consumo, possa essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, ma debba verificarne la *ratio*. al fine di individuare il fine che il legislatore ha inteso perseguire. E tale interpretazione deve essere condotta avuto riguardo sia al contesto della norma in cui è inserita tale previsione , l'art 127, sia all'intero corpo normativo, il titolo VI, di cui l'articolo fa parte, visto che come evidenzia la rubrica del capo III, che la contiene, essa ha valenza di regola generale, applicabile, in quanto tale a tutte le operazioni bancarie e finanziarie, anche se di "credito al consumo" e di prestazione di "servizi di pagamento".

Così venendo al primo livello dell'indagine non può non valorizzarsi l'indubbio legame intercorrente tra il comma 2 dell'art 127 e il suo comma 1. Alla operatività sul piano processuale della nullità solo a vantaggio del cliente (così il comma 2), fa riscontro sul piano sostanziale la derogabilità delle norme del titolo VI "*solo in senso più favorevole al cliente*". Il limite, quindi, che emerge da questa prima analisi alla rilevabilità di ufficio della nullità da parte del giudice è che questa può. avvenire solo quando si risolve in un sicuro vantaggio del cliente. Tale vantaggio infatti, costituisce il limite della stessa inderogabilità delle norme in materia di trasparenza. E l'individuazione quindi di tale limite alla rilevabilità di ufficio della nullità, non è sempre operazione ermeneutica agevole per lo stesso giudice chiamato ad esercitare il suo potere officioso, in caso di inerzia del cliente.

Ed, infatti, venendo al secondo livello della nostra indagine, è opinione largamente condivisa in dottrina che obiettivo preminente della disciplina contenuta nel Titolo VI del TUB, sia la tutela del diritto di informazione del cliente delle condizioni economiche applicate dall'intermediario, ossia la piena conoscibilità delle stesse da parte di quest'ultimo[28]. Ed e' opinione

[28] Tale opinione già espressa dalla dottrina con riferimento alla legge n. 154/1992 (tra i tanti v.: Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n.154*

Innovazione e Diritto

altrettanto diffusa che rispetto a tale obiettivo sia marginale quello del riequilibro delle posizioni contrattuali, che invece costituisce l'obiettivo preminente - come poi vedremo- della normativa sulle clausole abusive. Ciò a nostro avviso impone di discriminare le norme dal cui fine è estraneo il riequilibrio delle posizioni negoziali, da quelle che invece perseguono tale scopo. Ove venga in gioco solo la tutela del diritto di informazione, ma non sia previsto dalla medesima legge l'attribuzione di un vantaggio oggettivo al cliente, in conseguenza della nullità che colpisce la violazione di tale diritto, la valutazione se azionare o meno la nullità va rimessa esclusivamente alla scelta discrezionale del cliente, non potendo ad essa sostituirsi quella del giudice, perche squisitamente soggettiva rimane la valutazione della vantaggiosità o meno, per gli interessi in concreto perseguiti dal cliente, della sanzione.

Non è cosi, invece, quando alla sanzione di nullità si accompagni un obiettivo di riequilibrio delle rispettive posizione contrattuali attraverso l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale al cliente, che gli è stato negato in sede di stipula del contratto. E' il caso delle regole che non si limitano a sanzionare con la nullità le clausole non rispettose del diritto di informazione del cliente, ma introducono anche meccanismi di sostituzione/integrazione della clausola nulla, impedendo ogni valutazione, anche da parte del giudice, sulla loro essenzialità nell'economia del rapporto e quindi una pronunzia di

del 1992, in *Banca Borsa, tit.. cred.*, 1192, I, 351, p 377 e ss.; Nigro, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc.*, 1993, p. 571 e ss.; Porzio, Commento all'art 1 legge 17 febbraio 1992, n. 154, in *Nuove leggi civ. comm*, 1993, p. 1124 e ss. V. con riferimento al TUB: De Poli, *la trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico:primi appunti*, in *Riv. Dir civ.*, 1994 II, p. 523 e ss.; Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (direttiva Cee n. 93/13)* in *Dir. banc.* 1994, I, p. 444 e ss.; La Rocca, *La trasparenza delle operazioni bancarie tra legge n. 154 del 1992 e testo unico*, , in *Riv. dir. impresa,* 1994, p. 469 e ss.; Pellarini, (1995), 153 e ss.; Liguori, *Determinazione dei tassi ultralegali nei contratti bancari ed esigenze di trasparenza nei rapporti tra banche e clienti*, in *Mondo Bancario*, 1997, p. 45 e ss.; Minervini, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori*, in *Banca, borsa, tit cred.*, 1997, I, p. 94 e ss.

nullità dell'intero contratto ex art. 1419 c.c. Così è per la norma dell'art 117, comma 7, che per le ipotesi di nullità previste dai precedenti comma 4 e 6, relative alla omessa o generica (attraverso la clausola di rinvio agli usi) indicazione delle condizioni economiche del rapporto, prevede che si applichino quanto agli interessi il rendimento "*minimo e o massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro*", quanto agli altri prezzi e condizioni praticati, quelli pubblicati.

Ma perseguono una finalità di riequilibrio anche quelle ipotesi di nullità parziale, relativamente alle quali il legislatore, pur non prevedendo meccanismi integrativi del loro contenuto, applica al rapporto, sempre ai fini di salvaguardia della validità del contratto, una disciplina diversa da quella pattuita e sempre a vantaggio del cliente. E' l'ipotesi in cui non possa avvenire l'integrazione del contenuto lacunoso del contratto con gli "*altri prezzi e condizione pubblicizzati*", perché l'intermediario ha omesso la loro pubblicità, che dà luogo a una trasformazione della causa del rapporto da onerosa a gratuita, non potendo l'intermediario più esigerli dal cliente (art 117, comma 7, lett. b, ultimo inciso); è altresì il caso della mancata specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva all'intermediario del potere di variare unilateralmente il regolamento economico del contratto nei rapporti di durata, che da luogo alla sua immodificabilità (art. 118, comma 1).

E' solo dunque in questi casi in cui dalla applicazione della nullità consegue un obiettivo vantaggio sul piano patrimoniale per il cliente, perché è la stessa legge a stabilirlo, che il giudice può sostituirsi al cliente inerte, esercitando il suo potere officioso. Non invece nelle ipotesi di nullità che colpiscono il contratto per mancanza della forma prescritta o perché inosservante del contenuto tipico determinato dalla Banca d'Italia. In queste ipotesi l'eliminazione del contratto, non può prescindere da una dichiarazione e/o da un comportamento processuale univoco del cliente, il quale invocando la

nullità, attivi il meccanismo di protezione previsto dalla legge, reputando tale soluzione più favorevole rispetto alla conservazione del rapporto negoziale. Non soccorrendo, come le ipotesi nullità parziale l'attribuzione da parte del legislatore di uno specifico vantaggio patrimoniale al cliente, è solo il cliente che può stabilire quale sia la soluzione per lui più vantaggiosa.

Un esempio aiuterà a chiarire. Si ipotizzi, così, che un soggetto nell'ambito di un rapporto di finanziamento intrattenuto con un intermediario agisca in giudizio per far dichiarare l'inefficacia di una modifica unilaterale delle relative condizioni economiche a lui sfavorevoli, in mancanza della sottoscrizione della clausola attributiva di siffatto potere. Se dagli elementi di fatto della domanda emergesse che è l'intero contratto ad essere stato stipulato oralmente, potrebbe il giudice, sostituendosi al cliente, rilevare d'ufficio la sua nullità? Si tratta di un caso limite, in cui chiunque risponderebbe di no, essendo evidente il pregiudizio che il soggetto riceverebbe dalla declaratoria di nullità che, travolgendo l'intero rapporto, comporterebbe l'obbligo immediato della restituzione di tutti gli importi effettivamente utilizzati. Ma al di là del caso limite che qui si è ipotizzato, è evidente, il rischio concreto che l'esercizio di siffatto potere officioso diverrebbe sostanzialmente il frutto di un operazione arbitraria, là dove lo si ammettesse anche quando manchi nella legge l'attribuzione di un trattamento di maggior favore per il cliente in conseguenza dell'applicazione della nullità. Si sostituirebbe infatti alla valutazione del cliente della personale convenienza (alla conservazione del rapporto), che in quanto tale solo il diretto interessato può compiere, quella del giudice.

Con riferimento quindi alle nullità comminate dal T.U. si deve quindi coerentemente concludere che la deduzione delle stesse non solo è rimessa alla disponibilità del cliente, alla cui valutazione è affidata la decisione se farla valere o meno, ma il potere di rilevazione d'ufficio del magistrato, nonostante

il riferimento della norma a tutte le nullità, vada limitato solo alle nullità delle singole clausole del rapporto, per le quali operi il meccanismo della sostituzione con una disciplina legale sicuramente più vantaggiosa per il cliente.

5. Il confronto con l'art. 36 del d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per le ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola

Il confronto con la diversa disciplina dell'invalidità contenuta nella disciplina del Codice del consumo, relativa alle clausole abusive non sminuisce questa conclusione, anzi la rafforza.

Obiettivo primario di tale normativa - come sopra accennato - è il riequilibro delle posizione delle parti nei contratti tra professionista e consumatore: la clausola è vessatoria in quanto determina una situazione di squilibrio a favore del professionista[29] e, pertanto, attraverso l'eliminazione della clausola si mira a far venir meno detta situazione.

L'intero impianto legislativo poggia quindi su valutazioni oggettive, basate sull'apprezzamento dei diritti e obblighi delle parti. Il giudice nel valutare il carattere abusivo della clausola deve perciò verificare esclusivamente la sussistenza di uno squilibrio significativo a carico del consumatore e tale suo apprezzamento va condotto alla stregua dei parametri oggettivi indicati dell'art. 34 ("*natura del bene o del servizio oggetto del contratto*", "*circostanze esistenti al momento della sua conclusione*", "*altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato*") e applicando nel "caso di dubbio sul senso di una clausola… l'interpretazione più favorevole al consumatore" (art 35,

[29] E' esplicita in tal senso la formula dell'art. 33, comma 1, che ritiene vessatorie le clausole che "*determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto*".

Innovazione e Diritto

comma 2).

L'indagine, quindi, è del tutto scevra da valutazioni di tipo soggettivo basate sull'elemento psicologico delle parti ("*malgrado la buona fede*"), sulla loro presunta volontà, così come sul loro comportamento anche processuale [30].

Se quindi il consumatore, sia se convenuto in giudizio dal professionista, sia se agisca lui stesso per l'adempimento del contratto, non eccepisce o fa valere l'inefficacia della clausola abusiva, il potere del giudice che, nel sostituirsi al consumatore, rilevi d'ufficio la stessa, non dà luogo a quei problemi di una valutazione arbitraria dell'interesse del contraente protetto, che si sono prima evidenziati con riferimento alla disciplina dell'art. 127 TUB, nell'ipotesi che alla sanzione di nullità non si accompagni l'attribuzione di un trattamento economico migliorativo per il cliente. Ed infatti la rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia sulla base dell'elemento oggettivo dello squilibrio significativo, siccome risulta dallo stesso regolamento negoziale e prescinde da ogni valutazione di elementi soggettivi (volontà delle parti, ecc.), risponde in pieno a canoni della certezza del diritto e garantisce una migliore tutela per il consumatore, posto che quella situazione di svantaggio presente nel contratto, potrebbe riflettersi anche sul contegno processuale di quest'ultimo e indurlo a non eccepire o far valere l'invalidità della clausola abusiva.

Sotto questo profilo non solo appare pienamente giustificata l'espressa previsione legislativa di un potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità

[30] Sottolinea tale aspetto, sia pure con riferimento alla analoga disciplina, contenuta negli artt. 1469 bis e ss. del c.c. all'epoca in vigore, Guarracino, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p 645 ss., il quale rileva che il giudice nell'esercitare il suo potere di rilevare d'ufficio la nullità della clausola eventualmente vessatoria non deve aver riguardo alla "*volontà delle parti*" o ai "*loro presunti interessi particolari*", ma deve esclusivamente verificare se l'eliminazione della clausola è suscettibile di porre in equilibrio i contrapposti diritti e obblighi nascenti dal contratto, di modo che "*se l'eliminazione della clausola non riequilibrasse il rapporto, o addirittura l'alterasse ancora più a sfavore del consumatore (e cioè a vantaggio del professionista), allora essa non potrebbe considerarsi vessatoria*".

Innovazione e Diritto

della clausola abusiva, ma la circostanza che nelle nullità previste dal TUB non sempre ricorre la possibilità per il giudice di ancorare a parametri oggettivi la doverosa valutazione se l'applicazione della sanzione si risolva in un vantaggio per il cliente, comporta che là dove sia impossibile tale valutazione, come nelle ipotesi in cui sia comminata la nullità non della singola clausola, ma dell'intero contratto, tale potere officioso non sia esercitabile. Non si può obiettare a tale conclusione l'ipotetico rischio di creare un contrasto tra i due diversi regimi della "nullità relativa" previsti rispettivamente nell'art. 127 TUB e nell'art. 36 del Codice del consumo, laddove una stessa fattispecie risultasse sanzionata sia dall'una, sia dall'altra nullità. Le nullità previste dal Codice del consumo si riferiscono a singole clausole del contratto, senza mai mettere in discussione la validità del contratto, che lo stesso legislatore prevede esplicitamente ("*il contratto rimane valido per il resto*") ed altrettanto avviene, come si è visto, per le nullità parziali previste dal TUB alle quali soltanto, secondo l'interpretazione proposta, si applica il rilievo officioso da parte del giudice. E quindi anche se possono verificarsi sovrapposizioni tra le due discipline, giacché è indubbio che la normativa del Codice del consumo si applichi anche alle operazioni tra la banca o altro intermediario finanziario e il consumatore [31] , le conseguenze che ne seguono sono le stesse. Sia per la nullità delle clausole abusive che per quelle difformi dalle prescrizioni del TUB contenute nei contratti bancari conclusi dall'intermediario con il consumatore, il giudice ha il potere di sostituirsi all'inerzia di quest'ultimo e rilevarne d'ufficio la nullità. Potrà così accadere che una stessa clausola sia nulla sia per la disciplina del Codice del consumo, sia per quella del TUB, ma identico sarà il modo di operare della sanzione[32].

[31] Espliciti, infatti, sono i riferimenti al contratto che ad oggetto la prestazione di servizi finanziari nell'art 33 del codice del Consumo, che contiene l'elencazione delle clausole abusive: cosi il comma 3 e 4 della norma.

[32] E il caso della clausola di rinvio agli usi per la determinazione del prezzo del contratto o

Innovazione e Diritto

Il vero problema quindi non è quello di dirimere eventuali contrasti tra i due regimi normativi della nullità, che sono inesistenti, ma di stabilire quando si verifica tale simultanea applicazione, coordinando tra loro i due gruppi di norme. Ora si può con una certa tranquillità affermare che la disciplina del codice del consumo e le nullità ivi previste, concernenti i soli contratti stipulati dal professionista con i consumatori, si applicheranno esclusivamente ai contratti conclusi con quest'ultimi dalle banche e dagli altri intermediari finanziari, che sono senz'altro "professionisti" ai sensi del codice civile. La disciplina del TUB invece si applicherà a tutte le operazioni richiamate nello stesso e quindi anche ai contratti nei quali il contraente dell'intermediario non rivesta la qualità di consumatore. Figurativamente la situazione non è quella di due cerchi concentrici, ma di cerchi che si intersecano tra loro, sovrapponendosi solo in parte; nell'area comune ai due cerchi si trovano i contratti conclusi dal professionista finanziario con il consumatore, ai quali si applicheranno perciò sia le nullità del TUB, sia quelle ulteriori previste dalla normativa sulle clausole abusive, ognuna col proprio regime giuridico[33].

clausola che applichi un prezzo difforme da quello pubblicizzato dall'intermediario, la quale oltre che nella previsione dell'art 117 , comma 6 e 7, del TUB potrebbe rientrate in quella della lett. l dell'art 33 del codice del consumo

[33] La sovrapposizione solo parziale tra le due discipline è diretta conseguenza del più ristretto campo di applicazione soggettiva della normativa sulle clausole abusive, rispetto a quella della trasparenza, dovuto alla non perfetta coincidenza delle due nozioni di "consumatore" e "cliente". Mentre, infatti, l'intermediario bancario e finanziario è sempre "professionista", non sempre il suo cliente è anche "consumatore".
Consumatore è, a mente dell'art. 3 lett. a del codice del consumo, *"la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"*. L'esclusione dalla categoria dei soggetti che agiscono per fini che rientrano nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale, sancisce pertanto l'inapplicabilità della disciplina sulle clausole abusive a tutta una serie di operazione concluse dagli intermediari bancari e finanziari con soggetti, quali professionisti e imprese, che costituiscono invece una parte certamente non trascurabile del mercato operativo bancario.

Innovazione e Diritto

6. Una soluzione alternativa

Il problema che le nullità che colpiscono il contratto non sempre sono a vantaggio del cliente, come nel caso delle operazioni che generano a carico di quest'ultimo delle posizioni a debito, non è sconosciuto dal legislatore del TUB. Il comma 9 dell'art 125 *bis*, in tema di credito al consumo, prevede, infatti, che in caso di nullità del contratto "*il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili*." L'obbligo restitutorio che genera la rilevazione della nullità in tale ipotesi, trova quindi un temperamento nella conservazione del beneficio del termine da parte del consumatore e dalla limitazione del quantum all'importo che egli ha effettivamente utilizzato.

Il rapporto tra la disciplina delle operazioni e servizi bancari e finanziari, prevista nel capo I del titolo VI e quella del credito al consumo del capo II, esclude un'applicazione diretta della richiamata previsione alle operazioni di finanziamento che non siano di credito al consumo.

Per la norma contenuta nel comma 3 dell'art 115 sono le disposizioni del capo I, che possono, peraltro solo quando espressamente richiamate, applicarsi a quelle del capo II, non viceversa.

Se però va esclusa un'applicazione diretta della regola di cui al comma 9 dell'art 125 *bis* alle operazioni di finanziamento, non è peregrino ammettere la possibilità di una sua applicazione analogica. Ricorre infatti la similitudine tra le due fattispecie: quella normativamente regolata, la nullità del contratto di credito al consumo, e quella non disciplinata, la nullità dell'operazione di finanziamento. Entrambe, infatti generano posizioni a debito per il cliente dell'intermediario a cui vantaggio dovrebbe operare la nullità. Ricorre inoltre l'*eadem ratio*, ossia evitare che l'applicazione della sanzione si ritorca ai suoi danni. Se così stano le cose, si potrebbe ritenere, in virtù della proposta

Innovazione e Diritto

interpretazione analogica, che anche nell'ipotesi di nullità del contratto di finanziamento il cliente conserverebbe il benefico del termine e non dovrebbe restituire più di quanto ricevuto o utilizzato. In tal modo non solo la sanzione opererebbe sempre a vantaggio del cliente, come vuole la regola generale dell'art. 127, comma 2, ma sarebbe consentita anche il rilevo officioso della nullità da parte del giudice.

7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario

Deve a questo punto esaminarsi se, accanto alla legittimazione all'azione riconosciuta dall'art. 127 comma 2 a favore del cliente, possa in determinate situazioni configurarsi una legittimazione a favore di un soggetto estraneo al rapporto intermediario/cliente. La situazione va esaminata con riferimento a tre possibili figure di terzo: quella del creditore del cliente dell'intermediario, quella del suo fideiussore, quella del curatore dell'imprenditore, cliente dell'intermediario, eventualmente dichiarato fallito.

Orbene, con riferimento alla prima figura a noi sembra di poter dire che la legittimazione relativa per la declaratoria di nullità di cui al TUB non consente che un creditore del cliente, per assicurare *lato sensu* la soddisfazione e la conservazione "sostanziale" delle sue ragioni creditorie, possa esercitare l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c., convenendo la banca e il cliente suo debitore. Tale conclusione trova supporto sul piano normativo, nella parte finale del comma primo dell'art. 2900 c.c., che espressamente esclude che possano essere esercitati dal terzo creditore quei diritti e quelle azioni che per disposizione di legge, sono esercitabili solo dal loro titolare. Ed è per espressa previsione di legge esercitabile solo dal cliente della banca le azioni volte a far

Innovazione e Diritto

valere le nullità previste dal titolo VI del TUB [34].

Il discorso è un po' più complesso con riferimento a quel particolare terzo nel rapporto intermediario-cliente, che è il fideiussore di quest'ultimo. *Prima facie* sembrerebbe che il problema non avrebbe motivo di esistere o essere limitato a ipotesi assolutamente marginali, dal momento che i moduli fideiussione solitamente predisposti dalle banche e dagli altri intermediari contengono la clausola di pagamento "*a prima richiesta*". Con la richiamata pattuizione il garante si obbliga ad eseguire la prestazione dedotta in garanzia a seguito alla semplice dichiarazione del creditore beneficiario circa il verificarsi dell'inadempimento o dell'inesatto inadempimento dell'obbligazione principale, rinunziando alla possibilità di proporre eccezioni attinenti all'efficacia o a tutte le altre vicende del rapporto di base. Il problema della validità della clausola è stata dibattuto e risolto affermativamente in giurisprudenza sotto il profilo della possibilità per l'autonomia privata delle parti di derogare alla regola dell'accessorietà del negozio fideiussorio, svincolandolo dalle vicende del rapporto di base[35], con la conseguente preclusione per il garante di sollevare eccezioni inerenti al rapporto garantito, salva l'*exceptio doli*[36]. L'autonomia del negozio di garanzia, si tradurrebbe

[34] Così anche Panzarini *Sulla nullità del contratto* cit., p. 481, il quale ritiene che il creditore di fronte a un atto relativamente nullo tra cliente e intermediario che sia in pregiudizio delle sue ragioni ha il solo rimedio della revocatoria sempre che ricorrano tutte le condizioni previste dall'art. 2901 per l'esercizio dell'azione.

[35] Il riconoscimento dell'ammissibilità del contratto autonomo garanzia diverso dalla fideiussione, per mancanza del carattere di accessorietà proprio di quest'ultima, è piuttosto risalente. Le prime pronunzie di Cass. 7 settembre 1968, n. 2899 in *Mass. Foro it.*, col. 1968, 771 e Cass. 9 giugno 1975, n. 2297 in i*Mass. Foro it.* 1975, col. 544 configurano il contratto autonomo di garanzia come negozio intermedio tra deposito cauzionale e fideiussione la prima decisione, tra assicurazione e fideiussione, la seconda. A tali pronunzie sono seguite numerose altre che hanno affermato la validità del contratto di garanzia, tra le quali a titolo di esempio ricordiamo: Cass. 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it..,* 1987, I, 103, nota Viale, *Sfogliando la margherita: Garantievertrag e fideiussione "omnibus" in Cassazione*, e Tucci, *Tutela del credito e validità della fideiussione omnibus*, successivamente Cass. 25 febbraio 1994, n. 1933, in *Foro it.,* 1994, I, 1757 e Cass. 11 febbraio 1998, n. 1420 in *Contratti*, 1998, 606, nota Cimatti.

[36] Tale sarebbe l'ipotesi in cui il creditore agisca nei confronti del fideiussore nonostante

Innovazione e Diritto

perciò nell'insensibilità ad un'eventuale invalidità del negozio garantito.

Va però segnalato che secondo altre pronunzie della Cassazione la previsione del pagamento "a prima richiesta" non giustificherebbe la deroga al canone dell'accessorietà tipico della fideiussione, ma avrebbe piuttosto la stessa valenza processuale della clausola "*solve et repete*", cosicché la possibilità del fideiussore di opporre al creditore l'eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi compresa una sua eventuale invalidità, sarebbe solo condizionata all'avvenuto adempimento della garanzia, ma non esclusa[37]. Se si aderisse a tale più recente impostazione giurisprudenziale, la clausola di pagamento "*a prima richiesta*" potrebbe farsi rientrare, a giusta ragione, tra le clausole vessatorie di cui all'art. 33, comma 2, lett. t [38].

Per l'ipotesi in cui il fideiussore abbia adempiuto alla garanzia, ovvero, essendo egli un consumatore[39], invochi l'inefficacia della clausola, diventa tutt'altro che irrilevante stabilire se il medesimo, giovandosi della legittimazione a lui riconosciuta dall'art.1945 c.c., possa eccepire una delle speciali nullità di cui al TUB, verificatasi con riferimento all'obbligazione garantita. Il problema riflette quello più ampio se il fideiussore abbia un diritto proprio a far valere l'eccezioni che spettano al garantito, indipendente dal

l'adempimento del credito da parte del debitore garantito: V. tra le tante Cass. 3 febbraio 1999, n. 920, in *Mass. Foro it.*, 1999, col. 142.

[37] Tra le tante v. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19484 in *Mass. Foro it.*, 2005, 1434. Particolarmente significativa, ai nostri fini è Cass 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1621 per la quale "i*n presenza della c.d. clausola di solve et repete il garante può far valere*" anche "*le eccezioni inerenti ...alla nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale*".

[38] E' pacifico, infatti, che mentre le clausole che limitano le eccezioni sostanziali del cliente non sono vessatorie, perché tali clausole non riguardano in realtà la facoltà di proporre eccezioni, bensì limitano il diritto sostanziale della parte, sono vessatorie quelle che, come la clausola *solve et repete*, limitano la posizione processuale di quest'ultima. In dottrina per tutti Bianca, D*iritto civile 3,* Milano 1987, p. 356; in giurisprudenza Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Giust. civ.*,1977, I, 117.

[39] Ciò, quando la fideiussione sia stata prestata da persona fisica per ragioni estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Innovazione e Diritto

comportamento che nel caso concreto possa tenere quest'ultimo[40], di modo che se anche il debitore rinunziasse a un'eccezione o fosse decaduto dalla stessa, egli conserverebbe intatta la possibilità di farla valere. La giurisprudenza sembra decisamente orientata in senso negativo, dal momento che con riferimento al potere di impugnare un estratto conto ha ripetutamente affermato che l'approvazione anche tacita del medesimo da parte del correntista o la sua mancata impugnazione producono "*effetti vincolanti anche per il fideiussore*", al quale sarebbe preclusa ogni possibilità di sollevare contestazioni in ordine alla definitività dell'estratto medesimo[41].

Orbene, a noi sembra che tale atteggiamento giurisprudenziale possa rifluire, in sede di applicazione della speciale disciplina delle nullità del TUB, in un'esclusione della loro deducibilità da parte del fideiussore del cliente dell'intermediario, almeno nelle ipotesi in cui dalla sanzione di nullità non consegua un vantaggio patrimoniale per il medesimo cliente.. Giustificherebbe tale soluzione il particolare congegno di funzionamento della nullità, ossia la sua operatività solo a vantaggio del cliente. E' evidente, infatti, che, ove si ammettesse la possibilità del fideiussore di dedurre una delle nullità del TUB verificatasi con riferimento all'obbligazione garantita, tale deduzione avverrebbe -come è ovvio- esclusivamente per conseguire un risultato a lui favorevole nell'obbligazione di garanzia, che potrebbe essere non coincidente con quello che si produrrebbe nell'obbligazione garantita, il quale, anzi, potrebbe essere finanche svantaggioso per il cliente . Si pensi così ad esempio all'ipotesi in cui il fideiussore, per conseguire la liberazione dal vincolo a mente dell'art. 1939 c.c., invochi la nullità del negozio debitorio

[40] Afferma Fragali, *Fideiussione (dir. priv.)* in *Enc.dir.*, vol. XVII, Milano 1968, p. 346 che il fideiussore avrebbe un diritto proprio a far valere quelle eccezioni, e pertanto non può essere "*pregiudicato dal comportamento che possa aver tenuto il debitore*".

[41] Così, tra le tante, Cass. 14 maggio 1998, n. 4865, in *Arch. civ.*, 1998, 909 e Cass. 7 ottobre 1990, n. 7958, in *Mass. Foro it.*, 1990, col. 939.

Innovazione e Diritto

garantito, col conseguente obbligo del cliente di restituire alla banca tutte le somme ricevute in prestito. Il problema invece di uno scrutinio dell'interesse perseguito dal fideiussore, per verificarne la compatibilità con quello del cliente della banca, suo garantito, non si pone per le nullità che colpiscono le singole clausole del contratto bancario, alle quali, come si è visto sopra, consegue sempre un risultato utile anche per il cliente, sotto forma di applicazione di un miglior trattamento economico. Il limite del conseguimento di una situazione di favore per il cliente che incontra la rilevabilità di ufficio della nullità da parte del giudice, si impone, perciò, anche al fideiussore e fa sì che quest'ultimo possa far valere solo le invalidità delle singole clausole del contratto tra il suo garantito e la banca, ma non invece la nullità dell'intero contratto.

Non sembra invece che incontri particolari ostacoli nel congegno di funzionamento delle nullità previsto dall'art. 127, comma 2, la deducibilità delle medesime a norma dell'art. 43 legge fall. da parte del curatore dell'imprenditore, cliente dell'intermediario, eventualmente dichiarato fallito.

Il curatore infatti ha l'amministrazione del patrimonio del fallito (art. 31, legge fall.) e i diritti patrimoniali che spettavano al quest'ultimo vengono esercitati dal curatore nell'interesse dei creditori concorsuali, ma sempre per perseguire un risultato vantaggioso per il (patrimonio del) fallito. Non sembrano quindi sussistere né i motivi di incompatibilità con la *ratio* della disciplina, che si presentano per le nullità del contratto nell'ipotesi del fideiussore, né la preclusione normativa relativa all'azione surrogatoria di un qualsiasi creditore del cliente

Pertanto, come è indiscutibile che il curatore possa intervenire, a mente dell'art. 43, legge fall. nelle azioni di nullità già intraprese dal fallito, allo stesso modo è altrettanto sicuro che egli potrà iniziare, in forza della richiamata norma, nuovi giudizi che il fallito abbia tralasciato di cominciare, ma sempre

a vantaggio (del patrimonio) di quest'ultimo[42].

8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine

L'inquadramento delle invalidità comminate dall'art. 127, nella categoria della nullità sembrerebbe, almeno in apparenza, rendere superfluo ogni indagine volta a verificare se sia possibile riconnettere un qualche effetto al contratto o alla singola clausola colpita dalla sanzione. Ed infatti, come già in precedenza rilevato, uno dei tratti distintivi della nullità dall'annullabilità viene individuato proprio nella circostanza che la prima, a differenza della seconda non è sanabile. L'unico rimedio a un atto nullo sarebbe la reiterazione dell'atto stesso, che pero è ben diversa dalla sanatoria. Se nullo il negozio, il soggetto lo rinnova eliminando il vizio, l'atto valido e produttivo di effetti sarà il secondo, non il primo[43].

L'esclusione di ogni possibilità di recupero dell'atto nullo tuttavia non rifletterebbe il concreto atteggiarsi della nullità sia sul piano normativo, che su quello giurisprudenziale. Sul piano normativo, perché vi sono casi - tipici quelli del testamento o della donazione inficiati da nullità - in cui il legislatore ha espressamente previsto la sanabilità del negozio nullo. A chi proponesse di leggere in questi casi la previsione della nullità come comminatoria di un semplice annullamento, sarebbe agevolare replicare che se il legislatore ha scelto la nullità e non la semplice annullabilità, ciò vuol dire che egli vede solo

[42] L'art 119 coma 4, del TUB prevede espressamente che il "*cliente ….e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni*", perciò anche il curatore, abbiano diritto ad ottenere, a proprie spese, "*copia della documentazione inerente alle singole operazioni poste in essere".* Alla stregua di quanto precisato nel testo non sembra pertanto che vi siano ostacoli per giungere alla stessa conclusione con riferimento alla disciplina delle nullità prevista dall'art. 127, comma 2, del TUB

[43] V. in tali sensi: Cass. 16 aprile 1994, n. 3633, in *Impresa*, 1994, 1847; Cass. 9 agosto.1990, n. 8106 in *Not. giur. lav.*, 1990, 191; Cass. 19 novembre 983, n. 6896, in *Mass Foro it.*, 1983, col. 1392.

Innovazione e Diritto

nella declaratoria della prima, la cui deduzione non è soggetta a limiti temporali, la reazione adeguata alla fattispecie negativamente valutata.

Anche sul piano giurisprudenziale il negozio nullo in taluni casi è trattato come se fosse annullabile, condizionando lo stesso rilevamento della nullità ad un *onus petendi* della parte. Rifacendosi ai principi processuali della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunziato, la giurisprudenza, infatti, ritiene che la rilevabilità d'ufficio della nullità è consentita solo quando quest'ultima si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea, per essere l'atto l'elemento costitutivo della domanda. Qualora sia invece la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole ovvero la sua risoluzione, la pronunzia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità o al motivo di inadempimento denunziato dall'interessato. Non può perciò fondarsi nella prima ipotesi su una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda, nella seconda ipotesi di una qualsiasi causa di nullità, configurandosi in entrambi i casi la nullità come elemento costitutivo della domanda dell'attore, la quale si pone come limite assoluto alla pronunzia giurisdizionale[44]. E' evidente che la preclusione alla deduzione dell'invalidità derivante dal formarsi del giudicato, il quale copre il dedotto e il deducibile[45], fa dunque sì che il negozio, benché nullo, comunque produrrà i suoi effetti nella sfera patrimoniale dei soggetti.

In presenza di queste zone di grigio nelle quali non sempre alla nullità del negozio consegue l'improduttività dei suoi effetti, la presente indagine sarà rivolta a individuare tutti quelle le possibili ipotesi in cui nei rapporti

[44] Cosi, , Cass.23 settembre 2000, n. 12644, in *Mass.foro.it.* 2000, col. 1136

[45] Così in un giudizio avente ad oggetto la pretesa di pagamento dell'intermediario, il "deducibile" è costituito dalle questioni di invalidità della fonte negoziale, per cui la loro mancata proposizione da parte del cliente preclude che in un successivo giudizio vengano sollevata le medesime questione o eccepita l'invalidità del negozio: arg. da App. Catania, 31 gennaio 1987, in *Foro pad*, 1998, I, 422.

Innovazione e Diritto

intermediario/cliente possa essere recuperata l'efficacia del contratto o della clausola colpiti da una delle invalidità comminate dal TUB, ancorché quest'ultime non siano suscettibili di sanatoria.

Peraltro proprio dal particolare meccanismo di funzionamento delle nullità previsto dall'art. 127, comma 2, potrebbe scaturire la possibilità di forme di salvataggio dell'atto, diverse da quelle elaborate dalla dottrina con riferimento alla nullità assoluta. La comparazione con quest'ultime costituirà pertanto un percorso obbligato della nostra indagine. Essa, infatti, non dovrà limitarsi a prendere in considerazione i soli casi di recupero dell'atto viziato da nullità assoluta ammessi dalla dottrina, ma anche quelli esclusi, che con riferimento alle invalidità comminate dal TUB potrebbero essere consentiti proprio dalla deducibilità di quest'ultime solo da parte del cliente. A un ulteriore livello di indagine, infine, occorrerà distinguere tra le singole ipotesi di invalidità previste dal TUB, giacché non tutte producono le stesse conseguenze sulla sorte del regolamento negoziale, sicché proprio il diverso concreto modo di operare delle nullità, potrebbe incidere sulla ammissibilità o meno di talune forme di recupero dell'atto.

9. L'inerzia del cliente

La prima ipotesi di recupero della clausola o del contratto negozio nullo che viene in considerazione è quella della inerzia del cliente nell'esercizio dell'azione volta ad ottenere tale accertamento.

E' bene però precisare che anche quando l'azione non venisse esercitata dal cliente non per questo sorgono quegli effetti che si sarebbero prodotti, ove il negozio o la clausola fossero stati validi. Il suo atteggiamento passivo, infatti, solo in apparenza avrebbe un effetto recuperatorio, in quanto per l'imprescrittibilità dell'azione, egli potrebbe in qualunque momento far valere la nullità dell'intero contratto o di una sua clausola, così come, in sua

sostituzione, uno degli altri soggetti legittimati prima indicati, eliminando così la fattispecie solo apparentemente recuperata.

Né, d'altra parte, la mera inerzia del cliente sembrerebbe da sola sufficiente a rivestire i connotati qualificanti di una rinunzia implicita all'azione, come tale opponibile anche ai suddetti terzi, salva – naturalmente - l'esperibilità da parte di costoro della revocatoria[46], ove ne ricorressero gli estremi.

Poiché la controparte dell'intermediario, per la ricordata imprescrittibilità dell'azione, mantiene intatta la possibilità di promuoverla, la sua prolungata inattività difficilmente potrebbe essere di per sé significativa di una pretesa volontà di rinunziarvi. L'atteggiamento passivo del legittimato, infatti, ben potrebbe spiegarsi anche col suo presunto interesse a non turbare lo svolgimento del rapporto o di altri connessi con l'intermediario e ad attendere invece il loro esaurimento, prima di esercitare l'azione, la quale inoltre gli consentirebbe di conseguire, a meno che tale diritto non si fosse prescritto[47], anche la restituzione delle somme indebitamente versate sulla base delle clausole nulle (art. 2033 c.c.).

Esclusa, quindi, o quanto meno essendo difficilmente ipotizzabile per

[46] Non dell'*actio surrogatoria*, perché quest'ultima postula l'inerzia del debitore, cioè un comportamento omissivo, o quanto meno insufficientemente attivo, al quale non può parificarsi un comportamento positivo, pregiudizievole per le ragioni del creditore, ancorché estrinsecantesi in una rinunzia implicita a far valere una o più nullità del TUB. Tale rinunzia, infatti, configurandosi comunque come un atto di amministrazione dei propri diritti patrimoniali da parte del debitore, non consente interferenze da parte dell'eventuale suo creditore, salvo a costituire oggetto di revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. Argomenta da Cass. 28 maggio 1988, n. 3665, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 104.

[47] Si richiama il noto arresto giurisprudenziale di Cass. civ., sez. un., 02-12-2010, n. 24418 in. *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p 328, n. D'Ippolito, per il quale *"qualora, dopo la cessazione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisca per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale, cui tale azione di ripetizione è soggetta, decorre, ove i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui sono stati registrati gli interessi non dovuti".*

Innovazione e Diritto

effetto del solo comportamento inerte del cliente una rinunzia, occorre invece esaminare la diversa ipotesi in cui quest'ultima trovi fondamento in un atto espresso.

10. La rinunzia all'azione

Con riferimento all'invalidità assoluta si dubita che dalla rinunzia alla relativa azione sortisca il recupero degli effetti dell'atto viziato. Si ritiene, infatti, che a tal fine occorrerebbe la rinunzia di tutti i legittimati all'azione, la quale tuttavia non sarebbe consentita dal carattere assoluto della nullità, coincidendo l'insieme dei legittimati con l'universo dei soggetti giuridici. Ma persino con riferimento alla nullità assoluta tale conclusione non è del tutto esatta. Se la deduzione della nullità è in astratto aperta a tutti, l'accesso concreto all'esercizio dell'azione, ovvero alla proposizione dell'eccezione è filtrato attraverso l'interesse, rispettivamente dell'attore e del convenuto, alla pronunzia (art.100 cpc). Questo interesse spetterà solo a pochi, molto spesso ad una persona sola, per cui la dichiarazione di quest'ultima di rinunziare all'azione o all'eccezione varrà a recuperare gli effetti dell'atto. Siffatta possibilità non è esclusa dalla rilevabilità d'ufficio della nullità: il criterio dell'interesse si impone anche al giudice, nel senso di impedire la rilevazione d'ufficio della nullità quando questa non risponde all'interesse di nessuna delle parti contendenti. Proprio argomentando da ciò la giurisprudenza ha affermato che "*se è vero che il negozio giuridico nullo non è convalidabile, è però anche vero che la parte interessata può rinunziare all'azione di nullità, così come può rinunziare al giudicato di nullità, dovendosi considerare queste rinunzie come atti di disposizione della situazione sostanziale legittimante l'azione di nullità: esse rinunzie comportano indirettamente l'impossibilità di divenire titolari dei diritti, che eventualmente deriverebbero dalla suddetta*

Innovazione e Diritto

situazione sostanziale..." [48]

Tradotto in termini concreti il ragionamento della giurisprudenza significa che se Tizio assume nei confronti di Caio un'obbligazione di pagamento per lui non vincolante, perché l'atto dal quale trae origine è nullo, egli, là dove rinunziasse all'azione tesa a far dichiarare l'invalidità della fonte negoziale, non potrà più sottrarsi all'adempimento di quella obbligazione, avendo -per dirla con la giurisprudenza- abdicato alla situazione sostanziale (la nullità) dalla quale quella conseguenza (la non vincolatività dell'obbligo di pagamento) sarebbe derivata. Se poi Tizio è l'unico soggetto interessato a far valere la nullità, la sua rinunzia produrrà effetti del tutto equivalenti alla sanatoria, non potendo più gli effetti dell'atto essere rimossi dalla sua sfera patrimoniale.

Pertanto se anche nell'ipotesi di invalidità assoluta, dalla rinunzia all'azione può sortire il recupero degli effetti dell'atto viziato, là dove la stessa provenga dall'unica o dalle più persone in concreto legittimate, nei casi di invalidità relativa previsti dal TUB tale effetto *lato sensu* sanante si determinerà automaticamente in ogni caso di rinunzia del cliente all'azione. Tale rinunzia inoltre precluderà anche il rilievo ufficioso della nullità da parte del giudice,

[48] Cass. 8 settembre 1977, n. 3925, in *Foro it*, 1978, I 1284. Il caso riguardava una transazione, intervenuta tra i due coniugi: la moglie, che aveva impugnato le alienazioni simulate di beni immobili intervenute tra il marito e i suoi fratelli, pendente causa di separazione legale, ne aveva ottenuto la dichiarazione di nullità, in prima e seconda istanza. Aveva poi rinunciato agli effetti delle sentenze, riconoscendo in una transazione la validità degli atti di trasferimento. Il marito e i suoi fratelli rinnovavano, in seguito con atto pubblico di convalida, le compravendite immobiliari. Morto il marito, la vedova chiedeva, in qualità di erede, la quota degli immobili alienati, che sosteneva fare ancora parte dell'asse ereditario, data la nullità dei precedenti atti di trasferimento. Il Tribunale e la Corte di Appello rigettavano la domanda, ritenendo vincolanti per la vedova, anche come erede del marito, la rinunzia ai giudicati che avevano contestato la nullità degli atti, e ritenendo perciò operante il riconoscimento della validità dei medesimi. A conclusioni analoghe perviene la Cassazione, argomentando che la parte può disporre in ordine all'effetto sostanziale del giudicato, anche se questo concerne la nullità di negozio; che l'atto di disposizione in esame consiste in una rinunzia ad avvalersi delle situazioni di diritto sostanziale e processuale derivate dalla nullità; che lo stesso pur non essendo volto a sanare il negozio nullo, costituisce un atto abdicativo del potere di impugnarlo, il quale, benché non abbia una diretta incidenza sulla sua sorte, comunque comporta l'impossibilità di rimuoverne gli effetti.

Innovazione e Diritto

perché costituisce un atto abdicativo dell'unico soggetto titolare del potere di impugnare il contratto o la sua singola clausola. Essendo, infatti, il cliente il solo legittimato far valere la nullità, è evidente che la sua rinunzia varrà a impedirne la declaratoria giudiziale, e quindi che la stessa acquisisca rilevanza nello svolgimento del regolamento negoziale.

Con riguardo alle invalidità comminate dal TUB, il vero problema quindi non è di stabilire quando la rinunzia abbia effetti recuperatori dell'atto viziato, costituendo ciò una sua conseguenza automatica, quanto invece di accertare se e a partire da quale momento sia consentito al cliente abdicare alla posizione processuale di vantaggio riconosciutagli dal legislatore.

Un primo dubbio nasce, infatti, dallo stesso modo di operare di talune invalidità comminate nel TUB. Quando la nullità non riguarda l'intero negozio, ma solo una sua clausola, alla sua declaratoria consegue, come si è visto sopra, non soltanto l'eliminazione della stessa, ma la sua sostituzione con la disciplina legale, più vantaggiosa per il cliente.

Orbene, il suddetto meccanismo di integrazione legale si riflette anche sull'individuazione dell'oggetto della rinunzia. Infatti, con riferimento alle predette ipotesi di nullità parziale, a noi sembra di poter dire che la controparte dell'intermediario, rinunziando all'azione d'invalidità, rinunzia anche a far valere il diritto a che la disciplina economica del rapporto sia mutata in termini per lui più favorevoli, attraverso l'integrazione *ex lege* del contratto. Poiché in materia di rinunzia l'effetto estintivo che consegue al negozio abdicativo deve riguardare un diritto già acquisito [49], il dubbio è che, sorgendo

[49] Trattasi di un principio generale affermato in relazione a fattispecie diverse, da: Cass. 10 luglio 1998, n. 6766, in *Mass.foro.it.*, 1998, col.771, con riferimento all'atto col quale il prestatore di lavoro subordinato alle dipendenze di un comune, abbia esonerato quest'ultimo da responsabilità riguardo al pagamento delle retribuzioni maturande; Cass. 29 aprile 1991, n. 4709, in *Arch. loc.*, 1991, 505, con riferimento alla rinunzia del conduttore al primo rinnovo del contratto, prima della stipula del medesimo; Cass. 18 ottobre 988, n. 5666, in *Giust. civ.*, 1989, I, 32, con riferimento alla rinunzia di uno degli eredi alla delazione testamentaria, a favore di

Innovazione e Diritto

il diritto alla sostituzione delle clausole nulle solo dalla pronunzia che ne affermi l'invalidità, il cliente non potrebbe rinunziarvi preventivamente.

Orbene, anche se è giusta l'osservazione che rinunziando a dedurre la nullità della clausola, il cliente rinunzierebbe anche al suo diritto di conseguire l'applicazione di condizioni economiche più vantaggiose, comunque non v'è motivo per escludere, anche in tale particolare caso, la rinunziabilità dell'azione da parte di quest'ultimo.

E' decisivo il rilevo, già precedentemente esposto, che la relativizzazione della nullità a favore del cliente incide solo sul piano della legittimazione, nel senso che l'azione è proponibile solo da quest'ultimo, ma non su quello dell'operatività *ipso jure* della sanzione.

In modo simmetricamente identico ha luogo la sostituzione della disciplina pattizia con quella legale in ipotesi di nullità parziale, in quanto l'art. 117 espressamente ricollega tale effetto al semplice determinarsi della patologia negoziale, senza che sia richiesta un'indagine sull'interesse delle parti alla conservazione dell'intero contratto alle mutate condizioni.

Avendo, quindi, la pronunzia natura meramente dichiarativa sia dell'invalidità della clausola negoziale, sia della sua sostituzione con la disciplina legale, consegue che la clausola, affetta da una delle nullità di cui al TUB, è originariamente invalida e sempre originariamente viene a essere sostituita dalla clausola legale, indipendentemente dal promovimento dell'azione da parte del cliente e/o della pronunzia favorevole del giudice. Pertanto anche se si accoglie - come a noi sembra giusto - la premessa che nelle ipotesi di invalidità parziale, per il particolare meccanismo di integrazione legale previsto dal TUB, il cliente rinunziando all'azione, rinunzierebbe anche al diritto alla sostituzione della disciplina economica del

quella legittima.

Innovazione e Diritto

rapporto, va puntualizzato che quest'ultimo comunque non è *in itinere*, ma è già acquisito al suo patrimonio. Non vi è quindi alcuno ostacolo giuridico a che egli rinunzi a tale diritto prima di promuovere l'azione di nullità, ovvero prima della pronunzia del giudice. Dopo quest'ultima egli ovviamente potrà rinunziare al giudicato che gli sia favorevole. Tale rinunzia, come già rilevato, si imporrà allo stesso magistrato, che dovrà affermare l'improponibilità della domanda per difetto della *legitimatio ad causam* o *ad processum*, se prima della sua proposizione vi è stata una rinunzia del cliente all'azione[50], ovvero a un giudicato formatosi sulla nullità; la cessazione della materia del contendere[51], se la rinunzia è successiva alla proposizione della domanda.

Attraverso, quindi, il particolare meccanismo di deducibilità della sanzione, la rinunzia, pur non valendo a sanare la nullità del negozio o della clausola, avrà però sul piano pratico[52] effetti sostanzialmente coincidenti con quest'ultima, in quanto impedirà che il vizio acquisisca rilevanza sul piano processuale.

11. La rinunzia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinunzia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti

Accertato quindi che con riferimento a ognuna delle invalidità comminate

[50] V. Trib. Milano, 29 settembre 1993,in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 1 e T.a.r. Lazio, 22 settembre 1988, n. 1088, in *Trib. amm. reg.*, I, p. 3011.

[51] Cfr. Cass. 21 gennaio 1994, n.576, in *Mass. Foro it.*, 1994, col. 42.

[52] Ad analoghe conclusioni giungeva Scialoja, *Nullità ed inefficacia. Saggi di vario diritto*, vol. I, Roma,1927, p 29 e ss., con riferimento all'inefficacia dei cambiamenti dell'atto costitutivo di società per inosservanza degli oneri pubblicitari comminata dall'art. 100 dell'allora cod. comm. 188 e in particolare di una dichiarazione di recesso non pubblicata. Egli, infatti, riconosceva una sanatoria di tipo processuale della detta inefficacia, conseguente al comportamento dei soci che, pur conoscendo la stessa, dessero esecuzione al recesso. Secondo l'illustre Autore "*la esecuzione del recesso può togliere a chi eseguisce, il diritto di eccepire l'inefficacia anche senza considerarla sanatoria ...*", poiché è vero che non vale a sanare l'atto, ma "*deve ... considerarsi come rinunzia al diritto, poiché chi esegue, conscio del suo diritto, manifesta in modo certo e indubbio la volontà di non far valere l'inefficacia*".

Innovazione e Diritto

dal TUB il cliente può, prima di promuovere la relativa azione, rinunziare a farle valere, si pone il problema se tale atto di disposizione possa avvenire nel momento stesso in cui sorge il relativo diritto, vale a dire contestualmente alla stipula del contratto viziato. Siffatta possibilità potrebbe all'evidenza dar luogo a possibili abusi dell'intermediario ai danni del cliente, vanificando completamente la protezione accordata a quest'ultimo dalla disciplina legale. Non sarebbe infatti certamente difficile per l'intermediario, che voglia garantirsi da ogni possibilità di impugnazione del negozio o di suo singole clausole (sussista o meno un vizio) acquisire alla stessa stipula del contratto la rinunzia ad impugnarlo da parte del cliente, al quale manifestasse la sua indisponibilità a concludere l'operazione, senza tale atto abdicativo. La predetta rinunzia pattizia, impedendo che le violazioni della disciplina legale acquisiscano rilevanza sul piano processuale, di fatto comporterebbe la sua disapplicazione al rapporto negoziale. Ed è quasi impossibile che il cliente in sede di stipula riesca anche solo immaginare le conseguenze di tipo patrimoniale che tale disapplicazione comporta. Se ad esempio è stato violato il suo diritto di informazione, perché l'intermediario non ha pubblicizzato il "prezzo" che "normalmente" applica all'operazione che egli sta concludendo, il cliente non potrà avere cognizione del se e di quanto il "prezzo" che sta pagando sia più gravoso. Quindi neppure potrà valutare il sacrificio economico al quale va incontro, rinunziando, già al momento della conclusione del contratto, ad invocare la nullità della clausola, dalla quale soltanto potrebbe derivare l'applicazione del miglior trattamento economico previsto dal legislatore.

Orbene, là dove la controparte dell'intermediario sia un consumatore, non sembra potersi dubitare della natura vessatoria e quindi della nullità di siffatta rinunzia preventiva, ai sensi della regola generale di cui al comma 1 dell'art.

33[53], nonché della ipotesi particolare, "*sancire a carico del consumatore limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni*" prevista dalla lett. t del comma 2[54].

Effetto delle rinunzia sarebbe, infatti, per un verso quello di rendere irrilevante sul piano processuale la violazione da parte dell'intermediario di tutte quelle norme con le quali il legislatore ha inteso eliminare l'asimmetria informativa presente nei contratti bancari e finanziari, considerata possibile fonte di abusi a danno del cliente; per altro verso impedirebbe a quest'ultimo di reclamare nei confronti dell'intermediario la situazione sostanziale a suo favore derivante dalla violazione dell'obbligo di informazione, quale ad esempio, nell'ipotesi di nullità dei tassi applicati all'operazione, la loro sostituzione con il rendimento minimo o massimo dei buoni ordinari del tesoro, a seconda che si tratti di interessi a credito del cliente o a debito, e la restituzione di tutte le maggiori somme pagate a tale titolo.

Non è perciò negabile che la rinunzia del consumatore ad avvalersi di una delle nullità del TUB, formalizzata in una clausola del regolamento negoziale, da un lato sarebbe fonte di squilibrio tra le parti, lasciando inalterata quella situazione di disparità sul piano informativo giudicata sfavorevolmente dal legislatore, dall'altro limiterebbe fortemente i diritti del consumatore nei confronti dell'intermediario[55].

---

[53] E' indiscutibile infatti che tale rinunzia introdurrebbe un significativo squilibrio a danno del consumatore dei diritti e obblighi derivanti dal contratto.

[54] L'interpretazione estensiva della regola anche alla rinunzia all'azione è senz'altro consentita, ricorrendo tra le due ipotesi (limitazione della facoltà di opporre eccezioni/limitazioni del potere di azione) *l'eadem ratio* di tutelare il consumatore in una situazione per lui particolarmente sfavorevole: arg. da Cass. 3 novembre 1987, n. 8062, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 79

[55] E'significativo rilevare come il Tribunale di Roma (Sentenza 21 gennaio 2000, *in Foro it*.2000, I, 2045) adito da un associazione di consumatori (il Movimento Federativo Democratico) ai sensi dell'allora in vigore 'art. 1469 *sexies* c.c, abbia inibito alle banche nei rapporti coi consumatori, l'uso, tra le altre, della clausola con la quale si stabiliva che "*il cliente, col valersi dei servizi della banca, accetta senz'altro le norme e le condizioni da essa stabilite*", a motivo della sua natura vessatoria. Orbene a noi sembra di poter dire che se è vessatoria la clausola

Innovazione e Diritto

Né precluderebbe l'inefficacia di siffatta clausola la circostanza meramente formale che la stessa venisse cristallizzata in un atto separato dal regolamento negoziale[56]. Il problema in questo caso sarebbe solo di ordine probatorio, spettando al cliente dimostrare, anche solo fornendo la prova della contestualità delle due sottoscrizioni (in calce all'operazione bancaria e alla rinunzia)[57], che l'atto abdicativo si inserisca nell'unico regolamento negoziale, di cui costituirebbe una clausola.

Abbiamo però già visto che cliente dell'intermediario non è necessariamente il consumatore, ma può essere anche il "professionista", al quale è si impedito di invocare la tutela apprestatagli dalla normativa sulle clausole abusive, ma non quella del TUB.

Anche al professionista pertanto potrebbe essere rivolto "l'invito" dell'intermediario di rinunziare, con clausola inserita nel contratto negozio o in un atto separato, a far valere una o più delle nullità comminate dal TUB, con conseguenze analoghe a quelle che produrrebbe la rinunzia del consumatore.

Esclusa l'applicazione degli art. 33 e seg. del Codice del consumo, occorre verificare se alla declaratoria di invalidità della clausola contenente siffatta rinunzia, possa giungersi per altra via.

Non necessita di particolari argomenti l'affermazione che la relativa clausola, dovrà essere specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'art.

---

con la quale il cliente preventivamente accetta tutte le condizioni applicate dalla banca a un'operazione, a prescindere ("*senz'altro*") dalla legittimità o meno delle stesse (così interpretiamo, benché formulata ambiguamente, il significato della clausola), e a maggior ragione vessatoria la clausola con la quale il cliente rinunzi ad avvalersi dei rimedi attribuitigli dalle legge, per espungere, attraverso la declaratoria di nullita, dal regolamento negoziale la pattuizione illegittima.

[56] Infatti, ben possono le parti nella loro autonomia, consacrare la loro volontà negoziale in un solo documento, o in più atti separati, purché inscindibilmente collegati tra loro. (arg. da Cass. 23 febbraio 1999, n. 1541, in A*rch. giur oo.pp.*,, 1999, 301, con riferimento alla clausola compromissoria contenuta in un documento separato rispetto al contratto.

[57] Qui è appena il caso di ricordare che tra le parti la data di stipulazione della scrittura privata può essere provata con ogni mezzo. V. tra le tante Trib. Milano, 14 giugno 1993, in *Società e diritto*, 1994, 369.

Innovazione e Diritto

1341, comma 2, c.c. Se da un lato, infatti è pacifico che l'applicazione di tale norma - a differenza della disciplina sulle clausole abusive - non è legata a una particolare qualità soggettiva di colui che aderisce alle condizioni generali predisposte dal proponente[58], dall'altro è altrettanto indiscusso che la conclusione delle operazioni bancarie e finanziarie avviene su moduli e formulari dell'intermediario. Certa perciò l'applicazione ex art. 1342 cc) in linea di principio del comma 2 dell'art. 1341, la clausola che prevede la rinunzia del cliente a far valere la nullità può essere facilmente ricondotta tra quelle che sanciscono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni. Tale rinunzia non fa altro che restringere ulteriormente il potere di impugnazione da parte del cliente del negozio viziato, precludendogli di far valere l'invalidità non solo come mezzo per resistere alla pretesa di pagamento dell'intermediario, ma anche in via autonoma[59].

E' però palese che una tale soluzione lascerebbe del tutto insoddisfatto l'interprete, per le stesse ragioni per le quali si è ritenuto del tutto inadeguato il sistema di tutela dell'aderente predisposto dagli art. 1341 e 1342 c.c., al punto di spingere il legislatore ad intervenire con la disciplina, di ben altro contenuto precettivo, di cui al Codice del consumo.

Per garantirsi la validità ed efficacia della clausola che preveda la rinunzia del cliente a far valere le invalidità comminate dal TUB, sarebbe infatti, estremamente facile per l'intermediario far apporre la sottoscrizione anche in calce alla predetta clausola, o anche, come insegna la giurisprudenza, al mero richiamo della stessa espresso solo in forma numerica. Di qui la necessità di un sforzo da parte dell'interprete teso a individuare un più efficace rimedio ai

[58] Partendo da questa premessa la giurisprudenza è giunta ad affermare che il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie è necessario anche quando l'aderente è il contraente più forte, essendo le clausole predisposte da quello debole: così Cass. 22 maggio 1986, n. 3407, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1264

[59] Vedi la nota 52 e la giurisprudenza ivi richiamata.

Innovazione e Diritto

tentativi di abuso dell'intermediario, cui darebbe senz'altro luogo la possibilità di acquisire già all'atto della conclusione del contratto la rinunzia del cliente/professionista a impugnarlo davanti all'autorità giudiziaria.

12. Un'ipotesi di soluzione

Una soluzione, potrebbe essere rinvenuta all'interno dello stesso corpo normativo del TUB. La norma alla quale far riferimento è il comma 1 dell'art. 127, il quale prevede la derogabilità solo in senso più favorevole al cliente delle disposizioni in materia di trasparenza dei contratti bancari e finanziari. La portata generale della norma consente senz'altro di riferire il principio di derogabilità *in melius* e inderogabilità *in peius* anche alle norme che sanzionano con la nullità le violazioni delle regole di comportamento a carico dell'intermediario. Dalla regola potrebbe perciò trarsi spunto per sostenere che la clausola negoziale contenete la rinunzia preventiva del cliente a far valere una o più delle invalidità comminate dalla legge, derogherebbe in termini per lui sfavorevoli a tale disciplina. La clausola in oggetto, infatti, impedirebbe il determinarsi di quelle conseguenze sulla sorte del negozio o di una sua clausola, che per legge devono essere a vantaggio del cliente, alle quali da luogo il comportamento dell'intermediario difforme dalle regole a lui imposte.

Pertanto anche la clausola di rinunzia del cliente al potere di impugnare il contratto o una sua singola clausola, perché difforme dal contenuto imposto dalla legge, sarebbe nulla.

Un ausilio a tale soluzione può rinvenirsi nell'evoluzione prima sul piano legislativo, poi su quello dell'applicazione giurisprudenziale in altri settori delle contrattazioni, anche non di massa, che sono caratterizzati dalla presenza, come per le operazioni finanziarie, di una situazione di squilibrio delle parti, tale da indurre il legislatore a intervenire con un'apposita normativa volta a tutelare il contraente reputato debole. E' considerazione,

Innovazione e Diritto

infatti, ovvia che l'introduzione di regole che proteggono una solo dei soggetti del rapporto negoziale, reca con sé l'esigenza di assicurarne la loro concreta applicazione a fronte dei prevedibili tentativi da parte di chi, contraente cd. forte, è mal disposto ad accettare la riduzione del suo maggior potere contrattuale e quindi approfitta di tale posizione di forza per imporre alla controparte in sede di stipula o nello svolgimento del rapporto, se di durata, la rinunzia avvalersi della situazione di favore accordatagli dalla legge.

Così l'art.2113 c.c., sanziona espressamente con l'invalidità "*le rinunzie … che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e o dei contratti collettivi*". Identica regola stabilisce l'art. 23 della legge 11 febbraio 1971, n. 11 con riferimento ai diritti dell'affittuario di un fondo rustico, così come è sostanzialmente analoga quella dell'art. 79 della legge 392/1978 per le locazione di immobili urbani. Infine l'art. 1956, comma 2, nel testo modificato dall'art. 10, legge 17 febbraio 1992, n.154, afferma l'invalidità della preventiva rinunzia del fideiussore di invocare la propria liberazione per crediti concessi nonostante le sopravvenute difficoltà economiche del debitore.

L'applicazione giurisprudenziale delle richiamate norme ne chiarisce la loro portata. Così l'impugnabilità prevista dall'art.2113 c.c. della rinunzia del lavoratore, tanto se contestuale al contratto, tanto se intervenuta in costanza del rapporto, è stata spiegata dalla giurisprudenza col richiamo al principio generale dell'invalidità dell'atto abdicativo che abbia per oggetto diritti non liberamente disponibili delle parti, dal momento che quelli del lavoratore dipendente, sebbene abbiano natura patrimoniale, hanno la loro fonte in disposizioni inderogabili della legge ovvero della contrattazione collettiva. Da tale premessa è stato tratto argomento per escludere l'applicazione della regola quando non vengano in gioco diritti indisponibili. Così con riferimento al rapporto di agenzia, pur essendo in astratto pacifico la assoggettabilità dei

diritti scaturenti dal medesimo alla disciplina rigorosa dell'art.2113 c.c., si è esclusa l'invalidità della rinunzia dell'agente avente ad oggetto la misura delle provvigioni a lui spettanti, in quanto non essendo prescritti dei minimi inderogabili nella discipline legale o in quella collettiva, la loro determinazione rimessa alla libera disponibilità delle parti.

Se quindi il *discrimen* tra la validità o meno della rinunzia è costituito dall'avere oggetto diritti che trovano la loro fonte in disposizione di legge, nel primo caso derogabili nel secondo non, allora la soluzione proposta con riferimento alla clausola del contratto bancario contenente la rinunzia del cliente ad azionare le nullità previste dal TUB risulta rispettosa di tale criterio.

Vero, infatti, che le regole di comportamento sanzionate dalla predetta nullità sono parzialmente derogabili, ma altrettanto vero è che la deroga è consentita solo quando si traduce nella attribuzione al cliente di una posizione negoziale migliorativa rispetto a quella garantitagli dalla legge. Il diritto del cliente a vedersi riconosciuto dall'intermediario un trattamento negoziale non peggiore di quello previsto dalla legge è perciò indisponibile anche da parte del cliente, perché le norma di legge che lo prevedono non sono derogabili in tale senso. Le nullità previste dal TUB mirano a cautelare proprio tale diritto, consentendo al cliente di conseguire quel trattamento negoziale previsto dalla legge come limite alla libertà contrattuale dell'intermediario, che gli è stato negato da quest'ultimo in sede di conclusione dell'operazione. Ne segue che la rinunzia del cliente, già al momento in cui si instaura il rapporto, a far valere la nullità per l'inosservanza da parte dell'intermediario di una regola di condotta imposta dal TUB, sarebbe anch'essa nulla, perché concretizzerebbe un'abdicazione da parte del cliente al suo diritto di vedersi applicare le condizioni più favorevoli previste dalla legge, che nemmeno da lui è disponibile.

13. La ricognizione di debito

Proseguendo oltre nell'indagine, pur senza la pretesa di essere esaustivi sulle possibili forme di salvataggio della nullità[60], vi è da chiedersi se effetti di tal genere possano riconnettersi a un atto del cliente ricognitivo di un debito verso l'intermediario, scaturente da un negozio o una singola clausola. Sia però che nella dichiarazione il cliente abbia menzionato il rapporto causale, sia che lo abbia taciuto, va detto subito che se quest'ultimo è afflitto da nullità, la ricognizione rimane improduttiva di effetti sostanziali, non dando luogo alla nascita di alcuna obbligazione di pagamento a carico del dichiarante. E' principio consolidato, infatti, che l'art. 1988 c.c. non deroga ai principi generali di nullità e inefficacia delle attribuzioni patrimoniali prive di causa[61], per cui la ricognizione giammai ha effetti sostanziali sananti dell'eventuale nullità del rapporto sottostante.

Peraltro la mancata produzione di effetti idonei a recuperare sul piano sostanziale la nullità, non esclude che anche in tal caso si determinano le conseguenze processuali che il legislatore ricollega al negozio ricognitivo, vale a dire l'esonero per il destinatario della ricognizione - nel nostro caso l'intermediario - dal provare l'esistenza del rapporto fondamentale[62], e quando non richiamato nella dichiarazione, anche dall'onere di indicarlo[63].

Occorre, pertanto, chiedersi se e in quali termini l'astrazione processuale cui dà luogo il negozio ricognitivo sia suscettibile di incidere sulla deducibilità da parte del cliente di una delle nullità del TUB dalle quali sia eventualmente colpito il rapporto causale.

---

[60] Per le quali facciamo rinvio all'approfondito studio di Negri, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Napoli , 1981, p. 13 e ss.
[61] Tra le tante, v. Cass. 17 marzo 1993, n.3173, in *Giur. it.*, 1994, 1,1,1398 e Cass. 12 febbraio 1986, n.855, in *Mass. Foro it.*, 1996, col. 152.
[62] Così Cass. 9 settembre 1991, n.9480, in *Giur. it.*,2992, I, 1, p. 719.
[63] Cfr. Cass. 11 marzo 1976, n.846, in *Mass. Foro it.*, 1976, col. 183.

Innovazione e Diritto

Ipotizziamo, così, che il cliente rilasci un atto ricognitivo di un proprio debito all'intermediario. Quest'ultimo, giovandosi dell'astrazione processuale insita nel negozio non dovrà provare l'ammontare del suo credito, mediante l'esibizione delle sue scritture contabili (gli estratti conto) e, se non menzionata nella ricognizione, neppure sarà tenuto ad indicare la causa dello stesso.

Di fronte a ciò, le possibilità del cliente di contestare l'ammontare del credito dedotto dall'intermediario dipendono dal tipo di ricognizione effettuata.

Se, infatti la dichiarazione è titolata, perché indica l'operazione o le operazioni dal quale è scaturito il debito, gli importi dovuti per sorta capitale e quelli per eventuali interessi, il cliente potrà limitarsi a provare che i rapporti nominati sono nulli, tutti o solo alcuni, conseguendo per tal via la liberazione completa o parziale dalla ricognizione. Cosi, se dimostrerà che il tasso applicato all'operazione menzionata nella ricognizione era superiore a quello pubblicato dall'intermediario, non sarà tenuto al pagamento dell'importo riconosciuto per gli interessi. In tal caso, quindi, l'effetto processuale del negozio ricognitivo, vale a dire la presunzione di esistenza del rapporto sottostante, non pregiudicherà la possibilità da parte del suo autore di far valere la nullità di quest'ultimo.

Se, invece, la ricognizione indica solo l'ammontare del debito, ma non la ragione causale, per il cliente non sarà più sufficiente dedurre la nullità del rapporto fondamentale per sottrarsi all'adempimento. Di fronte, infatti al prevedibile ermetico silenzio dell'intermediario sulla causa del negozio ricognitivo, sarà il cliente a dover prima dimostrare, che sottostante al debito dichiarato non vi è rapporto diverso da quello che assume viziato da nullità. Non ottemperando a siffatto onere preliminare, l'azione (o l'eccezione) di

nullità sarebbe improponibile per il difetto dell'interesse a farla valere[64], in quanto la stessa non priverebbe in assoluto di giustificazione causale la ricognizione.

E' ovvio che la prova di cui si è detto non sarà sempre agevole, specie quando il cliente intrattenga con l'intermediario una pluralità di rapporti, e quindi la deduzione della nullità di uno di essi, non escluderebbe la sussistenza di altra valida causa dell'attribuzione patrimoniale.

In tal caso quindi gli effetti processuali della ricognizione si rifletteranno negativamente sulla stessa deducibilità della nullità e anzi possono giungere fino al punto di escluderla. L'assolvimento da parte del cliente dell'onere probatorio in merito all'individuazione del rapporto sottostante, infatti, incontrerà il limite del giudicato sugli effetti costrittivi della sua ricognizione, per cui il formarsi di quest'ultimo precluderà allo stesso l'ulteriore proponibilità della nullità relativa al rapporto sottostante, ancorché insanabile e imprescrittibile, e lo vincolerà, quindi, definitivamente al pagamento del debito[65].

Innovazione e Diritto

[64] Così Cass. 29.4.1998, n. 4364, in *Mass. Foro it.*, 1998, col. 455.

[65] E' principio consolidato che l'insanabilità che viene ricollegata normalmente alle nullità (anche assolute) è da intendersi quale insanabilità nel corso del procedimento, in quanto l'intervenire del giudicato, impedendone il rilievo fuori di quel processo sana anche queste invalidità: così tra le tante Cass. 30 maggio 1995, n. 6050, in *Mass. Foro it.*, 1995, col. 714.

Acquisto e godimento dell'abitazione familiare tra norme di favore e imposizione patrimoniale*

*di Alessandro Turchi**
Professore associato di Diritto tributario
Università di Modena e Reggio Emilia

ABSTRACT

The article examines the tax treatment of the purchase and enjoyment of the family home, highlighting the twofold attitude in this matter by the legislature. On the one hand, the decision to facilitate in different respects the taxpayers and promote, in this way, the formation of the family; on the other, to consider the family home as investment good with economic value that justifies taxation. The solutions adopted seem to be consistent, even though present some critical aspects.

SINTESI

L'articolo esamina il regime fiscale dell'acquisto e del godimento dell'abitazione familiare, mettendo in evidenza il duplice atteggiamento assunto in materia dal legislatore. Da un lato, la scelta di agevolare sotto diversi profili i contribuenti interessati e promuovere, anche in questo modo, la formazione della famiglia; dall'altro, quella di considerare l'abitazione come bene di investimento dotato di un valore economico che ne giustifica la tassazione. Le soluzioni adottate appaiono nel complesso coerenti, pur presentando alcuni aspetti critici.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La detrazione degli interessi sui mutui contratti per l'acquisto e la costruzione dell'abitazione principale. La specialità del regime riservato ai coniugi cointestatari del mutuo – 3. Le agevolazioni 'prima casa' concesse in materia di imposte sui trasferimenti. La centralità riconosciuta in giurisprudenza alle esigenze abitative della famiglia – 4. Il godimento dell'abitazione familiare. La tripartizione normativa delle fattispecie agevolate e la polisemanticità del concetto di abitazione principale – 4.1. La deduzione dal reddito complessivo riconosciuta ai possessori dell'abitazione principale – 4.2. La penalizzazione prevista per le seconde case non locate – 4.3. – La detrazione dall'Irpef concessa ai conduttori dell'immobile – 4.4. Il possesso dell'abitazione principale nel siste

*Professore Associato di Diritto Tributario, Università di Modena e Reggio Emilia

Innovazione e Diritto

ma dell'Ici e dell'Imu. Ipotesi di cumulo dei relativi benefici con quelli previsti in materia reddituale – 4.5. La destinazione familiare della casa di abitazione nel passaggio dall'Imu alla Tasi

1. Premessa

La legge tributaria agevola in vario modo l'acquisto e il godimento degli immobili destinati ad abitazione del contribuente e della sua famiglia[1]. Diversi sono i tributi interessati, e differenti le misure di favore adottate: deduzioni dal reddito, detrazioni dall'imposta, riduzioni di aliquota ed esclusioni dalla base imponibile. Diversi anche – lo si vedrà meglio – i concetti di abitazione principale e di 'prima casa' ai quali il legislatore fa riferimento, considerando a volte il dato fattuale della dimora nell'immobile, altre volte anche quello (formale) della residenza anagrafica. Non esiste in questo settore una specifica disciplina di favore per la famiglia, dal momento che i benefici *de quibus* sono riservati al «contribuente»: ma, in alcune situazioni, proprio l'esistenza di familiari (anche non fiscalmente a carico) giustifica il riconoscimento delle agevolazioni. Così avviene quando l'immobile è considerato abitazione principale ai fini Irpef in quanto adibito a dimora abituale dei soli familiari del contribuente, e quando le agevolazioni per l'acquisto della prima casa vengono riconosciute a chi possiede altro fabbricato inidoneo a soddisfare le esigenze abitative del nucleo familiare.

I regimi impositivi che ci si appresta ad analizzare rispondono a logiche non del tutto armonizzabili fra loro, e cercano di mediare tra le contrapposte

[1] Il presente articolo riproduce parte del secondo capitolo della monografia pubblicata dall'autore su *La famiglia nell'ordinamento tributario – Parte seconda. Tra favore e limiti del sistema*, Giappichelli, Torino, 2015.

Innovazione e Diritto

esigenze che sorgono quando si tratta di definire lo *status* fiscale della casa di abitazione. Da un lato, la necessità di considerare l'immobile quale bene di investimento dotato di un valore economico che ne giustifica la tassazione; dall'altro, l'esigenza di non penalizzare l'utilizzo abitativo dell'immobile stesso, che soddisfa bisogni essenziali del contribuente e della famiglia. Le disposizioni introdotte in materia rappresentano un buon compromesso in tal senso e, pur presentando alcuni profili di criticità, permettono di adeguare la valutazione della capacità contributiva dei soggetti interessati – e, di conseguenza, il carico del prelievo – alla loro situazione personale e familiare.

Sul piano costituzionale, non par dubbia la legittimità di forme di imposizione gravanti sulla casa di abitazione. Il possesso dell'abitazione può essere assunto a ragionevole indice di capacità contributiva e giustificare un prelievo patrimoniale correlato anche al criterio del beneficio, ossia ai vantaggi che i contribuenti (i proprietari innanzitutto, ma non solo loro) traggono dalla fruizione dei servizi pubblici erogati sul territorio. E' vero che la specialità dell'imposizione patrimoniale immobiliare ha suscitato motivate riserve in dottrina, così come il richiamo allo stesso criterio del beneficio[2]; ma l'orientamento della Corte costituzionale – che ritiene «non manifestamente irrazionale presumere che i fabbricati ricevano, più di ogni altra fonte di reddito, particolari benefici dai servizi e dalle attività gestionali» dell'ente pubblico[3] – può essere condiviso, se si pensa che i servizi pubblici giovano sia ai proprietari, che vedono valorizzati gli immobili, sia ai detentori, che

[2] Così, di recente, G. MARINI, *Ricchezza immobiliare e imposizione patrimoniale*, in *Corr. trib.*, 2013, 2973 s., che critica il ricorso al principio del beneficio, perché tale da fondare «una nozione di capacità contributiva del tutto indeterminata e inidonea a fungere da criterio valutativo di costituzionalità per l'assenza di qualsiasi possibilità di controllo della misura del godimento dei pubblici servizi», e anche perché, al giorno d'oggi, la proprietà immobiliare non denoterebbe un'attitudine al concorso maggiore di quella espressa dalla proprietà mobiliare.

[3] Corte cost., 23 maggio 1985, n. 159, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1613, con riguardo alla sovraimposta comunale sui fabbricati.

Innovazione e Diritto

fruiscono direttamente di tali servizi[4].

Ciò non toglie ovviamente che l'obiettivo – pur costituzionalmente garantito – di proteggere la famiglia e promuoverne lo sviluppo tramite «provvidenze fiscali» (come stabilisce l'art. 31 Cost.) possa essere perseguito anche con norme tributarie esonerative o agevolative, che facilitino l'acquisto dell'abitazione e ne rendano poco gravoso il possesso[5]. E' quindi conforme a Costituzione, e auspicabile in chiave di politica fiscale, un sistema che adotti soluzioni intermedie, in grado di contemperare gli interessi connessi alla tassazione della ricchezza immobiliare con l'attenzione dovuta alle situazioni personali e familiari dei contribuenti.

In questo contesto, equilibrata risultava la disciplina originaria dell'Ici, che assoggettava ad imposta anche le abitazioni principali, concedendo però marcati benefici ai possessori. La soppressione del tributo sulle abitazioni principali, avvenuta a partire dal 2009 e ribadita dopo l'introduzione dell'Imu, ha incrinato la coerenza del sistema a danno dei proprietari di altre tipologie di immobili (fra cui le seconde case e gli immobili strumentali all'esercizio

[4] Lo sottolinea L. SALVINI, *L'Imu nel quadro del sistema fiscale*, in *Rass. trib.*, 2012, 691, ricordando come anche Corte cost. 22 aprile 1997, n. 111, in *Rass. trib.*, 1998, 492, avesse dato rilievo al principio del beneficio per giustificare sul piano costituzionale la tassazione del patrimonio immobiliare.

[5] Del tutto condivisibili, quindi, le affermazioni di G. MARINI, *op. cit.*, 2975, secondo cui la casa di abitazione «è un bene protetto a livello costituzionale» e assume «una connotazione di tutela (non soltanto 'negativa') che supera la dimensione strettamente proprietaria o patrimoniale, verso una protezione 'positiva' e dinamica riservata ai valori primari che attengono alla persona e al suo sviluppo come individuo e nelle formazioni sociali, prima fra tutte quella familiare». Tra le provvidenze fiscali richiamate dall'art. 31 Cost. dovrebbero ricomprendersi «quelle relative all'abitazione, essendo fin troppo noto – e trovando conferma in studi empirici – che uno dei principali ostacoli alla formazione della famiglia è rappresentato proprio dalla mancanza di disponibilità di un'abitazione» (p. 2976). Lo stesso Autore ricorda che anche la Corte di Strasburgo si è pronunciata al riguardo, considerando necessaria la ricerca, da parte dei legislatori nazionali, di un giusto equilibrio tra le esigenze finanziarie della collettività e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (compreso il diritto di proprietà) e censurando prelievi così elevati da generare situazioni di difficoltà esistenziale per i contribuenti (Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 maggio 2013, C 66529/11 – *N.K.M. c. Ungheria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1212).

Innovazione e Diritto

dell'impresa). Coerenza solo in parte recuperata dalla previsione di un secondo tributo locale (la Tasi) che grava in linea di principio anche sulle abitazioni principali, ma lascia ai Comuni la possibilità di ridurre o azzerare il prelievo.

Permangono, come accennato, profili di criticità nella disciplina vigente. Ad esempio, la deducibilità della rendita catastale di tutte le abitazioni principali dal reddito complessivo dei proprietari comporta effetti di iniquità verticale, perché equipara contribuenti che si trovano in situazioni anche molto diverse fra loro, a motivo della diversa tipologia, ubicazione e implicita redditività degli immobili. Sarebbe forse più equo differenziare sotto questo profilo il trattamento fiscale, e modulare la deduzione in termini inversamente proporzionali al valore del fabbricato. Discorso analogo per la detrazione degli interessi passivi sostenuti in relazione ai mutui ipotecari conclusi per l'acquisto o la costruzione dell'immobile.

Quanto alla tassazione patrimoniale, aspetti problematici emergono – lo si vedrà *infra* – in ordine alla disciplina della Tasi. Il concetto di abitazione principale assunto dalla legge non appare sempre chiaro; mentre, a livello sistematico, la previsione di detrazioni parametrate alla situazione familiare del contribuente (convivenza con figli di età non superiore a 26 anni) risulta incoerente con la natura reale del tributo, e rivela il perdurare della commistione tra profilo reddituale e patrimoniale del prelievo che ha caratterizzato la recente evoluzione della normativa sulla tassazione degli immobili non locati e – in ispecie – il passaggio dall'Irpef all'Imu (prima) e alla Tasi (poi)[6].

[6] Si veda in tema, con riferimento al sistema antecedente all'introduzione della Tasi, C. CORRADO OLIVA, *Evoluzione e combinazione di imposizione reddituale e patrimoniale sugli immobili. Alcune osservazioni su loro coerenza e legittimità costituzionale*, in *Dir. e prat. trib.*, 2013, I, 691.

Innovazione e Diritto

2. La detrazione degli interessi sui mutui contratti per l'acquisto e la costruzione dell'abitazione principale. La specialità del regime riservato ai coniugi cointestatari del mutuo

Le prime fattispecie da esaminare sono quelle regolate dall'art. 15, comma 1, lett. *b*), e comma 1-*ter*, T.U, riguardanti – lo si è accennato nel precedente capitolo – due delle tipologie di oneri che il contribuente sostiene nell'interesse proprio, ma che hanno (o possono avere) diretta attinenza alle sue esigenze familiari. Si tratta degli interessi passivi e degli oneri accessori pagati in relazione a mutui ipotecari contratti per l'acquisto o la costruzione dell'unità immobiliare da adibire ad abitazione principale, per importi annui rispettivamente non superiori a € 4.000 e a € 2.582,28. Come in altre ipotesi, la legge concede una detrazione dall'Irpef pari al 19% degli oneri sostenuti, condizionata alla sussistenza di determinati requisiti, che sono mutati nel tempo e interessano in certi casi anche la situazione familiare del contribuente.

In origine, il beneficio fiscale consisteva nella deducibilità dal reddito complessivo, entro limiti prestabiliti, degli interessi pagati «in dipendenza di mutui garantiti da ipoteca su immobili»[7]. La disciplina era più benevola di quella attuale, non tanto per il fatto di prevedere la deduzione (anziché la detrazione) dell'onere, quanto per la mancanza di qualsiasi riferimento allo scopo dell'operazione e, dunque, alla necessità che il mutuo fosse finalizzato all'acquisto dell'abitazione principale. Il riferimento all'abitazione principale comparve nel 1994, quando la deduzione dal reddito fu trasformata in detrazione d'imposta e circoscritta appunto agli interessi pagati «per l'acquisto dell'unità immobiliare da adibire ad abitazione principale», intendendosi per

[7] Art. 10, comma 1, lett. *c*), D.R. 29 settembre 1973, n. 597, e art. 10, comma 1, lett. *d*), D.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Dalle iniziali £. 3.000.000, l'importo deducibile aumentò sino a £. 7.000.000.

Innovazione e Diritto

tale quella in cui «il contribuente dimora abitualmente»[8]: concetto assai rigoroso, che espungeva dall'ambito applicativo dell'agevolazione gli immobili destinati a dimora dei familiari. Il concetto attuale di abitazione principale («quella nella quale il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente») è stato introdotto nel 2000, in occasione dell'ultimo significativo riassetto del regime *de quo*[9].

Tre anni prima, la detrazione era stata estesa agli interessi passivi pagati per la costruzione dell'immobile[10]. Il regolamento attuativo della relativa disciplina riprendeva il concetto di abitazione principale stabilito dalla normativa primaria all'epoca in vigore, ignorando anch'esso i familiari del contribuente[11]. Il regolamento, ancora vigente, non è mai stato modificato sul punto: emerge pertanto un'incongruenza del sistema, che l'Agenzia delle entrate supera in via interpretativa[12].

La novella del 2000 ha dato rilievo anche sotto altro profilo ai rapporti familiari del contribuente che beneficia della detrazione. E' stato previsto infatti – e si avrà modo di tornare sul punto – che, in caso di mutuo cointestato

[8] Art. 13-*bis*, comma 1, lett. *b*), D.R. 22 dicembre 1986, n. 917, inserito dall'art. 3, comma 1, lett. *e*), D.L. 31 maggio 1994, n. 330, convertito con modificazioni in L. 27 luglio 1994, n. 473, a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data dell'8 dicembre 1993.

[9] Art. 13-*bis*, comma 1, lett. *b*), D.R. 22 dicembre 1986, n. 917, modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *f*), L. 23 dicembre 2000, n. 388, a decorrere dal periodo d'imposta 2001. La prova del fatto che il mutuo è stato stipulato per l'acquisto dell'abitazione principale «può risultare dal contratto di mutuo, dal contratto di acquisto dell'immobile, da altra documentazione rilasciata dalla banca su apposita richiesta del contribuente» (circolare dell'Agenzia delle entrate n. 15/E del 20 aprile 2005, in *Boll. trib.*, 2005, 612), e anche da una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (risoluzioni n. 147/E del 22 dicembre 2006, *ivi*, 2007, 446, e n. 117/E del 29 aprile 2009, in *def.finanze.it*).

[10] Comma 1-*ter* dell'art. 13-*bis*, D.R. 22 dicembre 1986, n. 917, inserito, a decorrere dal 1° gennaio 1998, dal'art. 3, comma 1, L. 27 dicembre 1997, n. 449.

[11] Art. 1, comma 1, D.M. 30 luglio 1999, n. 311.

[12] Anche in questo caso, infatti, le istruzioni alla compilazione della dichiarazione dei redditi identificano l'abitazione principale nell'unità immobiliare «nella quale il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente», e specificano – come già avviene con riguardo all'ipotesi dell'acquisto dell'immobile – che la dimora abituale può risultare dai registri anagrafici o da autocertificazione resa ai sensi del D.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Innovazione e Diritto

ai coniugi, «ciascuno di essi può fruire della detrazione unicamente per la propria quota di interessi», mentre, in caso di coniuge fiscalmente a carico dell'altro, «la detrazione spetta a quest'ultimo per entrambe le quote». La norma riveste particolare importanza sul piano sistematico perché, nel riservare ai coniugi una disciplina espressamente ancorata al criterio (formale) dell'intestazione del mutuo, autorizza a ritenere *a contrario* che, nelle altre fattispecie, la detrazione possa spettare sulla base di un criterio diverso (sostanziale), che prescinde dalla titolarità del contratto e valorizza piuttosto il pagamento degli interessi passivi.

La riforma fiscale del 2003 ha mutato la numerazione ma non il contenuto della disposizione in esame. L'art. 13-*bis*, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 è diventato art. 15 T.U. Alcune modifiche sono state apportate al regime delle detrazioni degli interessi passivi, ma nessuna riguarda la sfera familiare del contribuente[13].

Per cercare di comprendere come l'appartenenza a una famiglia incida oggi sulla spettanza delle detrazioni *de quibus*, va innanzitutto ribadito che esse competono solo al contribuente che sostenga l'onere nell'interesse proprio: la fattispecie non rientra invero tra quelle contemplate dall'art. 15, comma 2, T.U., che riconoscono in detrazione determinate spese anche se sostenute nell'interesse dei familiari fiscalmente a carico. Nel caso degli interessi passivi su mutui ipotecari, sostenere la spesa nell'interesse proprio (risultare cioè «contribuente») significa essere beneficiario degli effetti del mutuo, e dunque divenire proprietario (pieno o nudo) dell'unità immobiliare acquistata o costruita. Non beneficia del mutuo l'usufruttuario, né chi contrae nell'interesse di altro soggetto (familiare o meno), acquirente dell'immobile: nessuno dei due

[13] Si ricorda soltanto che, a decorrere dal 1° gennaio 2008, l'importo degli interessi passivi pagati in relazione a mutui ipotecari conclusi per l'acquisto dell'abitazione principale, su cui calcolare la detrazione d'imposta, è stato elevato a € 4.000, con conseguente detraibilità massima di € 760 (art. 1, comma 202, L. 24 dicembre 2007, n. 244).

è «contribuente» ai fini dell'art. 15, comma 1, lett. *b*), T.U., né può detrarre gli interessi eventualmente pagati[14].

Questa regola si riflette sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra familiari, perché disincentiva la stipula di mutui ipotecari finalizzati all'acquisto o alla costruzione di unità immobiliari da parte di soggetti diversi da colui che sostiene l'onere (*id est*, effettua il pagamento) degli interessi passivi. Il padre è disincentivato a concludere un mutuo (e a pagare interessi) per l'acquisto dell'abitazione principale del figlio, perché non può fruire della detrazione; e lo stesso vale per il marito che intenda finanziare l'acquisto della moglie, dal momento che la detraibilità *pro quota* degli interessi passivi, prevista per il caso del mutuo cointestato ai coniugi, presuppone pur sempre che entrambi i coniugi siano «contribuenti», cioè acquirenti dell'immobile. In sostanza – e a differenza di quanto avviene nelle ipotesi in cui gli artt. 10 e 15 T.U. ammettono in deduzione o in detrazione anche le spese sostenute nell'interesse dei familiari – la destinazione familiare dell'onere non permette di considerare «contribuente» (beneficiario della detrazione) chi paga il mutuo nell'interesse altrui[15].

Le relazioni familiari incidono per altri versi sulla struttura della fattispecie agevolativa.

[14] In caso di mutuo intestato interamente al padre e stipulato per l'acquisto della nuda proprietà di un immobile concesso in usufrutto al figlio, il padre può fruire della detrazione in relazione a tutti gli interessi pagati, rapportati all'intero valore dell'immobile. Invece, la detrazione non compete all'usufruttuario, che non acquista l'unità immobiliare (cfr. in termini la circolare ministeriale n. 108/E del 3 maggio 1996, in *Boll. trib.*, 1996, 814).

[15] Il punto è stato criticamente evidenziato da L. Carpentieri, *Oneri deducibili e familiari a carico: il caso dei mutui cointestati*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I, 98 s.: «gli interessi passivi su mutuo ipotecario stipulato per l'acquisto della casa di abitazione della famiglia, qualificandosi come spese 'necessitate' e non comprimibili (al pari di quelle mediche o di quelle per istruzione), dovrebbero più correttamente essere ricompresi dal legislatore nell'ambito degli oneri deducibili anche se sostenuti nell'interesse di familiari a carico. L'obiettivo della proprietà dell'abitazione dovrebbe infatti essere incentivato anche attraverso un'adeguata politica fiscale».

Innovazione e Diritto

In primo luogo, il vincolo familiare rileva per individuare l'abitazione principale il cui acquisto o la cui costruzione la legge intende agevolare. L'abitazione principale coincide infatti con la dimora abituale del contribuente o dei suoi familiari, sicché la detrazione compete anche al proprietario che conceda in uso l'immobile al coniuge, al figlio o al genero[16]. La regola corrisponde a quella stabilita dagli artt. 10, comma 3-*bis*, e 16 T.U. con riguardo ad altre agevolazioni connesse al possesso dell'abitazione principale, su cui ci si soffermerà nel prosieguo del capitolo.

Nei rapporti fra coniugi, il vincolo familiare condiziona anche sotto altro profilo il regime dell'agevolazione fiscale perché modifica, rispetto all'ipotesi generale, il concetto di sostenimento dell'onere assunto dall'art. 15 T.U. La norma ammette in detrazione dall'imposta lorda quote di oneri «sostenuti» dal contribuente: ma, proprio con riguardo al caso degli interessi passivi dovuti dai coniugi su mutui ipotecari, detta una regola speciale, che non risulta estesa alle altre fattispecie agevolate. Come segnalato, infatti, a partire dal 2001 si prevede che, se il mutuo è intestato a entrambi i coniugi, ciascuno può fruire della detrazione unicamente per la propria quota di interessi, e che, se un coniuge è fiscalmente a carico dell'altro, la detrazione spetta per intero al secondo[17].

[16] Le istruzioni alla compilazione della dichiarazione dei redditi precisano che anche il coniuge separato rientra tra i familiari finché non intervenga l'annotazione della sentenza di divorzio. In caso di divorzio, al coniuge che ha trasferito altrove la dimora abituale spetta comunque il beneficio della detrazione per la quota di competenza, se presso l'immobile acquistato con il mutuo dimorano abitualmente i familiari. L'Agenzia delle entrate ha chiarito che l'abitazione principale non coincide con la residenza ma con la dimora abituale, sicché il contribuente può provare di dimorare in un immobile diverso da quello di residenza anagrafica (circolare n. 15/E del 20 aprile 2005, già citata). Come si vedrà, entrambi i requisiti della residenza anagrafica e della dimora abituale sono stati, e sono, invece richiesti ai fini dell'esenzione dall'Imu e delle agevolazioni riconosciute in materia di Tasi con riguardo all'abitazione principale.

[17] A parere dell'Agenzia delle entrate, la possibilità per il coniuge di detrarre la quota di interessi passivi di pertinenza dell'altro coniuge fiscalmente a carico riguarda soltanto i mutui contratti per l'acquisto dell'abitazione, non anche quelli stipulati per la sua costruzione o ristrutturazione (circolare n. 11/E del 21 maggio 2014, in *Boll. trib.*, 2014, 769).

Innovazione e Diritto

Prima che questa regola fosse introdotta, non era chiaro se l'onere dovesse ritenersi «sostenuto» dal contraente mutuatario o da chi, pur senza essere mutuatario, avesse pagato gli interessi passivi. Il problema emerse dopo l'abolizione del cumulo dei redditi familiari – posto che, in vigenza del cumulo, la deduzione spettava al contribuente anche per gli oneri sostenuti da (o riferibili a) soggetti i cui redditi fossero a lui imputati – e trovò soluzioni discordanti.

Con riferimento all'art. 10, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, nel testo sostituito dall'art. 5, L. 13 aprile 1977, n. 144, la tesi più rigorosa era stata prospettata dal Ministero delle finanze e dalla Corte costituzionale, dovendo l'onere essere dedotto in base «all'imputazione giuridica quale risulta dal titolo che costituisce, esso solo, il presupposto di deducibilità», e quindi «dal reddito del contribuente che lo sostiene, e cioè ... dal reddito del mutuatario giuridicamente tenuto al pagamento dei relativi interessi»[18]; e venne poi ripresa dalla Commissione tributaria centrale, secondo cui, nel parlare di «oneri sostenuti», il legislatore non avrebbe «voluto certo indicare il coniuge che ha materialmente effettuato il pagamento, ovvero quello che ha procurato la somma occorrente per il pagamento, essendo invece logico ritenere che si sia voluta indicare quella persona fisica che, per contratto, era obbligata a pagare gli interessi sul mutuo che aveva stipulato»[19]. Anche la Corte di

[18] Così, rispettivamente, la risoluzione ministeriale n. 8/208 del 18 marzo 1982, in *def.finanze.it*, e Corte cost., 24 marzo 1983, n. 76, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1766. La risoluzione affermava che, così interpretato, l'art. 10, D.R. 29 settembre 1973, n. 597 avrebbe rispettato «il necessario adeguamento della disciplina fiscale degli oneri deducibili ai nuovi princìpi sull'autonomia tributaria dei coniugi, conseguente alla nota dichiarazione di incostituzionalità del cumulo dei redditi dei coniugi, da cui discende la totale separazione delle posizioni reddituali degli stessi». Nello stesso senso si era espressa la nota n. 8/1142 del 29 luglio 1980, in *Boll. trib.*, 1980, 1568.

[19] Così, *ex multis*, Comm. trib. centr., 3 marzo 1989, n. 1626, in *Giur. im*, 1990, 65; Id., 18 aprile 1991, n. 2996, in *Riv. dir. trib.*, 1991, II, 602; Id., 12 luglio 1993, n. 2296, in *Fisco*, 1993, 11101 («nel caso di mutuo ipotecario intestato a entrambi i coniugi, di cui uno titolare della nuda proprietà e l'altro dell'usufrutto, l'Ufficio deve attenersi alla norma tributaria che fa riferimento all'intestatario della partita bancaria; ed essendo intestatari di questa entrambi i coniugi, la deduzione spetta

Innovazione e Diritto

cassazione ritenne che il familiare cointestatario del mutuo non avrebbe potuto detrarre una quota di interessi passivi maggiore di quella a suo carico in base al titolo, «ancorché abbia di fatto provveduto al pagamento integrale»[20].

Ne derivava che, in tutte le ipotesi di acquisto immobiliare in comproprietà con mutuo cointestato, ciascun comproprietario (e mutuatario) poteva dedurre la propria quota di interessi, anche se pagata da altri. Era dunque favorito chi non pagava interessi, e penalizzato chi pagava interessi per quote di proprietà altrui. La regola era forse giustificabile considerando che il *solvens* era legittimato ad agire in via di rivalsa nei confronti degli altri mutuatari, mentre la legge ammetteva in deduzione i soli oneri rimasti effettivamente a carico (e dunque, nella specie, la sola quota di interessi di spettanza di chi avesse pagato per intero).

Altre sentenze adottarono una posizione meno formalistica e riconobbero la deduzione integrale al soggetto che, a prescindere dall'intestazione del mutuo e della documentazione giustificativa, avesse materialmente pagato gli interessi passivi. Il marito avrebbe perciò potuto dedurre tutti gli interessi pagati, compresi quelli di spettanza della moglie cointestataria dell'immobile e del mutuo, «in quanto esiste l'obbligo giuridico della corresponsione ed il suo adempimento incide sulla situazione personale nello stesso modo in cui vi incide il pagamento del debito individuale»[21]. Anche la Commissione tributaria centrale si espresse in questo senso, riconoscendo

nella misura del 50% a persona; la circostanza che uno solo di essi abbia dichiarato redditi è ininfluente, per cui nel caso la deduzione spetta solo al dichiarante nella misura del 50%»); Id., 3 novembre 1995, n. 3576, in *Fisco*, 1996, 3431; Id., 10 ottobre 1996, n. 4995, in *www.leggiditalia.it* («gli interessi passivi sui mutui ipotecari sono deducibili – ora detraibili – dal reddito del soggetto che li ha sostenuti, per tale intendendosi il soggetto intestatario dello stesso, essendo del tutto ininfluente ogni altra considerazione sulla proprietà dell'immobile cui il mutuo si riferisce»).

[20] Cass., 18 agosto 1997, n. 7669, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1106.

[21] Comm. trib. II grado di Catania, 15 marzo 1983, in *Boll. trib.*, 1983, 1644. Conforme Comm. trib. I grado di Udine, 9 settembre 1992, in *Fisco*, 1993, 2884.

che «se il genitore sopporta l'onere degli interessi passivi per sé e per i figli che è tenuto a mantenere, la sua capacità contributiva effettiva risulta sostanzialmente ridimensionata dai suddetti oneri deducibili», e che, «se non si tenesse conto di tale circostanza, il principio della capacità contributiva verrebbe sostanzialmente tradito ed assumerebbe un significato diverso a seconda della composizione del nucleo familiare e della formale imputazione ad esso di uno o più redditi»[22]. Ne risultavano favoriti i nuclei familiari monoreddito, per i quali sarebbe rimasta altrimenti indeducibile la quota di interessi a carico del soggetto (di regola, la moglie) intestatario del mutuo ma privo di redditi propri.

Come detto, la prima soluzione è stata adottata *expressis verbis* per i mutui cointestati ai coniugi che non siano fiscalmente a carico l'uno dell'altra. Il legislatore ha introdotto infatti un criterio di tipo formale, che dà esclusivo rilievo all'intestazione del mutuo e determina effetti diversi a seconda dei casi.

Se il mutuo è cointestato a coniugi coacquirenti dell'unità immobiliare, la detrazione spetta a ciascuno *pro quota*, e va determinata considerando sia le quote di comproprietà che quelle di titolarità del mutuo. Se le quote sono uguali non sorgono particolari problemi; negli altri casi, ciascun coniuge potrà detrarre solo in proporzione alla minore tra le quote di proprietà e di titolarità del mutuo, dal momento che la «propria quota di interessi» ammessa in detrazione dall'art. 15, comma 1, lett. *b*), T.U. va rapportata non solo al mutuo ma anche alla proprietà dell'immobile. Se i coniugi acquistano quote indivise di proprietà del 50% ma il marito è obbligato a restituire il 70% del mutuo, la moglie può fruire della detrazione per il 30% degli interessi dovuti («propria

[22] Comm. trib. centr., 16 marzo 1996, n. 1127, in *Riv. dir. trib.*, 1996, II, 976. Si vedano anche Id., 12 dicembre 1992, n. 3458, in *Corr. trib.*, 1992, 3266 (che, in un'ipotesi inversa alla precedente, in cui il mutuo era intestato a un solo coniuge in regime di comunione legale, ma pagato da entrambi, riconobbe a entrambi i coniugi la deduzione *pro quota* degli interessi passivi), e Id., 13 settembre 1995, n. 3068, in *Giur. im*, 1995, 797.

Innovazione e Diritto

quota»), mentre il marito può fruirne solo per il 50% (quota dovuta nell'interesse proprio). Discorso analogo nel caso in cui il mutuo sia cointestato al 50% ma la proprietà venga acquistata dai coniugi per quote disuguali. Si determina in sostanza una parziale perdita del beneficio fiscale in tutte le ipotesi di coacquisto o di cointestazione del mutuo per quote diverse dal 50%.

Effetti deteriori si verificano quando, pur essendo il mutuo cointestato, l'acquisto è compiuto da uno solo dei coniugi, oppure quando i coniugi acquistano insieme l'immobile, ma uno solo di loro risulta mutuatario. Infatti, il coniuge mutuatario ma non acquirente non può detrarre perché non è «contribuente», mentre il coniuge acquirente (o coacquirente) può detrarre solo la «propria quota di interessi» risultante dal mutuo[23].

Va peraltro osservato che, in determinate situazioni, l'Agenzia delle entrate riconosce al coniuge la detrazione a prescindere dalla titolarità del mutuo o dalla proprietà dell'immobile.

In un caso in cui i coniugi si erano separati dopo aver stipulato insieme il mutuo e acquistato in comproprietà l'abitazione principale, e il marito aveva trasferito la propria quota alla moglie, che si era accollata per intero il mutuo senza modificarne la cointestazione, è stata riconosciuta alla moglie l'intera detrazione degli interessi passivi, a condizione che l'accollo venisse formalizzato in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata e le quietanze di pagamento fossero integrate dall'attestazione che l'onere era

[23] L'Agenzia delle entrate ritiene che – in ragione del carattere unitario dell'operazione di estinzione e accensione di nuovo mutuo – il coniuge, il quale, a seguito della rinegoziazione del mutuo originariamente stipulato da entrambi i coniugi per l'acquisto in comproprietà dell'abitazione principale, diventi unico titolare del contratto, possa fruire della detrazione anche in relazione alla quota di interessi passivi originariamente riferibile all'altro coniuge (risoluzione n. 57/E del 21 febbraio 2008, in *def.finanze.it*). Si ammette anche l'ipotesi speculare, ossia la detraibilità, da parte di entrambi i coniugi divenuti cointestatari del mutuo originariamente concluso da uno solo di loro per l'acquisto in comproprietà dell'abitazione principale e poi rinegoziato, delle relative quote di interessi passivi, con la precisazione che, se uno dei coniugi è fiscalmente a carico dell'altro, la detrazione spetta al secondo anche per la quota di competenza del primo (circolare n. 21/E del 23 aprile 2010, in *Boll. trib.*, 2010, 691).

stato sostenuto (*id est*, pagato) dalla moglie anche per la quota riferita al marito. Analogo principio è stato affermato con riguardo a un caso in cui il marito separato aveva ottenuto l'attribuzione dell'immobile già di proprietà della moglie, unica intestataria del mutuo, e aveva pagato i relativi interessi passivi[24]. In entrambe le ipotesi l'Agenzia ha svalutato il criterio formale dell'intestazione del mutuo e dato prevalenza alla sostanza delle cose, ossia alla titolarità dell'abitazione, oltre che dell'obbligazione di pagamento degli interessi passivi, in capo a uno solo dei coniugi.

In una precedente occasione, la detrazione era stata attribuita per intero al coniuge unico mutuatario, in relazione all'acquisto dell'abitazione principale avvenuto in comproprietà con l'altro coniuge[25]. La soluzione non può dirsi corretta in punto di diritto, perché, a rigore, la comproprietà dell'immobile impedisce di ritenere che l'onere venga interamente sostenuto dal mutuatario nell'interesse proprio, e dovrebbe impedire anche l'integrale detrazione degli interessi da parte sua.

Tornando alla norma in esame, può osservarsi che la scelta di riconoscere la detrazione ai coniugi solo se intestatari del mutuo semplifica l'operato degli uffici finanziari perché evita la necessità di accertare il dato fattuale del pagamento degli interessi passivi, ma pregiudica in certi casi i coniugi stessi, e anche per questo va considerata derogatoria rispetto al generale criterio che identifica gli oneri «sostenuti» con quelli pagati dal contribuente. Il criterio generale si riespande nelle altre situazioni, comprese quelle che attengono a rapporti patrimoniali tra parenti o affini. Ferma restando quindi l'indetraibilità degli interessi passivi pagati per acquistare immobili dei familiari, va affermato che, quando l'onere è sostenuto dal contribuente nell'interesse proprio, ciò che rileva ai fini della detrazione è il

[24] Circolare n. 20/E del 13 maggio 2011, in *Boll. trib.*, 2011, 783
[25] Circolare n. 17/E del 18 maggio 2006, in *Boll. trib.*, 2008, 855.

Innovazione e Diritto

fatto del pagamento e non l'intestazione del mutuo. Il «contribuente» legittimato a detrarre è chi acquista l'immobile e paga gli interessi passivi, anche se non intestatario del mutuo: ma l'Agenzia delle entrate afferma che «la detrazione d'imposta spetta agli acquirenti che siano contestualmente contraenti del mutuo ipotecario»[26].

Ove si ritenga però – come sembra preferibile – che il criterio del pagamento prevalga su quello della titolarità del contratto, la detrazione dovrebbe essere riconosciuta a prescindere dall'intestazione del mutuo, distinguendo a seconda del fatto che il contribuente, che paga gli interessi passivi, acquisti la proprietà dell'abitazione per intero o *pro quota*. Nel primo caso la detrazione spetterebbe con riguardo all'intero ammontare degli interessi, entro il limite previsto dalla legge; nel secondo, con riguardo all'importo degli interessi rapportato alla quota di proprietà acquistata.

In questa prospettiva, emergono evidenti differenze di trattamento fra i coniugi e gli altri familiari.

Per riprendere gli esempi fatti sopra, se Tizio acquista l'abitazione principale al 50% con la moglie (non fiscalmente a carico) ed è intestatario al 30% del mutuo che paga però per metà, la detrazione gli spetta solo per il 30% degli interessi passivi; ma se l'immobile è acquistato insieme al figlio, l'importo detraibile sale al 50%. Se il mutuo è intestato soltanto alla moglie, Tizio non può detrarre nulla; se è invece intestato al figlio, la detrazione è fruibile in base alla quota di proprietà acquistata e all'ammontare dei pagamenti effettuati. E si potrebbe continuare.

In chiave ricostruttiva, questa disarmonia lascia indubbiamente perplessi: la coerenza del sistema appare intaccata da una disciplina farraginosa e complessa, ispirata a esigenze antielusive non ben avvertibili,

[26] Come si legge nelle istruzioni alla compilazione della dichiarazioni dei redditi.

Innovazione e Diritto

che distingue la posizione dei coniugi da quella degli altri contribuenti (familiari e non) senza che, in realtà, si avverta il bisogno di riservare ai primi un regime tributario *sui generis*.

3. Le agevolazioni 'prima casa' concesse in materia di imposte sui trasferimenti. La centralità riconosciuta in giurisprudenza alle esigenze abitative della famiglia

L'acquisto della casa di abitazione è agevolato anche sotto un secondo profilo, che concerne la riduzione delle imposte ordinariamente dovute sul trasferimento immobiliare. L'imposta di registro si applica infatti sulla 'prima casa' con aliquota del 2% (e, comunque, nell'importo minimo di € 1.000), mentre le imposte ipotecaria e catastale sono dovute nella misura fissa di € 50 e nulla è dovuto a titolo di bollo e tasse ipotecarie[27]. La cessione di case di abitazione, ancorché non ultimate, è agevolata anche ai fini Iva, purché ne permanga l'originaria destinazione, in presenza delle condizioni di cui alla richiamata nota II-*bis*[28]. Una disciplina di favore è prevista altresì in tema di imposta

[27] Le agevolazioni fiscali per l'acquisto della prima casa di abitazione sono state introdotte dall'art. 1, comma 6, L. 22 aprile 1982, n. 168, che ne condizionava la spettanza al fatto che non si trattasse di abitazioni di lusso e che l'acquirente dichiarasse nell'atto di trasferimento di non possedere altro fabbricato abitativo nel Comune di residenza o di svolgimento dell'attività prevalente, di adibire l'immobile acquistato a propria abitazione e di non aver già fruito delle agevolazioni stesse. La disciplina è mutata più volte, sino alla sistemazione datane dall'art. 16, comma 1, lett. *b*), D.L. 22 maggio 1993, n. 155, convertito con modificazioni in L. 19 luglio 1993, n. 243 (che ha aggiunto la nota II-*bis* all'art. 1 della tariffa, parte prima, allegata al D.R. 26 aprile 1986, n. 131), e dall'art. 3, comma 131, L. 28 dicembre 1995, n. 549 (che ha sostituito la nota stessa). L'obbligo di adibire l'immobile ad abitazione principale dell'acquirente, previsto dal D.L. 22 maggio 1993, n. 155, è stato eliminato in sede di conversione del decreto, e non è più stato riproposto in seguito. Fino al 31 dicembre 2013, l'imposta di registro era dovuta con aliquota del 3%, le imposte ipotecaria e catastale in misura pari a € 168 ciascuna e le tasse di bollo e ipotecarie in misura pari a € 320. La disciplina attuale è stata introdotta a far data dal 1° gennaio 2014 dall'art. 10, commi 1 e 2, D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, e dall'art. 26, D.L. 12 settembre 2013, n. 104, convertito con modificazioni in L. 8 novembre 2013, n. 128.

[28] La norma di riferimento è il n. 21 della tabella A, parte seconda, allegata al D.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (sostituito dall'art. 16, comma 4, D.L. 22 maggio 1993, n. 155): si applicano allora l'Iva al 4% e le imposte di registro e ipocatastali in misura pari a € 200 ciascuna. Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175, si poneva un problema con riguardo

Innovazione e Diritto

sostitutiva sui finanziamenti erogati a persone fisiche per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione della prima casa di abitazione: l'aliquota è ridotta infatti allo 0,25%, a condizione che la parte mutuataria dichiari sussistere le condizioni richieste per poter fruire dei benefici 'prima casa' in materia di registro[29].

La fattispecie non coincide con quella esaminata nel paragrafo precedente, e non è detto che i relativi benefici si cumulino fra loro. Mentre infatti l'art. 15, comma 1, lett. *b*), T.U. condiziona la detrazione degli interessi passivi alla destinazione dell'immobile a dimora abituale del contribuente o dei familiari, le agevolazioni *de quibus* sono riconosciute sulla base di requisiti che prescindono dall'effettivo utilizzo del bene, dal momento che la nota II-*bis* dà rilievo alla tipologia dell'immobile, alla sua ubicazione e alla mancata titolarità di altre unità abitative da parte dell'acquirente[30]. Ciò nonostante, la Corte di

all'individuazione delle abitazioni interessate dall'agevolazione, dal momento che il tradizionale riferimento ai requisiti previsti dal D.M. del 2 agosto 1969 per le abitazioni non di lusso – abbandonato in materia di registro a favore del diverso criterio della classificazione catastale del fabbricato in categorie diverse da A/1, A/8 e A/9 – permaneva ai fini dell'Iva, sicché i presupposti dei benefici *de quibus* mutavano a seconda del tributo da applicare, e uno stesso fabbricato poteva risultare 'prima casa' ai fini dell'imposta di registro ma non dell'Iva, o viceversa: con buona pace della coerenza del sistema. In questo senso si era espressa l'Agenzia delle entrate con circolare n. 2/E del 21 febbraio 2014, in *Boll. trib.*, 2014, 367 (mentre, nel vigore del precedente sistema, la circolare n. 38/E del 12 agosto 2005, *ivi*, 2005, 1228, aveva confermato l'irrilevanza della classificazione catastale dell'immobile, dovendo comunque determinarsene la natura lussuosa in base ai parametri stabiliti dal D.M. del 2 agosto 1969); e anche la dottrina aveva evidenziato il disallineamento fra la disciplina delle due imposte (V. Mastroiacovo, *Modifiche all'imposizione indiretta sui trasferimenti di immobili a titolo oneroso*, in *Corr. trib.*, 2014, 194). L'art. 33, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 ha risolto il problema modificando il n. 21 della tabella A, parte seconda, allegata al D.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e stabilendo che l'aliquota Iva del 4% si applichi – in presenza delle altre condizioni richieste dalla legge – agli atti di trasferimento o costituzione di diritti reali aventi ad oggetto case di abitazione classificate o classificabili nelle categorie catastali diverse da A/1, A/8 e A/9: anche ai fini Iva, l'agevolazione 'prima casa' viene dunque a dipendere dalla categoria catastale dell'immobile.

[29] Art. 18, D.R. 29 settembre 1973, n. 601.

[30] Più in particolare, essa richiede che il fabbricato sia ubicato nel Comune in cui l'acquirente ha o stabilisca entro 18 mesi dall'acquisto la propria residenza (o, se diverso, nel Comune in cui egli svolge la propria attività ovvero, se trasferito all'estero per ragioni di lavoro, in quello in cui ha sede o esercita l'attività il soggetto da cui dipende) e che lo stesso acquirente dichiari di non essere titolare esclusivo o in comunione con il coniuge dei diritti di proprietà, usufrutto,

Innovazione e Diritto

cassazione riconduce anche le agevolazioni 'prima casa' fra le misure dirette a promuovere l'edilizia residenziale e a stimolare «l'investimento del risparmio nella proprietà dell'immobile stabilmente adibito a dimora della persona» (e, solo in via eventuale, del suo nucleo familiare)[31].

Possono darsi pertanto abitazioni principali che non godono delle agevolazioni previste per la prima casa (come il fabbricato adibito a dimora abituale dal contribuente proprietario di altri immobili siti nello stesso Comune o acquistati fruendo dei benefici *de quibus*), e prime case che non sono abitazioni principali perché non adibite a dimora abituale del contribuente o dei familiari (si pensi all'appartamento locato a terzi o acquistato da un contribuente che lavora all'estero)[32].

I benefici si perdono se l'immobile viene ceduto prima del decorso di 5 anni dall'acquisto, a meno che il contribuente non proceda, entro un anno dalla

uso e abitazione di altra casa di abitazione sita nel Comune in cui si trova l'immobile da acquistare, e di non essere titolare su tutto il territorio nazionale, neppure per quote o in regime di comunione legale, dei diritti di proprietà, usufrutto, uso o abitazione su immobili acquistati da lui o dal coniuge con altre agevolazioni 'prima casa'. A parere dell'Agenzia delle entrate, la «rilevanza sociale che riveste la casa di abitazione di proprietà» giustifica la scelta normativa di «agevolarne l'acquisto anche nell'ipotesi in cui il beneficiario stabilisca la residenza in un altro immobile, purché quest'ultimo sia ubicato nello stesso Comune dove si trova quello acquistato con l'agevolazione» (risoluzione n. 140/E del 10 aprile 2008, in *Boll. trib.*, 2008, 1185, che ha escluso la decadenza dal beneficio in una situazione in cui il mancato trasferimento della residenza nell'immobile acquistato in via agevolata era dipeso dalla dichiarazione di inagibilità dello stesso, e dunque da causa di forza maggiore).

[31] Cass., 18 luglio 1996, n. 6476, in *Dir. e prat. trib.*, 1998, II, 412, nonché Id., 25 maggio 2002, n. 7686, in *Arch. civ.*, 2003, 350. Sulla soppressione dell'obbligo, prima previsto dalla legge, di adibire ad abitazione principale la casa acquistata con le agevolazioni, o di dichiarare la volontà di provvedere al riguardo, si vedano le circolari dell'Agenzia delle entrate n. 69/E del 14 agosto 2002, in *Boll. trib.*, 2002, 1175, e n. 38/E del 12 agosto 2005, già citata, nonché Cass., 14 maggio 2003, n. 7437, in *Arch. civ.*, 2004, 438.

[32] M. Greggi, *Abitazione principale e requisito di residenza a confronto nella disciplina tributaria di agevolazione del nucleo familiare*, in *Fam. e dir.,* 2010, 244, sottolinea, nella disciplina dell'imposta di registro, «la valorizzazione del concetto di prima casa a discapito di quello di abitazione principale», e osserva che «la prima casa può non coincidere con l'abitazione principale e, di fatto, i benefici 'prima casa' sono attribuiti e legittimamente rivendicati dal contribuente che acquista la sua prima unità immobiliare a uso abitativo ma ha fissato altrove la sua abitazione principale».

cessione, ad acquistare altro immobile da adibire a «propria abitazione principale». Se ne desume che l'effettiva destinazione abitativa del bene, irrilevante ai fini dell'agevolazione del primo acquisto, condiziona invece il permanere della stessa nel caso in cui il fabbricato venga ceduto e sostituito entro l'anno da altra unità immobiliare, che il contribuente deve appunto utilizzare come «propria abitazione principale».

La nota II-*bis* non distingue tra contribuenti con o senza famiglia. Ma – ed è questo il punto da evidenziare – il fatto che il contribuente sia parte di una famiglia incide in modo significativo sull'assetto della fattispecie agevolativa, perché la spettanza dei benefici 'prima casa' può dipendere dal regime patrimoniale adottato dai coniugi, mentre la presenza di familiari anche diversi dai coniugi assume rilievo, secondo indirizzi giurisprudenziali ormai consolidati, ai fini della verifica dei requisiti della residenza e della mancata titolarità di altre case di abitazione, cui la legge subordina le agevolazioni in oggetto.

Per espressa previsione normativa, lo *status* coniugale incide sulla spettanza delle agevolazioni perché determina un'estensione delle fattispecie di titolarità di altre case di abitazione che precludono la possibilità di applicare la disciplina di favore. Il contribuente non ha diritto alle agevolazioni non solo se è titolare esclusivo di altra abitazione sita sul territorio dello stesso Comune o sull'intero territorio nazionale (purché, in quest'ultimo caso, il relativo acquisto, anche *pro quota*, abbia scontato il prelievo agevolato), ma nemmeno se tale abitazione sia stata acquistata in comunione con il coniuge: comunione legale quando si tratta di immobili situati al di fuori del Comune in cui si trova la casa da acquistare (al solo «regime di comunione legale» sull'abitazione acquistata dal contribuente o dal coniuge fa riferimento infatti la lett. *c*) della nota II-*bis*, comma 1); anche comunione ordinaria o convenzionale – secondo parte della giurisprudenza – quando si tratta invece di immobili ubicati nel

Innovazione e Diritto

territorio dello stesso Comune (di «comunione con il coniuge» parla la lett. *b*) della stessa nota).

Il riferimento alle situazioni di comunione immobiliare fra coniugi – inserito nelle lett. *b*) e *c*) della nota II-*bis* solo nel 1995 – presenta alcuni profili di criticità.

La scelta di negare le agevolazioni a chi acquista un'abitazione possedendone un'altra nello stesso Comune si spiega in ragione del fatto che, vista la disponibilità del primo alloggio, il legislatore non considera il secondo acquisto necessitato dall'esigenza del contribuente di stabilire nel Comune la propria dimora. Questa logica non appare però sempre congruente con il requisito della mancata comproprietà di altre abitazioni con il coniuge.

Per un verso, infatti, sono prospettabili situazioni in cui, nonostante la comproprietà, uno dei coniugi non abbia la concreta possibilità di destinare l'immobile ad abitazione (ad esempio, a motivo di contrasti insorti con l'altro). Un'interpretazione letterale della lett. *b*), tale da comprendere tutte le forme di «comunione con il coniuge», potrebbe in questi casi risultare eccessivamente penalizzante per chi decida di comprare, e destinare ad abitazione, un altro fabbricato sito nello stesso Comune. La Corte di cassazione evidenzia questo aspetto, e distingue fra precedenti acquisti idonei o meno a soddisfare le esigenze abitative del coniuge acquirente del secondo immobile: solo quelli del primo tipo precluderebbero il beneficio fiscale.

L'idoneità abitativa è stata spesso desunta dal titolo del primo acquisto, ossia dal fatto che esso avvenga in regime di comunione legale. Solo la comunione legale integrerebbe infatti «la destinazione del bene ad abitazione del coniuge in via esclusiva», mentre le altre forme di comunione, attribuendo il semplice diritto di godere *pro quota* del bene comune, non ne consentirebbero un uso esclusivo, «per cui la titolarità di quota è simile a quella di immobile inidoneo a soddisfare le esigenze abitative dell'acquirente», con

Innovazione e Diritto

conseguente spettanza delle agevolazioni 'prima casa'[33]. Questa tesi comporta una forzatura della *littera legis*, ma permette di applicare la disciplina in esame in modo più aderente alla *ratio* che l'ha giustificata. Senza considerare che, a volte, anche gli immobili acquistati in comunione legale potrebbero rivelarsi inidonei alle esigenze abitative del coniuge: come nei casi di separazione legale, nei quali – lo si vedrà nel quarto capitolo – la stessa Corte equipara i coniugi agli altri comproprietari e ammette le agevolazioni anche in caso di previo acquisto immobiliare in comunione legale.

In senso contrario si è però espressa una recente sentenza di legittimità secondo cui, nel riferirsi alla «comunione con il coniuge» senza ulteriori specificazioni, la lett. *b*) della nota II-*bis* precluderebbe il beneficio fiscale a tutti i coniugi già comproprietari di unità abitative nel territorio comunale, a prescindere dal regime patrimoniale adottato e dunque dal fatto che l'immobile fosse stato acquistato in comunione legale, ordinaria o convenzionale: «tanto più che la distinzione circa il titolo della comunione stessa viene operata nella successiva lett. *c*) della medesima nota II-*bis* della tariffa per escludere l'accesso all'agevolazione a chi ne abbia, in precedenza, fruito in riferimento all'intero territorio nazionale»[34]. Interpretazione rigorosa, ma conforme alla lettera della norma; meno probante invece il richiamo della suprema Corte a un'asserita presunzione legale di destinazione dell'immobile comune ad abitazione familiare, posto che – lo si è visto – la legge non richiede che la 'prima casa' sia adibita a tale uso.

Per altro verso, l'esperienza smentisce a volte la netta demarcazione

[33] Cass., 10 settembre 1999, n. 9647, in *Riv. not.*, 2000, 410; Id., 14 maggio 2007, n. 10984, in *Fisco*, 2007, 1, 4324; Id., 8 ottobre 2014, n. 21289, in *Fisco*, 2014, 1, 4179.

[34] Cass., 26 marzo 2014, n. 7069, in www.leggiditalia.it in una fattispecie in cui l'immobile era stato acquistato coi benefici 'prima casa' da una signora che aveva già comprato insieme al marito, in regime di separazione dei beni (e dunque in comunione ordinaria), altro immobile sito nello stesso Comune.

Innovazione e Diritto

tracciata dalla legge fra i coniugi e gli altri comproprietari (familiari e non). Il contribuente non perde il diritto alle agevolazioni 'prima casa' se, nel Comune interessato, possiede altra abitazione in comproprietà con il figlio, il fratello o altro soggetto; lo perde invece se la comproprietà sussiste con la moglie o con il marito (perlomeno nei casi di comunione legale). Ma non è solo la comunione fra coniugi a garantire (o a poter garantire) la disponibilità dell'immobile e la soddisfazione dei bisogni abitativi: basti pensare alla comproprietà tra genitori e figli, che spesso risulta idonea allo scopo. Il legislatore ritiene – per riprendere le parole della Corte – che la contitolarità dell'immobile non consenta di regola di «destinare la casa comune ad abitazione di uno solo dei comunisti», e deroga a questo criterio solo nel caso dei coniugi. La norma risponde all'idea che, fra tutti i comproprietari, soltanto i coniugi (e, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, soltanto i coniugi in regime di comunione legale) acquistino per abitare insieme l'immobile e non necessitino di altre abitazioni nel Comune; sarebbe però forse più logico equiparare la comunione fra coniugi a quella tra altri familiari, nelle situazioni in cui l'immobile acquistato *pro quota* risulti idoneo a soddisfare le esigenze abitative del compratore.

Ai sensi della lett. *c*) della nota II-*bis*, i benefici 'prima casa' non spettano a chi sia titolare, anche in regime di comunione legale, di altra casa di abitazione acquistata in via agevolata, se l'acquisto sia stato effettuato «dallo stesso soggetto o dal coniuge». Gli acquisti immobiliari da parte del coniuge, cui la norma si riferisce, sono soltanto quelli successivi al matrimonio e oggetto di comunione immediata ai sensi dell'art. 177 c.c.: l'agevolazione spetta quindi a uno dei coniugi nelle situazioni in cui, al momento dell'acquisto della prima casa, l'altro fosse già proprietario di unità abitative acquistate con i benefici fiscali ma estranee al regime di comunione legale.

Come gli altri contribuenti, anche il coniuge perde il diritto alle

agevolazioni se, ed in quanto, «titolare» esclusivo o *pro quota* di altra abitazione già acquistata in regime agevolato: non importa se per effetto di negozi conclusi in prima persona o – ed è questa la particolarità della comunione legale – soltanto dall'altro coniuge. Nel menzionare l'altra casa di abitazione «acquistata dallo stesso soggetto o dal coniuge», la norma non può che riferirsi alla casa che il «soggetto» (contribuente) abbia acquistato direttamente o in forza di un contratto stipulato dal coniuge «in regime di comunione legale». Al di fuori della comunione legale, infatti, non esistono acquisti di un coniuge che divengano tali per l'altro, e non sono prospettabili situazioni in cui uno dei coniugi possa dirsi «titolare» di case di abitazione, o di altri beni, in forza di contratti conclusi dal proprio consorte (quali appunto i contratti stipulati prima del matrimonio o aventi ad oggetto beni personali).

In definitiva, il riferimento alle fattispecie di comunione legale fra coniugi contenuto nella lett. *c*) della nota II-*bis*, comma 1 appare superfluo, perché gli acquisti in comunione legale dovrebbero comunque essere trattati allo stesso modo degli altri acquisti in comproprietà (fra coniugi e non), e la portata operativa della norma non muterebbe se dal testo fossero espunti i richiami al «regime di comunione legale» e agli acquisti effettuati «dal coniuge». Nonostante le apparenze – e a differenza di quanto osservato con riguardo alla lett. *b*) della medesima nota – non esistono qui speciali regole riservate all'ambito dei rapporti familiari.

L'autonoma soggettività passiva dei coniugi può comportare che, in ipotesi di acquisto comune della prima casa, le agevolazioni fiscali spettino a uno di loro (non «titolare» di altre case di abitazione) e non all'altro (proprietario o usufruttuario di unità abitative in precedenza acquistate in via agevolata come beni personali).

Questa regola costituisce espressione di un principio più generale, che interessa tutte le fattispecie di contitolarità di immobili per il cui acquisto si

richieda il riconoscimento dei benefici *de quibus*. Principio che la giurisprudenza applica da tempo, affermando appunto che l'acquisto in comproprietà di un bene «non implica il trasferimento della proprietà, complessivamente intesa, in capo ad un unico e nuovo soggetto, ma pone ciascun compratore nella situazione di titolare di detta proprietà», e che «un beneficio fiscale, accordato nel concorso di determinati requisiti attinenti alla persona dell'acquirente, non può essere, in via generale, per il caso di acquisto in comproprietà, globalmente riconosciuto o negato in ragione della sussistenza od insussistenza dei requisiti stessi con riferimento ad uno solo dei compratori», dovendosi invece «fare riferimento all'indicata natura della comproprietà indivisa, e quindi accertare, per ogni acquirente, la presenza o meno delle condizioni per fruire dell'agevolazione». Ciò varrebbe anche nel caso della comunione legale fra coniugi, in quanto «le peculiarità del titolo costitutivo e della regolamentazione di detta comunione legale, correlate alle esigenze di tutela del nucleo familiare, non elidono le delineate caratteristiche, perché resta ferma la concorrente spettanza ad ognuno dei coniugi compratori della proprietà del medesimo bene, con identificazione della consistenza delle singole posizioni, anche nei rapporti con i terzi, in base al parametro della quota»[35]. Sul caso dei coniugi acquirenti in regime di comunione legale si è espressa anche l'Agenzia delle entrate, ribadendo che i benefici fiscali

[35] Cass., 4 aprile 1996, n. 3159, in *Fam. e dir.*, 1996, 473. In senso analogo Id., 26 settembre 1996, n. 8502, e Id., 21 giugno 2001, n. 8463, in *Riv. giur. trib.*, 2002, 346, con nota di B. Ianniello, *Agevolazioni prima casa: benefici 'a metà' solo se uno dei coniugi è in regola*, ad opinione della quale avrebbe dovuto preferirsi un'altra soluzione, tesa ad estendere il beneficio fiscale «all'intero acquisto in comunione legale, e ciò anche nell'ipotesi in cui uno dei coniugi sia sfornito dei presupposti di legge»: soluzione più rispondente alla *ratio* agevolativa della disciplina in esame, e tale da evitare «ingiustificate disparità di trattamento tra coniugi a seconda del regime patrimoniale in cui versano». La giurisprudenza più recente richiede che entrambi i coniugi dichiarino nel rogito notarile di possedere i requisiti richiesti per la fruizione delle agevolazioni *de quibus* (Cass., 4 febbraio 2015, n. 1988, in *Riv. giur. trib.*, 2015, 413).

Innovazione e Diritto

spettano *pro quota* al solo coniuge non titolare di altre abitazioni[36].

In effetti, la ventilata estensione di tali benefici al coniuge che, dopo averne fruito in una prima occasione, acquisti altra abitazione in regime di comunione legale non sarebbe coerente con il principio della equiparabilità della comunione legale alla titolarità esclusiva (che impone di considerare in maniera autonoma la posizione di ciascun comproprietario) e non avrebbe nemmeno la scopo di sanare asserite disparità di trattamento rispetto ai coniugi in regime di separazione dei beni. Ciò che rileva, infatti, è il trattamento fiscale del primo acquisto: se esso è avvenuto in via agevolata, i benefici 'prima casa' non sono più applicabili a prescindere dal regime patrimoniale adottato dai coniugi al momento dell'acquisto successivo; in caso contrario, ciascun coniuge potrà fruire *pro quota* delle previste riduzioni d'imposta.

Come anticipato, i vincoli familiari (non solo coniugali) incidono in maniera determinante su altri profili della fattispecie agevolativa, con particolare riguardo al requisito della residenza dell'acquirente nel Comune di ubicazione dell'immobile e al concetto di «altra casa di abitazione», la cui titolarità preclude la fruizione dei benefici *de quibus*. Nel verificare la sussistenza di tali

[36] «Nel caso in cui due coniugi, in regime di comunione legale, acquistino un appartamento da adibire ad abitazione principale, ma solo uno dei due possegga i requisiti soggettivi per fruire dell'agevolazione 'prima casa' (in quanto, ad esempio, l'altro ha già fruito dell'agevolazione in relazione ad un immobile acquistato prima del matrimonio ovvero in regime di separazione dei beni), il beneficio si applica nella misura del 50%, vale a dire limitatamente alla quota acquistata dal coniuge in possesso dei requisiti richiesti» (circolare n. 18/E del 29 maggio 2013, in *Boll. trib.*, 2013, 823, che riprende la già citata circolare n. 38/E del 12 agosto 2005). E' stato così superato l'orientamento restrittivo espresso dalla circolare ministeriale n. 19/E del 1° marzo 2001, in *Boll. trib.*, 2001, 369, che aveva negato a entrambi i coniugi il beneficio fiscale («qualora l'acquirente sia titolare, anche in comunione legale, di una casa di abitazione acquistata in regime agevolato dallo stesso o dal coniuge, non può avvalersi dell'agevolazione tributaria. Infatti tale acquisto, estendendosi *ope legis* anche all'altro coniuge, comporta, nella sostanza, la fruizione anche da parte di quest'ultimo del beneficio tributario; pertanto, permanendo detta situazione di titolarità, per ambedue i coniugi è preclusa la possibilità di avvalersi di nuovo dei benefici per la prima casa»).

Innovazione e Diritto

requisiti, la Corte di cassazione non considera la sola posizione dell'acquirente ma guarda alla sua situazione familiare: la residenza «propria», richiesta dalla lett. *a*) della nota II-*bis*, comma 1, viene intesa in senso atecnico, come residenza della famiglia; e anche il concetto di «altra casa di abitazione» viene interpretato in senso soggettivo, valutando se l'immobile sia idoneo a soddisfare i bisogni abitativi del nucleo familiare del contribuente.

Quest'ultimo orientamento emerse già in relazione alla disciplina del 1982, che negava le agevolazioni 'prima casa' a chi avesse posseduto altro fabbricato «destinato ad abitazione». A giudizio della suprema Corte, infatti, si sarebbe dovuto ritenere «destinato ad abitazione» soltanto un «alloggio concretamente in grado di sopperire ai bisogni abitativi» del contribuente e della famiglia, sicché la tassazione agevolata non sarebbe stata impedita dalla titolarità di altro alloggio, «ove esso, pur munito di destinazione abitativa, sia inidoneo, per caratteristiche e dimensioni, ad offrire effettiva abitazione al compratore del nuovo immobile (ed alla sua famiglia)»[37]. Secondo i giudici di legittimità, una simile interpretazione avrebbe trovato conferma nella successiva disciplina della materia che, nel rinnovare (con alcune modifiche) la concessione del trattamento agevolativo, sostituì il riferimento al fabbricato «destinato» con quello al fabbricato «idoneo» ad abitazione, per poi menzionare, a partire dal 1995, la «casa di abitazione». Del resto, prescindere dalla verifica della situazione familiare dell'acquirente avrebbe significato «limitare l'agevolazione in esame ai soli casi in cui l'originaria abitazione sia divenuta inabitabile a seguito di eventi naturali o ad essi assimilabili (terremoto, frana, incendio) che ne impediscano radicalmente il godimento», e tradire la *ratio*

[37] Così le già citate sentenze n. 6476 del 18 luglio 1996 (relativa al caso di due coniugi già comproprietari di una residenza balneare inidonea a soddisfare le necessità abitative della famiglia) e n. 7686 del 25 maggio 2002 (riguardante un'ipotesi di comproprietà di 1/9 di un appartamento ereditato dal contribuente e gravato da usufrutto legale a favore della madre, che vi abitava).

Innovazione e Diritto

legis, che «è quella di facilitare l'accesso alla proprietà di un'abitazione idonea in favore dei contribuenti meno abbienti, diminuendo il carico fiscale che a tale operazione si accompagnerebbe»[38].

Il principio è stato ribadito in sede di applicazione delle norme del 1993 e del 1995, sulla base dei medesimi argomenti[39].

La giurisprudenza valorizza in tal modo le esigenze, anche costituzionali, di tutela e promozione della famiglia, e adotta un criterio interpretativo sicuramente razionale. Non può però tacersi che, a differenza delle disposizioni in vigore sino al 1995, le lett. *b*) e *c*) della nota II-*bis*, comma 1, non parlano più di fabbricato «destinato» o «idoneo» ad abitazione, ma utilizzano un'espressione («casa di abitazione») che parrebbe ridurre, se non eliminare, lo spazio per valutazioni di ordine soggettivo, concernenti la possibilità di adibire l'immobile all'uso abitativo dell'acquirente e della sua famiglia. Uno spunto in questo senso si coglie nella stessa giurisprudenza di legittimità che, nel ribadire la necessità di valutare le caratteristiche abitative dell'immobile in rapporto alle esigenze personali, familiari e lavorative dell'acquirente, ha distinto il sistema normativo introdotto dall'art. 3, comma 131, L. 28 dicembre 1995, n. 549 da quelli antecedenti, osservando appunto che «già sotto il profilo

[38] Cass., 12 ottobre 1999, n. 11428, in *Giur. im*, 2000, 340.

[39] Cass., 11 luglio 2003, n. 10925, in *Boll. trib.*, 2004, 155; Id., 23 dicembre 2003, n. 19738, *ibid.*, 1195 (in un caso in cui l'ufficio non contestava che l'immobile già posseduto in comproprietà dalla contribuente non fosse idoneo, sotto il profilo soggettivo, a soddisfare le esigenze abitative del nucleo familiare della stessa, ma sosteneva che l'idoneità abitativa dovesse essere determinata solo oggettivamente, verificando la classificazione catastale e la rispondenza ai requisiti tecnici e di autonomia funzionale che qualificano un fabbricato come idoneo all'uso abitativo); Id., 8 gennaio 2010, n. 100, in *Corr. trib.*, 2010, 671 (che ha riconosciuto spettare le agevolazioni fiscali a una contribuente già proprietaria di un immobile di 22 mq., «insufficiente per dimensioni e caratteristiche complessive a sopperire ai bisogni abitativi suoi e della famiglia»). Di contrario avviso era stata la circolare ministeriale n. 1/E del 2 marzo 1994, in *Boll. trib.*, 1994, 401 («milita avverso l'interpretazione che vorrebbe tenere conto dell'aspetto soggettivo l'evidente carenza di una specifica disposizione normativa; in realtà la legge non reca alcun parametro che possa indurre a collegare l'idoneità dell'abitazione ai bisogni della famiglia»).

Innovazione e Diritto

letterale, l'espressione 'fabbricato idoneo ad abitazione' evidenzia l'*intentio legis* di differenziarla da quella (sicuramente solo 'oggettiva') di 'casa di abitazione' impiegata nell'alinea del comma 1 della nota II-*bis*»[40].

In realtà, non sembra che il riferimento della nuova disciplina alla «casa di abitazione» imponga di interpretare in senso meramente oggettivo il relativo concetto. La legge non contiene infatti alcuna esplicita indicazione al riguardo (come accadrebbe se fossero richiesti i dati catastali dell'immobile o i suoi requisiti tecnici e di autonomia funzionale), e non impedisce di intendere il possesso della «casa di abitazione» come disponibilità di un fabbricato concretamente idoneo a soddisfare i bisogni abitativi dell'acquirente e della famiglia. Esiste insomma un'accezione anche soggettiva di «abitazione», che può senz'altro essere utilizzata ai nostri fini. Tant'è vero che il rigoroso indirizzo giurisprudenziale appena segnalato non è stato ripreso da sentenze successive, che hanno riconosciuto le agevolazioni in esame aderendo alla tesi più liberale, senza arrestarsi di fronte alla diversa formulazione della vecchia e della nuova norma[41].

Anche nel verificare il rispetto del requisito richiesto dalla lett. *a*) della nota II-*bis*, comma 1 (ubicazione dell'immobile nel territorio del Comune in cui l'acquirente ha, o stabilisca entro 18 mesi, la residenza), la Corte di cassazione considera la situazione familiare del contribuente ed estende in via interpretativa il concetto di residenza «propria» al quale la norma fa espresso richiamo. Il principio secondo cui il requisito della residenza va riferito alla famiglia (non ai suoi singoli membri) viene affermato con riguardo a fattispecie di coacquisto immobiliare da parte di coniugi in regime di

[40] Cass., 17 maggio 2006, n. 11564, in *Dir. e prat. trib.*, 2006, II, 1202.
[41] Così la citata sentenza n. 100 dell'8 gennaio 2010. L'idoneità dell'immobile a soddisfare le esigenze abitative della famiglia non può però essere valutata con riferimento alla situazione di un solo familiare, che lo utilizzi separatamente dagli altri membri del nucleo (Cass., 19 dicembre 2005, n. 28105, in *www.leggiditalia.it*).

Innovazione e Diritto

comunione legale, e comporta il riconoscimento delle agevolazioni fiscali in misura piena anche quando uno dei coniugi non risiede nel territorio del Comune.

In una prima occasione, la Corte si era limitata a rilevare che, nel regime di comunione legale, il coniuge rimasto estraneo all'atto di trasferimento non avrebbe potuto ritenersi «acquirente» del bene, ricevuto *ex lege*, e non avrebbe quindi nemmeno dovuto possedere i requisiti richiesti per la fruizione delle agevolazioni in esame[42]. La prospettiva è poi mutata, e l'accento è stato spostato sugli effetti che l'acquisto compiuto ai sensi dell'art. 177 c.c. produce nei confronti di entrambi i coniugi: effetti tali da conferire rilievo giuridico alla «famiglia, intesa quale entità autonoma che giustifica e legittima l'estensione automatica dell'acquisto da un soggetto all'altro». In questo contesto, anche la norma tributaria andrebbe «letta ed applicata nel senso che diventa prevalente l'interesse della famiglia rispetto a quello dei singoli coniugi, per cui il metro di valutazione dei requisiti per ottenere il beneficio dev'essere diverso in considerazione della presenza di un'altra entità, quale la famiglia». I benefici fiscali spetterebbero dunque in tutti i casi in cui l'immobile si trovi nel Comune di 'residenza familiare', pur se diverso da quello di residenza anagrafica di uno dei coniugi[43]. Nello stesso senso si sono espresse pronunce più recenti,

[42] Cass., 28 ottobre 2000, n. 14237, in *Giur. im*, 2001, 98: «la comunione di beni tra coniugi è istituita dalla legge non sulla base di una presunta pari ricchezza degli sposi, né di una concorrente volontà di acquistare, ma in forza di una comunione di vita in cui sfumano e vengono meno le considerazioni economiche e contabili. Conseguentemente, il coniuge che non ha preso parte all'atto di acquisto dell'immobile ad uso abitativo non è tenuto al possesso dei requisiti richiesti per le agevolazioni previste ai fini dell'imposta di registro per l'acquisto della prima casa».

[43] Cass., 8 settembre 2003, n. 13085, in *Fam. e dir.*, 2004, 261, con nota di E. Marello, *Agevolazione 'prima casa' per i coniugi in comunione legale: necessaria la residenza nel medesimo Comune*. La pronuncia richiama l'art. 144 c.c. (ai sensi del quale i coniugi «fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa»): norma che «mentre da una parte riconosce che i coniugi possano avere delle esigenze diverse ai fini della residenza individuale, dall'altra tende a privilegiare le esigenze della famiglia, quale soggetto autonomo rispetto ai coniugi». Nella specie, solo il marito risiedeva

Innovazione e Diritto

ribadendo che i coniugi non sono tenuti alla comune residenza anagrafica, e che la coabitazione richiesta dal codice civile appare «elemento adeguato a soddisfare il requisito della residenza ai fini tributari»[44].

Anche in questo caso si rendono necessarie alcune osservazioni, per inquadrare nella giusta prospettiva i princìpi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità.

Lascia innanzitutto piuttosto sorpresi la scelta di identificare «un'altra entità, quale la famiglia», distinta dai membri che la compongono e dotata di autonoma rilevanza ai fini agevolativi, se si considera che, sul piano del diritto tributario sostanziale, la soggettività passiva del nucleo è pacificamente esclusa. Già sotto questo aspetto la trasposizione in ambito tributario del concetto di residenza familiare formalizzato dall'art. 144 c.c. appare perlomeno problematica.

---

anagraficamente nel Comune di ubicazione della casa familiare: elemento comunque «sufficiente per riconoscere i benefici per la prima casa, diventando ininfluente sul piano tributario la mancanza del requisito della residenza della moglie, ben potendo la moglie avere una esigenza (legittima e riconosciuta dalla legge civile) che la spinge ad avere una residenza diversa». Conforme, nella giurisprudenza di merito, Comm. trib. reg. della Campania, 28 marzo 2007, in *Dir. e prat. trib.*, 2007, II, 930, secondo cui «l'agevolazione fiscale prevista per l'acquisto della prima casa, nell'ipotesi in cui uno solo dei coniugi abbia la residenza nel Comune dove è sito l'immobile, spetta per l'intero, sia perché uno degli elementi fisici fondamentali che assicura la formazione (art. 31 Cost.) e l'unità della famiglia (art. 29 Cost.) è la proprietà di una casa, sia perché in tal caso viene in evidenza come acquirente di una casa da destinare a residenza del nucleo familiare, e quindi come vero titolare del beneficio fiscale sul piano teorico, non tanto la coppia coniugale, riguardata come marito più moglie, ma 'la famiglia' come entità autonoma; e, del resto, dal coordinamento degli artt. 29 e 31 Cost. con l'art. 144 c.c. si evince chiaramente che il legislatore ha una concezione unitaria della famiglia e della sua residenza, cosicché ognuno di essi la rappresenta nella sua interezza; con la conseguenza che, se uno dei coniugi ha la residenza nel Comune dov'è sito l'immobile e lo occupa, mentre l'altro coniuge per suoi motivi (ragioni di lavoro, per esempio) non ha spostato la propria residenza in detto Comune, la circostanza è ininfluente ai fini della concessione del beneficio fiscale, anche in quanto, se avesse un'influenza negativa, si produrrebbero effetti contrari all'esigenza di assicurare l'unitarietà e la formazione della nuova famiglia, e l'interpretazione finirebbe per essere anticostituzionale».

[44] Cass., 28 gennaio 2009, n. 2109, in *Fam. e dir.*, 2010, 241; Id., 1° luglio 2009, n. 15426, in *Notariato*, 2009, 608; Id., 28 giugno 2013, n. 16356, in *www.leggiditalia.it*. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Comm. trib. reg. del Lazio, 12 luglio 2013, in *Boll. trib.*, 2013, 1606.

Innovazione e Diritto

Va inoltre puntualizzato che, nelle proprie motivazioni, la Corte di cassazione parla di famiglia riferendosi in realtà al solo nucleo coniugale e, anzi, alle sole ipotesi in cui i coniugi siano soggetti al regime di comunione legale: slittamento concettuale che emerge con evidenza quando essa afferma che «se non ci fosse per lo mezzo una famiglia, non si verificherebbe quell'effetto acquisitivo automatico» previsto dall'art. 177 c.c.[45] Alla comunione legale degli acquisti corrisponde insomma – nel pensiero della Corte – una residenza coniugale ('comunione di residenza', si potrebbe dire) che connota e circoscrive al contempo la portata del principio in esame. Non sarebbe quindi corretto attribuire alle pronunce *de quibus* una valenza diversa e più ampia di quella che hanno, e applicare il concetto di 'residenza familiare' al di fuori dei rapporti fra coniugi in comunione legale. Le agevolazioni fiscali spettano alla moglie che non risiede nel Comune di ubicazione dell'immobile, se il marito, ivi residente, ha acquistato in regime di comunione legale; non spettano invece al di fuori di tale regime, in tutte le ipotesi in cui l'acquisto sia avvenuto (anche tra coniugi o altri familiari) secondo le regole ordinarie della comunione o, *a fortiori*, in via esclusiva[46].

La 'residenza familiare' coincide con quella anagrafica di entrambi i coniugi, oppure con quella di uno solo di loro, purché coabitante con l'altro. Come afferma ancora la suprema Corte, «ove l'immobile acquistato sia adibito a residenza della famiglia, non rileva la diversa residenza del coniuge di chi ha acquistato in regime di comunione»; mentre un'interpretazione della legge

[45] Come si legge nella sentenza n. 13085 dell'8 settembre 2003, prima citata.

[46] Si veda infatti Cass., 17 dicembre 2014, n. 26653, in *Fisco*, 2015, 1, 391, secondo cui «il beneficio fiscale correlato all'acquisto della 'prima casa', di cui all'art. 1, nota II-*bis*, lett. *b*), della tariffa allegata al D.R. 26 aprile 1986, n. 131, non si estende al coniuge che abbia acquistato, in regime di separazione dei beni, il diritto reale su un immobile (nella specie, diritto di usufrutto) e non abbia trasferito la propria residenza nel Comune ove il bene si trova, benché in esso risieda il nucleo familiare, non potendosi dare rilievo alla residenza della famiglia nel caso in cui l'acquisto, restando nell'esclusiva sfera giuridica dell'acquirente, non costituisce sostrato patrimoniale della famiglia».

Innovazione e Diritto

tributaria conforme ai princìpi del diritto di famiglia porta a considerare la coabitazione con il coniuge «elemento adeguato a soddisfare il requisito della residenza ai fini tributari»[47]. Almeno uno dei coniugi deve dunque risiedere anagraficamente nel territorio del Comune in cui si trova il fabbricato, mentre l'altro non perde le agevolazioni 'prima casa' se, pur risiedendo in un diverso Comune, coabiti con il consorte[48]. La coabitazione richiesta dall'art. 144 c.c. resta quindi irrilevante sul piano fiscale in tutte le ipotesi in cui entrambi i coniugi risiedano nel Comune di ubicazione del fabbricato, ma diventa essenziale per poter fruire dei benefici in esame quando questa situazione non si verifichi o venga meno.

A ben vedere, se la logica della norma è quella di incentivare la disponibilità dell'abitazione da parte del nucleo familiare più che l'acquisto del singolo contribuente, l'indirizzo seguìto dalla Corte di cassazione appare suscettibile di ulteriori sviluppi e di più liberali applicazioni. La destinazione familiare dell'acquisto può sussistere infatti anche al di fuori del regime di comunione legale, e connotare acquisti compiuti dai coniugi o da altri familiari in comunione ordinaria o in via separata. Anche l'immobile acquistato in proprietà esclusiva dal marito, dalla moglie o dal figlio può essere adibito a casa di abitazione del nucleo e costituire 'residenza familiare': le agevolazioni 'prima casa' potrebbero allora essere riconosciute sia nelle ipotesi in cui almeno uno dei coacquirenti (pur se diverso dal coniuge in regime di comunione legale) risieda nel territorio del Comune di ubicazione del fabbricato, sia – forzando la lettera della legge, che parla di residenza «propria»

[47] Così, ancora, la citata Cass. 28 giugno 2013, n. 16356.

[48] Osserva M. Greggi, *op. cit.*, 243, che «ben può aversi il caso di coniugi co-dimoranti ma con residenza diversa: e in tale situazione ben possono essere riconosciuti i benefici dell'abitazione principale alla casa di dimora ma non di residenza, soprattutto nel caso in cui questa sia dedicata alle esigenze prioritarie della famiglia, e cioè dei figli». L'affermazione va condivisa, purché si abbia chiaro che la «casa di dimora» deve comunque trovarsi nel Comune in cui risiede anagraficamente uno dei coniugi.

Innovazione e Diritto

dell'acquirente – nei casi in cui nessun acquirente risieda nel territorio del Comune, purché ivi si trovi, o venga stabilita entro 18 mesi, la 'residenza familiare'[49].

E' vero infatti – per riprendere le parole della suprema Corte – che, seppur destinato a residenza comune, l'immobile acquistato dal coniuge in regime di separazione dei beni incrementa il patrimonio personale e «non costituisce il sostrato patrimoniale della famiglia». Ma ciò dovrebbe restare irrilevante una volta che si ritenga – come la stessa Corte ritiene – che la normativa in esame sia finalizzata a tutelare la famiglia quale «entità autonoma» e a dare prevalenza all'interesse della famiglia rispetto a quello dei singoli, tanto da valutare i requisiti di accesso al beneficio fiscale «in considerazione della presenza di un'altra entità», distinta dai suoi componenti. Gli interessi economici e le esigenze abitative della famiglia non cambiano a seconda del fatto che l'immobile in cui essa risiede appartenga ai coniugi in regime di comunione legale od ordinaria, o ad un solo familiare: se le maglie del sistema si allargano sino a dare ingresso al concetto di 'residenza familiare' accanto a quello di residenza anagrafica, si dovrebbe pure riconoscere che la 'residenza familiare' non dipende dal titolo di acquisto dell'immobile ma dalla sua concreta destinazione, ed estendere le agevolazioni 'prima casa' a tutte le

[49] In senso sostanzialmente conforme sembra esprimersi E. TREROTOLA, *Acquisto 'prima casa': verso il riconoscimento* tout court *dei benefici fiscali se l'immobile è destinato a 'residenza familiare'*, in *Boll. trib.*, 2011, 1079, che suggerisce di «consentire l'applicazione *tout court* del regime agevolativo pur a prescindere dal regime patrimoniale vigente tra i coniugi», perché «i benefici fiscali non sortiscono differenze applicative se non sulla base della destinazione (familiare o meno) dell'immobile». Afferma ancora l'Autore che «pur evitando di istituire un nuovo soggetto tributario, la giurisprudenza indica nella *famiglia* il destinatario di un vero e proprio *diritto di abitazione*, finalizzando il regime agevolato alla creazione di una residenza familiare sottratta al regime tributario ordinario», e che «attraverso la dicotomia *residenza anagrafica* e *tributaria*, la giurisprudenza diversifica la *famiglia*, che dovrà godere dell'immobile, dal *coniuge acquirente* che, invece, fruirà dei benefici fiscali» (1077 – corsivi dell'Autore). Di «più immediata ed autonoma correlazione fra luogo della famiglia e immobile agevolato, indipendentemente dalle scelte soggettive del marito e della moglie», parla M. GREGGI, *o cit.*, 250.

Innovazione e Diritto

ipotesi in cui, di fatto e a prescindere dalle risultanze anagrafiche, l'acquisto sia finalizzato a soddisfare le esigenze abitative del nucleo.

4. Il godimento dell'abitazione familiare. La tripartizione normativa delle fattispecie agevolate e la polisemanticità del concetto di abitazione principale

Diverso ambito di analisi riguarda il trattamento fiscale riservato al possesso e al godimento degli immobili che il contribuente destina a uso abitativo proprio o dei familiari. Anche in questo caso, la presenza di una famiglia (o di un «nucleo familiare», secondo la terminologia adottata dalla disciplina dell'Imu e della Tasi) condiziona l'assetto della fattispecie impositiva, perché l'utilizzo dell'immobile da parte dei familiari può permettere al soggetto passivo di evitare in tutto o in parte il prelievo connesso alla titolarità del bene, oltre che di fruire di detrazioni dall'Irpef concesse a fronte del pagamento di canoni locativi.

I benefici riconosciuti a coloro che possiedono o detengono immobili adibiti ad abitazione personale o familiare rispondono a criteri di favore costituzionalmente fondati e sperimentati ormai da tempo. Va peraltro osservato che, pur senza abbandonare questa prospettiva di *favor*, il quadro normativo si è modificato in più occasioni negli ultimi anni, e l'area di applicazione dei benefici in esame si è progressivamente ridotta. Ne costituiscono esempi la disciplina dell'Imu vigente sino al 2013 (che, rispetto all'Ici, penalizzava i titolari di immobili destinati ad abitazione familiare) e quella della Tasi, che grava anche sulle abitazioni principali, salva la possibilità per i Comuni di prevedere riduzioni di aliquota o detrazioni *ad hoc* in materia.

Il riferimento all'Irpef, all'Imu e alla Tasi dimostra come le disposizioni esaminate interessino entrambi i campi dell'imposizione diretta (reddituale e patrimoniale). La legge prevede deduzioni dal reddito complessivo, riduzioni

Innovazione e Diritto

di aliquota e detrazioni d'imposta, condizionandone la spettanza al titolo che legittima il possesso o la detenzione dell'immobile (proprietà o altro diritto reale o personale di godimento) e alla possibilità di qualificare lo stesso come abitazione principale del contribuente o dei familiari. Il diverso combinarsi di questi requisiti dà vita a tre distinte fattispecie, alcune delle quali possono coesistere fra loro. Due riguardano deduzioni o detrazioni dall'Irpef, mentre una ha ad oggetto agevolazioni riconosciute ai fini della tassazione patrimoniale.

Le deduzioni e le detrazioni dall'Irpef sono rapportate al periodo dell'anno durante il quale l'immobile viene adibito ad abitazione principale del contribuente o dei familiari. La deduzione ha ad oggetto un importo pari alla rendita catastale del fabbricato posseduto e delle sue pertinenze[50], mentre una detrazione per canoni locativi è riconosciuta al conduttore in base al reddito complessivo, alla tipologia di contratto e all'ubicazione dell'immobile[51].

Quanto all'imposizione patrimoniale, la normativa è cambiata nel passaggio dall'Ici all'Imu e alla Tasi.

[50] Art. 10, comma 3-*bis*, T.U., inserito dall'art. 6, comma 1, lett. *a*), L. 23 dicembre 1999, n. 488, e modificato, a decorrere dal periodo d'imposta 2000, dall'art. 2, comma 1, lett. *a*), L. 23 dicembre 2000, n. 388. Per effetto della norma, la rendita catastale dell'immobile adibito ad abitazione principale e delle sue pertinenze dev'essere dichiarata fra i redditi dei fabbricati e sommata agli altri redditi del contribuente per determinarne il reddito complessivo, dal quale sottrarre poi l'importo della rendita stessa. In precedenza, l'art. 34, comma 4-*quater*), T.U. (abrogato nel 1999) ammetteva in deduzione dal reddito dell'abitazione principale, fino a concorrenza del suo ammontare, l'importo di £. 1.100.000. Come si è visto nel precedente capitolo, il reddito complessivo rileva ai fini del calcolo delle detrazioni spettanti per carichi di famiglia. Per evitare che l'importo di queste detrazioni si riduca a causa dell'inclusione della rendita catastale nel reddito complessivo, l'art. 1, comma 15, L. 24 dicembre 2007, n. 244 ha introdotto una disposizione – il comma 4-*bis*) dell'art. 12 T.U. – secondo cui, ai fini della determinazione delle detrazioni per carichi di famiglia, il reddito complessivo dev'essere assunto al netto del reddito dell'unità immobiliare adibita ad abitazione principale e di quello delle relative pertinenze, di cui all'art. 10, comma 3-*bis*, T.U. La norma non incide invece sulle modalità di calcolo del reddito complessivo rilevante per la definizione del carico familiare, sicché il limite di reddito annuo di € 2.840,51 fissato dall'art. 12, comma 2, T.U. va riferito al reddito complessivo del familiare, considerato al lordo di quello imputabile all'abitazione principale. Si veda in termini la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 1/E del 9 gennaio 2008, in *Boll. trib.*, 2008, 144.

[51] Art. 16 T.U.

Innovazione e Diritto

Nel sistema dell'Ici risultante dalle modifiche del 2006 e del 2007, l'abitazione principale era costituita dalla dimora abituale del proprietario (o del titolare di altro diritto reale di godimento) e dei suoi familiari, e si presumeva coincidere – salva prova contraria – con quella di residenza anagrafica. La legge prevedeva una detrazione fissa di € 103,29 rapportata al periodo dell'anno durante il quale si protraeva tale destinazione; un'ulteriore detrazione pari allo 0,133% della base imponibile, sempre rapportata ad anno e comunque non superiore a € 200, spettava nei casi in cui all'abitazione principale non fossero attribuite le categorie catastali A1, A8 e A9[52].

La disciplina dell'Imu, in vigore per gli anni 2012 e 2013, aveva mutato il concetto di abitazione principale e previsto, per la stessa e le relative pertinenze, la riduzione dell'aliquota allo 0,4% oltre a una detrazione di € 200, rapportata ad anno e maggiorata di € 50 (con il limite complessivo di € 400) per ciascun figlio di età non superiore a 26 anni, purché dimorante abitualmente e residente anagraficamente nell'immobile[53]. Identiche agevolazioni erano, e sono, riconosciute in sede di applicazione dell'Ivie, che grava sul valore degli immobili situati all'estero di proprietà di persone fisiche residenti in Italia o in relazione ai quali le stesse siano titolari di diritti reali[54].

[52] Art. 8, commi 2, 2-*bis* e 2-*ter*, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, come modificato dall'art. 1, comma 173, lett. *b*), L. 27 dicembre 2006, n. 296 e dall'art. 1, comma 5, L. 24 dicembre 2007, n. 244.

[53] Art. 13, commi 7 e 10, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in L. 22 dicembre 2011, n. 214. L'aliquota dello 0,4% poteva essere ridotta o aumentata dai Comuni di 0,2 punti percentuali, mentre la detrazione poteva essere elevata fino a concorrenza dell'imposta dovuta, nel rispetto dell'equilibrio di bilancio: i Comuni più virtuosi potevano quindi riconoscere detrazioni tali da azzerare il prelievo sulle abitazioni principali.

[54] L'Ivie è stata istituita a decorrere dal 2012 dall'art. 19, commi 13 – 17, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201. E' rapportata ad anno e dovuta proporzionalmente alla quota di possesso con aliquota ordinaria dello 0,76% del valore degli immobili (purché il suo importo superi € 200). Le agevolazioni per gli immobili adibiti ad abitazione principale e per le relative pertinenze sono previste dal comma 15-*bis* dell'art. 19, inserito dall'art. 8, comma 16, lett. *f*), D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito con modificazioni in L. 26 aprile 2012, n. 44, e poi modificato dall'art. 1, comma 518, lett. *b*), nn. 1) e 2), L. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013.

Innovazione e Diritto

L'ultimo approdo normativo in materia è rappresentato dalle agevolazioni previste dalla disciplina della Tasi, dovuta in relazione al possesso o alla detenzione a qualsiasi titolo di fabbricati, compresa l'abitazione principale, la cui base imponibile è determinata secondo gli stessi criteri dell'Imu. L'aliquota standard, pari allo 0,1%, può essere aumentata, ridotta o azzerata dagli enti locali. In caso di aumento, i Comuni devono deliberare in modo che la somma delle aliquote della Tasi e dell'Imu per ciascuna tipologia di immobile non sia superiore all'aliquota massima consentita dalla legge statale per l'Imu al 31 dicembre 2013. Le riduzioni devono tener conto, fra l'altro, della «capacità contributiva della famiglia»[55]. Come si vedrà, gli enti locali hanno adottato in materia scelte molto diverse, ispirate, a seconda dei casi, a criteri di maggiore o minor favore per i possessori delle abitazioni principali.

Il tratto che accomuna i regimi fiscali ora richiamati è dato dalla costante attenzione riservata all'abitazione principale, destinata dal contribuente a dimora propria o familiare. Ma il concetto di abitazione principale non è univoco: muta anzi a seconda delle imposte considerate, e con particolare evidenza nel raffronto tra la disciplina dell'Irpef e quella dell'Imu e della Tasi.

Ai fini della deduzione della rendita catastale dal reddito complessivo del contribuente, si intende per abitazione principale «quella nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, o i suoi familiari dimorano abitualmente», senza tener conto della variazione della dimora abituale «dipendente da ricovero permanente in istituti di ricovero o

[55] Art. 1, commi 669, 675, 676, 677 e 682, L. 27 dicembre 2013, n. 147. Per gli anni 2014 e 2015, l'aliquota della Tasi è stata fissata dalla legge statale in misura non superiore allo 0,25%, salvo un suo incremento massimo dello 0,08% a condizione che, relativamente alle abitazioni principali e alle unità immobiliari ad esse equiparate, fossero finanziate detrazioni d'imposta o altre misure tali da generare effetti sul carico di imposta equivalenti o inferiori a quelli determinatisi con riferimento all'Imu per la stessa tipologia di immobili (art. 1, comma 677, L. 27 dicembre 2013, n. 147, modificato prima dall'art. 1, comma 1, lett. *a*), D.L. 6 marzo 2014, n. 16, convertito con modificazioni in L. 2 maggio 2014, n. 68, e poi dall'art. 1, comma 679, lett. *a*) e *b*), L. 23 dicembre 2014, n. 190, a decorrere dal 1° gennaio 2015).

Innovazione e Diritto

sanitari, a condizione che l'unità immobiliare non risulti locata»[56]. Ai fini della detrazione per canoni locativi, è abitazione principale «quella nella quale il soggetto titolare del contratto di locazione o i suoi familiari dimorano abitualmente»[57]. Ai fini dell'Imu e della Tasi, si considera abitazione principale «l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente», con la precisazione che «nel caso in cui i componenti del nucleo familiare abbiano stabilito la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi situati nel territorio comunale, le agevolazioni per l'abitazione principale e per le relative pertinenze in relazione al nucleo familiare si applicano per un solo immobile»[58]. Come si vedrà, queste differenze di disciplina incidono in maniera significativa sul perimetro applicativo degli istituti in esame, e ne determinano a volte la sovrapposizione.

Un discorso a parte riguarda le detrazioni per spese di ristrutturazione e riqualificazione energetica di unità immobiliari residenziali possedute dai familiari. Non si tratta infatti di benefici correlati alla destinazione familiare dell'immobile, ma alla convivenza fra il contribuente che paga le spese e il familiare che ha titolo per godere dell'immobile stesso: la convivenza giustifica la detrazione delle spese sostenute dal primo nell'interesse del secondo, anche con riguardo a edifici residenziali che solo quest'ultimo abbia diritto di abitare.

4.1. La deduzione dal reddito complessivo riconosciuta ai possessori dell'abitazione principale

La prima fattispecie da considerare è regolata dall'art. 10, comma 3-*bis*, T.U.,

[56] Art. 10, comma 3-*bis*, T.U.
[57] Art. 16, comma 1-*quinquies*, T.U.
[58] Art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201. La disposizione è applicabile alla Tasi in forza del richiamo contenuto nell'art. 1, comma 669, L. 27 dicembre 2013, n. 147.

Innovazione e Diritto

che riconosce al contribuente il diritto di dedurre dal reddito complessivo un importo pari alla rendita catastale dell'immobile destinato a dimora abituale propria o dei familiari. La destinazione dell'immobile a dimora abituale del possessore o di uno (o più) familiari è l'unica condizione prevista per la spettanza del beneficio; la legge non richiede infatti la coabitazione tra i familiari, e ciò – oltre a differenziare la situazione in esame da quella che connota il concetto anagrafico di famiglia[59] – comporta rilevanti conseguenze sul piano operativo, perché lascia impregiudicata la possibilità di individuare più abitazioni principali in capo a uno stesso contribuente, e riconoscere altrettante deduzioni dal reddito. Esistono infatti soggetti che, ai fini reddituali, sono familiari del contribuente pur non dimorando con lui e non appartenendo alla sua famiglia anagrafica (genitori, figli o fratelli che vivono in abitazioni diverse); ed esistono soggetti che, pur potendo appartenere alla famiglia anagrafica del contribuente, non sono suoi familiari ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U. (cugini, affini oltre il secondo grado, conviventi di fatto). Nella prima serie di ipotesi, pare corretto ritenere che il contribuente, già beneficiario della deduzione per la propria abitazione principale, possa fruire di analoghe deduzioni per altre abitazioni possedute e concesse ai familiari.

Di contrario avviso è la prassi amministrativa, secondo cui la deduzione *de qua* «spetta in relazione al reddito di un solo immobile adibito ad abitazione principale, per cui se un contribuente possiede due immobili, uno adibito a propria abitazione principale e uno utilizzato da un proprio familiare, la suddetta deduzione spetta esclusivamente per il reddito dell'immobile adibito ad abitazione principale del titolare stesso»[60]. Il principio viene considerato

[59] La famiglia anagrafica è definita dall'art. 4, D.R. 30 maggio 1989, n. 223 come «insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune».
[60] Risoluzione ministeriale n. 13/E dell'11 febbraio 2000, in *Boll. trib.*, 2000, 290.

Innovazione e Diritto

pacifico, perché «ovviamente, non si possono avere più abitazioni principali»[61].

Non sembra però questa la regola stabilita dal Testo unico. L'art. 10, comma 3-*bis* considera infatti abitazione principale l'immobile in cui il contribuente «o» i suoi familiari dimorano abitualmente. L'uso della disgiuntiva si spiega proprio perché, ai fini delle imposte sui redditi, possono darsi familiari con dimora abituale diversa da quella del contribuente, e non sembra lasciare dubbi sul fatto che, in tali situazioni, siano ravvisabili tante abitazioni principali (possedute dal contribuente in base a titoli idonei) quante sono le dimore abituali di costoro. Nessun argomento testuale o sistematico induce a ritenere che «non si possono avere più abitazioni principali», dal momento che, ai fini in esame, l'abitazione principale non coincide con la dimora di un solo soggetto (il contribuente), e può identificare anche, o soltanto, la dimora abituale (o le dimore abituali) dei suoi familiari. Del resto, la *ratio* della norma è quella di evitare l'imposizione reddituale sugli immobili effettivamente utilizzati a scopo abitativo: ed essa sussiste in tutte le situazioni appena descritte.

Vanno dunque distinte tre possibili ipotesi, a seconda del fatto che la deduzione non spetti oppure spetti per una o più abitazioni principali.

La deduzione non spetta se non è integrata la fattispecie agevolativa, perché il contribuente non è proprietario né titolare di altro diritto reale sull'immobile (ad esempio, abita solo o con la famiglia in una casa condotta in locazione) o perché l'abitazione non costituisce dimora abituale né per lui né per i familiari (in quanto sfitta o locata a terzi). Va anzi segnalato che, in queste ultime

[61] Come si legge nell'annuario del contribuente per il 2014. L'annuario segnala che «nell'ipotesi più ricorrente in cui un genitore cede l'uso della propria abitazione principale al figlio, andando ad abitare in un'altra casa di proprietà, è quest'ultimo immobile che diventa abitazione principale, mentre quella ceduta in uso al figlio perde questa qualifica. Invece, se il genitore va ad abitare in una casa che non gli appartiene (ad esempio, condotta in locazione), l'immobile di proprietà, occupato dal figlio, non perde la qualifica di abitazione principale».

Innovazione e Diritto

situazioni, può operare l'art. 41 T.U., che prevede l'aumento di un terzo della rendita catastale imponibile relativa a unità abitative diverse da quella principale e non locate: quali appunto le abitazioni tenute a disposizione o utilizzate come residenze secondarie dal contribuente o dai familiari[62].

La deduzione spetta *una tantum* se il contribuente possiede una sola abitazione destinata a dimora abituale propria o dei familiari; oppure se, delle diverse abitazioni possedute, una sola soddisfi le condizioni richieste dalla legge (perché, ad esempio, utilizzata come dimora abituale dal figlio *single* o coniugato).

La deduzione spetta invece più volte se – come detto – più immobili del contribuente siano adibiti a dimora abituale di più familiari.

4.2. La penalizzazione prevista per le seconde case non locate

Il concetto di abitazione principale non è invece definito dalla norma che include nel reddito complessivo del proprietario, o del titolare di altro diritto reale di godimento, la metà della rendita catastale degli immobili a uso abitativo non locati, soggetti a Imu e situati nello stesso Comune in cui si trova, appunto, l'«abitazione principale» degli stessi soggetti[63]. La norma delinea un'alternativa nel regime di tassazione diretta delle seconde case non locate (perché sfitte o concesse in comodato): se si tratta di abitazioni situate in un

[62] Cfr. sul punto M. Leo, *Le imposte sul reddito nel Testo unico*, t. I, Milano, 2014, 565, il quale chiarisce che «l'aumento del terzo si applica alle unità immobiliari ad uso di abitazioni 'utilizzate direttamente' dal possessore o dai suoi familiari, intendendosi per tali le abitazioni che sono utilizzate effettivamente dai detti soggetti per scopi vari, quali, ad esempio, per pinacoteca, biblioteca, cineteca», e che tali unità possono essere utilizzate anche come abitazioni «ove il possessore o un suo familiare effettivamente dimori, anche se non abitualmente, per ragioni di lavoro, per villeggiatura o per altri motivi».

[63] Art. 9, comma 9, D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, modificato a decorrere dal 1° gennaio 2014 dall'art. 1, comma 717, L. 27 dicembre 2013, n. 147. Si introduce così una deroga alla regola posta dall'art. 8, comma 1, dello stesso decreto (pure modificato sul punto dalla legge di stabilità per il 2014), ai sensi del quale l'Imu sostituisce, per la componente immobiliare, l'Irpef e le relative addizionali dovute in relazione ai redditi fondiari relativi ai beni non locati.

Innovazione e Diritto

Comune diverso da quello in cui è sita l'abitazione principale del contribuente (tipicamente, le case di villeggiatura al mare o in montagna), l'Irpef non è dovuta; ma se il Comune è lo stesso, l'imposta si applica sulla metà della rendita catastale (maggiorata di un terzo, ai sensi dell'art. 41 T.U., nel caso in cui l'immobile sia tenuto a disposizione).

Nel sistema originario dell'Irpef, la tassazione del reddito delle unità immobiliari a uso abitativo rispondeva a un criterio di estremo favore, in base al quale, quando un'unità immobiliare urbana non adibita all'uso del possessore o dei familiari fosse rimasta sfitta per l'intero periodo d'imposta e la circostanza fosse stata denunciata all'ufficio e confermata in sede di dichiarazione, la rendita catastale avrebbe concorso a formare il reddito complessivo solo per il 20% del suo ammontare[64]: criterio giustificato dalla volontà di non gravare con il tributo chi non fosse riuscito a concedere in locazione immobili non destinati al godimento proprio o della famiglia. Ma questo favore non durò molto. Nel 1980 si previde che, per le unità abitative possedute dal contribuente in aggiunta a quella adibita ad abitazione principale o comunque tenute a disposizione, il reddito fosse aumentato di un terzo[65]; l'aumento fu elevato al 200% due anni dopo, con riguardo alle abitazioni ubicate in Comuni ad alta tensione abitativa, diverse da quelle adibite ad abitazione principale e da quelle direttamente utilizzate, possedute e non locate per almeno sei mesi nel periodo di imposta[66].

[64] Art. 38, D.R. 29 settembre 1973, n. 597.
[65] Art. 4, L. 24 aprile 1980, n. 146, con effetti decorrenti dal 1° gennaio 1979.
[66] Art. 8, L. 22 aprile 1982, n. 168. La norma elevò inoltre all'80% la percentuale di imponibilità del 20% prima prevista dall'art. 38, D.R. 29 settembre 1973, n. 597 (tranne che per le unità immobiliari per le quali fossero state rilasciate licenze edilizie, concessioni o autorizzazioni per restauri o ristrutturazioni, nonché per le nuove abitazioni, per i primi 18 mesi dalla data di rilascio del certificato di abitabilità, ovvero, in mancanza, da quando l'immobile si fosse reso abitabile), ed escluse dall'aumento del 200% anche il reddito della «prima unità immobiliare posseduta non locata diversa da quella adibita ad abitazione principale del contribuente». L'aumento del 200% venne elevato al 300% dall'art. 2, D.L. 7 febbraio 1985, n. 12, convertito con modificazioni in L. 5 aprile 1985, n. 118.

Innovazione e Diritto

A differenza della norma originaria, le disposizioni introdotte negli anni '80 non menzionavano i familiari del contribuente, lasciando intendere che l'utilizzo da parte loro dell'unità immobiliare (anche quale abitazione principale) non esimesse il contribuente dalla maggiorazione d'imposta. A parere del Ministero delle finanze, peraltro, l'aumento del reddito imponibile non avrebbe interessato le unità abitative concesse gratuitamente in uso ai familiari che vi avessero stabilito la residenza anagrafica e la dimora abituale[67].

La posizione dei familiari venne espressamente considerata dal D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, che confermò la riduzione all'80% del reddito delle unità immobiliari non adibite all'uso del possessore o dei familiari, rimaste sfitte per l'intero periodo d'imposta «per cause non dipendenti dalla volontà del possessore»; e ripropose negli altri casi le penalizzazioni riguardanti gli immobili abitativi. L'aumento del reddito (di un terzo e, in certe ipotesi, del quadruplo) interessava le abitazioni possedute in aggiunta a quelle adibite ad abitazione principale del contribuente o dei familiari (oppure destinate all'esercizio, da parte loro, di arti, professioni o imprese commerciali) e utilizzate direttamente o tenute a disposizione[68]. Questa disciplina, piuttosto farraginosa, venne semplificata nel 1993 e nel 1994, prevedendosi quale unica conseguenza del diretto utilizzo o della libera disponibilità, da parte del possessore o del familiare, di immobili diversi da quelli destinati ad abitazione principale o all'esercizio di attività l'aumento di un terzo del reddito relativo[69].

[67] Circolare n. 12 del 30 aprile 1980, in *def.finanze.it*.

[68] Art. 38, D.R. 22 dicembre 1986, n. 917. La riduzione del reddito imponibile scendeva al 20% per le abitazioni di nuova costruzione, limitatamente al periodo di 18 mesi dalla data del certificato di abitabilità o, in mancanza, dalla data in cui le stesse fossero divenute abitabili, e per le unità immobiliari per le quali fossero state rilasciate licenze, concessioni o autorizzazioni per restauro, risanamento conservativo o ristrutturazione edilizia, limitatamente al periodo di validità del provvedimento.

[69] Art. 1, comma 5, D.L. 23 gennaio 1993, n. 16, convertito con modificazioni in L. 24 marzo 1993, n. 75, e art. 4, comma 1, D.L. 31 maggio 1994, n. 330, convertito con modificazioni in L. 27 luglio

Innovazione e Diritto

Negli stessi termini dispone oggi il citato art. 41 T.U., che considera sotto due diversi profili la presenza di familiari del contribuente. La penalizzazione fiscale non si applica se il familiare adibisce l'immobile a propria abitazione principale o a proprio luogo di lavoro; scatta invece se l'immobile è da lui goduto ad altro titolo (ad esempio, residenza secondaria) o tenuto a disposizione. La norma recepisce l'indirizzo espresso nel 1980 dal Ministero che, nella prima serie di ipotesi, già assimilava la posizione dei familiari a quella del contribuente; ma estende *in malam partem* l'assimilazione alle ipotesi del secondo tipo, e pregiudica i proprietari che non dispongano dell'unità abitativa per averla ceduta in uso ai parenti[70].

Come detto, la legge di stabilità per il 2014 ha introdotto un ulteriore aggravio, prevedendo il concorso alla formazione della base imponibile dell'Irpef e delle relative addizionali, nella misura del 50%, del reddito catastale degli immobili a uso abitativo non locati e assoggettati all'Imu, situati nello stesso Comune in cui si trova l'abitazione principale del possessore. In mancanza di diverse specificazioni, l'aumento interessa anche gli immobili concessi gratuitamente ai familiari (salvi quelli ubicati in altri Comuni o aventi destinazione commerciale). Il reddito così determinato sconta poi l'aumento di un terzo stabilito dall'art. 41 T.U. per le unità immobiliari tenute a disposizione.

Sul piano operativo, è necessario chiarire se il concetto di abitazione

1994, n. 473, che sostituì l'art. 38, D.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

[70] Si veda sul punto M. Leo, *op. cit.*, 562 ss. Il generico riferimento della norma alle unità immobiliari tenute a disposizione rende irrilevante il cosiddetto sfitto involontario (circolare ministeriale n. 73/E del 27 maggio 1994, in *Boll. trib.*, 1994, 852, ove si legge che «il riferimento alle unità immobiliari tenute comunque a disposizione, anche diverse dalle residenze secondarie … e da quelle direttamente utilizzate, comporta che anche la rendita dell'unità immobiliare destinata alla locazione e rimasta sfitta va maggiorata di un terzo»). A parere dello stesso Ministero, l'aumento di un terzo si applicherebbe anche con riguardo alle abitazioni in comproprietà fra soggetti non legati da vincoli familiari, limitatamente a coloro che non le utilizzano come abitazioni principali (circolare n. 101/E del 19 maggio 2000, *ivi*, 2000, 857).

Innovazione e Diritto

principale ora menzionato (non definito dalla legge) coincida con quello assunto dall'art. 10, comma 3-*bis*, T.U. L'Agenzia delle entrate ha risolto in senso affermativo la questione, e la soluzione appare condivisibile, unico essendo il quadro sistematico di riferimento[71]. Essa favorisce i contribuenti che, mantenendo non locata l'abitazione di proprietà, conducano in locazione o utilizzino in comodato altra abitazione nel medesimo Comune, posto che l'immobile utilizzato non costituisce per loro abitazione principale, perché non forma oggetto di diritti reali. Penalizza invece coloro che vantano diritti reali sull'immobile, adibito a dimora abituale, situato nello stesso Comune in cui si trova il diverso immobile non locato.

Anche la presenza di familiari incide sull'applicazione del regime in esame, essendo idonea – lo si è visto – a integrare la fattispecie dell'abitazione principale considerata dall'art. 10, comma 3-*bis*, T.U. E' abitazione principale l'immobile adibito a dimora abituale del figlio o del fratello del proprietario o dell'usufruttuario: questi ultimi sono pertanto obbligati a pagare l'Irpef sulla metà della rendita catastale della seconda casa, non locata e soggetta a Imu, eventualmente posseduta nel medesimo Comune.

La disciplina in esame può lasciare perplessi e destare critiche sia in termini di opportunità che di tecnica legislativa. E' difficile giustificare la tassazione di redditi che di fatto non esistono, e solo per finzione vengono attribuiti ai proprietari degli immobili non locati: tanto che, nelle ipotesi diverse da quelle ora considerate, il legislatore continua ad escludere detti immobili dal perimetro applicativo dell'Irpef. L'art. 9, comma 9, D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23 inverte questa tendenza e conferisce all'Irpef i tratti di un'imposta patrimoniale gravante non solo sugli effettivi percettori di reddito (i proprietari

[71] La citata circolare n. 11/E del 21 maggio 2014 ha ritenuto inapplicabili i diversi concetti di abitazione principale assunti ai fini Imu (di cui si dirà *infra*) e ai fini anagrafici (dimora abituale goduta anche a titolo di locazione o comodato).

di immobili locati), ma anche su soggetti per i quali il reddito rimane virtuale[72].

Se l'obiettivo del legislatore è quello di incentivare il mercato delle locazioni abitative e contrastare il fenomeno degli affitti in nero, ritenuti più frequenti per le abitazioni ubicate nel Comune in cui vive il proprietario (sul presupposto che le case situate in altri Comuni vengano utilizzate per le vacanze e non locate a terzi), lo strumento impiegato risulta assai semplicistico e, probabilmente, poco funzionale, perché penalizza anche i proprietari di immobili sfitti e non offre alcuna garanzia di emersione delle locazioni irregolari. I controlli eseguiti in materia sono infatti ancora inadeguati, e pagare una modesta Irpef su redditi figurativi, esponendosi al rischio dell'accertamento, può apparire al proprietario più conveniente che dichiarare il canone di locazione di fatto incassato.

Ai nostri fini, preme comunque sottolineare il ruolo che, sul piano della struttura della fattispecie impositiva, viene ancora una volta riconosciuto alla presenza di familiari del contribuente: non più in funzione di ampliamento del perimetro del beneficio fiscale (come nel caso dell'art. 10, comma 3-*bis*, T.U.),

[72] Per una rapida ricostruzione del precedente «pluriennale percorso di smantellamento della 'tassazione virtuale' del reddito dei fabbricati utilizzati direttamente dal titolare» cfr. R. LUPI, *'Seconde case a disposizione': l'eliminazione della tassazione reddituale 'virtuale' di cespiti infruttiferi*, in *Dial. trib.*, 2013, 241 ss., che segnala come, nel corso degli anni, fosse entrata in crisi l'idea che «godere in proprio di un bene fosse reddito imponibile» e che «il reddito potenziale di un immobile che sicuramente non produce reddito fosse sufficiente a tassare un modesto 'reddito virtuale'». Rilievi critici sulla nuova disciplina sono stati formulati da G. SPAZIANI TESTA, *Ritorno dell'IRPEF sulle case sfitte: una misura iniqua e contraddittoria*, in *Corr. trib.*, 2013, 3464 ss., secondo il quale la norma del 2011 genera perplessità perché si regge su un sospetto di evasione infondato e comunque indimostrabile (l'idea che le abitazioni apparentemente sfitte siano in realtà locate in nero); colpisce irragionevolmente i soli immobili abitativi situati nello stesso Comune in cui si trova l'abitazione principale; assimila *in peius* il trattamento fiscale degli immobili locati e di quelli non locati, aumentando il prelievo sui secondi invece di ridurlo sui primi; tassa in maniera iniqua i proprietari, che spesso non riescono a locare gli immobili a causa delle difficili condizioni del mercato; comporta, infine, anche la tassazione degli immobili non locati perché abitati dagli stessi contribuenti o dai loro familiari, mentre logica vorrebbe che fossero sì incentivate le locazioni abitative da parte dei proprietari di seconde case altrimenti non occupate, ma non penalizzati coloro che, possedendo più immobili in uno stesso Comune, ne destinino uno ad abitazione propria e l'altro (o gli altri) ad abitazione dei familiari.

Innovazione e Diritto

ma in senso opposto, e dunque nella direzione di una possibile estensione dell'area applicativa della norma che assoggetta a Irpef la metà della rendita catastale dell'immobile abitativo non locato.

4.3. La detrazione dall'Irpef concessa ai conduttori dell'immobile

Anche la detenzione dell'abitazione familiare rileva sotto il profilo reddituale, perché l'art. 16 T.U. attribuisce una specifica detrazione d'imposta, variabile in funzione del reddito complessivo, ai conduttori di unità immobiliari destinate a dimora abituale propria o dei familiari. Nel settore delle locazioni abitative, una prima detrazione dall'Irpef era stata introdotta nel 1999 dall'art. 13-*ter*) T.U., con riguardo ai contratti relativi a unità immobiliari destinate ad abitazione principale dei conduttori, stipulati o rinnovati in base ad accordi definiti in sede locale a norma degli artt. 2, comma 3, e 4, commi 2 e 3, L. 9 dicembre 1998, n. 431. A decorrere dal 2001, analoga (ma più consistente) detrazione era stata concessa anche ai lavoratori dipendenti che avessero trasferito la residenza nel Comune di lavoro o in uno limitrofo nei 3 anni antecedenti a quello di richiesta del beneficio e fossero titolari di contratti di locazione di unità immobiliari adibite a propria abitazione principale, situate nel nuovo Comune di residenza a non meno di 100 chilometri di distanza dal precedente e comunque al di fuori del territorio della propria Regione[73]. Nessuna detrazione poteva essere fruita nel caso in cui l'immobile fosse stato adibito ad abitazione principale dei familiari del

[73] Comma 1-*bis* dell'art. 13-*ter*) T.U., inserito dall'art. 2, comma 1, lett. *h*), n. 3, L. 23 dicembre 2000, n. 388. La detrazione era prevista in misura pari a £. 1.920.000 se il reddito complessivo del conduttore non superava £. 30.000.000, e in £. 960.000 se il reddito superava tale soglia ma non £. 60.000.000. Si trattava di importi doppi rispetto a quelli ordinariamente riconosciuti dal comma 1 della stessa disposizione. A parere dell'Agenzia delle entrate, la detrazione spettava anche a coloro che avessero stipulato contratti di locazione abitativa prima dell'entrata in vigore della L. 9 dicembre 1998, n. 431, automaticamente prorogati per gli anni successivi, in quanto il contenuto di tali contratti «non può mai concretizzare una violazione delle norme vigenti» (risoluzione n. 200/E del 16 maggio 2008, in *Boll. trib.*, 2008, 1753).

Innovazione e Diritto

conduttore.

La disciplina è mutata a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2007, per effetto della norma che ha ampliato il novero delle fattispecie agevolate e permesso in certi casi al conduttore di beneficiare della detrazione anche per canoni relativi ad abitazioni concesse ai familiari[74]. La detrazione può essere esercitata in due nuove situazioni, che si affiancano a quelle appena richiamate: in presenza di contratti di locazione di unità immobiliari destinate ad abitazione principale, conclusi o rinnovati a canone libero ai sensi della L. 9 dicembre 1998, n. 431; e, per i primi 3 anni, in caso di locazioni stipulate da giovani di età compresa fra i 20 e i 30 anni, aventi ad oggetto unità immobiliari da destinare a propria abitazione principale, diverse dall'abitazione principale dei genitori o di coloro cui sono affidati. Se il contratto è concluso da più conduttori (ad esempio, da entrambi i giovani componenti la coppia), ognuno di essi può fruire *pro quota* della detrazione[75].

L'art. 16 T.U. assume lo stesso concetto di abitazione principale richiamato dal precedente art. 10, comma 3-*bis* (immobile destinato a dimora abituale del contribuente o dei familiari): e ciò permette appunto di estendere la detrazione alle situazioni in cui l'immobile sia abitato dai soli familiari del contribuente. A differenza dell'art. 10, comma 3-*bis*, però, l'art. 16, comma 1-*quater*, T.U. impedisce di cumulare fra loro più benefici (più detrazioni), ove il contribuente conduca in locazione più unità abitative messe a disposizione di più familiari[76].

L'ammontare della detrazione varia a seconda dei casi. In linea generale,

[74] Art. 16 T.U., rinumerato dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 e modificato dall'art. 1, comma 9, L. 24 dicembre 2007, n. 244.
[75] Come chiarito dall'Agenzia delle entrate nella circolare n. 34/E del 4 aprile 2008, in *Boll. trib.*, 2008, 643.
[76] Ciò non toglie che la detrazione in oggetto sia cumulabile con la deduzione di cui all'art. 10, comma 3-*bis*, T.U., diversi essendone i presupposti applicativi. Il punto è stato chiarito dall'Agenzia delle entrate nella ricordata circolare n. 11/E del 21 maggio 2014.

Innovazione e Diritto

essa ammonta a € 300 o a € 150, in base al reddito complessivo del conduttore[77]. Sale però a € 495,80 (o a € 247,90) se l'immobile è destinato ad abitazione principale del conduttore in forza di contratto concluso a canone concordato, e a € 991,60 (o a € 495,80) se il conduttore dell'abitazione principale è un lavoratore dipendente trasferitosi nel nuovo Comune di residenza. Si attesta infine a € 991,60 se la locazione è stipulata da un giovane con reddito complessivo non superiore a € 15.493,71.

Il beneficio varia dunque in ragione di diversi criteri: l'ammontare del reddito posseduto dal conduttore, il suo *status*, la destinazione dell'immobile ad abitazione propria o dei familiari e la tipologia di contratto stipulato. In particolare, il tipo di contratto incide sul *quantum* della detrazione nelle ipotesi in cui il conduttore (che non sia lavoratore dipendente trasferito) abiti direttamente l'immobile: se il canone è pattuito in condizioni di libero mercato la detrazione è più bassa; se è concordato invece ai sensi degli artt. 2, comma 3, e 4, commi 2 e 3, L. 9 dicembre 1998, n. 431, essa è maggiore.

Questa differenza di trattameno si fonda su un criterio (la determinazione libera o concordata del canone) che non ha nulla a che vedere con il concreto utilizzo e con la destinazione personale o familiare dell'immobile. Forse, il legislatore avrebbe fatto meglio a non distinguere sotto questo profilo – non essendo ben chiaro perché debba essere penalizzato chi conclude una locazione abitativa a canone libero – e limitarsi a premiare con maggiori detrazioni (come in effetti avviene) i contratti stipulati per soddisfare esigenze locative peculiari, quali appunto quelle del dipendente trasferito per motivi di lavoro e dei giovani inquilini. Esigenze che ben giustificano la scelta normativa di circoscrivere la detrazione alle ipotesi in cui l'immobile sia abitato direttamente dal conduttore, rendendo irrilevante la sua eventuale

[77] La detrazione ammonta a € 300 se il reddito del conduttore non supera € 15.493,71, e a € 150 se il reddito supera tale soglia ma non quella di € 30.987,41.

Innovazione e Diritto

destinazione familiare.

Di carattere temporaneo è la norma che, per il triennio 2014 – 2016, riconosce un'ulteriore detrazione dall'Irpef ai conduttori di alloggi sociali adibiti a propria abitazione principale[78].

4.4. Il possesso dell'abitazione principale nel sistema dell'Ici e dell'Imu. Ipotesi di cumulo dei relativi benefici con quelli previsti in materia reddituale

Discorso in parte diverso interessa il sistema dell'imposizione patrimoniale, in cui il passaggio dall'Ici all'Imu (e poi alla Tasi) ha comportato significative novità.

Sino al 2008, l'unità immobiliare adibita ad abitazione principale del soggetto passivo era soggetta a Ici, ma la legge riconosceva alcune agevolazioni. In particolare, l'art. 8, comma 2, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 prevedeva una detrazione d'imposta di £. 200.000, specificando che per abitazione principale dovesse intendersi «quella nella quale il contribuente, che la possiede a titolo di proprietà, usufrutto o altro diritto reale, e i suoi familiari dimorano abitualmente», e precisando altresì – a partire dal 2007 – che, salva prova contraria, tale abitazione si riteneva coincidere con quella di residenza anagrafica[79].

[78] Art. 7, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni in L. 23 maggio 2014, n. 80. La detrazione ammonta a € 900 se il reddito complessivo del conduttore non supera € 15.493,71, e ad € 450 se il reddito è compreso fra detto importo ed € 30.987,41.

[79] Si vedano, con riguardo alla disciplina vigente prima della modifica del 2007, Cass., 28 maggio 2010, n. 13151, in *www.leggiditalia.it* (secondo cui la detrazione non avrebbe potuto essere negata in caso di divergenza tra il luogo indicato in dichiarazione e la residenza anagrafica del contribuente, perché «le risultanze anagrafiche rivestono un valore presuntivo e possono essere superate da prova contraria, desumibile da qualsiasi fonte di convincimento e suscettibile di apprezzamento riservato alla valutazione del giudice di merito»); Comm. trib. reg. del Lazio, 24 gennaio 2012, *ibid.*; Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 29 ottobre 2012, in *Riv. giur. trib.*, 2013, 517 («una volta che il contribuente abbia provato che l'abitazione che considera principale sia quella della residenza anagrafica, spetta al Comune provare che questa non sia l'abitazione principale, quella cioè dove il contribuente e i suoi famigliari dimorano abitualmente»).

Innovazione e Diritto

Negli anni successivi, l'abitazione principale è stata esentata dal tributo. La disciplina è nuovamente cambiata a partire dal 2012, quando, sostituita l'Ici dall'Imu, l'esenzione a favore dei possessori di unità immobiliari adibite ad abitazione principale è stata eliminata, ed è stato rivisto il regime impositivo loro riservato, con l'introduzione di nuovi benefici (riduzioni di aliquota e detrazioni ordinarie e maggiorate) e la modifica del concetto stesso di abitazione principale[80]. Dal 2014 l'Imu non grava più sulle abitazioni principali, essendo subentrata la Tasi, la cui applicazione è rimessa – come visto – alla scelta dei singoli Comuni.

Ai fini Imu, è considerato abitazione principale l'immobile, iscritto o iscrivibile in catasto come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente (eccezion fatta per le unità accatastate in categoria A/1, A/8 o A/9). Qualora i componenti del nucleo familiare stabiliscano la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi nell'ambito del territorio comunale, le agevolazioni previste (oggi, le norme di esenzione) si applicano per un solo immobile[81]. Come osservato dal Ministero, il legislatore ha voluto «unificare il

[80] L'esenzione dall'Ici, introdotta dall'art. 1, commi 1 – 3, D.L. 27 maggio 2008, n. 93, convertito con modificazioni in L. 24 luglio 2008, n. 126, è stata soppressa a decorrere dal 1° gennaio 2012 dall'art. 13, comma 14, lett. *a*), D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in L. 22 dicembre 2011, n. 214.

[81] Art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dall'art. 4, comma 5, lett. *a*), D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito con modificazioni in L. 26 aprile 2012, n. 44. Il riferimento della norma all'immobile «iscritto o iscrivibile in catasto come unica unità immobiliare» risolve in senso restrittivo il problema, sorto nel previgente sistema, relativo all'applicazione delle agevolazioni Ici nei casi in cui più unità immobiliari, catastalmente distinte, fossero adibite ad unica abitazione principale del contribuente. Il Ministero delle finanze aveva ritenuto che le diverse unità immobiliari fossero «singolarmente e separatamente soggette ad imposizione, ciascuna per la propria rendita», e che una sola potesse fruire delle agevolazioni riconosciute all'abitazione principale, sicché «per poter usufruire per intero degli effetti, sia dell'aliquota ridotta, sia della detrazione, sarebbe opportuno che il contribuente richieda l'accatastamento unitario dei due distinti cespiti». La giurisprudenza aveva invece ammesso che le agevolazioni potessero essere fruite con riguardo a tutte le unità immobiliari, previa dimostrazione del loro effettivo utilizzo come unica abitazione principale e purché l'immobile, unitariamente considerato, non trascendesse la categoria catastale delle singole unità. Si

Innovazione e Diritto

concetto di residenza anagrafica e di dimora abituale, individuando come abitazione principale solo l'immobile in cui le condizioni previste dalla norma sussistono contemporaneamente», e ha disposto che, laddove i membri del nucleo familiare, residenti nello stesso Comune, stabiliscano la dimora abituale in immobili diversi, le agevolazioni «devono essere uniche per nucleo familiare indipendentemente dalla dimora abituale e dalla residenza anagrafica dei rispettivi componenti»[82].

Esistono diverse fattispecie assimilate a quella tipica. L'Imu non si applica infatti alle unità immobiliari appartenenti alle cooperative edilizie a proprietà indivisa e adibite ad abitazione principale dei soci assegnatari; ai fabbricati di civile abitazione destinati ad alloggi sociali, così come definiti dal decreto del Ministro delle Infrastrutture del 22 aprile 2008; alla casa assegnata al coniuge in sede di separazione o divorzio; all'immobile posseduto e non locato dal personale delle Forze armate, delle Forze di polizia e dei Vigili del fuoco (senza che siano richieste, in quest'ultimo caso, le condizioni della dimora abituale e della residenza anagrafica). Inoltre, gli enti locali possono considerare direttamente adibita ad abitazione principale l'unità immobiliare posseduta a titolo di proprietà o usufrutto, e non locata, da anziani o disabili lungodegenti; quella posseduta in Italia a titolo di proprietà o usufrutto, e non locata, da cittadini italiani residenti all'estero; quella concessa in comodato a parenti in linea retta di primo grado, che la utilizzino come abitazione principale[83].

vedano in termini Cass., 29 ottobre 2008, n. 25902, in *Boll. trib.*, 2009, 327; Id., 17 maggio 2010, n. 12050, in *Corr. trib.*, 2010, 2131; Id., 3 luglio 2014, n. 15198, in *www.leggiditalia.it* («in tema di Ici, il contemporaneo utilizzo di più unità catastali non costituisce ostacolo all'applicazione, per tutte, dell'aliquota agevolata prevista per l'abitazione principale, sempre che il derivato complesso abitativo utilizzato non trascenda la categoria catastale delle unità che lo compongono, assumendo rilievo a tal fine non il numero delle unità catastali, ma l'effettiva utilizzazione ad abitazione principale dell'immobile complessivamente considerato, ferma restando la spettanza della detrazione prevista dall'art. 8, comma 2, D.Lgs 30 dicembre 1992, n. 504 una sola volta per tutte le unità»).

[82] Circolare n. 3/DF del 18 maggio 2012, in *Boll. trib.*, 2012, 751.

[83] Si veda ancora l'art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dall'art. 1,

La necessaria coesistenza di elementi formali e sostanziali – residenza anagrafica e dimora abituale – rende più rigoroso rispetto al passato il concetto di abitazione principale. Inoltre, il fatto che – a differenza dell'art. 10, comma 3-*bis*, T.U. – la norma in esame non menzioni i «familiari» ma il «nucleo familiare» del contribuente e utilizzi la congiuntiva «e» (non la disgiuntiva «o») impone di chiarire quale sia il «nucleo familiare» considerato, e se – in presenza di più unità abitative possedute – l'esenzione possa oggi spettare più volte nel caso in cui i componenti del nucleo risiedano e dimorino in immobili diversi da quello utilizzato dal contribuente.

Sotto il primo profilo – premesso che la lettera dell'art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 impedisce di estendere alla disciplina dell'Imu il concetto di familiare assunto ai fini reddituali dall'art. 5, comma 5, T.U. – va osservato che la legge tributaria non identifica *expressis verbis* il «nucleo familiare» del contribuente. Una definizione di «nucleo familiare» si trova però nel regolamento Isee, concernente le modalità attuative e gli ambiti di applicazione dei criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni agevolate[84].

comma 707, lett. *b*), L. 27 dicembre 2013, n. 147. In caso di comodato al figlio o al genitore, l'esenzione dall'Imu spetta limitatamente alla quota di rendita catastale non eccedente € 500, oppure nel caso in cui il comodatario appartenga a un nucleo familiare con Isee non superiore a € 15.000. A parere del Dipartimento delle Finanze, l'importo di € 500 opera come franchigia, sicché l'Imu rimane dovuta in via ordinaria per la parte di rendita catastale eccedente tale importo (risposta n. 23 alle domande poste in merito all'applicazione della Tasi e dell'Imu, diffusa il 3 giugno 2014 sul sito *www.finanze.gov.it*). In presenza di più unità immobiliari, l'esenzione può essere applicata a una sola di esse. A partire dal 2015, è altresì considerata direttamente adibita ad abitazione principale «una ed una sola unità immobiliare posseduta dai cittadini italiani non residenti nel territorio dello Stato e iscritti all'Anagrafe degli italiani residenti all'estero, già pensionati nei rispettivi Paesi di residenza, a titolo di proprietà o di usufrutto in Italia, a condizione che non risulti locata o data in comodato d'uso» (art. 9-*bis*, comma 1, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni in L. 23 maggio 2014, n. 80).

[84] Il nuovo regolamento Isee è stato approvato con D.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159, che ha rivisto le modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'indicatore della situazione economica equivalente. Il precedente regolamento, approvato con D.C.M. 7 maggio 1999, n. 221, è stato abrogato dall'art. 5, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201.

Innovazione e Diritto

L'art. 3, comma 1, di detto regolamento ricomprende nello stesso nucleo familiare «i soggetti componenti la famiglia anagrafica» alla data di presentazione della dichiarazione sostitutiva unica, salvo quanto diversamente stabilito dai commi successivi, che derogano in parte al generale criterio della coabitazione e della dimora abituale nello stesso Comune. I coniugi con la stessa residenza appartengono sempre allo stesso nucleo familiare, anche se fiscalmente a carico altrui. Di regola, anche i coniugi con diversa residenza anagrafica fanno parte dello stesso nucleo, e devono identificare di comune accordo la residenza familiare, così da attrarre il coniuge con residenza anagrafica diversa nel nucleo la cui residenza anagrafica coincide con quella della famiglia[85]. In situazioni particolari, però, la diversa residenza anagrafica dei coniugi impedisce di individuare un unico nucleo familiare: come nelle ipotesi di separazione personale, proposizione della domanda di divorzio, allontanamento giudiziale o accertato abbandono di un coniuge da parte dell'altro. I figli minori appartengono al nucleo familiare dei genitori (o del genitore) con cui convivono[86]; il figlio maggiorenne non convivente con i genitori fa parte del loro nucleo familiare se fiscalmente a carico, non coniugato e senza figli; se i genitori appartengono a nuclei familiari distinti, il figlio maggiorenne a carico di entrambi può scegliere a quale di essi appartenere.

Non v'è dunque coincidenza tra la figura del familiare rilevante in sede di applicazione dell'Irpef e quella del componente del nucleo familiare modellata sulla disciplina dell'Isee. Il familiare è tale per vincoli di sangue, coniugio o

[85] In caso di mancato accordo, la residenza familiare è individuata nell'ultima residenza comune ovvero, in assenza di una residenza comune, nella residenza del coniuge di maggior durata. Il coniuge iscritto nelle anagrafi dei cittadini italiani residenti all'estero è attratto nel nucleo anagrafico dell'altro coniuge (art. 3, comma 2, del regolamento Isee).

[86] Il minore in affidamento preadottivo appartiene al nucleo familiare dell'affidatario, mentre il minore in affidamento temporaneo è considerato nucleo familiare a sé stante, fatta salva la facoltà del genitore affidatario di considerarlo parte del proprio nucleo.

Innovazione e Diritto

affinità, anche se non risiede e non convive con il contribuente; il membro del nucleo familiare è tale invece proprio perché dimora con il contribuente, oppure perché, senza dimorare con lui, ne è coniuge (non separato, divorziato o allontanato) o è fiscalmente a suo carico. Esistono perciò familiari che non appartengono allo stesso nucleo familiare (parenti entro il terzo grado non conviventi né fiscalmente a carico gli uni degli altri; coniugi separati con diversa residenza) e membri dello stesso nucleo che non sono familiari a norma dell'art. 5, comma 5, T.U. (parenti oltre il terzo grado e affini oltre il secondo grado presenti nello stato di famiglia anagrafico).

In mancanza di chiare indicazioni testuali al riguardo, non appare affatto scontato che il concetto di nucleo familiare ora richiamato possa essere trasposto nella disciplina dell'Imu. Se si ammette però che – in nome della coerenza e della tendenziale uniformità dell'ordinamento – ciò sia consentito, ci si deve preoccupare di individuare il regime impositivo applicabile alle ipotesi in cui un membro del nucleo risieda e dimori da solo nell'immobile del contribuente, e di quelle in cui diversi componenti del nucleo risiedano e dimorino in più immobili del contribuente situati in Comuni diversi: ad esempio, genitori con figli a carico che vivono da soli, oppure coniugi separati di fatto ma non di diritto.

Va osservato innanzitutto che il riferimento dell'art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 al contribuente «e» al nucleo familiare non significa che l'esenzione da Imu spetti solo per l'unità immobiliare abitata dal primo insieme ai membri del nucleo. Questa conclusione è smentita dallo stesso art. 13, comma 2, che – come visto – contempla espressamente l'eventualità che i vari componenti del nucleo stabiliscano la residenza e la dimora abituale in immobili diversi situati nel territorio di uno o più Comuni, e dispone che, nel primo caso, le agevolazioni (oggi, l'esenzione da imposta) per l'abitazione principale e le relative pertinenze si applichino per un solo immobile. E' quindi

pacifico che tali benefici spettino (almeno una volta) anche se il contribuente e il suo nucleo familiare abitino immobili diversi, tutti posseduti dal primo. Lo stesso è a dirsi nel caso in cui il proprietario non abiti l'immobile per averlo concesso in comodato al genitore o al figlio: come pure si è visto, infatti, anche in tal caso la legge ammette che l'immobile possa essere considerato abitazione principale del proprietario (con l'ulteriore particolarità per cui non sempre il genitore o il figlio fanno parte del nucleo familiare del contribuente, almeno nel senso qui adottato).

Ma queste ipotesi derogano alla regola generale, e non autorizzano a ritenere che, al di fuori di esse, l'esenzione da Imu possa spettare a prescindere dalla destinazione dell'immobile ad abitazione principale del contribuente «e» dei membri del nucleo[87]. Non è quindi abitazione principale l'immobile posseduto dal contribuente e concesso in locazione o in comodato a soggetti diversi da quelli appena menzionati (un fratello, un nipote, un estraneo alla famiglia).

Non osta all'esenzione il fatto che l'immobile, destinato a residenza e a dimora abituale del proprietario e dei familiari, sia in parte occupato da altri conduttori o comodatari. La legge non richiede infatti che l'abitazione

[87] Nel vigore dell'Ici, la tesi secondo cui l'abitazione avrebbe potuto considerarsi principale «soltanto se nella stessa dimorano abitualmente sia il contribuente che i suoi familiari», non essendo sufficiente il fatto che «il contribuente dimori abitualmente nell'unità immobiliare, se i suoi familiari dimorino altrove», era stata prospettata da Cass., 15 giugno 2010, n. 14389, in *Foro it.*, 2010, I, 2348. La sentenza aveva osservato che il concetto di abitazione principale assunto dall'art. 8, comma 2, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 richiamava «quello tradizionale di 'residenza della famiglia' desumibile dall'art. 144, comma 1, c.c.», censurando la decisione di merito che aveva riconosciuto spettare al contribuente il trattamento fiscale agevolato per il solo fatto che egli dimorasse abitualmente nella casa di abitazione, senza considerare la «necessità, imposta dal legislatore, di tener conto non già della sola dimora del contribuente ma, unitamente, di quella della sua famiglia». Nello stesso senso si era poi espressa Comm. trib. reg. del Lazio, 13 aprile 2012, in *www.leggiditalia.it* («per far sorgere il diritto alla detrazione per l'abitazione principale non è sufficiente che il contribuente dimori abitualmente nell'unità immobiliare, se i suoi familiari vivono altrove»). In precedenza, però, il Ministero delle finanze aveva ritenuto applicabile la disciplina di favore anche al contribuente «unico dimorante» nell'abitazione (circolare n. 120/E del 27 maggio 1999, in *Boll. trib.*, 1999, 911).

Innovazione e Diritto

principale debba essere utilizzata esclusivamente dai componenti della famiglia, e non prevede nemmeno criteri in base ai quali riconoscere – in ipotesi – un'esenzione solo parziale.

Se gli immobili posseduti dal contribuente sono più d'uno, e ognuno è destinato a dimora abituale e a residenza anagrafica di diversi membri del nucleo familiare, è possibile che l'esenzione spetti più di una volta. Proprio a tali situazioni si riferisce l'art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 nel riconoscere i benefici fiscali in relazione a uno soltanto degli immobili abitati dal contribuente e dai membri del nucleo nel territorio dello stesso Comune: derivandone *a contrario* che, quando gli immobili si trovano in Comuni diversi, i benefici (oggi, l'esenzione da imposta) spettano tante volte quanti sono i Comuni interessati.

Quest'ultima regola, di notevole rilevanza operativa, è stata confermata dal Ministero in ragione dei minori rischi elusivi che la fattispecie presenterebbe rispetto a quella in cui le unità immobiliari siano situate nel territorio dello stesso Comune. L'esigenza di evitare che, mediante artificiosi trasferimenti di residenza e dimora di alcuni membri del nucleo familiare, il proprietario o i proprietari degli immobili potessero (e possano) cumulare le agevolazioni previste per l'abitazione principale verrebbe meno, infatti, qualora gli immobili siano ubicati in Comuni diversi, «poiché in tale ipotesi il rischio di elusione della norma è bilanciato da effettive necessità di dover trasferire la residenza anagrafica e la dimora abituale in un altro Comune, ad esempio per esigenze lavorative»[88].

Il principio, enunciato con specifico riguardo al caso dei coniugi, risulta

[88] Così la citata circolare n. 3/DF del 18 maggio 2012. Il documento conferma altresì che «se nell'immobile in comproprietà fra i coniugi, destinato all'abitazione principale, risiede e dimora solo uno dei coniugi – non legalmente separati – poiché l'altro risiede e dimora in un diverso immobile, situato nello stesso Comune, l'agevolazione non viene totalmente persa, ma spetta solo ad uno dei due coniugi».

Innovazione e Diritto

applicabile anche alle altre ipotesi in cui gli immobili situati in diversi Comuni siano abitati da diversi membri del nucleo familiare del contribuente (ad esempio, dai figli a carico).

A conclusione dell'analisi ora condotta, un rapido raffronto tra le fattispecie regolate dall'art. 10, comma 3-*bis*, T.U. e dall'art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 permette di evidenziarne la solo parziale coincidenza e il conseguente solo eventuale cumulo in capo al contribuente.

Le due disposizioni danno comune rilievo al possesso dell'immobile da parte del proprietario o del titolare di altro diritto reale e alla sua destinazione a dimora abituale; non invece alla residenza anagrafica (richiesta solo dalla disciplina dell'Imu) e alla presenza di soggetti, diversi dal contribuente, idonea a giustificare il riconoscimento del beneficio fiscale (i familiari nel caso dell'Irpef, i componenti del nucleo familiare nel caso dell'Imu). E' quindi possibile che il proprietario o l'usufruttuario dell'unità immobiliare abbia diritto di dedurre dal reddito complessivo la rendita catastale ma non di fruire dell'esenzione da Imu, o viceversa; e che, in presenza di più abitazioni possedute, i benefici siano cumulabili per una sola di esse.

Se il contribuente possiede un'unica abitazione, i benefici si cumulano quando egli vi risiede e dimora abitualmente, o quando, in sua assenza e nei casi previsti dalla legge, vi risiede e dimora abitualmente un familiare membro del nucleo familiare. Gli esempi possono essere diversi: il genitore che concede in comodato l'appartamento al figlio fiscalmente a carico; il coniuge residente e dimorante nell'appartamento dell'altro dopo la separazione di fatto; il coniuge superstite, che risiede e dimora nell'immobile oggetto del diritto di abitazione di cui all'art. 540 c.c. In questi casi, nessuno è tenuto a pagare l'Imu, mentre il proprietario (o il coniuge superstite) può dedurre dal reddito complessivo la rendita catastale dell'unità immobiliare.

Può darsi però che l'immobile costituisca abitazione principale ai fini di un

solo tributo, e dia diritto alle sole agevolazioni da esso contemplate. Ad esempio, mancano i requisiti richiesti dalla disciplina dell'Imu, e spetta la sola deduzione dal reddito della rendita catastale, se il contribuente dimora ma non risiede nell'immobile di proprietà, o concede l'immobile al figlio non fiscalmente a carico (e quindi non appartenente al suo nucleo familiare)[89]. Mancano per contro le condizioni previste dall'art. 10, comma 3-*bis*, T.U., e spetta la sola esenzione dall'Imu, se l'immobile costituisce residenza e dimora abituale del coniuge assegnatario in sede di separazione (posto che, ai fini reddituali, la soggettività passiva d'imposta rimane in capo al coniuge proprietario, che dimora altrove).

Se il contribuente possiede più abitazioni, i benefici fiscali possono cumularsi con riguardo a una o a più di esse.

La prima situazione si verifica se le condizioni richieste dalla legge sussistono con riguardo a uno soltanto degli immobili posseduti. Ne costituisce esempio la fattispecie regolata dallo stesso art. 13, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, nella quale uno dei coniugi non separati, proprietario di due appartamenti nel medesimo Comune, stabilisca la residenza e la dimora in uno di essi e lasci l'altro al proprio (o alla propria) consorte. L'esenzione da Imu spetta allora per una sola unità immobiliare, fermo restando – si ritiene – il diritto di dedurre dal reddito entrambe le rendite catastali.

La seconda situazione si verifica invece se più abitazioni soddisfano in maniera autonoma i requisiti richiesti dalla legge, come nel caso in cui il genitore risieda e dimori nella casa di proprietà, sita in un certo Comune, e il figlio a carico in altra casa, anch'essa di proprietà del genitore, situata in un Comune diverso. In tal caso, è pacifico che l'esenzione da Imu spetti per

[89] Situazioni nelle quali si era suggerito, *de iure condendo*, di tornare ai criteri previsti dalla disciplina dell'Ici, e riconoscere comunque le detrazioni previste in materia di Imu. Cfr. sul punto E. COVINO, *L'imposta patrimoniale immobiliare: incongruenze e possibilità di razionalizzazione*, in *Dial. trib.*, 2013, 127.

Innovazione e Diritto

entrambe le unità immobiliari, e sembra altresì corretto ritenere – nonostante la contraria opinione dell'Agenzia delle entrate – che entrambe le rendite catastali possano essere dedotte dal reddito del proprietario.

4.5. La destinazione familiare della casa di abitazione nel passaggio dall'Imu alla Tasi

A partire dal 2014, il sistema di imposizione patrimoniale sulle abitazioni principali è cambiato per effetto di una scelta normativa di compromesso che, di fatto, ha sostituito l'Imu con altre forme di prelievo. E' stata introdotta l'imposta unica comunale, comprensiva di tre distinti tributi: la stessa Imu, dovuta sugli immobili diversi dalle abitazioni principali non di lusso; la Tasi, volta a finanziare i servizi indivisibili degli enti locali e dovuta anche dai possessori di abitazioni principali, con aliquote variabili dallo 0,1% allo 0,25% in base alle delibere comunali; e la Tari, che pure grava sulle unità immobiliari adibite ad abitazione dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale. L'assetto conferito alla Tasi e la libertà di manovra riconosciuta ai Comuni hanno comportato, in più di un caso, un inasprimento della tassazione rispetto al passato[90].

Per regola generale, e a differenza dell'Imu, la Tasi colpisce non solo il possesso, ma anche la detenzione a qualsiasi titolo dell'unità immobiliare (purché di durata superiore a sei mesi nel corso dell'anno solare). L'obbligazione tributaria è unica e determinata con esclusivo riguardo alla situazione del possessore dell'immobile, ma viene ripartita fra il possessore e l'eventuale detentore in base alle quote stabilite dai Comuni, restando

[90] Ad aliquote standard (Imu allo 0,4%, Tasi allo 0,1% e Tarsu o Tari a tariffe medie rilevate), un trilocale di 100 mq. e valore catastale di € 100.000, abitato dal proprietario e da un figlio in zona semicentrale di una grande città, ha pagato nel 2012 € 500 (200 di Imu e 300 di Tarsu), nel 2013 € 330 (300 di Tarsu e 30 di maggiorazione) e nel 2014 € 415 (100 di Tasi e 315 di Tari).

Innovazione e Diritto

comunque compresa fra il 10% e il 30% la quota dovuta dal detentore[91]. In presenza di più possessori, tutti sono obbligati in solido all'adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto la quota relativa; lo stesso vale per i detentori, la cui obbligazione non si confonde con quella dei primi[92].

Queste regole vanno applicate tenendo conto che il concetto di abitazione principale non è mutato rispetto a quello assunto dalla disciplina dell'Imu, e continua a identificare l'unità immobiliare in cui il possessore e il suo nucleo familiare risiedono e dimorano abitualmente. La legge non parla di abitazione principale del detentore: ciò significa che può essere considerata abitazione principale (del possessore) l'immobile abitato da questi, dai familiari ed eventualmente da altri soggetti, non familiari, conduttori o comodatari di una parte del fabbricato; ma non può essere considerata tale (per il detentore) l'unità immobiliare abitata con o senza la famiglia. In altri termini, solo ai titolari di diritti reali può essere riferito il possesso di immobili qualificabili come abitazioni principali, con le conseguenze che ne derivano in ordine alla determinazione del tributo e alla spettanza di esenzioni o riduzioni. Ai conduttori, ai comodatari e agli altri occupanti può invece essere riferita la detenzione di unità immobiliari diverse dall'abitazione principale, per le quali non sono ipotizzabili riduzioni sulle quote dovute in base alle delibere comunali. L'appartenenza del detentore a un nucleo familiare rimane irrilevante sotto questo aspetto, dal momento che l'esistenza e l'ammontare della sua eventuale obbligazione (spesso relativa al godimento dell'immobile destinato ad abitazione propria e della famiglia) non ne risultano influenzate.

Sul piano sistematico, appare evidente il mutamento di prospettiva verificatosi rispetto alla discipina dell'Ici e dell'Imu, con riguardo (anche, ma non solo) alla tassazione degli immobili destinati ad abitazione familiare.

[91] Art. 1, comma 681, L. 27 dicembre 2013, n. 147.
[92] Art. 1, comma 671, L. 27 dicembre 2013, n. 147.

Innovazione e Diritto

Nell'assoggettare alla Tasi i detentori dell'immobile, la legge non si limita infatti a dare rilievo alla titolarità di diritti reali di godimento, ma considera anche le occupazioni ad altro titolo e coinvolge nell'attuazione del tributo tutti coloro che, di diritto o di fatto, godono del bene e concorrono perciò a realizzare la fattispecie impositiva. Il prelievo è ripartito secondo un criterio peculiare, del tutto autonomo da quello che riguarda la quantificazione dell'«unica» obbligazione tributaria: l'obbligazione sorge e si determina con esclusivo riferimento alla posizione del possessore, o dei possessori, dell'immobile, ma viene imputata *pro quota* anche al detentore, o ai detentori. La quota riferita al possesso resta autonoma da quella riferita alla detenzione. Il pagamento dell'una è dovuto in via esclusiva dal possessore (o, in solido, dai possessori) del bene; il pagamento dell'altra in via esclusiva dal detentore (o, in solido, dai detentori).

La Tasi abbraccia un ventaglio molto ampio di situazioni, e i vincoli familiari tra i contribuenti non rappresentano di regola elemento costitutivo della fattispecie imponibile. Ciò non impedisce di ritenere che, nel definire l'assetto del tributo, il legislatore abbia riconosciuto particolare rilievo alle ipotesi di detenzione dell'abitazione familiare: come emerge del resto dalle disposizioni, sopra richiamate, che estendono in certi casi il perimetro dei benefici previsti per il possesso dell'abitazione principale, oltre che dalle norme che attribuiscono ai Comuni il potere di non applicare il tributo o di deliberare riduzioni di aliquota o speciali detrazioni tenendo conto della situazione economica dei nuclei familiari e di vari indicatori[93].

[93] Per l'anno 2014, le scelte compiute a livello locale sono state diverse e a volte sorprendenti, se non paradossali. Il quadro complessivo appare molto frastagliato, con evidenti differenze di trattamento. Come i dialetti, anche la disciplina della Tasi cambia sensibilmente da un luogo all'altro, con riferimento alle esenzioni, alle aliquote e alle detrazioni previste. Dai dati diffusi emerge che dei 7.405 Comuni che hanno deliberato di adottare il tributo, ben 6.508 ne hanno stabilito l'applicazione anche sulle abitazioni principali, mentre solo 2.341 hanno introdotto agevolazioni o detrazioni al riguardo. L'aliquota standard dello 0,1% è stata raddoppiata in molti

Innovazione e Diritto

Le detrazioni dovrebbero ridurre sensibilmente, se non azzerare, il prelievo sulle abitazioni principali che prima del 2014 non pagavano imposte patrimoniali grazie alle esenzioni e alle riduzioni riconosciute dalla disciplina dell'Ici e dell'Imu. Nel 2012 circa cinque milioni di abitazioni principali non pagarono l'Imu, mentre la Tasi interessa in via di principio anche questi immobili ed è ripartita secondo criteri penalizzanti per le famiglie più povere e numerose. Per evitare l'inasprimento della tassazione, il legislatore aveva previsto che le detrazioni dalla Tasi dovessero generare effetti sul carico di imposta «equivalenti o inferiori a quelli determinatisi con riferimento all'Imu relativamente alla stessa tipologia di immobile»[94]: ma il concetto di equivalenza di effetti è stato interpretato in senso ampio dagli enti locali, così da riferire il vincolo del mancato aumento del prelievo al gettito complessivo del tributo, non a quello derivante dalla tassazione delle sole abitazioni principali. Di fatto, al nuovo tributo sfugge la maggior parte delle abitazioni di basso valore catastale; per le altre, il carico fiscale dipende dal livello delle aliquote e dalle detrazioni deliberate dai singoli Comuni[95].

casi, e ha raggiunto la misura massima dello 0,33% in diversi capoluoghi di provincia. Le detrazioni sono state concesse in via generalizzata, oppure in ragione di circostanze particolari: ammontare della rendita catastale dell'abitazione, livello del reddito o dell'Isee del proprietario, presenza di figli o persone disabili. Torino, Napoli, Bologna, Bari, Firenze, Genova e Pisa hanno applicato l'aliquota massima; Palermo e Venezia l'aliquota dello 0,29%; Roma, Milano, Brescia e Modena l'aliquota dello 0,25%. Tutti questi Comuni hanno riconosciuto detrazioni a favore dei possessori dell'abitazione principale, a differenza di quanto avvenuto ad Aosta, Campobasso, Catanzaro e L'Aquila. A Ripabottoni, piccolo Comune molisano, c'è uno sconto aggiuntivo di € 50 per chi ha «disabilità superiore al 100%». A San Marco dei Cavoti, in Campania, l'aliquota è dimezzata per chi adotta un cane randagio.

[94] Così il ricordato art. 1, comma 677, L. 27 dicembre 2013, n. 147, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *a*), D.L. 6 marzo 2014, n. 16.

[95] Nel 2012, un'abitazione di valore imponibile di € 60.000, abitata da una coppia con un figlio a carico, non avrebbe pagato l'Imu dello 0,4% essendo le detrazioni complessive (pari a € 250) superiori all'imposta dovuta. L'imposta non si sarebbe pagata nemmeno nel 2013. Nel 2014, la Tasi poteva variare da € 60 a € 198 a seconda dell'aliquota applicata, compresa fra lo 0,1% e lo 0,33%, al lordo delle eventuali detrazioni concesse dal Comune: sicché il prelievo avrebbe nuovamente potuto azzerarsi. Diverso il caso in cui lo stesso nucleo familiare avesse abitato un immobile di valore imponibile di € 200.000. Nel 2012, l'Imu ad aliquota standard sarebbe ammontata a € 550; nel 2013 il pagamento non sarebbe stato dovuto; nel 2014 la Tasi poteva

Innovazione e Diritto

A parte questo aspetto, l'applicazione del tributo sui servizi indivisibili dei Comuni presenta alcune specificità proprio con riguardo alle situazioni di possesso e detenzione dell'abitazione familiare. Per il possessore, infatti, la scelta di destinare l'immobile ad abitazione dei familiari rileva sotto differenti profili.

Valgono innanzitutto le regole già sperimentate nel sistema dell'Imu, in forza delle quali anche la residenza anagrafica e la dimora abituale dei soli familiari possono permettere al contribuente di considerare l'immobile come propria abitazione principale. Ove ciò accada (coniuge detentore che abiti l'appartamento del coniuge possessore; genitore comodatario residente e dimorante nell'immobile del figlio, o viceversa), l'obbligazione tributaria si ripartisce fra gli interessati: il possessore paga per abitazione principale una quota compresa fra il 70% e il 90%, con le agevolazioni eventualmente deliberate dal Comune; il detentore paga la quota restante, senza alcuna agevolazione.

Quando l'immobile è occupato dal possessore insieme ai membri del nucleo familiare, si tratta di stabilire se anche costoro divengano soggetti passivi d'imposta in qualità di detentori e debbano al Comune la relativa quota di Tasi, o se l'obbligazione faccia capo al solo possessore. Quest'ultima tesi avrebbe il vantaggio di evitare lo sdoppiamento della soggettività passiva al tributo in situazioni caratterizzate da comunanza di risorse economiche fra i soggetti interessati; ma la legge non sembra autorizzare simile conclusione, perché riferisce l'obbligazione tributaria al detentore a prescindere dal fatto che egli occupi l'immobile da solo o con altri (si tratti o meno di familiari). Anche chi detiene l'immobile insieme ad altri è costituito debitore in via autonoma di una quota del tributo; e, se i detentori sono più d'uno (come appunto i membri del

variare da € 200 a € 660, sempre al lordo di eventuali detrazioni.

Innovazione e Diritto

nucleo familiare del possessore), tutti sono solidalmente tenuti al pagamento della quota.

Se l'immobile è in comproprietà fra più soggetti, uno soltanto dei quali lo utilizza come abitazione principale, il tributo è dovuto per quote determinate in ragione di regole differenti. Il comproprietario che risiede e dimora nell'immobile beneficia infatti, sulla propria quota, della riduzione di aliquota e delle eventuali detrazioni previste per il possesso dell'abitazione principale, mentre gli altri comproprietari pagano in base all'aliquota ordinaria. Tutti sono tenuti in solido all'adempimento del tributo, sicché il Comune può richiedere ad ognuno il pagamento dell'importo complessivamente dovuto, pari alla somma delle singole quote. I membri del nucleo familiare del primo comproprietario, se detentori dell'immobile, sono obbligati a versare una quota della quota, ossia una somma compresa fra il 10% e il 30% dell'importo dovuto dal possessore. Anche in queste ipotesi sorge responsabilità solidale fra loro, con riguardo alla quota relativa alla detenzione dell'immobile.

Il vincolo familiare rimane irrilevante nelle situazioni di possesso o detenzione di unità immobiliari diverse dall'abitazione principale, nelle quali la Tasi è dovuta secondo le regole generali, senza detrazioni o riduzioni di aliquota.

Intermediazione di manodopera e obblighi fiscali del datore di lavoro nella legge di stabilità 23 dicembre 2014 n. 190

di Riccardo Zampaglione

ABSTRACT

This work analyzes, in terms of labor intermediation, the displacement of the obligations of the substitute to intermediary entrepreneur. They are also considered the main aspects concerning the worker's right to take action against the employer and connections interposed between the interposition of labor and the transfer of the contract.

SINTESI

Il presente lavoro analizza, in tema di intermediazione di manodopera, lo spostamento degli obblighi del datore di lavoro sull'intermediario interponente.

Sono inoltre considerati i principali aspetti che riguardano il diritto del lavoratore ad agire contro il datore interposto e i collegamenti tra l'interposizione di manodopera e la cessione del contratto.

SOMMARIO: 1. L'intermediazione di manodopera alla luce dei recenti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione; esclusione o sussistenza della responsabilità solidale tra interponente ed interposto – 2. Il diritto del lavoratore ad agire contro il datore di lavoro (intermediario) interposto – 3. Obblighi fiscali del datore di lavoro, problematiche connesse – 4. Cessione contrattuale e interposizione di manodopera – 5. Nuove assunzioni: finalità ed incentivi al contratto di lavoro a tempo indeterminato – 6. Riflessioni conclusive

1. L'intermediazione di manodopera alla luce dei recenti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione; esclusione o sussistenza della responsabilità solidale tra interponente ed interposto

L'articolo 1 della legge n.1369 del 1960 poneva il divieto di intermediazione di manodopera vietato nel nostro ordinamento fino alla sua abrogazione con l'articolo l'art. 85, 1° co., lett. c, d.lg. 10.9.2003, n. 276.[1] L'art. 1 della abrogata legge

[1] O. Mazzotta, *Appalto III) Appalto di prestazioni di lavoro*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.; Zappalà, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla*

Innovazione e Diritto

era preordinato ad evitare che i lavoratori assunti da un datore intermediario prestassero la loro attività in favore di altro imprenditore committente. La nuova regolamentazione contenuta nel decreto del 2003 in realtà consente una certa dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo, ma solo per determinate e tassative ipotesi; al di fuori di tali ipotesi si è in presenza di forme illecite di somministrazione del lavoro, è il caso della c.d. «somministrazione irregolare»[2] o di comando disposto in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30, d.lg. n. 276/2003 ed alle quali quindi continuano ad applicarsi quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera.

Con riguardo all'abrogazione della norma sul divieto di interposizione di manodopera (art. 1 l.n. 1369/1960) si sono registrati indirizzi giurisprudenziali differenti; un indirizzo ha ritenuto la permanenza in capo all'interposto, ed in concorso con l'interponente, degli obblighi derivanti dal rapporto lavorativo o ad esso correlati[3]; un secondo orientamento invece si è basato sulla previsione

«tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 2004,.; R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, III,. Guarnieri, *La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera*, in *Riv. giur. lavoro*, 1988, I, 77 ss.; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000;

[2] (*ex* art. 27, d.lg. n. 276/2003)L'articolo 27, rubricato «somministrazione irregolare», così dispone: «1. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma *dell'art. 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, con effetto dall'inizio della somministrazione. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione. 3. Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dell'esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore».

[3] *Relativamente a tale indirizzo, si ricordano:; Cass., 23.1. 1987 n. 659i, 1987, in Riv. Infortuni,*

Innovazione e Diritto

di obblighi retributivi (e contributivi) per le prestazioni rese dal lavoratore posti a carico unicamente del datore di lavoro che dette prestazioni ha utilizzato[4].

A fondamento del primo indirizzo è stato sostenuto che tra il committente -interponente ed il datore di lavoro-interposto si configurerebbe un'obbligazione solidale per il pagamento delle retribuzioni; è stato sostenuto anche che l'interposto rimarrebbe sempre titolare del rapporto di lavoro in virtù dei principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi in buona fede; dunque, la tesi della responsabilità solidale tra interposto ed interponente era stata autorevolmente sostenuta[5] sulla base del principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi in buona fede: si sosteneva infatti che, pur essendo nullo il contratto di intermediazione lavorativa, la situazione apparentemente generata da quel contratto nullo era corrispondente ad una duplicazione della figura del datore di lavoro (quello formale-apparente e quello sostanziale-effettivo), con il corollario logico giuridico che, a tutela del soggetto più debole (*id est* il prestatore di lavoro) la responsabilità dell'interposto e dell'interponente andava considerata solidale. Di fronte ad un dubbio interpretativo quindi bisognava optare per la tesi più favorevole al prestatore di lavoro, in quanto soggetto più debole (in coerenza con i principi generali del diritto del lavoro).

Buona parte della dottrina ha condiviso tali filoni giurisprudenziali sulla

1987 II, 5; Cass., 30.3.1987,n.3066, in Foro it., 1987, I, 3074; e in Informazione prev., 1987, 1478; Cass., 3.2.1993, n.1355, in Giust. civ. mass., 1993, 214;Cass.,3.3.2001, n.3096, in Riv. it. dir. lav., 2001, II, 699, con nota di Nadalet, Sulla garanzia del t.f.r. in caso di insolvenza del datore di lavoro apparente; Cass., 27.3.2004, n.6144 in Gius, 2004, 3153; e in Lavoro nella giur., 2004, 897; Cass., 5.4.2004,n 6649,, in Gius, 2004, 3281. Cass., 18.2.1982, n. 1041, in Giust. civ., 1982, I, 1228

[4] *Nell'ambito di tale secondo orientamento, si segnalano: Cass., 14.6.1999, n. 5901, in Mass. giur. lav., 1999, con nota di Cammalleri, Sulla responsabilità contributiva dell'interposto; Cass., 21.1.2004, n. 970, in Arch. civ., 2004, 1339; e in Gius, 2004, 2408; Cass., 18.8.2004, n. 16165, in Rep. Foro it., 2004, Lavoro (rapporto), n. 1222. Cass., 16.2.2000, n. 1733, in Informazione prev., 2001, 155;*

[5] *Corte di Cass. n.1355 del 1993*

Innovazione e Diritto

base di vari elementi tra i quali, nei casi indicati, si è ritenuto innanzitutto che dovrebbe applicarsi per analogia la previsione indicata nell'articolo 3 della l. n. 1369/1960 sulla responsabilità solidale dell'appaltante e dell'appaltatore di opere e di servizi da eseguire all'interno delle aziende; dunque, stando alla disciplina contenuta nell'art.1, l. n. 1369/1960 la figura dell'intermediazione nelle prestazioni di lavoro si compone di una serie di elementi dalla differente natura giuridica che individuano proprio l'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato. Infatti, per la realizzazione dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato, vietata dalla legge, devono proprio concorrere tre elementi, fra i quali una situazione fattuale e due contratti.

La situazione di fatto –quale primo fattore della fattispecie esaminata - attiene all'effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative da parte dell'imprenditore interponente e rappresenta il collegamento, per così dire, tra l'interponente ed il prestatore di lavoro; essa è delineata anche quale legame tra due soggetti che si presentano parti di due diversi contratti (quello di intermediazione e quello di lavoro subordinato).

Le altre due componenti idonee ad integrare la fattispecie vietata di cui al detto art. 1 sono rappresentate dal contratto di intermediazione di manodopera tra l'imprenditore interponente ed il datore di lavoro interposto, e dal contratto di lavoro subordinato, in cui formalmente figura, quale datore di lavoro, l'interposto il quale chiede l'espletamento della prestazione lavorativa al lavoratore.

Ma l'individuazione dei suddetti elementi non è una questione oggetto di discussione, mentre non possono farsi le stesse considerazioni per il "trattamento" giuridico che li concerne, con particolare riferimento alla validità o meno del contratto di lavoro subordinato tra interposto e lavoratore.

In secondo luogo, al filone giurisprudenziale indicato in precedenza in dottrina si è aderito all'osservazione che l'interposto risulterebbe "obbligato in

Innovazione e Diritto

base ad un meccanismo di novazione oggettiva legale, che trasforma l'obbligazione originaria del suddetto importo in una obbligazione di garanzia in ragione dello sfavore con il quale è stata vista l'attività contrattuale volta al perseguimento di un obiettivo dannoso per il lavoratore".

La Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite[6] ha condiviso l'orientamento giurisprudenziale relativo agli obblighi di natura non retributiva e alla esclusione di una concorrente responsabilità dell'interposto con l'interponente, sul rilievo che il rapporto tra i lavoratori e l'imprenditore interponente si instaura *ex lege*, anche se essi sono stati formalmente assunti da altro soggetto (l'interposto). Al riguardo il principio di diritto enunciato dalle sezioni Unite non fa altro che racchiudere la previsione della nullità del contratto fra committente ed appaltatore (o intermediario) in riferimento alle prestazioni di lavoro di cui ai primi tre commi dell'art. 1, l. 23.10.1960, n. 1369. Conseguenza di tali ultime considerazioni è che solo sull'appaltante (o interponente) gravano gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali; viene così esclusa una responsabilità solidale tra interponente ed interposto che non potrebbe trovare giustificazione attraverso la riconduzione alla figura della novazione, in quanto la novazione, estinguendo l'obbligazione originariamente sorta tra l'appaltatore interposto ed il lavoratore, determinerebbe la "nascita" di una nuova obbligazione tra il prestatore di lavoro ed il committente interponente, con la conseguenza che verrebbe meno la responsabilità dell'interposto. Inidoneo sarebbe altresì il richiamo alla cessione del contratto (artt. 1406 ss. c.c)[7] e con riferimento ai casi individuati in precedenza non avrebbe alcun significato, attraverso il richiamo

[6] *Corte di Cass. Sez. Unite., sentenza 26 ottobre 2006 n. 22910*
[7] *Cfr E. Betti, Teoria generale delle obbligazioni, III, 2, Milano, 1955*

Innovazione e Diritto

al principio dell'apparenza[8], attribuire valore ad una nuova situazione giuridica non corrispondente alla realtà. Le sezioni unite della Cassazione[9] quindi negano il pregresso orientamento che sosteneva la sussistenza, nel caso di specie, di una responsabilità solidale dell'interponente con l'interposto e pongono a carico del solo interponente la responsabilità per le prestazioni contributive e previdenziali, in quanto solo costui, concretamente, beneficia delle prestazioni lavorative, e solo in capo a lui è rinvenibile la costituzione *ex lege* di un rapporto di lavoro, seppur di fatto, con tutti gli obblighi imposti all'effettivo datore di lavoro.

2. Il diritto del lavoratore ad agire contro il datore di lavoro (intermediario) interposto

Innanzitutto è opportuno chiedersi quali siano le conseguenze nell'ipotesi che l'imprenditore interponente sia in stato di insolvenza; la prima di esse, alla luce dell' orientamento giurisprudenziale maggioritario e più recente in materia, è rappresentata dal fatto che il lavoratore non potrà rivolgersi all'interposto e gli obblighi di natura retributiva e contributiva incomberanno esclusivamente sul soggetto interponente che ha effettivamente utilizzato le prestazioni lavorative. Nel caso in cui il lavoratore subisca un deterioramento della propria posizione potrà agire con un'azione diretta verso l'intermediario di manodopera, potrà cioè intentare nei confronti dell'interponente un'autonoma azione di natura extracontrattuale. Pertanto, la giurisprudenza esclude il diritto del lavoratore ad agire nei confronti del datore di lavoro interposto. In realtà l'impossibilità di agire direttamente nei confronti dell'interposto non è altro che la conseguenza della esclusione di una

[8] *Cfr D'Amelio, Apparenza del diritto, in Noviss. Dig. It., I, 1, Torino, 1957, 714 ss.; Falzea, Apparenza, in Enc. dir., II, Milano, 1958, 682 ss.; Sacco, Apparenza, in Digesto civ., I, Torino, 1987, 353 ss.; Bessone e M. Di Paolo, Apparenza, in Enc. giur., II, Roma, 1988, 1 ss*

[9] *Corte di Cass. Sez. Unite., sentenza 26 ottobre 2006 n. 22910*

Innovazione e Diritto

responsabilità solidale tra interposto e interponente;

Sicuramente la situazione descritta non tutela il lavoratore che a seguito dell'insolvenza dell'imprenditore interponente verrà a trovarsi in una situazione in cui non potrà agire contro l'interposto e agire contro l'interponente, ormai insolvente, non porterà alcun risultato; Infatti appare evidente che quest'ultima non sembra soluzione appagante per il lavoratore il quale verrà a trovarsi sostanzialmente nell'impossibilità da un lato di ottenere tutela nei confronti dell'interponente, attesa la situazione di insolvenza di quest'ultimo, e dall'altro nell'impossibilità di agire contro l'interposto[10].

Questo orientamento dunque si presta poco a tutelare la posizione del lavoratore, poiché questo non troverà soddisfazione con un'azione avente come destinatario il solo soggetto interponente, con il quale peraltro il prestatore di lavoro non ha realmente intrattenuto alcun tipo di relazione contrattuale.

3. Obblighi fiscali del datore di lavoro, problematiche connesse e sostituzione d'imposta

Partendo dall'intermediazione di manodopera, abbiamo visto come la sentenza della cassazione[11]statuisca che gli obblighi incombenti normalmente sul datore di lavoro, tra i quali sono anche da considerare gli obblighi fiscali di quest'ultimo, in tale particolare contesto quale è l'intermediazione di manodopera, ricadano sul diverso soggetto, sull'interponente(appaltante) che ne abbia utilizzato effettivamente le prestazioni. L'interponente è anche l'unico soggetto presso il quale i lavoratori risultano occupati ed esso è altresì sottoposto oltre agli obblighi retributivi, previdenziali, assicurativi e normativi, anche agli obblighi del sostituto

[10] *G. Benedetti, op. cit., 1543.*
[11] *Cass. Civ. Sez. V, Sent., 17 ottobre 2014 n. 22020*

Innovazione e Diritto

d'imposta per le ritenute d'acconto sulle retribuzioni.

A questo punto sembra doveroso considerare la sostituzione d'imposta ed osservare che essa si presenta in forma soggettiva o oggettiva, quest'ultima implica la sottoposizione di una data fattispecie ad un regime fiscale diverso da quello ordinario; ma la sostituzione soggettiva è quella che a noi interessa, essa ricorre quando l'obbligazione tributaria è posta a carico di un soggetto diverso da colui che realizza il presupposto.

Per ragioni di semplificazione e speditezza l'ordinamento si avvale per l'adempimento dell'obbligazione tributaria di soggetti diversi dal contribuente cui è imputabile il reddito tassabile. Il sostituto d'imposta è il soggetto obbligato di diritto, è cioè il soggetto sul quale non ricade il peso economico del tributo, ma è tenuto solo all'obbligo del versamento di un'imposta o di un acconto d'imposta in luogo di altri (cd. sostituito) cui è riferibile il reddito prodotto e l'imposta dovuta. La sostituzione soggettiva si presenta o come sostituzione a titolo d'imposta o come sostituzione a titolo d'acconto. Il D.p.r. n.600 del 1973 prevede che alcuni soggetti quando corrispondono somme per determinati titoli(ad esempio stipendi ai dipendenti,compensi ai professionisti, dividendi ai soci),essi,devono all'atto del pagamento, operare una ritenuta, il cui importo deve essere versato all'erario. Ad esempio è previsto, per i soggetti che corrispondono reddito di lavoro dipendente, che essi all'atto del pagamento operino una ritenuta a titolo di acconto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche dovuta dai percipienti,con obbligo di rivalsa.

Il datore di lavoro, in qualità di sostituto d'imposta, è specificatamente gravato dell'obbligo di effettuare le ritenute d'imposta sugli emolumenti corrisposti al dipendente. L'articolo 23 Dpr 600/1973 impone ai datori di lavoro (sostituti d'imposta) di operare la ritenuta alla fonte a titolo di acconto dell'Irpef dovuta dai percipienti, con obbligo di rivalsa, nel momento del pagamento. Qualora la ritenuta da operare non trovi capienza, in tutto o in parte, sulle

somme corrisposte, il sostituito è obbligato a versare al sostituto l'importo corrispondente all'ammontare della ritenuta stessa.

Il sostituto non è altro che il cd. debitore di diritto, cioè il soggetto obbligato a effettuare la ritenuta e a versare una imposta per conto di altro soggetto che è il vero contribuente inciso dal tributo.

Il vero ed unico soggetto passivo del tributo verso l'Amministrazione finanziaria è dunque il sostituito. L'obbligazione tributaria a lui imputabile è assolutamente differente da quella del sostituto d'imposta.

La ritenuta d'acconto realizza solo una forma di prelievo fiscale anticipato e provvisorio rispetto all'autonoma obbligazione tributaria del sostituito che sarà determinata solo in un secondo momento e cioè al momento della dichiarazione ed in base al conguaglio risultante dalla liquidazione dell'imposta dovuta per il periodo d'imposta.

Il sostituto poi attraverso lo strumento della "rivalsa" procede al recupero nei riguardi del sostituito dell'imposta o della ritenuta d'acconto pagata per suo conto.

L'articolo 64 Dpr 600/1973 dispone un generale obbligo di rivalsa per chi, in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili ed anche a titolo di acconto. Operare la ritenuta è, quindi, non solo un diritto ma anche un obbligo, la cui violazione è punita con sanzione amministrativa che è pari al venti per cento dell'importo non trattenuto o al trenta per cento in caso di omesso versamento.

Riguardo la struttura e la funzione della figura del sostituto prevista in generale dall'art. 64 del d.P.R. 29.9.1973, n. 600, si possono individuare due tipologie di sostituzione d'imposta (o propria) e d'acconto (o impropria), anche nell'ambito dell'obbligo di effettuare la rivalsa occorre distinguere tra sostituzione totale (ritenuta a titolo d'imposta), sostituzione parziale (ritenuta a titolo d'acconto). Ma per inquadrare la nozione positiva di sostituto d'imposta

e il meccanismo della sostituzione occorre analizzare gli elementi identificativi della figura del sostituto d'imposta dettati dall'art. 64, co. 3, del d.P.R. 29.9.1973, n. 600, che identifica il sostituto in «Chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili ed anche a titolo di acconto»; così individuata la figura, la medesima disposizione prevede che il sostituto «deve esercitare la rivalsa se non è diversamente stabilito in modo espresso. Il sostituto ha facoltà di intervenire nel procedimento di accertamento dell'imposta».

Si contemplano due tipologie di sostituzione: nella prima, sostituzione d'imposta o propria, il sostituto adempie totalmente all'obbligo fiscale gravante su un determinato introito, in modo da estinguere l'obbligazione tributaria del sostituito, escludendolo dall'attuazione del prelievo; nella seconda, sostituzione d'acconto o impropria, il sostituto trattiene dai proventi che eroga al sostituito un mero acconto sulla complessiva imposta da questi dovuta, non esaurendo, in tal modo, il prelievo e non estromettendo il sostituito dalla definitiva attuazione del prelievo medesimo[12].

La sostituzione a titolo d'imposta determina l'applicazione di un aliquota fissa su un determinato provento; al tempo stesso si realizza una sostituzione in senso oggettivo(la ritenuta a titolo d'imposta) e in senso soggettivo, essendo l'obbligazione tributaria posta a carico di un soggetto diverso da colui che percepisce il reddito.[13] Invece, la sostituzione a titolo d'acconto realizza una forma di riscossione anticipata e non pone deroghe alla progressività; nella sostituzione a titolo d'acconto il sostituto è soggetto passivo di un obbligo di versamento, pertanto sono posti a carico del sostituto obblighi di versamento(di acconti) non previsti a carico del reddituario. La posizione del

[12] *Parlato, A., Il responsabile e il sostituto d'imposta; Fantozzi, A., Diritto tributario, Torino, 2012, 461*

[13] *F. Tesauro, istituzioni di diritto tributario, utet 2003*

Innovazione e Diritto

sostituito, nei confronti del fisco, è quella di qualsiasi altro percettore di reddito e le somme che percepisce, a lordo della ritenuta, sono componenti del suo reddito complessivo, ma esso ha il diritto di dedurre, dall'imposta globalmente dovuta, l'importo delle ritenute stesse.[14] Al riguardo autorevole dottrina ha considerato che il legislatore, al fine di agevolare l'accertamento e la riscossione del tributo, addosserebbe in via eccezionale la prestazione, anziché al soggetto cui è riferibile la concreta manifestazione di capacità contributiva-il sostituito-, ad un altro e diverso soggetto- il sostituto-; pertanto, la conseguenza si individuerebbe nel fatto che il sostituto, in luogo del sostituito, sarebbe l'unico soggetto passivo d'imposta fin dall'origine.[15]

4. Cessione contrattuale e interposizione di manodopera

In dottrina si è sostenuto che la sostituzione, *ope legis*, dell'imprenditore interponente al fornitore di manodopera (interposto) nel contratto di lavoro da quest'ultimo stipulato, sarebbe da equiparare ad una cessione legale del contratto di lavoro. A tal fine è importante per inquadrare l'interposizione come cessione legale del contratto di lavoro, che sia valido il contratto di lavoro subordinato stipulato tra l'interposto e il lavoratore; infatti, pare particolarmente dubbio e oggetto di discussione il trattamento giuridico che concerne i tre elementi necessari per la realizzazione dell'ipotesi di interposizione nel rapporto di lavoro subordinato con particolare riferimento alla validità o meno del contratto di lavoro tra interposto e lavoratore.

Dunque l'orientamento dottrinario indicato ritiene che la cessione si realizzi con la sostituzione, *ex art. 1, l. n. 1369/1960* nonché *ex* art. 27, d.lg. n. 276/2003, dell'interponente all'interposto nel contratto di lavoro; la cessione sarebbe cumulativa e in tal caso ne conseguirebbe una responsabilità solidale tra

[14] *F. Tesauro, istituzioni di diritto tributario,* utet 2003

[15] *G.Fransoni, P.Russo, L. Castoldi, istituzioni di diritto tributario;* Giuffrè 2014, p.89 e ss.

Innovazione e Diritto

interponente ed interposto nei confronti del lavoratore per l'adempimento degli obblighi retributivi e previdenziali derivanti dal rapporto di lavoro; o d'altro canto si tratterebbe di cessione con carattere retroattivo, in quanto la sostituzione dell'interponente all'interposto, per esplicito disposto di legge, sarebbe da intendersi risalente al momento di effettiva costituzione del rapporto di lavoro. A questo punto, bisognerebbe chiedersi se fosse possibile muovere un eventuale obiezione il cui fondamento risiederebbe nelle evidenti diversità che vi sono tra la cessione del contratto di lavoro (*ex artt. 1, l. n. 1369/1960* e 27, d.lg. n. 276/2003) e la cessione del contratto come disciplinata dagli artt. 1406 ss. c.c.[16]

La Suprema Corte di Cassazione recentemente si è mostrata di contrario avviso circa l'inquadrabilità dell'interposizione di lavoro come cessione del contratto; al riguardo, è importante individuare i limitati confini entro i quali è possibile parlare di cessione legale del contratto di lavoro subordinato. La cassazione ha evidenziato come manchino analogie tra la cessione contrattuale e la fattispecie regolata dall'*art. 1, l. n. 1369/1960* in quanto, la cessione ha natura di negozio trilatero, mentre l'intermediazione prescinde dalla partecipazione del lavoratore al contratto tra interposto (o appaltatore) e interponente (o committente), al quale rimane anzi sovente del tutto estraneo sino a subire talvolta notevoli pregiudizi.

[16] In tal senso, cfr. R. Clarizia, *La cessione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 28, il quale osserva come bisogna tener presente «che nell'art. 1406 e ss. cod. civ. è scritta la disciplina della successione convenzionale e non *ex lege* nella posizione giuridica attiva e passiva di uno degli originari contraenti». La dottrina, peraltro, è pacifica nel reputare che esulino dall'ambito di applicazione della disciplina di cui agli artt. 1406 ss. c.c. tutte quelle ipotesi in cui la successione a titolo particolare nel contratto consegue, non già ad una determinazione convenzionale delle parti, bensì ad un effetto automatico previsto *ope legis* per il caso di trasferimento a titolo particolare del bene oggetto o punto di riferimento del contratto. Ed in questi casi non sarebbe richiesto, né l'accordo delle parti, né il consenso del contraente ceduto (E. Briganti, *Cessione del contratto I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 1; Carresi, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 147; R. Cicala, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 879).

Innovazione e Diritto

A questo punto è importante sottolineare che l'oggetto della cessione non è senz'altro costituito dal contratto tra interponente e interposto, ma dal contratto di lavoro subordinato stipulato tra interposto e lavoratore. Inoltre, è da rilevare che il prestatore di lavoro potrebbe essere consenziente e conoscere l'accordo intervenuto tra imprenditore interponente e fornitore di manodopera interposto.

Autorevole orientamento dottrinale ha rilevato in senso opposto che, in ordine alla sostituzione tra interposto e interponente in tema di intermediazione, si avrebbe una surrogazione soggettiva dell'interponente all'interposto e non una cessione del contratto di lavoro, in quanto si tratterebbe di tutelare la libera circolazione del rapporto obbligatorio in base alle determinazioni degli interessati[17].Tale dottrina considera l'ipotesi di cessione volontaria del contratto, quando invece il riferimento è alla cessione legale che si fonda sulla legge e sulle opportunità di tutelare la posizione del lavoratore. Inoltre per la cessione legale a differenza di quella volontaria non è necessaria la determinazione degli interessati. Dunque, la posizione del lavoratore risulterebbe tutelata dalla responsabilità solidale tra interponente e interposto, e alla responsabilità solidale si può giungere con la cessione legale del contratto.

Nel caso considerato, è difficile parlare di surrogazione e non è possibile tutelare la posizione del lavoratore attraverso la surrogazione soggettiva, nel rapporto di lavoro subordinato, dell'interponente all'interposto; infatti in caso di insolvenza dell'interponente il lavoratore non potrebbe soddisfarsi rivolgendo le proprie legittime richieste al solo interponente.

È inoltre da tener presente che nel nostro ordinamento si individuano ipotesi di cessione legale del contratto ad esempio qualora si «prevede il

[17] G. Benedetti, *op. cit.*, 1539.

Innovazione e Diritto

subentro di un determinato soggetto (il curatore, l'erede vero, l'immesso nel possesso) al posto di altro soggetto che per varie ragioni (il fallito, l'erede apparente, l'assente) non possa più continuare ad eseguire il contratto di cui è parte»[18].

L'ipotesi di cessione legale del contratto di lavoro subordinato presenta tratti di peculiarità rispetto alle ipotesi già previste dall'ordinamento, soprattutto con riferimento al profilo del subentro nella posizione contrattuale ceduta che, secondo l'orientamento dottrinario individuato in precedenza, si atteggerebbe come una sostituzione *ex tunc* o, meglio, originaria, nel contratto di lavoro, dell'interponente (che abbia effettivamente utilizzato la prestazione lavorativa) all'interposto.

Quest'ultimo è un aspetto importante nell'ambito della cessione del contratto, sia se lo si confronta con la cessione convenzionale che trova disciplina negli artt. 1406 ss. c.c., ma anche se lo si rapporta con le altre ipotesi di cessione *ex lege*, nelle quali, nel caso si verifichi una sostituzione di un contraente all'altro, non si produce un effetto retroattivo nelle rispettive prestazioni già eseguite dalle parti;

Ulteriore connotato di particolarità è acquisito dal requisito della retroattività , se si considera che, nella cessione del contratto (bilaterale) di lavoro subordinato, questo risulta già eseguito soltanto con riguardo alle prestazioni del lavoratore[19]. Da ciò consegue che, detta cessione legale, da un lato, contrasta in parte le limitazione poste dall'art. 1406 c.*c.*, secondo cui può cedersi un contratto a prestazioni corrispettive sempre che queste non siano

[18] *R. Clarizia*

[19] *R. Cicala, Il negozio di cessione del contratto, Napoli, 1962, 5 e 328; e G. Santini, Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito «ex uno latere».*
cfr. Cass., 23.4.1980, n. 2674,essa considera possibile la cessione del contratto a prestazioni corrispettive anche quando una delle prestazioni sia già stata precedentemente eseguita.

Innovazione e Diritto

state ancora eseguite, dall'altro, si riferisce alla sola retroattività delle prestazioni del lavoratore.

Altri autori ritengono che con riguardo ad una tale ipotesi di cessione legale si sarebbe in presenza di una cessione "passivamente cumulativa"[20], tale cessione presenterebbe una funzione garantistica per il lavoratore che, in tal modo, può beneficiare della concorrente responsabilità passiva del cessionario (committente) e del cedente (appaltatore di manodopera) nel pagamento dei crediti di lavoro.

5. Nuove assunzioni :finalità ed incentivi al contratto di lavoro a tempo indeterminato

La legge di stabilità 2015(n.190) modifica il quadro degli incentivi alle assunzioni, prevedendo misure per favorire le nuove assunzioni; a tal riguardo la legge fa riferimento al credito di imposta per profili altamente qualificati esteso fino al 2019 e alla deducibilità irap. Inoltre, la legge indirizza nuove risorse alla Cassa Integrazioni Guadagni in deroga e alle assunzioni avvenute nel 2012 con la cd. “piccola mobilità”, i cui benefici non furono prorogati a partire dall’1 gennaio 2013.

Si osserva la complementarietà di questo provvedimento con la legge n. 183/2014 nella previsione di nuove disposizioni finalizzate ad incentivare il contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Nell’allegato n.2 annesso all’anzidetta legge è, altresì, indicato l’adeguamento degli importi dei trasferimenti dello stato. A tal fine è previsto un fondo riferito alla realizzazione di un piano straordinario di assunzione e alla formazione docenti e dirigenti.

[20] *Non sono è nuova obbligazione quella relativa all'obbligo del cedente non liberato verso il ceduto, è un obbligazione contrattuale preesistente, (E. Briganti,.*

Innovazione e Diritto

Tra le principali novità per favorire l'occupazione il provvedimento dispone l'esonero contributivo per il tempo indeterminato e l' assunzione di personale altamente qualificato.

Come anticipato nella Legge 183/2014, la forma di contratto a tempo indeterminato mira ad essere concretamente la forma di assunzione prevalente. Per tali assunzioni, effettuate nell'anno 2015 (1 gennaio – 31 dicembre), è riconosciuto ai datori di lavoro privati un esonero contributi di durata triennale (ad eccezione dei premi INAIL), per un importo annuo non superiore ai 8.060 euro. Tale esonero non avrà, comunque, ripercussioni sull'accantonamento pensionistico del dipendente.
Sono esclusi dal beneficio i contratti di apprendistato e di lavoro domestico.

L'esonero non è cumulabile con altri esoneri o riduzioni delle aliquote di finanziamento previsti dalla normativa vigente.

Inoltre, non è possibile la fruizione dell'esonero nei seguenti casi: per lavoratori assunti da qualsiasi datore di lavoro con contratto a tempo indeterminato nei sei mesi precedenti; per lavoratori per cui il datore di lavoro abbia già usufruito del beneficio in questione; per lavoratori già assunti nei tre mesi precedenti dallo stesso datore di lavoro. Tale limitazione prende in considerazione anche società controllate o collegate al datore di lavoro richiedente l'esonero.

È altresì da considerare che relativamente al settore agricolo valgono alcune disposizioni particolari. Di fatto, l'agevolazione non è concessa per le assunzioni - effettuate sempre nel 2015 - di lavoratori che nell'anno 2014 siano risultati occupati a tempo indeterminato, oppure, assunti a tempo determinato ed iscritti negli elenchi nominativi per un numero di giornate di lavoro superiore a 250 giornate. Il beneficio sarà riconosciuto dall'INPS in base all'ordine cronologico delle istanze. Le risorse finanziarie necessarie sono state stanziate fino al 2019. Parallelamente all'introduzione di questo nuovo

beneficio, gli incentivi destinati alle assunzioni di disoccupati di lungo periodo o di lavoratori posti in CIGS da 24 mesi, previsti dall'art. 8, c. 9 della Legge 407/1990, saranno fruibili solo fino al 31 dicembre 2014.
Per quanto riguarda l' irap è prevista, per la parte eccedente le deduzioni già vigenti, la deduzione integrale dalla base imponibile dell'irap del costo del lavoro dipendente a tempo indeterminato.

In relazione alle assunzioni di personale altamente qualificato e nell'ambito delle disposizioni finalizzate a sostenere la ricerca e lo sviluppo nelle aziende italiane, è previsto fino al 2019 un credito d'imposta per le imprese che assumono personale altamente qualificato. La norma riprende la definizione di tale categoria indicata dal decreto Legge 83/2012, convertito dalla Legge 134/2012, il quale già in precedenza aveva disposto un beneficio similare. Dall'1 gennaio 2015 tali assunzioni saranno soggette ad un credito d'imposta pari al 50% del costo sostenuto dall'azienda.

6. Riflessioni conclusive

La Cassazione con la sentenza n 26 ottobre 2006 n.22910'indirizzo indicato in precedenza[21](in virtù del quale veniva esclusa una concorrente responsabilità dell'interposto con l'interponente), manifesta continuità giuridica con la precedente pronuncia delle sezioni unite 22 ottobre 2002 n.14897[22];

Infatti, nel processo di accertamento dell'interposizione vietata e di condanna del vero datore di lavoro a soddisfare i diritti del lavoratore, non è legittimamente ravvisabile un litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c. per la natura non necessariamente consortile della lite.[23] Dunque, le sezioni unite del

[21] *Corte di Cass. Sez. Unite., sentenza 26 ottobre 2006 n. 22910*
[22] *Corte di Cass., Sez.Unite sentenza., 22 ottobre 2002, n. 14897*
[23] *Cfr Mass. giur. lav., 2003, 188, con nota di De Ioris, L'azione per far valere i diritti di cui all'art. 1, comma 5, l. n. 1369 del 1960, e il litisconsorzio necessario: una parola definitiva della*

Innovazione e Diritto

2002 prevedono che il lavoratore che abbia agito con domanda volta all'accertamento di un intermediazione illecita di manodopera, nel momento stesso in cui agisce in giudizio afferma l'esistenza di un rapporto con un certo datore di lavoro e ne nega uno diverso con altro soggetto, dovendosi per l'appunto escludere la necessità dell'estensione del contraddittorio al soggetto interposto. Quindi, le sezioni unite del 2002 dapprima e in un secondo momento quelle del 2006 arrivano alla medesima conclusione attraverso due diversi percorsi; ne consegue che il principio comune risultante dalle due sentenze è da ravvisare, in caso di violazione in tema di divieto di intermediazione di manodopera, nell'esistenza di un unico rapporto di lavoro con un certo datore di lavoro e non con altro soggetto; dunque i lavoratori sono considerati come dipendenti in virtù di questo unico rapporto che sostanzialmente è quello con l'interponente utilizzatore delle prestazioni e non c'è alcun altro vincolo al di fuori di quest'ultimo. Recentemente come già considerato in precedenza, la giurisprudenza ha altresì previsto che, sempre in tema di intermediazione di manodopera, i lavoratori occupati in violazione sono alle dipendenze dell'interponente che ne abbia effettivamente utilizzato le prestazioni e su quest'ultimo ricadono gli obblighi retributivi, assicurativi, fiscali, previdenziali e normativi del datore di lavoro interposto.[24]

Innovazione e Diritto

cassazione; e in Dir. e giustizia, 2002, 41, 27, con nota di Ciannella, E ora non c'è più il litisconsorzio per l'intermediazione di manodopera.

[24] *Cfr. Cass. civ. sez.V, 17 ottobre 2014 n. 22020*

PARTE SECONDA

Per le rendite catastali e il classamento degli immobili il Comune può adire il giudice tributario*

Ordinanza n. 15201 del 21 luglio 2015 (ud 10 marzo 2015) - della Cassazione Civile, Sez. Unite - Pres. ROVELLI Luigi Antonio - Est. DI IASI Camilla

*Con nota di Clelia Buccico **

... *omissis*

PREMESSO IN FATTO Il Comune di Terragno ha adito la Commissione Tributaria di 1 grado di Trento impugnando - nei confronti della Provincia Autonoma di Trento nonchè del Servizio Catasto della suddetta Provincia e delle società proprietarie o concessionarie degli impianti per la produzione di energia elettrica siti nel suddetto Comune - la nuova rendita catastale attribuita ai beni facenti parte dell'impianto idroelettrico di S. Colombano situati nel Comune medesimo, rendita peraltro adottata dal Servizio Catasto della Provincia Autonoma dopo che il TRGA di Trento, adito dal Comune di Trambileno, aveva annullato la rendita precedente. In pendenza del giudizio dinanzi alla Commissione Tributaria, la Provincia Autonoma di Trento ricorre a questo giudice proponendo regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.. Il Comune e le società intimate non hanno svolto attività difensiva; il P.G. ha concluso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

CONSIDERATO IN DIRITTO 1. Il comma 2 dell'art. 2 prevede che "appartengono alla giurisdizione tributaria le controversie promosse dai singoli possessori concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, l'estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo tra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonchè le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale". Il legislatore ha pertanto individuato in maniera oggettiva ed univoca il giudice tributario come il giudice al quale appartiene la giurisdizione sulle controversie concernenti (per quanto nella specie rileva) il classamento degli immobili e l'attribuzione della rendita

* Professore Associato di Diritto Tributario – Seconda Università degli studi di Napoli

Innovazione e Diritto

catastale. E' vero che la disposizione fa riferimento a "controversie promosse dai singoli possessori", tuttavia la precisazione è da ritenersi irrilevante nell'economia della norma in questione ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione, essendo da escludere che la precisazione in ordine al soggetto "promotore" della controversia concorra, unitamente all'oggetto della medesima, ad individuare il giudice munito di giurisdizione (e quindi a circoscrivere l'ampiezza di quest'ultima). E ciò per un triplice ordine di considerazioni. 1°) Sul piano logico, prima che giuridico, è agevole osservare che, ove l'oggetto della controversia fosse tale che solo un determinato soggetto può avere interesse a promuoverla, la delimitazione della giurisdizione di un determinato giudice non solo sotto il profilo oggettivo ma anche sotto il profilo soggettivo (nel senso di dare rilievo, ai fini della individuazione della giurisdizione, ad eventuali caratteristiche del soggetto "promotore" della controversia) sarebbe superflua. Ove invece fosse ravvisabile (come nella specie è da ritenere) in capo a più soggetti l'interesse a promuovere le controversie oggettivamente individuate nella disposizione in esame, la norma che, ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione, individuasse un limite non solo di tipo oggettivo ma anche di tipo soggettivo (segnatamente in relazione al soggetto che in concreto promuove la controversia) condurrebbe ad effetti di dubbia costituzionalità ed in ogni caso, a tacer d'altro, negativamente incidenti sulla funzionalità del sistema, ancor prima che sulla effettività della tutela giurisdizionale, posto che una norma siffatta potrebbe essere interpretata soltanto in due modi: a) nel senso che solo ai soggetti individuati nella norma medesima è dato adire il giudice in relazione a quel tipo di controversie, con evidente ed inammissibile sacrificio del diritto di azione (presidiato dall'art. 24 Cost., comma 1) degli altri soggetti non menzionati nella norma ma titolari anch'essi di un interesse proprio ad agire in giudizio; b) nel senso che non è escluso che altri soggetti portatori del relativo interesse possano agire in giudizio, ma ciò non potrà avvenire dinanzi al quel giudice, con l'effetto che su di una medesima questione (nella specie, la congruità della rendita catastale di un immobile) sarebbe possibile la formazione di decisioni contrastanti provenienti da giudici appartenenti a giurisdizioni diverse. 1b) Sul piano della tecnica di redazione degli atti legislativi, occorre osservare che il legislatore identifica sempre il giudice munito di giurisdizione (e i limiti della giurisdizione a detto giudice attribuita) sulla base di criteri di tipo oggettivo, ricorrendo (anche) a criteri di tipo soggettivo solo in relazione a particolari giudizi e, pure in questo caso, giammai con riferimento alle precipuità del soggetto che "promuove" la controversia (come accadrebbe se si interpretasse in tal senso il citato comma due del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 2) bensì solo con riguardo alle particolari caratteristiche del soggetto che "subisce" l'azione

Innovazione e Diritto

promossa da altri. Nel nostro ordinamento infatti le uniche ipotesi in cui il giudice munito di giurisdizione viene individuato (anche) sulla base di elementi soggettivi sono ravvisabili nei giudizi di responsabilità (contabile, con riguardo alla giurisdizione della Corte dei conti, disciplinare, con riguardo alla giurisdizione del Consiglio Superiore della Magistratura, penale, con riguardo alla giurisdizione dei Tribunali Militari), in cui vi è un soggetto che promuove l'azione di responsabilità ed un soggetto (con la caratteristica soggettiva di essere militare, magistrato ecc.) che la subisce. Per contro, con riguardo alla giurisdizione ordinaria (civile), ma anche a quella amministrativa e tributaria (nonostante il carattere impugnatorio dei relativi processi) non risulta invece giammai previsto un criterio (anche) di tipo soggettivo per l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, tanto meno con riferimento alle particolari caratteristiche del soggetto che promuove l'azione. 1c) Infine, sul piano della interpretazione sistematica e letterale della norma in esame, occorre evidenziare che, anche alla luce di quanto sopra precisato in ordine alle opzioni del legislatore circa i "criteri" di delimitazione della giurisdizione, il fatto che il giudice tributario sia il giudice adito dal contribuente non è l'effetto di una generale, precisa ed inequivoca opzione del legislatore in proposito bensì solo la conseguenza in fatto della previsione di appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie (comma 1 art. 2 citato) e della previsione, tra gli atti impugnabili dinanzi alle commissioni tributarie, innanzitutto degli atti impositivi e di quelli ad essi equiparati (nonchè dei rifiuti di restituzioni e dinieghi o revoche di agevolazioni o benefici), essendo ulteriormente da sottolineare che il fatto che il giudice tributario sia di norma il giudice adito dal contribuente non esclude perciò solo che, quando ne ricorrano le condizioni, possa essere anche legittimamente adito da altri soggetti. E' infatti opportuno precisare che non risulta in alcun modo affermata, nella norma in esame complessivamente considerata (o in altra precedente, successiva o coeva) la necessità che siano devolute alla giurisdizione del giudice tributario tutte le controversie aventi ad oggetto le questioni e le materie specificate, sempre che (e solo se) siano introdotte dal contribuente, e non pare superfluo evidenziare che una simile disposizione, assai inusuale (per quanto riferito sub 1b), nonchè limitante e foriera delle "problematiche" conseguenze di cui si dirà in seguito, non potrebbe essere prevista se non in maniera espressa, chiara ed univoca. Nella specie l'inciso "promosse dai singoli possessori" di cui all'art. 2, comma 2 del citato D.Lgs. n. 546 non sembra idoneo a rivestire le suddette caratteristiche di chiarezza ed univocità, non emergendone con evidenza l'intento di delimitare la giurisdizione del giudice tributario anche sotto il profilo soggettivo (in riferimento al soggetto che adisce il

Innovazione e Diritto

giudice) e risultandone più plausibile una funzione non ad escludendum (cioè per escludere la giurisdizione del giudice tributario tutte le volte che la controversia non sia introdotta da un contribuente-possessore) bensì di carattere esclusivamente "esplicativo-ricognitivo", siccome intesa a considerare l'ipotesi "tipica" del ricorso dinanzi alle commissioni tributarie (peraltro in simmetria con le previsioni del comma 1 della medesima norma), senza prendere in considerazione la possibilità che, rispetto alle controversie indicate nel secondo comma del citato art. 2, sia ipotizzabile la sussistenza di un interesse qualificato a promuovere la controversia anche in capo a soggetti diversi dal contribuente,' ma, d'altro canto, come sarà più chiaro in prosieguo, anche la stessa giurisprudenza di questo giudice di legittimità solo recentemente (e non senza tentennamenti) ha riconosciuto in capo al Comune l'interesse ad impugnare il classamento o la rendita catastale attribuita ad un immobile sito nel territorio comunale. 2. In una lettura letterale, logica, e sistematica nonchè (per quanto più precisamente ribadito in prosieguo) costituzionalmente orientata della norma in esame deve pertanto escludersi che l'inciso "promosse dai singoli possessori" di cui al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 2, comma 2 possa avere la funzione di contribuire (unitamente al profilo oggettivo) a delimitare la giurisdizione del giudice tributario in materia. Diversamente opinando occorrerebbe ritenere, come sopra rilevato, che il Comune (che potrebbe vedere ridotte le proprie entrate tributarie dalla attribuzione di una determinata rendita ad un immobile situato nel proprio territorio ovvero dall'accoglimento del ricorso proposto dal contribuente avverso l'attribuzione di una nuova e maggiore rendita catastale) non abbia alcuna possibilità di agire in giudizio a tutela del proprio interesse, e ciò in contrasto con l'art. 24 Cost., comma 1, oppure che, mentre il contribuente può impugnare la rendita catastale ricorrendo al giudice tributario, il Comune deve invece rivolgersi al giudice amministrativo, con l'effetto di dilapidare un bene prezioso come la giurisdizione (se della medesima questione debbono conoscere due diversi giudici), ma soprattutto con l'effetto di compromettere la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche nonchè la stessa funzionalità del processo, valori che verrebbero tutti inevitabilmente frustrati dalla possibilità che sulla medesima questione intervengano decisioni contrastanti. E, soprattutto, decisioni irrimediabilmente contrastanti. Ciò in quanto la possibilità di giudicati contrastanti viene considerata e "risolta" dal sistema solo nell'ambito della medesima giurisdizione, mentre tra giurisdizioni diverse non è prevista alcuna "soluzione" del problema, non essendo contemplata la possibilità che si determini un effettivo contrasto tra decisioni di giudici appartenenti a giurisdizioni differenti, proprio perchè non risulta neppure ipotizzata l'attribuzione della giurisdizione su di un medesimo oggetto a giudici appartenenti a diverse

Innovazione e Diritto

giurisdizioni solo sulla base delle diverse caratteristiche dei soggetti che adiscono il giudice. Ed infatti, in via preventiva, non sarebbe possibile eccepire l'efficacia preclusiva del precedente giudicato, non foss'altro perchè, a prescindere da ogni altra considerazione, non si tratterebbe di un giudicato "preclusivo" in senso tecnico, attesane la parziale non coincidenza soggettiva. Quanto ai "rimedi" esperibili ex post, è sufficiente, tra l'altro, osservare che la disciplina della revocazione presuppone (v. art. 395 c.p.c. e art. 106 c.p.a.) che le decisioni in contrasto siano state pronunciate da giudici appartenenti alla medesima giurisdizione, ed è infine appena il caso di sottolineare che il previsto rimedio del ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione non riguarda l'ipotesi di contrasto tra giudicati bensì la diversa ipotesi di conflitto fra giudici (che ritengano entrambi di dover conoscere di una determinata controversia o di dover declinare la propria giurisdizione rispetto ad essa), conflitto che viene risolto individuando quale sia il giudice munito di giurisdizione, nell'ovvio presupposto che tale giudice esista e sia uno soltanto, e che pertanto uno dei giudici in conflitto abbia male interpretato le norme attributive della giurisdizione. 3. E' vero che, come sottolineato dalla ricorrente Provincia Autonoma di Trento e dal P.G. nella sua requisitoria scritta, le sezioni unite di questa Corte hanno tra l'altro avuto modo di affermare che la giurisdizione tributaria non ricorre quando non sia in discussione l'obbligazione tributaria nè il potere impositivo sussumibile nello schema potestà-soggezione proprio del rapporto tributario (v. tra le altre, su n. 7526 del 2013); che il Comune, relativamente ai fabbricati iscritti in catasto, deve applicare l'imposta comunale sugli immobili attenendosi ai criteri fissati nel D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 5, comma 2, senza essere autonomamente legittimato all'impugnativa della rendita (v. cass. n. 17054 del 2010); che legittimata a contraddire in merito all'impugnativa del classamento è solo l'Agenzia del territorio, non il Comune (v, cass. 19872 del 2012), ed inoltre che spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo l'impugnazione proposta da un Comune avverso il provvedimento di classamento di un immobile e di attribuzione della rendita catastale emesso dall'Agenzia del Territorio, qualora si denuncino i vizi tipici previsti dalla L. n. 1034 del 1971, artt. 2 e ss. (v. SU n. 675 del 2010). Tuttavia occorre evidenziare che la giurisprudenza di questo giudice di legittimità in materia è in rapida e continua evoluzione e, non senza esitazioni, comincia a mostrare la consapevolezza sia del fatto che il Comune in relazione al classamento ed alla rendita catastale è portatore di un proprio interesse ad agire sia del fatto che l'impugnazione dell'atto di classamento ovvero della rendita catastale deve essere valutata nel medesimo processo ed in relazione a tutti i potenziali interessati, basti pensare in proposito alla già citata sentenza delle sezioni unite n. 675 del 2010 (che riconosce un interesse del Comune nelle controversie aventi ad

oggetto il classamento ovvero la rendita catastale di un immobile, sia pure identificando nel giudice amministrativo quello munito di giurisdizione in proposito) nonchè a SU n. 18565 del 2009 ed a cass. n. 8845 del 2010 (che riconoscono anch'esse la legittimazione del Comune ad impugnare la rendita catastale attribuita ad un immobile) oppure a cass. n. 15489 del 2010 (che riconosce l'esigenza del silmultaneus processus - sia pure in relazione ai diversi proprietari di un medesimo immobile - tra i legittimati ad impugnare il classamento, affermando che l'impugnazione dell'atto di classamento di un fondo di cui siano proprietari più soggetti da luogo ad un litisconsorzio necessario tra tutti i comproprietari, "non potendosi ammettere che tale accertamento - vincolante ai fini dell'esercizio del potere impositivo da parte del Comune in materia di imposta comunale sugli immobili -, possa condurre a valutazioni diverse in ordine alla natura dell'immobile medesimo"), o ancora a cass. n. 333 del 2014, che ammette l'intervento adesivo dipendente del Comune nella controversia tra contribuente ed Agenzia relativa ad accertamenti catastali, ordinanza, quest'ultima, che si pone nel solco di cass. n. 9567 del 2013 e n. 255 del 2012 (le quali, con interpretazione costituzionalmente orientata del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 14, comma 3, hanno ritenuto ammissibile nel processo tributario l'intervento adesivo dipendente di terzi pur non destinatari dell'atto impositivo impugnato) nonchè di cass. n. 20803 del 2013 (secondo la quale è legittima la partecipazione di una Regione alla controversia in materia di IRAP, ancorchè la gestione del rapporto tributario sia devoluta esclusivamente all'Agenzia delle Entrate). 4. In conclusione, deve particolarmente ribadirsi che una lettura costituzionalmente orientata dell'inciso "promosse dai singoli possessori" di cui al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 2, comma 2 consente di affermare che esso non riveste nell'economia della norma citata la funzione di delimitare la giurisdizione del giudice tributario (oltre che sul piano oggettivo) anche in riferimento al soggetto che adisce il giudice, nel senso che eventuali altri soggetti portatori di interesse ad una decisione giurisdizionale in materia non potrebbero adire alcun giudice ovvero potrebbero adire solo un giudice appartenente ad altra giurisdizione, giacchè una diversa interpretazione del suddetto inciso si porrebbe infatti (nella prima delle due possibili opzioni ermeneutiche) in contrasto, come sopra evidenziato, col diritto di azione costituzionalmente presidiato e (nella seconda) con alcuni dei valori fondanti del giusto processo, tra i quali vanno annoverati la stabilità delle decisioni, la funzionalità del processo e, innanzitutto, l'effettività della tutela giurisdizionale, che verrebbero di certo messi a repentaglio dalla concreta possibilità che sulla stessa questione intervengano decisioni contrastanti provenienti da giudici appartenenti alle diverse giurisdizioni alle quali il legislatore abbia (in ipotesi) riconosciuto la

possibilità di conoscere del medesimo oggetto, con l'effetto che, ad esempio, le decisioni sulla congruità della rendita potrebbero essere legittimamente più di una e quindi la rendita di un medesimo immobile potrebbe essere congrua per il giudice amministrativo adito dal Comune e non congrua per il giudice tributario adito dal possessore-contribuente, senza che peraltro, come già rilevato, risulti previsto alcun rimedio per un simile "impasse". E' infine da sottolineare (come di recente evidenziato da queste sezioni unite con sentenza n. 12310 del 2015) che la previsione costituzionale di un processo "giusto" impone al giudice nella esegesi delle norme di verificare sempre che l'interpretazione adottata sia necessaria e idonea ad assicurare le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono state poste, evitando che il rispetto di una ermeneutica sottratta alla suddetta imprescindibile verifica si traduca in concreto in uno spreco di tempi e/o di risorse e comunque in una riduzione o perdita di effettività della tutela giurisdizionale. Pertanto, alla luce del dettato del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 2, comma 2, prevedente la giurisdizione del giudice tributario sulle controversie concernenti - tra l'altro - la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale, ed escluso che l'inciso "promosse dai singoli possessori" sia idoneo a condizionare i limiti della giurisdizione riconosciuta al suddetto giudice, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice tributario anche nelle ipotesi in cui, come nella specie, la rendita o l'atto di classamento siano impugnate dal Comune e non (o non solo) dal contribuente. In assenza di attività difensiva nessuna decisione va assunta in ordine alle spese del presente giudizio.

P.Q.M. La Corte a Sezioni Unite dichiara la giurisdizione del giudice tributario. Così deciso in Roma, il 10 marzo 2015. Depositato in Cancelleria il 21 luglio 2015

ABSTRACT

The decision by the United Sections of the Supreme Court in its order no. 15291 of 21 July 2015 reverses the orientation of the past and says that the causes related to the class transfer of property and allocation of land rents are the responsibility of the tax court, even when in use in the administration is the taxpayer, but the municipality in which the property is situated stacked.

Keywords: class transfer property, cadastral

SINTESI

La decisione assunta dalle sezioni unite della Cassazione nell'ordinanza n.

Innovazione e Diritto

15291 del 21 luglio 2015 ribalta gli orientamenti del passato e afferma che le cause relative al classamento degli immobili e all'attribuzione delle rendite catastali sono competenza del giudice tributario, anche quando a ricorrere nei confronti dell'amministrazione non è il contribuente, ma il comune nel cui territorio si trova il bene accatastato.

Parole chiave: Classamento immobili, rendita catastale

Sommario. 1) Premessa - 2) Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità - 3) L'interpretazione costituzionalmente orientata delle Sezioni Unite

1. Premessa

La controversia concerne un contenzioso instaurato tra un Comune, l'Amministrazione provinciale ed il servizio catasto della Provincia.

Il Comune ha adito la Commissione Tributaria di 1° grado impugnando – nei confronti della Provincia Autonoma nonché del Servizio Catasto della Provincia e delle società proprietarie o concessionarie degli impianti per la produzione di energia elettrica siti nel Comune – la nuova rendita catastale attribuita ai beni facenti parte dell'impianto idroelettrico del resistente e situati nel Comune medesimo, rendita peraltro adottata dal Servizio Catasto della Provincia Autonoma dopo che il TRGA, adito dal Comune, aveva annullato la rendita precedente.

In pendenza del giudizio dinanzi alla Commissione Tributaria, la Provincia Autonoma ricorreva in Cassazione proponendo regolamento preventivo di giurisdizione; il P.G. ha concluso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

Questo l'antefatto.

Prima di passare all'ordinanza sembra utile, anche se brevemente, fare riferimento alle parti nelle controversie catastali.

In un processo è parte chi propone la domanda al giudice al fine di ottenere un determinato provvedimento e colui nei confronti del quale la domanda è

Innovazione e Diritto

posta ed il provvedimento domandato. Attore detta la prima, convenuto la seconda.

Parti essenziali del processo tributario sono da un lato il ricorrente, dall'altro «l'ufficio del Ministero delle finanze o l'ente locale o il concessionario del servizio di riscossione che ha emanato l'atto impugnato o non ha emanato l'atto richiesto ovvero, se l'ufficio è un centro di servizio, l'ufficio delle entrate del Ministero delle finanze al quale spettano le attribuzioni sul rapporto controverso». Così stabilisce l'art. 10, d.lgs. 546/1992.

Punto di riferimento per l'individuazione delle parti è l'atto stesso impugnato. Legittimato ad agire, cioè a formulare il ricorso, è soltanto il destinatario di uno degli atti avverso i quali può essere proposto ricorso. Legittimato passivo invece è solo il soggetto (ente o organo) che ha emesso l'atto impugnato[1].

Nel giudizio catastale parte resistente sarà l'Agenzia del territorio per gli atti di classamento o di attribuzione di rendita da essa emanati.

Per quanto riguarda, invece, gli atti adottati ai fini delle singole imposte, che pure assumono le risultanze catastali ai fini dell'accertamento del maggior tributo, il soggetto nei cui confronti deve essere proposto il ricorso è l'ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate, per le imposte sui redditi, per le imposte di registro, ipotecarie e catastali e, il Comune, per l'Imu sugli immobili.

Per quanto riguarda, invece, i soggetti attivi legittimati a proporre ricorso la loro identificazione è più complessa.

L'art.2, co.3 del d.lgs. n.546/1992 parla di controversie promosse dai singoli possessori.

Secondo una parte della dottrina il termine «possessore» va inteso in senso ampio individuando non solo coloro che sul bene esercitano un'attività

[1] F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2012.

Innovazione e Diritto

corrispondente all'esercizio della proprietà o altro diritto reale *ex* art.1140 del cod.civ, ma anche chi è proprietario pur non essendo possessore. In tal caso, infatti, il proprietario sarebbe un possessore di diritto[2].

Altra parte della dottrina ha, invece, considerano possessori i soggetti ai quali va imputato il reddito fondiario[3].

Si è dell'idea che, analizzando il quadro normativo in materia, alquanto confuso, si può considerare possessore non il possessore di fatto, ma il titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento sul bene. Ciò non deve indurre a pensare di limitare la legittimazione solo ai soggetti che hanno qualità di possessori. Ne consegue che anche al di là della qualità di possessore del bene immobile interessato al giudizio catastale, il soggetto cui è stato notificato il classamento o l'atto di attribuzione di rendita (ovvero l'atto impugnabile in materia di singoli tributi fondato sulle risultanza catastali) è comunque legittimato a proporre il ricorso[4].

Da quanto detto si può concludere che il destinatario dell'atto può impugnarlo, denunciando anche gli eventuali vizi della notificazione (si pensi all'ipotesi in cui essa sia avvenuta irritualmente o sia stata fatta a soggetto diverso da quello individuato dalle singole leggi d'imposta), così come è egualmente legittimato a presentare ricorso anche colui che rivesta comunque la qualità di possessore dell'immobile ai sensi dell'art. 1140 del codice civile.

La legittimazione ad impugnare va, poi, certamente riconosciuta al titolare del bene, anche se non risultante in catasto.

---

[2] G.STASSANO, *Osservazioni in tema di competenza(per materia e per territorio) delle nuove commissioni tributarie,* in Boll.trib., 1974,1021.

[3] B.COCIVERA *La nuova disciplina del contenzioso tributario,*cit., .41.

[4] Come giustamente osservato da parte della dottrina una diversa soluzione esporrebbe, peraltro, la disposizione a censure di costituzionalità impedendo l'esercizio del diritto di difesa al soggetto a cui l'atto è stato notificato.cfr A. URICCHIO, *Il contenzioso catastale: la difficile convivenza di più giurisdizioni*, in *Rass. trib.*, 2005, 1403

Innovazione e Diritto

2. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità

In passato le Sezioni Unite della cassazione hanno sancito che la giurisdizione tributaria non ricorre allorquando non sia in discussione l'obbligazione tributaria, né il potere impositivo sussumibile nello schema potestà-soggezione, proprio del rapporto tributario, in quanto non tutte le controversie nelle quali abbia incidenza una norma fiscale si trasformano in controversie tributarie di competenza delle relative commissioni[5]. Precedentemente, poi, si affermò che il Comune, relativamente ai fabbricati iscritti in catasto, deve applicare l'imposta comunale sugli immobili attenendosi ai criteri fissati nell'articolo 5, comma 2, Dlgs 504/1992, senza essere autonomamente legittimato all'impugnativa della rendita[6].

Si aggiunga che sempre la Cassazione stabilì che il giudice tributario, che sia stato investito della domanda di rimborso dell'imposta comunale sugli immobili da parte del contribuente, non può accertare se il classamento dell'immobile sia corretto, in quanto il classamento è, rispetto alla pretesa tributaria, l'atto presupposto, e in ragione del carattere impugnatorio del processo tributario, il quale è circoscritto agli atti che scandiscono le varie fasi del rapporto d'imposta, legittimata a contraddire in merito all'impugnativa dell'atto presupposto può essere solo l'Agenzia del Territorio, non il Comune[7]. Mentre le Sezioni unite hanno specificato che il Comune non può impugnare dinnanzi alla Commissione tributaria l'atto attributivo della rendita catastale posto in essere dall'Agenzia del territorio. All'Ente locale è invece consentito adire il giudice amministrativo ove ritenesse l'atto catastale affetto dai vizi tipici del provvedimento amministrativo. Nel giudizio amministrativo,

[5] Cass. SS.UU. Sent. n. 7526, 26 marzo 2013.
[6] Cass. Sent. n. 17054, 21 luglio 2010.
[7] Cass. Sent. n. 19872, 14 novembre 2012.

Innovazione e Diritto

peraltro, anche il contribuente può, a seconda dei casi, intervenire per chiedere la conferma dell'atto catastale ovvero far valere vizi diversi da quelli lamentati dall'Ente locale. Si tratta comunque di una soluzione estrema che infatti priva il contribuente delle piene facoltà difensive che solo il giudice naturale (la Commissione tributaria) avrebbe garantito [8].

3) L'interpretazione costituzionalmente orientata delle Sezini Unite

Con la recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 15291 del 21 luglio 2015, vengono ribaltati gli orientamenti del passato. Sono di competenza del giudice tributario le cause relative al classamento degli immobili e all'attribuzione delle rendite catastali anche quando a ricorrere nei confronti dell'amministrazione non è il contribuente, ma il comune nel cui territorio si trova il bene accatastato. Tale affermazione trova la sua prova alla luce del dettato del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 2, comma 2, prevedente la giurisdizione del giudice tributario sulle controversie concernenti – tra l'altro – la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale, ed escluso che l'inciso "promosse dai singoli possessori" sia idoneo a condizionare i limiti della giurisdizione riconosciuta al suddetto giudice, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice tributario anche nelle ipotesi in cui, come nella specie, la rendita o l'atto di classamento siano impugnate dal Comune e non (o non solo) dal contribuente.

I dubbi nascono in quanto l'articolo 2 del d.lgs n. 546/1992, che definisce l'oggetto della giurisdizione tributaria, fa riferimento, tra l'altro, a "controversie promosse dai singoli possessori".

Al secondo comma del Dlgs 546/1992 prevede che «appartengono alla

[8] Cass. SS.UU.n. 675, 19 gennaio 2010.

Innovazione e Diritto

giurisdizione tributaria le controversie promosse dai singoli possessori concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, l'estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo tra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonché le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale».

La Cassazione argomenta che l'inciso "controversie promosse dai singoli possessori", è da ritenersi irrilevante per individuare il giudice munito di giurisdizione, essendo da escludere che aver precisato soggetto "promotore" e oggetto della lite concorrano a quel fine. Ciò per tre ragioni.

Anzitutto, sul piano logico, prima che giuridico, è agevole osservare che, ove l'oggetto della controversia fosse tale che solo un determinato soggetto può avere interesse a promuoverla, la delimitazione della giurisdizione di un determinato giudice non solo sotto il profilo oggettivo ma anche sotto il profilo soggettivo (nel senso di dare rilievo, ai fini della individuazione della giurisdizione, ad eventuali caratteristiche del soggetto "promotore" della controversia) sarebbe superflua.

Ove invece fosse ravvisabile (come nella specie è da ritenere) in capo a più soggetti l'interesse a promuovere le controversie oggettivamente individuate nella disposizione in esame, la norma che, ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione, individuasse un limite non solo di tipo oggettivo ma anche di tipo soggettivo (segnatamente in relazione al soggetto che in concreto promuove la controversia) condurrebbe ad effetti di dubbia costituzionalità ed in ogni caso, a tacer d'altro, negativamente incidenti sulla funzionalità del sistema, ancor prima che sulla effettività della tutela giurisdizionale, posto che una norma siffatta potrebbe essere interpretata soltanto in due modi:

a) nel senso che solo ai soggetti individuati nella norma medesima è dato

adire il giudice in relazione a quel tipo di controversie, con evidente ed inammissibile sacrificio del diritto di azione (presidiato dal primo comma dell'art. 24 Cost.) degli altri soggetti non menzionati nella norma ma titolari anch'essi di un interesse proprio ad agire in giudizio;

b) nel senso che non è escluso che altri soggetti portatori del relativo interesse possano agire in giudizio, ma ciò non potrà avvenire dinanzi al quel giudice, con l'effetto che su di una medesima questione (nella specie, la congruità della rendita catastale di un immobile) sarebbe possibile la formazione di decisioni contrastanti provenienti da giudici appartenenti a giurisdizioni diverse.

In secondo luogo, sul piano della tecnica di redazione degli atti legislativi, occorre osservare che il legislatore identifica sempre il giudice munito di giurisdizione (e i limiti della giurisdizione a detto giudice attribuita) sulla base di criteri di tipo oggettivo, ricorrendo (anche) a criteri di tipo soggettivo solo in relazione a particolari giudizi e, pure in questo caso, giammai con riferimento alle precipuità del soggetto che "promuove" la controversia (come accadrebbe se si interpretasse in tal senso il citato comma due dell'art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992) bensì solo con riguardo alle particolari caratteristiche del soggetto che "subisce" l'azione promossa da altri.

Nel nostro ordinamento infatti le uniche ipotesi in cui il giudice munito di giurisdizione viene individuato (anche) sulla base di elementi soggettivi sono ravvisabili nei giudizi di responsabilità (contabile, con riguardo alla giurisdizione della Corte dei conti, disciplinare, con riguardo alla giurisdizione del Consiglio Superiore della Magistratura, penale, con riguardo alla giurisdizione dei Tribunali Militari), in cui vi è un soggetto che promuove l'azione di responsabilità ed un soggetto (con la caratteristica soggettiva di essere militare, magistrato ecc.) che la subisce.

Per contro, con riguardo alla giurisdizione ordinaria (civile), ma anche a

quella amministrativa e tributaria (nonostante il carattere impugnatorio dei relativi processi) non risulta invece giammai previsto un criterio (anche) di tipo soggettivo per l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, tanto meno con riferimento alle particolari caratteristiche del soggetto che promuove l'azione.

Infine, in terzo luogo, sul piano della interpretazione sistematica e letterale della norma in esame, occorre evidenziare che, anche alla luce di quanto sopra precisato in ordine alle opzioni del legislatore circa i "criteri" di delimitazione della giurisdizione, il fatto che il giudice tributario sia il giudice adito dal contribuente non è l'effetto di una generale, precisa ed inequivoca opzione del legislatore in proposito bensì solo la conseguenza in fatto della previsione di appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie (comma 1 art. 2 citato) e della previsione, tra gli atti impugnabili dinanzi alle commissioni tributarie, innanzitutto degli atti impositivi e di quelli ad essi equiparati (nonché dei rifiuti di restituzioni e dinieghi o revoche di agevolazioni o benefici), essendo ulteriormente da sottolineare che il fatto che il giudice tributario sia di norma il giudice adito dal contribuente non esclude perciò solo che, quando ne ricorrano le condizioni, possa essere anche legittimamente adito da altri soggetti.

Pertanto in una lettura letterale, logica e sistematica, nonché costituzionalmente orientata dell'articolo 2, secondo comma, del D.lgs 546/1992 deve escludersi che l'inciso "promosse dai singoli possessori" possa avere la funzione di contribuire (unitamente al profilo oggettivo) a delimitare la giurisdizione del giudice tributario.

Diversamente, il Comune non avrebbe alcuna possibilità di agire in giudizio a tutela del proprio interesse, e ciò in contrasto con l'articolo 24, comma primo, della Costituzione, oppure, mentre il contribuente può impugnare la rendita catastale ricorrendo al giudice tributario, il Comune deve invece rivolgersi al

Innovazione e Diritto

giudice amministrativo, con l'effetto di dilapidare un bene prezioso come la giurisdizione.

Per evitare di compromettere la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche, nonché la stessa funzionalità del processo, potendo intervenire sulla medesima questione decisioni contrastanti, irrimediabili.

Pertanto, la Cassazione, escluso che l'inciso "promosse dai singoli possessori" sia idoneo a condizionare i limiti della giurisdizione tributaria, statuisce che rientrano in quella anche le ipotesi in cui la rendita o l'atto di classamento siano impugnate dal Comune e non (o non solo) dal contribuente.

L'ordinanza prospetta così un panorama operativo del tutto nuovo che necessita di importanti chiarimenti preliminari circa le modalità di notifica degli accertamenti catastali, anche ai Comuni, e dei relativi ricorsi, proprio nell'ottica della certezza del diritto, invocata dalla Corte di Cassazione come una delle motivazioni a supporto della decisione contenuta nell'ordinanza.

Innovazione e Diritto

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 2 aprile 2014, n. 7645 – CIRILLO *Presidente e Relatore* – DEL CORE P.M. (conf.) – Stella Polare s.a.s. (Avv. Placidi) – Agenzia delle Entrate (Avv. Gen. Stato).

Cassa con rinvio App. Roma, 4 febbraio 2008.

Avviso di accertamento – Sottoscrizione invalida – Nullità dell'atto – Deduzione della nullità nel ricorso introduttivo – Necessità

[art. 42, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600; art. 21 *septies*, L. 241/1990; art. 8, comma 24, D.L. 2 marzo 2012, n. 16; art. 24 D. lgs. 311 dicembre 1992, n. 546]

La mancanza di una valida sottoscrizione dell'avviso di accertamento comporta la nullità dell'atto, ma tale vizio, non essendo rilevabile d'ufficio, deve essere ritualmente e tempestivamente dedotto dal ricorrente a pena di decadenza nel ricorso avanti alla commissioni tributarie (1)
(*Massima non ufficiale*)

Omissis. Motivi della decisione:

Col quarto motivo, i ricorrenti - denunciando violazione dell'articolo 42, comma 1, D.P.R. 600/73 - infondatamente sostengono che, essendo nullo l'accertamento che non reca la sottoscrizione del capo dell'ufficio finanziario o di impiegato direttivo da lui delegato, tale nullità sarebbe rilevabile d'ufficio e comporterebbe l'onere per il fisco di dimostrare l'eventuale esercizio di poteri sostitutivi o la presenza di delega.

In dottrina, si è autorevolmente e condivisibilmente sostenuto che il difetto di sottoscrizione produce sì la nullità dell'avviso, ma, per il combinato disposto degli articoli 42 e 61 D.P.R. cit., essa è considerata sanabile, dal momento che essa deve essere eccepita nel primo grado del giudizio avanti alle commissioni tributarie.

Si è detto che la preclusione sancita dal comma 2 dell'articolo 61 trovava la sua giustificazione, così come formulata, nel fatto che, vigente il vecchio rito tributario (D.P.R. 636/72), pareva esservi spazio per motivi nuovi in appello, poi sicuramente esclusi dal D.P.R. 739/81 dalla novella del d. 739/81 che modificò l'articolo 19 del D.P.R. 636 ed aggiunse l'articolo 19-bis dello stesso testo normativo e stabilì che l'integrazione dei motivi del ricorso doveva avvenire necessariamente prima della fissazione della data dell'udienza da parte del presidente della commissione tributaria. (Sez. 5, Sentenza n. 9891 del 20/06/2003, Rv. 564430).

Si è detto, ancora, che la preclusione di cui al comma 2 dell'articolo 61 cit. va

Innovazione e Diritto

correlata alla disciplina del nuovo processo tributario di cui al D.Lgs. 546/92 in base al quale tutte le censure devono essere avanzate nel ricorso introduttivo e la facoltà di formulare motivi aggiunti si fonda soltanto su vizi emergenti da documenti non conosciuti e, dunque, non deducibili dall'avviso impugnato (art. 24, comma 2).

Nella specie è pacifico - e risulta dalla stessa sentenza d'appello - che l'atto impositivo era stato inizialmente impugnato solo per la carenza dei presupposti per l'accertamento induttivo (art. 39 D.P.R. 600/73) e per vizi della sequenza motivazionale delle presunzioni poste a fondamento dei maggiori ricavi accertati, mentre la mancanza di una valida sottoscrizione dell'atto impositivo era stata eccepita dai contribuenti solo con memoria illustrativa depositata successivamente al ricorso.

Si tratta, dunque, di eccezione tardivamente proposta così come sostanzialmente affermato dal giudice d'appello («la parte ricorrente ha sollevato tale eccezione soltanto nell'imminenza delle discussione della causa»).

Il rilievo assorbente di tali considerazioni esonera questa Corte dall'esaminare ogni altro rilievo (su poteri di firma, sostituzione e delega).

- Omissis.

Il difetto di sottoscrizione degli avvisi di accertamento non è rilevabile d'ufficio e deve essere eccepito nel ricorso introduttivo

di Gianluca Soriano*

1) Premessa - 2) Cenni sul "valore" della sottoscrizione dell'avviso di accertamento –3) - Osservazioni conclusive

1. Premessa

Nella pronuncia in commento, il ricorrente ha eccepito l'assenza di una valida sottoscrizione dell'avviso di accertamento solo attraverso una memoria illustrativa dell'avviso di accertamento solo attraverso una memoria illustrativa depositata successivamente al ricorso, avendo invece inizialmente per carenza dei presupposti per l'accertamento induttivo (art. 39

*Dottorando di ricerca in Diritto Tributario -Università degli studi di Milano -Bicocca

Innovazione e Diritto

D.P.R. 600/73) e per vizi concernenti la motivazione delle presunzioni poste a fondamento dei maggiori ricavi accertati dell'Amministrazione finanziaria.

Il ricorrente, denunciando la violazione dell'articolo 42, comma 1, del D.P.R. 600/73, ha sostenuto la rilevabilità d'ufficio della nullità dell'avviso di accertamento privo della dovuta sottoscrizione del capo dell'ufficio finanziario o dell'impiegato direttivo da lui delegato, evidenziando altresì come tale nullità attribuisca all'Amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare l'eventuale esercizio di poteri sostitutivi o la presenza di una delega.

La Corte, allineandosi a quanto in precedenza già affermato dal giudice dell'appello, e ritenendo, invece, che tutte le censure devono essere avanzate nel ricorso introduttivo e che la facoltà di formulare motivi aggiunti si fonda solo ed esclusivamente su vizi emergenti da documenti non conosciuti, afferma che il difetto di sottoscrizione dell'avviso di accertamento non è rilevabile d'ufficio. Ha dichiarato pertanto la questione della nullità tardivamente proposta e rigettato il ricorso proposto in Cassazione.

2. Cenni sul "valore" della sottoscrizione dell'avviso di accertamento

Il primo comma dell'art. 42 del D.P.R. n. 600/1973 testualmente prescrive che *"gli accertamenti in rettifica e gli accertamenti d'ufficio sono portati a conoscenza dei contribuenti mediante la notificazione di avvisi sottoscritti dal capo dell'ufficio o da altro impiegato della carriera direttiva da lui delegato"*.

L'obbligo di sottoscrizione è sancito a pena di nullità dal disposto di cui al successivo terzo comma, il quale testualmente prevede che "*l'accertamento è nullo se l'avviso non reca la sottoscrizione, le indicazioni, la motivazione di cui al presente articolo e ad esso non è allegata la documentazione di cui all'ultimo*

Innovazione e Diritto

periodo del secondo comma"[1].

L'organo cui è imposto l'obbligo di sottoscrizione dell'avviso di accertamento è normativamente individuato nel *"capo dell'ufficio"*, fatta comunque salva la facoltà di quest'ultimo di delegare[2] all'esercizio di detta funzione *"altro impiegato della carriera direttiva"*[3].

La sottoscrizione costituisce, dunque, condizione essenziale ed imprescindibile circa l'attribuibilità del provvedimento impositivo al suo autore, il quale non può essere un qualsiasi funzionario appartenente all'ufficio emittente, essendo prescritto, *ex lege*, che la paternità dell'atto deve essere riferita al legale rappresentante dell'ufficio medesimo o ad altro soggetto

[1] Il disposto di cui all'art. 42 del D.P.R. 600/1973 disciplina gli effetti del vizio di sottoscrizione con espresso e circoscritto riferimento agli avvisi di accertamento dell'imposta sui redditi.
Per quanto concerne, invece, gli atti impositivi in generale, in ossequio ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, ove non esista un norma specifica che disciplini gli effetti del vizio di sottoscrizione, si ritiene operi la presunzione generale di riferibilità dell'atto all'organo amministrativo titolare del potere nel cui esercizio esso è adottato. Si veda, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, Cass. 9.1.2014 n. 220 in merito al diniego di condono; Cass. 27.7.2012 n. 13461 in merito alle cartelle di pagamento e Cass. 23.2.2010 n. 4283 per l'avviso di mora.

[2] Nel caso in cui la sottoscrizione non si identifichi con quella del capo dell'ufficio titolare bensì con quella di un mero funzionario, sarà onere dell'Amministrazione finanziaria dimostrare, in caso di contestazione, l'esistenza in capo al sottoscrittore di una delega, legittimamente conferita dall'organo istituzionalmente deputato alla relativa funzione, ovvero la presenza di un'ipotesi di sostituzione o reggenza. In assenza di idonea prova giustificativa in merito all'intervenuto conferimento di un'apposita delega al direttore tributario, tale ultimo soggetto non è abilitato alla sottoscrizione, in quanto la sua qualifica lo legittima esclusivamente ad espletare la sostituzione e la reggenza.
Per quanto concerne ancora il potere di delega, l'art. 17, comma 1 *bis* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, apportato dall'art. 2, comma 1, della legge 15 luglio 2002, n. 145, espressamente intitolato *"delega di funzioni dei dirigenti"*, subordina tale potere dei dirigenti alla ricorrenza di determinate condizioni, cumulativamente prescritte. A riguardo, la giurisprudenza tributaria di merito, in applicazione del previgente art. 17 della legge 24 aprile 1980, n. 146, successivamente abrogato dall'art. 3, comma 130, della legge n. 662/1996, con riferimento all'affidamento della reggenza temporanea, sosteneva che la delega non potesse considerarsi atto interno all'Amministrazione, dovendo invece *"essere portato a conoscenza della parte proprio attraverso la specificazione, nella sottoscrizione, che quel tale funzionario agisce per delega del titolare dell'ufficio rilasciata sotto una data precisa e per quella determinata pratica"* (così Comm. trib. prov. Reggio Emilia, 20 novembre 1985, n. 4007).

[3] Così come espressamente richiamato dal primo comma dell'articolo 42 del D.P.R. n. 600/1973 già citato.

Innovazione e Diritto

legittimamente delegato[4].

In merito al valore della sottoscrizione degli avvisi di accertamento, la giurisprudenza di legittimità ha sempre sostenuto la nullità degli avvisi di accertamento in rettifica o d'ufficio nel caso in cui *"non risultino sottoscritti dal capo dell'ufficio emittente o da impiegato della carriera direttiva validamente delegato dal reggente di questo"*[5].

Coerentemente la dottrina, la quale, qualificando il vizio alla stregua della disciplina generale amministrativa, ritiene che il difetto di sottoscrizione debba essere ricondotto tra i vizi di "nullità" del provvedimento per mancanza di un elemento essenziale ex art. 21 *septies* della legge 241/1990[6].

Anche i provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria, quindi, sono nulli quando sono violate le norme che disciplinano: a) gli elementi essenziali del provvedimento; b) l'attribuzione delle competenze; c) il giudicato[7].

E' da escludersi, invece, l'applicazione del successivo art. 21 *octies*, comma 2, della medesima legge, il quale, con esclusivo riferimento alle ipotesi di

[4] In tal senso, si veda M. BRUZZONE, *L'essenzialità della sottoscrizione del "titolo esecutivo tributario"*, in AA. VV., *La riscossione dei tributi*, a cura di A. COMELLI, C. GLENDI, Padova, 2010.

[5] Si veda, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, Cass., 10 novembre 2000, n. 14626, in *Corr. trib.*, 2001, 1284, con commento di M. BRUZZONE; Cass. 27 ottobre 2000, n. 14195, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "tributi in genere", n. 226.

[6] Per la dottrina favorevole a tale tesi, si veda, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo: M. BASILAVECCHIA, *La nullità degli atti impositivi. Considerazioni sul principio di legalità e funzione impositiva*, in *Riv. dir. fin.,* 2006, II, 357 ss.; S. BUTTUS*, Implicazioni tributarie del nuovo regime dei vizi del provvedimento amministrativo*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, I, 489 ss.; G. GAFFURI, *Lezioni di diritto tributario*, Padova, 2012, 68 ss.; G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2008, 178; P. PIANTAVIGNA, *Osservazioni sul "procedimento tributario", dopo la riforma sul procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. fin.*, 2007, 88 ss.; G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari,* Torino, 2009, 211 ss.; F. TESAURO, *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, in *Boll. trib.*, 2005, 1447 ss.;

[7] Classificazione di F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte generale*, Torino, 2011, XII, 212. Si veda in merito F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2014, II, 101, che evidenzia come la previsione di nullità ex art. 21 *septies* della legge 241/1990 di cui si è detto ed in cui ricade il "difetto" di sottoscrizione, assorbe molte ipotesi che, in precedenza, erano ricondotte nella categoria giuridica dell'inesistenza; pur non scomparendo del tutto la figura dell'atto inesistente, residuano, infatti, ipotesi che, per mancanza di requisiti minimi essenziali, presentano difetti tali da non consentire di considerare l'atto, così viziato, come giuridicamente esistente.

Innovazione e Diritto

"annullabilità del provvedimento", nega recisamente la ricorrenza del vizio a fronte di un provvedimento *"adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma di atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*[8].

Nella sentenza in commento, il Giudice di legittimità fa propri tali assunti, ritenendo, con esplicito richiamo alla *"disciplina del nuovo processo tributario di cui al D.Lgs. 546/92 in base al quale tutte le censure devono essere avanzate nel ricorso introduttivo e la facoltà di formulare motivi aggiunti si fonda soltanto su vizi emergenti da documenti non conosciuti e, dunque, non deducibili dall'avviso impugnato* (art. 24, comma 2, D.lgs. 546/1992)[9]", che l'eccezione circa la *"mancanza di una valida sottoscrizione"* dell'avviso di accertamento non è rilavabile d'ufficio e, nel caso in cui venga proposta *"solo…successivamente al ricorso",* tale questione deve considerarsi come tardivamente proposta.

L'assenza di una valida sottoscrizione dell'avviso di accertamento non è dunque degradabile ad una mera irregolarità[10], comportando, invece, la

[8] In questo senso anche la Cass., sez. V, 16 settembre 2005, n. 18408, che sottolinea *"l'inesistenza della dichiarazione come atto amministrativo d'imposizione tributaria o se si preferisce, in adesione al lessico impiegato dall'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, la nullità del provvedimento amministrativo per mancanza di uno degli elementi essenziali, cioè del soggetto dichiarante".*

[9] Il quale testualmente prescrive che *"l'integrazione dei motivi di ricorso, resa necessaria dal deposito di documenti non conosciuti ad opera delle altre parti o per ordine della commissione, è ammessa entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla data in cui l'interessato ha notizia di tale deposito".*

[10] Sul punto, L. DEL FEDERICO, *La rilevanza della legge generale sull'azione amministrativa in materia tributaria e l'invalidità degli atti impositivi*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 732, specificando che anche i casi di vizi sostanziali quale il difetto di sottoscrizione dell'avviso di accertamento costituiscono ipotesi di difformità del paradigma legale attinenti al profilo sostanziale della fondatezza della pretesa, pur mantenendo sempre la natura di vizi di legittimità.
Dello stesso avviso anche la dottrina amministrativa, come, a titolo esemplificativo, V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, XII, 282.

Innovazione e Diritto

mancanza di un elemento essenziale e, dunque, la nullità dell'atto[11], la quale deve essere fatta valere, a pena di decadenza, attraverso il ricorso alle Commissioni tributarie[12].

3. Osservazioni conclusive

Dalla pronuncia in esame si desume che il difetto di sottoscrizione degli avvisi di accertamento determina un vizio proprio dell'atto che deve essere prontamente dedotto dal ricorrente nel ricorso al fine di legittimarne la rimozione in sede giurisdizionale attraverso la pronuncia di una sentenza di annullamento dell'atto.

In conclusione, l'assenza di una valida sottoscrizione dell'avviso di accertamento comporta sì la nullità dell'atto, ma tale vizio, non essendo rilevabile d'ufficio, deve essere ritualmente e tempestivamente dedotto dal ricorrente a pena di decadenza nel ricorso avanti alla commissioni tributarie.

Innovazione e Diritto

[11] Sul punto si veda E. MARELLO, *Avviso di accertamento nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. comm.*, Torino, 2012, 61-66, il quale scinde i vizi formali, come sottoscrizione e competenza territoriale dell'Ufficio, dai vizi formali non invalidanti, come indicazione dell'organo giurisdizionale competente a conoscere della controversia, modi e termini di proposizione del ricorso oppure i modi della riscossione provvisoria.Ed ancora sul tema, F. TESAURO, *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, cit., 1148, distinguendo, sempre nell'ottica di enucleare una distinzione tra i vizi di forma, tra provvedimento annullabile e provvedimento irregolare.

[12] A riguardo, E. DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, VI, 325.