

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione

01 • 2023



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizioli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

1. Ricordo di Franco Frattini	1
<i>di Giuliano Urbani</i>	
2. Il giustificato motivo nella disciplina dello ius variandi bancario	3
<i>di Gennaro Rotondo</i>	
3. La tassazione dell'economia digitale: dal commercio elettronico alla Web taxation, crisi della income tax	31
<i>di Emanuela Di Rauso</i>	
4. In tema di tassazione dei redditi derivanti da cessione di opere ed oggetti d'arte	59
<i>di Paolo Montesano</i>	
5. La crisi globale esplosa negli Stati Uniti nel settembre 2008, i suoi effetti sull'Eurozona e le ripercussioni in Italia sul rapporto tra economia sommersa ed evasione: approfondimenti e sorprese	61
<i>di Raffaele Perrone Capano</i>	

Ricordo di Franco Frattini

di Giuliano Urbani

Professore ordinario di Scienza Politica presso l'Università Bocconi di Milano

SOMMARIO

1. Ricordo

Il giustificato motivo nella disciplina dello ius variandi bancario

di Gennaro Rotondo

Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

ABSTRACT

ABSTRACT

Le banche ricorrono tradizionalmente alle modifiche unilaterali del contratto, come previsto dalla normativa settoriale, per riequilibrare il sinallagma negoziale alterato da variazioni congiunturali. Ciò avviene in un ambito che è connotato sia da una diffusa asimmetria delle posizioni soggettive, sia dalla presenza di rapporti contrattuali massivi per definizione. Il dibattito e gli studi sull'utilizzo di questo strumento rimediabile sono ritornati all'attenzione della dottrina in ragione di un contesto economico notevolmente deteriorato a seguito della pandemia, del conflitto in corso in Ucraina e delle accentuate dinamiche inflazionistiche, tutti eventi che ripropongono con forza il tema del riequilibrio dell'assetto dei contratti bancari originariamente definiti dalle parti. In questo contesto, il presente lavoro si propone di indagare uno dei principali elementi legittimanti l'esercizio del diritto di variazione unilaterale da parte delle banche – il giustificato motivo – alla luce delle più recenti soluzioni applicative ed ermeneutiche elaborate da dottrina e giurisprudenza.

SINTESI

SINTESI

Banks traditionally use unilateral contractual modifications, as provided by the sectoral regulations, to rebalance the negotiated synallagma altered by cyclical variations. This occurs in an environment characterised both by a widespread

asymmetry of subjective positions and by the presence of massive contractual relationships. The debate and studies on the use of this remedial instrument have returned to the attention of the doctrine due to a significantly deteriorated economic context following the pandemic period, the ongoing conflict in Ukraine, and the accentuated inflationary dynamics, all events that forcefully re-propose the theme of re-balancing the structure of bank contracts originally defined by the parties. In this context, the present paper proposes to investigate one of the main elements legitimising the exercise of the right of unilateral variation by banks – the justified reason – in the light of the most recent applicative and hermeneutic solutions developed by doctrine and jurisprudence.

SOMMARIO

1. Premessa. Ius variandi bancario: principi teorici - 2. L'attività di vigilanza della Banca d'Italia e la sollecitazione ad applicare con "cautela" lo ius variandi - 3. Il presupposto legittimante la modifica unilaterale dei contratti bancari: il «giustificato motivo» - 3.1. *Segue. Profili funzionali della nozione di giustificato motivo: la gestione delle sopravvenienze contrattuali* - 4. Gli eventi e le circostanze concrete che integrano un giustificato motivo: il peggioramento delle condizioni di rischio del cliente - 4.1. *Segue. Eccessiva onerosità sopravvenuta quale giustificato motivo per l'esercizio dello ius variandi bancario* - 4.2. *Segue. Modifiche contrattuali fondate su scelte aziendali e gestionali della banca* - 4.3. *Segue. Variazioni generalizzate e variazioni ad personam* - 5. Considerazioni conclusive sulla nozione di giustificato motivo nella disciplina dello ius variandi bancario. Profili critici e incidenza del canone di buona fede

1. Premessa. Ius variandi bancario: principi teorici

La modifica unilaterale delle condizioni contrattuali rappresenta, da tempo risalente, lo strumento che tradizionalmente viene utilizzato dalle banche per rimediare a squilibri del sinallagma contrattuale dovuti a variazioni congiunturali, in un settore connotato da condizioni di evidente asimmetria negoziale¹ e dalla necessità di gestire rapporti negoziali tipicamente di massa. Tale esigenza di adeguamento degli equilibri contrattuali si è riproposta con

¹ Contesto che ha indotto la Banca d'Italia a intervenire, con la Circolare del 15 febbraio 2023, per raccomandare alle banche particolari cautele nel ricorso alle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali collegate all'andamento dei tassi d'interesse e dell'inflazione, cfr. BANCA D'ITALIA, *Modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali motivate dall'andamento dei tassi d'interesse e dell'inflazione*, 15 febbraio 2023, p. 1.

forza, di recente, a seguito del protrarsi di una situazione economica fortemente deteriorata, a causa dalla sovrapposizione di reiterate situazioni di crisi – si pensi, agli effetti dell'emergenza pandemica, all'impatto del conflitto in Ucraina, alla nuova ondata di *default* bancari e all'impennarsi di dinamiche inflazionistiche – che hanno riportato al centro del dibattito lo strumento dello *ius variandi* bancario.

Su tale istituto, radicato nella prassi, il legislatore è intervenuto a più riprese² ma in modo spesso disorganico e, talora, con logiche "eccessivamente" filosegmentari. Il quadro normativo che ne è sortito risulta connotato da ampi margini di complessità e da problemi applicativi e di armonizzazione tra ambiti disciplinari differenti che sono stati risolti solo parzialmente da reiterati interventi successivi.³

Sul piano teorico, la facoltà attribuita a una delle parti del contratto di apportare unilateralmente variazioni al regime negoziale originariamente delineato si pone in dissonanza con il dogma della sovranità del contratto, secondo cui quest'ultimo «ha forza di legge tra le parti» e non può essere modificato o sciolto se non su base consensuale (ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c.).⁴ Nel diritto generale dei contratti, infatti, non è presente un esplicito

² In seguito ad alcuni tentativi definitivi della fattispecie, prima in ambito di settore con le Norme Bancarie Uniformi (cfr. art. 16, relativo ai conti correnti di corrispondenza e ai servizi connessi, e poi in via legislativa, con la L. n. 154/1992, è solo con l'emanazione del t.u.b. che viene riconosciuta la piena liceità del potere di modifica unilaterale. In argomento, v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza? Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010*, Torino, 2011, pp. 73 e ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, p. 60; M. FARNETI, *Ius variandi, recesso, spese di chiusura conto e condizioni economiche nei contratti bancari del consumatore: dalla giurisprudenza alle nuove regole del t.u.b. (Trib. Bolzano, 11 aprile 2005)*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 856; P. SIRENA, *Ius variandi, commissione di massimo scoperto e recesso dal contratto*, in *Contr.*, 2009, p. 1169; F. DI MARZIO, *Clausole abusive nei contratti bancari. Recesso, ius variandi e limitazioni di responsabilità*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004, I, pp. 307 e ss.

³ Come evidenziato da A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative*, cit., p. 62.

⁴ In argomento v., tra gli altri, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parigi, 1949, *passim*; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1953, *passim*; V. ROPPO, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 142; F. SARTORI, *sub art. 118*, in *Comm. Capriglione*, 2018, p. 1894.

riferimento all'istituto della modifica unilaterale, se non in relazione ai singoli tipi contrattuali.⁵ Circostanza che viene imputata a una sostanziale ritrosia del legislatore a riconoscere valenza ordinamentale generale a uno strumento che si ritiene, appunto, in contrasto con il principio generale della vincolatività del contratto. Ne consegue, di regola, che ogni modifica delle condizioni negoziali in essere – specie se *in peius* per la parte che la subisce – dovrebbe derivare da una rinegoziazione consensuale ed essere esercitata nel rispetto di determinati limiti e condizioni, in chiave di tutela delle posizioni soggettive dei paciscenti e, in particolare, di quello qualificabile come parte “debole”.

La declinazione in ambito bancario di questo strumento di revisione dell'assetto contrattuale si connota per una risalente attribuzione alle banche (anche in chiave di autoregolamentazione settoriale) del privilegio di intervenire unilateralmente sui contenuti di un contratto in corso di esecuzione, per il tramite di una clausola specifica inserita nelle condizioni generali e in applicazione di un'espansione (per alcuni versi forzata) del principio di autonomia delle parti.⁶

Sul piano ermeneutico, la *ratio* dell'attribuzione di un simile potere di fonte legale⁷ trova la sua ragion d'essere in diversi fattori giustificativi.

Un primo elemento (evidenza parte della dottrina) è l'esigenza di preservare l'equilibrio delle prestazioni reciproche che, per la banca, si sostanzia nel preservare i propri margini di utili, a fronte di variazioni di carattere oggettivo o

⁵ Quali, ad esempio, l'art. 1661 c.c. in tema di appalto, l'art. 1685 c.c. in tema di trasporto, l'art. 2013 c.c. in materia di lavoro subordinato. In riferimento allo *ius variandi* nel codice civile, si v., tra gli altri, F. DI MARZIO, *Ius variandi e nuovo diritto dei contratti*, in www.rivistadga.it, 2016, I, pp. 1 e ss.

⁶ Sul tema v., tra gli altri, P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale* in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 18 e ss.; P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, *passim*; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, *passim*; G. IORIO, *Le clausole attributive dello jus variandi*, Milano, 2008, *passim*; A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Ius variandi bancario, cit.*, *passim*. In giurisprudenza, tra i pochi interventi antecedenti le riforme intervenute, Trib. Milano, 18 aprile 1985, secondo cui è ammessa la possibilità che una banca possa variare le condizioni contrattuali, ritenendole tacitamente approvate se il cliente, a seguito di comunicazione mediante affissione nei locali, avesse proseguito il rapporto.

⁷ Qualificano lo *ius variandi* in questo senso, tra gli altri, S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del c.d. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.*, 2, p. 191; F. SARTORI, *sub art. 118, cit.*, p. 1895.

soggettivo che modifichino alcuni termini del rapporto.⁸ In tali ipotesi, l'esigenza della banca di adeguare il regolamento negoziale ai mutamenti intervenuti nel contesto di riferimento si deve realizzare secondo modalità dirette a evitare distorsioni di mercato e a favorire la competitività delle relazioni d'affari.⁹

Altro fattore di supporto teorico alla previsione del t.u.b. è rappresentato dal decremento dei costi transattivi nella gestione dei rapporti con la clientela, evitando di ricorrere alla rinegoziazione dei singoli contratti, ogniqualvolta si ponga l'esigenza di adeguarne le condizioni,¹⁰ sia per ragioni di allineamento dell'offerta a quelle dei concorrenti, sia per cause esogene al contesto aziendale (ad esempio, l'aumento dei tassi di riferimento). Alcuni autori, tuttavia, fanno rientrare in questo schema teorico di legittimazione dell'istituto *de quo* anche la necessità di garantire la stabilità¹¹ e l'efficienza del sistema finanziario, in ragione della funzione essenziale svolta dalle banche nel sistema economico,¹² sebbene sia più opportuno ragionare in questi termini con esclusivo riferimento all'attività bancaria in senso stretto. Se le imprese bancarie, infatti, riversassero gli incrementi dei costi congiunturali unicamente sulla nuova clientela, ne potrebbe risultare pregiudicato l'accesso al credito, con conseguente incidenza negativa sul sistema economico in generale. Al contempo, appare diffusa l'idea

⁸ L. NIVARRA, *ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, pp. 463 e ss., che ritiene l'istituto un rimedio manutentivo del vincolo obbligatorio.

⁹ In argomento, v. le considerazioni di A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, cit., pp. 17 e s.; e A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, pp. 252 e s., secondo cui l'adozione frequente e generalizzata di variazioni unilaterali dei contenuti economici di contratti utilizzati in settori strategici del mercato, specie se non sorretta da presupposti idonei a giustificare la modifica, abbassa la credibilità delle offerte commerciali, riducendo a monte il grado di concorrenzialità del sistema.

¹⁰ Cfr. G. LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca impresa e società*, 1997, p. 62.

¹¹ In questo senso, U. MAJELLO, *Commento all'art. 117*, in F. BELLI e al. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commentario*, Bologna, 2003, p. 1947; V. SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 211.

¹² Si v. G. LA ROCCA, *Il potere della banca*, cit., pp. 62 e ss.; U. MAJELLO, *sub art. 118*, in F. BELLI e al. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1946; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, pp. 262 e ss.; M. ATELLI, M. MAZZEO, *L'osservatorio legislativo. Prime note sulla riforma dell'art. 118 del testo unico bancario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, pp. 850 e ss.

che le banche non potrebbero farsi carico integralmente della maggiore onerosità dell'operazione, in quanto ne risulterebbe minata, appunto, la stabilità e, di conseguenza, messo a rischio il pubblico risparmio.

Per vero, dal momento che solo la banca, al verificarsi di determinate condizioni, è legittimata a proporre la modifica unilaterale, lo *ius variandi* viene concepito come un rimedio manutentivo del vincolo obbligatorio, volto ad adeguare l'originario assetto degli interessi a eventuali sopravvenienze.¹³ Se ne esclude l'applicazione, invece, qualora la modifica del rapporto operi in modo automatico, quale conseguenza di una circostanza sopravvenuta, ma già dedotta in contratto. In quest'ottica, il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali di un rapporto in essere consentirebbe alla banca di frazionare sulla clientela, in maniera uniforme e accettabile (nell'ottica aziendale dell'intermediario), i rischi intrinseci del mercato, favorendo così, da un lato, la stabilità complessiva del sistema e la tutela del risparmio e, dall'altro, la concessione di credito ai potenziali clienti a prezzi e tassi omogenei rispetto a quelli già praticati.¹⁴

L'esigenza di preservare efficienza e stabilità dell'agire bancario si pone altresì con riguardo alla concessione di credito, laddove il cliente realizzi investimenti rischiosi rispetto a quelli originariamente dichiarati. Sebbene in questi casi, si possano attivare altri strumenti rimediali, riguardanti la gestione di rapporti negoziali diversi dai contratti bancari in senso stretto, anche in tali situazioni la possibilità di modificare le condizioni contrattuali consente alla banca di adeguare il rapporto al mutato livello di rischio, impedendo ripercussioni negative sull'efficienza complessiva del sistema.¹⁵

In definitiva, li interessi della banca posti a fondamento della norma sullo *ius variandi* devono comunque ricomporsi con quelli della parte che subisce gli effetti della modifica. In altri termini, il riconoscimento del potere di modifica *ex uno latere* delle condizioni contrattuali originarie deve armonizzarsi con

¹³ L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore*, cit., p. 473.

¹⁴ Cfr. U. MAJELLO, *sub art. 118*, cit., p. 1947; C. IURILLI, *Ius variandi e testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "Decreto Bersani". Una proposta interpretativa (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 298 e ss.

¹⁵ Cfr. G. LA ROCCA, *Il potere della banca*, cit., p. 63.

l'esigenza di assicurare un adeguato livello di tutela del cliente, riequilibrando posizioni contrattuali sistemicamente asimmetriche nei rapporti di questa tipologia.¹⁶ Al fine di evitare abusi in danno della clientela, pertanto, è necessario circoscrivere rigorosamente la portata di tale attribuzione, rendendo sempre sindacabili le scelte compiute dalla banca e sottraendo l'esercizio dello *ius variandi* a decisioni meramente discrezionali.¹⁷

2. L'attività di vigilanza della Banca d'Italia e la sollecitazione ad applicare con "cautela" lo *ius variandi*

Come si accennava all'inizio, il protrarsi di una congiuntura economica caratterizzata da profili di accentuata criticità ha riproposto il problema del riequilibrio del sinallagma contrattuale anche dal punto di vista dell'autorità di vigilanza, motivo per cui la Banca d'Italia, con la Comunicazione del 15 febbraio 2023, ha rivolto alle banche alcune indicazioni relative alle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali cagionate dall'andamento dei tassi d'interesse e dei prezzi, esortando a porre estrema attenzione nel prevedere simili variazioni a sfavore dei clienti, anche in considerazione del fatto che l'aumento dei tassi di interesse – avviato dalla Banca Centrale Europea (BCE) sin dal luglio 2022 – potrebbe avere effetti positivi sulla redditività complessiva dei rapporti tra banche e clienti, tali da compensare l'aumento dei costi indotto dall'inflazione.¹⁸ Pertanto, la Banca d'Italia ha sollecitato gli intermediari a rivedere, ove possibile, anche in senso favorevole ai clienti le condizioni precedentemente modificate a fronte dei tassi di interesse bassi o negativi. D'altra parte, l'attuale fase di "normalizzazione" della politica monetaria fa seguito a un lungo periodo di ridotti tassi di interesse che ha indotto diverse banche ad azzerare la remunerazione dei depositi in conto corrente e ad aumentare gli oneri a carico dei clienti, utilizzando lo strumento della proposta di modifica unilaterale delle

¹⁶ Così F. MARTORANO, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, pp. 133 e s.

¹⁷ Così, U. MAJELLO, *sub art. 118, cit.*, p. 1947. A tal fine, si è rivelato determinante anche il contributo fornito dagli orientamenti decisionali dell'Arbitro Bancario Finanziario.

¹⁸ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali motivate dall'andamento dei tassi d'interesse e dell'inflazione*, 15 febbraio 2023, p. 1.

condizioni contrattuali.

Collocandosi nel solco delle precedenti iniziative,¹⁹ la Banca d'Italia ha precisato alcuni fondamentali criteri che le banche devono rispettare nel proporre ai clienti modifiche unilaterali dei contratti, con l'obiettivo principale di assicurare che le variazioni siano sempre motivate dalla necessità di ripristinare l'equilibrio effettivo degli impegni originariamente assunti dall'intermediario e dal cliente.²⁰

La sollecitazione dell'autorità di vigilanza deriva dalla circostanza che le modifiche *ex uno latere* delle condizioni contrattuali possono essere realizzate, in ogni caso, solo nel rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza, delle previsioni di legge in tema di *ius variandi*, nonché degli eventuali principi e criteri che la stessa Banca d'Italia può fornire agli intermediari finanziari, nel caso di specie con riguardo alla legittimità e alle modalità di attuazione delle variazioni unilaterali dei contratti collegate all'inflazione e all'aumento dei tassi di interesse. Resta fermo, ribadisce la Banca d'Italia, il diritto del cliente di recedere dal contratto senza spese, al fine di valutare le offerte più convenienti presenti sul mercato.²¹

3. Il presupposto legittimante la modifica unilaterale dei contratti bancari: il «giustificato motivo»

La condizione generale di legittimità per l'esercizio dello *ius variandi* da parte degli intermediari finanziari è la sussistenza di un «giustificato motivo»,²²

¹⁹ V. BANCA D'ITALIA, *Modifiche unilaterali dei contratti bancari e finanziari. Obblighi degli intermediari e diritti dei clienti*, 13 ottobre 2014; ID., *Modifiche unilaterali dei contratti bancari e finanziari. Obblighi degli intermediari, diritti dei clienti, ruolo dell'autorità di vigilanza*, 11 aprile 2017.

²⁰ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali motivate dall'andamento dei tassi d'interesse e dell'inflazione*, 15 febbraio 2023, p. 1.

²¹ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Modifiche unilaterali*, cit., 15 febbraio 2023, p. 1.

²² In argomento, fra gli altri, P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, cit., pp. 354 e ss.; M. BUSSOLETTI, *La disciplina del *ius variandi* nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, I, pp. 13 e ss.; F. BRIOLINI, *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, I, pp. 293 e ss.; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti*, cit., pp. 240 e ss.

elemento causale che si estende funzionalmente sia all'*an* sia al *quantum* del ricorso al potere di variazione, configurando un vero e proprio onere a carico della banca di portare a conoscenza il cliente della specifica motivazione alla base della proposta di modifica,²³ pena la sua inefficacia e l'impossibilità per la banca di allegare le proprie motivazioni *ex post*, in caso di contestazione.

La previsione di un giustificato motivo consente di delimitare funzionalmente gli ambiti di legittimo esercizio del potere di modifica unilaterale e di circoscrivere la discrezionalità riconosciuta alla banca ai soli casi in cui siano intervenuti fatti tali da incidere sull'assetto di interessi (grado di rischio, condizioni del mercato, interventi monetari ecc.) che aveva condotto alla stipula del contratto originario. Prospettando, quindi, margini ben più estesi di tutela del cliente, rispetto al passato contesto normativo e applicativo, lo *ius variandi* si è conformato come strumento a discrezionalità ridotta, in quanto, la previsione del giustificato motivo, quale presupposto per la sua attivazione, realizza un contemperamento della tradizionale visione di prevalenza delle esigenze di stabilità del sistema creditizio, con la salvaguardia dell'equilibrio sinallagmatico dell'operazione contrattuale e dell'affidamento del cliente.²⁴ Ne deriva che il criterio del giustificato motivo deve rappresentare il fondamento essenziale dell'esercizio dello *ius variandi*, nonché il parametro ermeneutico per valutarne la legittimità.

In questa prospettiva, può ritenersi condivisibile la scelta di utilizzare un criterio "flessibile" per la ponderazione degli interessi delle parti coinvolte, coerente con la struttura di relazioni negoziali destinate a svolgersi in un arco temporale più o meno esteso, facendo sì che le condizioni possano essere agevolmente adeguate durante la vita del contratto.²⁵ È necessario, purtuttavia,

²³ Cfr. sul punto, G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 261; nonché F. FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello ius variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 735 e s.

²⁴ Sul punto, v. A. SCARPELLO, *Il "nuovo" jus variandi della banca dopo la conversione del c.d. "decreto sviluppo"*, in *Contr. e impresa*, 2012, cit., pp. 577 e s.

²⁵ In argomento, si v. F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.u.b.*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, cit., pp. 127 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; F. SARTORI, *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti: prospettive di analisi economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 283 e ss. In una prospettiva di analisi giuridico-

che siffatta duttilità del parametro utilizzato venga declinata incisivamente in chiave di tutela del cliente/consumatore (ad esempio, anche attraverso un maggiore utilizzo dello *ius variandi* riferito a modifiche migliorative), consentendo così a entrambe le parti di realizzare un riassetto dei propri interessi mediante l'adeguamento del sinallagma contrattuale.²⁶

La disciplina non fissa in modo rigido i limiti contenutistici del giustificato motivo in ragione dell'oggettiva impossibilità di elencare i molteplici casi concreti che si possono verificare. Si tratta di una scelta di politica legislativa che, ancora una volta, risponde all'esigenza di garantire alla banca uno strumentario adeguato a reagire ai mutamenti delle condizioni del mercato ovvero della situazione soggettiva del cliente (*melius* di categorie di clienti). Occorre considerare, difatti, che il novero degli eventi suscettibili di influenzare un rapporto di durata è vasto e, come tale, difficilmente compendiabile nelle clausole redatte in fase di conclusione del contratto. Ragion per cui, secondo alcuni, nella clausola attributiva della facoltà di variazione unilaterale, non dovrebbero essere contenute specificazioni ed esemplificazioni riferite al criterio di efficacia della stessa, trattandosi di clausola generale che legittima la banca ad esercitare lo *ius variandi*.²⁷

Per altro verso, tra coloro che rinvergono il fondamento dello *ius variandi* nell'esigenza di conservare nel tempo l'equilibrio del sinallagma contrattuale, vi è chi ritiene che il giustificato motivo sia configurabile solo al verificarsi di circostanze oggettive non controllabili dalla banca, come ad esempio una diminuzione del grado di solvibilità del cliente oppure un aumento del costo del denaro o dei costi industriali relativi ai servizi offerti.²⁸

economica, v. L. KAPLOW, *Rules versus Standards: Art economie Analysis*, in *Duke L.J.*, 1992, p. 557.

²⁶ Cfr. F. SARTORI, *sub art. 118, cit.*, p. 1897.

²⁷ Purtuttavia, al fine di evitare il rischio che la clausola possa risultare eccessivamente vaga o generica, occorre rendere più concreto il contenuto per agevolare la "profilazione" dei motivi in grado giustificare una variazione unilaterale del rapporto contrattuale, in questi termini, v. P. SIRENA, *Il ius variandi della banca, cit.*, p. 277; V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela, cit.*, p. 322; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive, cit.*, p. 40; *contra* V. TAVORMINA, *Ius variandi e contratti bancari*, in *judicium.it*, 25 luglio 2012, p. 11.

²⁸ Cfr. P. SIRENA, *Il "ius variandi" della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, pp. 276 e ss.; M. DE POLI, *Commento sub*

Altra parte della dottrina, invece, partendo dal presupposto che la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b. miri esclusivamente a garantire la stabilità del sistema creditizio nel suo complesso (e non l'equilibrio sinallagmatico del singolo rapporto), prospetta una individuazione stringente dell'ambito contenutistico della nozione di giustificato motivo,²⁹ nel senso di poterlo ravvisare esclusivamente in presenza di eventi indipendenti dagli interessi delle parti di un singolo contratto e che incidano su un ampio novero di rapporti giuridici, al punto da creare effetti critici per la situazione economico-finanziaria della banca.³⁰ Ne deriva che, il giustificato motivo sembrerebbe assumere rilevanza differente a seconda che lo *ius variandi* venga esercitato nell'ambito dei contratti bancari in senso stretto, ovvero in relazione a rapporti riguardanti attività di altra natura (ad esempio, i servizi di pagamento), nei quali il rischio sistemico risulta più circoscritto e, quindi, meno incisivo per la banca in termini di rischio.

Per vero, la finalità di salvaguardare la stabilità del sistema, potrebbe porsi come unico fondamento dell'esercizio dello *ius variandi*, ma solo nell'ipotesi in cui si faccia riferimento a rapporti che rientrino specificamente nell'ambito dell'attività bancaria, in quanto negli altri comparti operativi le istanze di tutela, legate all'attivazione di uno strumento che deroga alla normale dinamica contrattuale, sono di certo meno pressanti. D'altra parte, delimitare rigidamente la definizione del giustificato motivo sulla base di ragioni di stabilità potrebbe produrre l'effetto, controproducente per le banche, di restringerne l'utilizzo impedendo di accedervi anche ai fini di un riequilibrio sinallagmatico non connesso a esigenze sistemiche.

art. 118, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 1427; U. MORERA, *sub art. 118*, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, p. 990; G. IORIO, *Le clausole attributive*, *cit.*, p. 86; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina*, *cit.*, p. 192; A. SCARPELLO, *Il "nuovo" jus variandi della banca*, *cit.*, p. 578.

²⁹ Cfr. F. FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi*, *cit.*, pp. 731 e ss.; *id.*, *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 t.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario*, 2012, *cit.*, pp. 148 e ss.; A. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitrato Bancario e Finanziario*, in *Contr.*, 2012, pp. 182-206; A.A. DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, *Il Caso.it*, 24 luglio 2011, n. 260, II.

³⁰ In tal senso, F. FERRO-LUZZI, *Ipotesi e rilievi*, *cit.*, p. 149.

Per ricomporre questa apparente aporia occorre includere nel quadro degli interessi tutelati dalle norme sullo *ius variandi* anche quello della libertà di scelta del cliente e (indirettamente) delle dinamiche concorrenziali dei mercati.

Tali sono state, infatti, le istanze che hanno indotto il legislatore del 2006 a impedire l'utilizzo indiscriminato dello *ius variandi* nei confronti della clientela e a introdurre il requisito del giustificato motivo, alla ricerca di un pur complicato equilibrio fra concorrenza, stabilità e tutela della parte contrattuale debole. Questa sembra essere la chiave di lettura più efficace al fine di individuare gli interessi sottesi alla disciplina della variazione unilaterale dei contratti bancari, anche con specifico riferimento ai diversi mercati in cui si articola l'attività finanziaria,³¹ e non perdendo di vista la peculiarità e la specificità connesse allo svolgimento dell'attività bancaria in senso stretto. Tuttavia, va detto anche che il quadro sistemico che ne deriva, non rilevandosi ulteriori fondate criticità nell'interpretazione della disciplina, risente senza dubbio dell'impatto applicativo cui contribuisce la giurisprudenza e, in termini più puntuali, gli orientamenti dell'ABF, i quali pertanto è opportuno tenere in debita considerazione.

Infine, un aspetto collegato funzionalmente alle caratteristiche della comunicazione al cliente attiene alla chiarezza e alla intellegibilità delle motivazioni addotte come giustificato motivo. È necessario, infatti, come ha precisato la Banca d'Italia, che le motivazioni relative alle modifiche contrattuali siano chiare, sintetiche e complete, nonché verificabili e coerenti con la revisione dell'assetto negoziale proposta al cliente. Il tutto deve anche essere commisurato al livello di alfabetizzazione finanziaria ragionevolmente rinvenibile nei destinatari,³² poiché è solo attraverso l'efficace comprensione della componente causale posta a fondamento della variazione contrattuale che il cliente è in grado di compiere una scelta consapevole in ordine all'accettazione della proposta, al recesso o all'eventuale avvio di un contenzioso.³³

³¹ Cfr. G. OLIVIERI, *Usi e abusi dello "ius variandi" nei contratti bancari*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario*, 2012, cit., pp. 117 e ss.

³² Cfr. Banca d'Italia, *Comunicazione* del 5 settembre 2014.

³³ Sul rilievo del canone di chiarezza e comprensibilità nei contratti bancari con i

3.1. Segue. Profili funzionali della nozione di giustificato motivo: la gestione *delle sopravvenienze contrattuali*

Secondo alcuni autori³⁴ per delimitare la tipologia di eventi che possono rientrare nella nozione di giustificato motivo, occorre riferirsi alle ipotesi di sopravvenienze per le quali siano già previsti nell'ordinamento strumenti rimediali idonei per la parte danneggiata, non ravvisandosi nel sistema ulteriori riferimenti teorici atti a legittimare una modifica unilaterale del contratto. Siffatte ipotesi assumerebbero valenza di elementi costitutivi dello *ius variandi* bancario configurandolo quale rimedio di riferimento alle sopravvenienze. Anche rispetto a questo aspetto, va evidenziato come l'ABF abbia dapprima recepito gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza (uniformandosi ai medesimi, talora anche acriticamente), per poi procedere a consolidare autonomamente i propri canoni applicativi. Si è creata così un'interazione tra flussi definatori di prassi applicative che ha prodotto effetti para-normativi, svolgendo una funzione che potrebbe essere assimilata, per alcuni versi, a quella analoga propria dei formanti giurisprudenziali nei sistemi di *common law*. Si tratta, tuttavia, di un mero spunto di analisi, da approfondire teoricamente ed empiricamente nelle sedi opportune.

Tanto premesso, secondo l'orientamento sopra riportato, il giustificato motivo si può individuare in un evento successivo alla conclusione del contratto che alteri l'assetto iniziale degli interessi negoziali e che non sia prevedibile né imputabile alla banca (in quanto parte a vantaggio della quale è previsto lo *ius variandi*).³⁵ Inoltre, deve trattarsi di schema fattuale non riconducibile all'inadempimento o al deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, tenendo conto dei principi alla base dell'istituto della risoluzione per

consumatori, v. F.G. VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018, pp. 62 e ss.

³⁴ Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi*, cit., p. 76; A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative*, cit., pp. 81 e ss. P. SIRENA, *Il ius variandi della banca*, cit., p. 277.

³⁵ Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative*, cit., p. 88; nello stesso senso, F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione*, cit., p. 138. Cfr. anche Collegio di Milano, n. 1705/2011.

eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).³⁶

Il cliente che subisce il potere di variazione unilaterale, dunque, può tutelarsi dalla sopravvenienza, potendo anche essere interessato alla prosecuzione del rapporto a contenuto modificato, attraverso i rimedi che la legge gli riconosce – diritto alla modifica ovvero alla cessazione – sul presupposto che i medesimi siano attivati dalla parte destinataria dei presidi di tutela. Talché, in alcuni casi, l'ordinamento attribuisce a quest'ultima, per far fronte all'evento sopravvenuto, uno *ius variandi* o un diritto a ottenere la modifica dalla controparte oppure la facoltà di risolvere il contratto. Tali sono le ipotesi regolate dall'art. 1186 c.c., dall'art. 1461 c.c., nonché quelle dell'inadempimento (art. 1460 c.c. e art. 1453 c.c.), dell'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), della eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).

La prossimità funzionale (in punto di effetti rimediali) dello *ius variandi* bancario, rispetto agli strumenti contemplati dal diritto dei contratti con riguardo alle sopravvenienze, consente di ritenere sussistente, in senso lato, identità di presupposti con i medesimi, intendendo cioè che le sopravvenienze civilistiche potrebbero costituire ulteriori ipotesi integrative dello *ius variandi* settoriale. Ne consegue che il potere di modifica unilaterale dei contratti bancari può considerarsi un rimedio più duttile di quelli apprestati dalle norme di diritto privato, poiché punta alla conservazione del rapporto senza essere predeterminato nei suoi contenuti, ferma restando la congruità in chiave teleologica del suo utilizzo. Flessibilità applicativa che risponde, *in primis*, all'interesse della parte cui è conferita la potestà modificativa, ma di fatto anche della controparte "debole", poiché mira a ridimensionare i noti profili di asimmetria negoziale tipici dei rapporti bancari, in maniera probabilmente più efficace dei rimedi diretti alla mera cessazione del rapporto.

Per vero, va anche detto che la disciplina generale dei contratti già prospetta una soluzione di tal guisa, laddove l'art. 1467, comma 3, c.c., (eccessiva onerosità), dispone che l'offerta di una "equa modifica" del rapporto ne permette la conservazione in quanto idonea a tutelare, in modo più congruo

³⁶ Si v., in argomento, Trib. Rimini, ord. 22 agosto 2011, secondo cui non può costituire un giustificato motivo il peggioramento delle condizioni del cliente quando questo sia prevedibile al tempo della conclusione del contratto.

della risoluzione, la parte danneggiata dalla sopraggiunta onerosità. D'altronde, la facoltà di offrire la modifica presuppone un margine di utilità sicuramente maggiore, per la controparte, a mantenere in vita il rapporto piuttosto che condurlo verso la sua estinzione.

Ebbene, se si concorda su quanto precede, si può ritenere che, ove si deteriorino sensibilmente le condizioni patrimoniali del cliente o si verifichi un inadempimento, ma in presenza di un'adeguata garanzia del finanziamento, la banca potrebbe avere interesse alla prosecuzione del rapporto, piuttosto che alla sua cessazione³⁷ ovvero a sospenderlo (ad esempio, nel caso di un'apertura di credito), elevando il tasso d'interesse (a fronte dell'aumentato rischio creditizio) o rimodulando la durata del finanziamento.³⁸

Se dunque le ipotesi di sopravvenienze di matrice privatistica possono costituire giustificati motivi di modifica a vantaggio della banca, chiaramente esse possono delimitare altresì i confini del relativo potere. Non rinvenendo, inoltre, ulteriori fattispecie di giustificato motivo di *ius variandi* bancario rispetto alle sopravvenienze cui, in base al diritto comune, è legato alternativamente un effetto estintivo o modificativo del rapporto, si conferma che tali evenienze delineano il confine di ammissibilità anche della fattispecie settoriale in discorso.

Va detto, infine, che tra le ipotesi di *ius variandi* bancario, alcune (in particolare l'eccessiva onerosità sopravvenuta) riguardano rapporti seriali, mentre altre attengono a singoli contratti (*i.e.* il deteriorarsi delle condizioni patrimoniali o l'inadempimento del cliente). In concreto, però, può verificarsi la circostanza che anche le ipotesi derivanti da una congiuntura critica relativa a singoli contratti diventino numericamente significative e rilevino, in sostanza negli stessi termini, per ampie categorie di rapporti.

³⁷ In caso di mutuo, ai sensi degli artt. 1186 o 1819 c.c.; in caso di apertura di credito, ex art. 1845, comma 1, c.c.

³⁸ Sul punto, A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive, cit.*, pp. 40 e s., il quale nega che, in generale, lo *ius variandi* possa avere a oggetto il termine per l'adempimento del cliente, in quanto caratteristica base dell'operazione. Se queste ultime si intendono riferite elementi essenziali del negozio, si può ritenere allora che lo *ius variandi* non possa incidere su di essi, in quanto diretto a mantenere un assetto di interessi conveniente per le parti, dovendo restare invariata la natura del contratto.

4. Gli eventi e le circostanze concrete che integrano un giustificato motivo: il peggioramento delle condizioni di rischio del cliente

La definizione pratica degli eventi e dei fatti qualificabili come giustificati motivi risulta operazione complessa in quanto le clausole generali presentano caratteri di flessibilità tali da non consentirne la riduzione in termini tassativi o la agevole applicabilità alle circostanze fattuali.³⁹

Le posizioni teoriche sul punto sono diversificate. Secondo alcuni autori, il giustificato motivo andrebbe identificato con qualsiasi evento potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale.⁴⁰ Altri affermano che il giustificato motivo verrebbe a coincidere con eventi estranei alle volontà delle parti di un contratto, che siano tali da rendere economicamente non sopportabile, per la banca, l'incidenza negativa della sopravvenienza, specie se coinvolge un numero ampio di rapporti.⁴¹ Ulteriore parte della dottrina, interpreta il giustificato motivo in senso ampio, come una sorta di estensione del concetto di giusta causa, al fine di ricomprendere anche motivazioni esterne al rapporto considerato ovvero vicende endogene della banca.⁴²

L'orientamento per il quale lo *ius variandi* risulta funzionale alla salvaguardia della stabilità del settore creditizio esclude, quindi, dal novero dei giustificati motivi le circostanze riguardanti la singola operazione economica (quali il peggioramento delle condizioni individuali di rischio del cliente) che sarebbero idonee a legittimare la variazione unilaterale del rapporto solo quando tale evenienza sia espressamente prevista dal contratto ovvero in disposizioni di legge. Sulla base di questa linea teorica, in sostanza, la stabilità della banca potrebbe essere pregiudicata anche da esigue variazioni degli indici economici,

³⁹ Si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 189; V. SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari*, cit., p. 211.

⁴⁰ U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2008, I, p. 169.

⁴¹ F. FERRO-LUZZI, *Modifica allo ius variandi nei contratti bancari e disciplina transitoria. Due pareri sull'art. 8, comma 5°, lett. f) e g), d.l. n. 70/2011*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 490 e s.

⁴² Così, M. BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi*, cit., p. 21.

seppure irrilevanti in quanto riferite a un singolo contratto, solo quando le stesse assumano un impatto non sostenibile in quanto replicate per un numero indefinito di rapporti retti dal medesimo regolamento negoziale.⁴³

Ad ogni modo, un contributo di chiarificazione sul punto è stato fornito sia dal Ministero dello sviluppo economico (con la nota n. 5574/2007) – secondo cui il giustificato motivo è costituito da eventi di «comprovabile effetto sul rapporto bancario» – sia, successivamente, dagli orientamenti dell'ABF.⁴⁴ Occorre distinguere, poi, se le modificazioni riguardano la sfera del singolo cliente⁴⁵ (i.e., il mutamento del grado di affidabilità in termini di rischio di credito) o se sono relative a condizioni economiche generali che possano riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (tassi di interesse, inflazione, ecc.).⁴⁶ Nel primo caso il mutamento del merito creditizio costituisce elemento oggettivo imprevedibile che giustifica la ridefinizione dei termini contrattuali in precedenza pattuiti. Nel secondo, invece, il requisito relativo alla modificazione unilaterale ha una portata che può essere definita seriale, in quanto ha un'incidenza generalizzata sulla clientela.⁴⁷

Purtuttavia, v'è chi ritiene sia possibile ravvisare, in ogni caso, un giustificato motivo anche con riguardo al mutamento della situazione di un singolo

⁴³ Cfr. FERRO-LUZZI, *I ipotesi e rilievi*, cit., pp. 148 e s.

⁴⁴ Tra le altre, v. Collegio di Roma, n. 6388/2013; Collegio di coordinamento, n. 1889/2016.

⁴⁵ In argomento, v. C. SILVETTI, *I contratti bancari parte generale*, in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI, C. SILVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa, i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Cedam, Padova, 2001, pp. 329 e ss.; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 19; F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione*, cit., pp. 138 e ss. Diversamente orientato, nel senso che il peggioramento delle condizioni di affidabilità del cliente non potrebbe costituire giustificato motivo di variazione unilaterale da parte della banca, F. FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi*, cit., pp. 731 e ss., sulla base del rilievo per cui la disciplina dello *ius variandi* risponde all'esigenza della banca di conservare l'equilibrio macro-negoziale, al fine di consentire il mantenimento dei singoli rapporti.

⁴⁶ Cfr. Nota del Ministero dello Sviluppo Economico "Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della L. 4 agosto 2006, n. 248", del 21 febbraio 2007; nonché Delibera del Direttorio della Banca d'Italia del 28 marzo 2017, n. 197. In dottrina, F.G. VITERBO, *sub art. 118*, in S. BONFATTI (a cura di), *Commentario al testo unico bancario. D.lgs. n. 385/1993*, Pisa, 2021, p. 790; G. LIACE, *sub art. 118*, COSTI R., VELLA F. (diretto da), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, p. 736.

⁴⁷ Cfr. F. SARTORI, *sub art. 118*, cit., p. 1897; G. LIACE, *sub art. 118*, cit., p. 736.

rapporto,⁴⁸ derivante dall'aggravarsi delle condizioni economiche del cliente. Ipotesi in cui dovrebbe essere giustificato un intervento modificativo della banca, ove si consideri che il rischio di credito partecipa alla formazione del risultato economico-gestionale e rappresenta, inoltre, uno dei principali fattori causali di crisi aziendale.⁴⁹

Nei fatti, tuttavia, il deterioramento delle condizioni di rischio del cliente è una situazione già contemplata, sia per i rapporti bancari sia per quelli obbligatori in generale, dal codice civile che prevede talune ipotesi di fonte legale di variazione del regolamento contrattuale.⁵⁰ Se ne ricava che lo *ius variandi* di cui all'art. 118 t.u.b., giustificato dal peggioramento delle condizioni del singolo rapporto negoziale, si può configurare come un adattamento privatistico di un potere che già trova fondamento in altre disposizioni di legge. La banca, che in base alle norme codicistiche, avrebbe potuto solamente chiedere l'integrazione delle garanzie oppure dichiarare la decadenza dal beneficio del termine, avvalendosi del potere di modifica, invece, può rivalutare l'assetto economico e normativo del contratto, adattandolo alle mutate condizioni del cliente.

L'art. 118 t.u.b., dunque, rappresenterebbe un elemento di riequilibrio in un rapporto di durata a tempo indeterminato, così come integrerebbe, al contempo, una forma di tutela del cliente che acquista quantomeno la possibilità di valutare se accettare o meno le modifiche proposte dalla banca, anziché subire il recesso della stessa nell'ipotesi che questa ritenesse il rapporto non più equo o economicamente proficuo.

⁴⁸ Il "rischio di credito", come noto, consiste nell'eventualità che un contraente non adempia agli obblighi di natura finanziaria assunti, causando una perdita alla controparte; tra gli altri, v. in argomento, K.K. AMMANN, *Credit Risk Valuation. Methods, Models, and Applications*, Springer-Verlag, Berlin, 2001, *passim*.

⁴⁹ Cfr. F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione*, cit., p. 139; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 20. V., altresì, Trib. Palermo, Sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, con nota di A. GORGONI, pp. 2086 e s.

⁵⁰ Per i rapporti bancari, l'art. 1844, comma 2, c.c., dispone che «se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto». Per i rapporti obbligatori in genere, va richiamato l'art. 1186 c.c. sulla decadenza del beneficio del termine. Sul punto, A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 20 e ss.

Nella realtà dei fatti, tuttavia, non sempre le conclusioni prospettate trovano compiuto riscontro applicativo, in quanto il rifiuto delle modifiche proposte, com'è noto, non consente la conservazione dell'originario regolamento negoziale, ma conferisce solo la facoltà di recedere dal contratto, con la conseguenza che sul rapporto in essere si produce comunque effetto estintivo. Da una simile declinazione interpretativa della questione emerge, pertanto, come lo *ius variandi* bancario sia strumento manutentivo delle sopravvenienze diverso e più incisivo rispetto a quelli di diritto comune, sia in termini di limitazione dell'autonomia di impresa (della banca) che dell'autonomia privata contrattuale. Ne consegue che, in difetto di una regolazione generale del diritto di modifica unilaterale, ricondurre dogmaticamente il fondamento dello *ius variandi* bancario ai principi ricavabili dalla normativa codicistica appare una evidente forzatura ermeneutica che non tiene conto della specialità teorica e applicativa dell'istituto settoriale.

4.1. Segue. Eccessiva onerosità sopravvenuta quale giustificato motivo per l'esercizio dello ius variandi bancario

L'eccessiva onerosità sopravvenuta, configurata in termini di giustificato motivo dello *ius variandi* della banca, presenta alcuni tratti peculiari. Assodato che derivi da un fatto «imprevedibile e straordinario» (ex art. 1467 c.c.), essa non deve essere causata (direttamente) da fatto imputabile al debitore salvo nella misura in cui sia necessario a preservare beni di rango più elevato rispetto al profitto della banca. Difatti, al di là del dato letterale di cui all'art. 1467 c.c., garantire forme di tutela al soggetto da cui origina causalmente il danno, in linea generale, non sarebbe ammissibile, contrastando con il principio inderogabile di auto-responsabilità (si v., ad esempio, gli artt. 1221, 1227, 2045, 2046 c.c.). Tuttavia, l'imprevedibilità della sopravvenienza non può ritenersi disponibile per l'autonomia privata in applicazione e agli effetti dell'art. 118 t.u.b., se non nei limiti della colpa lieve, in quanto tale carattere deve sussistere al momento della conclusione del contratto. Pertanto, può costituire giustificato

motivo solo un mutamento normativo improvviso, non preceduto da segnali di altra natura (interventi dottrinali o dibattiti istituzionali). Ovviamente, la normativa sopravvenuta può essa stessa attribuire uno *ius variandi*, ferma restando la necessaria valutazione di ragionevolezza.⁵¹

Consentire di fondare l'esercizio dello *ius variandi* sull'eccessiva onerosità prevedibile o interamente imputabile alla banca, infatti, vanificherebbe il carattere imperativo del criterio del giustificato motivo, anche perché, per coerenza, dovrebbe ammettersi la possibilità (ex art. 1467 c.c.) di dare rilievo negoziale a qualunque sopravvenienza, purché non dipendente da colpa grave o dolo della banca.

D'altro canto, una clausola che prevedesse come evento attributivo dello *ius variandi* della banca una sopravvenienza prevedibile al tempo del contratto (diversa da quella considerata all'art. 1183 c.c. e all'art. 1461 c.c.), come pure derivante da un fatto proprio della banca e da questa evitabile, si porrebbe in contrasto con il principio di matrice costituzionale di efficiente allocazione delle risorse economiche, che governa e tutela lo svolgimento dell'attività privata di impresa.⁵²

4.2. Segue. Modifiche contrattuali fondate su scelte aziendali e gestionali della banca

Il tema della possibilità di ricondurre le scelte gestionali al giustificato motivo non trova soluzioni univoche in dottrina.⁵³

⁵¹ Così, ad esempio, la disposizione dell'art. 2-bis, comma 3, del D.L. n. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito in legge 23 gennaio 2009, n. 2), per l'adeguamento dei "contratti in corso" alle norme in materia di remunerazione dell'apertura di credito e dello scoperto. Disposizione, inoltre, che attribuisce la facoltà di sostituire una commissione di massimo scoperto con una commissione sull'accordato.

⁵² Sul tema della funzionalizzazione dei contratti d'impresa all'attività che concorrono a realizzare, v. A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE (a cura di), *Un maestro del diritto commerciale*, Milano, 2010, p. 125; G. MUCCIARONE, *La liceità delle «spese secondarie» nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/Ce sui servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, V. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 517.

⁵³ La tesi positiva è sostenuta da V. MARICONDA, *Il provvedimento del tribunale di Roma sulle clausole vessatorie nei contratti bancari (Nota a Trib. Roma, sez. II civ., 21 gennaio 2000)*,

Sul punto, pur potendosi delineare ulteriori cause di carattere macroeconomico implicanti la valutazione degli obiettivi aziendali,⁵⁴ sembra ragionevole sostenere che non possano considerarsi come giustificati motivi le variazioni derivanti da scelte di politica aziendale così come da esigenze meramente organizzative o gestionali della banca.⁵⁵ Difatti, la *ratio* della norma è proprio quella di prevenire la modifica meramente potestativa e discrezionale delle condizioni contrattuali: mentre il richiamo alle modifiche di legge costituisce ragione sufficiente e idonea a legittimare la variazione, le esigenze organizzative rappresentano elemento causale generico e sostanzialmente rimesso alla determinazione autoreferenziale della banca.

Si aggiunga che in materia contrattuale le condizioni personali della parte rilevano solo eccezionalmente nello svolgimento del rapporto. L'obiezione che il giustificato motivo sia elemento vago, al pari delle esigenze organizzative, permane sul piano della mera affermazione di principio, stante la facoltà di accertare la legittimità dello *ius variandi* in relazione a ogni fattispecie concreta. In effetti, va detto che la tipicità delle esigenze organizzative, inserite senza tassonomia alcuna (sia pure esemplificativa) come parametro giustificativo, renderebbe presuntivamente legittime e di fatto difficilmente sindacabili le variazioni unilaterali. In tal modo, si introduce un elemento di discrezionalità nella gestione del rapporto che indubbiamente può realizzare un significativo squilibrio sinallagmatico, in danno del consumatore.⁵⁶

in *Contr.*, 2000, pp. 586 e ss. Di diverso avviso, invece, sono P. SIRENA, *Il ius variandi della banca*, cit., p. 277; U. MORERA, *sub art. 118*, cit., p. 990; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina*, cit., *passim*. Da notare che Trib. Roma, 21 gennaio 2000 (in *Contr.*, 2000, pp. 561 e ss.) aveva giudicato vessatoria (ai sensi del Codice del consumo) la clausola delle n.b.u. per cui la banca si riservava il potere di modificare le condizioni di contratto in ragione delle proprie necessità organizzative.

⁵⁴ Quali i mutamenti dei tassi non collegati a decisioni delle autorità (Euribor, IRS, ecc.), l'inflazione, l'andamento dell'economia in generale. Cfr. V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., p. 324; A. SCARPELLO, *Il "nuovo" ius variandi della banca*, cit., pp. 575 e ss.

⁵⁵ Così P. SIRENA, *Il ius variandi della banca*, cit., p. 277; M. DE POLI, *Commento sub art. 118*, cit.; U. MORERA, *Contratti bancari*, cit.; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina*, cit. Nel senso che nella nozione di «giustificato motivo» possano ricomprendersi anche «vicende personali del fornitore di prodotti finanziari» si esprime M. BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi*, cit., pp. 21 e s. Riconduce esplicitamente le scelte gestionali della banca nell'alveo del giustificato motivo, V. TAVORMINA, *Ius variandi e contratti bancari*, cit.

⁵⁶ Cfr. App. Roma, 24 settembre 2002, in *www.Foro.it.*, I, co. 332.

Per altro verso, alcuni autori sostengono la legittimità di un giustificato motivo soggettivo, evidenziando che nessun dato normativo può impedire di qualificare come tale un evento connesso a scelte gestionali.⁵⁷ A controbilanciare tale asserzione, si afferma tuttavia che la banca non può modificare le condizioni del regolamento negoziale a proprio favore, senza che siano intervenute circostanze esterne tali da incidere sull'assetto di interessi (rischio, condizioni del mercato, condizioni monetarie e così via) recato dalla pattuizione originaria. Diversamente, si riconoscerebbe sempre alla banca il potere di modificare *de domo sua* le condizioni previste dal contratto allorché eventi esterni abbiano alterato la valutazione iniziale di rischio o altri profili da essa ritenuti essenziali.⁵⁸ Il rischio specifico e le condizioni di mercato, pertanto, non sarebbero altro che giustificati motivi soggettivi che legittimano, in quanto tali, la banca a modificare unilateralmente le condizioni di contratto.

In definitiva, l'assunto per cui la banca non può legittimare l'esercizio dello *ius variandi* sulla base di cambiamenti "volontari" di politica aziendale, è ragionevole e va condiviso. Fondare la legittimità di variazione su simili giustificazioni realizzerebbe, infatti, un chiaro depotenziamento degli elementi costitutivi dell'istituto, in quanto il fattore fondativo del potere di modifica finirebbe per coincidere con la decisione medesima, invertendo in sostanza causa ed effetto.

Tanto vale nell'ulteriore, ma analoga, ipotesi degli adattamenti basati sulle esigenze della politica di bilancio, ove le relative decisioni non possono assurgere a giustificato motivo, in quanto non sono dirette a perseguire, nella loro dinamica concreta, interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. In sostanza, è evidentemente incompatibile con i principi generali del diritto dei contratti, oltre che con la *ratio* dello *ius variandi* bancario, la condotta della banca finalizzata a riversare sul cliente gli effetti delle scelte di politica

⁵⁷ Si pensi, ad esempio, ai mutamenti di proprietà della banca e alla connessa modifica del foro competente; all'adeguamento di contratti a politiche regolamentari diverse; a disposizioni di legge sopravvenute o a *revirement* giurisprudenziali. Tutti elementi idonei a incidere nella valutazione della banca di esercitare la facoltà di modifica dei contratti, quando ciò risulti una scelta razionale e non sia in contrasto con il generale principio di buona fede. Sul punto, V. TAVORMINA, *Ius variandi e contratti bancari*, cit., p. 10; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 43.

⁵⁸ In argomento, Trib. Rimini, sent. 22 agosto 2011, cit.

industriale o di bilancio.⁵⁹

4.3. *Segue. Variazioni generalizzate e variazioni ad personam*

La bipartizione delle variazioni unilaterali lungo le direttrici della natura generalizzata o individualizzata è pacifica in dottrina, così come confermato anche dalla citata nota del Ministero dello sviluppo economico, con formulazione che poi è stata ripresa da numerose decisioni dell'ABF, e secondo cui gli eventi di giustificato motivo possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente, sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali. La richiamata classificazione va considerata come indagine di ordine preliminare⁶⁰ nel vagliare la legittimità delle fattispecie concrete alla luce della eventuale genericità delle motivazioni addotte dalle banche.

Laddove la conclusione di contratti bancari corrisponda a dinamiche concernenti categorie (quantitativamente rilevanti) di clienti, sia la fase genetica del rapporto sia quella successiva devono informarsi sul carattere seriale delle relazioni negoziali. Se la struttura dell'offerta di servizi è massiva, il giustificato motivo adeguato a modificare parzialmente i contenuti negoziali risulta, di per sé, destinato a incidere su tutti i rapporti riconducibili a quel dato regolamento contrattuale. Circostanza che non esclude, per vero, l'evenienza di modifiche *ad personam*, purché fondate sulle specificità del rapporto concreto rispetto al quale vengono proposte e, quindi, al di fuori delle logiche di serialità. Se viene addotto, pertanto, un motivo idoneo a giustificare una variazione individuale, lo stesso non può essere utilizzato per realizzarne una generale, così come, analogamente, un motivo riferibile a una variazione seriale non sorregge necessariamente una modifica *ad personam*, dovendosi realizzare un corretto rapporto di congruità tra motivo addotto e modifica apportata.

In concreto, ove il motivo indicato da una banca attenga a un profilo massivo del servizio, la modifica non può diventare efficace se si intenda applicarla solo a singoli rapporti, in quanto tale condotta risulterebbe in violazione del principio di buona fede oggettiva (sulla cui portata, nell'ambito della disciplina in esame,

⁵⁹ Cfr. P. SIRENA, *Il ius variandi della banca*, cit., p. 277, il quale afferma che non si possono aggiustare i contratti in corso per fare "quadrare i conti".

⁶⁰ Un accenno in tal senso si ritrova già nelle prime decisioni dell'ABF.

si dirà nel prossimo paragrafo), nella specie della regola di parità di trattamento.⁶¹

5. Considerazioni conclusive sulla nozione di giustificato motivo nella disciplina dello *ius variandi* bancario. Profili critici e incidenza del canone di buona fede

Alla luce di quanto precede, il giustificato motivo, in sostanza, si individua in un evento successivo alla conclusione del contratto che produce una modifica nell'assetto degli interessi delle parti così come programmato in origine, senza che l'alterazione fosse prevedibile all'atto della stipula (e comunque diversa dai casi dell'inadempimento o del deterioramento delle condizioni patrimoniali del cliente), né il fatto imputabile alla banca. Così configurato l'elemento causativo, il potere di esercitare lo *ius variandi* assume, quindi, la funzione di preservare nel tempo l'equilibrio economico tra le posizioni contrattuali. Pur ponendosi in deroga ai principi generali del diritto dei contratti, specie a quelli di libertà e uguaglianza del vincolo negoziale, il rispetto rigoroso dei presupposti previsti dalla legge per la sua attivazione concreta consente di attribuirgli una corretta valenza sistemica e di non risultare meramente lesivo di tali principi generali.

Per altro verso, la modifica unilaterale, per quanto conservativa della simmetria di valori tra le posizioni contrattuali, potrebbe non corrispondere in concreto all'interesse della parte che la subisce, considerato che può sostanziarsi in una mutazione (anche parziale) del profilo causale del contratto, rispetto a quello originariamente stabilito. Ecco il motivo per cui il compiuto rispetto delle menzionate esigenze di libertà e uguaglianza impone che la modifica *ex uno latere* di una parte sia sempre controbilanciata dalla facoltà di recesso dell'altra.

Ebbene, tanto premesso, il percorso di analisi e ricostruzione dogmatica della fattispecie, con specifico riguardo all'ambito di azione della motivazione a fondamento dell'esercizio del potere di modifica, consente di proporre alcune considerazioni sul rapporto tra giustificato motivo e buona fede oggettiva, declinato in particolare nella forma del principio di correttezza.

⁶¹ Così, A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 17 e ss.

In primo luogo, va detto che il canone di buona fede consente di valutare la correttezza della condotta di una parte nei confronti dell'altra, in termini di incidenza sull'assetto negoziale, laddove il giustificato motivo si concentra, invece, sul rapporto tra una sopravvenienza e la conseguente decisione unilaterale di modifica del contratto, da realizzare secondo la direttiva specifica della congruità tra i due termini della fattispecie. Si tratta, dunque, di prospettive teoriche essenzialmente diverse che, però si concretizzano entrambe sulla base dell'esperienza applicativa.

Benché sia evidente la differenza di fondamenti giuridici tra i due principi, si staglia con chiarezza come il canone di buona fede svolga una sorta di funzione correttiva dell'esercizio del potere di modifica unilaterale poiché consente di dare rilievo a circostanze concrete che potrebbero non essere contemplate dalla norma o ridurre i margini di riassetto legittimi previsti dalla stessa. In sostanza, la buona fede potrebbe richiedere che una parte del contratto (preferibilmente la banca) sacrifichi, a vantaggio dell'altra, una porzione delle sue legittime pretese ove ciò si renda necessario per preservare interessi meritevoli di tutela secondo la gerarchia di valori fissata dall'ordinamento.⁶² Anche nell'ipotesi in cui la variazione serva a garantire la corretta gestione della banca, è necessario non pregiudicare del tutto la soddisfazione di interessi essenziali dei clienti, anche perché la dignità della persona è senza dubbio interesse di rango superiore a quello dell'equilibrio contabile dell'impresa.⁶³

D'altra parte, come si è detto, un ipotizzabile motivo di matrice meramente "soggettiva" risulterebbe in evidente contrasto con la *ratio* sottesa alla regolazione dello *ius variandi*, la quale non può certo ricomprendere l'esigenza di garantire stabili margini di profitto alla banca⁶⁴ ovvero di riversare sui clienti i costi di una gestione inefficiente.

⁶² Cfr. A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, pp. 165 e ss. Orientamento cui si è conformata anche la Corte di Cassazione, v. tra le altre, Cass., 18 settembre 2009, n. 20196; Cass, 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, pp. 794 e ss.; Cass., 22 ottobre 2010, n. 21730, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 510 e ss.

⁶³ Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative*, cit., pp. 81 e ss.

⁶⁴ Così, P. SIRENA, *Il ius variandi della banca*, cit., pp. 277 e s.; ma anche G. OLIVIERI, *Usi e abusi dello ius variandi*, cit., p. 122; F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione*, cit., p. 137.

Esito, quello appena prospettato, che del resto è evidente già con riguardo alla sequenza dei vari interventi legislativi volti a tutelare l'affidamento del cliente circa il rispetto degli equilibri contrattuali e a ridurre i margini di discrezionalità nell'applicazione dello *ius variandi* ovvero a limitarli nei contratti a tempo determinato, circoscrivendo la modifica unilaterale alle sole clausole previste dal contratto. Tale opera di conformazione di un ambito applicativo più congruo alle esigenze di tutela del cliente è stata proseguita e implementata sia attraverso il contributo della giurisprudenza sia, in maniera viepiù netta, negli orientamenti dell'ABF.

In definitiva, si può ritenere che gli effetti economici di scelte unilaterali della banca non possano produrre effetti sul cliente, in evidente contrasto con il canone di buona fede, il quale pertanto si può porre funzionalmente quale parametro residuale di verifica dell'esercizio dello *ius variandi*. Svolgendo, infatti la sua funzione valutativa e integrativa della correttezza dell'esercizio dei poteri privati,⁶⁵ essa dovrebbe escludere la vincolatività di vantaggi derivanti da modifiche unilaterali non sorrette dai necessari crismi di legittimità.

Tale inquadramento sistemico del giustificato motivo lascia, comunque, aperte alcune questioni, specie in punto di ridefinizione dell'equilibrio valoriale del contratto, cui solo la progressiva formazione di stabili e univoci orientamenti applicativi può forse fornire soluzione. Ad esempio, solo per citarne una, molti ritengono che la variazione dell'assetto di interessi iniziale acquisti significatività pratica solo in favore della banca. Ove si ritenesse l'equilibrio negoziale una componente meramente soggettiva della fattispecie, la sua salvaguardia dovrebbe riguardare tutte le parti del rapporto. Diversamente opinando, si rischierebbe di privare di autonomia teorica l'obiettivo di gestione delle sopravvenienze realizzato dall'istituto bancario e, più in generale, si renderebbe ininfluenza la presenza di uno *ius variandi* in contratti tipicamente caratterizzati da evidenti situazioni di asimmetria negoziale.⁶⁶

⁶⁵ G. IORIO, *Le clausole attributive cit.*, pp. 164 e ss.

⁶⁶ Un'ulteriore criticità deriva dall'individuazione della diligenza professionale quale componente essenziale del giustificato motivo. In merito, il problema sta nel definirne l'impatto in punto di redazione della clausola in questione sul piano operativo, essendoci il rischio di determinare una perdita di significato del giustificato motivo, considerato che le previsioni di modifica, di solito, hanno margini temporali alquanto ridotti. Così, A.A.

DOLMETTA, *Linee evolutive, cit.*, pp. 44 e s. A questo orientamento si contrappone chi ritiene che il giustificato motivo rappresenti un'espressione del principio di "giusta causa", per cui la modifica contrattuale può legittimarsi, oltre che con un evento specifico, anche in virtù di vicende interne alla banca (mutamento di strategia aziendale, variazioni delle condizioni economiche generali o del costo di fattori specifici, quali lavoro, servizi informatici, ecc.). È evidente (come si è detto *supra*), tuttavia, che tale teoria non risulta condivisibile per diversi motivi, ma soprattutto in quanto finirebbe per instaurare una sorta di supremazia negoziale di una parte, per vero già in posizione di superiorità informativa e tecnica, sull'altra.

La tassazione dell'economia digitale: dal commercio elettronico alla Web taxation, crisi della income tax

di Emanuela Di Rauso

Dottoranda di ricerca in Imprenditorialità e Innovazione Dipartimento di Economia a Capua Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ABSTRACT

Sharing economy is based on online collaborative platforms, they are used by consumers to temporarily offer goods and services or to sell them. The OECD in this regard i.e., in the purpose of finding the right taxation has highlighted numerous opinions. The selling, the lending of goods increasingly leads to the idea that these actions used to take place on the basis of a relationship of trust. Today these people who do these transactions know each other less and less or do not know each other at all; therefore, previously there was no need for "ad hoc" legislation of tax law. The fundamental problem is the occurrence of the numerous exchanges without the existence of tax law and without the "ad hoc" control to have these exchanges. Moreover, these numerous exchanges of digital traders agree continuously to the exchanges between professional traders. How then should the virtual economy be managed?

- There should be increased controls on these exchanges;
- One would need to identify "The Tax Rules" i.e., identify what to tax and to what extent;
- Innovative substantive regulations would be needed in this regard to update existing regulations and ensure controls are more effective.

With good regulations, even the taxation of online exchanges, could become simpler because systems would be able to handle transactions easily (one would recognize in a manner of transactions that occurred online those to be taxed). In addition, online taxation should be viewed thus: To make a "ad hoc" regulation, one should speak of "Access Economy". The Access economy does

not represent the pure sale of products but rather goes to represent an intermediary that brings out as many products as possible through permission to the virtual storefront of its customers. Several bodies have commented on taxation:

- THE OECD.

It recalled the discipline saying that unfortunately through these digital platforms, users evade taxation;

- The European Union Commission.

The European Commission with the approval of the European Parliament had put a 3% tax on digital transactions. However, it would be appropriate to further extend this taxation to all digital services to avoid evasion or avoidance of Platform users.

SINTESI

La Sharing Economy è fondata su piattaforme collaborative online, esse sono utilizzate da consumatori per offrire temporaneamente beni e servizi oppure per venderli. L'OCSE nel cercare di trovare la giusta tassazione ha evidenziato numerosi pareri. La vendita, il prestito di beni porta sempre più all'idea che queste azioni prima avvenivano sulla base di un rapporto di fiducia. Oggi queste persone che fanno queste operazioni si conoscono sempre meno oppure non si conoscono affatto; quindi, prima non si sentiva il bisogno di una normativa "ad hoc" di diritto tributario. Il problema fondamentale è l'avvenimento dei numerosi scambi senza l'esistenza di una normativa tributaria e senza il controllo "ad hoc" per avere questi scambi. Inoltre, questi numerosi scambi degli operatori digitali concordano continuamente agli scambi tra operatori professionali. Come bisognerebbe gestire allora l'economia virtuale?

Bisognerebbe aumentare i controlli su questi scambi;

Bisognerebbe individuare "La Tax Rules", cioè individuare cosa tassare e in quale misura;

Servirebbero norme sostanziali innovative a tal proposito per aggiornare la disciplina esistente e garantire i controlli in modo più efficace.

Con una buona normativa, addirittura la tassazione degli scambi online, potrebbe diventare più semplice perché i sistemi sarebbero in grado di gestire le transazioni e (si riconoscerebbero in maniera di transazioni avvenute online quelle da tassare). Inoltre, le tassazioni online dovrebbero essere viste così: per fare una normativa "ad hoc" si dovrebbe parlare di "Access Economy". L'Access Economy non rappresenta la pura vendita dei prodotti bensì va a rappresentare un intermediario che mette in luce il maggior numero di prodotti possibili attraverso il permesso alla vetrina virtuale dei suoi clienti. Sulla tassazione si sono pronunciati diversi organi:

- L'OCSE.

Ha richiamato la disciplina dicendo che purtroppo attraverso queste piattaforme digitali, gli utenti su sottraggono alla tassazione;

- La Commissione dell'Unione europea.

La Commissione europea, con l'approvazione del Parlamento europeo, aveva messo un'imposta sulle transazioni digitali pari al 3%. Sarebbe però opportuno estendere inoltre questa tassazione a tutti i servizi digitali per evitare l'evasione o l'elusione degli utenti della piattaforma.

SOMMARIO

1. "Normativa ad hoc" e tassazione sharing economy - **2.** Dal commercio elettronico alla Web taxation - **3.** Le caratteristiche della Web Tax - **4.** La crisi della Corporate Income Tax - **5.** Risultati di ricerca e conclusioni

1. "Normativa ad hoc" e tassazione sharing economy

L'Amministrazione finanziaria italiana è consapevole dei problemi legati alla sharing economy ma le manifestazioni più importanti si ricavano dagli schemi del sistema tributario italiano. Sono stati effettuati diversi tentativi da parte

dell'ordinamento italiano di fornire una disciplina speciale ai redditi¹ della sharing economy. Con l'art. 5 del Atto Camera n. 3564 del 28 settembre 2016, si prevedeva un'apposita categoria di "reddito da attività di economia della condivisione non professionale" fino alla soglia di 10.000 euro annui, soggetto ad un'imposta sostitutiva del dieci per cento applicata dai gestori delle piattaforme come sostituti d'imposta (obbligandoli ad istituire una stabile organizzazione in Italia e a comunicare all'Agenzia delle Entrate i dati relativi a tutte le operazioni effettuate attraverso le loro piattaforme); in caso di superamento di detto limite i redditi sarebbero stati cumulati con quelli di lavoro dipendente e autonomo. Nella dottrina italiana questa proposta ha sollevato molte critiche, poiché non era molto chiaro il criterio della determinazione della base imponibile ed dell'eventuale rilevanza di rimborsi spese, per l'irragionevolezza dell'introduzione di una nuova categoria reddituale in deroga ai principi sui redditi da attività professionali ed occasionali, nonché fondiari, e perché sarebbe lesiva della libertà di stabilimento dei gestori di piattaforme dove vi è l'obbligo ad istituire una stabile organizzazione. Di contro, il Legislatore è intervenuto con l'art. 4, D.L. 24 maggio 2017, n. 50, convenzionata dalla Legge n. 96 del 2017, nello specifico settore delle "locazioni brevi", anche per assicurare un trattamento uniforme fra i casi in cui il rapporto si realizzi tramite soggetti esercenti attività di intermediazione immobiliare con modalità tradizionali e quelli in cui sia impiegata una piattaforma digitale.² Il contenzioso sollevato dal gestore di una di queste ha posto in luce le difficoltà sollevate da tale allineamento. Questo articolo ha incluso nel suo campo di applicazione anche i contratti stipulati da persone fisiche, fuori dell'esercizio d'impresa,³ tramite "soggetti che gestiscono portali telematici, mettendo in contatto persone in cerca di un immobile con persone che dispongono di unità immobiliari da locare". Questi soggetti, come gli intermediari, sono obbligati a trasmettere all'Agenzia delle Entrate entro il 30 giugno di ogni anno i dati relativi

¹ ALBANO G., *"La qualificazione del reddito prodotto all'estero"*, in *Corriere Tributario*, n. 15, 2015.

² G. MOLINARO, *"La tassazione della ricchezza derivante dall'economia digitale"*, in *il fisco*, n. 39, 2015.

³ V. CERIANI, G. RICOTTI *"Riflessioni sul coordinamento internazionale della fiscalità"*, mimeo. 2019.

ai contratti conclusi nell'anno precedente per loro tramite e, se incassano i canoni o corrispettivi dei suddetti contratti o intervengono nel pagamento di essi, ad operare, all'atto del pagamento al locatore, una ritenuta del ventuno per cento. Questa disciplina va a contrastare l'evasione fiscale in un determinato settore, rimediando alla difficoltà di controllo provocata dalla non soggezione ad obbligo di registrazione delle locazioni di durata fino a 30 giorni, senza però riuscire ad adeguare la tassazione⁴ al valore sociale della *sharing economy*. Il Legislatore ha capito il ruolo pratico che hanno le piattaforme on line e ha preso al volo l'opportunità di avvalersi degli intermediari immobiliari, inclusi i gestori di quei portali, per il contrasto all'evasione, obbligandoli a fornire dati per il monitoraggio di queste operazioni ed a svolgere il ruolo di sostituti d'imposta. Nemmeno l'applicabilità di questo regime solo a contratti conclusi fuori dell'esercizio d'impresa va a favorire lo spirito "collaborativo" della *sharing economy*: semplicemente, il Legislatore non ha voluto estendere il regime sostitutivo ad attività commerciali.⁵ In mancanza del regolamento previsto dall'art. 1, comma 3-bis, D.L. n. 50 del 2017, che avrebbe potuto definire "i criteri in base ai quali l'attività di locazione si presume svolta in forma imprenditoriale avuto anche riguardo al numero delle unità immobiliari locare e alla durata delle locazioni in un anno solare", l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate riconduce la questione alle regole generali, e queste non escludono il carattere fondiario del reddito tratto da un immobile acquistato solo per affittarlo. Dunque, il regime delle locazioni brevi non riguarda esclusivamente chi offra l'uso della propria abitazione per i pochi giorni in cui è altrove. La locazione, a prescindere dalla sua durata, è considerata attività statica di godimento di un immobile e non di impresa o lavoro autonomo, lo rimane sia che venga stipulata con l'ausilio di un intermediario tradizionale o di una piattaforma telematica. D'altra parte, chi suo mercato è lavoratore autonomo o imprenditore diventa soggetto passivo IVA perché ha avviato una "professione abituale", anche se sia soltanto auto-organizzato: l'avvalersi di una piattaforma collaborativa non gli conferisce una "forma di impresa", ma aumenta semplicemente le sue

⁴ L. GAIANI, "Normativa CFC: problemi applicativi vecchi e nuovi per la tassazione delle controllate estere", in *il fisco*, 2015.

⁵ T. DI TANNO, "OCSE: unified approach nella tassazione delle attività digitali", in *Corriere Tributario* 2020, fasc. 7, p. 655.

possibilità di trovare clienti. Dunque, l'essere, come prestatore di servizi, utente di una piattaforma può considerarsi uno tra i vari indici di abitualità, ma in concreto questa posizione può benissimo corrispondere ad un'attività occasionale, che un soggetto voleva svolgere ed in effetti ha compiuto solo per pochi giorni. In conclusione, resta imprescindibile esaminare le circostanze concrete per stabilire se sussistano soggettività passiva IVA ed attività abituale ai fini delle imposte sui redditi. Non bisogna dimenticare che l'imposta sui servizi digitali di cui all'art. 1, comma 35 e ss., Legge 30 dicembre 2018, n. 145 grava anche sulle attività di *sharing economy*, in quanto si applica a ricavi derivanti dalla "messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro, anche allo scopo di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi", provenienti da utenti localizzati nel territorio italiano, cioè che utilizzino in esso un dispositivo per accedere a quell'interfaccia digitale e concludervi un'operazione corrispondente.

2. Dal commercio elettronico alla Web taxation

Si sono sviluppate con delle nuove piattaforme digitali nuove forme di tassazione nell'ordinamento giuridico. Le aree di tassazione che si sono sviluppate nell'ordinamento giuridico sono tre:

Article I. Inizialmente Google Tax;

Article II. Poi Digital Tax

Article III. E infine web tax.

Sulla web tax⁶ se sono sviluppate due di normative: Una che è stata abrogata del tutto e un'altra in corso (non ancora uscita). La tassazione delle operazioni online diventa sempre più complessa a causa della mancanza dei principi fondamentali di essa. Tra i principi fondamentali per la tassazione vi è il principio di territorialità. Nelle operazioni online questo principio viene meno. La difficoltà fondamentale in questo tipo di tassazione sta nel trovare il luogo

⁶ B. BONINI - G. GALLI, "La web tax italiana: prospettive e problemi", Osservatorio Conti Pubblici Italiani, Milano, 25 gennaio 2020.

esatto di tassazione e nel vedere quale aliquota dobbiamo applicare nell'ordinamento di riferimento. Poiché si tratta di operazioni internazionali. Cosa accade a tal proposito in ambito tributario?

Lo sviluppo eccessivo delle transazioni online crea competitività tra gli Stati oggetto di tali transazioni. L'operatore economico e il cliente non si trovano nello stesso luogo così si accentua la competizione fiscale tra gli Stati. Inoltre, si ha anche difficoltà nel tassare i passaggi intermedi da operatore economico a consumatore finale del bene i cosiddetti "*Taxation points*". È difficile nella tassazione online individuare il gestore (service provider), gli utenti (contenta provider). L'unico modo, quindi per regolarizzare questi tipi di tassazione è regolarizzare una tassazione quasi equa nell'ordinamento tributario. È l'introduzione di tutti i molteplici strumenti a disposizione: (scambio d'informazione, modello OCSE di convenzione fiscale, convenzioni internazionali contro la doppia imposizione). La rete, secondo la comunità scientifica potrebbe essere considerata luogo della tassazione ma secondo l'ordinamento giuridico no. Le grandi piattaforma digitali (Google, eBay, Amazon, Apple, Facebook, Twitter, Airuno ecc..) però producono dei veri e propri redditi (redditi da lavoro dipendente, redditi da lavoro autonomo, redditi diversi ecc..). Queste piattaforme però nonostante producono questi grandi redditi, le loro tassazioni sono sempre più ridotte o addirittura alcune transazioni non sono proprio tassate e ciò crea dei veri e propri paradisi fiscali di fiscalità internazionale.⁷ Questo garantisce una significativa erosione della base imponibile. Il diritto tributario per adattarsi alle transazioni nazionali ed internazionali ha adottato una serie di norme preimpostate chiamate netiquette. Internet a tal proposito è un cyberspazio che non ha una tassazione precisata da norme ed è difficile che l'abbia. È una specie di "Far West telematico", in quanto privo della materialità dei beni e caratterizzato dal principio di libertà. Internet rappresenta però comunque uno spazio dove vengono svolte delle attività giuridicamente rilevanti, e quindi esse devono essere tassate attraverso un'apposita normativa. Varie sono state le tappe prima di arrivare ad una pseudo tassazione con normativa, non ancora esistente nell'ordinamento tributario:

⁷ S. MICOSSI, "*La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*", Note e Studi Assonime n. 1, 2017.

1) Direttiva del Consiglio 17 maggio 1997, n° 77/388/CEE "Regime d'Imposta sul valore aggiunto applicabile a determinati servizi prestati mediante mezzi elettronici". Ha apportato modifiche al regolamento del 27 gennaio n° 1992/218/CE. Questa direttiva ha individuato il luogo delle prestazioni di servizi con riferimento ai servizi elettronici, di telecomunicazione e di tele radio diffusione. La normativa ha confermato innanzitutto l'intento di non tassare il commercio⁸ digitale con tributi ulteriori rispetto alla tassazione tradizionale. Inoltre, ci è stato il tentativo di andare a cogliere il momento esatto della tassazione che in un'economia tradizionale nella maggior parte dei casi è quando avviene la consegna del bene. Ad oggi, l'esatta tassazione secondo questa normativa nell'economia digitale dovrebbe essere durante il pagamento del bene anche se ciò avviene con la moneta elettronica. Ma questa "Pseudo normativa", non può essere data così per scontata, perché nelle transazioni online c'è la "smaterializzazione delle operazioni". Gli orientamenti del commercio online tendono a prediligere la diffusione di servizi piuttosto che di beni. I fattori esogeni come ad esempio "La residenza del fornitore" non dovrebbero influire nella tassazione online. I problemi della tassazione online sono problematici di natura sostanziale e sono:

- Cessione di beni o prestazioni di servizi;
- Qualificazione dei corrispettivi;
- Individuazione del luogo di effettuazione delle operazioni, residenza fiscale degli operatori.

2) Intervento dell'organizzazione⁹ per la cooperazione e lo sviluppo economico che attraverso il documento: *Elettronici Commerce: The Challenges to tax authorities and Tax payers* presentato l'11 novembre 1997 e ripresentato alla Conferenza ad Ottawa in tema di "A borderless World realising the potential of electronic Commerce". L'intento era mirato a risolvere le problematiche di natura fiscale relativo a questo tipo di tassazione delle operazioni online. Secondo quest'organismo le problematiche sono le seguenti:

- 1) La tassazione dell'e-commerce deve assumere i seguenti principi:

⁸ CORABI G., "Il commercio elettronico e la crisi della fiscalità internazionale", 2000, IPSOA, Milano.

⁹ V. PERRONE - D. STEVANATO - R. LUPI, "Ulteriori riflessioni sulla web tax: estendere i criteri di collegamento o il concetto di stabile organizzazione?", in *Dialoghi Tributarî*, n. 1, 2015.

- Neutralità fiscale: Parità di trattamento rispetto al tradizionale commercio;
- Certezza e semplicità nell'applicazione dei tributi;
- Efficienza intesa come riduzione dei costi d'imposta per il contribuente e dei costi di verifica per il fisco;
- Flessibilità e dinamicità per adeguare il prelievo agli sviluppi tecnologici e commerciali;
- Le operazioni simili vengono assoggettate quasi allo stesso modello impositivo.

Differenza tra (ISP) Internet service provider e server

Gli ISP non possono essere considerati elementi per la stabile organizzazione nell'ambito della tassazione.¹⁰ Perché un sito web difetta di materialità ed è inidoneo per essere comunque una sede fissa di affari. Al contrario il server potrebbe essere una "stabile organizzazione", perché è un macchinario elettronico munito di sede fissa. Tra i tentativi di connessione nei vari Stati vi è quello dell'economia Circolare che voleva introdurre lo Stato nordamericano ed era la tassazione Bilts. Questa tassazione nel diritto tributario è una tassazione non giusta. Perché sarebbe di tipo quantitativo e non qualitativa, perché non rispetta i canoni prevista dalla capacità contributiva. Va a tassare e a controllare i numeri di accessi e non quelli effettivamente di consumo. La dottrina ha anche valutato la cosiddetta tassazione congiunta (imposta valore aggiunto più bilts) ma è comunque una doppia tassazione. Con la web tax il legislatore cerca di sottoporre a tassazione coloro che prestano servizi digitali, operando sulla rete e realizzando profitti in diversi Stati: l'obiettivo è quello di contrastare l'elusione fiscale che si registra nelle transazioni on-line, che sfuggono al regime¹¹ di tassazione nei paesi in cui vengono utilizzati i beni ceduti ed i servizi prestati e nei quali si produce reddito. Quindi, si vuole evitare che le società estere, attive soprattutto nel settore virtuale, non siano sottoposti, come dovrebbero, al carico fiscale, ad esempio, fissando la sede legale in paesi a fiscalità privilegiata, pur operando

¹⁰ G. COLOMBAIONI, "Italy Unilaterally Implements the European Commission's Digital Service Tax Proposal", *Rivista di Diritto Tributario Pacini Giuridica*, 2019, nota 11.

¹¹ F. ZACCARIA, "Commercio elettronico diretto: disciplina MOSS anche per i soggetti in regime fiscale di vantaggio", in *Il fisco*, 2015.

effettivamente in Stati caratterizzati da un'imposizione fiscale molto più elevata. Per effetto di tali "scelte fiscali", si viene a ridurre la base imponibile rispetto a quella prevista dal sistema tributario dello Stato nel quale i ricavi sono stati realmente conseguiti, spostando parte dei profitti, in maniera legale, in giurisdizioni in cui vengono tassati di meno. Le esperienze più importanti in ordine alla web tax, prima che nell'ordinamento giuridico italiano, vi sono state in legislazioni straniere, appartenenti sia a sistemi economici avanzati che in via di sviluppo: queste misure tributarie sono state adottate allo scopo di assicurare parità di trattamento tra contribuenti residenti e contribuenti non residenti, nell'ipotesi in cui questi ultimi, pur in presenza di una significativa attività economica svolta nel territorio che non era la loro residenza, non abbiano i requisiti minimi per assoggettare ad imposizione il reddito; in assenza di strumenti quali la web tax, sarebbe concreto il rischio che tali operatori economici, non tassati né nel mercato di riferimento, né in quello di residenza, finiscano per usufruire di un indebito vantaggio, anche in termini di concorrenza, nei confronti dei contribuenti residenti che svolgono la stessa attività. Tra le economie avanzate, di grande importanza è l'esperienza del Regno Unito, che, per fronteggiare le strategie fiscali adoperate dai colossi della digital economy, ha introdotto, a partire dal periodo d'imposta 2015, la *"Diverted Profits Tax"*, cioè la tassa sui profitti dirottati, tributo poi recepito anche dall'ordinamento belga con la *"Cayman Tax"*, strumento impositivo simile che colpisce, con l'aliquota del 25%, i redditi sottratti in maniera elusiva alla tassazione nello stato della fonte, in quanto dirottati dalle multinazionali¹² del web in Paesi caratterizzati da bassa imposizione; si tratta di situazioni in cui si ha il motivo di pensare che il contribuente non residente svolga nel Regno Unito un'attività economica, evitando il sorgere di una stabile organizzazione, cioè di soggetto residente o non residente esercente un'attività assoggettata ad imposizione nel Regno Unito che riesca ad eludere la tassazione in detto Stato attraverso la stipulazione di accordi o avvalendosi di soggetti terzi senza di sostanza economica. Questa misura impositiva trovando applicazione in presenza di una significativa attività economica svolta sul territorio dello Stato, a prescindere

¹² S. MICOSSI, P. PARASCANDOLO (2010), *"The taxation of multinational enterprises in the European union: views on the options for an overhaul"*, Ceps policy brief, n. 203.

dalla sussistenza degli elementi idonei a configurare una stabile organizzazione, e previa dimostrazione del comportamento, tenuto dal contribuente non residente, con lo scopo di evitare le norme sulla stabile organizzazione consentendo di superare gli ordinari criteri di collegamento, rendendo inopponibili all'amministrazione finanziaria gli accordi stipulati dai grandi gruppi societari al fine di colpire la base imponibile nel Regno Unito. Gli effetti applicativi del tributo corrispondono a quelli che conseguirebbero alla condotta del contribuente operante nel territorio di riferimento mediante una stabile organizzazione o una società controllata: sull'ipotetico reddito così generato trova applicazione la *"Diverted Profits Tax"*. È di una soluzione organica, pienamente conforme agli obiettivi del Beps¹³ Action Plan promosso dall'OCSE durante il G20 di Mosca del 19 luglio 2013 e ai principi della Raccomandazione C (2012) 8806 in materia di pianificazione fiscale aggressiva adottata dalla Commissione Europea il 6 dicembre 2012. In realtà, lo strumento impositivo costruito attorno al concetto di elusione fiscale come mezzo a disposizione dell'ente impositore per scongiurare l'aggiramento delle norme sulla stabile organizzazione, accanto a profili di evidente vantaggio individuati nella facoltà riconosciuta al fisco di avvalersi di una presunzione legale relativa, consistente nel considerare come base imponibile i profitti che sarebbero stati tassati dove le operazioni fossero state poste in essere attraverso una stabile organizzazione, applicando le norme interne eluse, presenta molte criticità, non essendo di facile applicazione, in ragione dell'onere gravante sull'amministrazione finanziaria di determinare, in via induttiva e indiretta, i profitti dichiarati da paesi caratterizzati da un livello di tassazione particolarmente basso. L'amministrazione finanziaria si troverebbe, così, ad utilizzare le stesse tecniche di accertamento adottate per ricostruire i redditi delle stabili¹⁴ organizzazioni "occulte", assurgendo a presupposto del tributo l'esistenza di un "reddito senza Stato" (c.d. *"stateless income"*), a prescindere dal suo formale radicamento all'interno del territorio e dal riferimento di un'imposta societaria ad un soggetto passivo residente nello Stato della fonte. Il pregio di

¹³ C. GARBARINO, *"L'impatto del progetto BEPS sul concetto di stabile organizzazione"*, Diritto Pratico Tributario, fasc. 2, p. 587, Padova, CEDAM Editore, 2019.

¹⁴ A. TOMASSINI, *"Stabili organizzazioni e commercio elettronico"*, in *Corriere Tributario* n. 19, 2013.

questa misura fiscale volta a contrastare condotte di pianificazione fiscale aggressiva e di abuso del diritto, senza condizionare in alcun modo la concorrenza nel mercato UE, limitandosi a contrastare pratiche di concorrenza fiscale suscettibili di provocare vantaggi per alcuni Stati membri e svantaggi per altri, con conseguente lesione dell'interesse dello Stato che è quello di legittimare nuovi strumenti impositivi fondati sulla vera presenza e sull'esistenza di un valido collegamento di natura economica (c.d. "nexus") tra attività svolta dall'impresa digitale e territorio e sull'utilizzo del mercato locale dall'esterno: così facendo si riesce ad assicurare ai singoli Stati la tutela e la protezione delle proprie basi imponibili ostacolate da condotte abusive e artificiose senza colpire i principi e le libertà economiche, compreso il diritto del privato ad operare liberamente sul mercato. Molto importante è anche l'esperienza dello Stato di Israele, nel cui ordinamento sono stati introdotti dei meccanismi volti ad aumentare le imprese digitali a trasferire nel Paese le attività di ricerca e sviluppo, unitamente ai beni immateriali. Tra le economie emergenti, vi è quella dell'ordinamento giuridico indiano, che, ad iniziare dal periodo d'imposta 2016, ha introdotto la "Equalisation Levy", con lo scopo di porre rimedio al mancato gettito derivante dalla pubblicità online, settore nel quale le multinazionali del web, in assenza di un criterio di collegamento, conseguono alti profitti, completamente detassati. Queste misure hanno causato problematiche di natura interpretativa ed applicativa, poiché, le stesse, essendo che non sono presenti fisicamente, rischiano di dar vita a trattamenti discriminatori, trasformandosi in un cattivo strumento di protezione degli operatori residenti, a scapito di quelli non residenti. Per quanto riguarda l'Italia è stata presentata una proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati il 27 aprile 2015, che, riprendendo gli studi elaborati dall'OCSE, al fine di contrastare l'elusione fiscale delle transazioni eseguite per via telematica, ha tentato di modificare la definizione di "stabile organizzazione", di cui all'art. 162, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), prevedendone una "occulta" di tipo virtuale, ed ha promosso l'istituzione della "digital tax",¹⁵ consistente in una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, operata da parte degli intermediari finanziari in misura

¹⁵ S. DORIGO, "Sharing Economy e imposta sui servizi digitali: le piattaforme per affitti brevi", Corriere Tributario, 2020, fasc. 6, p. 607.

pari al 25%, sui pagamenti effettuati da soggetti residenti in Italia al momento dell'acquisto di prodotti o servizi presso un operatore digitale (c.d. e-commerce) residente all'estero, nei cui confronti fosse stata accertata l'esistenza di una stabile organizzazione "occulta" nel territorio dello Stato; questa ritenuta non sarebbe, invece, applicata agli operatori non residenti muniti di una stabile organizzazione in Italia. È stato previsto un meccanismo rimettendo il relativo potere all'Agenzia delle Entrate, che, accertata la sussistenza dei presupposti applicativi, è tenuta ad effettuare apposita comunicazione servendosi di almeno un intermediario finanziario incaricato dal soggetto non residente e, in caso di blocco da parte di quest'ultimo, incaricando gli intermediari finanziari residenti di effettuare la ritenuta sui pagamenti a favore del soggetto estero al soggetto non residente, invitandolo a regolarizzare la propria situazione in modo da far emergere l'esistenza della stabile organizzazione. Queste misure si spiegano in quanto, com'è facilmente intuibile, nell'ambito dell'economia digitale è possibile operare in un mercato locale senza dover necessariamente mantenere una presenza fisica al suo interno, configurabile come stabile organizzazione, con conseguente assoggettamento ad imposizione in tale Stato dei profitti dell'impresa immateriale. Non potendo, però, i consumatori finali essere qualificati in termini di sostituti di imposta, l'unica soluzione per applicare la ritenuta fiscale fatta propria in queste proposte di legge consiste nel coinvolgere le istituzioni finanziarie incaricate di regolare il pagamento degli acquisti on line, salvo che le multinazionali digitali non abbiano fissato una stabile organizzazione sul territorio italiano ovvero abbiano concluso un accordo con l'Agenzia delle Entrate detto tax ruling, con lo scopo di assoggettare ad imposizione i proventi dell'attività svolta in Italia. Tali tentativi non sono andati a buon fine poiché non hanno ricevuto alcuna approvazione da parte del legislatore. In realtà, anche se queste misure fiscali fossero state adottate, si sarebbe comunque trattato di soluzioni occasionali, parziali ed unilaterali, insuscettibili di ricevere concreta applicazione in ragione del contrasto con le previsioni contenute nelle convenzioni internazionali stipulate per evitare fenomeni di doppia¹⁶ imposizione riguardanti la nozione di stabile

¹⁶ F. ROCCATAGLIATA, "Per la stabile organizzazione occorre una idonea combinazione di risorse umane e tecnologia", in *Corriere Tributario* n. 26, 2015.

organizzazione e l'individuazione dei redditi a cui è possibile applicare la ritenuta alla fonte; ne sarebbe derivata una prevalenza delle disposizioni di diritto internazionale rispetto a quelle di diritto interno relative allo stesso oggetto, in virtù del principio di specialità, che le multinazionali digitali avrebbero potuto invocare per superare contrasti di natura interpretativa dati dalle conseguenze dell'applicazione della normativa domestica di carattere unilaterale in ordine all'individuazione del luogo di residenza. Viste le soluzioni elaborate dall'OCSE sulle modalità di tassazione dell'economia digitale ed a causa delle irragionevoli distorsioni nella concorrenza tra gli Stati e tra le imprese, in relazione al grado di digitalizzazione, generato dagli attuali criteri di localizzazione della ricchezza reddituale, si è reso necessario un intervento comunitario. In questo contesto, si è inserita la proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea il 21 marzo 2018 a cui, in realtà, si è ispirato il legislatore italiano nella seconda versione di web tax domestica di istituire una web tax europea, denominata "Imposta sui servizi digitali"¹⁷ (ISD), inizialmente munita di carattere temporaneo e successivamente applicabile a regime (con l'aliquota del 3%) ai ricavi annuali lordi, al netto dell'IVA e di altri tributi analoghi, derivanti da alcune specifiche attività digitali, caratterizzate da un più significativo contributo degli utenti alla creazione di valore per l'impresa digitale: si tratta dei "servizi digitali" definiti dall'art. 3, par. 1, della proposta di direttiva quindi si fa riferimento vendita di spazi pubblicitari on-line; cessione di dati generati dalle informazioni fornite dagli utenti; attività di intermediazione digitale che consentono agli utenti di interagire tra loro, attraverso interfacce digitali multilaterali, per facilitare la vendita di beni e servizi. In tal modo, il nuovo tributo europeo, a differenza della prima versione di web tax domestica, potrebbe realmente colpire solo specifiche transazioni digitali delle grandi multinazionali del web, assoggettando a tassazione gli imponibili che sfuggono ai sistemi fiscali dei singoli Stati membri e fornendo risposta a tre interrogativi di fondo: chi tassare, cosa tassare e dove tassare nel vigente sistema normativo, la tassazione dell'economia digitale¹⁸ appare ancora un cantiere

¹⁷ E. DELLA VALLE, *"L'imposta sui servizi digitali: tanto tuonò che piovve"*, Rassegna Tributaria (il Fisco), fasc. 5, p. 407, Assago, IPSOA Editore, 2020.

¹⁸ F. ANTONACCHIO, *"Nuove strategie di contrasto all'evasione IVA nell'economia digitale"*, in *Il fisco*, 2015.

aperto, con una serie di proposte elaborate in più ambiti da ultimo, nel G7 dei Ministri delle Finanze, svoltosi a Chantilly il 17 e 18 luglio 2019, con lo scopo di determinare un livello minimo d'imposizione effettiva detto *minimum tax*, non necessariamente legato ai tradizionali indici di capacità economica, per aprire la strada all'istituzione dei "non tributi". Nel febbraio 2019, l'OCSE, in un proprio rapporto denominato "*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*" ha ribadito l'importanza di revisionare i criteri di collegamento esistenti, focalizzando l'attenzione su tre modelli: la partecipazione dell'utente (*user participation*); l'attribuzione residuale degli utili (*residual allocation of profits*); la presenza economica significativa (*significant economic presence*)

Mediante i primi due modelli, è riconosciuto il contributo dell'utente alla creazione del valore nell'economia digitale, superando alcuni postulati *dell'arm's lenght principle* (ALP), e sono delineate le regole relative all'attribuzione residuale degli utili. Il terzo modello, invece, ricollega la potestà impositiva di una giurisdizione fiscale all'esistenza, nel suo territorio, di una presenza economica significativa dell'impresa multinazionale¹⁹ operante sul piano virtuale. In tale contesto, durante il vertice dei Ministri delle Finanze che si è svolto a Fukuoka (Giappone) l'8 e il 9 giugno 2019, in anticipazione del G20 di Osaka del 28 e 29 giugno 2019, è emersa la volontà di condividere un modello di tassazione dell'economia digitale, da adottare entro la fine del 2020, riprendendo i due pilastri elaborati in sede OCSE il 28 e 29 maggio 2019. Il "*Pillar One*", detto "*Unified Approach*" (*rectius*, Approccio unificato sul trattamento fiscale dell'economia digitale), stabilisce una funzione "riallocativa", essendo volto a revisionare i criteri di collegamento e di allocazione dei redditi, cambiando le disposizioni sul trasferimento degli utili, in deroga all'*arm's lenght principle*, e la predisposizione di nuove "*nexus rules*", fondate sui concetti di "partecipazione dell'utente", "significativa presenza digitale ed economica", "approccio basato sulla distribuzione", in modo da riconoscere potestà impositiva alle giurisdizioni nel cui territorio sono localizzati i consumatori e chi utilizza i modelli di business²⁰ digitalizzato. La proposta di "*new taxing rights*", a

¹⁹ G. SEPIO - M. D'ORSOGNA, "*Impresa multinazionale digitale e tassazione delle transazioni online*", in *Il fisco* n. 29, 2015.

²⁰ M. OLBERT - C. SPENGLER - A. WEMER (2019), "*Measuring and Interpreting Countries' Tax Attractiveness for Investments in Digital Business Models*", *INTERTAX*, Volume 47, Issue 2.

cui è seguita una successiva consultazione pubblica, attraverso l'adozione di scelte condivise, mira a superare il criterio della stabile organizzazione, risalente agli inizi del XX del secolo, va a redistribuire le potestà impositive tra gli Stati, assoggettando a tassazione, all'interno di un dato territorio, gli utili conseguiti dalle imprese multinazionali (con ricavi superiori ad un determinato ammontare) in esso operanti, anche in mancanza di una presenza fisica. Il "Pillar Two", denominato "Global Anti-Base Erosion Proposal" (GloBE), tende a predisporre un sistema per assoggettare le multinazionali del web ad un livello minimo di tassazione globale, apportando modifiche alla normativa domestica ed alle disposizioni dei trattati contro le doppie imposizioni, in modo da approntare strumenti capaci di contrastare l'erosione delle basi imponibili e il trasferimento²¹ di utili verso giurisdizioni a bassa o fiscalità nulla. Le proposte avanzate in sede OCSE (con i tre rapporti ed i due *pillars*) possono essere implementate e, soprattutto, ricevere attuazione prima della diffusione di "web taxes" nazionali nei singoli ordinamenti domestici.

3. Le caratteristiche della Web Tax

La legge di Bilancio del 2020 ha introdotto la web tax che è stata introdotta dall'ordinamento giuridico italiano. Subito dopo, l'Italia è stata la Francia ad introdurla. La web tax non è una tassazione come le altre, bensì ha alcune caratteristiche:

- La territorialità: Il concetto di territorialità nella web tax è inteso diversamente. Si va a tassare il paese dell'utente che acquista il bene e servizio online non quello dell'impresa produttiva. Perché la web tax è una tassa che colpisce l'Ip del consumatore del bene/servizio.²² Il numero o Ip si trova nel provider del (PC, tablet, smartphone) del consumatore per questo, questa norma ha avuto difficoltà nell'applicazione. Ma non solo per il principio di territorialità, ha avuto difficoltà d'applicazione sia a livello soggettivo che oggettivo nella dottrina giurisprudenziale.

²¹ N. LANTERI, "Verifica dei prezzi di trasferimento: una nuova frontiera nel rispetto delle Linee Guida OCSE", in "Rivista di giurisprudenza tributaria" n. 4, 2013.

²² C. BARTELLI, "Digital tax, imposta su pochi. Non è servizio digitale la fornitura di beni e servizi", ItaliaOggi, 2019, n. 257, p. 29.

- Presupposti soggettivi di non applicabilità: La ISD (Tassa web tax) si applica ai redditi delle cosiddette "GAFA". Gara comprende i redditi prodotti da (Google, Apple, Facebook, Amazon. Si applica solo alle grandi imprese perché sono quelle che producono i paradisi fiscali all'estero) dove la tassazione è più ridotta. L'intento del legislatore era quello però di applicare la ISD ai soggetti non residenti in Italia. Anche se inevitabilmente vengono purtroppo tassate le imprese che vendono anche prodotti online ma che hanno "Stabile organizzazione in Italia". Ad esempio: (Rcs, Mediaset e Gedi). Quindi l'applicazione della ISS nelle grandi imprese provoca quasi una doppia tassazione su certi tipi di servizi di certe imprese.

- Ambito di applicazione oggettivo. Il seguente ambito tratta della dottrina, spiega in quali operazioni si applica questo tipo di tassazione. Le macrocategorie sono le seguenti:

- Pubblicità online;
- Big data;
- Social network;
- Sharing economy.

Questi tipi di tassazione ISD, si applica alle transazioni che hanno come oggetto terzi con "Intermediazione". Il servizio a consumo diretto fatto da produttore e consumatore finale non applica la ISD. L'imposta sui servizi digitali (ISD) è imposta proporzionale al 3% che si applica sui ricavi al lordo dei costi ma al netto dell'IVA e delle altre imposte indirette che sono generati da servizi digitali tassabili in Italia. Quindi, l'imposta va a colpire ciò che è stato prodotto dall'impresa e viene calcolata su una base imponibile che non tiene conto dei componenti negativi di reddito, ad eccezione dell'e-commerce che, per disposizione normativa, viene tassato al netto dei corrispettivi pagati per la cessione di beni o prestazione di servizi e, dunque, sulle commissioni incassate. Ciò comporta, un onere fiscale alto per i soggetti passivi del tributo anche se con un'aliquota contenuta (come quella del 3%), può comunque avere un forte impatto sui profitti dell'impresa tassata.²³ L'e-commerce e anche la sharing

²³ A. PURPURA, "Tassazione dell'economia digitale tra lo stallo della comunità internazionale la necessità di un'armonizzazione fiscale europea", *Diritto e Pratica Tributaria*, fasc. 5, p. 1929,

economy sono tassati non tenendo conto del corrispettivo del bene ceduto o del servizio prestato comportando un danno minore per il soggetto passivo. La base imponibile della ISD viene calcolata dal risultato del “prodotto del totale dei ricavi che derivano dai servizi digitali realizzati per la percentuale che rappresenta la parte dei servizi collegata al territorio dello stato”. La disciplina della ISD presenta molte criticità: (i) La ISD penalizza i soggetti residenti che sono già soggetti ad IRES e IRAP e non specifica che l'imposta sia deducibile dal reddito d'impresa; (ii) L'accertamento del superamento delle soglie dimensionali da parte dei soggetti non residenti risulta non sempre agevole; (iii) L'ambito di applicazione oggettivo della norma è indeterminato e non consente di individuare con immediatezza la gamma di servizi digitali soggetti a tassazione; (iv) La ISD presenta profili di incompatibilità con la normativa a tutela della privacy in merito agli obblighi di tracciamento dell'indirizzo IP degli utenti i quali, tra l'altro, potrebbero, anche involontariamente, essere deviati su circuiti digitali non nazionali; (v) L'onere economico della ISD sarà probabilmente traslato sull'utente finale e rischia di discriminare le imprese che, non possedendo ancora un marchio noto, si avvalgono di intermediari alle vendite; (vi) Il nuovo tributo presenta possibili profili di censura costituzionale sia con riferimento alla selettività dell'ambito soggettivo dell'imposta, sia con riguardo al metodo “volumetrico” di determinazione della base imponibile.²⁴ Da un punto di vista economico, la ISD è esposta alle dure critiche provenienti da Stati Uniti e Cina. Questi paesi lamentano che l'imposta risulti essere sostanzialmente una forma di prelievo discriminatoria nei loro confronti, e quindi, genera ritorsioni protezionistiche da parte dei medesimi o di altri paesi. Infatti, proprio la configurabilità della ISD come una forma di imposizione discriminatoria comporta una serie di problemi di compatibilità del tributo con le fonti del diritto internazionale. Innanzitutto, con il diritto comunitario, giacché la misura in commento potrebbe, da un lato, rappresentare una misura discriminatoria nei confronti delle imprese non residenti e, dall'altro lato, costituire una forma di aiuto di Stato verso le imprese nazionali che si

Padova, CEDAM Editore, 2019.

²⁴ P. VALENTE, *“Erosione della base imponibile e stabile organizzazione”*, in *Il fisco* n. 31, 2015.

posizionano al di sotto della soglia di rilevanza. L'introduzione della ISD ha sicuramente molti pregi. Lo scopo dell'imposta è arginare le condotte elusive e la pianificazione fiscale aggressiva messa in atto dalle multinazionali dell'economia digitale. L'ordinamento italiano prevede in termini generali una clausola antiabuso applicabile alle varie fattispecie di elusione fiscale²⁵ che non siano espressamente destinatarie di apposita disciplina. Tuttavia, l'articolo 10-bis, Legge 27 luglio 2000, n. 212 (il c.d. "Statuto dei contribuenti") sembrerebbe non idoneo a contrastare i comportamenti sleali. La norma prevede il potere di disconoscimento dell'operazione elusiva solo nei casi in cui l'indebito vantaggio fiscale assume le caratteristiche di "essenzialità". Contrariamente, la clausola antiabuso comunitaria di cui all'articolo 6 Direttiva ATAD I richiede, invece, la vera natura "principale" del vantaggio fiscale conseguito. La ISD ha colto nel segno e rappresenta, nonostante le criticità, una soluzione idonea²⁶ e praticabile per l'Italia e per qualsiasi altro paese che cerchi di effettuare un tentativo di ripresa a tassazione dei profitti generati con la partecipazione degli utenti localizzati. Da un punto di vista tributario la ISD rappresenta un traguardo, da una diversa prospettiva dietro la necessità di ricorrere a misure fiscali vi è una situazione patologica di sottosviluppo digitale che riguarda l'intero continente europeo e l'Italia in particolare. Gli Stati Uniti sono contrari a qualsiasi forma di *digital services tax* e sono favorevoli a forme di tassazione per trasparenza come il nuovo regime "GILTI" (*global intangible low-taxed income*) che costituisce un nuovo metodo di tassazione CFC rafforzato. Il dibattito giuridico sulla ISD durerà ancora molto tempo e ci si augura che l'eventuale pubblicazione di un decreto ministeriale o di una circolare esplicativa cioè di un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate potrà offrire utili spunti da un lato per risolvere i problemi evidenziati dall'imposta sui servizi digitali e dall'altro per ulteriori riflessioni riguardanti la fiscalità digitale. Di notevole importanza sarà anche la futura condotta dei contribuenti soggetti alla ISD che andrà a chiarire le modalità applicative.

²⁵ F. COCCO, "Il contrasto alle condotte elusive nella digital economy", *Corriere Tributario*, fasc. 5, p. 485, Assago, IPSOA Editore, 2020.

²⁶ F. ROCCATAGLIATA, "Per la stabile organizzazione occorre una idonea combinazione di risorse umane e tecnologia", in *Corriere Tributario* n. 26, 2015.

4. La crisi della Corporate Income Tax

Nel paragrafo si intende rispondere alla domanda se la *Corporate Income Tax* è ancora oggi un modello equo di tassazione²⁷ per i redditi delle imprese. A tal proposito le risposte per il quale il motivo è no sono tante.

- La doppia tassazione che causa (la tassazione del reddito d'impresa in capo alla società e tassazione come dividendo per i soci).

- I bilanci in termini di dichiarazioni sono poco veritieri; eppure, rappresentano la base per tassare i redditi d'impresa. I bilanci sono redatti, purtroppo, non solo sulla base di principi quantitativi ma influisce anche molto il fattore soggettivo (si pensi alla valutazione della posta di bilancio "Crediti inesigibili". La tassazione dei redditi d'impresa ha avuto una lunga storia e diversi concetti che hanno portato a numerose discussioni. Ricordiamo due teorie più importanti:

- Ricostituzione di Einaudi; Einaudi agli enti societari valenza meramente strumentale: La società raccoglieva tributi da dare al fisco.

- Griziotti. Questa teoria riconosceva alle società una capacità contributiva propria, diversa e ulteriore rispetto a quella propria dei soci (persone fisiche). Dall'inizio del '900, nascono allora queste due divergenze sulla tassazione dei redditi d'impresa. Secondo la prima teoria la tassazione dovrebbe avvenire solo in capo ai soci. Secondo la teoria di Griziotti invece in capo alla società. La tassazione in capo alla società è però considerata un ottimo strumento di monitoraggio dell'economia. Da queste teorie si è poi arrivati alla cosiddetta *Dual Income Taxation*, introdotta prima in (Svezia, poi in Norvegia, Finlandia e Danimarca) poi anche in Italia. Nel 1997, poiché il sistema del credito d'imposta creava numerosi problemi il credito di imposta²⁸ prevedeva così la tassazione: l'impresa subiva la prima tassazione, poi in seguito veniva tassato il socio sotto forma di suo dividendo, quando la tassazione arrivava al socio, quest'ultima veniva applicata per scaglioni (com'è giusto che sia), al base d'imposta per scaglione veniva tolta la parte d'imposta già pagata dalla società. È un sistema

²⁷ R. GIACOBBI, "Web tax: che cos'è? Un'introduzione al tema dell'imposta sui servizi digitali", *Cyberlaws*, 24 gennaio 2019.

²⁸ G. MOLINARO, *Il meccanismo del calcolo del credito per imposte estere*, in *Corriere Tributario* n.15, 2015.

sicuramente idoneo ma per le imprese internazionali (non va bene). A tal proposito fu introdotto la *Dual Income Taxation*, così strutturata:

- In Italia voleva favorire la capitalizzazione della società.

- Questo tipo di tassazione divisa in due parti Capital e Earned voleva dividere in due parti l'Income, la prima è la parte di reddito che si riferisce alla remunerazione del capitale²⁹ e la seconda è quella riferita alla quota del reddito. In tutto ciò negli ultimi trent'anni, il fenomeno dell'economia digitale ha inciso profondamente sulla crisi della (Corporate Taxation). Il fenomeno dell'economia digitale ha alternato l'internalizzazione dei processi produttivi, la digitalizzazione dell'economia. E il peso sempre maggiore sulla determinazione del reddito d'impresa. L'internalizzazione dei processi produttivi ha portato le imprese allo spostamento delle basi imponibili (Profit-Shifting), e all'erosione di esse (Base Erosion). Inoltre, ha portato anche allo sviluppo di una forma di economia diversa. Ogni sfera d'impresa si occupa dello sviluppo di ogni singola parte del prodotto, "Sfera di business" anche questo ha aiutato ad aumentare l'evasione fiscale e l'elusione fa parte delle imprese internazionali. L'economia digitale purtroppo in termini di fiscalità internazionale, si sviluppa maggiormente su beni immateriali (valutazione conoscenze, skills ecc.). Questo causa la non possibilità di valutazione dell'investimento in tempi celeri e quindi problemi di tassazione. Inoltre, un altro problema che causa problemi di tassazione è l'integrazione degli utenti nella vita d'impresa. L'impresa sfrutta gli utenti per la produzione anche dei fattori che servono per la produzione del prodotto. È una rivoluzione industriale silenziosa. Le imprese internazionali hanno creato veri e propri paradisi fiscali³⁰ ed anche l'OCSE si è espressa a tal proposito. All'interno dell'Unione europea, il tentativo di trovare soluzioni alla crisi della *Corporate Income Tax* e all'individuazione di nuove modalità di tassazione del reddito delle imprese multinazionali non è semplice a causa dell'esigenza di trovare soluzioni comuni per molti Stati, ognuno dotato di un proprio particolare sistema impositivo, non armonizzato con quello degli altri. Nella Comunicazione del 2001 la Commissione ipotizzò diverse opzioni tecniche. Un primo schema fu

²⁹ J. HASKEL - S. WESTLAKE (2018), "*Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*", Princeton University Press.

³⁰ G. MARINO, "*Paradisi e paradossi fiscali. Il rovescio del diritto tributario internazionale*", 2009, EGEE, Milano.

quello della Home State taxation (HST). La Home State Taxation si basava in un sistema di tassazione basato sul mutuo riconoscimento volontario (mutual recognition) del regime fiscale vigente negli altri Stati membri: le società operanti in più di un Paese membro avrebbero potuto calcolare la propria base imponibile secondo le disposizioni del Paese di residenza della capogruppo. L'unica base imponibile determinata, dopo aver consentito la compensazione tra utili e perdite transfrontaliere secondo l'ordinamento dello Stato di origine, sarebbe poi stata ripartita fra tutti gli Stati membri in funzione dei salari o del fatturato di ogni Paese; e su questa parte di imponibile ogni Paese avrebbe applicato le proprie aliquote. Era una proposta che aveva il vantaggio della buona accettabilità politica, posto che non richiedeva un'armonizzazione delle regole, ma presentava anche diverse criticità: avrebbero operato fianco a fianco nello stesso mercato imprese soggette a legislazioni fiscali diverse. Ogni amministrazione fiscale avrebbe dovuto essere in grado di accertare l'imposizione secondo le regole di ciascuno degli altri Stati membri dell'Unione europea. Il sistema della Home State Taxation avrebbe potuto funzionare solo in presenza di una sostanziale convergenza dei sistemi fiscali e legali dei diversi paesi dell'Unione europea, obiettivo molto difficile da raggiungere. In seguito, la Commissione si orientò sul modello della Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Nella sua prima versione, la CCCTB era prospettata come un sistema impositivo opzionale che le imprese avrebbero potuto scegliere in alternativa a quello del loro Paese di residenza. Assumeva importanza il profitto unitario del gruppo a livello consolidato da ripartirsi, in una fase successiva, in base a una formula basata su tre fattori:

- vendite sui mercati di destinazione,
- occupati
- asset materiali.

Occorreva che i Paesi aderissero a una definizione di base imponibile comune, ma che trovassero anche un accordo per la definizione di un utile consolidato, dato che le regole cambiavano tra Paesi. Il vantaggio principale di questo sistema di tassazione consisteva nella possibilità di compensare le perdite nell'ambito delle società appartenenti allo stesso gruppo collocate in

diversi paesi e nell' eliminazione dei problemi legati ai prezzi di trasferimento. Questi benefici avrebbero riguardato solo le società localizzate all'interno dell'Unione europea,³¹ mentre non avrebbero operato nei confronti di collegate in Paesi terzi. La proposta ha faticato a decollare per la mancanza di accordo tra i diversi Paesi e più recentemente, nel 2016, il progetto di base imponibile comune è stato ripreso in una prospettiva diversa. La nuova proposta di CCCTB appare articolata in due diverse direttive: una prima relativa alla definizione di una base imponibile comune per l'imposta sulle società (CCBT) e una seconda direttiva relativa a una base imponibile comune consolidata per l'imposta sulle società (CCCBT). Dopo grandi sforzi per arrivare a una definizione comune di base imponibile, la CCCTB dovrebbe risolversi nella ripartizione dell'utile così identificato in base a indicatori presuntivi, secondo il metodo del *"formulary apportionment"*. Ma anche nella nuova versione, la proposta continua a trascurare fattori ormai fondamentali per la creazione del valore, come gli intangible, i Big Data, l'apporto gratuito degli utilizzatori della rete, le piattaforme e i mercati multi-face, i robot "intelligenti" dell'industria 4.0. Il limite principale della CCCTB resta tuttavia il suo campo applicativo, limitato al territorio dell'Unione europea. Dopo essersi astenuti dalla partecipazione ai lavori dell'OCSE sul tema BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) e aver introdotto una impegnativa disciplina dello scambio di informazioni con il FACTA, gli Stati Uniti hanno scelto di agire unilateralmente sul tema dello Stateless Income, riposizionando il loro sistema fiscale attorno al principio di territorialità. È quindi necessario riuscire a trovare soluzioni internazionali che ristabiliscano efficienza ed equità dei sistemi fiscali, individuando nuovi collegamenti imponibili per le imprese digitali che operano a livello transfrontaliero in assenza di una presenza fisica. La ricerca di queste soluzioni si è tradotta in due proposte di direttiva rispettivamente COM (2018)148 e COM (2018)147 del 21 marzo 2018 che tracciano un percorso in due passi. Il primo passo è la soluzione targeted che è rappresentato dalla proposta di direttiva "relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali"³² (ISD) applicabile ai ricavi

³¹ T. DI TANNO, *"L'imposta sui servizi digitali si allinea alla proposta di Direttiva UE"*, cit., p. 332.

³² S. DORIGO, *"Sharing Economy e imposta sui servizi digitali: le piattaforme per affitti brevi"*, Corriere Tributario, fasc. 6, p. 607, Assago, IPSOA Editore, 2020.

derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali”. L’idea è quella di introdurre temporaneamente un’imposta indiretta sui ricavi derivanti da quelle tipologie di servizi digitali per i quali la partecipazione degli utilizzatori gioca un ruolo centrale nella creazione del valore. Soggetti passivi di questa imposta dovrebbero essere le imprese con ricavi mondiali superiori a 750 milioni di euro, di cui più di 50 milioni prodotti all’interno della UE. Presupposto impositivo della ISD sarebbero i ricavi derivanti da tre macro tipologie di servizi digitali: a) la pubblicità collocata su un’interfaccia digitale e diretta agli utenti di tale interfaccia; b) la messa a disposizione di interfaccia digitali multilaterali che consentono agli utenti di interagire tra di loro ed eventualmente agevolare cessioni di beni e prestazioni di servizi *peer to peer* (*social network, sharing economy, ecc.*); c) i servizi di trasmissione dei dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività digitali degli utenti sulle interfacce digitali. Il secondo passo, la soluzione *comprehensive*, è rappresentato dalla proposta di direttiva sulla “tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa”. Si tratta di individuare un nuovo criterio di collegamento territoriale (diverso dalla presenza fisica) e potenzialmente globale, che vada a integrare la tradizionale nozione di stabile organizzazione attribuendo rilievo a “nuovi indicatori della presenza digitale significativa”. In dettaglio, la presenza digitale significativa in uno Stato membro si considererebbe verificata, in base alla proposta di direttiva, se nel periodo di imposta l’impresa che fornisce servizi digitali tramite un’interfaccia risponde ad una o più delle seguenti condizioni: a) realizza ricavi totali per più di 7 milioni di euro dalla fornitura di servizi digitali a clienti localizzati nello Stato membro; b) ha più di 100.000 utenti di uno o più servizi digitali localizzati nello Stato membro; c) conclude più di 3000 contratti commerciali di fornitura di servizi digitali con utenti localizzati nello Stato membro. Per servizio digitale si intende il “servizio fornito attraverso Internet o una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e quindi riduce al minimo gli interventi dell’uomo”; in questa prospettiva non rientra nel concetto di servizio digitale la vendita di beni o servizi agevolata dal ricorso ad internet o alla rete elettronica. Una soluzione diversa, volta ad abbandonare il collegamento tra la tassazione delle imprese e

l'utile di bilancio, potrebbe essere la Cash Flow Tax,³³ proposta per la prima volta alla fine degli anni '70 dal Comitato Meade. Se il problema dei sistemi fiscali³⁴ nasce dalla possibilità, per le imprese, di allocare strumentalmente i loro profitti in giurisdizioni a bassa fiscalità (profit shifting e base erosion), le amministrazioni fiscali potrebbero semplicemente smettere di allocare il reddito e tassare direttamente le risorse finanziarie che scorrono nelle casse delle imprese, cioè il cash-flow. A differenza dell'imposta societaria attuale, la Cash Flow Tax registra le operazioni al momento del pagamento, abbandonando il criterio contabile della competenza. Vi sarebbero due vantaggi: i flussi di cassa sono più facili da rintracciare e più difficili da manipolare degli utili. I vantaggi di una Cash Flow Tax destination based sono molti: 1) L'eliminazione della residenza dell'impresa quale fattore determinante dell'imponibilità fiscale, con la conseguente eliminazione dell'incentivo agli spostamenti;

2) L'eliminazione degli incentivi a manipolare i prezzi di trasferimento, visto che le transazioni infragruppo sarebbero ignorate dal sistema fiscale;

3) La piena e immediata deducibilità degli investimenti al contrario dei nostri ammortamenti, che ripartiscono l'abbattimento del costo dell'investimento su tante annualità successive, generalmente legate alla vita utile del bene o servizio acquistato;

4) L'assenza di distorsioni sulle scelte di finanziamento delle imprese, posto che la tassazione avverrebbe sulle transazioni reali e ignorerebbe quelle finanziarie quindi le imprese avrebbero meno incentivi a finanziarsi a debito piuttosto che ad equity.

5. Risultati di ricerca e conclusioni

La soluzione alle sfide da affrontare non è semplice, però è possibile cercare di gestire la tassazione delle imprese in un mondo in cui la digitalizzazione ha modificato definitivamente il modo di produrre redditi. In primo luogo, se la tassazione del reddito d'impresa rimanesse legata all'utile di bilancio

³³ A. AUERBACH - M. DEVEREUX - M. KEEN - J. VELLA (2017), "*Destination-based cash flow taxation, Oxford University Centre for Business Taxation*", Working paper no. 17.

³⁴ A. CARINCI, "*La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*", cit., p. 4510.

sembrerebbe indispensabile assumere quest'ultimo a riferimento univoco e stabile nel tempo anche ai fini fiscali, evitando le variazioni, in aumento e in diminuzione, come i "doppi binari". Questa soluzione creerebbe un forte condizionamento del bilancio per ragioni fiscali perché eventuali scelte valutative rivolte a ridurre il carico impositivo determinerebbero effetti negativi sui risultati di bilancio che l'impresa mostra al mercato e agli investitori. Sorgerebbe inoltre un aumento diretto a rivelare al mercato i reali rendimenti dell'impresa derivanti da attività immateriali. In secondo luogo, nel caso in cui la riflessione si orientasse verso una soluzione più radicale che abbandoni il riferimento al *Corporate income*, per la tassazione delle imprese si potrebbero valutare le caratteristiche della Cash Flow Tax sulla base della destinazione. Questo approccio rappresenterebbe un cambiamento decisivo rispetto al modello attuale e richiederebbe senz'altro opportune soluzioni per i problemi di compatibilità con le regole attuali e con la gestione amministrativa. Una volta introdotto però, rappresenterebbe una semplificazione importante del sistema rispetto al modello attualmente in vigore. Vi sarebbero forti guadagni in termini di neutralità ed efficienza del sistema fiscale³⁵ rispetto alle scelte di investimento e di finanziamento delle imprese. Infine, abbandonate sia le tentazioni di costruire un sistema di tassazione completamente legate al bilancio sia lo stesso riferimento al reddito d'impresa, si potrebbe più semplicemente lavorare su una nuova ipotesi di base imponibile comune tra le diverse giurisdizioni di un sistema federale, come potrebbe essere in prospettiva l'Unione europea.

³⁵ G. LIBERATORE, "Verso un sistema fiscale più equo: l'Europa pone le basi", in *Ipsos Quotidiano*, 10 gennaio 2015.

In tema di tassazione dei redditi derivanti da cessione di opere ed oggetti d'arte

di Paolo Montesano

Professore a contratto di Diritto tributario, Università L.U.M.S.A. di Roma

ABSTRACT

This paper examines the taxation of income deriving from the sale of works of art. The income deriving from these transfers is classified among those "different" or "business", depending on the existence or not of certain elements identified by the Offices not on the basis of general, certain and precise criteria, but case by case, on the basis of wavering interpretations, basically aimed at the exclusive acquisition of revenue.

It is intended to provide a contribution to the correct identification of individual cases through the analysis of the subjective and objective elements that compose it.

The analysis carried out cannot disregard a brief recognition of the evolution undergone over time by the legislation in question, given that the inspiration could be drawn from the past for a substantial legislative change that reasonably reduces the current interpretative uncertainties.

SINTESI

Il presente lavoro esamina il regime di tassazione dei redditi derivanti dalla cessione di opere ed oggetti d'arte. I redditi derivanti da queste cessioni sono inquadrati tra quelli "diversi" oppure "d'impresa", a seconda della sussistenza o meno di determinati elementi individuati dagli Uffici non in base a criteri generali, certi e precisi, ma caso per caso, sulla scorta di interpretazioni ondivaghe, tendenzialmente miranti alla esclusiva acquisizione di gettito. S'intende fornire un

contributo ai fini della corretta identificazione delle singole fattispecie attraverso l'analisi degli elementi soggettivi e oggettivi che la compongono.

L'analisi effettuata non può prescindere da una breve ricognizione dell'evoluzione subita nel tempo dalla normativa in questione, atteso che dal passato si potrebbe trarre l'ispirazione per una sostanziale modifica legislativa che ragionevolmente riduca le attuali incertezze interpretative.

SOMMARIO

1. Premessa - 2. Le diverse tipologie di soggetti passivi titolari del reddito derivante dalla cessione di opere ed oggetti d'arte - 3. La nozione di attività e l'intento speculativo quali elementi oggettivi della fattispecie tributaria costituita dalla cessione di opere ed oggetti d'arte - 4. Evoluzione della normativa in materia di tassazione dei redditi derivanti da cessioni di opere ed oggetti d'arte - 5. L'auspicabile intervento del legislatore

1. Premessa

Il mercato delle opere e degli oggetti d'arte in questi ultimi anni, a causa della profonda crisi economico-finanziaria che sta attraversando il Paese, è stato sempre di più oggetto di attenzione non soltanto di mecenati ed estimatori ma anche di risparmiatori che hanno cercato di salvaguardare i loro patrimoni dalle oscillazioni fluttuanti dei mercati.¹ Un contributo in tal senso è da attribuire alla tecnologia informatica che ha maggiormente avvicinato la domanda e l'offerta di questa tipologia di prodotti ampliando la platea dei soggetti interessati.² Tale attenzione ha di conseguenza rivitalizzato il mercato delle opere d'arte incrementando le cessioni effettuate da rivenditori occasionali (ad esempio, coloro che hanno ricevuto beni di questa tipologia in eredità o in donazione), dai collezionisti puri e dai mercanti d'arte. I redditi derivanti da queste cessioni vengono inquadrati tra quelli "diversi" oppure "d'impresa", a seconda della

¹ Sulle differenti nozioni di opera d'arte ed oggetto d'arte cfr. DE MAURO, Dizionario *on-line* della lingua italiana, in cui si definisce opera d'arte "prodotto artistico di grande e riconosciuto valore" e oggetto d'arte "prodotto delle arti minori che costituisce materia di commercio, antiquario e collezionismo".

² Sono nate infatti numerose piattaforme on-line dedicate all'acquisto ed alla vendita di oggetti d'arte, come ad esempio Catawiki.com, che consente in alcuni casi anche di partecipare ad aste riservate ad operatori di mercato, oppure possiamo citare prestigiose case d'aste che, adeguandosi ai tempi, sono entrate nel mercato on-line come Christie's o Sotheby's.

sussistenza o meno di determinati elementi individuati dagli Uffici non in base a criteri generali, certi e precisi, ma caso per caso, sulla scorta di interpretazioni ondivaghe, tendenzialmente miranti alla esclusiva acquisizione di gettito.

Invero, la disciplina di riferimento individua determinati elementi (occasionalità, organizzazione, abitualità, intento speculativo) che devono sussistere per far rientrare il reddito nell'una o nell'altra categoria; tuttavia, tali elementi, in assenza di precise definizioni normative, si prestano ad una pluralità di significati. Ciò comporta che un reddito derivante dalla cessione di un'opera d'arte può essere erroneamente collocato nella categoria dei redditi "diversi" anche se realizzato da collezionisti che abitualmente commerciano in arte, ovvero tra i redditi d'impresa anche se realizzato da coloro che effettuano, anche occasionalmente, investimenti in opere d'arte.

Chi scrive intende fornire un contributo ai fini della corretta identificazione delle singole fattispecie attraverso l'analisi degli elementi soggettivi e oggettivi che la compongono.³

Per quanto concerne il profilo soggettivo s'individuano i soggetti che possono essere titolari del reddito derivante dalle plusvalenze da cessione di opere ed oggetti d'arte, tenendo conto delle diverse caratteristiche di ciascuno.

Per quanto riguarda il profilo oggettivo l'attenzione sarà rivolta al tipo di attività che deve essere svolta perché si produca materia imponibile e conseguentemente sarà necessario verificare la sussistenza degli elementi (occasionalità, abitualità, intento speculativo, durata del periodo di possesso tra l'acquisto e la vendita) che contribuiscono a collocarla tra quelle produttive di

³ Il tema è stato oggetto, anche di recente, di numerosi approfondimenti, al cfr. E. M. BAGAROTTO, *Regime tributario di opere d'arte*, in *Rass. Trib.*, 2019, pp. 290 e ss.; A. VANNINI - F. DI CESARE, *Non imponibile la dismissione di una collezione di opere d'arte*, nota alla C.T.R. Piemonte, sez. III, sent. n. 1412/2018, in *Il Fisco*, 2018, pp. 4286 e ss.; A. BRIGNOLI - M. FAGGIOLI, *Le opere d'arte: quadro generale dell'eventuale tassazione delle plusvalenze*, in *Boll. Trib.*, 2018, pp. 1232 e ss.; E. ROLLINO - S. TRETTEL, *Proposta per l'imposizione dei proventi derivanti dalla cessione di oggetti d'arte, d'antiquariato o da collezione*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 2237 e ss.; A. GATTO, *I redditi da cessione di oggetti da collezione*, nota alla C.T.R. Toscana, sez. XXXI, sent. n. 826/2016 in *Rass. Trib.* 2017, pp. 828 e ss.; S. SPIENIELLO - M. BISOGNO, *Compravendite di opere d'arte tra privati: il difficile confine tra opere d'arte e collezionismo*, in *Il Fisco*, 2017, pp. 3431 e ss.; E. TITO - G. GIUSTI, *Sono tassabili le plusvalenze da cessione occasionale di opere d'arte?*, in *Corr. Trib.*, 2016, pp. 3666 e ss.; S. TRETTEL, *La compravendita (tramite internet) da parte di "collezionisti" non crea materia imponibile*, nota alla C.T.R. Toscana, sez. XXXI, sent. n. 826/2016, in *Il Fisco*, 2016, pp. 3188 e ss.

redditi d'impresa ovvero di redditi diversi. Saranno presi nella dovuta considerazione gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di merito e di legittimità e le interpretazioni rese dall'Amministrazione finanziaria. L'indagine, infine, non può prescindere da una breve ricognizione dell'evoluzione subita nel tempo dalla normativa *in subiecta materia*, atteso che dal passato si potrebbe trarre l'ispirazione per una sostanziale modifica legislativa che ragionevolmente riduca le attuali incertezze interpretative.

2. Le diverse tipologie di soggetti passivi titolari del reddito derivante dalla cessione di opere ed oggetti d'arte

Dal punto di vista soggettivo la titolarità dei redditi derivanti dalla cessione di opere ed oggetti d'arte può essere imputata:

- ❖ al possessore di opere d'arte acquisite a titolo gratuito a seguito di eredità o donazione;
- ❖ al possessore di opere d'arte che acquista e rivende occasionalmente con intento speculativo;
- ❖ al collezionista c.d. puro che acquista opere d'arte per incrementare la propria collezione, il quale potrebbe cedere saltuariamente qualche pezzo di valore, sia per motivi personali che per acquistarne un altro ancora più raro e pregiato;
- ❖ al mercante d'arte che professionalmente ed abitualmente, anche privo del requisito dell'organizzazione, acquista e rivende opere e oggetti d'arte.

In linea di principio in capo ad ognuno di questi soggetti si configura una tipologia di reddito (diverso o d'impresa) differente con la conseguente applicazione del regime fiscale di pertinenza, e segnatamente:

- per i soggetti rientranti tra quelli di cui alle lettere (a) e (c), il reddito che deriva dalla cessione di opere d'arte non è soggetto a tassazione, in quanto non si realizza plusvalenza per carenza del presupposto impositivo, necessario per l'applicazione del tributo.⁴ Detti soggetti infatti acquisiscono la titolarità del bene per volontà del dante causa;

⁴ Cfr. Ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 5/E del 23 gennaio 2001, nella quale è precisato che un'associazione che ha ricevuto in donazione delle opere d'arte può cederle per finanziare l'attività istituzionale e detta cessione occasionale non realizza attività commerciale.

- per i soggetti rientranti tra quelli di cui alla lettera (b), la plusvalenza emergente dalla cessione delle opere d'arte rientra tra i redditi "diversi", di cui all'art. 67, comma 1, lett. i), del TUIR, derivanti da attività commerciali non esercitate abitualmente;

- per i soggetti rientranti tra quelli di cui alla lettera (d) la plusvalenza emergente dalla cessione avrebbe natura di componente positivo del reddito d'impresa ai sensi dell'art. 55 del TUIR, ancorché ai fini civilistici il titolare non sia considerato imprenditore mancando il requisito dell'organizzazione.⁵

Occorre rilevare che il diverso trattamento fiscale tra i soggetti soprarichiamati è dovuto alle differenti modalità con cui viene svolta l'attività. Ove si tratti di una attività commerciale occasionale, si realizzano redditi diversi. Quando invece l'attività ha il carattere dell'abitudine e della professionalità, si avranno redditi d'impresa.

Va subito rilevato che sussistono numerose difficoltà ove si voglia individuare l'esatto confine tra ciascuna di dette categorie reddituali.

In buona sostanza, il *vulnus* risiede nel fatto che non esistono elementi certi e specifici per poter qualificare e distinguere il semplice possessore (a) da quello occasionale con intento speculativo (b), il collezionista puro (c) dal mercante d'arte (d), se non centrando l'attenzione sulla sussistenza o meno dell'occasionalità, dell'abitudine e della professionalità. Definire specificatamente l'occasionalità è difficile come è altrettanto non agevole circoscrivere l'abitudine e dimostrare l'intento speculativo che può sussistere in un acquisto ed in una successiva cessione. Tale intento, infatti, potrebbe non esistere al momento dell'acquisto ma manifestarsi al momento della cessione del bene; una cessione potrebbe essere considerata occasionale anche se effettuata più volte nel periodo d'imposta come pure abituale.

La corretta individuazione della tipologia di reddito considerando soltanto il profilo soggettivo diventa quindi molto approssimativa ed arbitraria. Solo nel caso di beni pervenuti *mortis causa* è ragionevole escludere l'intento

⁵ Per una approfondita analisi in tema di plusvalenze cfr. F. PAPARELLA, *Il contributo di Augusto Fantozzi ed Andrea Fedele in tema di plusvalenze nel reddito d'impresa*, in *Dir. Prat. Trib.* 2019, pp. 509 e ss., ed ampia bibliografia ivi citata.

speculativo della cessione per ovvie ragioni rappresentate dalla imprevedibilità dell'entrata in possesso.⁶

Non esistono elementi certi e precisi che consentono di collocare il cedente tra gli occasionali con intento speculativo, tra i mercanti d'arte o i collezionisti puri: è quindi necessario completare il quadro analizzando approfonditamente il concetto di attività e le relative modalità attraverso le quali viene svolta.

3. La nozione di attività e l'intento speculativo quali elementi oggettivi della fattispecie tributaria costituita dalla cessione di opere ed oggetti d'arte

Occorre preliminarmente rilevare che la caratteristica comune a tutti i cedenti (esclusi ovviamente quelli che svolgono un'attività d'intermediazione⁷ e quelli che hanno acquisito il bene *mortis causa*) consiste nell'utilizzo del contratto di compravendita quale strumento per acquistare e vendere i beni.⁸ Il sinallagma non genera autonomamente un reddito imponibile, ma è necessario che esso sia presente nello svolgimento di un'attività, come previsto dagli artt.

⁶ Cfr. A. GATTO, *op. ult. cit.*, ed ampia bibliografia ivi citata. L'A. chiarisce che nel caso di acquisto *mortis causa*, vale a dire a seguito di accettazione di eredità o in presenza di un legato ci può essere forse un'aspettativa ma non una certezza riguardo l'acquisto del bene; ne consegue che il soggetto non può concretamente programmare la successiva rivendita. Laddove l'intento speculativo esistesse già in capo al *de cuius* esso non si trasferisce in capo all'erede o al legatario, viene infatti meno la continuità soggettiva che l'attività, di per sé, presuppone per essere tale. Le stesse osservazioni valgono anche nel caso della donazione, ancorché si tratti di un contratto consensuale. Il donatario, infatti, non può programmare in anticipo che riceverà l'opera d'arte dal donante. Sono inoltre incompatibili con la sussistenza dell'intento speculativo: a) le cessioni a titolo gratuito perché non permettono la remunerazione dei fattori produttivi impiegati; b) le alienazioni forzose del bene, avvenute non perché programmate ma per imposizione dell'autorità; c) le perdite involontarie del bene alle quali fa seguito la ricezione di una somma a titolo di indennizzo (sia che essa venga pagata dal danneggiante oppure dalla assicurazione); d) la vendita del bene in occasione di una procedura concorsuale.

⁷ Per questi soggetti visto il chiaro richiamo all'art. 2195 c.c. contenuto nell'art. 55, comma 1, del T.U.I.R. sembra non possano esserci dubbi nel qualificare redditi d'impresa quelle derivanti dall'attività d'intermediazione nella circolazione dei beni.

⁸ Cfr. M. BEGHIN, *La capitalizzazione del profitto in beni non esclude l'esercizio dell'attività di impresa*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 1612. L'A. sottolinea come non rileva il numero delle operazioni perfezionate o gli importi percepiti in occasione delle transazioni ma la circostanza che l'acquisto sia stato effettuato nella prospettiva della successiva cessione a titolo oneroso.

55 in materia di redditi d'impresa⁹ e 67 del T.U.I.R. per quanto concerne i redditi diversi.¹⁰

È importante quindi definire il concetto di attività e le relative modalità di svolgimento della stessa. Oltre a verificare se essa è svolta in modo abituale oppure occasionale, detta attività dovrebbe caratterizzarsi anche per il requisito della preordinazione, nel senso che tra l'acquisto e la successiva vendita dovrebbe sussistere una combinazione di tipo funzionale.¹¹ In sostanza, l'acquisto viene effettuato con l'intenzione già programmata di vendere il bene appena acquisito.

Un simile collegamento tra l'acquisto e la futura cessione fa emergere l'intento speculativo. Tuttavia, accertare, pienamente e semplicemente, la volontà di un soggetto di compiere una determinata attività di natura speculativa è molto difficile. Uno dei criteri più equilibrati e frequentemente utilizzati è quello di verificare la ricorrenza di taluni fatti materiali dai quali può emergere l'ipotetico intento speculativo che ha animato l'agire del soggetto. Tra gli elementi indicativi¹² ma non decisivi dai quali si può desumere la

⁹ L'art. 55, comma 1, del T.U.I.R. per definire l'esercizio di imprese commerciali che generano reddito d'impresa prevede lo svolgimento per professione abituale ancorché non esclusiva delle attività di cui all'art. 2195 del c.c. e di quelle indicate alle lett. b) e c) del comma 2 dell'art. 32 del T.U.I.R.

¹⁰ L'art. 67, comma 1, lett. i) del T.U.I.R., prevede lo svolgimento di attività anche esercitate occasionalmente.

¹¹ Cfr. A. FANTOZZI, *Imprenditore ed impresa*, Milano 1982, p. 196; Cass., sez. V, del 31 marzo 2008, n. 8196, con nota di M. BEGHIN, *op. ult. cit.*, pp. 1612 e ss.; Cass., sez. V, del 6 maggio 2002, n. 6465, con nota di D. STEVANATO, *La vendita frazionata di una collezione d'arte configura una "attività commerciale occasionale"?*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2004, pp. 65 e ss., secondo il quale l'imponibilità sembrerebbe doversi escludere non solo laddove l'opera sia pervenuta al cedente per vie diverse da un acquisto a titolo oneroso, ma, più in generale, ogniqualvolta non possa ravvisarsi la sussistenza di un nesso teleologico tra l'acquisto e la successiva cessione, in grado di disvelare una "preordinazione" all'alienazione. La sentenza afferma invece che le reiterate cessioni di beni della stessa tipologia potrebbero rappresentare un elemento che può essere valorizzato per desumere la sussistenza di un'attività. Si avrebbe quindi attività di impresa commerciale nel caso di un soggetto che con abitudine compri e rivenda quadri ricorrendo costantemente alle prestazioni di galleristi come intermediari professionali. Ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/1973, l'Amministrazione finanziaria può desumere la natura commerciale dell'attività dalla continuità con la quale il contribuente svolge detta attività, dalla percezione di un corrispettivo e dall'arco temporale (nella specie cinque anni) in cui si sono sviluppati detti rapporti commerciali; ricade sul contribuente l'onere di fornire la prova contraria della natura occasionale della compravendita.

¹² Cfr. G. FALSITTA, *Alcune puntualizzazioni in tema di "attività commerciali non abituali", di "operazioni speculative isolate" e di "capital gains"*, in *Rass. Trib.*, 1990, I, p. 93; ed ancora A.

preordinazione dell'acquisto alla futura vendita, in assenza di disposizioni legislative sul punto, figurano: la tipologia dei beni compravenduti, il periodo di possesso che intercorre tra l'acquisto e la cessione, la frequenza delle cessioni e le loro motivazioni, l'aver svolto in precedenza attività di mercante d'arte o di antiquario, l'aver venduto le opere acquistate ad una pluralità di soggetti diversi. Tutti elementi che comunque possono essere acquisiti soltanto con una attenta analisi "caso per caso", dalla quale è sufficiente che si possa desumere la sussistenza grave e precisa di uno solo di tali per ritenere provata l'esistenza dell'intento speculativo.¹³

Tuttavia, occorre rilevare che l'analisi "caso per caso" non può essere la soluzione del problema, anche perché, come è ovvio, genera un sistema di tassazione privo di un indirizzo univoco.

Sarebbe quindi opportuno individuare un indicatore che più degli altri consenta di rilevare la presenza dell'intento speculativo.

Tale indicatore, anche se non risolutivo, potrebbe essere individuato nel tempo intercorrente tra l'acquisto e la vendita del bene, nel senso che quando la cessione viene effettuata entro un determinato periodo di tempo stabilito da legislatore, si è in presenza dell'intento speculativo che invece sarebbe assente se è più ampio il periodo di ininterrotto possesso del bene.

Si potrebbe pensare d'introdurre, sulla scorta di quanto già previsto all'elencazione casistica di cui all'art. 67, comma 1, del T.U.I.R., e segnatamente alla lett. b) in materia di redditi diversi per le plusvalenze di natura immobiliare, una ulteriore fattispecie che includa anche i titolari di reddito derivante dalla cessione di opere e oggetti d'arte avvenuta entro cinque anni dall'acquisto. Ciò potrebbe contribuire a tracciare una linea di confine precisa tra l'attività che dà luogo ad un reddito diverso e quella che non produce alcun reddito.

AMATUCCI, *La componente speculativa della plusvalenza imponibile*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1988, p. 492.

¹³ Cfr. Cass. sez. V, n. 656 del 15 gennaio 2014, la quale in tema di accertamento tributario, afferma che gli elementi assunti a fonte di presunzione non debbono essere necessariamente plurimi – benché l'art. 2729, comma 1, c.c., l'art. 38, comma 4, del D.P.R. n. 600/1973, e l'art. 54 del D.P.R. n. 633/1972 si esprimano al plurale – potendosi il convincimento del giudice fondare anche su un elemento unico, preciso e grave. Più di recente in senso conforme Cass., Sez. VI, 11 novembre 2016, n. 23105; Cass., Sez. V, 20 aprile 2016, n. 7884; *id.*, 8 aprile 2016; *id.*, 19 agosto 2015, n. 16950; Cass. 8 aprile 2015, n. 6947.

Si potrebbe configurare la seguente disciplina:

1 Se un soggetto compra un solo bene e lo cede prima che siano decorsi cinque anni dall'acquisto, trattandosi di cessione isolata si produrrà un reddito diverso. Nel caso invece di più acquisti e cessioni ripetute prima della decorrenza del termine, le plusvalenze emergenti costituiranno componente positiva del reddito d'impresa;

2 Se un soggetto compra un bene e lo cede decorsi cinque anni dall'acquisto, la cessione non genera plusvalenze poiché non sussiste l'intento speculativo; lo stesso avviene se compra più beni e rivende ciascuno di essi decorsi cinque anni dal relativo acquisto (è il caso del collezionista c.d. puro di cui al precedente par. 1, lettera c)).

Tale impostazione contribuirebbe a fornire un quadro normativo di riferimento più preciso sia per gli Uffici ai fini delle attività di controllo sia per i contribuenti chiamati a determinare l'eventuale reddito da dichiarare. Difatti gli attuali elementi individuati dall'Agenzia delle Entrate nell'esercizio della potestà impositiva, mancando una normativa di riferimento, sono stati numerosi e si sono spesso rivelati contraddittori, tra i quali figurano a titolo esemplificativo il numero di transazioni finanziarie effettuate, la tipologia dei beni ceduti, la tipologia e la quantità di clienti, il tempo intercorso dal momento dell'acquisto a quello della cessione.

Ne è derivata una grande incertezza che si traduce in contenziosi con esiti spesso incerti ed ondivaghi. La giurisprudenza di merito e di legittimità infatti contiene pronunce¹⁴ che riconoscono al collezionista che acquista e vende

¹⁴ Cfr. Comm. Trib. Provinciale 1° grado di Trento, sez. II, sent. n. 191 del 27 novembre 2017, secondo la quale occorre valutare complessivamente ed unitariamente la sussistenza o meno della commercialità sulla scorta di un attento esame della molteplicità di circostanze e di accadimenti che interessano l'operazione di vendita dei dipinti da cui è scaturita la fattispecie reddituale; Comm. Trib. Regionale della Toscana, sez. XXXI, sent. n. 826, del 9 maggio 2016 la quale sancisce che non costituisce attività fiscalmente rilevante quella realizzata dal collezionista che compie con altri collezionisti un numero esiguo di operazioni aventi ad oggetto beni trattati a prezzi non di mercato, anche in considerazione del fatto che le operazioni sono finalizzate solo ad arricchire la propria collezione, con nota di A. GATTO, *op. ult. cit.*, pp. 828 e ss. ed altra nota di S. TRETTEL, *op. ult. cit.*, pp. 3188 e ss.; Comm. Trib. Regionale del Veneto, sede di Venezia Sez. XXIX, sent. n. 279 del 22/02/2016, secondo la quale affinché la cessione di opere ed oggetti d'arte possa essere qualificata come un'attività economica produttiva di reddito di impresa la stessa deve essere caratterizzata dai requisiti della professionalità e dell'abitudine. Detti requisiti insieme al criterio dell'economicità rappresentato dal conseguimento di corrispettivi consentono di presumere l'esistenza dell'attività

opere d'arte la non imponibilità ai fini del reddito d'impresa, assumendo che lo stesso non pone in essere alcuna attività di natura imprenditoriale, e pronunce che invece considerano produttive di reddito d'impresa le predette operazioni ravvisando la presenza di una attività imprenditoriale di natura commerciale svolta con continuità e professionalità,¹⁵ salvo poi lasciare alla libera interpretazione del giudice come acclarare detti requisiti. I limiti tra abitualità ed occasionalità, tra intento speculativo e collezionistico sono soggetti alle

commerciale produttiva di reddito d'impresa. Viene precisato che anche in caso di perdita è possibile qualificare l'attività come commerciale. Pertanto, non può essere considerata attività d'impresa la cessione di quadri effettuata per circa due anni al fine di reperire liquidità necessaria per far fronte alla grave crisi delle società partecipate dal contribuente; Comm. Trib. Regionale del Piemonte, Sez. III, n. 1412 del 18 settembre 2018, secondo cui l'alienazione in blocco di opere d'arte, trascorso molto tempo dall'acquisto, effettuata per motivi personali non produce materia imponibile, con nota di A. VANNINI - F. DI CESARE, *op. ult. cit.*, pp. 4286 e ss.; Comm. Trib. Provinciale di Torino, Sez. III, sent. n. 351 del 19/04/2018, la quale precisa che non costituisce attività commerciale la vendita in blocco ad un unico acquirente di una collezione di autovetture di pregio facenti parte dell'attivo di una società semplice le cui quote sono pervenute per successione *mortis causa*. Tale operazione, nonostante la rilevante entità del corrispettivo dell'unica cessione, è priva di intento speculativo: pertanto, non rientra tra le operazioni suscettibili di produrre redditi diversi di cui all'art. 67, comma 1, lett. I), del D.P.R. n. 916/1987.

¹⁵ Cfr. Cass., sez. V, sent. n. 6235 del 27 marzo 2015, la quale sancisce che la vendita reiterata di francobolli di ingente valore da parte di chi non riveste più, almeno formalmente, la qualità di imprenditore commerciale nel settore filatelico costituisce esercizio di attività di impresa abituale e professionale, anche se non esclusiva. Né assume rilievo, ai fini di una diversa imputazione dei redditi prodotti, il fatto che il diritto di proprietà vantato sui francobolli medesimi deriva dalla definizione di pregressi rapporti economici con l'ex socio; Cass., Sez. V, sent. n. 21776 del 20 ottobre 2011, la quale afferma che, per individuare le attività commerciali non esercitate abitualmente non si deve ricorrere ai requisiti di cui all'art. 2082 c.c. in contrapposizione all'art. 2195 c.c. Ai fini fiscali, infatti, non sono rilevanti i requisiti soggettivi di colui che esercita l'impresa, ma è il carattere oggettivo dell'attività svolta qualificata come commerciale. Ciò, da un lato, permette di escludere tutte quelle operazioni a titolo oneroso che si esauriscono nella traslazione del diritto, atteso che la nozione di attività implica una pluralità di atti tra loro coordinati e finalizzati al medesimo scopo, dall'altro, impedisce di assoggettare ad imposta sui redditi qualsiasi atto produttivo di incremento di ricchezza ove lo stesso non sia riconducibile all'esercizio, sia pure non abituale, di attività commerciale; Cass., Sez. V, sent. n. 27208 del 20 dicembre 2006, in materia di Iva, secondo cui l'esistenza dei requisiti di professionalità e abitualità dell'attività in ragione della rilevanza dell'investimento iniziale riconducono la pluralità di cessioni di beni mobili di antiquariato a favore di una non meglio identificata generalità di soggetti ad una attività commerciale svolta nell'esercizio di impresa; Comm. Trib. Regionale del Lazio, Sez. I, sent. n. 7194 del 1° dicembre 2014, secondo la quale il rilevante numero di transazioni online effettuate dal contribuente in modo sistematico nel corso degli anni comporta che le stesse, presentando il carattere abituale dell'attività di vendita, rientrino nell'ambito dell'esercizio di impresa. Detta inclusione, che prescinde dalla quantità di reddito prodotto, si basa sulla continuità dell'attività negli anni e sulla abituale professionalità del soggetto; Comm. Trib. Regionale del Veneto Sez. XXV, sent. n. 888 del 12 settembre 2017, e sez. IV, sent. n. 865 del 4 settembre 2017; Cass., sez. V, del 31 marzo 2008, n. 8196, con nota di

valutazioni caso per caso effettuate prima dagli Uffici, dell’Agenzia delle Entrate e poi dai singoli giudici non esistendo norme chiare e puntuali. Ecco perché sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che fissasse il periodo minimo di possesso del bene come elemento indicatore dell’intento speculativo dell’acquisto effettuato in vista della futura cessione.

4. Evoluzione della normativa in materia di tassazione dei redditi derivanti da cessioni di opere ed oggetti d’arte

Il legislatore, sin dal tempo dell’imposta di ricchezza mobile di cui al T.U. n. 645/1958 ha sempre cercato di ricomprendere nell’ambito di applicazione dell’imposta sul reddito il maggior numero di fattispecie imponibili, comprese le operazioni aventi natura speculativa ancorché occasionale.¹⁶

Tale orientamento emergeva chiaramente dal combinato disposto degli artt. 81 e 85 del T.U. n. 645/1958, che prevedevano l’assoggettamento all’imposta mobiliare delle plusvalenze realizzate in dipendenza di tutte le operazioni speculative quand’anche fossero isolate.¹⁷

In sostanza, le plusvalenze costituivano presupposto per l’applicazione dell’imposta di ricchezza mobile:

- quando il loro realizzo, da chiunque ottenuto, dipendeva da operazioni speculative;
- quando si trattava di plusvalenze riferite a beni “relativi all’impresa”;
- in presenza di realizzo, distribuzione o semplice iscrizione in bilancio delle plusvalenze dei beni appartenenti a soggetti tassabili in base al bilancio.

M. BEGHIN, *op. ult. cit.*, pp. 1612 e ss.

¹⁶ Cfr. A. FEDELE, *Il presupposto del tributo*, in *Giur. cost.*, 1967, pp. 969 e ss. L’A. afferma l’esigenza di esaminare il presupposto del tributo in ragione dei molteplici elementi di fatto e delle situazioni soggettive che determinano il complesso di effetti giuridici che concorrono all’arricchimento patrimoniale.

¹⁷ L’art. 81 del T.U. n. 645/1958 prevedeva quale presupposto “*la produzione di un reddito netto, in denaro o in natura, continuativo od occasionale, derivante da capitale o da lavoro o dal concorso di capitale e lavoro, ovvero derivante da qualsiasi altra fonte*” nonché “*...le plusvalenze da chiunque realizzate in dipendenza di operazioni speculative*”.

L’art. 85 del T.U. n. 645/1958, relativo alla classificazione dei redditi di ricchezza mobile, distingue alla Cat. B – i redditi alla produzione dei quali concorrono insieme il capitale ed il lavoro, come quelli derivanti dall’esercizio di imprese commerciali ovvero da attività commerciali, ai sensi dell’art. 2195 del c.c., o da operazioni speculative anche isolate.

Il presupposto ai fini dell'applicazione del tributo era quindi diversificato a seconda della natura del soggetto beneficiario.¹⁸ Se dunque quest'ultimo non era imprenditore né un soggetto tassabile in base al bilancio, la plusvalenza era imponibile solo se realizzata in dipendenza di un'operazione speculativa. Se invece si trattava di un imprenditore o di un soggetto tassabile in base al bilancio l'intento speculativo non assumeva rilevanza, essendo sufficiente nel primo caso il realizzo della plusvalenza e nel secondo caso la semplice iscrizione in bilancio.

Le norme richiamavano l'intento speculativo ma non fornivano alcun elemento che consentisse di identificare puntualmente la presenza di tale intento, con conseguenti incertezze applicative.

La stessa impostazione è ravvisabile nella riforma degli anni 1972/1973.¹⁹ L'art. 1 del D.P.R. n. 597/1973, infatti, prevedeva quale presupposto dell'IRPEF il possesso di redditi in denaro o in natura, continuativi od occasionali, "*provenienti da qualsiasi fonte*"; tale ultima espressione, tuttavia, non esaltava a sufficienza il concetto di "reddito prodotto", cioè del reddito derivante da una fonte produttiva autonoma e duratura. Il successivo art. 80, in via residuale, al fine di fugare ogni dubbio sull'assoggettamento ad imposta di qualsiasi altro reddito percepito, disponeva la concorrenza alla formazione del reddito complessivo, per il periodo d'imposta e nella misura in cui era stato percepito, di ogni altro reddito diverso da quelli espressamente considerati dalle disposizioni del citato D.P.R. n. 597.

In particolare, nel Titolo VI, dedicato ai redditi diversi, l'art. 76 recante la rubrica "*Redditi derivanti da operazioni speculative*" stabiliva al comma 1 che le plusvalenze derivanti da operazioni speculative non rientranti nel reddito d'impresa concorrevano alla formazione del reddito complessivo secondo il principio di cassa.²⁰ Il comma 3, n. 3, di tale articolo con una presunzione *iuris et*

¹⁸ Cfr. G. FALSITTA, *Le plusvalenze nel sistema dell'imposizione mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1966. A. FANTOZZI, *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1965, I, p. 429.

¹⁹ Cfr. G. BOVI, *I redditi diversi: le plusvalenze*, in *Il Fisco*, 1988, pp. 5451 e ss.; A. FEDELE, *Considerazioni generali sulla disciplina fiscale degli atti e delle vicende dell'impresa*, in *AA.VV., Il reddito d'impresa nel nuovo Testo Unico*, Cedam, Padova, 1988, p. 777;

²⁰ Cfr. L. FERLAZZO NATOLI, *Le Plusvalenze speculative*, Milano, 1984, ed ampia bibliografia ivi citata.

de iure, considerava in ogni caso effettuate con intento speculativo l'acquisto e la vendita di oggetti d'arte, di antiquariato, o in genere da collezione, se il periodo intercorrente tra l'acquisto e la vendita non era superiore a due anni.²¹ In buona sostanza, ciò equivaleva ad affermare che per tale tipologia di plusvalenze l'intento speculativo era *in re ipsa*.

Così operando, il legislatore non contribuiva a fissare i criteri in base ai quali sarebbe stato possibile accertare la presenza del requisito della "speculatività" nelle cessioni precedute da atti d'acquisto o da atti di successiva valorizzazione dell'acquisto funzionalmente collegati alle successive vendite. L'unica novità rispetto al T.U. n. 645/1958 era costituita dalla previsione di una durata minima del possesso del bene.

Con l'introduzione del T.U.I.R. con il D.P.R. n. 917/1986, veniva adottato un nuovo quadro normativo di riferimento.

L'art. 1, infatti, nel definire il presupposto dell'imposta forniva una definizione più snella, priva di specificazioni come quelle relative al carattere della continuità, della occasionalità e della provenienza del reddito. L'art. 1 del T.U.I.R., infatti, individua il presupposto dell'imposta nel possesso di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie di cui al successivo art. 6.

Per quanto concerne la disciplina dei redditi diversi, l'art. 81 del T.U.I.R. consente di evidenziare talune differenze rispetto all'art. 76 del D.P.R. n. 597/1973.

Segnatamente:

1. si tratta di una norma di tipo residuale contenente una elencazione casistica di fenomeni reddituali non rientranti in nessuna delle categorie di cui all'art. 6 del T.U.I.R. La scelta di utilizzare tale elencazione nasceva dall'esigenza di adattare la normativa alla crescente complessità dei fatti e degli accadimenti economici e di ampliare per via legislativa le fattispecie imponibili. Così operando non aveva più senso mantenere la preesistente

²¹ Cfr. G.A. MICHELI, *Corso di Diritto tributario*, settima edizione, Torino, 1984, p. 425, il quale evidenzia che il legislatore ha voluto individuare talune operazioni rispetto alle quali il requisito della speculatività si presume in ogni caso esistente senza possibilità di prova contraria. L'A. ritiene che l'art. 76 del D.P.R. n. 597/1973 ricollegghi la realizzazione dell'incremento patrimoniale al verificarsi di un negozio giuridico a titolo oneroso da cui deriva l'effetto traslativo o costitutivo del diritto reale sul bene, e che tale sia anche il negozio acquisitivo attraverso il quale il bene è in precedenza entrato nella titolarità dell'alienante.

norma residuale di cui al citato art. 80 del D.P.R. n. 597, più adatta ad una formulazione normativa più generale e sintetica non fondata sulla casistica;²²

2. viene eliminata la rilevanza del c.d. "intento speculativo" ai fini dell'imponibilità delle plusvalenze derivanti dalle cessioni di opere ed oggetti d'arte e di antiquariato. Conseguentemente, viene soppressa anche la presunzione assoluta di speculatività di cui all'art. 76, comma 3, del D.P.R. n. 597/1973. La giustificazione a tale intervento nasce dal fatto di non voler rendere più rigorosa la tassazione di questa tipologia di cessioni rispetto a quelle aventi ad oggetto tutti gli altri oggetti o metalli preziosi,²³ dato che soltanto le prime e non anche le seconde, se effettuate entro il biennio, erano considerate comunque speculative senza possibilità di prova contraria. Muta quindi radicalmente la precedente struttura normativa: spetta all'Ufficio dimostrare la presenza del c.d. "intento speculativo"²⁴ e quindi l'imponibilità delle plusvalenze.

Da ultimo, a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 344 del 12 dicembre 2003 in esecuzione della Legge delega n. 80 del 7 aprile 2003, è rimasta invariata la disciplina contenuta nel D.P.R. n. 917/1986.

La categoria dei redditi diversi è ora trattata non più nell'art. 81 ma nell'art. 67. L'impostazione è la medesima e consiste nel ricomprendere in via residuale tutte quelle fattispecie reddituali non ricomprese nelle categorie precedenti e specificatamente individuate dal legislatore attraverso una rigida elencazione casistica. Quest'ultima appare quindi sufficiente per inserire talune fattispecie reddituali c.d. atipiche, come quelle ad esempio costituite dalle cessioni occasionali di opere ed oggetti d'arte da parte dei collezionisti, tra i redditi diversi.

²² Cfr. Note illustrative ministeriali agli artt. 1 e 81 del Progetto di Testo Unico, in *Il Fisco*, 1987, pp. 57 e 79.

²³ Cfr. Note illustrative e ministeriali all'art. 81 del Progetto di Testo Unico T.U.I.R., *cit.*, p. 79.

²⁴ Cfr. G. TABET, *Il reddito d'impresa nel quadro delle categorie reddituali*, in G. TABET, a cura di, Cedam, Padova, 1997, 1; R. LUPI, *Diritto Tributario*, parte speciale, Milano, 1994, p. 247; M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 1993; G. FALSITTA, *Studi sulla tassazione delle plusvalenze*, Giuffrè, Milano, 1991; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1991.

5. L'auspicabile intervento del legislatore

Nella Legge n. 205 del 27 dicembre 2017 – Legge di bilancio 2018 – stava per essere inserita una norma dichiarata “interpretativa” in forza della quale tra le plusvalenze derivanti da attività commerciali non esercitate abitualmente sarebbero stati ricompresi altresì i redditi scaturenti dalla *vendita* di oggetti d'arte, di antiquariato o da collezione, come definiti nella tabella allegata al D.L. n. 41/1995.²⁵

Le plusvalenze in questione nella citata proposta non recepita dal legislatore sarebbero state assoggettate a IRPEF alternativamente:

- 1) in via analitica, sulla differenza tra i corrispettivi percepiti nel periodo d'imposta ed i costi sostenuti;
- 2) in via forfettaria, nella misura forfettaria del 40% del prezzo di vendita dell'opera ovvero dell'oggetto d'arte.

In caso di acquisto per successione sarebbe stato rilevante il costo dichiarato ai fini dell'imposta di successione con esclusione dei beni di valore inferiore a euro 10.000.

Tale proposta, com'è noto, non è stata recepita al legislatore e ad oggi la situazione non è cambiata. L'Agenzia delle Entrate continua a procedere “caso per caso” sulla base di interpretazioni “soggettive”. Onde evitare incertezze ed abusi, sarebbe quindi auspicabile un intervento del legislatore che apporti significative modifiche.

Posto che dal punto di vista soggettivo non è possibile imputare il reddito tenendo conto delle diverse categorie di percettori (mercante d'arte piuttosto

²⁵ Cfr. Il Sole 24 ore, Norme e Tributi del 21 ottobre 2017, in cui viene dato risalto all'emendamento che si sarebbe dovuto inserire nella Legge di Bilancio 2018. Cfr. altresì E. M. BAGAROTTO, *op. ult. cit.*, in *Rass. Trib.*, 2019, pp. 290 e ss. L'A. criticava la proposta di modifica sostanzialmente per tre ordini di motivi: a) le nuove norme avrebbero l'imponibilità di tutti i proventi derivanti dalla vendita di opere d'arte (salvo i corrispettivi inferiori a 10.000 euro nello stesso periodo d'imposta) a prescindere da qualsiasi valutazione di tipo qualitativo e, in particolare, dall'accertamento dello svolgimento di una, sia pur minima, “attività” da parte del soggetto passivo; b) la portata interpretativa della norma non poteva essere condivisa poiché, al di là della qualificazione attribuita dal legislatore, non vi era oggettivamente alcun significativo argomento a sostegno della sistematica imponibilità di tutti i redditi derivanti dalla cessione di opere d'arte; c) sarebbe stato preferibile ricorrere alla tassazione separata anziché alla forfettizzazione con aliquota parametrata all'aliquota media degli anni precedenti, regime tipicamente riservato ai redditi a formazione pluriennale.

che collezionista c.d. puro, oppure mero possessore di opere d'arte che acquista e rivende occasionalmente con intento speculativo), anche perché queste possono tendere anche a sovrapporsi, chi scrive è dell'avviso che sarebbe utile introdurre una norma che contenga essa stessa uno o più indicatori che consentirebbero di individuare la "speculatività" dell'operazione.

Invero, l'intento speculativo assume un ruolo determinante e non può essere sottovalutato. Come anticipato, si potrebbe trarre spunto dalla norma attualmente vigente che inserisce tra i redditi diversi quelli derivanti dalle cessioni di immobili avvenute entro cinque anni dall'acquisto²⁶ e che in parte richiama la norma contenuta nel vecchio art. 76, comma 3, n. 3, del D.P.R. n. 597/1973. La nuova norma potrebbe statuire che le plusvalenze, derivanti dalla cessione entro un quinquennio dall'acquisto di opere ed oggetti d'arte, sono da considerarsi redditi diversi, fatta salva per il contribuente la possibilità di fornire la prova contraria, prima non ammessa nel vecchio testo dell'art. 76. Il legislatore, così operando, introdurrebbe un parametro sicuro, espressivo dell'esistenza dell'intento speculativo: il tempo intercorrente tra l'acquisto e la cessione diverrebbe un elemento significativo di cui l'Ufficio necessariamente dovrebbe tener conto in sede di accertamento.

²⁶ Cfr E. TITO - G. GIUSTI, *op. ult. cit.*, p. 3666, non ritengono appropriata tale proposta poiché rappresenterebbe una ulteriore deroga sul piano sistematico al concetto di "reddito prodotto" in favore del "reddito entrata".

La crisi globale esplosa negli Stati Uniti nel settembre 2008, i suoi effetti sull'Eurozona e le ripercussioni in Italia sul rapporto tra economia sommersa ed evasione: approfondimenti e sorprese

di Raffaele Perrone Capano

Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The study represents a further reflection on what was said in the speech presented in Naples in June 2020, as part of the Spring in Naples Conference on the relationship between the underground economy and tax evasion. The comparison between the constant reduction of the underground economy since the first years of the introduction of the euro and the acceleration highlighted starting from 2015, through the careful analysis of the ISTAT reports on the underground economy, confirms the downsizing of a phenomenon that survives in restricted non-competitive areas and whose dimensions, now marginal, are aligned with those of the most advanced economies.

The work ends with a harsh criticism of the IRPEF counter-reform implemented between 2006 and 2007 by the second Prodi government. The main cause, together with the multiplication of the expedients used since 2014 to increase revenue, of the low growth of Italy in the last fifteen years.

SINTESI

Lo studio rappresenta un approfondimento del tema svolto nella relazione sul rapporto tra economia sommersa ed evasione, tenuta a Napoli nel giugno 2020, nell'ambito del Convegno Spring in Naples. Il confronto tra la riduzione costante dell'economia sommersa fin dai primi anni dell'introduzione dell'euro e la sua accelerazione, evidenziata a partire dal 2015 attraverso l'analisi dei rapporti dell'ISTAT su "economia sommersa ed evasione, conferma il ridimensionamento bagnato di un fenomeno che sopravvive in aree di nicchia non concorrenziali e le cui dimensioni, ormai marginali, sono allineate a quelle delle economie più avanzate.

Al riguardo il lavoro richiama sinteticamente l'evoluzione della politica tributaria italiana nell'arco di un trentennio, e si conclude con una analisi impietosa della controriforma dell'Irpef attuata tra il 2006 e il 2007 dal secondo Governo Prodi. La principale causa, assieme alla moltiplicazione degli espedienti utilizzati a partire dal 2014 per aumentare il gettito, della bassa crescita dell'Italia nell'ultimo quindicennio.

SOMMARIO

1. Premessa - **2.** Dalla crisi finanziaria internazionale del 2008 a quella del debito sovrano italiano del 2011: le ricadute sull'economia e i riflessi sul fisco - **3.** Le riforme fiscali attuate tra il 1996 e il 2014 e le ricadute sull'evasione fiscale - **4.** La crescita delle entrate tributarie, in un'economia stagnante: un caso di scuola, l'Italia nel 2019 - **5.** La "lotta all'evasione" metafora di una politica tributaria alla ricerca esasperata di maggiori entrate, con lo schermo di meccanismi d'illusione finanziaria che non c'entrano con il contrasto all'evasione - **6.** Dal 2014 la "lotta" all'evasione, con la moltiplicazione delle ipotesi di reverse charge, imbocca un sentiero scivoloso: ma è il diritto a

La crisi globale esplosa negli Stati Uniti nel settembre 2008, i suoi effetti sull'Eurozona e le ripercussioni in Italia sul rapporto tra economia sommersa ed evasione: approfondimenti e sorprese

finire fuori strada - **7**. L'evoluzione dell'economia sommersa nel periodo 2014/2021 in un recente rapporto dell'ISTAT - **8**. Conclusioni