

ISSN 1825-9871

# InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

*Pubblicazione*  
**04 • 2024**



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 Bizoli**

- *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

### Parte prima (Dottrina)

1. **Le dimore storiche vincolate possedute da privati: aspetti rilevanti della normativa tributaria** 1  
*di Giuseppe Melis*
2. **La modifica ex uno latere del contratto tra profili civilistici e fattispecie settoriali** 13  
*di Gennaro Rotondo*
3. **Riflessioni su profili fiscali delle attività svolte nella creator economy** 51  
*di Stefano D'Albenzio*
4. **La riforma delle sanzioni tributarie: la deroga al principio della retroattività della lex mitior** 73  
*di Francesco Tumbiolo*

### Parte terza (Contributi istituzionali)

5. **L'anatocismo bancario nel confronto tra legge, giurisprudenza e dottrina** 75  
*di Stefano Selvaggi*





# Le dimore storiche vincolate possedute da privati: aspetti rilevanti della normativa tributaria

Intervento al convegno su “Il passaggio generazionale nelle Dimore Storiche”, ADSI, Acquasparta (TR), palazzo Cesi - 21 giugno 2023

di **Giuseppe Melis**

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

## **ABSTRACT**

The article deals with the tax regimes applicable to privately-owned mansions, highlighting the “involutional” process that characterized it in recent years and reflecting on possible amendments that would bring it back in line with the constitutional system.

## **SINTESI**

*L'articolo ricostruisce il quadro normativo fiscale riguardante le dimore vincolate di proprietà di soggetti privati, evidenziando il processo “involutivo” che lo ha caratterizzato in questi ultimi anni e riflettendo su possibili interventi migliorativi che lo riconducano in linea con il sistema costituzionale.*

## **SOMMARIO**

**1.** Introduzione: la progressiva riduzione degli incentivi fiscali per i beni vincolati e la conseguente omologazione agli immobili non

vincolati - **2.** Il regime speciale di cui alla L. n. 413 del 1991 e la sua finale abrogazione e sostituzione con un più tenue regime agevolativo - **3.** Le imposte patrimoniali - **4.** Le imposte sui trasferimenti - **5.** I "bonus" e le detrazioni per attività edilizie - **6.** Considerazioni di sintesi

## **1. Introduzione: la progressiva riduzione degli incentivi fiscali per i beni vincolati e la conseguente omologazione agli immobili non vincolati**

Una ricognizione delle disposizioni tributarie riguardanti le dimore vincolate evidenzia subito un paradosso.

Infatti, nonostante, da un lato, la posizione preminente occupata dall'Italia a livello mondiale per importanza del patrimonio artistico - che costituisce fonte di enorme ricchezza per il Paese per la forza attrattiva che esso esprime - e, dall'altro, il profluvio di agevolazioni fiscali in costante ascesa nonostante le periodiche dichiarazioni del legislatore di voler procedere ad un loro significativo sfooltimento, il regime fiscale agevolativo riservato alle dimore vincolate possedute da soggetti privati risulta, sorprendentemente, quello che ha forse subito le maggiori penalizzazioni nell'ultimo decennio, se non addirittura l'unico davvero assolutamente mortificato dal legislatore.

È noto, infatti, che sino a non molti anni fa i beni vincolati di interesse storico ed artistico erano destinatari di una disciplina impositiva di favore ad ogni livello che è tuttavia progressivamente venuto meno, avvicinando sempre di più il trattamento fiscale dei beni vincolati a quello dei beni non vincolati.

Ripercorreremo di seguito questo processo "involutivo" del regime fiscale agevolativo per i beni vincolati per poi riflettere su possibili interventi migliorativi, precisando sin d'ora che non ci occuperemo dei profili relativi sia all'eventuale loro sfruttamento economico da parte

dei soggetti privati, sia all'intestazione ad enti o la costituzione in *trust*, che pure presentano notevoli criticità che meriterebbero approfondite riflessioni.

## **2. Il regime speciale di cui alla L. n. 413 del 1991 e la sua finale abrogazione e sostituzione con un più tenue regime agevolativo**

Tra i trattamenti di favore riservati ai beni di interesse storico artistico vincolati, spiccava la disposizione di cui al notissimo "in ogni caso" contenuto nell'art. 11, comma 2, L. n. 413 del 1991, che riferiva la determinazione del reddito alla minore delle tariffe d'estimo prevista per le abitazioni nella zona censuaria in cui il fabbricato era situato.

Si è trattato, come noto, di una disposizione che ha formato oggetto di una vera e propria battaglia nelle sedi giudiziarie ed istituzionali e che vide a suo tempo l'ADSI - e tanti dei suoi rappresentanti più illustri, che oggi non sono più tra noi - protagonista indiscussa nel difenderne l'ampia interpretazione che la giurisprudenza di legittimità ne aveva infine fornito, estendendola non solo agli immobili locati, ma anche a qualsiasi uso locativo ne fosse fatto, anche non abitativo, nonostante la strenua resistenza dell'Amministrazione finanziaria.

Questa ampia interpretazione, favorita dal rilievo assorbente rivestito dall'espressione "in ogni caso" utilizzata dal legislatore, aveva resistito anche dinanzi alla sopravvenuta disposizione di cui alla L. n. 431 del 1998, che prevedeva una riduzione del 30 per cento del reddito imponibile nel caso di locazione a canone concordato anche per gli immobili vincolati, che aveva alimentato la speranza dell'Amministrazione finanziaria che essa potesse essere letta a *contrario* come confermativa dell'applicabilità del regime ordinario

anche ai beni vincolati oggetto di locazione.

Tale era la resistenza dell'Amministrazione finanziaria da riuscire a far sollevare, caso più unico che raro, una questione di legittimità *contro* il contribuente da parte di una Commissione tributaria per contrasto di tale regime con gli artt. 3 e 53 Cost., tuttavia rigettata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 346 del 2003 - la leggenda narra, con votazione a maggioranza di 8 contro 7 - considerandola una scelta *"tutt'altro che arbitraria o irragionevole, in considerazione del complesso di vincoli ed obblighi gravanti sulla proprietà di siffatti beni quale riflesso della tutela costituzionale loro garantita dall'art. 9, secondo comma, della Costituzione"*. E ciò, secondo la Corte, anche nell'ipotesi di immobili locati, attesa la *"non comparabilità della disciplina fiscale degli immobili di interesse storico o artistico con quella degli altri immobili"*, peraltro evidenziando l'errore compiuto dal rimettente di avere mosso dall'errato *"presupposto della sostanziale omogeneità delle due categorie di beni"*. Ed infine giustificando la Corte il riferimento alle tariffe d'estimo *«nell'obiettiva difficoltà di ricavare per gli immobili di cui si tratta dal reddito locativo il reddito effettivo, per la forte incidenza dei costi di manutenzione e conservazione di tali beni»*.

Si trattava di una "assoluzione" molto ben motivata ma non piena, auspicando la stessa Consulta - la leggenda ancora narra, quale condizione per il voto decisivo - una nuova disciplina volta a tenere conto dell'evoluzione del mercato immobiliare e locativo nel frattempo intervenuta, nonché della disciplina, astrattamente di maggior favore, prevista per i contratti agevolati.

Tra i paladini della lotta contro tale disposizione si mise in luce soprattutto il Ministro delle Finanze Vincenzo Visco, il quale giunse persino a proporre una norma di interpretazione autentica *pro Fisco* approvata dal Consiglio dei Ministri - che avrebbe addirittura tassato "ora per allora" i canoni di locazione del precedente quinquennio - e che la leggenda ancora un volta narra sia "sparita" dal testo licenziato dal Consiglio dei Ministri prima del passaggio in Gazzetta

ufficiale grazie all'intervento dell'allora Ministro per i Beni culturali.

La norma ha resistito così sino al 2012, quando è infine caduta quasi per caso.

Tutto nasce infatti dalla revisione delle *tax expenditures* nell'ambito del gruppo di lavoro sull'erosione fiscale, costituito nel 2011 dall'allora Ministro dell'Economia e delle Finanze Tremonti con la finalità di «*analizzare l'area dell'erosione fiscale, in specie l'area della amplissima forbice aperta dalla dialettica tra la regola (il principio generale dell'imposizione fiscale) e l'eccezione (la deviazione legale da questo principio, via esenzioni, agevolazioni, regimi sostitutivi di favore, etc.)*».

Il Gruppo di lavoro, al quale aderirono 32 tra organizzazioni sindacali, associazioni di categoria e ordini professionali, redasse un documento finale, raccogliendo nell'Allegato 3 i contributi che alcuni dei partecipanti avevano ritenuto utile manifestare. Le uniche considerazioni – fortemente critiche – per il regime di cui all'art. 11, comma 2, *cit.*, provennero da CONFPROFESSIONI, secondo cui «In un'ottica di maggiore trasparenza e equità fiscale non è pensabile, ad avviso degli scriventi, che possa essere mantenuto ancora il criterio della tassazione in base alla minore tra le tariffe d'estimo previste per le abitazioni della zona censuaria nella quale è situato il fabbricato, a prescindere dalla circostanza che l'immobile sia locato a canone superiore».

Il Tavolo individuò allora 720 misure elencandole e classificandole in un "ALLEGATO 1 - ELENCO DELLE MISURE E DEI REGIMI CHE DETERMINANO EROSIONE FISCALE", tra le quali era appunto compresa anche quella qui in commento, nella specie classificata nella categoria "11. Misura volta alla tutela dell'ambiente e del patrimonio artistico, paesaggistico e culturale e ad incoraggiare la ricerca e lo sviluppo" – e non già, come sarebbe stato doveroso, nella categoria "3. Misura che garantisce il rispetto di principi di rilevanza costituzionale" – e "cubata" nella modesta cifra di ca. 23,4 mln di Euro su ca. 250 mld di effetti finanziari *ex post* complessivamente

ricondotti alle 720 misure elencate.

In occasione della predisposizione di questa relazione, ho anche rinvenuto il contributo che all'epoca proponemmo come LUISS-Ceradi in relazione a tale elenco in cui, a proposito di tale agevolazione, scrivemmo quanto segue: «L'agevolazione, per la quale il reddito degli immobili riconosciuti di interesse storico o artistico, è determinato mediante l'applicazione della minore tra le tariffe d'estimo previste per le abitazioni della zona censuaria nella quale è collocato il fabbricato, quandanche quest'ultimo sia locato (come ritenuto per diritto vivente), è conseguenza della scelta, da parte del legislatore, del sistema di tassazione del reddito medio ordinario risultante dalle tariffe catastali, con l'obiettivo anche di incentivare la locazione degli immobili storico-artistici al fine di ricavarne le risorse finanziarie necessarie per far fronte agli oneri connessi alla conservazione di tali beni, in tal modo evitando la necessità di interventi statali sotto forma di sovvenzioni o espropri. Il riferimento alle tariffe d'estimo trova giustificazione anche nell'obiettivo difficoltà (evidenziata dalla giurisprudenza di legittimità), di ricavare per gli immobili di cui si tratta dal reddito locativo il reddito effettivo, per la forte incidenza dei costi di manutenzione e conservazione di tali beni. Tale agevolazione ha inoltre ricevuto l'avallo sistematico della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e della Cassazione. Finalità ancora valida».

Ebbene, mentre la stragrande maggioranza di quelle 720 misure agevolative sono tuttora vigenti, ed anzi all'elenco se ne sono aggiunte nel frattempo moltissime altre, alcune delle quali presentano causali alquanto stravaganti, l'auspicio di CONFPROFESSIONI si è invece realizzato per la misura prevista per i beni vincolati di interesse storico e artistico, poiché abrogata con il D.L. 2 marzo 2012, n. 44, con sua contestuale sostituzione con una nuova modalità di tassazione dei redditi derivanti dai beni storici consistente in una deduzione forfetaria del 35% in luogo di quella del 5% ordinariamente prevista per le locazioni ordinarie.

Dinanzi alle rimostranze dei contribuenti, la Consulta è stata nuovamente chiamata in causa per valutare la legittimità di siffatta “regressione”, ritenendo però che l’avvenuta sostituzione del “regime speciale” con uno “meramente agevolato”, non solo avesse mantenuta “intatta” la differenziazione tra beni vincolati e non - e, dunque, riconosciuto ancora la loro “non omogeneità” - ma, da un lato, avesse armonizzato la tassazione delle locazioni dei beni vincolati con le modalità generali di determinazione del reddito locativo (potendosi, peraltro, fruire dell’ulteriore detrazione del 30% di cui alla L. n. 431/1998, che fa sì che la riduzione si elevi per gli immobili vincolati al 45,5% del canone annuo: Circ. n. 114/E/2012), e, dall’altro lato, si fosse inserita in un “sistema” più generale comunque di *favor* che prevedeva una detrazione *ad hoc* del 19 per cento delle spese sostenute - peraltro cumulabile al 50% con quelle previste per il recupero del patrimonio edilizio - nonché ulteriori contributi dello Stato sia per le spese di restauro, sia per gli interessi su mutui.

Va detto, ad onor del vero, che a fronte di una generale meritevolezza del regime agevolativo previgente, si verificavano anche ipotesi - si pensi agli immobili situati in zone di particolare pregio (ad es., un negozio in Via Condotti in un edificio vincolato) - in cui la sproporzione appariva davvero ingiustificata. Ma anziché intervenire chirurgicamente al fine di evitare situazioni abnormi, si è preferito cambiare completamente pagina.

In ogni caso, così stando le cose, appare ormai decisamente improbabile un ritorno al “regime speciale” quale quello previsto dalla L. n. 413/1991, mentre potrebbe semmai riflettersi su un intervento “rafforzativo” sulla percentuale di abbattimento del canone di locazione, anche se, come si dirà oltre, se ne potrebbe soprassedere valorizzando meglio la componente delle spese di manutenzione, anch’essa, come vedremo, oggetto di una recente ed assai rilevante penalizzazione.

### **3. Le imposte patrimoniali**

Un'involuzione parallela si è registrata altresì sul fronte dell'imposizione patrimoniale, la quale era strettamente connessa al regime speciale di cui alla L. n. 413 del 1991 appena ricordato.

Il riferimento alla minore delle rendite catastali previste per le abitazioni della zona censuaria in cui insisteva il fabbricato, trovava infatti applicazione - non per effetto di un rinvio alla L. n. 413/1991, bensì per effetto di una sua sostanziale riproduzione nell'ambito dell'art. 5, comma 2, D.L. n. 16/1993 - anche alla base imponibile ICI, la quale risultava, per tale via, fortemente ridotta.

A partire dal 2008 era poi stata disposta l'esenzione per la prima abitazione, la quale aveva visto, tuttavia, l'esclusione degli immobili in A/1, A/8 e - per quanto qui specificamente di interesse - A/9; tale esclusione, come si dirà ingiustificata, non appariva tuttavia costituire, in considerazione dell'applicabilità in ogni caso della minore tra le tariffe d'estimo, un onere di entità particolarmente rilevante.

Senonché, con l'introduzione nel 2012 dell'IMU, è venuta meno la determinazione speciale della base imponibile, sostituita dalla rendita catastale effettiva, riconoscendosi per gli immobili storici una riduzione della base imponibile del 50%, che, pur rappresentando un importante indice di attenzione del legislatore per tale categoria di beni, conduce, in ogni caso, ad una imposizione di gran lunga superiore rispetto a quella originariamente prevista.

Resta, soprattutto, l'assurdità dell'esclusione dall'esenzione per le abitazioni principali degli immobili in categoria catastale A/9 che, ancorché non obbligatoria per ogni immobile che formi oggetto di vincolo, compatibile anche con categorie catastali diverse da quelle escluse dall'esenzione per la prima abitazione, si traduce in un carico impositivo assai gravoso per i relativi proprietari, con il risultato paradossale per cui le dimore storiche subiscono una discriminazione negativa rispetto a tutti gli altri immobili. Discriminazione, questa, che



si palesa in violazione dell'art. 9 della Costituzione, recante il principio di doverosa tutela del patrimonio storico-artistico, non potendosi sostenere che tale tutela sia garantita da una norma che sottopone le dimore storiche ad una tassazione da cui sono invece esenti tutti gli immobili "ordinari".

Ma, ancora a monte, è la stessa esclusione di tutte abitazioni censite in A/1, A/8 e A/9 ad essere di assai dubbia legittimità costituzionale, soprattutto in un sistema di classificazione catastale che si presenta, come noto, "a macchia di leopardo" e pertanto si palesa del tutto inidoneo a fornire una attendibile fotografia degli immobili censiti.

È peraltro interessante rilevare che, recentemente, la Cassazione (n. 6266/2023) ha riconosciuto la possibilità di cumulare le riduzioni IMU per la soggezione a vincolo storico-artistico e quella per lo stato di inagibilità (dunque, riducendo del 50% l'imposta già ridotta del 50%), nel primo caso rilevando la volontà del legislatore *"di sgravare i proprietari di questi dagli ingenti costi di ristrutturazione a cui sono soggetti"*, nel secondo caso quella di *"venire incontro ai proprietari che, per cause ad essi non imputabili, non possono utilizzarli"*.

Dunque, ancora una volta riconoscendo la speciale natura di questa categoria di beni.

#### **4. Le imposte sui trasferimenti**

Anche le imposte sui trasferimenti hanno formato oggetto di una sensibile riduzione delle agevolazioni originariamente riconosciute.

A fronte dell'originaria applicazione dell'Imposta di registro sui trasferimenti nella misura del 3%, a seguito della riforma della tassazione dei trasferimenti immobiliari a titolo oneroso di cui all'art. 10, D.Lgs. n. 23/2011 e all'art. 26, D.L. n. 104/2013 (conv. in L. n. 128/2013) e a decorrere dal 01/01/2014 il trasferimento degli immobili vincolati è soggetto ad Imposta di registro nella misura del 9%, con applicazione delle Imposte ipotecarie e catastali in misura

fissa.

A tale ultimo riguardo, peraltro, si era posto il problema circa la tassazione in misura fissa ovvero proporzionale ai fini delle imposte ipotecarie e catastali *ante* modifica, da ultimo risolto dalla Cassazione, a seguito delle modifiche introdotte con il D.L. n. 185/2008, in senso favorevole ai contribuenti (Cass., n. 32598/2021) ancora una volta mettendo in evidenza la natura “speciale” di tali beni, in particolare rilevando che *“d'altra parte, un regime “di favore” nei confronti delle compravendite di immobili di interesse storico, artistico ed architettonico si giustifica, sul piano della ratio legis, alla luce delle soggezioni di tali beni ad una serie di limitazioni nel loro uso, che vanno dal divieto di demolizione, modifica e/o restauro, senza la previa autorizzazione del Ministero dei beni culturali, al divieto di adibire gli stessi ad usi incompatibili con il loro carattere”*.

Per quanto attiene all'inasprimento dell'imposta di registro appena evidenziato, ci si è effettivamente domandati se con riferimento ad una imposta, qual è quella del registro, che fa riferimento al valore del bene, si giustifichi un diverso trattamento tra immobili vincolati e non, giungendosi ad avanzare al riguardo dubbi derivanti sia dal fatto che, gravando tale imposta tendenzialmente sul compratore, quest'ultimo dovrebbe essere compensato per gli oneri ed i pesi che si appresta a dover affrontare, sia dall'incidenza che i vincoli hanno sul valore venale del bene. Al tempo stesso, la stessa rimozione di ostacoli alla circolazione dei beni culturali potrebbe favorire il raggiungimento degli obiettivi di tutela del patrimonio culturale, consentendo ai beni di transitare più agevolmente ad un proprietario che sia in grado di sostenere le notevolissime spese manutentive che essi comportano.

Resistono, dunque, rispetto al passato, solo più l'esclusione dall'attivo ereditario dei beni culturali (art. 12 D.Lgs. n. 346/1990), ancorché alle rigide condizioni ivi previste; e l'applicazione in misura fissa dell'imposta sulle donazioni aventi ad oggetto i medesimi beni. Ferma restando, in entrambi i casi, l'applicazione in misura

proporzionale delle imposte ipotecarie (2%) e catastali (1%).

Ci si potrebbe naturalmente chiedere il motivo di questa diversa considerazione impositiva del trasferimento a titolo gratuito rispetto a quello a titolo oneroso, posto che il soggetto che acquista l'immobile "vincolato" potrebbe paradossalmente essere considerato maggiormente meritevole di ricevere un'agevolazione rispetto all'erede o donatario, poiché, diversamente da questi ultimi, ottiene l'immobile vincolato a seguito di un sacrificio patrimoniale.

Sotto questo profilo, l'imposizione proporzionale di registro meriterebbe, pertanto, di essere rivista ripristinando la misura agevolativa originaria ma alle stesse condizioni previste per i trasferimenti a titolo gratuito in specie riguardanti l'avvenuto rispetto, da parte del dante causa, degli obblighi di conservazione, sì da incentivare sotto ulteriore profilo il sostenimento dei rilevanti costi di manutenzione imposti dalla legge.

## **5. I "bonus" e le detrazioni per attività edilizie**

Nessuna speciale considerazione hanno infine ricevuto i beni vincolati in occasione dei vari *bonus*, e ciò sia per l'*Art bonus* - che esclude i beni di proprietà privata - sia per i *bonus edilizi* - *facciate*, *ecobonus*, *sismabonus* e *superbonus* - per i quali non soltanto è stato escluso il cumulo con la detrazione speciale prevista dall'art. 15, lett. g), T.u.i.r., ma è stata esclusa altresì la fruibilità, per il *superbonus*, in relazione agli immobili censiti nelle categorie A/1, A/2 e - per quanto qui di interesse - A/9, salvo poi solo successivamente prevedere per questi ultimi l'estensione ancorché limitatamente a quelli aperti al pubblico.

Ma la stessa detrazione di cui all'art. 15, lett. g), T.u.i.r., ha subito una pesante amputazione a seguito dell'art. 1, co. 629, L. n. 160 del 2019, dal momento che ai sensi del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 15, la detrazione spetta: "a) per l'intero importo qualora il reddito complessivo non ecceda 120.000 Euro; b) per la parte corrispondente

*al rapporto tra l'importo di 240.000 Euro, diminuito del reddito complessivo, e 120.000 Euro, qualora il reddito complessivo sia superiore a 120.000 Euro".*

Ciò significa che se si supera un determinato reddito la detrazione inizia a decrescere proporzionalmente sino ad azzerarsi, facendo così svanire completamente il vantaggio dell'assenza di limiti quantitativi alla detrazione che caratterizza l'art. 15. Poiché una detrazione "elevata" ha un senso solo in presenza di redditi elevati, ma questi ultimi ne precludono alla radice la fruizione, siamo dunque in presenza di un sostanziale impedimento al sostenimento di tali spese.

## **6. Considerazioni di sintesi**

La questione di fondo riguarda, come noto, la speciale natura di questi beni, sì di proprietà privata, ma di rilevanza o evidenza pubblica, poiché oggetto di un complesso normativo di limitazioni e vincoli che li pongono su di un piano completamente diverso da quello degli immobili che a tali limitazioni e vincoli non sono sottoposti. Viene così meno quella pienezza di facoltà propria del diritto di proprietà - perché il proprietario non può alienare il bene se non dopo aver consentito l'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato, è tenuto a conformarsi alle prescrizioni impostegli dall'Ente pubblico, deve sottoporre ogni intervento edilizio al più penetrante giudizio di conformità della Soprintendenza (art. 21, D.Lgs. n. 42/2004), è tenuto a garantire la conservazione dei beni storici (art. 30, D.Lgs. n. 42/2004), non può adibirli ad usi non compatibili con il loro carattere storico-artistico in mancanza di autorizzazione *ad hoc* - facendo così emergere una vera e propria *funzione sociale* della proprietà di questi beni.

E, come visto, si tratta di una particolarità costantemente riconosciuta sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di Cassazione tutte le volte in cui esse sono state chiamate a pronunciarsi sui regimi agevolativi riguardanti i beni vincolati,

costantemente collegati all'esigenza di compensare (parzialmente) gli oneri conseguenti al vincolo di conservazione, dovendo ad una proprietà "diversa" corrispondere un regime fiscale "diverso".

Ebbene, il quadro normativo sopra ricostruito mostra, all'evidenza, una forte "regressione" rispetto ai trattamenti agevolativi originariamente concessi e una progressiva "equiparazione" dei beni vincolati ai beni non vincolati - se non addirittura un trattamento deteriore, con riguardo al classamento in categoria A/9 - che confligge radicalmente con il regime vincolistico sopra ricordato, sicché, anziché prendere atto del pesante onere di *custodire* un determinato bene e tramandarlo alle generazioni future, il legislatore lo ritiene piuttosto un privilegio.

In questo senso, è indubbio che le attuali misure non consentono ai proprietari di ottenere un adeguato ristoro per i maggiori oneri di manutenzione da essi sopportati, tanto più che, come visto, la stessa detrazione del 19% dei costi sostenuti, il cui unico pregio stava nell'assenza di limiti quantitativi - ma che in ogni caso presupponeva una adeguata imposta dalla quale scomputare la detrazione - è ormai di fatto impedita dai limiti reddituali imposti alla relativa fruizione.

Sicuramente, le misure "migliorative" di più facile giustificazione che potrebbero essere attuate, attengono:

Article I. all'estensione dell'*Art bonus* anche agli edifici di proprietà privata, non giustificandosi una discriminazione rispetto al coinvolgimento di altri soggetti privati interessati alla tutela di un bene culturale in ragione della loro intestazione;

Article II. all'eliminazione dei limiti reddituali alla fruizione della detrazione del 19% ex art. 15 T.u.i.r.;

Article III. alla cumulabilità di siffatta detrazione del 19% con le altre agevolazioni edilizie, sulla scia di quanto già fatto con l'art. 16-*bis*, T.u.i.r., se non addirittura la previsione di una detrazione specifica "rafforzata" sia quantitativamente, in considerazione degli oneri considerevolmente superiori che gli interventi sul patrimonio vincolato comportano, sia qualitativamente, in considerazione del

fatto che gli *standard* previsti per i *bonus* edilizi non sono sempre compatibili con le caratteristiche costruttive degli edifici vincolati;

Article IV. alla revisione dell'imposizione di registro sui trasferimenti di immobili vincolati, ripristinandola nella misura del 3% a fronte della dimostrazione della corretta conservazione del bene.

Il rafforzamento sul fronte della detrazione per le spese sostenute farebbe peraltro venire meno, come si anticipava, l'ipotesi di un intervento di rafforzamento sul fronte della detrazione forfetaria per i canoni di locazione, mentre resterebbe ferma la questione dell'imposizione patrimoniale, su cui, dunque, pure si rende necessario un intervento, non giustificandosi, neanche costituzionalmente, il mantenimento dell'imposizione per le abitazioni principali in edifici di categoria A/9.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

E.M. BAGAROTTO, *Note in materia di tassazione dei trasferimenti degli immobili di interesse storico artistico*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, pp. 39 e ss.;

V. FORTE, *Protezione, conservazione e tassazione delle dimore storiche private: sistemi a confronto*, in *Rass. Avv. Stato*, 2020, pp. 121 e ss.;

G. GIRELLI, *Immobili di interesse storico ed artistico ed imposizione sul reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, pp. 459 e ss.;

G. GIUSTI, *La fiscalità dei beni culturali nel passaggio generazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, pp. 487 e ss.;

G. GIUSTI, *La fiscalità delle dimore storiche private: proposte di riforma per far fronte alla crisi post COVID-19*, in *Riv. dir. trib.*, 2021, pp. 9 e ss.;

G. LOMBARDI, *Garanzia costituzionale del trattamento fiscale delle dimore storiche e funzione sociale di un nuovo tipo di proprietà*, in *Rass. trib.*, 2006, pp. 1063 e ss.; F. MARCHETTI, *Dimore storiche private: alcune brevi riflessioni su possibili misure volte al recupero*

*del patrimonio storico-immobiliare*, in AA.VV. (a cura di R. CORDEIRO GUERRA, A. PACE, C. VERRIGNI, A. VIOTTO), *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale*, Torino, 2019;

F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, pp. 1223 e ss.;

A. VOZZA, *Art bonus: ambito di applicazione e possibili sviluppi*, in *Corr. Trib.*, 2019, pp. 507 e ss.

# **La modifica ex uno latere del contratto tra profili civilistici e fattispecie settoriali**

**di Gennaro Rotondo**

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

## **ABSTRACT**

In the context of contractual modification practices, the recognition of binding effects of unilateral variations of a previous set of interests made in such a way as not to alter the original relationship physiognomy the has become increasingly important. Although the provision of such a power is not formalised in the general regulation of contracts, it is evident how the legal and negotiated hypotheses of *ius variandi* constitute a frequent and stable phenomenon that has now undermined the continuing validity of the force of law principle of the contract and the intangibility of the original arrangement of interests agreed upon by the parties. In this perspective, the present contribution aims to demonstrate - by synergistically using the general principles of private law and sectoral cases - that the unilateral power of variation is characterised by the same distinctive traits of instrumentality to the legal situation to which it is inherent, the state of subjection of the person subjected to it, the discretion enjoyed by the holder and, finally, the authoritativeness that characterises the acts of exercise.

## **SINTESI**

*Nell'ambito delle pratiche modificative del contratto ha assunto sempre maggiore rilievo il riconoscimento di effetti vincolanti a variazioni unilaterali di un precedente assetto di interessi apportate in*



*modo tale da non alterare l'originaria fisionomia del rapporto. Sebbene la previsione di un tale potere non sia formalizzato nella disciplina generale dei contratti, è evidente come le ipotesi legali e negoziali di ius variandi costituiscano un fenomeno frequente e stabile che ormai ha intaccato la perdurante validità del principio della forza di legge del contratto e dell'intangibilità dell'originario assetto di interessi concordato dalle parti. In quest'ottica, il presente contributo mira a dimostrare - utilizzando sinergicamente i principi generali privatistici e le fattispecie settoriali - che il potere di variazione unilaterale risulta connotato dai medesimi tratti distintivi di strumentalità alla situazione giuridica cui inerisce, dello stato di soggezione di chi la subisce, della discrezionalità di cui gode il titolare e, infine, dell'autoritatività che contraddistingue gli atti di esercizio.*

## **SOMMARIO**

**1.** Nozione di modificazione unilaterale del contratto e autonomia della vicenda modificativa - **2.** Ammissibilità e configurazione dell'istituto della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali nel diritto comune - *2.1. Segue. Tassonomia fondamentale delle fattispecie di ius variandi* - *2.2. Segue. Ius variandi negoziale e tipologia contrattuale di riferimento* - **3.** Modifica unilaterale e determinabilità dell'oggetto della prestazione - *3.1. Segue. Natura e forma dell'atto di esercizio dello ius variandi. Gli interessi concretamente perseguibili* - **4.** Lo ius variandi come strumento di adeguamento del regolamento contrattuale. Il rapporto con il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta - **5.** Limiti all'esercizio dello ius variandi - *5.1. Segue. Procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di modifica unilaterale e trasparenza* - **6.** Brevi considerazioni conclusive e presentazione della ricerca

## **1. Nozione di modificazione unilaterale del contratto e autonomia della vicenda modificativa**

Nella fisiologica articolazione dei rapporti giuridici, tra gli estremi necessari della costituzione e dell'estinzione, si collocano taluni fenomeni di mutamento, alterazione, evoluzione delle dinamiche relazionali che vengono tipologicamente ricompresi nella categoria teorica della "modificazione". In punto di inquadramento tassonomico di tali fattispecie si annoverano: con riguardo alla componente negoziale coinvolta, variazioni soggettive, quali moltiplicazione, concentrazione e sostituzione di soggetti, successioni universali e particolari, alienazione, ecc.; e variazioni oggettive, qualitative e quantitative, in ordine alle diverse modalità della prestazione obbligatoria; nonché quei mutamenti relativi alla tutela giuridica come quiescenza, affievolimento e rafforzamento della disciplina del rapporto.

Ipotesi che si connotano tutte per la circostanza che la modifica incide sul rapporto esistente senza pregiudicarne la sopravvivenza, realizzando al contempo effetti conservativi e trasformativi che si distinguono, per un verso, dalla costituzione, in quanto presuppongono l'esistenza attuale del rapporto, e per l'altro dall'estinzione, poiché tendono alla conservazione dello stesso, ferma restando la modificazione realizzata.<sup>1</sup>

La configurazione teorica della fase negoziale modificativa trova sostegno, sul piano ordinamentale, anzitutto nell'art. 1321 C.c., il cui riferimento alla "regolazione" di un rapporto giuridico patrimoniale attesta la legittimità sia dei negozi modificativi incidenti sulla struttura del rapporto, sia di quelli che ne modificano l'assetto di

---

<sup>1</sup> Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020, pp. 552 e ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, ESI, Napoli, 2000, pp. 25 e ss.

interessi o la disciplina.<sup>2</sup> D'altronde, anche in difetto di un riscontro letterale, l'ammissibilità dei negozi modificativi emerge dall'ambito applicativo laddove sussistano interessi meritevoli di tutela a supporto giustificativo di simili accordi, tenendo conto altresì del fatto che l'autonomia privata consente di disporre della propria sfera giuridica e patrimoniale, purché conformemente ai principi costituzionali.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Principi che si sostanziano, in questi casi, nell'utilità e nella solidarietà sociale. Sul punto, v. tra gli altri, R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO, Torino 1993, pp. 26 e ss.; P. RESCIGNO, *Contratto I) in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, pp. 5 e ss.; e, in precedenza, S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, pp. 110 e ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, pp. 784 e ss. Occorre, altresì, tenere in debito conto l'orientamento dottrinale che definisce i negozi regolamentari come quelli rivolti a variare la sola disciplina di rapporti giuridici patrimoniali già esistenti, senza modificarne in alcun modo la struttura; in tal senso, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Napoli, 2019, p. 32; ID., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. e giur.*, 1969, pp. 703 e s.

<sup>3</sup> Così, tra gli altri, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giur. comm.*, 1957, pp. 848 e ss. Mentre sul fondamento costituzionale dell'autonomia privata cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 137 e ss.; v., altresì, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 28 e s. Mentre, per altro verso, nel senso della progressiva compressione dell'autonomia privata, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 175 e ss.; F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, pp. 119 e s.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1994, XI, pp. 324 e ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 293 e s.; A. NERVI, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, pp. 171 e s. Si osservi, per inciso, che il suindicato processo di compressione è ragionevolmente riconducibile a spinte innovative generate da diversi fattori tra loro collegati: la partecipazione del sistema giuridico a processi di integrazione politica ed economica a livello europeo, la globalizzazione dei mercati, una diffusa istanza di giustizia contrattuale e di correttezza nelle relazioni commerciali. Sui vari profili di questa tendenza si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai seguenti contributi: V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, cit., pp. 292 e ss.; F. MACARIO, *I diritti oltre la legge: principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, III, pp. 483 e ss. Sui processi di integrazione e globalizzazione economica, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *www.luscivile.it*, 2013, pp. 3 e ss.; S. PATTI, *La «globalizzazione» e il diritto dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 149 e ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pp. 313 e ss.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *www.Foro.it.*, 2002, V, co. 151. Sulla configurazione di un principio di giustizia contrattuale, v., per tutti, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, pp. 152 e s.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 58 e s.; F.

Un altro riferimento normativo a conferma della fattispecie modificativa si rinviene nella descrizione degli effetti costitutivi delle sentenze dell'autorità giudiziaria (ex art. 2908 C.c.), non solo in senso costitutivo, ma anche estintivo o di modificazione di rapporti giuridici.<sup>4</sup> Esito interpretativo che ben si attaglia, sul piano concreto, agli orientamenti decisionali dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), nel contesto del suo ambito di cognizione settoriale.

Ebbene, pur riscontrandosi segnali del riconoscimento legislativo di una componente modificativa del rapporto nell'articolazione dell'efficacia giuridica, per poter affermare l'autonomia della fattispecie è necessario individuare profili regolatori peculiari e diversificati rispetto a fenomeni giuridici affini. In estrema sintesi (e rinviando alle conclusioni cui perviene la principale dottrina civilistica), si ritiene che l'elemento discriminante, per la vicenda modificativa, si possa individuare nel permanere in esistenza del rapporto. Ne consegue che la modificazione assicura la conservazione del rapporto che, sia pure parzialmente trasformato, resta intatto nella parte essenziale delle regole preesistenti.<sup>5</sup>

## **2. Ammissibilità e configurazione dell'istituto della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali nel diritto comune**

Nell'ambito della ricostruzione della fattispecie modificativa, va

---

DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di «parte debole»*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, pp. 1 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 29 e s.

<sup>5</sup> Ad esempio, rispetto alla novazione i punti di contatto con la modificazione discendono dal fatto che entrambe operano su un preesistente rapporto e rappresentano uno strumento per predisporre una nuova regolamentazione degli interessi delle parti che si sostituisce, con efficacia *ex nunc*, alla precedente assicurando l'evoluzione e la realizzazione del rapporto; tuttavia, la novazione (di matrice estintivo-costitutiva) sostituisce un nuovo rapporto a quello originario - che si estingue - e introduce regole diverse e autonome dalle precedenti. Peraltro, non potendo approfondire il tema in questa sede, come meriterebbe, si rinvia alle condivisibili conclusioni sul punto di M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 31 e ss., nonché alla dottrina *ivi* richiamata. Mentre, per un'analisi dell'efficacia giuridica e per il raffronto tra i sottotipi di quella costitutiva individuati nelle fattispecie della costituzione, modificazione ed estinzione, v, *ex multis*, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 490 e ss.

ricordato che il fondamentale principio dell'autonomia privata sancisce la facoltà di disporre della propria sfera giuridica senza subire imposizioni esterne,<sup>6</sup> esprimendo il corollario, basato sul potere di autodeterminazione dei contraenti, per cui è possibile disporre della sfera giuridica altrui solo previo consenso della parte nei cui confronti l'atto è destinato a produrre effetti. Per tale motivo, la qualificazione del contratto come vincolo, tende al contempo a garantire le parti dall'eventualità che una di esse, unilateralmente, intacchi la sfera dall'altra modificando o persino sciogliendo il rapporto (contrattuale) precedentemente concordato.<sup>7</sup>

Un'esigenza che nasce, infatti, anche dalla circostanza che il Codice civile prevede talune ipotesi di attribuzione a una o ad entrambe le parti della facoltà di modificare *ex uno latere* il rapporto negoziale derivante dall'accordo concluso in precedenza,<sup>8</sup> ponendosi in chiave evidentemente derogatoria rispetto ai principi generali del diritto dei contratti. Così, la norma fondamentale di cui all'art. 1372, comma 1, C.c. impone che le parti non possono modificare unilateralmente il contratto, finché è efficace, con la conseguenza che condotte in deroga alle pattuizioni integrano un inadempimento e legittimano la parte che lo subisce ad attivare i rimedi apprestati dall'ordinamento (*i.e.* risarcimento del danno e risoluzione).<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Assunto che trova fondamento nella previsione dell'art. 1322 C.c. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2011, p. 24.

<sup>7</sup> V. ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 142.

<sup>8</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, p. 523; L. NIVARRA, *Ius variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in AA.VV., *Diritto Privato*, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, p. 319. Negli stessi termini v. anche S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assicuraz.*, 1999, p. 218. Cfr. anche P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, p. 1, sottolinea come con riferimento ai contratti l'espressione evocò la modificazione del regolamento di fonte negoziale; v. anche M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, *cit.*, p. 79.

<sup>9</sup> In questo schema dogmatico lo *ius variandi* costituisce un'eccezione alla regola generale dell'immodificabilità del contratto in assenza del consenso di tutte le parti, soprattutto se configurato come un diritto potestativo, notoriamente eccezione

Una forma di potestà unilaterale è prevista dall'art. 1373 C.c. che riconosce espressamente la possibilità di recedere dal contratto. Raffrontando, però, la facoltà di recesso unilaterale con lo *ius variandi* appare evidente come la soggezione della controparte al recesso produca implicazioni meno gravose rispetto a quelle che deriverebbero dalla variazione dei contenuti negoziali che, se realizzata in modo unilaterale, entra in collisione con la necessaria base consensuale e paritaria del rapporto.<sup>10</sup> Mentre l'atto di esercizio del diritto di recesso si presenta predeterminato nei contenuti, comportando la dissoluzione del rapporto, il ricorso allo *ius variandi* è invece astrattamente arbitrario in quanto può assoggettare la parte che lo subisce a un rinnovato regolamento negoziale suscettibile di assumere i contenuti più disparati.<sup>11</sup>

Se la modificazione di un rapporto giuridico in corso di svolgimento, nella maggioranza dei casi, rappresenta pertanto il risultato di una manifestazione di volontà dei soggetti titolari delle situazioni giuridiche coinvolte,<sup>12</sup> non può disconoscersi che nell'ambito di tali pratiche modificative ha assunto sempre maggiore rilievo concreto il riconoscimento di effetti vincolanti a variazioni unilaterali di un precedente assetto di interessi apportate in modo tale da non alterare l'originaria fisionomia del rapporto.<sup>13</sup> L'operatività di poteri unilaterali

---

legale al principio generale di intangibilità della sfera giuridica altrui.

<sup>10</sup> Cfr. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 19.

<sup>11</sup> Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit.; Vedi anche F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi commerciale*, XXIV, *Clausole ricorrenti. Accordi e discipline*, Torino, 2004, p. 143.

<sup>12</sup> In argomento v., *ex multis*, V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, pp. 311 e ss.; A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 948 e ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, III, I, Milano, 1988, pp. 9 e ss.; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in *Riv. trim.*, 1995, p. 418 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 71 e ss.; specificamente sul negozio modificativo, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., pp. 847 e ss.; G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, pp. 341 e ss.

<sup>13</sup> Per una definizione di carattere generale dello *ius variandi*, cfr. P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 4; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 79 e s.;

di modifica, esercitabili a prescindere dalla collaborazione della parte che subisce la fattispecie modificativa, esprime dunque una deroga sostanziale al principio dell'intangibilità del contratto espressa, con formula enfatica dal richiamato art. 1372, comma 1, C.c., che, oltre al principio della forza di legge del contratto, afferma l'ordinaria bilateralità delle fattispecie negoziali produttive di vicende modificative dello stesso.<sup>14</sup>

Sebbene la previsione di un potere unilaterale di modifica non sia formalizzato nella disciplina generale dei contratti, è evidente come le ipotesi legali e negoziali di *ius variandi* costituiscano un fenomeno frequente e stabile che ormai ha intaccato la perdurante validità del principio della forza di legge del contratto e dell'intangibilità dell'originario assetto di interessi concordato dalle parti, facendo dubitare della stessa opportunità di ricostruirle quali deroghe all'art. 1372 C.c.<sup>15</sup> Si pensi, ad esempio, all'emersione di figure di *ius variandi* settoriali che hanno portata più ampia del singolo tipo legale (tra i quali è ricompreso anche l'ambito concernente i contratti bancari e finanziari).<sup>16</sup>

---

L. NIVARRA, *Ius variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., p. 319; G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, pp. 96 e s.

<sup>14</sup> In argomento, v. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. XIV e ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (Artt. 1321-1469 Cod. civ.)*, Milano, 1952, pp. 373 e s.; P. RESCIGNO, *Contratto I) in generale*, cit., pp. 1 e ss.; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., pp. 11 e ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, pp. 52 e ss.; F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, pp. 512 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, *passim*; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010, pp. 99 e ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, pp. 1 e ss.

<sup>15</sup> Seppure, quanto affermato sopra si innesti in un quadro normativo che presenta ancora tratti disomogenei circa l'assunto dell'immodificabilità unilaterale del regolamento contrattuale, sia in base al principio della forza di legge del contratto (art. 1372 C.c.), sia traendo argomento dalla tipicità dei diritti potestativi, sia infine con riguardo al (connesso) principio del *numerus clausus* dei negozi unilaterali, nel cui ambito rientrano, in via generale, gli atti di esercizio dei poteri unilaterali modificativi. Sul punto, v. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., pp. 42 e ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 151 e s.

<sup>16</sup> Circa l'eccezionalità delle norme sullo *ius variandi* quali deroghe al principio di cui all'art. 1372 C.c., cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore*

Va tenuto conto, inoltre, delle istanze solidaristiche di cooperazione sulla cui base la dottrina ha proposto di riformulare tale principio in termini di “tutela” e “rispetto” della sfera giuridica altrui. Del resto, l’applicazione del principio di assoluta immodificabilità di quest’ultima conferisce sovente protezione e garanzia del tutto formali alle parti del rapporto, mentre in realtà si rinvengono nell’ordinamento strumenti idonei a controbilanciare un’eventuale *ius variandi*, in modo da assicurare una tutela, in termini di possibile reazione, ai soggetti che subiscono l’esercizio di tale diritto. Peraltro, le previsioni normative e negoziali in tema di *ius variandi* sono conformi al principio di economia dei mezzi giuridici, vale a dire compatibili con l’esigenza di realizzare gli interessi delle parti attraverso meccanismi il più possibile semplificati, conservando le fattispecie negoziali già prodotte e consentendo la loro più ampia attuazione possibile, eventualmente anche grazie a interventi modificativi *ex uno latere*, capaci di dare ampia espressione alle potenzialità del rapporto.<sup>17</sup>

In linea di inquadramento dogmatico generale, ad ogni modo, è opinione diffusa che l’istituto dello *ius variandi* vada ricondotto alla categoria dei diritti potestativi, in quanto attribuisce a una parte il potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, incidendo sulla sfera giuridica della controparte che versa così in una situazione di soggezione rispetto alla modifica apportata.<sup>18</sup> Come

---

di R. Sacco, II, Milano, 1994, p. 24; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in U. MORERA, A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell’impresa bancaria*, II. *L’attività delle banche*, Milano, 1996, p. 476. Per un’interpretazione restrittiva delle norme eccezionali, v. A.A. DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in U. MORERA, A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell’impresa bancaria*, Milano, 1996, p. 456; F. MARTORANO, *Il credito al consumo*, in A. BROZZETTI, V. SANTORO (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l’ordinamento italiano*, Milano, 1991, pp. 182 e ss.; C. DI SINNO, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Napoli, 1995, p. 224. Mentre un’apertura per l’applicazione in analogia delle norme eccezionali si rinviene in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, pp. 10 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. C. DIONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 136 e s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 198 e ss.

<sup>18</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 153 e ss.; F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142; A. SCARPELLO, *Determinazione dell’oggetto*,



anticipato, l'esercizio di tale potere ha carattere discrezionale, seppure subordinato al verificarsi di determinati presupposti, mentre la parte che subisce la variazione (come è tipico dei diritti potestativi), non deve compiere alcun atto per consentire gli effetti della modifica, né può impedire che questa si verifichi.<sup>19</sup>

Inoltre, la natura potestativa del diritto consente di qualificarlo come "diritto secondario" poiché si innesta necessariamente su una preesistente situazione giuridica della quale deve tenersi conto per valutarne la legittimità.<sup>20</sup> Per tale motivo, la natura giuridica dello *ius variandi* si coglie, anzitutto, nella connessione funzionale con il rapporto particolare cui attiene. In sostanza, il potere unilaterale di modifica non si configura mai come potere autonomo, ma si inserisce in una situazione soggettiva complessa da cui trae origine e di cui è parte integrante. Inoltre, la circostanza che l'atto di esercizio dello *ius variandi* non richieda l'accettazione della controparte per produrre effetto, riduce la fase relazionale del rapporto nella mera soggezione all'iniziativa del titolare del potere, purché ricorrano i presupposti di legittimità previsti dalla legge.

---

*arbitraggio, ius variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 346. Sulla dibattuta fattispecie del diritto potestativo si veda *inter alia* F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1944, pp. 72 e ss. (rist. 2002); N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, pp. 37 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XI, Napoli, 2011, pp. 61 e ss. Tra i numerosi studi sul tema, v. S. PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, Annali, VI, 2013, *passim*; P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, vol. III, 2006, pp. 141 e ss.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto. Determinazione successiva dell'oggetto del contratto: poteri unilaterali e controllo giudiziale in diritto italiano e comparato*, Napoli, 2006; V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, pp. 523 e ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, *passim*; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 180 e ss.; P. SCHELSINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss. L'inquadramento dello *ius variandi* tra i diritti potestativi, nonostante l'ambigua terminologia adottata dal legislatore, è sostanzialmente confermato dalle normative speciali, tra cui quella bancaria, sovente accostando alla figura un contropotere di recesso, come evidenzia A. PISU, *L'adeguamento dei contratti, cit.*, pp. 109 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 152 e s., p. 206, p. 249; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, p. 233.

In definitiva, il potere di variazione unilaterale, pur differenziandosi quanto alla fonte di legittimazione e al piano di esercizio, risulta connotato dai medesimi tratti distintivi, rintracciabili nei requisiti della strumentalità alla situazione giuridica cui inerisce,<sup>21</sup> dello stato di soggezione di chi la subisce, della discrezionalità più o meno ampia di cui gode il titolare e, infine, dell'autoritatività che contraddistingue gli atti di esercizio. In virtù di questi aspetti lo *ius variandi* va iscritto alla categoria dei poteri conformativi a effetti modificativi dell'altrui sfera giuridica.<sup>22</sup>

### 2.1. Segue. Tassonomia fondamentale delle fattispecie di *ius variandi*

L'analisi delle fattispecie normativamente tipizzate di *ius variandi*<sup>23</sup> è essenziale per individuare un eventuale comune denominatore e per stabilire se il sistema di diritto positivo esprima una regola generale in merito ai limiti di ammissibilità dell'istituto, ferma restando la necessità di indagare la specialità della declinazione assunta dallo stesso in ambito bancario.<sup>24</sup>

Per vero, ipotesi di *ius variandi* risultano previste in diverse tipologie di contratto,<sup>25</sup> indipendentemente dalle connotazioni

---

<sup>21</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 259, soprattutto nel senso dell'inerenza del diritto potestativo a una situazione giuridica più complessa; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., pp. 628 e ss.; G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, pp. 564 e ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 152 e ss.

<sup>23</sup> M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 85; mentre per una compiuta rassegna dei poteri modificativi previsti nella regolamentazione dei singoli tipi contrattuali, v. F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, II, pp. 834 e ss.; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 18 e ss.

<sup>24</sup> Cfr. A. PISU, *L'adeguamento dei contratti*, cit., pp. 8 e s.

<sup>25</sup> Si pensi, ad esempio, al potere attribuito al committente dall'art. 1661 C.c. di apportare variazioni al progetto, purché non superino il sesto del prezzo complessivo convenuto; al potere di contrordine del mittente ex art. 1685; nonché alle previsioni dettate nell'ambito del testo unico bancario e del Codice del consumo, sui quali ci si sofferma in seguito.

soggettive delle parti, dall'oggetto e dalla funzione negoziale.<sup>26</sup> Nel disciplinare l'istituto, il legislatore ha previsto, in guisa di contrappeso, meccanismi di tutela della controparte,<sup>27</sup> in ragione dei quali la dottrina<sup>28</sup> ha configurato tre distinte tipologie di *ius variandi*: i) una prima fattispecie, di ambito applicativo alquanto ampio, in cui si riconosce al titolare del potere piena discrezionalità nell'azionare il diritto ponendo limitazioni solo alle modalità di esercizio (ad esempio, l'art. 1661 C.c., in tema di appalto; l'art. 2103 C.c., in tema di rapporto di lavoro; nonché, probabilmente, l'art. 768-*septies*, co. 2, C.c., in materia di patto di famiglia);<sup>29</sup> ii) la seconda, che presenta una componente discrezionale più circoscritta, alla quale sarebbero riconducibili le norme previste in materia bancaria (art. 118 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, D.lgs. n. 385/1993, in seguito anche "T.u.b.") e di tutela del consumatore (art. 33, co. 2, D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in seguito anche Codice del consumo o "cod. cons."), in cui l'esercizio del potere di modifica unilaterale deve trovare fondamento in un giustificato motivo e deve essere contenuto entro precisi limiti individuati dal legislatore;<sup>30</sup> iii) la terza,

---

<sup>26</sup> Vedi A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto* (ius variandi), in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 401; C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: cosiddetto ius variandi*, in *Obbligazioni e Contratti*, pp. 968 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio*, cit., p. 219; nonché V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 524; si v. altresì P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, III, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, p. 146; ID., *Lo ius variandi della banca*, cit., p. 267, secondo cui, sotto il profilo delle modalità di esercizio del potere di modifica, il principio generale della buona fede, al fine di tutelare la parte debole del contratto, potrebbe condurre a ritenere invalida e, quindi, inefficace la modifica che non sia preceduta da un congruo preavviso.

<sup>28</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, pp. 45 e ss.

<sup>29</sup> Tale dubbio nasce dal fatto che, in realtà, si tratta di una fattispecie di recesso modificativo, rispetto al quale discorre di *ius variandi*, sottolineando la necessità di «individuare con sufficiente precisione il possibile contenuto delle successive modifiche» G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, 4 ediz., Milano, 2015, p. 1493.

<sup>30</sup> Uno dei presupposti principali cui può essere subordinata l'ammissibilità dello *ius variandi*, infatti, è rappresentato dalla previsione, già a livello di fattispecie astratta, della necessaria ricorrenza di un giustificato motivo di esercizio del potere, in generale, indicato in via preventiva nel contratto (il riferimento è, evidentemente, al disposto dell'art. 1469-*bis* C.c.). Tale motivo interviene a limitare la

di matrice più vincolata, in cui lo *ius variandi* è subordinato all'accertamento di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto (ad esempio, l'art. 1577 C.c., in tema di locazione; l'art. 1686, co. 2, C.c., sui contratti di trasporto; l'art. 1711, co. 2, C.c., sul mandato; l'art. 1770, co. 2, C.c., in tema di deposito).<sup>31</sup>

Secondo una diversa ricostruzione dogmatica, d'altro canto, le difficoltà di una ricognizione esaustiva delle ipotesi normativamente definite di *ius variandi* e la rilevanza del fenomeno consentono solo un tendenziale raggruppamento delle fattispecie considerate, in relazione alla funzione di adeguamento dell'assetto di interessi, rispetto alle sopravvenienze esterne e alle mutate esigenze di una

---

discrezionalità del titolare dello *ius variandi* secondo due direttive: per un verso, circoscrive e conforma il contenuto concreto del potere modificativo, già in fase di attribuzione; per l'altro, offre i parametri ermeneutici di riferimento per un controllo di merito *ex post* sugli atti di esercizio, attraverso il sindacato sui motivi. L'indagine volta ad accertare in concreto la sussistenza di un giustificato motivo presenta profili di criticità, nella consapevolezza che l'effettiva tutela della parte destinata a subire il mutamento dipende in gran parte dalla portata di tale clausola generale. Pertanto, la nozione di giustificato motivo incontra notevoli difficoltà di individuazione, potendo procedere solo per approssimazioni e qualificando l'esercizio dello *ius variandi* in base a meri parametri generali. In chiave di tutela della parte che subisce la modifica unilaterale, l'insufficienza del richiamo formale individuato nel contratto, impone che il controllo giudiziale sulla ricorrenza del presupposto si estenda fino a ricomprendere il profilo della conformità dell'atto di esercizio dello *ius variandi* ai principi fondamentali dell'ordinamento, così da valutarne in concreto l'idoneità a realizzare interessi meritevoli di tutela. Con particolare riguardo all'attuazione dei valori costituzionali, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 376; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 216 e ss., part. p. 222; in punto di adattamento del concetto di giustificato motivo all'esercizio dello *ius variandi*, anche in ambito settoriale, v. A. COCOZZA, *La disciplina delle clausole vessatorie dei contratti bancari e finanziari*, in F. BELLI, F. MAZZINI (a cura di), *Argomenti di diritto bancario*, Torino, 1998, pp. 89 e s.; F. BRIOLINI, *Osservazioni in tela di modifiche unilaterali*, cit., pp. 296 e s.; S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto*, cit., pp. 2895 e s.; P. GAGGERO, *La disciplina dello ius variandi*, cit., p. 329.

<sup>31</sup> Le ipotesi previste dagli art. 1686, co. 2, 1711, co. 2, e 1770, co. 2, C.c., sono considerate espressione di *ius variandi* da M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 85; v. anche M. PARPAGLIONI, *Le clausole sulla modifica unilaterale del contratto e sull'accertamento unilaterale dell'esecuzione*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, IV, t. 2, *Clausole abusive*, Torino, 2001, p. 807; C. GRANELLI, *Modifiche unilaterali del contratto*, cit., p. 969, in quanto il fatto che la variazione trovi giustificazione nel dovere di diligenza e buona fede non toglie che la parte operi una modifica del rapporto contrattuale non concordata, incidendo unilateralmente la sfera giuridica della controparte.

parte, e di riequilibrio delle posizioni contrattuali a tutela di alcune categorie di contraenti.

Ciò premesso, partendo dai poteri unilaterali che trovano presupposto e legittimazione in eventi successivi alla stipula del contratto, si individuano anzitutto quelle figure di *ius variandi* il cui effetto modificativo sia da ricondursi, in via immediata, all'atto di esercizio del potere mediante il quale il soggetto manifesta in modo inequivoco la volontà di avvalersene.<sup>32</sup> Difatti, nelle principali fattispecie normative, al sopravvenire di eventi che incidono su rapporti di durata, lo *ius variandi* si pone come rimedio per garantire il riequilibrio e l'esecuzione del rapporto, esito che spesso risulta maggiormente conforme agli interessi delle parti rispetto allo scioglimento dello stesso.<sup>33</sup>

In altre ipotesi, lo *ius variandi* assume una connotazione peculiare con riguardo all'esigenza di apprestare una tutela soggettiva rafforzata. In questi casi di presenza di contraenti caratterizzati da una posizione contrattuale di superiorità (in termini di forza economica e negoziale), la funzione di riequilibrio e adeguamento delle condizioni originariamente pattuite, assolta dallo *ius variandi*, si connota per uno spiccato profilo di garanzia. L'istituto tende, infatti, a fornire una tutela rafforzata ai contraenti che si trovino in una situazione di debolezza, anche relativa, con particolare riguardo ai soggetti appartenenti alla categoria dei consumatori. Il riconoscimento alla parte contrattuale in posizione di svantaggio di uno *ius variandi* di protezione si inserisce nella tendenza normativa diretta a tutelare i soggetti economicamente più esposti, facendo assurgere a principio di diritto interno e a valore costituzionalmente rilevante (ex art. 2 Cost.) la tutela della parte debole e specificamente

---

<sup>32</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 86.

<sup>33</sup> Cfr. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 105 e s.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, pp. 243 e s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 93 e ss.

del consumatore.<sup>34</sup>

Sotto il profilo da ultimo indicato, in particolare, va segnalato che la legislazione speciale, in diversi casi, attesta un'evidente apertura dell'ordinamento in favore dell'ammissibilità dello *ius variandi* che però viene controbilanciata, appunto, da un maggiore rigore nell'individuazione di limiti e condizioni di operatività e dalla precipua attenzione ai profili di tutela della parte destinata a subirne l'esercizio. Di conseguenza, si riscontrano nella pratica istanze di adeguamento e flessibilità dei rapporti di durata, specie di stampo imprenditoriale, che si manifestano in diversi settori in considerazione della tipologia di operazioni e dei relativi rischi economici e finanziari. Gli interventi legislativi, d'altro canto, sono espressione dell'esigenza, specie nei rapporti asimmetrici - caso tipico è il cliente della banca - di regolamentazione omogenea del potere di modificare unilateralmente e *ad libitum* il contratto originariamente concluso.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 99 e ss., pp. 111 e s., secondo cui la tutela normativa espressamente apprestata per i consumatori dall'art. 1469-bis, comma 3, nn. 11 e 13, C.c., in quanto soggetti ritenuti istituzionalmente deboli, si articola nella previsione di alcuni limiti all'ammissibilità delle clausole contrattuali di conferimento del potere modificativo, consistenti nell'attribuzione di un diritto di recesso al consumatore, quale contrappeso al diritto di mutare *ex uno latere* il prezzo del bene o del servizio e nella necessaria ricorrenza di un giustificato motivo specificamente indicato nel contratto, per tutte le altre variazioni unilaterali del rapporto. L'ordinamento ne vieta l'esercizio illegittimo e abusivo, imponendo una serie di limiti che non devono essere superati e introducendo cautele e correttivi a garanzia del consumatore, solo formalmente tutelato dalla struttura bilaterale del negozio di conferimento e dal ruolo paritario che, almeno sul piano teorico, le parti assumono nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. In altri termini - come sottolineato da A. PISU, *L'adeguamento dei contratti, cit.*, p. 231 - le discipline settoriali esprimono la tendenza dell'ordinamento a governare la fase di revisione del contratto, di norma gestita dall'impresa, tramite misure di protezione del contraente debole che possono controbilanciare il maggior potere contrattuale di cui dispone l'operatore professionale e a tali discipline va riconosciuto un ruolo fondamentale nell'evoluzione dell'ordinamento e nella costruzione di nuovi istituti.

<sup>35</sup> Va ricordato che, prima degli interventi normativi (di cui si dirà nel *Capitolo secondo*), lo *ius variandi* trovava nelle Norme bancarie uniformi l'unica fonte di regolazione. Sul punto, v. per tutti F. MARTORANO, *Le condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, pp. 135 e ss.; nonché, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 112 e s., la quale ricorda che, per comprendere le ragioni delle scelte operate dal legislatore a favore della banca, assume particolare significato la natura generale degli interessi connessi alla funzione di interesse pubblico rappresentata dall'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito, la cui tutela, il cui controllo e la cui promozione rientrano tra

Dalle forme di *ius variandi* attribuite in via negoziale sembra possibile inferire la legittimazione di scelte unilaterali idonee a incidere in senso modificativo su rapporti preesistenti (solitamente, come si vedrà, di durata e ad esecuzione complessa), per realizzarne l'adattamento all'evoluzione e ai cambiamenti della situazione sottostante, garantendo al contempo la conservazione del nucleo essenziale e la compiuta realizzazione dello stesso, ossia la "modifica nella conservazione".<sup>36</sup> A tal riguardo, risulta certamente pacifica l'ammissibilità di un potere unilaterale di modifica nei casi in cui lo stesso sia normativamente previsto (*ius variandi* legale) ovvero in cui sia la legge a consentirne l'attribuzione (*ius variandi* volontario).<sup>37</sup> L'assenza, invece, nella disciplina codicistica del contratto di una generica previsione attributiva del potere di modifica unilaterale ha sollevato in dottrina dubbi circa l'ammissibilità di un potere di natura convenzionale, ossia previsto dalle parti al di fuori di specifiche norme e regimi legittimanti.<sup>38</sup>

Secondo un primo orientamento (minoritario), le previsioni con cui una parte si riserva la facoltà di modificare unilateralmente il regolamento negoziale sarebbero da considerarsi invalide, in quanto

gli specifici compiti che la costituzione pone a carico dello Stato (art. 47 Cost.). In questo settore la salvaguardia del contraente debole si poneva come interesse marginale di fronte all'esigenza di affidabilità ed efficienza del sistema creditizio. Nella realtà dei fatti, quasi inevitabilmente gli ampi poteri modificativi della banca finivano col tradursi in scelte arbitrarie, configuranti eccessi o abusi, espressione di una posizione contrattuale preminente e fonti di un grave disequilibrio certamente ingiustificato sul piano giuridico.

<sup>36</sup> Sul tema della conservazione del rapporto e sulla portata applicativa del principio, v. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, cit., p. 127; E. BETTI, *Conservazione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 811; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, pp. 147 e ss.; G. STELLA RICHTER, *Principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim.*, 1967, p. 411; R. FRANCESCHELLI, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, pp. 229 e ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 135.

<sup>37</sup> P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, cit., p. 143.

<sup>38</sup> Cfr. P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, cit.; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, cit., p. 230. Sull'ammissibilità, in linea di principio, di clausole pattizie di conferimento dello *ius variandi*, v. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione*, cit., pp. 18 e ss.; A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, cit., p. 527.

contrastanti con il principio dell'accordo tra le parti.<sup>39</sup>

Un diverso orientamento, che valorizza la componente dell'autonomia privata, considera non solo tali pattuizioni ammissibili, nei casi in cui la modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte, ma non ritiene necessaria neppure una specifica clausola che attribuisca formalmente il potere, salva pur sempre la facoltà per il destinatario di rifiutare la modifica.<sup>40</sup>

Altra linea interpretativa configura le ipotesi legali e negoziali di *ius variandi* come espressione di un generale principio di ammissibilità limitata e speciale dello stesso. Ammissibilità, per un verso, soggetta al principio di eguaglianza sostanziale delle parti, che sottopone il potere di modifica a limiti e condizioni posti a garanzia della parte che ne subisce l'esercizio; dall'altro, derogando al principio della vincolatività del contratto, pone lo *ius variandi* come istituto speciale; infine, la legittimità della variazione presuppone necessariamente la sussistenza di una specifica fonte legale o negoziale.<sup>41</sup>

In considerazione dei margini di utilità delle clausole attributive del potere di variazione unilaterale per le relazioni economiche, altra parte della dottrina respinge la tesi di un generale divieto dello *ius variandi* e propende per la previsione di sanzioni per il suo abuso,<sup>42</sup> dal momento che, sebbene il potere di modifica unilaterale determini la soggezione di una parte alle scelte altrui, il suo esercizio non implica necessariamente un pregiudizio. Tuttavia, va detto che, in

---

<sup>39</sup> Cfr. G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale*, cit., p. 98; A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto*, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 347.

<sup>40</sup> Cfr. SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali*, cit., pp. 21 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 135.

<sup>42</sup> A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale*, cit., p. 400; F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 163, il quale pur sottolineando come in linea generale sarebbe possibile affermare l'illiceità della previsione convenzionale dello *ius variandi* al di fuori delle ipotesi legislative, ponendosi tale potere in apparente contrasto «con la tutela della libertà contrattuale, che è valore irrinunciabile e indisponibile delle parti», nota come lo stesso legislatore fornisca argomenti a sostegno della tesi contraria presumendo, e non dichiarando *tout court*, l'abusività delle clausole sullo *ius variandi* ad esempio nei contratti tra professionista e consumatore.



concreto, lo *ius variandi* si configura, a seconda dei casi, sia come strumento di possibile prevaricazione di una parte sull'altra, sia di composizione efficiente e ragionevole dell'equilibrio negoziale tra le parti.<sup>43</sup>

Alcuni autori,<sup>44</sup> sulla base della distinzione fra le ipotesi di *ius variandi* attribuito nel prevalente interesse della parte che lo subisce e quelle in cui è funzionale al soddisfacimento dell'interesse della parte titolare del potere, discrimina di conseguenza l'ammissibilità e la liceità delle relative pattuizioni.

La prima ipotesi viene considerata senz'altro lecita, conformandosi l'esercizio dello *ius variandi* come espressione di un potere sindacabile alla luce dei principi di correttezza e buona fede, come tale idoneo a limitare l'arbitrio della parte che esercita il potere. Nella seconda fattispecie, invece, si opera una ulteriore distinzione, a seconda che la clausola assegni un potere illimitato a una delle parti ovvero ne fissi i criteri di esercizio. Tuttavia, nel primo caso, secondo un risalente orientamento dottrinale, la clausola sarebbe nulla per contrasto con i principi fondanti dell'accordo e del vincolo contrattuale.<sup>45</sup> Mentre altri autori, viceversa, ritengono che la pattuizione potrebbe considerarsi valida ove diretta a consentire l'adeguamento del rapporto a eventi futuri, così come le modifiche apportate dalla parte titolare del potere possono considerarsi valide ed efficaci qualora tendano alla compiuta realizzazione dell'interesse sotteso al contratto.

Ciò nel rispetto del reciproco affidamento riposto dalle parti nella realizzazione dello stesso, nonché mantenendosi le variazioni entro la soglia della normale prevedibilità e ragionevolezza.<sup>46</sup> Diversamente,

---

<sup>43</sup> Cfr. S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio*, cit., p. 219; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 525.

<sup>44</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 526 e ss.

<sup>45</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 528.

<sup>46</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 222; C. IURILLI, *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 654.

nell'ipotesi opposta in cui l'esercizio dello *ius variandi* si traduca in un'alterazione unilaterale e arbitraria del programma contrattuale originariamente convenuto, verrebbe a configurarsi un'ipotesi di esercizio abusivo, censurabile alla luce del canone della buona fede, per cui l'eventuale modifica sarebbe sanzionabile con la dichiarazione di inefficacia.<sup>47</sup>

Nel secondo caso (*i.e.* fissazione contrattuale di criteri di esercizio dello *ius variandi*), la pattuizione sarebbe lecita, ma l'efficacia resta senz'altro subordinata alla conformità delle modifiche al principio di buona fede, il quale (*ex art.* 1375 C.c.) dovrebbe fungere sempre da criterio di riferimento nell'esercizio di poteri a base discrezionale, imponendo di compiere scelte coerenti con l'assetto di interessi per il quale il potere è stato conferito e consentendo di accertare l'illegittimità delle modifiche realizzate abusando della posizione di vantaggio.<sup>48</sup>

## 2.2. *Segue. Ius variandi negoziale e tipologia contrattuale di riferimento*

La vicenda modificativa unilaterale di fonte negoziale non può prescindere dalla tipologia contrattuale di riferimento adottata dalle parti, nella quale risulta inserita la clausola convenzionale attributiva dello *ius variandi* o a cui accede il negozio individuale a contenuto autorizzatorio<sup>49</sup> proveniente dal soggetto destinato a subire la modifica, considerati i rischi di incompletezza dei tentativi di ridurre a unità una realtà complessa quale quella dell'autonomia negoziale.

In quest'ottica, vanno esclusi, in primo luogo, interventi

---

<sup>47</sup> Così, L.A. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale*, *cit.*, pp. 510 e ss.; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, *cit.*, p. 235; A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale*, *cit.*, pp. 411 e ss.; G. LORIO, *Le clausole attributive*, *cit.*, p. 166.

<sup>48</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, p. 528; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *cit.*, pp. 505 e ss.; C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto*, *cit.*, p. 971; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, *cit.*, p. 205; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, pp. 144 e ss.

<sup>49</sup> Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, *cit.*, pp. 266 e ss.

modificativi con riguardo ai contratti a esecuzione istantanea e immediata,<sup>50</sup> rispetto ai quali la contestualità tra conclusione ed esecuzione non permette la successiva variazione del rapporto, dovendosi configurare le eventuali vicende modificative in relazione alle ipotesi di inadempimento.

Differente è il caso in cui la legge o il contratto abbia dilazionato l'effetto negoziale a un momento successivo alla conclusione del contratto ovvero abbia differito l'esecuzione o, ancora, previsto l'adempimento entro un termine stabilito. In questi casi, la prassi ammette principalmente clausole con le quali le parti rimettono alla determinazione o alla rideterminazione successiva di una di esse il corrispettivo della prestazione.<sup>51</sup> Tuttavia, clausole di questo genere, seppure diffuse, danno vita a fenomeni eterogenei sotto il profilo strutturale e fattuale e, pertanto, sono di complesso inquadramento normativo.

Per altro verso, gli interessi dei contraenti che concludono rapporti di durata,<sup>52</sup> invece, sono soddisfatti dalla continuità dell'esecuzione, il che giustifica l'ampiezza e la varietà delle pattuizioni di *ius variandi* specie nei contratti di matrice commerciale, ove una variegata tipologia di clausole modificative si affianca alla disciplina legale ponendo inevitabili problemi di coordinamento.<sup>53</sup> In queste ipotesi, la complessità dei rapporti contrattuali e la durata delle operazioni attestano le difficoltà di gestione del rischio contrattuale, di controllo

---

<sup>50</sup> In argomento, v. P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., pp. 273 e ss.; C. RIZZUTO, *sub art. 1469-bis*, comma 3, n. 11, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, pp. 934 e s.

<sup>51</sup> Cfr. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, pp. 318 e ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 137 e ss.

<sup>52</sup> Sul tema della rilevanza della dimensione temporale nei rapporti contrattuali, v., *amplius*, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 111; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 257; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, pp. 174 e s.; S. SANGIORGI, *I rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, pp. 19 e ss.

<sup>53</sup> M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 140 e ss.

del rapporto, di realizzabilità del risultato economico, nonché la necessità di flessibilità del regolamento di interessi in ragione delle mutate esigenze delle parti. Criticità cui i contraenti possono far fronte con il conferimento, in favore di entrambi o di uno di essi, di un potere di modifica unilaterale, agendo nello spazio concesso all'autonomia privata.

Le clausole attributive dello *ius variandi* possono riguardare le modalità di esecuzione, funzionalmente destinata a protrarsi nel tempo, e tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'esecuzione di uno o più aspetti del rapporto (entità, tempi, modi dell'azione, prezzo, ecc.). È chiaro che, in sede di attribuzione, le parti delimitano la discrezionalità del titolare del potere modificativo, mediante l'imposizione di parametri di riferimento più o meno rigorosi. Ovviamente, è ammessa la possibilità di derogare alla disciplina legale dello *ius variandi* di carattere dispositivo, mutando i termini di operatività del potere di modifica individuati dal legislatore ovvero optando per l'immodificabilità delle condizioni di contratto. Mentre risultano intangibili e, quindi, sottratte alla disponibilità delle parti, le previsioni normative di carattere inderogabile, tipico al riguardo è il riferimento alla natura delle condizioni, alla tipologia dei contratti e al procedimento modificativo, contenuto nella normativa speciale bancaria e nella disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori.<sup>54</sup>

### **3. Modifica unilaterale e determinabilità dell'oggetto della prestazione**

Come si accennava poc'anzi, lo *ius variandi* viene considerato da alcuni come un possibile strumento di arbitrio e prevaricazione in virtù della sua apparente collisione con alcuni fondamenti della teoria generale del contratto, quali la base consensuale dell'accordo, il principio del vincolo contrattuale e il requisito della

---

<sup>54</sup> M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 142 e s.

determinatezza/determinabilità dell'oggetto (art. 1346 C.c.).<sup>55</sup> Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Cassazione ha considerato invalida, per contrasto con il principio di certezza dell'oggetto del contratto, la clausola che attribuisce a una delle parti il potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, senza predeterminarne i criteri di esercizio.<sup>56</sup>

L'ordinamento richiede che le parti stabiliscano quantomeno il nucleo essenziale del contratto (causa e natura delle prestazioni principali),<sup>57</sup> consentendo la possibilità di rimettere a un terzo la determinazione della prestazione negoziale (art. 1349 C.c.), operazione che tuttavia deve essere oggetto di equo apprezzamento, così come gli effetti della scelta devono risultare prevedibili e tollerabili dalla controparte.<sup>58</sup>

Sulla base di tali considerazioni e ritenendo lo *ius variandi* assimilabile a un'ipotesi di arbitraggio di parte,<sup>59</sup> la Cassazione ha ritenuto nulla la clausola che rimette la determinazione della modifica al mero arbitrio, mentre la ha ritenuta valida, invece, qualora vi sia un equo apprezzamento ovvero quando sussistano criteri atti a escludere

<sup>55</sup> In tal senso, F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 40; mentre per P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 34, consentire la modifica del regolamento contrattuale, senza la necessità che la controparte presti il proprio consenso significa assoggettare quest'ultima all'altrui determinazione, con la possibilità che ne sia menomata la libertà contrattuale.

<sup>56</sup> V. CASS., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, con nota di A. SCARPELLO, p. 338; CASS., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, con nota di M. FARNETI, pp. 123 e ss.

<sup>57</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000 (rist. 2008), p. 327.

<sup>58</sup> In argomento, G.A. RESCIO, *Clausola di modifica*, cit., p. 103; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 338; F. MACARIO, *I rimedi manutentivi. L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi - 2*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V, 2006, pp. 715 e s., il quale sottolinea come la dottrina tradizionalmente escluda la rimessione della determinazione al mero arbitrio della parte; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., pp. 43 e ss., il quale sottolinea come l'ammissione di ipotesi di determinazione unilaterale sia il frutto di un percorso evolutivo che ha mutato il concetto di accordo (fenomeno che viene indicato in dottrina con l'espressione «oggettivizzazione del contratto»); C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 34.

<sup>59</sup> Cfr. S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio*, cit., p. 215.

o a circoscrivere la discrezionalità del titolare del potere, consentendo così alla controparte di avere contezza dei suoi possibili effetti.<sup>60</sup> In questa prospettiva, anche nel caso di una previsione convenzionale dello *ius variandi*, il limite risiede nel generale disfavore dell'ordinamento verso determinazioni arbitrarie di una parte contrattuale, confermato e rafforzato anche dal disposto dell'art. 1285 C.c.<sup>61</sup> Affinché la previsione dello *ius variandi* sia compatibile con il principio del vincolo contrattuale, i suoi presupposti legittimanti devono essere esplicitati nel contratto, escludendosi (ex art. 1372 C.c.) che possano realizzarsi modifiche che non trovino fondamento nel medesimo testo contrattuale.<sup>62</sup>

D'altra parte, la decisione della S.C. del 1997 è stata oggetto di diverse critiche, dirette a evidenziare come l'attribuzione dello *ius variandi* a una delle parti non comporti di per sé l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto, in quanto la relativa clausola non incide sulla fase genetica del vincolo contrattuale.<sup>63</sup>

La dottrina ritiene che il requisito della determinabilità sarebbe soddisfatto quantomeno dall'indicazione nel contratto del metodo attraverso cui l'oggetto viene definito, non rilevando l'esito dell'individuazione, né l'incertezza della prestazione, la quale

---

<sup>60</sup> Cfr. Cass., 8 novembre 1997, n. 11003. Tale orientamento della S.C., sebbene non abbia convinto la dottrina, è stato ulteriormente confermato con la sentenza dalla III Sezione civile, del 29 febbraio 2008, n. 5513, con nota di M. FARNETI, pp. 123 e ss.; in dottrina, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 338 e s.

<sup>61</sup> Secondo il quale: «Il debitore di un'obbligazione alternativa si libera eseguendo una delle due prestazioni dedotte in obbligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra».

<sup>62</sup> Vedi A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 199 e, in particolare, p. 201, il quale ritiene che un'ipotesi di *ius variandi* discrezionale, al di là delle ipotesi legali, contrasti con lo stesso principio della vincolatività del contratto; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 47, l'A. nota come le ipotesi legali di *ius variandi* «ad ampio carattere discrezionale» derogano formalmente al principio sancito dall'art. 1372 C.c.

<sup>63</sup> Vedi P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 35, n. 46; A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto*, cit., p. 349. In merito alla tematica della determinabilità dell'oggetto del contratto si vedano le riflessioni di R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, II, Torino, 2004, pp. 119 e ss.

inciderebbe solo sul grado di aleatorietà del contratto. La determinabilità dell'oggetto non può dipendere dai criteri che informano le sue modifiche successive, così come non dipende da quelli seguiti nella determinazione originaria del suo contenuto.<sup>64</sup>

In sostanza, l'esigenza di determinabilità del contenuto contrattuale sembrerebbe soddisfatta, in linea teorica, anche dalla previsione dello *ius variandi*, il quale prefigura un meccanismo mediante cui pervenire alla rideterminazione del regolamento contrattuale,<sup>65</sup> ferma restando l'inammissibilità della modifica unilaterale della natura delle prestazioni principali del contratto (che realizzerebbe una novazione unilaterale) ovvero della clausola attributiva del potere stesso. In tale ultima ipotesi, infatti, verrebbe meno la possibilità di ricondurre le eventuali modifiche alla volontà della controparte, espressa in riferimento all'originaria formulazione della clausola.

I limiti contenutistici alla modificabilità del rapporto contrattuale, pertanto, anche qualora non esplicitamente previsti dalle parti, sarebbero in ogni caso rinvenibili nell'assetto di interessi che le stesse hanno concordato al momento della conclusione del contratto.

A ulteriore sostegno della tesi della compatibilità dello *ius variandi* con i principi dell'accordo e del vincolo contrattuale si aggiunge la circostanza che il relativo potere trova pur sempre legittimazione in un preventivo consenso tra le parti, per cui le modifiche apportate unilateralmente potrebbero ritenersi sorrette da un «accordo di secondo grado»,<sup>66</sup> che non interferisce con la bilateralità negoziale,

---

<sup>64</sup> A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione*, cit., pp. 399 e ss. Nello stesso senso, C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto*, cit., p. 968.

<sup>65</sup> Cfr. C. GRANELLI, *ibidem*; cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 90.

<sup>66</sup> Così, G.A. RESCIO, *Clausola di modifica*, cit., p. 99. In tal senso cfr. anche A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto*, cit., p. 347, il quale ritiene salva la natura consensuale del contratto in quanto «delegare alla parte la sorte del contratto costituisce espressione di quella stessa autonomia negoziale che la determinazione unilaterale dovrebbe mettere in discussione». Sì, v., in senso parzialmente difforme, C. IURILLI, *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 655, il quale affermando la sussistenza di un generale divieto di *ius variandi* al di fuori delle

così come avviene nel caso della determinazione successiva del terzo (art. 1349 C.c.).<sup>67</sup>

L'inclusione nel regolamento contrattuale di una previsione di *ius variandi*, quindi, non violerebbe l'intangibilità del vincolo, sancita dall'art. 1372 C.c., con la conseguenza che il contratto potrebbe subire soltanto variazioni fondate sulla volontà delle parti o sulla legge. Il principio di vincolatività esclude, infatti, che le parti possano autonomamente attribuirsi il diritto di modificare (così come di sciogliere) il contratto, ma non impedisce che vi sia un accordo tra le parti in tal senso.<sup>68</sup> È indubbio che, una volta concluso l'accordo e fissati i suoi contenuti, a fronte del mutare degli interessi o delle circostanze, le parti possano successivamente revocare in discussione quanto concordato ovvero prevedere (all'atto della stipula) un meccanismo di revisione dell'assetto contrattuale che rimetta a una di esse la scelta delle modifiche da apportare.

Del resto, anche la S.C., nell'ammettere a date condizioni la prevedibilità del potere di modifica unilaterale, ha affermato che la tenuta dei principi generali non sia messa in discussione dalla previsione di un simile potere, ove fondato, a monte, su di una rinnovata manifestazione di volontà delle parti.<sup>69</sup>

Sulla base di quanto precede, dunque, si può ritenere ammissibile una previsione convenzionale attributiva dello *ius variandi*, pur se priva dell'indicazione di criteri e limiti al suo esercizio, configurata nel prevalente interesse della parte titolare del potere, purché gli effetti prodotti rispettino i canoni (sui quali si ritornerà in seguito) della

---

ipotesi previste dal legislatore, interpreta come un «non consenso» quello prestato dalla parte destinata a subire le modifiche».

<sup>67</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 6; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza*, cit., p. 219.

<sup>68</sup> Così G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 14; v. anche 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, p. 264.

<sup>69</sup> Cfr. sentenze dell'8 novembre 1997, n. 11003 e del 29 febbraio 2008, n. 5513; v. anche C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto*, cit., p. 967.



liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti.<sup>70</sup>

### 3.1. *Segue. Natura e forma dell'atto di esercizio dello ius variandi. Gli interessi concretamente perseguibili*

L'atto di esercizio dello *ius variandi* si pone, rispetto al negozio originario, come logicamente e cronologicamente successivo ed esterno, anche se funzionalmente collegato al regolamento del rapporto, di cui viene a plasmare l'assetto di interessi in modo parzialmente nuovo. I tratti del rapporto giuridico originario, infatti, segnano il limite esterno oltre il quale la variazione non può dispiegare l'effetto conformativo-modificativo dell'originario assetto di interessi e consente, inoltre, di definire in concreto i limiti interni entro i quali deve attuarsi variazione che, come si è detto non può mai alterare l'identità del rapporto interessato.<sup>71</sup>

Alla luce di quanto precede, un ulteriore tratto che accomuna le diverse forme di *ius variandi* è rappresentato dalla necessaria natura recettizia degli atti negoziali di esercizio del diritto, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1334 e 1335 C.c. Connotazione giustificata dal fatto che l'esigenza di tutelare la parte che subisce la variazione unilaterale rende necessaria una puntuale informazione,<sup>72</sup> in tutti quei casi in cui la stessa non sia chiamata a partecipare alla formazione della fattispecie modificativa.

<sup>70</sup> Secondo parte della dottrina, d'altro canto, ove la clausola attributiva dello *ius variandi* non risulti adeguatamente giustificata, l'intero contratto viene ad essere colpito da nullità qualora, senza tale clausola, le parti non l'avrebbero stipulato. Sul punto, cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 236.

<sup>71</sup> Sulla teoria generale delle modificazioni del contenuto contrattuale e sulla teoria della revisione del rapporto giuridico, nella quale rientra la modificazione di matrice unilaterale, v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1965, pp. 97 e ss.; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, pp. 43 e s.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, cit., pp. 104 e ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 162 e ss., secondo cui non sembra potersi revocare in dubbio la natura negoziale (unilaterale) degli atti di esercizio dello *ius variandi*, frutto della libera scelta del loro autore, fonte autonoma di effetti modificativi caratterizzati da una particolare forza, regolata dagli interessi delle parti, incidente in senso innovativo sul rapporto preesistente (*ibid.*, pp. 166 e s.).

<sup>72</sup> Così, G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 150; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 17.

In alcune manifestazioni settoriali dello *ius variandi*, tale requisito è espressamente richiesto, talvolta unitamente a specifiche modalità esecutive (si consideri, *a contrario*, l'inefficacia delle variazioni non comunicate, sancita dall'art. 118 T.u.b.). In alternativa, la natura recettizia si deve comunque ricavare dalla funzione che l'atto svolge nell'ambito dello *ius variandi*, in quanto il negozio unilaterale, per produrre i propri effetti, deve giungere a conoscenza del destinatario, assolvendo a un compito partecipativo e di garanzia nell'interesse del soggetto passivo del mutamento.<sup>73</sup>

Si ritiene acclarato, infine, l'obbligo di rispettare le modalità formali espressamente indicate nella previsione, legale o negoziale, attributiva del potere modificativo. Mentre, nelle ipotesi di silenzio del legislatore o delle parti, sembra potersi ricorrere, in via suppletiva, al principio dell'omogeneità della forma all'interno dell'operazione economica complessiva in cui si inserisce l'atto, potendosi sostenere l'identità formale tra il regolamento contrattuale originario, la fonte attributiva del potere e il negozio unilaterale di modifica.<sup>74</sup> In questo caso, pertanto, si può considerare inefficace la modifica posta in essere con un atto avente forma diversa o non ammessa.

Le fattispecie di *ius variandi* legale si innestano in rapporti caratterizzati dal protrarsi nel tempo dell'operazione economica sottesa al contratto (si pensi all'appalto, alla locazione, al rapporto di lavoro subordinato, al conto corrente e così via), con la finalità di perseguire un'ampia gamma di interessi, in linea di principio tutti

---

<sup>73</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 176 e s.; G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964, pp. 384 e s.; L. CAMPAGNA, *Conseguenze del carattere recettizio dell'accettazione*, in *Riv. trim.*, 1960, I, pp. 675 e s. Sotto il profilo testé indicato, per inciso, sembrerebbe possibile fare riferimento alla fattispecie del recesso *ad nutum* (cfr. Cass., 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. giust. civ.*, 1986, 8-9), che integra un negozio unilaterale recettizio, sottoposto alle stesse garanzie di forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto alla cui cessazione il recesso è preordinato.

<sup>74</sup> Così, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 177 e s. Cfr. altresì G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., pp. 145 e ss. Specificamente sul tema della forma degli atti unilaterali, v. T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, *passim*; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, *passim*.

riconducibili alla generale esigenza di flessibilità propria dei tipi contrattuali destinati ad avere efficacia prolungata nel tempo<sup>75</sup> ovvero che non rechino una regolamentazione dettagliata (si pensi ai contratti quadro). In simili casi, si ritiene necessario predisporre un meccanismo che consenta di gestire il rapporto contrattuale in linea con l'evolversi e il sopravvenire di circostanze rilevanti per la sua prosecuzione.<sup>76</sup> È evidente, tuttavia, che l'ammissibilità di un potere unilaterale di modifica,<sup>77</sup> pur trovando giustificazione nella richiamata esigenza di flessibilità, sia comunque subordinata all'accertamento, sul piano dell'interesse specifico perseguito dalle parti, della conformità ai principi di liceità (art. 1343 C.c.) e meritevolezza (art.

---

<sup>75</sup> Quali, ad esempio, consentire una specificazione o una modifica della prestazione, sì da realizzare l'adempimento del contratto in modo funzionale agli interessi del contraente titolare del potere (ad esempio, il diritto del mandante di impartire istruzioni al mandatario, attribuito ex art. 1711, co. 2, C.c.); consentire l'adeguamento del regolamento contrattuale a circostanze sopravvenute, che potrebbero compromettere il raggiungimento dello scopo negoziale (ad esempio, lo *ius variandi* attribuito al mandante, ex art. 1710, co. 2, C.c., e al mandatario, ex art. 1711, co. 2, C.c., ovvero di quello attribuito alla banca, ex art. 118 T.u.b.); consentire una modifica del regolamento contrattuale dettata da un mutamento nella valutazione delle situazioni giuridiche coinvolte (ad esempio, lo *ius variandi* attribuito al committente, ex art. 1661 C.c., ovvero quello che, previa indicazione di un giustificato motivo, ex art. 33, co. 2, lett. m, cod. cons., attribuisce al professionista la facoltà di modificare unilateralmente le clausole contrattuali, e così via). Sul punto, v. C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto, cit.*, pp. 970 e s.

<sup>76</sup> È ovvia l'esclusione, di conseguenza, della possibilità di ammettere la previsione di un potere di modifica unilaterale dei contratti a esecuzione istantanea e immediata, nei quali la variazione del regolamento contrattuale non trova ragioni giustificative, essendo il contratto destinato a produrre i propri effetti nel momento stesso della sua conclusione. Diversamente, nei contratti a esecuzione istantanea ma differita e soprattutto nei contratti di durata, la previsione di una clausola di *ius variandi* risulterebbe, obiettivamente, un utile strumento di adeguamento del contratto a circostanze sopravvenute o al mutato quadro di interessi di una o di entrambe le parti. Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 137 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, p. 968; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale, cit.* pp. 87 e ss.

<sup>77</sup> Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 394 e ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, 1948, pp. 56 e s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 183 e s.

1322, co. 2, C.c.),<sup>78</sup> nonché nel rispetto dei valori costituzionali,<sup>79</sup> con particolare riferimento all'uguaglianza (formale e sostanziale) tra le parti, elemento fondante nello svolgimento dei rapporti interprivati.

#### **4. Lo ius variandi come strumento di adeguamento del regolamento contrattuale. Il rapporto con il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta**

Le considerazioni che precedono confermano, dunque, che il potere di modifica unilaterale rientra nel novero dei rimedi manutentivi del contratto,<sup>80</sup> funzionale alla conservazione del rapporto, nei contratti di durata, anziché alla sua risoluzione,<sup>81</sup> seppure con gli opportuni aggiustamenti, in considerazione di eventi sopraggiunti imprevedibili al momento della conclusione del contratto.

Può accadere che, in mancanza dei presupposti di legge necessari, le parti siano di fronte all'alternativa di procedere a una rinegoziazione del contratto (ai sensi dell'art. 1372 C.c.) ovvero al suo scioglimento. In particolare, nei contratti di impresa – che presentano un più rilevante impatto socioeconomico – la revisione giudiziale,

---

<sup>78</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 171; l'A. evidenzia come non sia possibile rinvenire un profilo generale di meritevolezza in capo alle clausole sullo *ius variandi* solo perché queste assicurerebbero al rapporto contrattuale un meccanismo di flessibilità. In argomento, anche G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., pp. 52 e ss.; nonché M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 150 e s.

<sup>79</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 141 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., pp. 34 e s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 205; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, pp. 410 e s.

<sup>80</sup> Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 969. Con riferimento ai contratti bancari, L. NIVARRA, *Ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p. 471; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata*, cit., p. 230; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, p. 231. Sul tema dell'incidenza di eventi esogeni sul sistema contrattuale, v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, *passim*; G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, *Dir. e giur.*, 2004, pp. 5 e s.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio del notariato*, Napoli, 2008, *passim*. Specificamente, sui profili definatori delle sopravvenienze, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, pp. 943 e ss.

<sup>81</sup> Cfr. F. MACARIO, *I rimedi manutentivi*, cit., pp. 691 e ss.; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 183; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 968.

come quella concordata, può essere vista come una procedura rigida e costosa che non risponde alle esigenze di efficienza e celerità di una gestione aziendale.<sup>82</sup> Se così fosse, allora, lo *ius variandi* unilaterale potrebbe atteggiarsi a strumento più efficace rispetto alla modifica consensuale, nella gestione delle sopravvenienze negoziali, laddove il rapporto sia caratterizzato da un preminente interesse della parte titolare del potere di modifica, ovvero quando solo quest'ultima abbia le informazioni necessarie per modificare il rapporto in modo congruo.<sup>83</sup>

Lo *ius variandi* può essere visto anche come uno strumento atipico di gestione del contratto in alternativa al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 C.c. Norma, peraltro, il cui carattere dispositivo è confermato dalla possibilità di stipulare contratti aleatori (art. 1469 C.c.) e di prevedere una ripartizione alternativa dei rischi contrattuali.<sup>84</sup> L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità si pone a tutela del valore del contratto quale strumento per la realizzazione di operazioni conformi agli interessi delle parti, configurandosi come rimedio di ultima istanza nell'impossibilità di realizzare gli scopi negoziali originari.

Ebbene, mediante il ricorso allo *ius variandi*, le parti potrebbero regolare ipotesi che non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 1467 C.c., dando così rilievo a quelle sopravvenienze che non incidano sulla normale alea contrattuale o che non siano causate da

---

<sup>82</sup> Così A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale, cit.*, p. 176.

<sup>83</sup> In tali casi, infatti, le parti potrebbero addivenire allo stesso risultato mediante una nuova contrattazione che le veda entrambe partecipi, ma questa soluzione potrebbe richiedere tempi incompatibili con l'urgenza delle modifiche, così V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, p. 526; v., altresì, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti, cit.*, pp. 150 e ss.; A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale, cit.*, pp. 404 e ss.; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale, cit.*, p. 177, il quale afferma come «una clausola attributiva del *ius variandi*, ove redatta in maniera specifica e finalizzata alla modifica del contratto secondo criteri certi e controllabili dal giudice, può meglio rispondere agli interessi delle parti e consentire l'opportuno adattamento del negozio alle nuove circostanze».

<sup>84</sup> Cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale, cit.*, pp. 216 e ss.

avvenimenti straordinari o imprevedibili.<sup>85</sup> Le parti, dunque, all'atto della conclusione dell'accordo - nell'ambito della propria autonomia - possono predisporre meccanismi di adeguamento *ex post* per far fronte a sopravvenienze onerose che incidono sul contratto.<sup>86</sup> Trattandosi di clausole pattizie, la valutazione sull'incidenza degli elementi sopravvenuti spetta alle parti le quali, pertanto, sono libere di prevedere una clausola risolutiva espressa (ex art. 1456 C.c.) in presenza di un inadempimento ritenuto sufficientemente grave, oppure possono prevedere un meccanismo di revisione per contrastare circostanze sopravvenute che non incidono in misura rilevante sull'economia negoziale, utilizzando, ad esempio, una clausola di *ius variandi*.<sup>87</sup>

Tuttavia, se le parti predispongono una clausola generica, omettendo l'indicazione dei criteri (in punto di limiti e condizioni) per l'esercizio del potere di modifica unilaterale, la legittimità della stessa si ritiene circoscritta al verificarsi di eventi straordinari o imprevedibili che consentano al titolare del potere di chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. È chiaro, infatti, che simili strumenti di revisione non possano mai andare oltre l'assetto di interessi divisato nell'accordo, dovendo assolvere alla necessità di garantire, nonostante le sopravvenienze, l'equilibrio degli interessi negoziali originari,<sup>88</sup> per cui al titolare dello *ius variandi* è sempre precluso (come si dirà nel prossimo paragrafo) l'esercizio del potere al

---

<sup>85</sup> Vedi A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale, cit.*, pp. 225 e ss.; M. COSTANZA, *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, pp. 314 e ss.

<sup>86</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive, cit.*, pp. 113 e ss., in cui l'A. evidenzia come nella prassi siano diversi i meccanismi contrattuali intesi ad apportare rimedi per l'eventualità del verificarsi di una sopravvenienza onerosa.

<sup>87</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive, cit.*, p. 223; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, pp. 3 e ss., nonché i numerosi contributi dottrinali ivi citati, la quale accomuna, nel percorso teorico sviluppato, il meccanismo rimediabile dello *ius variandi* a quello della rinegoziazione, ritenuti entrambi rimedi manutentivi del contratto.

<sup>88</sup> Cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale, cit.*, pp. 239 e ss.

fine di mutare il nucleo fondamentale degli interessi del contratto.

## 5. Limiti all'esercizio dello *ius variandi*

Le disposizioni in tema di *ius variandi*, in linea di massima, precisano le modalità di svolgimento e attuazione della variazione *ex uno latere*, specie in relazione ai limiti dell'esercizio del potere. Contribuiscono così alla certezza dei rapporti tra i contraenti, nonché a ridurre il disequilibrio delle posizioni negoziali, in funzione di una maggior tutela della parte economicamente e contrattualmente debole, generalmente destinata a subire l'iniziativa modificativa.<sup>89</sup>

Con particolare riguardo ai limiti all'esercizio dello *ius variandi*, oltre ai già menzionati controlli di liceità e di meritevolezza e al rispetto del canone della correttezza e della buona fede,<sup>90</sup> si ritiene in generale che il titolare del potere di variazione unilaterale possa modificare qualsivoglia condizione contrattuale, sia economica sia regolamentare.<sup>91</sup> Alcune disposizioni, invero, differenziano il

<sup>89</sup> Si v. G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1997, pp. 977 e s.; E. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

<sup>90</sup> Nel senso della necessità che i principi di buona fede e correttezza rappresentino un limite necessario all'esercizio dello *ius variandi*, v. P. SCHELSINGER, *Poteri unilaterali di modificazione*, cit., pp. 18 e ss.; N. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, pp. 553 e s.; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza*, cit., pp. 468 e ss.; L. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis*, cit., pp. 1023 e ss.; M. PIETRUNTI, *"Ius variandi" e trasparenza delle prassi bancarie dopo il riconoscimento legislativo*, in *Contr. e impr.*, 1996, pp. 205 e s.; A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza delle obbligazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, pp. 390 e s. In effetti, i limiti volti a comprimere l'operatività dello *ius variandi* di fonte legale, così come gli strumenti di tutela della parte che subisce gli effetti modificativi nella propria sfera giuridica, attestano la sostanziale conformità dell'istituto ai principi generali dell'ordinamento giuridico, in particolare al principio di uguaglianza sostanziale dei soggetti, non potendosi mai ammettere uno *ius variandi* meramente potestativo, non sottoposto ad alcun limite o condizione.

<sup>91</sup> Così, A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 188; F. FIORDILISO, *sub art. 33, comma 2, lettera o*, in E. CESARO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, pp. 241 e ss.; F. LUCCHESI, *sub art. 33, comma 2, lett. n e o*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, p. 307; M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, 2009.

trattamento normativo in ragione dei contenuti negoziali interessati dalla variazione, come si vedrà in merito alla disciplina dello *ius variandi* bancario ex art. 118 T.u.b., sebbene tale normativa presenti differenze incentrate sulla natura economica o disciplinare degli elementi sottoposti a modifica ovvero sulla tipologia e sulla durata del contratto che si giustificano in ragione delle peculiarità proprie dei rapporti regolati e che, di conseguenza, non sono suscettibili di generalizzazione, né idonei a condizionare una ricostruzione generale dell'istituto.<sup>92</sup>

Sempre con riferimento alla disciplina speciale bancaria, va detto che i dubbi circa la possibilità di realizzare la modifica attraverso l'introduzione di clausole nuove, sono stati risolti proprio in sede di applicazione dell'art. 118 T.u.b., in occasione della sopravvenuta normativa restrittiva sulla commissione di massimo scoperto (sul punto si rinvia al *Capitolo Terzo*), laddove le decisioni dell'ABF (supportate dall'azione di vigilanza) hanno sancito che lo *ius variandi* può incidere esclusivamente sui contenuti contrattuali già esistenti, salvo il limite, quindi, dell'introduzione di clausole nuove. Tale esito settoriale, tuttavia, secondo parte della dottrina, non sarebbe suscettibile di un'automatica generalizzazione, non sussistendo alcuna ragione, logica o giuridica, ostativa all'attuazione della modifica unilaterale attraverso l'introduzione di nuove clausole, piuttosto che mediante la modifica contenutistica del patto preesistente.<sup>93</sup>

Come si è detto, vi è accordo, poi, nell'escludere che lo *ius variandi* possa essere esercitato rispetto agli elementi essenziali del contratto, non potendo giungere sino a estinguere il rapporto precedente e

---

Con riguardo all'inderogabilità dei contenuti contrattuali di integrazione legale, v. A. PISU, *La pattuizione di interessi ultralegali tra oneri di forma e ius variandi dell'istituto di credito*, in *Riv. giur. sarda*, 2003, pp. 96 e ss.

<sup>92</sup> Cfr. A. PISU, *L'adeguamento dei contratti*, cit., pp. 95 e ss.

<sup>93</sup> Problema che si era posto anche in relazione alle modifiche dei contratti quadro sui servizi di pagamento, su cui v. M. DE POLI, Sub. *art. 126-sexies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2012, t. IV, pp. 1995 e ss.



crearne uno nuovo e distinto.<sup>94</sup>

A conferma di questa conclusione, si può ricordare che il carattere dispositivo della previsione che attribuisce alle parti la facoltà di recesso unilaterale (art. 1373 C.c.), depone nel senso dell'illegittimità del patto che riconosca a una o ad entrambe le parti il potere di sciogliere il vincolo contrattuale mediante il recesso, nonché quello, contestuale, di instaurare unilateralmente un nuovo rapporto giuridico, in deroga al principio generale di cui all'art. 1372 C.c. D'altronde, in tal modo, si finirebbe per ammettere la possibilità di compiere, in un rapporto contrattuale, atti unilaterali atipici, i quali divengono tuttavia fonte di obbligazione per tutte le parti, creando così una sorta di legislatore negoziale unilaterale. Per vero, tale possibilità risulterebbe revocata in dubbio anche sulla base dell'art. 1987 C.c., il quale confermerebbe l'esistenza nell'ordinamento di generale principio di tipicità degli atti unilaterali.<sup>95</sup>

Per altro verso, con riferimento al contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 C.c.), alcuni autori ricavano un principio generale per cui l'iniziativa di una parte può produrre effetti (incrementativi) nell'altrui sfera giuridica, salva la facoltà di rifiuto del destinatario. A tal riguardo, tuttavia, si è sostenuto in dottrina che il potere attribuito mediante la clausola sullo *ius variandi* non

---

<sup>94</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 46 e p. 175; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., pp. 19 e ss.; M. PARPAGLIONI, *Le clausole sulla modifica unilaterale*, cit., p. 807; M. FASIELLO, *Clausola di modificazione unilaterale del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XXIV, *Clausole ricorrenti - accordi e discipline*, Torino, 2004, pp. 272 e ss.

<sup>95</sup> La norma infatti afferma che «la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge». In tal senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, t. 1, IV ed., 2004, Padova, pp. 285 e ss., il quale sottolinea la necessaria operatività dell'art. 1987 C.c. per tutti gli atti unilaterali, i quali hanno in sé la propria causa, ossia la ragione della meritevolezza dell'interesse perseguito, sono socialmente eccezionali «e questa loro sociale eccezionalità spiega la loro giuridica tipicità». Si tenga conto, tuttavia, che la qualificazione avanzata da parte della dottrina della fattispecie di cui all'art. 1333 C.c. (sulla quale si veda *infra* nonché *Capitolo Secondo*), finirebbe con l'erosare il perimetro del suddetto principio di tipicità, dal quale esulerebbero i negozi unilaterali gratuiti a contenuto patrimoniale e aperti al rifiuto del destinatario.

corrisponderebbe alla scansione procedimentale della fattispecie di cui all'art. 1333 C.c., non avendo la controparte l'effettiva possibilità di valutare in concreto gli effetti dell'atto posto in essere.<sup>96</sup>

Ulteriore conferma di quanto precede, può desumersi dalla disciplina in tema di novazione,<sup>97</sup> in quanto i presupposti dell'istituto si identificano, da un lato, nella modificazione dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione e, dall'altro, nella comune volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione.<sup>98</sup>

Fermo restando che i confini del potere di modifica unilaterale, così come di ogni altra ipotesi di variazione del rapporto contrattuale, si rinvencono negli artt. 1230 e 1231 C.c.,<sup>99</sup> è chiaro che sia la fattispecie novativa sia quella modificativa rappresentano strumenti idonei a consentire alle parti una rimodulazione dei propri interessi, pur rimarcando necessariamente come le stesse si differenzino sul piano degli effetti: la novazione comporta l'estinzione della precedente obbligazione e la sua contestuale sostituzione, mentre la variazione unilaterale si sostanzia nella sola trasformazione del rapporto, fermi restando i suoi elementi fondativi.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 30.

<sup>97</sup> Cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 27.

<sup>98</sup> Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 20.

<sup>99</sup> Secondo l'art. 1230 C.c. «La obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco». L'art. 1231 C.c. dispone che «Il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione».

<sup>100</sup> Non v'è dubbio che l'identità del rapporto giuridico venga meno qualora ne sia modificato il titolo, poiché in tal modo si determina un riassetto di interessi non compatibile con la situazione preesistente. Se invece la modifica incide sull'oggetto della prestazione, occorre distinguere tra un'incidenza di carattere qualitativo o soltanto quantitativo. Secondo le posizioni teoriche prevalenti, l'identità originaria del rapporto subisce un'alterazione se si realizza una modifica qualitativa dell'oggetto, sia nel caso in cui venga modificato il tipo di prestazione (a un'obbligazione di fare viene sostituita un'obbligazione di non fare o di dare), sia quando venga l'intervento riguardi il comportamento o il bene dedotto in obbligazione (purché si tratti di prestazioni infungibili). All'opposto, l'identità del rapporto viene preservata da una modifica quantitativa dell'oggetto della prestazione (così, i mutamenti che incidano soltanto sulle modalità di esecuzione della prestazione), la quale non comporti un'alterazione del nucleo fondamentale

Dunque, la linea di demarcazione tra il fenomeno modificativo e quello novativo può rinvenirsi nell'accessorietà della modifica del regolamento negoziale, con riferimento a quanto previsto dall'art. 1231 C.c., in punto di esemplificazione delle ipotesi che non comportano novazione.<sup>101</sup> Sulla base di tale dato, sembra possibile, da un canto, ritenere inammissibile una clausola che attribuisca a una delle parti il potere di modificare gli elementi essenziali del contratto e, dall'altro, di consentire un sindacato di merito sulla modifica posta in essere, al fine di verificarne l'eventuale sconfinamento dal naturale perimetro della vicenda modificativa. Naturalmente, non essendo possibile predeterminare in concreto l'accessorietà dell'elemento su cui incide il potere di modifica unilaterale, in ragione della matrice chiaramente soggettiva di tale profilo, occorre fare riferimento al concreto assetto di interessi nel contratto.<sup>102</sup>

### *5.1. Segue. Procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di modifica unilaterale e trasparenza*

Nelle varie declinazioni settoriali si rinviene la tendenza alla compressione del potere di modifica unilaterale per il tramite di una sorta di scansione procedurale del suo esercizio, ottenuta attraverso la previsione di una data sequenza di atti, prevalentemente in funzione informativa. Tale articolazione procedimentale - composta di atti informativi, comunicativi e di esercizio - è strettamente connessa all'attuazione del principio di trasparenza nei rapporti tra le parti,

---

dell'assetto di interessi tale da eliderne la compatibilità con quello originario. In tal senso, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 25 e ss. e pp. 54 e ss.; C. CARACCILO, *La novazione - postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 2008, pp. 1 e ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., pp. 36 e ss.

<sup>101</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 47.

<sup>102</sup> Sul punto, si suole richiamare l'esempio della modificazione di un termine che può incidere sull'individuazione del tipo negoziale o del tipo di prestazione. Tanto avviene, ad esempio, nel caso di un contratto di fornitura, dove la modifica della modalità temporale di esecuzione della prestazione potrebbe trasformare il rapporto in una semplice compravendita, così, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 64 e s.; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., pp. 43 e s.; P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, cit., pp. 436 e s.; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 28.

risultando preordinata a fornire informazioni complete e corrette al soggetto che subisce l'esercizio dello *ius variandi*, in funzione di riequilibrio delle posizioni reciproche del rapporto cui attiene l'esigenza di trasparenza.<sup>103</sup>

Con riguardo, in particolare, alla violazione degli obblighi di trasparenza connessi all'esercizio dello *ius variandi*, la sanzione dell'inefficacia derivata della modifica unilaterale sembra costituire, nel silenzio della legge, il rimedio più congruo alla *ratio* delle norme che impongono l'adozione di particolari misure informative.

In sostanza, il rispetto delle regole di trasparenza contribuisce a riequilibrare il rapporto contrattuale e a rafforzare la posizione della parte che subisce il mutamento. In alcuni casi, tale risultato è raggiunto, intervenendo direttamente a limitare e conformare lo *ius variandi* con la previsione di indicazioni obbligatorie (ad esempio, in termini di contenuto minimo della modifica); ovvero, in via indiretta la trasparenza è assicurata mettendo il soggetto passivo (attraverso la previsione di obblighi informativi) in condizione di valutare il rispetto del procedimento e il superamento dei limiti posti al potere modificativo, fermi restando gli strumenti di tutela previsti in via generale dall'ordinamento in fase esecutiva (tra cui, anzitutto, il risarcimento del danno).

Conferma la scelta interpretativa, nel senso dell'inefficacia del mutamento se ricorre la violazione delle regole di trasparenza, la previsione di cui all'art. 118 T.u.b. che (come si dirà nel prossimo *Capitolo*) sancisce espressamente l'inefficacia delle modifiche unilaterali, sfavorevoli per il cliente, di tassi, prezzi e altre condizioni contrattuali per i quali non siano state osservate le prescrizioni formali di comunicazione stabilite dal Cidr.

Accanto alle previsioni imposte in funzione di trasparenza, si colloca altresì la tendenza a recuperare margini di formalismo, inteso quale fenomeno di valorizzazione della forma a fini di informazione, in cui all'essenziale carattere di protezione si mescola quello pedagogico

---

<sup>103</sup> M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 223 e s.

rispetto al contraente ritenuto “debole”.<sup>104</sup>

Infine, le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione delle disposizioni in tema di forma passano attraverso una valutazione preliminare di derogabilità delle stesse. La natura inderogabile delle prescrizioni formali sembra potersi ricavare dalla funzione di garanzia<sup>105</sup> e promozione dei valori, anche di rilevanza costituzionale, dell’uguaglianza sostanziale tra le parti e della solidarietà sociale,<sup>106</sup> che la forma assolve in questi casi, incidendo in termini di riequilibrio e di protezione su rapporti intercorrenti tra soggetti di diversa forza economica e contrattuale, riferendosi a un istituto (lo *ius variandi*) caratterizzato dalla soggezione di un contraente all’iniziativa discrezionale dell’altro.<sup>107</sup>

## **6. Brevi considerazioni conclusive e presentazione della ricerca**

Dall’analisi che precede, si desume chiaramente che le disposizioni normative in tema di potere unilaterale di modifica dei contratti – e, principalmente, la previsione di un giustificato motivo, la specificazione in contratto delle condizioni analitiche che legittimano il titolare al compimento della variazione, il richiamo ai principi di correttezza e buona fede nell’esecuzione – consentono di individuare, in via interpretativa, i tratti generali di una disciplina del potere di variazione unilaterale. Istituto che, nella sostanza, deve trovare una meritevole giustificazione e non può giungere ad alterare, senza

---

<sup>104</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., p. 152; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)*, in *www.Giur.it.*, 1993, IV, co. 63 e s.; sul punto, v. altresì V. RIZZO, *Le clausole abusive*, cit., p. 538; G. DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Dir. dei trasp.*, 1995, p. 720.

<sup>105</sup> In tal senso, specificamente, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., pp. 97 e ss.

<sup>106</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell’art. 1175 C.c.*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1965, I, pp. 158 e ss.; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l’attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.)*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pp. 154 e ss.

<sup>107</sup> Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., pp. 233 e ss.

fondamento, la posizione dell'altra parte, per il tramite di modalità di esercizio arbitrarie o irragionevoli.

Dalle disposizioni del Codice civile e della legislazione speciale si ricava, pertanto, la riconducibilità delle regole in tema di *ius variandi*, sotto il profilo della tutela del soggetto passivo, a un sistema omogeneo, nelle sue linee essenziali, nel quale l'interprete possa agire concretamente per assicurare la prosecuzione del rapporto attraverso il mutamento. Ne consegue che gli strumenti di informazione, controllo e reazione apprestati dall'ordinamento in materia di modifiche unilaterali diventano parte integrante, opportunamente adattati, del regolamento contrattuale.

In questo quadro, seppure sinteticamente delineato, l'esercizio concreto dello *ius variandi* bancario presenta taluni elementi di discontinuità e differenza rispetto sia all'ambito generale, appena richiamato, sia ad altre fattispecie settoriali analoghe, peculiarità evidentemente connesse alla specificità della banca nell'esplicazione della sua sfera operativa principale. Come si è accennato, difatti, alcune delle soluzioni interpretative elaborate dalla dottrina con riferimento all'applicazione della fattispecie bancaria non sono suscettibili di automatica estensione al "modello" generale né ad altri ambiti legislativi speciali, in ragione di differenze incentrate sulla natura economica delle componenti negoziali soggette a modifica ovvero sulla tipologia dei contratti e delle situazioni soggettive. Si pensi *in primis* alle esigenze costituzionali di tutela del risparmio.

Per altro verso, gli esiti, qui prospettati sul piano dogmatico, trovano conferme fattuali nell'azione del principale sistema alternativo di risoluzione delle controversie attivo in ambito bancario (l'Arbitro Bancario Finanziario), il quale ha elaborato orientamenti di rilevante spessore, qualitativo e quantitativo, creando una proficua interazione con le prassi applicative delineate dalla giurisprudenza e sollecitando, altresì, i regolatori ad adeguare la disciplina alle esigenze emerse da questi processi sinergici.

# Riflessioni su profili fiscali delle attività svolte nella creator economy

di **Stefano D'Albenzio**

*Autore su [InnovazioneDiritto.it](http://InnovazioneDiritto.it)*

## **ABSTRACT**

The proliferation of new professions, due to the incessant technological development, poses the need to intercept unprecedented expressions of taxable capacity and, among these, the taxation of income portrayed by the activities carried out professionally by the broad category of digital content creators. The services rendered by them, in fact, although characterized, oftentimes, by elements that coincide with the cases arising from sponsorship contracts, do not exclude the occurrence of certain difficulties both identifying and applying on the tax application side.

Hence, we try to consider, albeit succinctly and proceeding with an evolutionary reading, the fundamental precept of the ability to pay in order to verify the advisability or otherwise of introducing a tax expressly aimed at context workers and to make, if necessary, the system more adequate to intercept their income whenever they implement and manage their content published on the web, aimed at businesses or individuals, to enhance for commercial purposes through the image disseminated online, including their own.

## **SINTESI**

*Il proliferare di nuove professioni, in ragione dell'incessante sviluppo tecnologico, pone la necessità di intercettare inedite espressioni di capacità contributiva e, tra queste, la tassazione dei redditi ritratti dalle attività svolte in modo professionale dall'ampia*

*categoria dei creatori di contenuti digitali. Le prestazioni dagli stessi rese, infatti, pur se connotate, di sovente, da elementi che coincidono con le fattispecie derivanti da contratti di sponsorizzazione, non escludono l'insorgenza di talune difficoltà sia identificative che applicative sul versante applicativo tributario.*

*Da qui, si prova a considerare, sia pur succintamente e procedendo con una lettura evolutiva, il precetto fondamentale della capacità contributiva al fine di verificare l'opportunità o meno d'introdurre un tributo espressamente rivolto ai lavoratori del contesto e per rendere, eventualmente, il sistema più adeguato a intercettare i redditi tutte le volte in cui implementino e gestiscano i loro contenuti pubblicati sul web, rivolti a imprese o privati, per valorizzare a fini commerciali attraverso l'immagine diffusa online, anche la propria.*



## SOMMARIO

**1.** Introduzione: la ricerca di nuove forme di determinazione degli imponibili nel processo evolutivo dell'economia, del business e della società - **2.** La capacità contributiva declinata riguardo alla produzione di ricchezza a opera del digital content creator - **3.** L'individuazione della figura professionale e la stipula di contratti di sponsorizzazione - *3.1. (Segue) L'interpretazione dell'amministrazione finanziaria* - **4.** La qualificazione dei redditi quali redditi di lavoro autonomo - *4.1. (Segue) Quali redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente* - *4.2. (Segue) Quali redditi d'impresa* - *4.3. (Segue) Quali redditi diversi* - **5.** L'opportunità o meno di introdurre un tributo specifico - **6.** Considerazioni conclusive

### **1. Introduzione: la ricerca di nuove forme di determinazione degli imponibili nel processo evolutivo dell'economia, del business e della società**

Lo scenario economico, a seguito dell'avvento della digitalizzazione e, più recentemente, in ragione degli effetti della crisi determinata dalla pandemia prima e dal conflitto russo-ucraino poi, ha espresso repentine e profonde mutazioni e rinforzato l'emergere di nuove forme di *business* da cui sono conseguite non poche difficoltà quanto all'elaborazione di sistemi di tassazione declinati in ordinamenti certi e stabili nel tempo,<sup>1</sup> oltre che atti a intercettare in un senso sempre efficace e giusto le inedite manifestazioni di capacità contributiva

---

<sup>1</sup> Cfr. L. CARPENTIERI, *Nuovi presupposti d'imposta e nuovi criteri di determinazione degli imponibili: riflessioni de iure condito e de iure contendo*, in *Riv. dir. trib.*, 11 gennaio 2024.

determinatesi.

Sicché, mentre l'economia, gli affari e la società hanno accelerato i propri itinerari, il legislatore tributario non sempre ha fatto altrettanto e con riferimento alle imprese, talune hanno potuto trarre profitti e ritrarre vantaggi indebiti proprio in ragione di lacune normative ricorrendo a pratiche di *profit shifting* e, più in generale, di pianificazione fiscale aggressiva.<sup>2</sup>

Invero, guardando al contesto globale, ben prima delle ultime "emergenze", si erano registrate determinate mutazioni in ragione dell'incessante diffusione delle opportunità offerte dai processi di digitalizzazione, indirizzati a potenziare le *performance* delle realtà produttive con susseguenti emersioni di forme di ricchezza rapportate, essenzialmente, a elementi intangibili.

Da qui, la progressiva diminuzione delle organizzazioni *brick and mortar* non identificabili più nei territori di appartenenza mancando le strutture fisiche riferibili.

In effetti, le *web companies* con i loro modelli commerciali *online* hanno posto seri ripensamenti rispetto ad alcuni istituti tradizionali e, in specie, rispetto a quello della stabile organizzazione relativamente alle giurisdizioni esterne alle "mura" domestiche.<sup>3</sup>

La trasformazione dei processi produttivi ha perciò richiesto, ancor prima dei servizi e/o prodotti offerti sui mercati, d'individuare espressioni emergenti di ricchezza da sottoporre a tassazione e, dunque, d'identificare i nuovi contribuenti nella prospettiva di allocare in modo più adeguato le produzioni di gettito tra i diversi Stati

---

<sup>2</sup> In argomento, tra gli altri, P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in F. AMATUCCI - R. C. GUERRA (a cura di), *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, Roma, 2017, pp. 275 e ss.

<sup>3</sup> Tra gli Autori che, nel tempo, hanno approfondito la tematica, cfr., in particolare, P. ADONNINO, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. UCKMAR (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, pp. 67 e ss.; S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. 288 e ss.; S. CIPOLLINA, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2014, 1, pp. 21 e ss.

coinvolti.<sup>4</sup>

Pertanto, l'anzidetta *permanent establishment*<sup>5</sup> o, ancora, il *transfer pricing*, ormai inadeguati a rispondere alle "esigenze" variate del Fisco, hanno fatto sì che, rispetto alla prima e a livello internazionale, si giungesse alla revisione dell'art. 5 del Modello OCSE e del commentario relativo al fine di recepire le conclusioni del Rapporto sull'Azione 7 dei BEPS relativo al contrasto dell'elusione e alla successiva approvazione della Convenzione multilaterale.

Invece, sul piano interno, l'evoluzione ultra-europea ed unionale, ha comportato l'introduzione della stabile organizzazione digitale o virtuale, ossia svincolata dalla "fisicità" delle imprese che operano sul *web* e la cui definizione è rinvenibile nella lett. *f-bis*) del comma 2 dell'art. 162 T.u.i.r.<sup>6</sup> In particolare, nell'espressione si enuclea l'ipotesi delle realtà produttive che mostrino "una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato", sebbene "costruite" senza che emerga in esso una loro "consistenza fisica".

Relativamente poi alle attività a contrasto di pratiche abusive, più proposte e direttive sovranazionali se ne sono occupate sul presupposto di adeguare con sollecitudine le discipline tributarie nazionali ai nuovi metodi di produzione di ricchezza e all'effettiva loro localizzazione.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> In tema A. FEDELE, *Nuova ricchezza ed elementi essenziali di capacità contributiva nella dimensione postmoderna*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2023, pp. 1 e ss.

<sup>5</sup> Sul suo rinnovato concetto si rimanda a S. CIPOLLINA, *Terzo millennio, post globalizzazione e stabile organizzazione: quale tassazione per i GAFAs*, in V. MASTROIACOVO - G. MELIS (a cura di), *Il diritto costituzionale tributario nella prospettiva del terzo millennio*, Torino, 2022, pp. 185 e ss.

<sup>6</sup> Per i necessari approfondimenti, cfr. S. FIORENTINO, *Stabile organizzazione virtuale "versus" presenza digitale significativa*, in *Dir. proc. trib.*, 2019, 2, pp. 129 e ss. Sul punto anche L. DEL FEDERICO, *Introduzione al dibattito sulla tassazione della Digital Economy. Le nuove forme di tassazione della digital economy*, in ID. - C. RICCI, Roma, 2018, pp. 23 e ss. Per la visione dottrinale prima dell'intervento di modifica della norma, si rinvia ad A.F. URICCHIO, *Evoluzione tecnologica e imposizione: la cosiddetta "bit tax". Prospettive di riforma della fiscalità di internet*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, 2008, 2, pp. 498 e ss.

<sup>7</sup> In merito, per rendere esempi, si consideri il "progetto BEPS" del 2013 o la Proposta di Direttiva COM(2016) 683 *final*, volta all'identificazione di una base imponibile consolidata e comune per l'imposta sulle società (CCCTB). Inoltre, si tenga presente la Direttiva 2016/1164/UE (ATAD 1), modificata dalla 2017/952/UE

Dunque, alcune imprese si sono reinventate adattando al mutato contesto i processi produttivi o, meglio, le produzioni di valore; altre, ancora, li hanno del tutto trasformati con superamento del concetto di ricchezza quale matematica differenza tra ricavi e costi.<sup>8</sup>

Sono emerse, per di più, talune attività lavorative inedite e, tra queste, quella svolta dal *digital content creator*, le cui prestazioni si caratterizzano, tra l'altro, per il rapporto peculiare che instaura con i visitatori delle sue pagine *social*, quali clienti potenziali.

In particolare, i "seguaci", se numerosi, ne determinano la "presenza digitale" e questa può anche essere significativa,<sup>9</sup> dimodoché i contenuti che il *creator* pubblica, condivide e rende fruibili per monetizzarli finiscono con il condizionare i processi d'acquisto di determinati prodotti e/o servizi verso una destinazione precisa e che attiene al *target* di riferimento.

Può accadere, peraltro, che un *internet celebrity* influenzi le scelte di acquisto degli utenti *online* sfruttando l'immagine che diffonde da remoto per scopi commerciali sulla base di contratti di sponsorizzazione remunerati, per l'appunto, in rapporto alla consistenza numerica dei propri *followers*.

Ai fini di queste note ci si chiede, pertanto e *in primis*, come ciò possa trovare adeguata collocazione nella prospettiva dell'art. 53 Cost., nel senso di poter pervenire, eventualmente, a un'interpretazione più "elastica" del precetto rispetto a quella intesa classicamente e che, notoriamente, rappresenta il canone fondamentale del nostro ordinamento tributario sovrintendendo alla

---

(ATAD 2), nonché le Proposte di Direttive COM (2018) 147 *final* (*Comprehensive Solution*) e COM(2018) 148 *final* (*Targeted solution*). In dottrina C. BUCCICO, *La Convenzione multilaterale BEPS: i principali impatti sui Trattati bilaterali*, in *Innovazione e diritto*, 2018, 2, pp. 17 e ss. Al riguardo anche S. DE MARCO, *Riflessioni in tema di stabile organizzazione digitale*, in *Innovazione e Diritto*, 2021, 1, pp. 45 e ss.

<sup>8</sup> In tema G. CORASANITI, *La creazione di valore secondo i principi internazionali*, in C. BUCCICO - S. DUCCESCHI - S. TRAMONTANO (a cura di), *L'evoluzione della fiscalità internazionale: le venti "primavere" di Napoli*, Milano, 2020, pp. 81 e ss.

<sup>9</sup> Per considerazioni puntuali sul concetto, cfr. S. FIORENTINO, *Stabile organizzazione virtuale "versus" presenza digitale significativa*, *cit.*, pp. 135 e ss.

ripartizione del carico impositivo tra i consociati.

Successivamente, ci si interroga se occorra o meno ipotizzare un intervento del legislatore indirizzato a introdurre un regime fiscale appositamente dedicato ai redditi conseguiti dai *creators* digitali.

Più ampiamente e da subito, si osserva come l'ecosistema necessiti di specifiche regolamentazioni e ciò anche per ciò che concerne un'identificazione più esatta delle attività professionali in questione con riguardo al codice Ateco applicabile, dal momento che quelli attualmente previsti appaiono sin troppo generici.

Si pensi, ad esempio, alle prestazioni rese da *bloggers* o *youtubers*, oppure rivolte a promuovere prodotti, condurre campagne di *marketing*, offrire servizi pubblicitari mirati ad attrarre clientela o per fidelizzare quella già acquisita, lanciare film e ulteriori prodotti audiovisivi.<sup>10</sup>

## **2. La capacità contributiva declinata riguardo alla produzione di ricchezza a opera del digital content creator**

Il comma 1 dell'art. 53 Cost. esplicita la volontà del Costituente di richiamare "tutti" al concorso alle spese pubbliche in base alla capacità contributiva di ciascuno.

Si tratta di un dovere e, al contempo, di un presidio, affinché i fatti economici che l'esprimono si commisurino, relativamente al carico tributario, all'effettiva condizione economica di ogni consociato, senza che su tale commisurazione incidano ricchezze prodotte da altri.<sup>11</sup>

Sebbene il precetto sia stato largamente interpretato nel tempo e non senza contrasti dalla dottrina, la sua applicazione con riferimento

---

<sup>10</sup> Infatti, i codici Ateco previsti al momento sono il 73-11-01 e il 73-11-02.

<sup>11</sup> *Ex pluribus*, Corte cost., nn. 179/1976; 400/1987; 219/1989. In dottrina cfr., in particolare, F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. PERRONE - C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 45 e ss.; G. FALSITTA, *Natura e funzione dell'imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua "indisponibilità"*, in S. LA ROSA (a cura di), *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008, pp. 68 e ss.

ai nuovi modelli economici e di *business* continua a determinare visioni non sempre coincidenti.

Al proposito, difatti, alcuni Autori ritengono che il metodo tradizionale debba essere ampliato per poter individuare le manifestazioni rinnovate di capacità contributiva sì da consentire un'attuazione maggiormente adeguata della norma costituzionale alle espressioni di ricchezza digitale o, comunque, digitalmente ottenute, coniugando il rispetto del canone con l'effettività e la concretezza delle economie moderne.<sup>12</sup>

In sostanza, questa visione richiede che sia necessario modificare sul piano sostanziale il precetto per adattarlo agli scenari del presente e, dunque, che la capacità contributiva non dovrebbe essere intesa solo come *ability to pay*. Vi sarebbe, perciò, uno spazio per definirla quale mero criterio di riparto che autorizza a scegliere il soggetto passivo d'imposta in relazione a fatti e atti da lui realizzati che non necessariamente dimostrano una forza economica a contenuto patrimoniale, bensì attribuiscono solo vantaggi economicamente e socialmente rilevanti.<sup>13</sup>

Un orientamento consolidato della Consulta sulla capacità di che trattasi, tuttavia, resta fermo sul fatto che la stessa vada desunta concretamente dal presupposto economico a cui ragguagliare l'ammontare del prelievo.<sup>14</sup>

È pur vero, comunque, che il Giudice delle leggi ha sviluppato un'ulteriore interpretazione, strettamente collegata al principio di

---

<sup>12</sup> In questo senso R. SUCCIO, *Digital Economy, Digital Enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 6, pp. 2374 e ss.

<sup>13</sup> F. GALLO, *Ability to pay and equality principle*, 2014, p. 2, visionabile in [www.salviniesoci.it](http://www.salviniesoci.it).

<sup>14</sup> Cfr. E. DE MITA, (voce) *Capacità contributiva*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., II, Torino, 1987, p. 457. Quanto all'ulteriore finalità, di cui al comma 2 dell'art. 53 Cost., ossia a "criterio di riparto" che si ricollega agli ulteriori principi di giustizia distributiva ed equità del tributo, si veda. F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, cit., pp. 81 e ss.; *id.*, *Il tributo quale indispensabile strumento di politiche (re)distributive*, in *Rass. trib.*, 2/2021, p. 289; A. GIOVANNINI, *Legalità ed equità: per un nuovo sistema impositivo*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, 6, p. 2340.

uguaglianza. Le espressioni di capacità contributiva, difatti, sono rinvenibili pure nelle fattispecie idonee a esprimere forza economica o potenzialità economica «sganciate dal concreto garantire i mezzi per farvi fronte».<sup>15</sup>

Sulla scorta di queste considerazioni minime e ritornando al tema d'indagine, la ricchezza prodotta dal *digital creator* potrebbe essere direttamente correlata al quantitativo di seguaci/clienti che lo stesso annovera sul proprio profilo *online*<sup>16</sup> o, meglio, gli elementi discriminanti potrebbero essere rappresentati da tale quantitativo numerico. D'altronde, ai *followers* sono pubblicizzati prodotti e/o servizi mediante l'*engagement rate* e, quindi, ciò che rileva è proprio l'attitudine nel coinvolgere consumatori creando con gli stessi "interazioni". Dunque, quanto più elevato risulta il numero di *followers* vantati, tanto più il creatore digitale può incrementare la possibilità di orientare le scelte di acquisto o, comunque, mostrare la sua attitudine a "far tendenza".<sup>17</sup>

Ritornando solo per un attimo al delicato tema della capacità contributiva – come anticipato – autorevole dottrina propende per una sua interpretazione più estensiva<sup>18</sup> e, quindi, maggiormente inclusiva:

---

<sup>15</sup> Per una lettura garantista della capacità contributiva si veda F. MOSCHETTI, "Interesse fiscale" e "ragioni del Fisco" nel prisma della capacità contributiva, in ID. - M. BEGHIN - R. SCHIAVOLIN - L. TOSI - G. ZIZZO (a cura di), *Atti della giornata di studi in onore di Gaspare Falsitta*, Milano, 2012, pp. 157 e ss. Per una visione diversa, cfr. F. GALLO, *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, cit., pp. 79 e ss.

<sup>16</sup> Con riguardo all'attività svolta dagli *influencers*, cfr. S. SCARASCIA MUGNOZZA, *Prime riflessioni sulla tassazione degli influencers*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2021, 2, p. 132.

<sup>17</sup> L'ASSOCIATION OF NATIONAL ADVERTISING MANAGERS ha provveduto a suddividere le categorie degli *influencers* in base al numero dei loro *followers*. Al proposito, esse sono state differenziate in *celebrities (influencers)* con 500.000 seguaci e oltre), *mega-influencers* (da 100.000 a 500.000), *macro-influencers* (da 10.000 a 25.000) e *nano-influencers* (da 10.000 a 1.000). Considerando, poi, il grado di "influenza" che tali soggetti sono in grado di esercitare, un'ulteriore diversificazione è stata compiuta tra *social broadcaster*, *mass-influencer* e *potential influencer*, a seconda delle competenze specifiche/settoriali, del bacino di utenti in grado di raggiungere e dell'ascendenza potenziale nelle rispettive *communities*. Per questi riferimenti si consulti [www.ana.net](http://www.ana.net).

<sup>18</sup> In questo senso e rispetto ai tributi ambientali, cfr. P. SELICATO, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*,

l'obbligo tributario sorgerebbe (anche) a fronte di manifestazioni di ricchezza non necessariamente coincidenti con quelle tradizionali. L'attitudine alla contribuzione, pertanto, sarebbe da identificare *anche* in «fatti, circostanze e situazioni non immediatamente trasponibili in termini di ricchezza disponibile».<sup>19</sup>

Contestualizzando il tutto rispetto ai contribuenti in commento, il numero di seguaci vantati di per sé non costituisce un contenuto propriamente patrimoniale, bensì rappresenta il fattore principale rispetto al quale un'impresa che intenda lanciare i propri prodotti/servizi può avvalersene versandogli corrispettivi rapportati all' "influenza" conseguita nella sua *community*.

Del resto, tali soggetti, proprio in rapporto al numero dei seguaci vantati, ricoprono una posizione, più o meno, dominante nel mercato di riferimento suscettibile d'imposizione fiscale.

Ma la schiera di *followers* può fungere da autonomo presupposto per introdurre un nuovo tributo?<sup>20</sup> Oppure la manifestazione di ricchezza espressa dal creatore digitale è già intercettata correttamente nel nostro ordinamento tributario?

In sostanza, occorre procedere, eventualmente, a qualche rivisitazione delle norme preesistenti o, piuttosto, il legislatore deve predisporre un tributo *ad hoc*?

### **3. L'individuazione della figura professionale e la stipula di contratti di sponsorizzazione**

La professione del *digital creator* sconta la carenza di un inquadramento normativo e ciò richiede di considerare gli elementi

---

in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2004, 2-3, pp. 257 e ss.; A.F. URICCHIO, *Emergenze ambientali e imposizione*, in AA.VV., *La dimensione promozionale del Fisco*, Bari, 2015, pp. 281 e ss.; V. FICARI (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Roma, 2018, *passim*.

<sup>19</sup> Così M. BASILAVECCHIA, *La tutela ambientale: profili tributari*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, 4, p. 753.

<sup>20</sup> Si è posta la questione rispetto agli *influencers* S. SCARASCIA MUGNOZZA in *Prime riflessioni sulla tassazione degli influencers*, *cit.*, p. 133.



principali che la contraddistinguono.

A titolo d'esempio, si possono tener presenti le attività dallo stesso esercitate attraverso l'utilizzo di canali *social*, quali *TikTok*, *Snapchat*, *Instagram*, *YouTube*, *Twitch*. Infatti, ricorrendo alle piattaforme digitali, questo soggetto pubblica "contenuti" accessibili a una platea di utenti, talvolta estremamente vasta, sulle sue pagine virtuali (*accounts*),<sup>21</sup> ritraendo – come premesso – compensi che, usualmente, vengono commisurati all'*engagement* (o *interaction*) *rate*.

Nella maggior parte dei casi, comunque, le "entrate" conseguite sono determinate dalla conclusione di contratti di pubblicità e, in particolare, espressi in forma di *sponsorship* laddove gli *sponsee* associano all'attività diffusa sul *web*, immagini, nomi o segni distintivi degli *sponsors* in tal modo ampliando le vendite dei prodotti e/o servizi da questi ultimi offerti. In ogni caso, appare necessario sottolineare come sussista una sostanziale differenza che tipizza la professione del *digital creator* – e, in particolar modo, dell'*influencer* – rispetto a quella di un personaggio famoso che, parimenti, può stipulare contratti di sponsorizzazione.

Mentre, infatti, una sponsorizzazione tradizionale si caratterizza per lo sfruttamento dell'immagine, latamente intesa, in ragione della notorietà acquisita da una *celebrity* che già esercita un'altra attività lavorativa (si pensi, ad esempio, a uno sportivo, un cantante o un attore) e, quindi, è proprio questa che gli permette di raggiungere una platea, più o meno ampia, di utenti/clienti, commercializzandola e traendo i conseguenti vantaggi economici,<sup>22</sup> i corrispettivi ottenuti

---

<sup>21</sup> Al proposito, nel documento parlamentare del 2 marzo 2022 denominato *Indagine conoscitiva sui lavoratori che svolgono attività di creazione di contenuti digitali* a p. 8 è specificato: «[...] l'attività di *influencer* si caratterizza per la presenza di un rapporto trilaterale, ove sono presenti il soggetto creatore dei contenuti, la piattaforma ospitante e gli utilizzatori della stessa [...], nel caso degli *influencer* questa trilateralità è particolarmente accentuata e diventa, in un certo senso, parte dello stesso rapporto economico, in quanto il rapporto con gli altri utenti e la capacità di influenzarne le decisioni relative ad acquisti di beni e servizi sono parte essenziale dell'attività».

<sup>22</sup> Tali contratti si caratterizzano per una struttura "atipica" in virtù dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 C.c.; più precisamente, gli stessi si presentano "socialmente tipici" se trattasi di accordi di *personality merchandising*.

dall'*influencer* ottengono solo dallo sfruttamento della propria immagine/presenza digitale e, dunque, manca sostanzialmente la fattispecie prodromica.

La notorietà, in effetti, ne rappresenta *sic et simpliciter* l'area dei suoi affari, il proprio *core business*.

### 3.1. (Segue) L'interpretazione dell'amministrazione finanziaria

Già da una prima lettura di quanto sinteticamente esposto, emergono criticità sul versante tributario rispetto alla stipula di contratti di sponsorizzazione.

L'Agenzia delle entrate in merito si è espressa più volte,<sup>23</sup> pur se non approfondendo nello specifico la professione in disamina e soffermandosi, piuttosto, sullo sfruttamento economico dell'immagine a opera di artisti e sportivi.

In particolare, la prassi ha confermato che tale commercializzazione presenta un obiettivo promozionale e che va configurata come un elemento immateriale riferibile all'attività esercitata. Per di più, i corrispettivi ritratti dalla cessione di che trattasi configurano redditi di lavoro autonomo, sempreché l'attività sia esercitata per professione abituale.<sup>24</sup>

Ben si sa che l'allocazione corretta di una fonte di reddito in una delle categorie di cui all'art. 6, comma 1, del T.u.i.r, avviene prendendo in considerazione anche la "strumentalità" di una qualunque attività ulteriore rispetto a quella svolta in via principale da

---

Dunque, qualora un personaggio noto rinunci alla presenza virtuale, pur sempre continua a svolgere l'attività professionale principale. In tal caso, infatti, la notorietà rappresenta la "conseguenza" di quest'ultima, totalmente svincolata da una presenza sui *social*. Al riguardo A. MAGLIARO - S. CENSI, *Dall'immagine alla notorietà: la tassazione delle nuove forme di ricchezza nell'epoca dei social*, in *Il fisco*, 2021, 20, p. 1923; L. LETIZIA, *Il nuovo regime fiscale per gli impatriati dello sport professionistico*, in *Dir. proc. trib.*, 2019, 3, pp. 295 e ss. Per gli ulteriori sviluppi in merito e sempre relativi al settore sportivo, nuovamente L. LETIZIA, *Annotazioni critiche sul recente intervento di modifica del regime fiscale attrattivo a favore degli impatriati del professionismo sportivo*, in *Giur. imp.*, 2022, 3, pp. 1 e ss.

<sup>23</sup> Risoluzione n. 255/E/2009, nonché risposte a interpello nn. 139 e 700/2021.

<sup>24</sup> Agenzia delle entrate, risposta a interpello n. 139, *cit.*

un contribuente.

Per cui, non solo lo sfruttamento economico dell'immagine va considerato ma ogni altro elemento, materiale o meno, che riporta a un determinato soggetto passivo.

Orbene, rispetto a un *influencer* una delle due componenti segnalate decade, ossia il requisito dell'attività esercitata in via principale e non è presente; dunque e come detto, la fattispecie prodromica non sussiste. Egli, in sostanza, incentra il fulcro dell'attività eseguita su una costante sponsorizzazione di sé stesso attraverso i canali virtuali e ciò rende poco agevole intercettare i connotati tipici "dell'arte e della professione".

In ogni caso, l'amministrazione finanziaria ha chiarito sul punto che, ricorrendo la fattispecie, il regime fiscale applicabile deve considerare la tipologia di rapporto instaurato dal soggetto passivo con la piattaforma di riferimento e, riportando il ragionamento al *digital creator*, si possono prospettare più categorie di reddito a seconda che il corrispettivo ritratto consegua da prestazioni di lavoro autonomo (o assimilate a queste), lavoro subordinato, d'impresa oppure rientranti nell'ampia categoria dei redditi diversi.

#### **4. La qualificazione dei redditi quali redditi di lavoro autonomo**

L'Agenzia delle entrate ha specificato che se l'attività in questione è esercitata per professione abituale, ancorché non esclusiva, il reddito prodotto rientra nella categoria reddituale ex art. 53, comma 1, T.u.i.r., e dunque, tra l'altro, sorgerà in capo al creatore di contenuti digitali l'obbligo di aprire partita IVA.

Inoltre, laddove si configuri l'ipotesi di un'attività generatrice di reddito di lavoro autonomo, il contribuente - in presenza di determinate condizioni - può invocare il regime forfettario di determinazione del reddito, introdotto sin dal 2014, a favore degli

esercenti attività d'impresa, arti e professioni in forma individuale.<sup>25</sup>

Nello specifico, il vantaggio nell'adottare il regime alternativo è dato dalla determinazione del reddito imponibile mediante l'applicazione all'ammontare dei compensi percepiti di un coefficiente di redditività variabile in riferimento all'attività svolta e, poi, un'aliquota fissa del 15 per cento sull'imponibile così determinato.

Ulteriormente, a favore di coloro che iniziano una nuova attività è consentito, per cinque periodi d'imposta, di applicare un'aliquota ridotta (5 per cento), purché siano rispettati i requisiti di cui al comma 65 dell'art. 1 *cit.*

E ancora, se un committente corrisponde a un *creator* del digitale un corrispettivo riferito allo sfruttamento economico dell'immagine e si tratta di un reddito che non consegue dall'esercizio di imprese commerciali (art. 53, co. 2, lett. *b*, T.u.i.r.), lo stesso va equiparato a un reddito di lavoro autonomo e, laddove, risulti "slegato" dall'attività principale esercitata, il contribuente beneficia di una deduzione forfettaria del 25 per cento.<sup>26</sup>

Per di più, interviene l'applicazione della ritenuta d'acconto al 20 per cento sulla parte imponibile (compenso meno deduzione forfettaria) e sul contribuente non sussiste l'obbligo dell'apertura della partita IVA.<sup>27</sup>

Nell'ipotesi, infine, che il soggetto percepisca compensi da lavoro autonomo per attività non slegate del tutto da quella per cui percepisce altri redditi legati allo sfruttamento dell'immagine, i redditi

---

<sup>25</sup> L'imposta sostitutiva è stata introdotta dall'art. 1, commi 54-89, della "Legge di Stabilità 2015" (L. n. 190/2014) che, a seguito della novella apportata dal comma 54, dalla "Legge di bilancio 2023" (L. n. 197/2022), ha riformulato i requisiti di accesso, attualmente meno stringenti in termini di fatturato. Infatti, la soglia-limite di ricavi e compensi per la permanenza nel regime agevolato è passata da 65 mila a 85 mila euro, con ulteriore *gap* fino a 100 mila euro. Superato quest'ultimo, vi è poi la fuoriuscita dal regime con applicazione dell'IVA, delle ritenute d'acconto e di ogni ulteriore regola ai fini IRPEF.

<sup>26</sup> Se, però, tali compensi vengono percepiti da soggetti con un'età inferiore ai 35 anni, la deduzione forfettaria spetta nella misura del 40 per cento (art. 54, comma 8, T.u.i.r.).

<sup>27</sup> La fattispecie opera nel caso di cessione a soggetti italiani che agiscano in qualità di sostituti d'imposta.

prodotti sono attratti nella prima categoria, sempreché la stessa sia esercitata abitualmente conseguendo a ciò ogni relativo obbligo formale e sostanziale.

#### 4.1. (Segue) Quali redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente

Un *digital creator* può svolgere le sue prestazioni anche sulla base di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa e il reddito in tal modo prodotto va ascritto nei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente come l'art. 50, comma 1, lett. c-bis), T.u.i.r. dispone.

A ogni modo, si configurano redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente i compensi percepiti seguendo lo "schema" del rapporto di lavoro subordinato; si pensi all'ipotesi in cui un creatore digitale sia stato contrattualizzato da una società che ne curi gli "interessi".

Il dettato normativo contenuto nel Capo IV del T.u. prevede, invero, che i redditi, nonostante siano percepiti per attività svolte in assenza di un vincolo di subordinazione nei confronti di un determinato soggetto, debbano essere comunque assimilati a quelli di lavoro dipendente.<sup>28</sup>

Considerando poi il livello internazionale, occorre tener presente che numerose complicità sono emerse per inquadrare la tassazione applicabile alle attività accessorie alla prestazione principale, tant'è che il Modello di Convenzione dell'OCSE contro le doppie imposizioni e, in particolar modo, il suo paragrafo 15 - ove si definiscono i criteri ordinari per l'imposizione del lavoro subordinato - non contiene linee guida rivolte a identificare in modo adeguato l'aspetto.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> L'art. 50, comma 1, lett. c-bis), T.u.i.r., assimila ai redditi di lavoro dipendente anche le somme e i valori in genere percepiti, a qualunque titolo, nel periodo d'imposta "anche sotto forma di erogazioni liberali [...] in relazione ad altri rapporti di collaborazione aventi per oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo [...]". Dalla lettura della norma si ricava che anche qualora dovesse configurarsi un'ipotesi di "retribuzione" tramite *fringe benefit*, ai sensi dell'art. 2099, comma 3, C.c., questi sarebbero assimilati a fini della tassazione ai redditi di lavoro dipendente.

<sup>29</sup> Per approfondimenti in merito, cfr. L. LETIZIA, *La tassazione delle attività sportive dilettantistiche*, Torino, 2023, pp. 228 e ss.

È possibile affermare, perciò, che l'elemento decisivo deve essere rappresentato dal fatto che il reddito rinviene «la propria causale, diretta o indiretta, prima o remota, nel rapporto di lavoro dipendente, sicché il compenso stesso non sarebbe stato corrisposto nell'assenza di tale rapporto, a nulla rilevando per contro [...] né la particolare natura del compenso medesimo, né la circostanza che il soggetto erogante sia lo stesso datore di lavoro ovvero un terzo, né l'esistenza o meno di un rapporto di sinallagmaticità tra la prestazione lavorativa e il compenso percepito».<sup>30</sup>

Infine, appare d'interesse evidenziare per le considerazioni che si stanno svolgendo come il tema dello sfruttamento dell'immagine *latu sensu* sia stato interessato da un'assidua evoluzione giurisprudenziale.

In particolare, una recentissima decisione di una Corte di giustizia tributaria di secondo grado<sup>31</sup> riferita a un noto calciatore e avente a oggetto un diniego di rimborso d'imposte per aver lo stesso esercitato l'opzione per il regime sostitutivo dei redditi prodotti all'estero (art. 24-*bis* del T.u.i.r.), ha statuito che la commercializzazione di che trattasi determina la sostanziale "destrutturazione", nonché la "compresenza", dei tradizionali momenti del *pati* e del *facere*. Difatti, prima dell'avvento dei *social*, un *testimonial* era tenuto alla prestazione del *facere* in un determinato luogo e in un determinato momento concordato con lo *sponsor*, mentre lo sfruttamento dell'immagine avveniva in una fase successiva attraverso l'idealizzazione e la diffusione di campagne di *marketing* strutturate e, talvolta, differenziate territorialmente.

Diversamente, l'avvento dei *social network* ha fatto sì che l'attività del *facere* si possa realizzare "immediatamente" su pagine *online* e siti *web* che permettono di condividere e visualizzare i messaggi pubblicitari ovunque e in tempo reale.

---

<sup>30</sup> Cfr. S. PANSIERI, *I redditi di lavoro dipendente*, in G. FALSITTA (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2008, p. 16.

<sup>31</sup> Corte di Giustizia tributaria del Piemonte, sent. n. 219 del 02/2023.

In siffatto contesto, dunque, il *pati* legato allo sfruttamento economico del diritto d'immagine risulta "polverizzato" non potendosi, anche volendo, analizzare e distinguere il messaggio promozionale con riferimento «a un definito territorio di sfruttamento» sussistendo, piuttosto, «un mondo virtuale totale».

#### 4.2. (Segue) Quali redditi d'impresa

Un *digital creator* professionista nell'espletare l'attività lavorativa, oltre a utilizzare i canali *web* e *social*, può avvalersi di apposite "attrezzature" e "strutture" (fotocamere, pc, *software*, spazi fisici, etc.), nonché di collaboratori.

Conseguentemente, il profitto realizzato può ai fini fiscali rientrare nella categoria dei redditi d'impresa. In particolare, il riferimento normativo è dato dal comma 1 dell'art. 55 T.u.i.r., che indica le attività riconducibili all'art. 2195 C.c., le quali configurano – per presunzione assoluta – reddito d'impresa, anche se non risultano organizzate in forma d'impresa<sup>32</sup> ma purché esercitate per professione abituale.

Quanto al comma 2 della medesima previsione, ivi è disposto: *"I redditi derivanti dall'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 C.c. costituiscono comunque redditi d'impresa"*.

Pertanto, i redditi del *creator* potrebbero rientrare in questo dettato normativo, sebbene occorra procedere con cautela e compiere valutazioni in merito alla presenza o meno di forme organizzative di

---

<sup>32</sup> Sulla questione si è espressa varie volte la Sez. trib. della Cassazione. In particolare, nell'ord. 4 dicembre 2019, n. 31643, il giudice di legittimità ha statuito che le attività di cui all'art. 2195 C.c. «sono qualificate come espressioni dell'esercizio di impresa commerciale, indipendentemente dal fatto che siano organizzate in forma di impresa. L'esercizio delle attività di cui all'art. 2195 C.c. determina sempre la sussistenza di una impresa commerciale, ai fini del T.u.i.r., indipendentemente dall'assetto organizzativo scelto per l'esercizio dell'attività; ciò, quindi, deroga alla previsione civilistica di cui agli artt. 2082 e 2195 C.c., per il quale le attività di cui all'art. 2195 C.c. integrano i presupposti dell'impresa commerciale solo se sono organizzate». Si veda anche e, tra le altre, Cass., ord. 8 marzo 2023, n. 6874.

tipo imprenditoriale che potrebbero configurare, piuttosto, redditi di lavoro autonomo.<sup>33</sup>

Nelle professioni intellettuali, infatti, la presenza di un'organizzazione, pur complessa, non vale necessariamente a qualificare l'attività come "impresa" in quanto l'organizzazione è pur sempre "servente" e, pertanto, non "caratterizzante".

Ciò vale a dire che l'apporto intellettuale del soggetto prevale indipendentemente dalla forma organizzativa adottata.

La prestazione professionale del contribuente in commento, perciò, solo raramente può essere inquadrata come "attività svolta in forma d'impresa" prevalendo, invece, *l'intuitus personae*.

Nondimeno, l'organizzazione in forma d'impresa non concerne solo un profilo quantitativo e, quindi, la particolare complessità dei beni coinvolti, ma anche un profilo qualitativo.

Da qui, a fronte di un'organizzazione di mezzi, ciò che assume rilievo è l'opera esercitata dalla persona fisica, dato che la sola organizzazione di mezzi, pur se apprezzabile quantitativamente, non soddisfa la particolare connotazione, fiscalmente significativa, della "forma d'impresa". Tant'è che pure il lavoratore autonomo dispone di un'organizzazione di beni strumentali per l'esercizio della propria attività e può avvalersi del lavoro altrui. Quantunque, indipendentemente dalla dimensione quantitativa, tale organizzazione non configura eterorganizzazione.

In ultima analisi, l'organizzazione assume un ruolo strumentale rispetto all'opera personale del soggetto agente<sup>34</sup> ed è finalizzata a migliorarne le prestazioni.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> In argomento M. BEGHIN, *Il reddito d'impresa. Situazioni soggettive, regole generali e speciali, procedimento di determinazione, operazioni straordinarie*, Pisa, 2021, pp. 145 e ss.; O. NOCERINO, *Il principio di inerenza nel reddito d'impresa. Dalla teoria generale al diritto positivo*, Milano, 2022, pp. 57 e ss.

<sup>34</sup> Sul carattere della "personalità" dell'impresa, per tutti, G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 591 e ss.

<sup>35</sup> In questo senso O. NOCERINO, *Il principio di inerenza nel reddito d'impresa*, cit., p. 64.



#### 4.3. (Segue) Quali redditi diversi

Considerando l'art. 67 T.u.i.r., il suo comma 1 identifica - come noto - la categoria dei redditi diversi in quelli che non costituiscono redditi di capitale, non conseguono dall'esercizio di arti e professioni oppure che sono carenti di una "relazione" con la qualità di lavoratore dipendente.

Dal contenuto della norma, perciò, i redditi ottenuti dal *digital creator* confluirebbero nella categoria reddituale, genericamente individuata all'art. 6, comma 1, lett. f), T.u.i.r.

Più specificamente, questi redditi, differentemente da quelli da lavoro autonomo, si configurerebbero ogni qualvolta l'attività del soggetto venga svolta in maniera saltuaria, sporadica e, di conseguenza, non richieda l'apertura di partita IVA.

Occorre, ulteriormente, però che l'attività sia effettuata senza l'ausilio di collaboratori, oltre che svolta in piena autonomia rispetto all'attività del committente.

L'applicazione dell'art. 67 T.u.i.r., tuttavia, se assicura - da un lato - l'assoggettamento a tassazione dei redditi così conseguiti - dall'altro - non garantisce un loro adeguato prelievo ai fini IRPEF, intervenendo regole differenti per determinare quest'imposta rispetto a quelle indicate per il lavoro autonomo.

### 5. L'opportunità o meno di introdurre un tributo specifico

Nell'esordio di queste note ci si è posti l'interrogativo sulla possibilità (o la necessità) che il legislatore preveda un tributo *ad hoc* per tassare più opportunamente i redditi prodotti dai *digital creators*.

Il fondamento della considerazione si fonda sull'assunto prima indicato, ossia sul fatto che nell'ordinamento tributario, a seguito dell'evoluzione del sistema economico, già sono state introdotte nuove forme d'imposizione idonee a intercettare nuove

manifestazioni di ricchezza.<sup>36</sup>

È evidente, però e preliminarmente, che occorrerebbe individuare la categoria reddituale di riferimento per costruire un ipotetico tributo sui redditi conseguiti dai creatori di contenuti digitali.

Si potrebbe, perciò, pensare a prelievo fiscale *una tantum* da applicare, ad esempio, oltrepassata una data soglia di reddito e ciò troverebbe giustificazione nella peculiare natura della manifestazione di ricchezza a cui lo stesso si riferisce.

Ciononostante, sorgerebbero problematiche evidenti in merito alla sua legittimità costituzionale e, quindi, sarebbe necessario, innanzitutto, definirne il presupposto prendendo quale fulcro del ragionamento proprio l'innovativa capacità contributiva del soggetto passivo da rapportare al numero di coloro che seguono i suoi "canali".

Ponderando il ragionamento a fattispecie configuranti la produzione di redditi d'impresa, potrebbe considerarsi la rilevanza del capitale immateriale rappresentata, per l'appunto, dagli utenti/clienti, sino a configurare un tributo "proprio" più stabile e duraturo nel tempo.

Continuando a riflettere sull'ipotesi, non si può prescindere dalle argomentazioni *a contrario*. In particolare, rispetto alla possibilità di "convivenza" del nuovo tributo supposto con ciò che costituisce il

---

<sup>36</sup> Tra queste, a titolo meramente esemplificativo, si richiama l'imposta sugli extra-profitti (*windfall tax*), generalmente identificabile come "*an extra tax that a government charges a company when it makes a large, unexpected profit, especially if they have been helped by economic conditions*". Ancora, si richiama il contributo straordinario sugli extra-profitti delle imprese energetiche introdotto dall'art. 37 del D.L. n. 21/2022 e l'imposta straordinaria sugli extra-profitti delle banche che operano sul territorio nazionale di cui alla L. n. 136/2023. Per i dovuti approfondimenti, cfr. F. URICCHIO, *Il costo dei diritti tra controllo del debito, strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes*, in *Riv. dir. din. sc. fin.*, I, 2018, pp. 3 e ss.; R. IAIA, *Prime riflessioni sistemiche in ordine al contributo straordinario sul c.d. "caro bollette"*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 1, 2022, pp. 9 e ss.; A. PURPURA, *L'imposizione sugli extraprofitti: verso una (pericolosa) "normalizzazione" di forme non più eccezionali d'imposizione straordinaria*, in *Novità Fiscali*, 2023, pp. 628-631; A. FEDELE, *Intervento sulla rilevanza dei dati nella determinazione degli imponibili nell'era digitale*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, pp. 5 e ss.; L. CARPENTIERI, *Nuovi presupposti d'imposta e nuovi criteri di determinazione delle basi imponibili: riflessioni de iure condito e de iure condendo*, cit., pp. 7 e ss.

presupposto dell'IRAP,<sup>37</sup> ossia l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata, diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi, e costituito dal valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata.<sup>38</sup>

## 6. Considerazioni conclusive

Alla luce delle riflessioni compiute, appare evidente come il legislatore si trovi e si troverà di fronte a scenari sempre più complessi per individuare un sistema di tassazione effettivamente adeguato alle molteplici espressioni della *digital economy*.

L'emersione e la diffusione di nuove forme di produzione di ricchezza, in effetti, ha reso evidente l'inadeguatezza del sistema impositivo del presente nell'adattarsi alla realtà, non mostrandosi particolarmente allineato alla capacità contributiva dei grandi possessori di ricchezza e, corrispondentemente, penalizzando le categorie "minori", con evidente frustrazione del principio ex art. 53, co. 1, Cost.

Le ICT, in ogni caso, rappresentano un fondamentale strumento di supporto, in termini operativi, per l'individuazione di fenomeni di elusione o evasione fiscale<sup>39</sup> e, al proposito, è d'interesse la circolare operativa n. 1/2024 della Guardia di Finanza in linea con la "DAC7" recepita dal legislatore italiano nel D.lgs. n. 32/2023.

Il documento, infatti, si conforma alle metodologie di controllo eseguite a livello europeo - attività ispettive e indagini di polizia -

---

<sup>37</sup> Si tenga presente l'art. 8 della L.D. n. 111/2023 che ha disposto la revisione dell'imposta per pervenirne a un graduale suo superamento e, al contempo, per istituire una sovrimposta determinata seguendo le regole dell'IRES.

<sup>38</sup> Art. 4, D.lgs. n. 446/1997. Sull'IRAP, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a C. BUCCICO, *L'Irap nel sistema tributario italiano*, Napoli, 2000, *passim*; R. SCHIAVOLIN, *L'imposta regionale sulle attività produttive. Profili sistematici*, Milano, 2007, *passim*. Più di recente L. LETIZIA, *Lineamenti dell'ordinamento delle Regioni. Regioni e limiti del federalismo fiscale*, Torino, 2020, pp. 81 e ss.

<sup>39</sup> Relativamente all'ausilio delle tecnologie digitali nella fase di attuazione dei tributi, cfr. F. PAPARELLA, *L'ausilio delle tecnologie digitali nell'applicazione dei tributi*, in L. DEL FEDERICO - ID. (a cura di), *Diritto tributario digitale*, Pisa, 2023, pp. 155 e ss.

sulle piattaforme *online* nei confronti di imprese e persone fisiche che se ne avvalgano quali canali d'intermediazione per vendere beni e/o servizi (*marketplace*).

L'Agenzia delle entrate e la Guardia di Finanza hanno adottato, inoltre, un *memorandum* applicativo "congiunto" in cui hanno definito un piano d'azione per intensificare il contrasto all'evasione fiscale proprio nel settore dei creatori di contenuti digitali.

In definitiva, occorre che il nostro sistema fiscale si adatti al mutato contesto non solo per "far cassa" ma per rispondere a esigenze rinnovate di giustizia ed equità sociale; in tale prospettiva, si auspica l'avviamento di un processo di revisione del sistema che eviti possibili occultamenti delle nuove fonti di reddito e, quindi, di materia imponibile, come già hanno fatto altri Stati.<sup>40</sup>

Cosicché, si auspica l'introduzione di un tributo specificamente rivolto ai creatori di contenuti digitali, espressivo della loro capacità contributiva e incentrato sul quantitativo di *followers* vantato. In sostanza, bisognerebbe introdurre una forma di tassazione autonoma. Nondimeno, occorrerà che questa non risulti penalizzare eccessivamente la *creator economy* finendo con il rallentare l'ulteriore sviluppo e, naturalmente, occorrerà che sia armonizzata a livello internazionale per evitare strategie di abuso del diritto e di concorrenza fiscale aggressiva rivolte ad attrarre i redditi del contribuente digitale.

---

<sup>40</sup> Per approfondimenti sullo scenario europeo e internazionale per l'introduzione di tributi collegati al mondo del digitale, cfr. M. PIASENTE, *Reazioni internazionali e nazionali in tema di web e digital tax*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, Torino, 2020, pp. 25 e ss.; S. DE MARCO, *Profili evolutivi della fiscalità nella digital economy*, Napoli, 2022, pp. 91 e ss.; S. ARIATTI - P.L. CARDELLA, *Tributi minori e regimi speciali*, in L. DEL FEDERICO - F. PAPARELLA (a cura di), *cit.*, pp. 133 e ss.

# La riforma delle sanzioni tributarie: la deroga al principio della retroattività della lex mitior

di **Francesco Tumbiolo**

*Autore su [InnovazioneDiritto.it](https://www.innovazioneDiritto.it)*

## **ABSTRACT**

The intolerable levels reached by tax penalties prompted lawmakers to delegate the government to reform the punitive system, which would align it with the principle of proportionality and existing standards in other European states. With Legislative Decree no. 87/2024, this aim was partially pursued through a generalised reduction in the size of administrative tax penalties. However, applying the new, more favourable rules was limited to violations committed after September 1, 2024, thus derogating from the principle of retroactivity of the more favourable law.

The analysis aims to summarily reconstruct the sources of the principle of retroactivity of the lex mitior in punitive law, investigating its applicability to administrative penalties and scope. This reconnaissance is instrumental in verifying the legitimacy of the delegated legislator's choice to limit the effects of the reform.

The framework was read in light of the Constitutional Court's indications, according to which the principle of retroactivity of favourable law is provided, beyond the nomen iuris, for “substantially criminal” penalties. In particular, this principle has two normative referents: a supranational one, consisting mainly of the ECHR and the Nice Charter; and a domestic one, to be in Article 3 of the Constitution. Precisely because of the reference to the principle of equality-reasonableness, the Constitutional Court has held that the retroactivity of the favourable law cannot be considered an absolute

and non-derogable principle in the same way as the non-retroactivity of the unfavourable law.

However, the justifications adopted by the delegated lawmakers for the exemption are not entirely identified convincing: the new changed environment, characterised by the strengthening of preventive compliance, indeed cannot justify the continuation of more stringent penalties. Moreover, tax penalties cannot become the means of achieving budget balance, completely reversing the perspective: budget balance should be the “object of protection” of tax penalties.

## **SINTESI**

*I livelli intollerabili raggiunti dalle sanzioni tributarie hanno spinto il Legislatore a delegare il Governo per una riforma del sistema punitivo che lo rendesse conforme al principio di proporzionalità nonché lo adeguasse agli standard esistenti in altri Stati europei. Con il D.lgs. n. 87/2024, è stato parzialmente perseguito tale scopo attraverso una generalizzata riduzione dell'entità delle sanzioni amministrative-tributarie. Tuttavia, l'applicazione della nuova disciplina più favorevole è stata limitata, attraverso una disposizione transitoria, alle sole violazioni commesse dal 1° settembre 2024, derogando quindi al principio di retroattività della legge più favorevole.*

*L'analisi si propone di ricostruire sommariamente le fonti del principio di retroattività della lex mitior nel diritto punitivo, indagandone l'applicabilità anche alle sanzioni amministrative nonché la relativa portata. Tale ricognizione è strumentale alla verifica della legittimità della scelta del Legislatore delegato di limitare gli effetti della riforma.*

*La disciplina è stata letta alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale, secondo la quale, il principio di retroattività della legge favorevole è previsto, al di là del nomen iuris, per le sanzioni “sostanzialmente penali”. In particolare, tale principio ha due*

*referenti normativi: uno sovranazionale, costituito principalmente dalla CEDU e dalla Carta di Nizza; e uno domestico, da individuare nell'art. 3 Cost. Proprio in ragione del riferimento al principio di uguaglianza-ragionevolezza, la Corte costituzionale ha ritenuto che la retroattività della legge favorevole non può essere considerata un principio assoluto e inderogabile al pari di quanto accade per l'irretroattività della legge sfavorevole.*

*Tuttavia, le giustificazioni adottate dal Legislatore delegato per la deroga non sono del tutto convincenti: il nuovo mutato contesto, caratterizzato dal rafforzamento della compliance preventiva, non può certo giustificare il permanere di un maggior rigore delle sanzioni. Inoltre, le sanzioni tributarie non possono diventare il mezzo per raggiungere l'equilibrio di bilancio, ribaltando completamente la prospettiva: l'equilibrio di bilancio dovrebbe essere l' "oggetto di protezione" delle sanzioni tributarie.*

## **SOMMARIO**

**1.** Il quadro normativo - **2.** La giustificazione della deroga al principio di retroattività della lex mitior nella relazione governativa - **3.** Il fondamento del principio di retroattività della lex mitior e criticità delle giustificazioni addotte dalla relazione governativa per la deroga a tale principio - **4.** Conclusioni

### **1. Il quadro normativo**

Con la Legge n. 111/2023, è stata conferita al Governo la delega per la revisione del sistema tributario. Per quanto qui interessa, tra i principi e i criteri direttivi della riforma fiscale in materia

sanzionatoria, l'art. 20, comma 1, lett. c), n. 1), della Legge delega ha individuato quello di *“migliorare la proporzionalità delle sanzioni tributarie, attenuandone il carico e riconducendolo ai livelli esistenti in altri Stati europei”*.

Al fine di raggiungere l'obiettivo, il Legislatore delegato si è mosso lungo due direttive principali.

Da una parte, è intervenuto sulle disposizioni generali relative alle sanzioni amministrative (D.lgs. n. 472/1997); in particolare, si segnala l'aggiunta del comma 3-*bis* all'art. 3, D.lgs. n. 472/1997, il quale ora prevede che la disciplina delle violazioni e sanzioni tributarie è improntata proprio ai principi di proporzionalità e di offensività.<sup>1</sup>

Dall'altra, ha ridotto l'entità delle sanzioni per i vari illeciti previsti dal D.lgs. n. 471/1997 e dalle altre leggi speciali,<sup>2</sup> sempre con lo scopo di *“razionalizzare il sistema sanzionatorio, rendendolo più equo e proporzionato, e [...] adeguarlo a quello degli altri Paesi europei, anche al fine di attrarre capitali e imprese estere”*, come si legge nella relazione governativa.

Tuttavia - ed è qui uno dei punti più critici della riforma - le nuove disposizioni risultano applicabili esclusivamente alle violazioni commesse a partire dal 1° settembre 2024: di conseguenza, il trasgressore destinatario di un provvedimento non ancora definitivo all'entrata in vigore della nuova normativa non potrebbe beneficiare delle sanzioni in misura ridotta risultanti dalla riforma; e ciò in deroga al principio di retroattività della legge favorevole<sup>3</sup> già previsto a livello

---

<sup>1</sup> A tal proposito, nella relazione governativa si legge che *“La modifica recepisce la giurisprudenza di legittimità in materia (Cass. nn. 4806/2021, 18367/2021, 14795/2022, 35585/2022), imponendo il principio di proporzionalità di tenere conto anche delle mutate condizioni di rilevanza sanzionatoria del fatto (ad es. l'abbassamento dei limiti alla compensazione dei crediti)”*.

<sup>2</sup> Il riferimento è alle sanzioni in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi, nonché di altri tributi indiretti (art. 4 D.lgs. n. 87/2024).

<sup>3</sup> La retroattività della legge favorevole è una declinazione del principio del *favor rei*. Sul punto si rimanda a G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Milanofiori Assago, 2017, pp. 546-547: *“Il quadro che ne deriva, in linea col principio generale del favor rei, importa: a) la retroattività dell'abrogazione dell'illecito; b) la retroattività della norma più favorevole; c) l'irretroattività della norma più sfavorevole”*.



di normazione primaria nell'art. 3, comma 3, del D.lgs. n. 472/1997.<sup>4</sup>

Nonostante le critiche sollevate nei pareri delle Commissioni di Camera<sup>5</sup> e Senato,<sup>6</sup> la disposizione che regola gli aspetti transitori della nuova disciplina contenuta nello schema di Decreto è stata trasfusa immutata nell'art. 5 D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, recante *“Revisione del sistema sanzionatorio tributario ai sensi dell’art. 20 della legge 9 agosto 2023, n. 111”*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 150 del 28 giugno 2024 ed entrato in vigore il 29 giugno 2024.

## **2. La giustificazione della deroga al principio di retroattività della lex mitior nella relazione governativa**

Per giustificare la deroga, la relazione governativa reca una lunga apologia *“che appare alla stregua di una sorta di excusatio non petita che segnala, evidentemente, la consapevolezza da parte del legislatore delegato della grande delicatezza della questione”*.<sup>7</sup>

In primo luogo, la relazione governativa afferma che la riduzione dell'entità delle sanzioni dovrebbe essere ricollegata a una *“rinnovata impostazione del rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, cui si correla l'introduzione di nuovi principi generali per la materia e la predisposizioni di nuovi istituti giuridici per la gestione*

---

<sup>4</sup> *“Se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo”*.

<sup>5</sup> Commissioni riunite II (Giustizia) e VI (Finanze), seduta del 10 aprile 2024, in cui è stato approvato il parere favorevole con osservazioni allo schema di Decreto legislativo. In particolare, si legge nel parere che *“La prevista formulazione risulta infatti eccessivamente gravosa e, nella maggior parte dei casi, in contrasto con il principio di proporzionalità, per cui sarebbe opportuno che le disposizioni introdotte dallo schema di decreto in esame siano applicabili retroattivamente, se più favorevoli al contribuente”*.

<sup>6</sup> Commissioni riunite II (Giustizia) e VI (Finanze e tesoro), sedute del 24 e 30 aprile 2024, in cui è stato approvato il parere favorevole con osservazioni allo schema di Decreto legislativo. In particolare, il Governo è stato esortato a *“prevedere, all’articolo 5, anche solo limitatamente a specifiche violazioni, l’estensione del principio del favor rei anche alle sanzioni amministrative tributarie”*.

<sup>7</sup> F. TUNDO, *Schema sintetico delle considerazioni formulate nel corso dell’audizione del 3 aprile 2024*, reperibile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

*del rapporto tributario*". Di conseguenza, estrapolare da questo contesto la rimodulazione delle sanzioni - ossia applicare retroattivamente le misure sanzionatorie ridotte - significherebbe "consentire una indiscriminata mitigazione sanzionatoria non compensata dal potenziamento degli istituti di compliance e dal rafforzamento dell'intrinseca coerenza del sistema sanzionatorio, nel rispetto del nuovo punto di equilibrio su cui riposa l'intero ordinamento di settore". Del resto, la stessa Corte costituzionale avrebbe affermato<sup>8</sup> che la ragionevolezza di una norma dovrebbe essere valutata all'interno del contesto generale in cui è emanata, che nel caso di specie sarebbe quello del rinnovato rapporto tra Fisco e contribuente.

In secondo luogo, viene ricordato che la Consulta<sup>9</sup> ha escluso la copertura costituzionale del principio della retroattività della *lex mitior* in ambito di sanzioni amministrative, salvo che a esse possa attribuirsi una natura "sostanzialmente penale". A conferma di ciò, l'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 472/1997 permetterebbe al legislatore di derogare al principio di retroattività della *lex mitior* anche rispetto a fattispecie addirittura di *abolitio criminis*, in cui il disvalore della condotta sanzionata non è solo diminuito, ma del tutto scomparso.

Ancora e in ogni caso, il principio della *lex mitior* non sarebbe un principio assoluto, trovando fondamento nell'art. 3 Cost. e quindi potendo essere derogato a fronte di giustificazioni oggettivamente ragionevoli. Quest'ultime andrebbero ricercate innanzitutto nel mutato contesto normativo,<sup>10</sup> di per sé ragione sufficiente per sorreggere la deroga, nonché nell'interesse all'equilibrio del bilancio

---

<sup>8</sup> Il riferimento sarebbe alla sentenza Corte cost. n. 288/2019 sull'addizionale sull'IRES del 2013 di 8,5 punti percentuali per gli enti creditizi e finanziari (art. 2, comma 2, del Decreto-Legge 30 novembre 2013, n. 133). Si anticipa che non sembra una citazione coerente: nel caso oggetto del giudizio il "contesto della riforma" serviva a giustificare - sotto il profilo della ragionevolezza - l'aggravio impositivo prodotto dall'addizionale nei confronti di soggetti appartenenti al mercato finanziario; a detta della Corte, la riforma nel suo complesso aveva prodotto effetti compensativi prevedendo norme più favorevoli in materia di svalutazione e deducibilità delle perdite su crediti verso la clientela.

<sup>9</sup> Il riferimento è alla sentenza Corte cost. n. 193/2016.

pubblico, principio consacrato dall'art. 81 Cost. e vincolo rilevante a livello europeo.<sup>11</sup> In particolare, la relazione illustrativa precisa che le sanzioni irrogate o da irrogare per gli illeciti tributari commessi prima dell'entrata in vigore del Decreto sono state contabilizzate fra le entrate previste nel bilancio dello Stato: la loro perdita, attraverso l'applicazione retroattiva della nuova normativa, comporterebbe un significativo disequilibrio di bilancio. Peraltro, il principio di equilibrio di bilancio non soccomberebbe nemmeno rispetto ai tributi armonizzati: gli interessi di finanza pubblica dovrebbero essere presi in considerazione anche nell'applicazione delle garanzie della Carta di Nizza.<sup>12</sup>

### **3. Il fondamento del principio di retroattività della lex mitior e criticità delle giustificazioni addotte dalla relazione governativa per la deroga a tale principio**

Gli argomenti adottati nella relazione governativa non sono affatto convincenti e non possono ritenersi sufficienti per giustificare una deroga al principio di retroattività della legge più favorevole.

Per dimostrare quanto appena affermato, è necessario dapprima sgomberare il campo da eventuali equivoci che potrebbe ingenerare la relazione illustrativa al D.lgs. n. 87/2024. Infatti, sembra quasi che si metta in dubbio (o non si voglia ammettere apertamente) che il

---

<sup>10</sup> Viene citata a tal proposito Corte cost. n. 63/2019: *“la regola della retroattività in mitius della legge penale medesima ‘è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli’ (sentenza n. 236 del 2011)”*. Ancora, è richiamata Corte cost. n. 32/2011, in particolare, i seguenti passaggi: *“il principio di retroattività della lex mitior presuppone un’omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo”* e *“alla diversità del contesto di fatto anche quella del contesto normativo può giustificare o addirittura imporre discipline transitorie volte a limitare gli effetti retroattivi delle modificazioni normative più vantaggiose”*.

<sup>11</sup> *“La sostenibilità della finanza pubblica e la stabilità finanziaria costituiscono altresì vincoli europei a seguito del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell’Unione economica e monetaria, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012”*, così Corte cost. n. 90/2018.

<sup>12</sup> Il richiamo è a CGUE, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S.

principio di retroattività della legge più favorevole sia costituzionalmente garantito anche per le sanzioni amministrative-tributarie.

Ora, l'(apparante) esclusione dell'estensione della regola della *lex mitior* alle sanzioni amministrative non è assoluta e deve essere valutata con riferimento a "singole e specifiche discipline sanzionatorie"<sup>13</sup> e ciò sulla base della loro natura afflittiva-punitiva o meno.<sup>14</sup>

A questo proposito, si sottolinea che la maggior parte<sup>15</sup> delle sanzioni amministrative-tributarie presenta i caratteri elaborati dalla giurisprudenza della CEDU per essere considerate come sostanzialmente penali e beneficiare, attraverso l'art. 117 Cost., dell'estensione delle garanzie convenzionali per la materia penale di cui all'art. 7 CEDU,<sup>16</sup> tra le quali rientra senza ombra di dubbio pure il principio della retroattività della *lex mitior*. Il riferimento è ai criteri *Engel*,<sup>17</sup> secondo i quali una sanzione può essere definita come "penale", al di là del *nomen iuris*, quando la finalità è prevalentemente punitiva e il grado di afflittività è particolarmente elevato.<sup>18</sup>

Ancora, va rilevato che la "finalità repressiva" e l'"elevato grado di severità" hanno condotto a qualificare come "penali" alcune sanzioni formalmente amministrative, con conseguente applicazione delle

---

<sup>13</sup> Corte cost., n. 193/2016, par. 3.5, con nota di M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016.

<sup>14</sup> Corte cost., n. 63/2019, par. 6.3.

<sup>15</sup> Sono da escludere tutte quelle sanzioni meramente simboliche di importo basso e fisso: cfr. F. MONTANARI, *La dimensione multilivello delle sanzioni tributarie e le diverse declinazioni del principio di offensività-proporzione*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, I, p. 473-474.

<sup>16</sup> «L'attrazione di una sanzione amministrativa nella materia penale in virtù dei "criteri Engel" trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalla CEDU, come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo», così Corte cost., n. 68/2021. Vd. anche art. 15, comma 1, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

<sup>17</sup> Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel* e altri contro Paesi Bassi.

<sup>18</sup> Si veda Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2020, n. 1804.

garanzie previste dall'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,<sup>19</sup> che trova applicazione diretta<sup>20</sup> attraverso l'art. 11 Cost., consentendo al giudice nazionale la disapplicazione della norma interna contraria al diritto dell'Unione europea.

Conferma del fatto che le sanzioni in esame raggiungono quel grado di afflittività tale da poterle attrarre nell'alveo penalistico è data dallo stesso Legislatore delegante, il quale ha addirittura ammesso che *“le sanzioni amministrative attualmente previste raggiungano livelli intollerabili, che si discostano sensibilmente da quelle in vigore in altri Paesi, conducendo a una pretesa complessiva di fatto abnorme”*.

Nell'ordinamento interno, invece, il principio di retroattività della legge più favorevole trova fondamento nell'art. 3 Cost., ossia *“nel principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice”*.<sup>21</sup>

È facile comprendere, allora, che la retroattività della legge più favorevole in ambito penale è strettamente legata al principio di offensività: *“Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto [ossia, il giudizio sull'offensività] muta - nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico - tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il*

---

<sup>19</sup> Si veda, ad esempio, CGUE, sent. 20 marzo 2018, causa C-596/16, *Di Puma*, par. 38.

<sup>20</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 8 marzo 2022, causa C-205/20, *NE*, con nota di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022.

<sup>21</sup> Corte cost. n. 394/2006. Sul punto si veda M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019.

*fatto in un momento anteriore*";<sup>22</sup> mentre non avrebbe senso appellarsi al principio di uguaglianza se la sanzione avesse lo scopo di punire la mera disobbedienza al precetto legale.<sup>23</sup>

E il principio di offensività, nell'ambito delle sanzioni amministrative-tributarie, ha assunto rango legislativo primario: il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 3 D.lgs. n. 472/1997 prevede che *"La disciplina delle violazioni e sanzioni tributarie è improntata ai principi di proporzionalità e di offensività"*.<sup>24</sup> Peraltro, questa dovrebbe considerarsi non tanto una novità assoluta, ma un mero riconoscimento di un principio ampiamente noto all'ordinamento tributario già a partire dalla riforma del 1997 e, comunque, con l'approvazione dello Statuto dei diritti del contribuente ove si è esclusa la sanzionabilità delle violazioni meramente formali.<sup>25</sup>

Da tutto quanto sopra discende che le sanzioni amministrative tributarie possiedono l'attitudine punitiva richiesta dall'ordinamento sovranazionale per l'estensione delle garanzie penalistiche e sono sorrette dal principio di offensività, circostanza che consente l'applicazione della legge più favorevole sulla base del canone di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.

Dunque, ora il tema che risulta necessario indagare è se il principio della retroattività della legge favorevole sia passibile di deroga e se quest'ultima sia giustificata o comunque ragionevole nel caso di specie.

---

<sup>22</sup> Corte cost. n. 394/2006.

<sup>23</sup> M. SCOLETTA, *op. ult. cit.*

<sup>24</sup> Sul binomio offensività-proporzionalità, si veda F. MONTANARI, *op. cit.*, pp. 477 e ss.

<sup>25</sup> Il riferimento è all'art. 6, comma 5-*bis*, D.lgs. n. 472/1997 e all'art. 10, comma 3, Statuto dei diritti del contribuente. Su quest'ultima norma è stato autorevolmente affermato *"A tal proposito, è stato correttamente evidenziato come tale norma abbia inteso affermare una concezione sostanzialistica dell'illecito amministrativo tributario, in cui trova eco la teoria penalistica del principio di offensività e, dunque, della non punibilità del comportamento quando esso non si concretizzi in un'offesa al bene giuridico tutelato; così definitivamente avallando, nella materia tributaria, il superamento della logica punitiva della mera disobbedienza"*, così G. MELIS, *Gli interessi tutelati*, in A. GIOVANNINI (diretto da), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario - Diritto sanzionatorio amministrativo*, Milano, 2016, p. 1309.

Al primo interrogativo si può rispondere positivamente: è indubbio che il principio di retroattività in *melius* non sia di tipo assoluto, ma debba essere considerato in rapporto con altri principi costituzionali o sovranazionali, a differenza, ad esempio, del principio di legalità che beneficia di una copertura inderogabile in uno Stato di diritto.<sup>26</sup>

Per inquadrare meglio il tema, occorre ricordare che, sebbene i fondamenti normativi del principio di retroattività della legge favorevole siano diversi, la loro *ratio* è comune, ossia quella di assicurare che ciascuno venga punito in base all'attuale disvalore della condotta perpetrata dal trasgressore e non a quello della commissione del fatto.<sup>27</sup> Alla condivisione della *ratio* consegue pure la condivisione degli stessi limiti: sono *“possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel «vaglio positivo di ragionevolezza» richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all’interesse individuale in gioco”*.<sup>28</sup>

Questo è il cuore del problema: verificare se nel bilanciamento degli interessi in gioco debbano prevalere altri principi rispetto a quello della retroattività favorevole.

Ora, secondo il Legislatore delegato, la giustificazione della deroga poggerebbe sul mutato contesto normativo della riforma nonché sull'equilibrio di bilancio.

Sotto il primo profilo, non si riesce a comprendere come il nuovo mutato contesto, caratterizzato dal rafforzamento della *compliance* preventiva, possa giustificare il permanere di un maggior rigore (*rectius* sproporzione) delle sanzioni: l'offensività di un comportamento non dipende dalla possibilità che questo venga

---

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost. n. 236/2011, par. 10, ove si legge *“In questi termini, il principio in parola [irretroattività della norma penale sfavorevole] si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali”*. Sul punto, si veda anche Cass. civ., Sez. II, sent. 11 gennaio 2024, n. 1154, par. 5.

<sup>27</sup> Corte cost. n. 63/2019, par. 6.1.

<sup>28</sup> Corte cost. n. 63/2019, ancora par. 61.

prevenuto a *priori* da strumenti di *compliance*.<sup>29</sup> E, in generale, non si capisce come si possa rinunciare alla proporzionalità – che altro non è che la valorizzazione del principio di offensività – anche per il passato a fronte dell’esplicito riconoscimento della intollerabilità delle sanzioni amministrative previgenti.<sup>30</sup>

Peraltro, a questo punto si apre pure un profilo di illegittimità costituzionale per eccesso di delega (art. 76 Cost.): il Legislatore delegato aveva chiesto una riduzione delle sanzioni perché intollerabili e la limitazione della riduzione ai soli illeciti commessi a partire dal 1° settembre 2024 costituisce una deroga fuori dal perimetro di quanto contenuto nei principi e criteri direttivi della delega.

Anche rispetto all’art. 81 Cost. vi è il fondato sospetto che la giustificazione governativa non regga. Pur riconoscendo che l’equilibrio di bilancio abbia assunto, nella pratica, un ruolo preminente<sup>31</sup>, esso non può assurgere a principio sovraordinato e in

---

<sup>29</sup> F. TUNDO, *op. cit.*: “In altri termini, la riduzione dell’entità delle sanzioni conseguirebbe, nell’ottica del legislatore, al potenziamento degli istituti di *compliance*: la tesi non sembra convincente visto che non toglie il fatto che, a parità di offensività della condotta, vengono sottoposte a trattamenti sanzionatori differenziati violazioni identiche soltanto in base al fattore tempo, ponendosi dunque un tema di (dis)parità di trattamento”.

<sup>30</sup> In questo senso, si veda A. GIOVANARDI, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario*, in *Riv. dir. trib. - supplemento online*, 20 aprile 2024: “se l’ordinamento abbisogna di riforme che lo rendano più giusto, coerente e ragionevole, non c’è alcun motivo per continuare a sottoporre a più pesanti sanzioni quei contribuenti che, in un contesto non paragonabile, in tesi, a quello che emergerà dalla riforma, abbiano commesso quegli illeciti che oggi il legislatore ha ritenuto di punire con sanzioni più lievi. Per paradosso, sarebbe più logico sostenere opposta tesi, e cioè che sia proprio chi non ha potuto contare su un ordinamento più giusto e su adeguati strumenti di *compliance*, a dover poter contare su sanzioni più miti o, quanto meno, sulle stesse sanzioni a cui sarà sottoposto chi ha la fortuna di operare in un contesto ordinamentale migliore”.

<sup>31</sup> Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. n. 90/2018, con nota di G. MELIS - F. MONTANARI, *Sulla responsabilità tributaria nelle operazioni di scissione parziale*, in *Rass. trib.*, n. 4/2018, pp. 699 e ss., ove la Corte ha precisato che “Da tale vincolo [pareggio di bilancio] deriva un’esigenza superiore di regolare l’adempimento delle obbligazioni tributarie, sul quale deve poter fare affidamento l’amministrazione finanziaria al fine di conseguire l’equilibrio di bilancio e rispettare i parametri europei del debito pubblico”.



ogni caso cedevole rispetto agli altri valori protetti dalla Costituzione. Infatti, è quantomeno necessaria una reale ponderazione di quest'ultimi con l'esigenza di pareggio di bilancio, come del resto è avvenuto - condivisibilmente o meno - nel giudizio che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della c.d. *Robin Hood Tax*<sup>32</sup> con efficacia solamente *pro futuro*.

Nel caso di specie, la relazione illustrativa non si riferisce a effettive esigenze sul piano del rischio finanziario per giustificare la prevalenza dell'equilibrio di bilancio rispetto agli altri valori in gioco:<sup>33</sup> infatti, si limita ad affermazioni sensazionalistiche ove nella relazione illustrativa sembra paventare che la retroattività della legge più favorevole comporterebbe uno squilibrio di bilancio tale da implicare una manovra finanziaria aggiuntiva.<sup>34</sup>

Ma, al di là di ciò, si osserva che la prevalenza delle esigenze di bilancio può forse avere un senso rispetto alla permanenza di un tributo, ma non di una sanzione.<sup>35</sup> Sul punto, si ricorda che l'equilibrio di bilancio è l'"oggetto di protezione"<sup>36</sup> delle sanzioni tributarie, nel senso che presidiano la riscossione del giusto tributo, il cui scopo è quello di finanziare le spese pubbliche: di conseguenza, costituisce un ribaltamento della prospettiva quello di far assurgere le sanzioni a

---

<sup>32</sup> Vd. ancora G. MELIS-F. MONTANARI, *op. cit.*, p. 717.

<sup>33</sup> G. MELIS-F. MONTANARI, *op. cit.*, p. 718, i quali hanno efficacemente osservato: "a quanto consta, non vi sono orientamenti in cui l'equilibrio di bilancio, come nel caso che ci occupa, prevale su tutto senza che sussistano effettive esigenze connesse ad un 'rischio finanziario' e, soprattutto, senza che vi sia un giudizio di ponderazione con altri principi".

<sup>34</sup> O, almeno, così si intende dai passaggi della giurisprudenza costituzionale riportati.

<sup>35</sup> Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Profili costituzionali della riscossione*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, I, p. 475, che ricostruisce così la prevalenza delle esigenze di bilancio nel ragionamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2015: "può essere consentita per un periodo l'applicazione di un tributo incostituzionale, se essa è necessaria a non compromettere equilibri di bilancio, dal pregiudizio dei quali discenderebbero manovre in grado di compromettere in modo radicale le esigenze perequative perseguite dal tributo incostituzionale (che tale è risultato non per errata individuazione dell'obiettivo perequativo, quanto per le modalità di costruzione dell'imposizione perequatrice)".

<sup>36</sup> Cfr. F. MONTANARI, *op. cit.*, p. 484 e note.

mezzo per raggiungere l'equilibrio di bilancio, se non a pena di un inammissibile loro stravolgimento ontologico. Del resto, il fatto che le sanzioni comportino un'entrata compresa nel bilancio dello Stato è un elemento del tutto accidentale:<sup>37</sup> non si dovrebbe fare affidamento su qualcosa che non è preordinato (almeno si spera) a creare un'entrata per coprire spese pubbliche. In altri termini, *“Ma da quando, esattamente, le sanzioni sono uno strumento di finanza pubblica?”*.<sup>38</sup>

#### 4. Conclusioni

Per concludere, la deroga alla retroattività della legge più favorevole deve ritenersi illegittima sotto i molteplici profili già evidenziati.

In una prospettiva pratica, per raggiungere l'applicazione della *lex mitior*, la via più immediata sembrerebbe quella di contestare la violazione dell'art. 49 Carta di Nizza o direttamente per violazione del principio della retroattività favorevole (par. 1) o per contrasto con il principio di proporzionalità (par. 3): infatti, passare attraverso la Carta di Nizza permetterebbe di ottenere la disapplicazione della norma in contrasto con quest'ultima direttamente dal giudice di merito, poiché la Carta ha lo stesso valore dei Trattati.<sup>39</sup> Occorre però una precisazione: le disposizioni della Carta si applicano esclusivamente

---

<sup>37</sup> Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Adeguamento delle sanzioni punitive al principio di proporzionalità e copertura finanziarie: un evidente corto circuito giuridico*, in *Riv. dir. trib. - supplemento online*, 28 ottobre 2023.

<sup>38</sup> A. MARCHESELLI, *Gurdulù alle piramidi: note critiche su contraddittorio e favo rei nella riforma fiscale*, in *Riv. dir. trib. - supplemento online*, 27 novembre 2023.

<sup>39</sup> Art. 6, par. 1, T.U.E.: *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*. La disapplicazione da parte dei giudici comuni del diritto interno incompatibile con la disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente applicabile si basa su CGUE, 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, e Corte cost. n. 170/1984 (caso *Granital*). Sul tentativo di “riaccentramento” da parte della Corte costituzionale tutte le volte che i diritti in questione sono garantiti anche dalla Costituzione, si veda G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020.

nell'attuazione del diritto dell'Unione europea (art. 51 Carta di Nizza). Di conseguenza, la norma sovranazionale potrebbe essere invocata solo nell'ambito delle materie interessate dal diritto unionale che prevedano sanzioni "proporzionate"; tuttavia, con esplicito riferimento al principio di proporzionalità, la giurisprudenza unionale ne ha allargato l'ambito di applicazione, in considerazione del fatto che si tratta di un principio generale del diritto unionale, rilevante anche in assenza di armonizzazione.<sup>40</sup>

Dunque, la Carta di Nizza potrebbe essere invocata, ad esempio, nell'ambito delle sanzioni in materia di IVA nonostante la Direttiva 2006/11/CE del Consiglio non contempli l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni proporzionate. La conseguenza pratica consisterebbe nella disapplicazione della sanzione interna, ma "*nei soli limiti necessari a consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate*".<sup>41</sup>

In subordine, non essendo possibile alcuna interpretazione adeguatrice del chiaro dettato normativo, non rimarrebbe che chiedere la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 5 D.lgs. n. 87/2024 nella parte in cui deroga al principio della retroattività della legge favorevole per contrasto con l'art. 3 Cost., 117 Cost. (con riferimento all'art. 7 CEDU), nonché con l'art. 76 Cost. per eccesso di delega.

---

<sup>40</sup> "Del resto, occorre rammentare che il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili": in questi termini, CGUE, 8 marzo 2022, causa C-205/20, NE, par. 31. Nello stesso senso, si veda Corte cost., n. 46/2023, par. 14, con nota di R. CORDEIRO GUERRA, *Sanzioni tributarie draconiane e principio di proporzionalità*, in *Corr. trib.*, n. 8-9/2023, pp. 749 e ss. Ancora, si veda R. CORDEIRO GUERRA, *Sanzioni amministrative tributarie e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3/2023, pp. 534-535; D. COPPA, *I principi di proporzionalità e di offensività nell'interpretazione (poco) costituzionalmente orientata della Consulta*, in *Rass. trib.*, n. 3/2023, pp. 614 e ss; G. MELIS, *Le sanzioni amministrative tributarie nella legge delega: questioni aperte e possibili soluzioni*, in *Rass. trib.*, n. 3/2023, p. 505.

<sup>41</sup> Ancora, CGUE, 8 marzo 2022, causa C-205/20, NE, par. 34.

# L'anatocismo bancario nel confronto tra legge, giurisprudenza e dottrina

di **Stefano Selvaggi**

*Ricercatore di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

## **ABSTRACT**

Starting from the wide-ranging debate on the admissibility of quarterly capitalisation of interest operated by banks in contracts with customers, the contribution conducts a critical analysis of the new course of jurisprudence since the turn of 1999 and of the numerous legislative interventions on anatocism in banking, dealing with the most controversial issues that have emerged on the subject.

## **SINTESI**

*Il contributo, prendendo le mosse dall'ampio dibattito svoltosi in merito all'ammissibilità della capitalizzazione trimestrale degli interessi operata dalle banche nei contratti con i clienti, conduce un'analisi critica del nuovo corso della giurisprudenza, a partire dalla svolta del 1999, e dei numerosi interventi legislativi sull'anatocismo bancario, occupandosi delle questioni più controverse emerse in materia.*

## **SOMMARIO**

**1.** L'anatocismo bancario nella giurisprudenza - **2.** La svolta della Cassazione nel 1999 e l'importante conferma del 2004 - **3.** L'elemento soggettivo dell'uso normativo - **4.** Segue. Cosa non convince nella

ricostruzione dei giudici di legittimità - **5**. Il D.lgs. n. 342 del 1999 e le successive modifiche dell'art. 120 T.u.b. - **6**. La questione della nullità sopravvenuta - **7**. La natura giuridica del conto corrente bancario ai fine del decorso dei termini di prescrizione - **8**. L'anatocismo come costo collegato all'erogazione del credito nei più recenti indirizzi della Suprema Corte - **9**. I conti anticipi: il fenomeno dell'anatocismo "occulto" o "duplice" - **10**. Il controverso carattere anatocistico dei mutui con piano di ammortamento alla francese