



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

La rilevanza fiscale del contratto preliminare

di Sabrina Mannarelli

Sommario: 1. Premessa; 2. Il contratto preliminare: aspetti civilistici; 3. Il contratto preliminare: aspetti fiscali e rapporti con le discipline agevolative; 4. La disciplina del contratto preliminare ai fini dell'Imposta di registro; 5. La disciplina del contratto preliminare ai fini dell'Imposta sul valore aggiunto; 6. La disciplina fiscale delle pattuizioni accessorie inserite nel contratto preliminare; 6.1. La caparra confirmatoria; 6.2. Gli acconti di prezzo; 6.3. Ipotesi di non imputabilità dell'Imposta di registro pagata su caparre e acconti all'imposta corrisposta in sede di definitivo; 6.4 Clausola penale, caparra penitenziale e multa penitenziale; 7. Rilevanza fiscale delle variazioni soggettive nel contratto preliminare; 7.1. Il trattamento fiscale del contratto preliminare per persona da nominare ai fini dell'Imposta di registro; 7.2 Il trattamento fiscale del contratto preliminare per persona da nominare ai fini IVA; 7.3 La cessione del contratto preliminare; 7.4 Il contratto preliminare a favore di terzi; 7.5. Il preliminare di vendita di cosa altrui; 8. La risoluzione del preliminare; 9. Conclusioni.

1. Premessa

L'esame delle problematiche inerenti il trattamento fiscale del contratto preliminare assume particolare rilievo in considerazione del crescente ruolo assunto nella pratica degli affari da tale strumento negoziale e dei molteplici profili di interesse giuridico che esso presenta sia sotto l'aspetto civilistico che tributario.

Il preliminare rappresenta lo strumento cui sovente ricorrono gli operatori economici sia nel comparto immobiliare, sia in quello mobiliare e dei rapporti obbligatori in genere.

Nel settore immobiliare, in particolare, accade sempre più di rado che la compravendita sia conclusa direttamente, senza essere preceduta da un contratto preliminare con il quale le parti costituiscono immediatamente un vincolo obbligatorio in ordine all'alienazione del bene, riservando ad un atto successivo la creazione del titolo costitutivo dell'effetto reale.

Generalmente il ricorso al preliminare si spiega nell'interesse delle parti di impegnarsi provvisoriamente, in attesa che venga regolarizzato qualche punto o integrato qualche presupposto del contratto che si intende stipulare¹.

¹ Cfr. C.M. Bianca, Diritto civile, Il Contratto, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 186.

Difatti, tale strumento negoziale, consentendo di porre in essere un impegno soltanto provvisorio e rimettendo ad un futuro contratto la definitiva e completa regolamentazione dell'affare, presenta una notevole utilità nelle contrattazioni immobiliari, in quanto assicura, attraverso la riserva del definitivo, il controllo delle sopravvenienze, ovvero la possibilità di verificare eventuali mutamenti obiettivi del contratto².

In particolare, è stato osservato che, nel settore delle compravendite immobiliari, il preliminare adempie a funzioni pratiche di primaria importanza, in quanto consente ad uno dei contraenti di impegnarsi a comprare, anziché comprare, quando, volendo cautelarsi contro gli inadempimenti, i vizi, i difetti di qualità, e così via e volendo, nel contempo, affrettare la formazione di un vincolo giuridico, preferisca rinviare gli effetti reali al momento in cui lo stato di fatto o di diritto del bene gli sia meglio cognito, in modo che un'eventuale contestazione lo trovi legittimato passivo ad un'azione di adempimento piuttosto che legittimato attivo di un'azione di risoluzione³.

Tuttavia, è stato proprio nel preliminare che spesso hanno trovato la naturale "ubicazione" tutti quei risvolti della negoziazione che avrebbero dovuto, all'uopo, restare sconosciuti al Fisco.

Accadeva, infatti, che il preliminare, concluso molto spesso tra le parti senza alcun intervento notarile, né ufficiale ai fini dell'apposizione dell'autentica, né ufficioso ai fini della mera consulenza giuridica, restava del tutto estraneo al naturale appalesamento conseguente alla registrazione dello stesso.

Questo fenomeno, oltre a determinare l'evasione dell'imposta fissa di registro dovuta in sede di registrazione del preliminare e dell'imposta proporzionale di registro sulla eventuale caparra e/o acconto di prezzo (artt.6, 9 e 10 della Tariffa, Parte prima, D.P.R.131/86), aveva riflessi anche sul gettito derivante da altre imposte quali l'IVA e le imposte sul reddito.

Il preliminare, infatti, costituisce una preziosa fonte di informazioni per stabilire il vero valore venale degli immobili e per accertare eventuali occultazioni di corrispettivo poste in essere dalle parti nell'atto definitivo⁴; pertanto, l'imposta che colpisce il contratto preliminare svolge, principalmente, la funzione di consentire la conoscenza attenta dei patrimoni e, indirettamente, dei redditi dei cittadini.

² Cfr. G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1970, pag.152.

³ Cfr. F. Coggi, *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1987, pag. 693.

⁴ Cfr. A. Berliri, *L'imposta di registro sulle promesse di vendita*, in *Scritti scelti di diritto tributario*, 1990, Giuffrè, pag.407.

Neppure l'introduzione della disciplina relativa alla trascrivibilità dei contratti preliminari per effetto del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 30 del 1997, era riuscita ad arginare il fenomeno "dell'occultamento" dei preliminari⁵.

In realtà, tale normativa avrebbe dovuto incrementare il numero dei contratti registrati, giacché la forma richiesta per la pubblicità, ovvero l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, importa non solo la registrazione in termine fisso, ma anche l'imposizione dell'obbligo relativo al pubblico ufficiale⁶. Le ragioni per cui, invece, continuava ad essere invalsa la prassi di non procedere alla registrazione del preliminare andavano ravvisate principalmente nella volontà di non evidenziare l'effettiva somma corrisposta per la compravendita.

Il preliminare offriva, pertanto, l'occasione per l'occultamento del prezzo effettivo della compravendita, considerata, altresì, l'esiguità dei rischi in cui sarebbero potuti incorrere i contraenti nel caso di successiva scoperta dell'operazione da parte dell'Amministrazione finanziaria, ovvero le sanzioni per omissione della richiesta di registrazione del preliminare (art.69 D.P.R.131/86) e per occultazione di corrispettivo (art.72 D.P.R.131/86).

Tale situazione ha, comunque, subito un repentino cambiamento a seguito dell'introduzione di alcune importanti disposizioni normative contenute, dapprima, nella Finanziaria per il 2006 e, successivamente, in quella per il 2007.

In particolare, con la Legge n. 266/2005 (Finanziaria 2006), il legislatore, al fine di arginare il fenomeno dell'occultamento di corrispettivo, ha introdotto, limitatamente agli atti di cessione intervenuti tra persone fisiche che non agiscano nell'esercizio di attività commerciali, artistiche o professionali ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo e relative pertinenze, la c.d. regola del "prezzo-valore" che consente di assumere come base imponibile ai fini delle imposte di registro, ipotecaria e catastale, il valore catastale, indipendentemente dal corrispettivo pattuito, purché l'acquirente ne faccia richiesta, con dichiarazione resa al notaio e recepita nell'atto⁷.

In materia è intervenuto, successivamente, l'art. 35, comma 21, del D.L. n. 223/2006, il quale ha disposto che il corrispettivo deve essere obbligatoriamente indicato in atto. Inoltre, la stessa norma ha previsto in caso di occultamento, anche parziale, del corrispettivo pattuito,

⁵ Il D.L. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 febbraio 1997 n. 30, contiene una sola disposizione rilevante ai fini fiscali e cioè l'art. 3, comma 10, in base al quale per la trascrizione del contratto preliminare è dovuta l'imposta ipotecaria in misura fissa.

Tale decreto ha, inoltre, introdotto l'art. 2645 bis del codice civile, il quale prevede che i contratti preliminari aventi ad oggetto una compravendita immobiliare, ovvero un altro dei contratti minori di cui ai primi quattro numeri dell'art.2643 c.c., devono essere trascritti se redatti nella forma dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

⁶ Cfr. A. Fedele, *Trascrizione del contratto preliminare e disciplina tributaria*, in *Rivista del notariato*, 1998, pag.1127.

⁷ Cfr. Art. 1, comma 497, della Finanziaria 2006.

che le imposte di registro e ipocatastali siano dovute sull'intero importo di quest'ultimo e che la sanzione amministrativa vada dal 50 al 100% della differenza tra l'imposta dovuta e quella già applicata in base al corrispettivo dichiarato, detratto l'importo della sanzione eventualmente irrogata ai sensi dell'art. 71 del DPR 131/86.

La Finanziaria 2007 (L. n. 296/2006) ha poi modificato l'ambito di applicazione della regola "prezzo-valore", ampliando il novero delle operazioni per le quali si applica tale sistema, ovvero individuando nel valore catastale la base imponibile di tutte le transazioni effettuate nei confronti dei privati, a nulla rilevando la natura del cedente, che può essere indistintamente una persona fisica o giuridica, a condizione che l'acquirente eserciti l'opzione di volersi avvalere della suddetta regola⁸.

Inoltre, la stessa legge, al comma 46 dell'art. 1, ha posto l'obbligo solidale, per i mediatori immobiliari, di registrare tutte le scritture private poste in essere nell'ambito della propria attività.

Il coordinamento di quest'ultima norma con l'art. 35, comma 22, del "Decreto Bersani" (come modificato dal comma 48 della citata Finanziaria) che pone a carico delle parti l'obbligo di dichiarare in atto se si sono avvalse, o meno, dell'opera di mediatori immobiliari, ha determinato un nuovo inusitato successo del contratto preliminare, prima pressoché sconosciuto.

Difatti, l'obbligo di indicare nell'atto di vendita la avvenuta assistenza di un mediatore, facendo presumere altresì l'avvenuta stipulazione, a cura di questi, di un contratto preliminare, ha determinato indirettamente il sorgere di una prassi sconosciuta fino a quel momento, ovvero la sistematica registrazione dei contratti preliminari⁹.

Si può ben comprendere, pertanto, come la tassazione del contratto preliminare abbia assunto una valenza centrale nel fenomeno delle contrattazioni immobiliari. Da qui l'opportunità di un'indagine volta ad esaminare il quadro delle disposizioni normative che contemplano tale negozio giuridico dal punto di vista fiscale, individuando le operazioni

⁸ Cfr. M. Basilavecchia, L'accertamento di valore di mercato degli immobili, in *Corriere Tributario* 2007, pag. 195; G. Petrelli, Immobili abitativi. La nuova disciplina tributaria della base imponibile dei trasferimenti ai fini delle imposte indirette, in *Il fisco* n. 7/2006, fascicolo n. 1, pag. 948; S. Ghinassi, La base imponibile nei trasferimenti immobiliari: il sistema del c.d. prezzo-valore, in *Quaderni Fondazione per il notariato - Novità e problemi nell'imposizione tributaria relativa agli immobili*, 2006, pag. 10.

⁹ Con riferimento alla responsabilità del mediatore immobiliare, appare opportuno precisare che, nei preliminari stipulati senza autentica notarile, l'obbligo della registrazione incombe prima di tutto sulle parti contraenti entro venti giorni dalla stipulazione del contratto stesso, ma il mediatore immobiliare è coobbligato con le parti (sia pure con diritto di rivalsa per il pagamento delle imposte) alla registrazione, con conseguente responsabilità per l'imposta dovuta. Egli potrà essere destinatario dell'accertamento dell'eventuale maggiore imposta, nonché delle relative sanzioni, anche in caso di omessa registrazione.

Se, invece, si verifica la stipula del preliminare con l'intervento del notaio (scrittura privata o atto pubblico), il notaio è unico obbligato alla registrazione e al pagamento delle imposte, con liberazione della coobbligazione delle parti e del mediatore, ma fermo restando il diritto di rivalsa nei confronti delle parti e con diritto ad avere, preventivamente, la provvista necessaria al pagamento.

fiscalmente rilevanti attivate dal contratto preliminare, ma non tralasciando di evidenziare eventuali meccanismi fiscali elusivi resi operanti tramite tale tipologia contrattuale.

2. Il contratto preliminare: aspetti civilistici

L'individuazione dell'esatta nozione giuridica del contratto preliminare ha determinato, in passato, non poche difficoltà in dottrina, stante la mancanza di una sua compiuta disciplina nel diritto positivo.

Sono poche, infatti, le norme dedicate a questa fattispecie dal Codice civile (tra queste, giova ricordare l'articolo 1351 il quale prevede che il contratto preliminare debba avere la stessa forma che la legge prescrive per quello definitivo; l'articolo 2932, secondo cui se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, in alternativa alla risoluzione, l'altra parte, qualora sia possibile e non escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso¹⁰; l'articolo 2652, comma 1 n. 2, relativo alle domande riguardanti atti soggetti a trascrizione tra le quali si annoverano anche le domande ex art. 2932 c.c.), e da alcune leggi speciali (quali il d. l. 669/1996 convertito in L. n. 30/1997, che ha introdotto l'articolo. 2645 bis del codice civile relativo alla trascrizione dei contratti preliminari e l'articolo 2775 bis in tema di privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare nel caso di mancata esecuzione dello stesso, nonché il d.lgs. n. 122/2005 volto a tutelare il promissario acquirente di un immobile da costruire in caso di fallimento del costruttore-promissario venditore).

Tuttavia, alla scarsa regolamentazione contenuta nel Codice e nelle leggi speciali, si oppone una copiosa elaborazione dottrinale dell'istituto.

La dottrina, infatti, è giunta a delineare, con sufficiente chiarezza, gli aspetti peculiari di questa figura negoziale e ad elaborarne una nozione generale.

Il preliminare rientra nella categoria dei c.d. contratti preparatori ed è, pacificamente e generalmente, definito quale contratto per mezzo del quale una parte, nell'ipotesi di preliminare unilaterale, o entrambe, nell'ipotesi di preliminare bilaterale, assumono l'obbligo di addivenire alla stipula di un successivo contratto definitivo¹¹.

¹⁰ L'inadempimento del preliminare può dar luogo anche ad altri rimedi previsti dal Codice civile, quali il risarcimento del danno, la risoluzione del contratto, l'eccezione di inadempimento, ecc.

¹¹ Cfr. G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974; *Il contratto preliminare*, cit.; L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 508; R. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; P. Forchielli, voce *Contratto preliminare*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, 1959; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Commentario al codice civile, Libro IV, Tomo II, Torino 1961; F. Messineo, *Contratto preliminare*, in *Enc. Dir.*, X, 166; G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.

I dubbi sollevati da questa tipologia contrattuale hanno riguardato principalmente la sua natura giuridica, in relazione alla quale non sono state espresse opinioni unanime in dottrina.

Un primo orientamento, che trae origine dalla tradizionale definizione bettiana della causa del contratto quale interesse economico-sociale delle parti, rileva che, qualunque sia il contratto di cui si stipula il preliminare, la prestazione promessa consiste sempre in un *facere*, ossia nel prestare il consenso per la conclusione del contratto definitivo¹². Seguendo tale ricostruzione, il preliminare risulta svuotato di contenuti, rappresentando un mero strumento per il perseguimento del programma di interessi delle parti, programma che permea il solo contratto definitivo, ed al quale il preliminare è pertanto estraneo.

Un secondo orientamento, che trae spunto dalla elaborazione ferriana della causa del contratto intesa come insieme di interessi economico-individuali dei singoli contraenti, attribuisce al preliminare un contenuto più sostanzioso rispetto alla precedente teoria; difatti, ritiene che il contratto preliminare sia *pactum non solo de contraendo*, che vincola le parti alla prestazione del consenso alla stipula del successivo contratto definitivo, ma anche *pactum de dando*, ovvero atto di adempimento del preliminare, che rappresenta il momento principe della contrattazione nel quale le parti esprimono compiutamente il loro consenso, salvo rinviare ad un momento successivo l'effetto reale traslativo¹³.

Del resto, la specifica funzione di controllo delle sopravvenienze assoluta dal preliminare è una riprova del fatto che il definitivo non è mai meramente adempitivo ma riveste la natura esso stesso di atto negoziale con causa propria, mediante il quale le parti, valutata l'incidenza delle sopravvenienze sul loro assetto di interessi, verificano la possibilità di addivenire alla stipula di un contratto definitivo che soddisfi utilmente detti interessi.

In realtà, il preliminare è inteso a fissare i punti essenziali del futuro contratto (definitivo); a stabilire un *minimum* cui si deve osservare; ad obbligare, per un verso, le parti o una di esse, a tradurli nel contratto futuro e, per l'altro, a garantire le parti, o una di esse, che il contenuto del futuro contratto è stabilito e non deve oltrepassare quello consacrato nel preliminare medesimo.

E' evidente, pertanto, la funzione strumentale che il contratto preliminare assolve nei confronti del negozio definitivo, essendo preordinato alla stipulazione di quest'ultimo.

Si assiste, pertanto, ad una scissione tra il momento della predisposizione (stipula del preliminare) ed il momento di attuazione (stipula del definitivo) del regolamento di interessi.

¹² Cfr. G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., pag. 199.

¹³ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di Diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pag. 861; *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, pag. 19.

Dall'analisi della realtà quotidiana, emerge come il definitivo possa atteggiarsi in maniera differente in ragione delle diverse esigenze sottese alla stipulazione del preliminare.

Può accadere, infatti, che le parti concludano un preliminare il cui oggetto sia completo (il c.d. "preliminare chiuso") e che contenga già al suo interno tutti gli elementi necessari per la produzione dell'effetto traslativo, differendo, di solito per meri motivi economici, ad un momento successivo la stipula del definitivo, il quale non è chiamato ad alterare in alcunché l'originaria pattuizione, con ciò divenendo atto di adempimento dell'accordo già concluso¹⁴; può accadere, altresì, che le parti concludano il preliminare (c.d. "aperto") al fine di creare un vincolo alla stipulazione del definitivo, ma in un momento in cui non hanno ancora raggiunto un accordo completo sull'assetto dei loro rapporti o con l'intenzione di addivenire alla stipula del definitivo solo a seguito di un rinnovato giudizio di convenienza o di un controllo posto in essere dal promittente acquirente sugli eventuali vizi originari o sulle sopravvenienze, con possibilità quindi di rifiutare la stipula del definitivo qualora il controllo dia esito negativo¹⁵.

Accade di frequente, inoltre, nel settore delle compravendite immobiliari, che, al fine di fissare immediatamente, con forza vincolante, il contenuto dell'accordo raggiunto, le parti pongano in essere un contratto definitivo con l'impegno di riprodurre il consenso già prestato nella forma pubblica, necessaria come documento per la trascrizione (c.d. preliminare improprio).

Spesso a tale negozio si ricorre allo scopo di non manifestare, per ragioni fiscali, nell'atto pubblico il reale corrispettivo pattuito, il quale, invece, risulta da tale atto, che andrà regolarizzato agli effetti fiscali solo se una delle parti non vorrà riconoscere spontaneamente il vero contenuto dell'accordo¹⁶.

Il tali casi, appare importante individuare, al di là del nomen iuris, il carattere preliminare o definitivo del contratto, applicando il principio civilistico in base al quale nell'interpretare il contratto si deve indagare la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole (art. 1362 c.c.); occorre, pertanto, ricercare la volontà effettiva delle parti, onde accertare se essa sia rivolta a rinviare nel tempo la produzione degli effetti programmati ovvero a realizzarli subito¹⁷.

¹⁴ Le ragioni che possono indurre alla stipulazione di tale tipologia di contratto preliminare (c.d. preliminare chiuso) sono molteplici; ad esso, infatti, si ricorre quando l'oggetto dell'affare non è disponibile, oppure non sono noti i dati catastali, oppure quando, trattandosi di beni immobili, chi compra per rivendere ha interesse ad evitare il doppio passaggio di proprietà e le relative spese facendo entrare in un secondo momento, nel contratto definitivo, direttamente il proprio avente causa.

¹⁵ Cfr. in tal senso G. Gabrielli, op. cit. pag. 159 e ss., pag. 174 e ss. e pag. 190 e ss.

¹⁶ Cfr. A. Trabucchi, Istituzioni di Diritto civile, Cedam, 2001, pp. 679-680.

¹⁷ Cfr. F. Galgano, Diritto privato, Cedam, Padova, 1988, pag. 333.

La distinzione, oltre che sul piano civilistico, assume rilievo anche sul piano fiscale, poiché diverso sarà il trattamento fiscale da applicare a seconda che si tratti di preliminare proprio o improprio¹⁸.

3. Il contratto preliminare: aspetti fiscali e rapporti con le discipline agevolative.

La disciplina tributaria del contratto preliminare si ricostruisce in modo differente a seconda delle imposte che vengono in rilievo; la ragione di tale diverso trattamento fiscale si ricollega, principalmente, alla necessità per il sistema tributario, in quanto normativa di “secondo grado”, di tener conto delle peculiarità proprie di tale tipologia contrattuale.

Difatti, solo considerando, anche ai fini impositivi, i tratti che caratterizzano giuridicamente il contratto preliminare, ovvero la sua portata programmatica, si riesce ad apprezzare la reale capacità contributiva espressa dalla fattispecie, pur nella diversità delle imposte interessate: imposte d’atto, imposte sui consumi, imposte sui redditi.

Assume, pertanto, un rilievo centrale, ai fini dell’individuazione del corretto trattamento fiscale del contratto preliminare, la struttura della sequenza preliminare-definitivo, in quanto ci si trova di fronte ad un’unica transazione scissa in più fasi o vicende autonomamente rilevanti¹⁹, di cui una, la conclusione del preliminare, produce effetti meramente obbligatori (obbligo di concludere il definitivo), mentre l’altra, la conclusione del definitivo, effetti sia reali che obbligatori (trasferimento del bene/pagamento del corrispettivo).

Di conseguenza, solo gli effetti prodotti dal contratto definitivo sono in grado di integrare i presupposti impositivi previsti ex lege, poiché gli effetti obbligatori nascenti dal preliminare, non comportando il trasferimento del bene, né il mutamento qualitativo di patrimoni o il realizzo di un reddito, non assumono alcuna rilevanza sotto il profilo tributario.

La disciplina dell’imposta di registro riconosce le caratteristiche giuridiche proprie del preliminare configurando la vicenda negoziale preliminare-definitivo come un’unica manifestazione di capacità contributiva²⁰; difatti, considerato che il trasferimento di ricchezza

¹⁸ Per un’analisi approfondita degli aspetti fiscali si veda par. 4, pp.13-14.

¹⁹ Cfr. A. Fedele, op. cit., pag.1115.

²⁰ Cfr. F. Formica, Il contratto preliminare di vendita nell’imposizione di registro e sul valore aggiunto, in La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive, III, Aspetti finanziari e tributari, Milano 1986, pag. 628: “In aderenza al principio generale portato dall’art.53 della Costituzione, inteso correttamente nel senso, indicato dalla migliore dottrina tributarista, e dalla stessa Corte Costituzionale, che l’Ente impositore non può imporre prelevamenti di ricchezza a carico dei singoli, se non con riferimento a manifestazioni o ad indici di “capacità contributiva”: assunta quest’ultima non nel senso obiettivo di proprietà di beni con cui il singolo può adempiere al suo dovere nei confronti dello Stato, bensì nella idoneità di esso a concorrere alle spese pubbliche, in quanto certi presupposti di fatto (percezione di redditi, proprietà di un patrimonio, stipulazione di un contratto, successione mortis causa, ecc.) sono manifestazione della concreta utilità che il singolo riceve dal complesso dei servizi dell’Ente impositore o da taluno dei servizi stessi. Correttamente quindi la recente normativa fiscale non individua alcun indice di capacità contributiva e

avviene con la conclusione del contratto definitivo e che l'imposta di registro, quale imposta indiretta, prende a riferimento, proprio in modo indiretto, la capacità reddituale del contribuente, gli effetti ritenuti rilevanti dal legislatore non possono essere quelli dell'assunzione dell'obbligo, ma quelli "reali" dell'incremento patrimoniale.

Di conseguenza, l'art.10 della Tariffa – Parte prima – allegata al D.P.R. n.131 del 26 aprile 1986, dispone l'applicazione ai contratti preliminari dell'imposta fissa di Registro, quale imposta d'atto, indipendentemente dal prezzo della compravendita; è prevista, invece, la tassazione proporzionale laddove il preliminare preveda la dazione di somme a titolo di caparra confirmatoria (0,50%) o acconti di prezzo (3%). In entrambi i casi l'imposta pagata è imputata all'imposta principale dovuta per la registrazione del contratto definitivo²¹.

E' possibile affermare, pertanto, che la normativa fiscale non individua alcun indice di capacità contributiva nella conclusione del preliminare, essendo gli effetti giuridici, in esso, solo programmati e che la tassazione proporzionale, collegata al contratto definitivo, può essere determinata per quelle clausole che assumono una natura anticipatoria rispetto al definitivo²².

La considerazione del carattere unitario della sequenza preliminare-definitivo si riflette anche sulla disciplina dell'Imposta sul valore aggiunto; difatti, considerato il carattere obbligatorio e non traslativo di tale contratto, e quindi la sua inidoneità ad integrare una cessione di beni o una prestazione di servizi, esso non comporta, ai sensi dell'art. 6 del D.P.R.633/72, il sorgere dell'obbligazione tributaria²³.

Rivestono, invece, rilevanza fiscale ai fini IVA le anticipazioni totali o parziali del prezzo effettuate prima della stipulazione del contratto definitivo, in quanto in questo caso l'operazione si considera effettuata, limitatamente all'importo pagato, alla data del pagamento (art. 6, comma 4, D.P.R. 633/72)²⁴.

Pertanto, anche per l'Iva, così come per l'imposta proporzionale di registro, la tassazione può verificarsi in un momento anteriore alla stipulazione del definitivo, ma solo in

rivelatore di ricchezza in un mero programma contrattuale, quale il contratto preliminare, in attesa di divenire un concreto assetto di interessi, esso si indice di contribuzione fiscale”.

²¹ Sul punto si veda par. 6 e ss., pag. 17 e ss.

²² Cfr. T. Tassani, Il preliminare di vendita per persona da nominare. Le implicazioni e le correlazioni con la normativa fiscale, in I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, n. 1/2009.

²³ Cfr. sul punto Risoluzione Min. Fin. n. 302028 del 19/12/1974; Commissione Trib. C.le, n. 1597 del 2/3/1982; F. Formica, op. cit., pag.702.

²⁴ Dispone, infatti, l'art. 6, comma 4, DPR 633/72 che: “Se anteriormente al verificarsi degli eventi indicati nei precedenti commi o indipendentemente da essi sia emessa fattura o sia pagato in tutto o in parte il corrispettivo, l'operazione si considera effettuata, limitatamente all'importo fatturato o pagato, alla data della fattura o a quella del pagamento. Tuttavia per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi fatte allo Stato, agli enti pubblici territoriali e agli enti ospedalieri, di assistenza e beneficenza nonché per le cessioni dei prodotti farmaceutici di cui alla lettera a) del secondo comma, l'operazione si considera in ogni caso effettuata all'atto del pagamento del corrispettivo”.

relazione a quegli effetti tipici del definitivo che sono anticipati già al momento del preliminare.

Il contratto preliminare non assume, invece, alcuna rilevanza fiscale in relazione alle imposte sui redditi; difatti, non essendo configurabile alcuna “cessione a titolo oneroso”, producendo il preliminare effetti meramente obbligatori, non è possibile configurare la produzione di alcun reddito diverso, d’impresa o di lavoro autonomo.

Tuttavia, nell’ambito delle imposte sui redditi, il contratto preliminare assume una limitata valenza per quanto riguarda il riconoscimento di talune agevolazioni fiscali legate alle compravendite immobiliari.

Ai fini IRPEF, infatti, è prevista la possibilità di detrazione dei compensi pagati ad intermediari immobiliari “in dipendenza dell’acquisto dell’unità immobiliare da adibire ad abitazione principale”(art. 15, lett. b-bis, Tuir)²⁵ anche se le spese sono sostenute a seguito di preliminare di vendita di immobile in costruzione, purché registrato, in quanto la registrazione formalizza l’impegno alla stipula del contratto definitivo di acquisto²⁶; ancora, è da menzionare la detrazione di imposta del 36%²⁷ che può essere esercitata dal promissario acquirente, in caso di acquisto di box auto prima del rogito, ma solo se il preliminare è stato registrato. In questa ipotesi, la necessità dell’esistenza di un contratto preliminare regolarmente registrato si riconduce logicamente all’esigenza che sia formalizzata la destinazione funzionale del box al servizio dell’abitazione²⁸.

Da quanto sopra esposto è possibile rilevare, pertanto, la sussistenza di un nesso tra la stipula del preliminare e l’integrazione dei requisiti per il riconoscimento di alcune agevolazioni fiscali in materia di compravendita immobiliare. Per completezza espositiva, è da segnalare anche la possibilità, in materia di agevolazioni c.d. “prima casa”, della riduzione dell’aliquota IVA ordinaria per gli acconti che sono versati al momento della conclusione del preliminare, in quanto espressamente la legge²⁹ afferma che le dichiarazioni relative

²⁵ L’articolo 15, comma 1, lettera b-bis) del TUIR, così come modificato dall’articolo 35, comma 22-bis, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, nella legge 4 agosto 2006, n. 248, dispone che, a partire dal 1 gennaio 2007, è possibile detrarre dall’imposta lorda il 19 per cento degli oneri sostenuti per i compensi corrisposti ai soggetti di intermediazione immobiliare per l’acquisto dell’unità immobiliare da adibire ad abitazione principale, per un importo, comunque, non superiore a mille euro per ciascuna annualità.

La circolare n. 28 del 4 agosto 2006 ha chiarito che l’importo di 1.000 euro costituisce il limite massimo cui commisurare la detrazione in relazione all’intera spesa sostenuta per il compenso versato agli intermediari immobiliari per l’acquisto dell’unità immobiliare da adibire ad abitazione principale e che la possibilità di portare in detrazione quest’onere si esaurisce in un unico anno di imposta.

²⁶ Cfr. Ris Agenzia Entrate n. 26/E del 30 gennaio 2009.

²⁷ L’art. 1, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, riconosce, in favore di coloro che realizzano autorimesse o posti auto pertinenziali anche a proprietà comune, una detrazione d’imposta, ai fini dell’Irpef, in misura pari al 36 per cento della spesa sostenuta.

²⁸ Cfr. Ris Agenzia Entrate n. 28/E del 08 febbraio 2008.

²⁹ Cfr. art. 1 Tariffa, Dpr 131/86, nota II-bis, comma 2.

(comunque riferite al momento in cui si realizza l'effetto traslativo) possono essere effettuate anche in sede di contratto preliminare³⁰.

E' invece da sottolineare che, per valutare l'eventuale riacquisto di un immobile da adibire ad abitazione principale entro un anno (in caso di cessione del precedente immobile "agevolato" avvenuta entro i cinque anni), non è sufficiente che entro l'anno sia stipulato il preliminare, essendo invece necessaria la conclusione del contratto definitivo.

Questa breve ricognizione della disciplina tributaria della contrattazione preliminare evidenzia come tale contratto, ai fini di un'analisi organica della sua rilevanza fiscale, deve essere collocato in un ordinamento tributario, quale è quello vigente, concepito come un "sistema a imposte molteplici", ovvero come un insieme di imposte in regime tendenzialmente coordinato di concorso o di alternatività tra loro. Si procederà, pertanto, qui di seguito, ad una dettagliata disamina delle varie imposte in relazione alle quali il contratto preliminare assume rilevanza fiscale.

4. La disciplina del contratto preliminare ai fini dell'Imposta di registro.

Prima di trattare della disciplina del preliminare ai fini dell'imposta di registro, appare opportuno individuare con chiarezza le ipotesi in cui il preliminare è soggetto all'obbligo di registrazione con conseguente applicazione dell'imposta di registro.

In realtà, le ipotesi che possono verificarsi sono essenzialmente tre: in primo luogo, quella del preliminare concluso per atto pubblico o scrittura privata autenticata da notaio, nel qual caso la registrazione è sempre obbligatoria ai sensi dell'art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n.131/1986.

In secondo luogo, quella del preliminare concluso per scrittura privata non autenticata, in cui promittente venditore sia un privato: anche in questo caso la registrazione è obbligatoria ai sensi degli artt. 1 e 2, comma 1, del d.p.r. n. 131/1986 e dell' art. 10 della tariffa, parte prima.

Infine, quella del preliminare concluso per scrittura privata non autenticata, in cui promittente venditore sia un imprenditore, o comunque un soggetto IVA, nel qual caso, se il contratto preliminare non prevede dazione di caparra, tutte le disposizioni del preliminare sono soggette ad Iva, e le parti contraenti non sono obbligate a registrare in termine fisso il preliminare (art. 5, comma 2, del d.p.r. n. 131/1986). Se, invece, il contratto preliminare di vendita prevede una caparra, non essendo la caparra, secondo l'orientamento

³⁰ Per un esame approfondito di tale aspetto si veda par. 6.2, pag. 22.

dell'Amministrazione finanziaria, soggetta ad Iva³¹, è sempre obbligatoria la registrazione nel termine fisso di venti giorni dalla data del contratto³².

E' da rilevare che, anche laddove la registrazione non sia obbligatoria, è comunque opportuno effettuarla poiché in caso di fallimento del promittente venditore, il contratto preliminare non è opponibile al fallimento se non ha data certa anteriore allo stesso; e la data certa è attribuita principalmente dalla registrazione³³.

Si consideri, altresì, che anche i benefici riconosciuti agli acquirenti di immobili da costruire (ai sensi del D.lgs. 122/05) presuppongono l'esistenza di un preliminare di data certa.

Dopo aver individuato, pertanto, i casi in cui la registrazione del preliminare è obbligatoria, è possibile esaminare il trattamento fiscale di tale contratto ai fini dell'imposta di registro.

Al riguardo, la principale norma di riferimento è costituita dall'art. 10 della Tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n. 131/1986, la quale include il preliminare tra gli atti soggetti all'obbligo di registrazione in termine fisso (entro 20 giorni dalla data dell'atto ex art. 13 del DPR 131/86), prevedendo l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa³⁴.

La dottrina prevalente ritiene che le ragioni che hanno indotto alla previsione di tale regime impositivo vadano ravvisate nell'esigenza di tener conto delle caratteristiche giuridiche peculiari del preliminare, ovvero della sua idoneità a produrre effetti meramente obbligatori privi di contenuto patrimoniale³⁵.

Altra parte della dottrina, invece, pur riconoscendo natura patrimoniale alla prestazione consistente nell'obbligazione di concludere un contratto, giustifica la previsione normativa in ragione della difficoltà di una sua valutazione in termini monetari³⁶.

La nota all'art. 10 prevede, inoltre, che acconti di prezzo e caparre confirmatorie siano soggetti ad autonoma tassazione in sede di registrazione del preliminare, ma che l'imposta a tale titolo corrisposta sia imputata all'imposta principale dovuta per la registrazione del definitivo e quindi detratta da quest'ultima. Più precisamente, per gli acconti di prezzo risulterà applicabile l'art. 9 della tariffa e quindi l'aliquota del 3%; per la caparra confirmatoria viene, invece, richiamato l'art. 6 della tariffa, che prevede l'aliquota dello 0,50%.

³¹ Cfr. nota Min. Fin. 3 gennaio 1985, n.251127.

³² Occorre precisare che, nel caso in cui il contratto preliminare sia stato stipulato a seguito dell'attività compiuta da un mediatore immobiliare per la conclusione dell'affare, la legge impone anche al suddetto agente immobiliare l'obbligo di richiedere la registrazione.

³³ Cfr. art. 2704 del codice civile; art. 18, comma 1, del d.p.r. n. 131/1986.

³⁴ In caso di ritardo nella registrazione si applica una sanzione pari al 30% dell'imposta da pagare, oltre gli interessi nella misura legale.

³⁵ Cfr. V. Uckmar e R. Dominici, Registro, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice VI, Torino 1986, pag. 592.

³⁶ Cfr. R. Braccini, voce Contratto preliminare, II) Diritto tributario, in *Treccani Giuridica*, pag.7.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, la tassazione proporzionale, oltre che per le clausole aventi funzione anticipatoria rispetto al definitivo, deve trovare applicazione anche nell'ipotesi di c.d. preliminare improprio, trattandosi di un contratto determinante l'effetto dell'immediato trasferimento del diritto.

Al riguardo occorre rilevare, infatti, che l'art. 20 del D.P.R. 131/1986 fissa il principio della applicazione dell'imposta in base alla "intrinseca natura" e agli "effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione" anche se non vi "corrisponda il titolo o la forma apparente".

Come sottolineato da autorevole dottrina, l'espressione "intrinseca natura", riferita all'atto, "sta a sottolineare l'aspetto oggettivo dell'appartenenza dell'atto medesimo ad un tipo piuttosto che ad un altro, appartenenza che è determinata direttamente da una costruzione propria dell'ordinamento giuridico, sia pure mediante il concorso della volontà delle parti, con la conseguenza che la natura dell'atto informata a detto criterio è destinata a prevalere sugli elementi esteriori, quali il titolo o la forma apparente, attribuiti all'atto dalle stesse parti"³⁷.

L'imposta, pertanto, deve essere applicata non avendo riguardo all'intitolazione dell'atto o alla forma apparente dello stesso, ma alla sua natura ed agli effetti giuridici che l'atto stesso produce.

Tale orientamento è condiviso dalla giurisprudenza, sia di legittimità³⁸ che di merito³⁹, e dalla stessa Amministrazione finanziaria; difatti, il Ministero delle Finanze, nel caso di un atto pubblico in cui era stato trasfuso il contenuto di una precedente scrittura privata, ha ritenuto che dovesse darsi rilievo all'effettivo contenuto dell'atto e, pertanto, che l'atto pubblico dovesse essere assoggettato alla sola imposta fissa di registro, a condizione che non contenesse innovazioni rispetto alla precedente scrittura privata e che quest'ultima fosse giuridicamente idonea a produrre effetti reali, come il trasferimento di un immobile⁴⁰.

Più di natura generale è apparsa, poi, la posizione dell'Amministrazione finanziaria nella Risoluzione n. 260133/90 in cui è stato affermato che "al fine di individuare la natura preliminare o definitiva di un contratto di vendita occorre ricercare l'effettiva volontà dei contraenti, per accertare se essa sia rivolta direttamente al trasferimento della proprietà, ovvero a dar vita ad un rapporto obbligatorio che li impegna ad una ulteriore manifestazione di volontà che operi l'effetto traslativo".

³⁷Cfr. G. Ferraro, L'interpretazione del negozio giuridico agli effetti dell'imposta di registro, alcune fattispecie negoziali di dubbio inquadramento, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1986, n.8, pag. 631.

³⁸ Cfr. Cass. n. 417/92; Cass. n. 9079/02.

³⁹Cfr. Comm. Trib. C.le nn. 778/83, 2549/83; 5473/85; 2321/87; 6217/90, 4977/91, 5652/91; 4648/92; 589/93; 951/95; 4748/98; da ultimo Ctp Vercelli n.22 del febbraio 2009.

⁴⁰ Cfr. Ris. Min. n.301596/76.

La corretta interpretazione dell'atto, assume, pertanto, notevole rilievo ai fini dell'applicazione dell'imposta di Registro, attesa la diversità di tassazione a seconda che il contratto si configuri come preliminare o definitivo.

Occorre, infine, rilevare, che il contratto preliminare, oltre a rientrare nell'art.10, parte prima della Tariffa allegata al D.P.R.131/86, rientra anche nella previsione del disposto dell'art.1, lettera a), della parte seconda della stessa Tariffa, tra gli atti che se formati "mediante corrispondenza" sono soggetti a registrazione solo "in caso d'uso"⁴¹, se per essi non sia richiesta dal Codice civile la forma scritta a pena di nullità.

Ne deriva, pertanto, che la regola della registrazione solo in caso d'uso per i contratti stipulati per corrispondenza non si applica alla tipologia di preliminare più frequentemente utilizzata nella prassi contrattuale, ossia al preliminare relativo a cessioni immobiliari, poiché si tratta di contratto che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1351 e 1350 cod. civ., deve farsi per iscritto. Esso è, quindi, soggetto all'obbligo di registrazione in termine fisso, anche se formato per corrispondenza.

5. La disciplina del contratto preliminare ai fini dell'Imposta sul valore aggiunto.

La normativa dell'Imposta sul valore aggiunto non contiene alcuna disposizione relativa al trattamento fiscale del contratto preliminare; di conseguenza, è sempre dal diritto civile che occorre ricavare la nozione di contratto preliminare utile a questi fini tributari, rapportandola, poi, al regime proprio dell'Imposta sul valore aggiunto per stabilire la rilevanza tributaria delle operazioni direttamente e indirettamente poste in essere con il contratto preliminare da operatori economici.

Con specifico riguardo al preliminare più diffuso nella pratica degli affari, ovvero quello di compravendita immobiliare, la norma di riferimento, in campo IVA, è rappresentata dall'art.6, primo comma, del D.P.R.633/72, il quale dispone che le cessioni di beni immobili si considerano "effettuate" nel momento della stipulazione dell'atto di vendita.

Il quarto comma dello stesso articolo precisa, poi, che, se anteriormente ad esso, sia emessa fattura o venga pagato in tutto o in parte il corrispettivo, l'operazione si considera effettuata, limitatamente all'importo fatturato o pagato, alla data della fattura o a quella del pagamento.

La norma citata individua, pertanto, "il momento di effettuazione dell'operazione", rilevante per l'assoggettabilità ad IVA, per le cessioni di beni, nella realizzazione degli effetti

⁴¹ Ipotesi di uso amministrativo dell'atto secondo la previsione dell'art.6 del D.P.R.131/86.

traslativi o costitutivi e, per le prestazioni di servizi, nel pagamento del corrispettivo che segue normalmente, salvo il caso degli acconti di prezzo, la stipula del contratto definitivo.

Pertanto, per le cessioni di immobili soggette ad IVA, il momento generativo dell'obbligo tributario coincide con la stipulazione dell'atto di compravendita, ossia con la stipulazione dell'atto che produce effetti traslativi; il definitivo, infatti, concretizza l'effetto economico-giuridico del trasferimento, sebbene se ne possa reputare fonte il preliminare quale precetto di autonomia privata in sé considerata⁴².

Benché la non assoggettabilità del preliminare all'Imposta sul valore aggiunto rappresenti ormai una conclusione consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza⁴³, in passato non è mancato chi ha evidenziato l'attrazione nell'orbita Iva del contratto preliminare che abbia come parte almeno un soggetto esercente attività d'impresa⁴⁴.

In particolare, è stato sostenuto che, nel caso di contratto preliminare bilaterale, l'obbligazione di stipulare il contratto definitivo si qualificherebbe tributariamente come una "obbligazione di fare", la quale, se assunta da un soggetto IVA, concretizzerebbe la fattispecie imponibile della "prestazione di servizi" (dell'art.3, comma 1, D.P.R.633/72). Poiché del corrispettivo fa parte anche la reciproca obbligazione della controparte, si rientrerebbe nello schema della "operazione permutativa" astrattamente imponibile secondo il suo valore normale (art.13, comma 2, lett. d), D.P.R.633/72).

Tuttavia, la prassi applicativa della disciplina dell'Imposta sul valore aggiunto ha completamente trascurato questa ricostruzione, escludendo l'assoggettabilità ad IVA del preliminare di compravendita immobiliare.

L'imposizione può, però, realizzarsi nel caso di pagamento anticipato di tutto o parte del prezzo, trovando applicazione la regola di carattere generale per cui, se anteriormente al verificarsi degli eventi che normalmente costituiscono "effettuazione" dell'operazione sia pagato in tutto o in parte il corrispettivo, l'operazione si considera effettuata, limitatamente all'importo pagato, alla data del pagamento (art. 6, comma 4, D.P.R. n. 633/1972)⁴⁵.

Il preliminare di compravendita immobiliare, pertanto, anche se stipulato da un imprenditore nell'esercizio della sua impresa, non costituisce operazione imponibile ai fini IVA,

⁴² Cfr. L. Montesano, Obbligazione e azione da contratto preliminare, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, pag.1202.

⁴³ Cfr. Ris., n. 302028 del 19 dicembre 1974; in giurisprudenza cfr. Comm. trib. centr. n. 1597 del 2 marzo 1982; in dottrina cfr. F. Formica, op. cit., pag. 702; R. Braccini, voce Contratto preliminare, cit., pag. 5.

⁴⁴ Cfr. R. Braccini, voce Contratto preliminare, cit., pag. 4.

⁴⁵ Sul trattamento fiscale degli acconti-prezzo si veda par. 6.2, pag. 22.

ma rientra nel trattamento tributario ad esso riservato dalla legge di registro che lo assoggetta a registrazione in termine fisso⁴⁶.

Su quest'ultimo aspetto, ovvero la registrazione in termine fisso di preliminari posti in essere da un soggetto passivo IVA, è opportuno, tuttavia, fare una precisazione.

L'art. 5, comma 2, del D.P.R. 131/86 per le scritture private non autenticate prevede la registrazione solo in caso d'uso qualora le operazioni in esse contemplate siano tutte operazioni soggette ad IVA⁴⁷.

Di conseguenza, essendo le cessioni di immobili effettuate da soggetto passivo IVA, comunque operazioni IVA (anche se talune volte "IVA esenti"), il preliminare avente ad oggetto la promessa di vendita di un immobile, dovrebbe essere sottoposto a registrazione solo in caso d'uso. Tuttavia, lo stesso articolo 5 pone una eccezione per le operazioni IVA, imponibili o esenti, di cui all'art. 10, numeri 8, 8 bis, 8 ter e 27 quinquies del D.P.R. 633/72.

Per effetto di tale ultima previsione, pertanto, il preliminare posto in essere da soggetto passivo IVA è assoggettato all'obbligo di registrazione in termine fisso, anche se redatto per scrittura privata non autenticata, qualora il definitivo abbia ad oggetto locazioni immobiliari di cui al n. 8 dell'art. 10 d.p.r. n. 633/1972, ovvero cessioni di fabbricati di cui all'art. 10 nn. 8-bis e 8-ter (nonché operazioni di cui all'art. 10 n. 27-quinquies) del medesimo d.p.r., a prescindere dalla circostanza che le suddette operazioni siano esenti o imponibili ai fini dell'imposta sul valore aggiunto.

Al riguardo, appare utile evidenziare che qualora l'operazione abbia ad oggetto un fabbricato non ultimato, l'Amministrazione finanziaria⁴⁸ ha ritenuto che, poiché l'art. 10 nn. 8-bis) e 8-ter) cit., nell'individuare il regime IVA applicabile alla cessione di fabbricati, non tratta specificamente anche dei fabbricati "non ultimati", «la cessione di un fabbricato effettuata da un soggetto passivo d'imposta in un momento anteriore alla data di ultimazione del medesimo ... (è) esclusa dall'ambito applicativo dei richiamati nn. 8-bis) e 8-ter) dell'articolo 10 del DPR n. 633 del 1972 trattandosi di un bene ancora nel circuito produttivo, la cui cessione, pertanto, deve essere in ogni caso assoggettata ad IVA». Di conseguenza, per il relativo preliminare redatto per scrittura privata non autenticata può essere fatta valere la regola

⁴⁶ Cfr. F. Formica, op. cit., pag. 701.

⁴⁷ L'art. 5 comma 2 d.p.r. n. 131/1986 prevede che «le scritture private non autenticate sono soggette a registrazione in caso d'uso se tutte le disposizioni in esse contemplate sono relative ad operazioni soggette all'imposta sul valore aggiunto. Si considerano soggette all'imposta sul valore aggiunto anche le cessioni e le prestazioni per le quali l'imposta non è dovuta a norma dell'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e quelle di cui al sesto comma dell'art. 21 dello stesso decreto ad eccezione delle operazioni esenti e imponibili ai sensi dell'articolo 10, numeri 8), 8-bis, 8-ter e 27-quinquies dello stesso decreto».

⁴⁸ Cfr. Circolare n. 12/E del 1° marzo 2007.

generale, di cui al comma 2 dell'art. 5 d.p.r. n. 131/1986 cit., della registrazione in caso d'uso⁴⁹.

Oltre tale ipotesi, infine, la registrazione in caso d'uso del preliminare stipulato da soggetto passivo Iva per scrittura privata non autenticata ricorre nel caso di preliminare avente ad oggetto la promessa di vendita di un'area edificabile (operazione assoggettata ad I.V.A. ed esclusa dal novero delle eccezioni citate dall'art. 5 del D.P.R. 131/86).

6. La disciplina fiscale delle clausole accessorie al contratto preliminare.

Nel contratto preliminare sono previste, frequentemente, accanto al contenuto tipico relativo all'assunzione dell'obbligo a contrarre il definitivo, alcune pattuizioni accessorie, inserite dalle parti per il rafforzamento delle reciproche obbligazioni e dei corrispondenti diritti.

L'art. 10 della tariffa, parte prima, tiene conto di queste pattuizioni prevedendo nella nota che «se il contratto preliminare prevede la dazione di somme a titolo di caparra confirmatoria si applica il precedente art. 6; se prevede il pagamento di acconti di prezzo non soggetti all'imposta sul valore aggiunto ai sensi degli artt. 5, comma 2, e 40 del testo unico si applica il precedente art. 9. In entrambi i casi l'imposta pagata è imputata all'imposta principale dovuta per la registrazione del contratto definitivo».

Come si evince dalla lettura della norma sopra citata, il Testo Unico dell'imposta di registro disciplina soltanto alcune delle clausole accessorie al contratto preliminare, probabilmente in funzione della loro maggiore utilizzazione pratica⁵⁰; tuttavia, nel preliminare possono essere inserite anche ulteriori pattuizioni, quali la clausola penale, la caparra penitenziale e la multa penitenziale.

Nelle pagine seguenti si procederà, pertanto, all'analisi delle varie clausole che possono accedere ad un contratto preliminare, analizzandole sia agli effetti dell'imposta di registro che dell'IVA.

⁴⁹ È stato tuttavia rilevato che, qualora ricorra la possibilità di registrare una scrittura privata non autenticata solo in caso d'uso, potrebbe essere comunque opportuno procedere alla registrazione (a prescindere cioè dal verificarsi del caso d'uso) al fine di attestare l'esistenza dell'atto ed attribuire allo stesso data certa di fronte ai terzi, ai sensi degli artt. 2704 cod. civ. e 18 d.p.r. n. 131/1986 (Cfr. A. Lomonaco – V. Mastroiacovo, I profili fiscali dei nuovi obblighi dei mediatori e la disciplina tributaria del contratto preliminare, Studio CNN n. 13-2007/T, pag. 19).

⁵⁰ Tali clausole (caparra confirmatoria e acconti di prezzo) avevano dato luogo, prima dell'introduzione del DPR 131/86, ad un nutrito contenzioso, discutendosi se le stesse potessero o meno considerarsi "disposizioni non necessariamente connesse" ai sensi dell'art. 20 dell'allora vigente d.p.r. n. 634/1972 e, come tali, autonomamente tassabili. Il Testo unico, al fine di risolvere la questione, ha adottato una soluzione di compromesso, prevedendo nella nota all'art. 10 che acconti di prezzo e caparre confirmatorie siano soggetti ad autonoma tassazione in sede di registrazione del preliminare, ma che l'imposta a tale titolo corrisposta sia imputata all'imposta principale dovuta per la registrazione del definitivo e quindi detratta da quest'ultima.

6.1 La caparra confirmatoria

Sotto l'espressione "caparra" il legislatore contempla due diversi istituti, la caparra penitenziale e la caparra confirmatoria. La disciplina dei due istituti appare prima facie analoga, ma a ben vedere essi differiscono sia per la funzione che per la struttura⁵¹.

La caparra confirmatoria, disciplinata sotto il profilo civilistico dall'art.1385 c.c.⁵², rappresenta una garanzia della buona esecuzione di un contratto che un contraente può versare all'altro, sotto forma di una certa quantità di denaro o di altre cose fungibili, e che, in caso di inadempimento, può essere incamerata dalla controparte a titolo di risarcimento danni.

Dottrina⁵³ e giurisprudenza⁵⁴ attribuiscono alla caparra natura reale, ovvero ritengono che la stessa consista in un contratto che si perfeziona con la consegna di una somma di denaro o di una determinata quantità di altre cose fungibili.

Sotto il profilo civilistico è, altresì, riconosciuta l'autonomia negoziale della caparra e la sua accessorietà ad un negozio principale che ne costituisce il presupposto, con la conseguenza che alla caparra si comunica l'invalidità o l'inefficacia del contratto principale⁵⁵.

Essa assolve diverse funzioni, innanzitutto una funzione risarcitoria e di garanzia, ma anche una funzione probatoria in quanto la stessa fa presumere, in assenza di altre prove, l'esistenza di un contratto al quale è collegata. In assenza di diversa pattuizione, le predette funzioni si cumulano, ma le parti possono attribuirle anche una sola di esse⁵⁶.

Tra la disciplina civilistica e quella fiscale della caparra confirmatoria è possibile cogliere un parallelismo: difatti, come l'art. 1385 c.c. consente che alla prestazione principale (l'obbligazione di pagare il prezzo della vendita) sia imputato l'importo della caparra confirmatoria precedentemente data, così la nota all'art. 10, parte prima, della Tariffa prevede che l'Imposta di registro pagata sulla caparra sia imputata a quella dovuta sul contratto definitivo.

⁵¹ Cfr. A. Montesano, Il trattamento ai fini delle imposte indirette della caparra penitenziale e della clausola penale, in Il fisco, n. 11/2009, pag. 1668.

Sulla distinzione tra caparra confirmatoria e penitenziale si veda par. 6.4, pag 25.

⁵² L'Art. 1385 c.c. prevede che "Se al momento della conclusione (1326) del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta(1194).Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente (1218), l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra (1386,1826; att.164).

Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione (1453 e seguenti) del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali (1223 e seguenti; att. 164).

⁵³ Sul punto cfr. A. Marini, voce Caparra (dir. Civ), in Enc. Giur. Treccani, V, Roma, 1988; W. D'Avanzo, voce Caparra, in Noviss. Dig. It., II, Torino, 1958; in senso contrario, cfr. V.M. Trimarchi, voce Caparra (dir. Civ.), in Enc. Giur., VI, Milano, 1960, pag. 192, secondo cui la caparra non è un contratto ad effetti reali ed il trasferimento della proprietà, ancorché compatibile, deve essere espressamente o tacitamente convenuto. In mancanza, la tradizione della cosa comporta esclusivamente il passaggio del potere di fatto di disposizione della stessa in capo all'accipiens.

⁵⁴ Cfr. Cass. n. 2870/1978.

⁵⁵ Cfr. A. Marini, op. cit

⁵⁶ Cfr. A. Montesano, op. cit, pag. 1668.

Il meccanismo dell'imputazione risponde all'esigenza di evitare duplicazioni di imposta⁵⁷ e, nel contempo, evidenzia come alla base della disciplina fiscale del preliminare vi sia una considerazione unitaria dell'operazione realizzata con la sequenza preliminare-definitivo.

Pertanto, con il perfezionamento del contratto definitivo, la caparra viene imputata alla prestazione dovuta e, divenendo parte del corrispettivo pattuito, concorre a formare la base imponibile. In pratica, "con la stipula del contratto definitivo, la caparra muta la propria natura giuridica, assumendosi quale acconto del prezzo di vendita del bene o del servizio, anche in considerazione del fatto che la dazione di una caparra confirmatoria presuppone la non contemporaneità tra conclusione del contratto e completa esecuzione del medesimo"⁵⁸.

La previsione dell'art. 10 riguarda le ipotesi in cui non opera l'alternatività IVA/Registro, ovvero i casi in cui il contratto definitivo non è soggetto ad IVA, bensì ad imposta di registro in misura proporzionale.

Per quanto riguarda l'IVA, come evidenziato da autorevole dottrina⁵⁹, per poter individuare "il momento impositivo" ai fini dell'assoggettamento ad IVA occorre aver riguardo al "mutamento" della funzione della caparra in relazione alle possibili vicende del contratto cui accede. Comunemente, infatti, viene evidenziata la sola funzione sanzionatoria e risarcitoria della caparra. Funzione sanzionatoria in quanto opera, nel caso di inadempimento, nel modo della ritenzione o della restituzione del doppio. Funzione risarcitoria, in quanto comporta un aumento patrimoniale a favore della parte adempiente che tiene luogo del risarcimento del danno.

Quando la caparra confirmatoria assolve le funzioni sopra esposte, rimane estranea al campo di applicazione dell'IVA, non potendosi configurare quale corrispettivo di una prestazione di servizi o di una cessione di beni. Il presupposto di operatività di tale pattuizione è, infatti, l'inadempimento dell'obbligazione principale, pertanto, avendo funzione sanzionatoria e risarcitoria del danno in caso di inadempimento contrattuale ingiustificato, non può cumularsi con l'obbligazione principale, essendo rispetto a questa in rapporto di concorso alternativo. La stessa non è, quindi, soggetta a IVA per mancanza del presupposto oggettivo di cui agli articoli 2 e 3 del DPR 633/1972⁶⁰.

Tuttavia, nel caso di adempimento del contratto, questa funzione sanzionatoria-risarcitoria si esaurisce e si realizza un mutamento di "funzione", ovvero la caparra diventa

⁵⁷ Cfr. Cass. Sent. n. 15276/2000; Ris. Min. Fin. N. 260359 del 08 agosto 1992.

⁵⁸ Cfr. Ris. Min. n. 197/E del 1° agosto 2007.

⁵⁹ Cfr. P. Merlo, Iva: la funzione delle "caparre". Il "momento" di imponibilità, in *il Fisco*, n. 33/99, pag. 10987.

⁶⁰ Cfr. Ris. Min. n. 197/E, cit.

parte del corrispettivo assoggettabile ad IVA attraverso l'imputazione alla "cessione" effettuata o alla "prestazione" eseguita, sempre che le parti non optino per la restituzione ex art. 1385 c.c.

Poiché il contratto definitivo sconterà l'IVA, sarà soggetto ad imposta di registro solo in misura fissa, in ossequio al principio di alternatività tra le due imposte (art. 40 del DPR 131/86) e, pertanto, l'imposta proporzionale di registro corrisposta sulla dazione della caparra non potrà essere né imputata né rimborsata.

La mancata rimborsabilità dell'imposta proporzionale di registro relativa alla caparra confirmatoria, determina una sorta di duplice tassazione poiché le somme date a titolo di caparra, e sulle quali è stata già corrisposta l'imposta proporzionale di registro, diventando parte del corrispettivo che forma la base imponibile ai fini IVA, saranno tassate nuovamente ai fini IVA.

Secondo parte della dottrina, questa ipotesi offre spazio per un'eccezione di illegittimità costituzionale della disposizione⁶¹.

In particolare, si è sostenuto che ritenere inammissibile il rimborso contrasta sia con il principio di alternatività tra le due imposte previsto dall'art. 40 del DPR 131/86, sia con la considerazione unitaria dell'operazione realizzata con la sequenza preliminare-definitivo⁶².

Anche la Cassazione⁶³ si è espressa a favore del rimborso dell'imposta proporzionale di Registro pagata sulla somma corrisposta a titolo di caparra confirmatoria su un contratto soggetto ad IVA, tenuto conto che il legislatore ha consentito l'imputazione di tale somma pagata all'imposta principale dovuta per la registrazione del definitivo.

Secondo la Suprema Corte, considerato che il principio dell'imputazione risponde all'esigenza di evitare duplicazioni d'imposta, non si comprende perché esso non debba trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il contratto definitivo sia assoggettato ad IVA, anche in considerazione del fatto che, in tal caso, l'atto non può essere assoggettato all'imposta proporzionale di registro ai sensi dell'art. 40 del DPR 131/86.

Di orientamento contrario, invece, sembra essere l'Amministrazione finanziaria, la quale ha ritenuto del tutto irrilevante, agli effetti della tassazione del contratto preliminare, la circostanza che, al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita, la somma

⁶¹ Cfr. R. Braccini, voce Caparra, (Diritto tributario), in Enc. Giur. ,V, Roma, pag. 3.

⁶² Cfr. R. Braccini, op. cit., pag. 3; A. Ricci – F. Zucco, Il contratto preliminare di compravendita e la caparra confirmatoria tra Iva e imposta di registro, in *Il Fisco*, 2005, 1-5782 ss.; S. Cinieri, La disciplina fiscale degli immobili, in *Fisco-oggi*, rivista telematica dell'Agenzia delle entrate, edizione del 17 novembre 2005.

⁶³ Cfr. Cass., sez. trib., 28 novembre 2000, n. 15276.

divenga parte del corrispettivo pattuito e, come tale, concorra alla formazione della base imponibile⁶⁴.

A fondamento di tale orientamento è posto l'art. 21 del DPR 131/86 il quale prevede, per gli atti contenenti più disposizioni, che ciascuna sia soggetta ad imposta di registro come se fosse un atto distinto. Di conseguenza, se una di tali disposizioni non è soggetta ad IVA, sarà assoggettata autonomamente ad imposta di registro, senza la possibilità di applicare il principio di alternatività tra le due imposte.

Contro una simile ricostruzione è stato, tuttavia, obiettato⁶⁵ che in tal modo non si tiene conto dell'unitarietà dell'operazione economica posta in essere con la sequenza preliminare-definitivo e che la stessa contraddice, altresì, un precedente orientamento della stessa Amministrazione finanziaria secondo cui, nell'ambito del principio di alternatività devono farsi rientrare tutti gli atti che servono a sostanziare il rapporto giuridico espresso dalle parti, rapporto che deve essere considerato nella sua interezza ed unitarietà⁶⁶.

Altro problema è, poi, quello della rimborsabilità dell'imposta di registro corrisposta sulla caparra confirmatoria e sugli acconti di prezzo in caso di mancata conclusione del contratto definitivo.

Al riguardo, la giurisprudenza ha ammesso il rimborso della sola imposta corrisposta sugli acconti di prezzo. In particolare, è stato affermato che l'imposta fissa, in quanto imposta sull'atto, è la sola imposta dovuta sui contratti preliminari. Pertanto, in caso di mancata conclusione del contratto definitivo, la imposta fissa relativa al preliminare non può essere rimborsata, mentre vi è il diritto al rimborso dell'imposta proporzionale versata in relazione agli acconti di prezzo ex art. 10, Tariffa allegata al D.P.R. 131/86. Considerato, infatti, il carattere eccezionale del pagamento anticipato dell'imposta proporzionale dovuta sul definitivo, la stessa deve essere restituita in quanto non risulta giustificata l'imposizione qualora le parti non pervengano alla «conclusione del contratto definitivo di trasferimento di diritti sul bene»⁶⁷.

La medesima soluzione dovrebbe, pertanto, essere riconosciuta anche con riferimento all'imposta relativa alla caparra confirmatoria, tenuto conto dell'autonomia della previsione negoziale rispetto al preliminare e della sua accessorietà al contratto definitivo.

⁶⁴ Cfr. Ris. n. 251127 del 3 gennaio 1985.

⁶⁵ Cfr. A. Ricci- F. Zucco, op. cit., pag. 5787.

⁶⁶ Cfr. Ris. Min. Finanze del 17 luglio 1976.

⁶⁷ Cfr. Cass. sez. trib., 15 giugno 2007 n. 14028.

Di orientamento opposto è, invece, l'Amministrazione finanziaria⁶⁸, secondo la quale «nel caso in cui il contratto definitivo non venga posto in essere, le somme riscosse in sede di registrazione del preliminare rimarranno definitivamente acquisite all'Erario».

Secondo la ricostruzione dell'Amministrazione finanziaria, infatti, la clausola contenente la caparra, non è una disposizione collegata necessariamente al contratto preliminare, ma disposizione accessoria ed eventuale; di conseguenza, essa rappresenta un atto autonomamente tassabile ai sensi dell'art. 21, comma 1, del DPR 131/86.

Tuttavia, attenta dottrina ha osservato che questa affermazione non può essere condivisa poiché non tiene conto del fatto che qualora “il definitivo non venga stipulato a causa di dichiarazione di nullità o annullamento del preliminare, l'imposta versata sarà rimborsabile, alle condizioni e con i limiti previsti dall'art. 38 d.p.r. n. 131/1986⁶⁹”.

6.2 Gli acconti di prezzo

Gli acconti rappresentano un'anticipazione del corrispettivo pattuito, pertanto, qualora riguardino operazioni “soggette ad IVA”, troverà applicazione l'art. 6, comma 4, del D.P.R. 633/1972.

Tale norma prevede che, se con riferimento ad una cessione di beni si verifici, pur anteriormente al verificarsi dell'effetto traslativo, il pagamento, ancorché parziale, del corrispettivo, si avrà con riferimento a tale prestazione l'immediato assoggettamento ad Iva.

In tale ipotesi, in ossequio al criterio di alternatività Iva-registro previsto dall'articolo 40 del T.U.R., le disposizioni soggette ad Iva non saranno imponibili agli effetti del registro, risultando dovuta la sola imposta di registro in misura fissa.

È opportuno ricordare, inoltre, che, se il preliminare è stipulato per l'acquisto della prima casa, gli acconti sul prezzo di vendita possono essere fatturati con l'aliquota IVA al 4% purché nel preliminare medesimo siano contenute le dichiarazioni richieste dall'art. 1, nota II bis, della Tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n. 131/1986. L'eventuale omissione non comporta peraltro decadenza per l'acquirente in quanto, in difetto, le fatture emesse con l'aliquota ordinaria possono essere rettificate ai sensi dell'art.26 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n.633, ove, in sede di contratto definitivo, venga invocata, ricorrendone le condizioni, l'applicazione della minore aliquota (aliquota del 4% anziché del 10%)⁷⁰. In questa ipotesi, va eseguita una variazione in diminuzione da parte del venditore. Nel caso in cui l'acquirente si trovi in possesso dei requisiti per godere delle c.d. agevolazioni prima casa solo al momento

⁶⁸ Cfr. Circolare 10 giugno 1986 n. 37.

⁶⁹ Cfr. G. Monteleone, Aspetti fiscali del contratto preliminare, in Riv. not., 2000, pag. 10.

⁷⁰ Cfr. Circolare Min. Finanze n.1/E del 2 marzo 1994.

della stipula del definitivo, la variazione in diminuzione potrà essere effettuata anche oltre il decorso di un anno previsto dall'art.26, comma 2, D.P.R.633/72, in quanto la rettifica da apportare all'imposta non si ricollega a variazione degli elementi contrattuali, né ad errori di fatturazione, sempre che alla stipula del preliminare l'imposta sia stata applicata correttamente con l'aliquota del 10%⁷¹.

Nel caso di acconti prezzo "non soggetti ad IVA", la nota all'art. 10 della tariffa, prevede l'applicazione dell'imposta di registro proporzionale nella misura del 3% di cui all'art. 9 della Tariffa parte prima, relativo agli atti di obbligazione e, più in generale, alle prestazioni aventi contenuto patrimoniale.

Qualora gli acconti pattuiti nel preliminare siano dilazionati nel tempo, in virtù del richiamo operato all'art. 9 della Tariffa parte prima per la tassazione degli acconti e considerato il dato letterale della nota all'art. 10 cit. che si riferisce alle "previsioni" in atto, si deve ritenere che gli stessi siano da assoggettare all'imposta di registro nella misura proporzionale del 3% al momento della registrazione del preliminare, a prescindere dal momento del loro effettivo versamento⁷².

La diversità del trattamento tributario tra caparra confirmatoria e acconti di prezzo rende importante individuare precisi criteri per la distinzione delle singole clausole negoziali in termini di caparra oppure di acconto. Al riguardo, l'Amministrazione finanziaria, nel fondare correttamente la distinzione sull'aspetto causale, propende, nei casi dubbi, per una qualificazione della previsione contrattuale quale "acconto"⁷³. Di conseguenza, per i trasferimenti immobiliari soggetti a Iva, il cedente emetterà la relativa fattura, risultando poi dovuta, in ossequio al principio di alternatività, la sola imposta di registro in misura fissa.

Tale orientamento è, altresì, condiviso dalla giurisprudenza secondo cui "nel dubbio sull'effettiva volontà delle parti, l'anticipo va considerato come acconto e non caparra, poiché non si può supporre che le parti si siano assoggettate tacitamente ad una "pena civile", ravvisabile nella funzione della caparra confirmatoria"⁷⁴.

E' opportuno sottolineare, infine, che nella prassi degli affari viene spesso usata una formula ambigua per cui la dazione di una somma avviene "a titolo di caparra confirmatoria e principio di pagamento".

⁷¹ Cfr. Ris. Min. n.187 del 07/12/2000.

⁷² Cfr. L. Bellini, Il contratto preliminare di compravendita immobiliare, in Corr. Trib., 1997, inserto n. 44, pag. 4; V. Muggia, Il contratto preliminare e l'imposta di registro, in Corr. Trib., 1997, pag. 1468.

⁷³ Cfr. Risoluzione n.197 del 01/08/2007.

⁷⁴ Cfr. Comm. Trib. C.le n. 6067/89 e n. 2952/ 97; Comm. Trib. Reg. Liguria n.159 /98; Cassazione n. 1449/76, n. 3833/77 e n. 10874/94.

In tal caso, si ritiene che la caparra sia impiegata per assolvere alla duplice funzione alternativa che le è propria, ovvero di preventiva liquidazione del danno, in ipotesi di inadempimento, e di anticipato parziale pagamento, in ipotesi di adempimento⁷⁵.

6.3 Ipotesi di non imputabilità dell'imposta di registro pagata su caparre e acconti all'imposta corrisposta in sede di definitivo.

Oltre l'ipotesi in cui l'imposta proporzionale di registro corrisposta per la dazione della caparra confirmatoria non è scomputabile dall'Iva dovuta in sede di tassazione del definitivo, di cui si è parlato ampiamente nelle pagine precedenti, è possibile ravvisare altri casi in cui l'imposta di registro pagata in sede di registrazione del contratto preliminare non può essere scomputata dalla tassazione del contratto definitivo.

Innanzitutto, è da segnalare il caso in cui vengano pagati acconti consistenti sul prezzo e per la vendita sia effettuata l'opzione c.d. prezzo-valore (sia cioè richiesta la tassazione sul valore catastale, pur indicando in atto l'intero prezzo pattuito).

In tal caso, essendo il corrispettivo pattuito irrilevante ai fini della tassazione del definitivo, quest'ultima potrebbe comportare la debenza di un'imposta principale inferiore alle somme pagate in sede di registrazione del preliminare per l'acconto.

La dottrina ha ritenuto che in tale ipotesi dovrebbe ritenersi ammissibile il rimborso dell'eccedenza dell'imposta di registro proporzionale pagata in sede di registrazione del preliminare⁷⁶.

In particolare, è stato sostenuto che "l'imputazione" prevista dall'art. 10 della nota allegata alla Tariffa fa presupporre che l'entità su cui imputare sia maggiore, pertanto la norma dovrebbe essere letta intendendo l'imposta principale dovuta per il definitivo come limite massimo alla tassazione dell'operazione unitariamente considerata nella sequenza preliminare-definitivo; anzi, considerando l'imposta di registro dovuta per il definitivo come limite massimo per la tassazione dell'operazione unitaria e tenuto altresì conto del fatto che il preliminare prefigura già i requisiti soggettivi e oggettivi per l'applicazione della regola c.d. prezzo-valore, si potrebbe giungere a sostenere che il limite massimo suddetto operi fin dalla tassazione del preliminare, applicandosi l'imposta proporzionale di registro fino a concorrenza di quella che sarà dovuta per il definitivo⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. Cass. n. 727/80; in senso conforme Risoluzione n.197 del 01/08/2007.

⁷⁶ Cfr. A. Lomonaco – V. Mastroiacovo, I profili fiscali dei nuovi obblighi dei mediatori e la disciplina tributaria del contratto preliminare, Studio CNN n. 13-2007/T, pag. 23.

⁷⁷ Cfr. A. Lomonaco – V. Mastroiacovo, op. cit., pag. 23.

Inoltre, nell'ipotesi in cui si usufruisca, in sede di tassazione del definitivo, del credito d'imposta per il riacquisto della prima casa, spettante ex art. 7, commi 1 e 2 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, se vi sono imposte consistenti da scomputare relative ad acconti e caparra, potrebbe verificarsi un'ulteriore situazione di incapienza dell'importo da versare in sede di definitivo rispetto a quanto già precedentemente corrisposto in sede di preliminare.

Al riguardo, è stato osservato che, attesa l'ampia "spendibilità" del credito d'imposta riconosciuta dall'art. 7 comma 2 cit. al contribuente, potrebbe essere opportuno non utilizzare il credito d'imposta in sede di registrazione dell'atto, ma usufruirne con altre modalità (ad esempio, nella prima dichiarazione dei redditi)⁷⁸.

Il problema dell'incapienza si porrebbe, quindi, solo in ipotesi residuali, ovvero qualora il contribuente non possa utilizzare il credito secondo le modalità previste dalla legge.

In tal caso, poiché il credito d'imposta non è rimborsabile per espressa previsione normativa, si dovrebbe ritenere che per evitare una duplicazione di imposta, in caso di incapienza, si possa procedere mediante istanza di rimborso dell'eccedenza dell'imposta proporzionale di registro pagata su acconti e caparre in sede di registrazione del preliminare, non assumendo di per sé rilievo gli elementi eventuali che abbiano concorso al determinarsi della situazione in concreto⁷⁹.

6.4 Clausola penale, caparra penitenziale e multa penitenziale.

La struttura della caparra penitenziale coincide con quella della caparra confirmatoria, configurandosi anch'essa come un contratto reale ad effetti reali con carattere accessorio rispetto al contratto cui accede. Tuttavia, la diversità di funzione la differenzia dalla caparra confirmatoria, rappresentando il corrispettivo, convenzionalmente stabilito e anticipatamente versato, dello jus poenitendii diritto di recesso (art. 1386 c.c.).

Se, invece, il corrispettivo è versato all'atto del recesso, si parla di multa penitenziale la cui disciplina è quella prevista dall'art. 1373, comma 3, del Codice civile⁸⁰.

In quanto corrispettive del recesso, caparra e multa penitenziale devono essere tenute distinte dalla clausola penale, la quale presuppone un inadempimento o un ritardo

⁷⁸ Difatti, il comma 2 dell'art. 7 consente di utilizzare il credito in diminuzione "dall'imposta di registro dovuta sull'atto di acquisto agevolato che lo determina, ovvero, per l'intero importo, dalle imposte di registro, ipotecaria, catastale, sulle successioni e donazioni dovute sugli atti e sulle denunce presentati dopo la data di acquisizione del credito, ovvero può essere utilizzato in diminuzione delle imposte sui redditi delle persone fisiche dovute in base alla dichiarazione da presentare successivamente alla data del nuovo acquisto; può altresì essere utilizzato in compensazione ai sensi del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241. Il credito d'imposta in ogni caso non dà luogo a rimborsi".

⁷⁹ Cfr. A. Lomonaco – V. Mastroiacovo, op. cit., pag. 24.

⁸⁰ La differenza tra caparra e multa penitenziale è da ravvisare, pertanto, negli effetti che, nel primo caso, sono immediatamente reali, e nel secondo, meramente obbligatori.

nell'adempimento. Secondo l'art. 1382 c.c. quest'ultima ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, salvo che sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore⁸¹.

Invero, la clausola penale è un patto accessorio al contratto, posto dalle parti al fine di rafforzare il vincolo contrattuale, con funzione sia di coercizione all'adempimento che di predeterminazione della misura del risarcimento per l'inadempimento.

Secondo l'orientamento espresso dall'Amministrazione finanziaria⁸², essa è esclusa dal regime impositivo dell'IVA, poiché l'articolo 15, comma 1, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, stabilisce che "Non concorrono a formare la base imponibile: 1) le somme dovute a titolo di interessi moratori o di penalità per ritardi...".

Da tale disposizione, pertanto, si evince che le somme corrisposte a titolo di penalità (ritardo/inadempimento) esulano dal campo di applicazione dell'IVA⁸³ e, pertanto, sono soggette all'imposta di registro.

In particolare, ai fini dell'imposta di registro, trova applicazione l'articolo 9 della Tariffa Parte Prima del Testo Unico dell'imposta di registro, che disciplina, in via residuale, tutte le disposizioni non altrove previste che manifestino un contenuto patrimoniale, con conseguente applicazione dell'aliquota proporzionale del 3%⁸⁴.

Tuttavia, è stato osservato che "l'obbligazione di cui è fonte la clausola penale sarebbe assoggettabile a questa tassazione non al momento della registrazione del contratto contenente la relativa stipulazione ma solo in caso di inadempimento dell'obbligazione principale".

Tale clausola, infatti, è destinata a concretizzarsi, cioè ad assumere natura e valore di contenuto economico e fiscalmente significativo, solo in un momento successivo ed eventuale rispetto alla conclusione del preliminare; di conseguenza, deve ritenersi applicabile alla clausola penale la disciplina stabilita per le obbligazioni sottoposte a condizione sospensiva di cui all'art. 27 d.p.r. n. 131 cit.⁸⁵.

Con riferimento, inoltre, al trattamento fiscale della caparra penitenziale e della multa penitenziale è dubbia la loro rilevanza agli effetti dell'IVA.

L'assoggettabilità ad IVA potrebbe essere riconosciuta in quanto «prestazioni ... effettuate in correlazione all'esercizio del diritto di recesso di cui costituiscono corrispettivo. Peraltro, poiché, le cessioni in danaro sono estranee all'orbita del tributo, questa in concreto si

⁸¹ Cfr. F. Gazzoni, op. cit., pp.632 e 634.

⁸² Cfr. Ris. Agenzia Entrate n. 91/E del 16 luglio 2004.

⁸³ Cfr. Ris. Min. n. 550293/89.

⁸⁴ Cfr. Ris. Min. n. 310388/90.

⁸⁵ Cfr. A. Lomonaco – V. Mastroiacovo, op. cit., pag. 25.

restringe ad ipotesi (marginali) di caparra penitenziale e di multa penitenziale a contenuto non pecuniario⁸⁶».

Per quanto riguarda, invece, l'applicazione dell'imposta di registro, trattandosi di clausole accessorie non espressamente contemplate dalla nota all'art. 10 Tariffa, Parte Prima, e tenuto conto del carattere accessorio ed eventuale delle stesse, si ritiene che debba trovare applicazione anche in queste ipotesi l'art. 9 della Tariffa. Inoltre, come per la clausola penale, tale tassazione opererebbe solo al momento di esercizio del diritto di recesso convenzionalmente previsto. Pertanto, anche in tali ipotesi, si ritiene applicabile la disciplina stabilita per il negozio sospensivamente condizionato di cui all'art. 27 d.p.r. n. 131/86.

7. Rilevanza fiscale delle variazioni soggettive nel contratto preliminare.

Le problematiche di maggior rilievo relative alla tassazione del preliminare concernono i casi di modificazioni soggettive tra preliminare e definitivo; le ipotesi che possono realizzarsi sono varie: la più ricorrente è quella del preliminare per persona da nominare, con avvenuta nomina in epoca anteriore al definitivo; altra ipotesi è poi quella di preliminare con clausola di cedibilità dello stesso e sua cessione prima del definitivo e, infine, quella di preliminare a favore del terzo e definitivo posto in essere direttamente tra promittente e terzo, senza l'intervento dello stipulante.

Nella pratica contrattuale, tuttavia, appare problematico comprendere quando, al di là dei termini usati, ci si trovi in presenza dello schema del contratto preliminare per persona da nominare o delle altre fattispecie summenzionate. Difatti, la genericità delle clausole utilizzate nella prassi contrattuale in sede di stipula del preliminare fa sì che, in presenza di una clausola che riproduce la tradizionale formula della promessa "per sé o per persona da nominare", non si possa essere certi se le parti intendessero riferirsi allo schema di cui all'art.1401 c.c. (clausola per persona da nominare), ovvero a quello di cui all'art.1407 c.c. (autorizzazione a cedere il contratto), ovvero ancora a quello di cui all'art.1411 c.c. (riserva di nomina a favore del terzo)⁸⁷.

Tale pluralità di configurazioni giuridiche in relazione all'ipotesi di intervento di terzi nella fattispecie contrattuale in questione deve essere riferita necessariamente al contenuto effettivo della volontà dei contraenti, "che l'interprete deve ricercare in concreto anche in correlazione alla funzione, invalsa nella prassi quotidiana degli affari, di impiegare il contratto preliminare per la disciplina intertemporale dei rapporti contrattuali delle parti, al di fuori di

⁸⁶ Così R. Braccini, voce Caparra, diritto tributario, cit.

⁸⁷ Cfr. F. Patti, Contratto preliminare per persona da nominare, in *Rivista del notariato*, II, 2001, pag.1342.

una coincidenza, che non sia meramente verbale, con gli schemi tipici approntati dal legislatore⁸⁸.

7.1 Il trattamento fiscale del contratto preliminare per persona da nominare ai fini dell'Imposta di registro.

Per effetto dell'apposizione al contratto preliminare della clausola "per persona da nominare", pacificamente ammessa sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina⁸⁹, lo stipulante si riserva, nei confronti dell'altro contraente, la facoltà di nominare successivamente un soggetto diverso che acquisterà i diritti e assumerà gli obblighi nascenti dallo stesso contratto preliminare con effetto *ex tunc*⁹⁰.

La riserva di nomina determina una parziale indeterminatezza soggettiva del contratto, poiché solo per effetto della nomina il terzo, individuato dallo stipulante, subentra in aggiunta o in sostituzione di quest'ultimo come parte sostanziale del contratto, acquistando retroattivamente i relativi diritti ed obblighi. Se il termine scade senza che alla controparte sia comunicata la nomina, il contratto produce effetto tra i contraenti originari (art. 1405 c.c.).

Dal punto di vista storico questo istituto fu concepito come un valido strumento per far fronte ad una precisa esigenza pratica, ossia la volontà di non apparire acquirenti alle vendite all'asta; affidando, infatti, alla nomina da parte dello stipulante l'individuazione del definitivo contraente, si evitava che quest'ultimo fosse noto e si realizzava, nel contempo, da un punto di vista giuridico, un unico trasferimento. Tuttavia, tale strumento si rivelò ben presto un ottimo mezzo di evasione fiscale, poiché, prolungando i tempi della nomina, si consentiva un doppio trasferimento sul piano commerciale, soggetto comunque al pagamento di un'unica imposta⁹¹.

Da qui l'esigenza dell'introduzione di una disciplina fiscale che prevedesse un termine molto breve per provvedere alla nomina, trascorso il quale l'eventuale nomina equivaleva ad un nuovo trasferimento.

La legislazione di registro, infatti, all'art.32 D.P.R.131/86 prevede che la dichiarazione di nomina della persona per la quale un atto è in tutto o in parte stipulato è soggetta all'imposta di registro in misura fissa a condizione che: 1) la facoltà derivi dalla legge o da espressa riserva contenuta nell'atto cui la dichiarazione di nomina si riferisca; 2) la stessa sia

⁸⁸ Cfr. Cass. n. 891 del 13/02/81.

⁸⁹ Cfr. F. Patti, *op.cit.*, pag.1341 e ss.; N. Visalli, *Contratto per persona da nominare e preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pag. 361 e ss.; S. Gisolfi, *Preliminare per persona da nominare: osservazioni in tema di contratto per persona da nominare, cessione del contratto e contratto a favore di terzo*, in *Riv. not.*, 2003, pag. 1241 e ss.

⁹⁰ Cfr. Cass. n. 2142/1965; Cass. n. 688571994; Cass. n. 21254/2006.

⁹¹ Cfr. F. Gazzoni, *op.cit.*, pp. 1039-1040.

esercitata entro tre giorni dalla data dell'atto; 3) la stessa sia esercitata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata; 4) la nomina sia conforme alla riserva.

La ratio della previsione di un termine così breve entro cui effettuare la dichiarazione di nomina deve essere ravvisata, pertanto, nell'intento del legislatore fiscale di evitare fenomeni elusivi, ovvero di evitare che il contratto per persona da nominare possa costituire uno strumento per realizzare più trasferimenti patrimoniali con il pagamento di una sola imposta di registro⁹². Un termine più lungo, infatti, potrebbe consentire allo stipulante una "vendita dell'affare o rivendita del bene" occultando questa operazione sotto lo schema contrattuale in questione.

Per tali ragioni, il termine di tre giorni previsto dall'art. 32 DPR 131/86 è inderogabile contrariamente a quanto disposto dall'art. 1402 del codice civile, che rimette alla volontà delle parti la facoltà di stabilire un termine diverso e, quindi, anche più lungo, prevedendo, altresì, che la dichiarazione di nomina non abbia effetto se non accompagnata dall'accettazione del nominato oppure se non esiste procura anteriore al contratto.

Le differenti condizioni previste dalla disciplina fiscale e da quella civilistica, come evidenziato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, derivano dalle diverse finalità sottese alle due discipline, essendo la previsione del termine di cui all'art. 32 D.P.R. 131/86 determinata unicamente da esigenze tributarie e perseguendo, invece, quello previsto dall'art. 1402 c.c. finalità di altra natura e del tutto diverse⁹³.

La disciplina fiscale, pertanto, non mira ad introdurre condizioni e termini di efficacia che si aggiungono o sostituiscono a quelli previsti dalla disciplina civilistica, ma a far fronte ad esigenze di cautela fiscale⁹⁴.

Ne consegue che, se la dichiarazione di nomina difetta anche di uno solo dei requisiti fiscali previsti dall'art. 32 D.p.r. 131/1986, la stessa potrà essere considerata, anche fiscalmente, pienamente efficace, se effettuata ai sensi degli artt. 1402 e 1403 c.c. e produttiva dei relativi effetti.⁹⁵

In particolare, se la dichiarazione di nomina è effettuata oltre il termine di tre giorni, sarà dovuta un'ulteriore imposta fissa, in quanto lo stesso art. 32 dispone che la nomina tardiva legittima l'applicazione dell'imposta relativa al contratto cui la nomina stessa si riferisce; di conseguenza, trattandosi di nomina riferita ad un contratto preliminare sarà

⁹² Cfr. A. Montesano e B. Iannello, Imposta di registro, Il Sole 24 Ore, in Codice tributario, Banca dati de "Il Sole 24 Ore"; F. Tesaurò, "Istituzioni di diritto tributario", vol. II, Parte speciale, Utet 2002, pag.248.

⁹³ Cfr. Cass. n. 2284/68; Cass. n. 1822/74.

⁹⁴ F. Formica, op. cit., pag. 682; R. Braccini, voce Contratto per persona da nominare, II, dir. trib., in Enc. giur., pag. 8.

⁹⁵ Nel senso di affermare la validità degli effetti della nomina, ai fini di una costruzione unitaria in termini fiscali, anche oltre i tre giorni di cui all'art. 32 citato, si veda Commissione tributaria centrale n. 9056 del 21/5/2003.

dovuta la sola imposta fissa così come prevede l'art.10 della tariffa, parte prima, T.U.131/86 per i "contratti preliminari di ogni specie"⁹⁶.

Tale conclusione non desta problemi applicativi nel caso in cui la fattispecie posta in essere dalle parti corrisponda allo schema tipico del contratto preliminare per persona da nominare, ovvero quando lo stipulante si riservi la facoltà di effettuare la nomina sino al momento della stipulazione del definitivo.

Nel caso in cui, invece, venga stipulato un preliminare diretto alla conclusione di un contratto definitivo per sé o per persona da nominare, la dichiarazione di nomina compiuta oltre i tre giorni non potrà considerarsi riferita al contratto preliminare, bensì al contratto definitivo nei confronti del quale essa si propone di attuare la speciale vicenda successorio-circolatoria di cui è parte.

Di conseguenza, secondo l'orientamento della dottrina dominante, poiché lo stesso articolo 32 prevede che la nomina effettuata in difformità da quanto prevede la norma (e cioè oltre i tre giorni) legittima l'applicazione dell'imposta relativa al contratto cui la nomina stessa si riferisce, essendo in questo caso la nomina riferita al contratto definitivo, si realizzerà una seconda imposizione proporzionale del contratto definitivo⁹⁷.

Questa conclusione sembra essere condivisa anche dall'Amministrazione finanziaria che, in relazione ad un contratto preliminare nel quale la dichiarazione di nomina era rimessa "al momento della stipula del rogito definitivo di compravendita", ha ritenuto che tale clausola non sia inquadrabile nell'istituto del contratto per persona da nominare, ma rivolta ad operazioni di rivendita⁹⁸.

Appare opportuno, pertanto, l'utilizzo di formule dalle quali si evinca in modo univoco, in relazione al termine per l'esercizio della facoltà di nomina, che la clausola è riferita solo ed esclusivamente al preliminare. In tal caso, infatti, la nomina successivamente effettuata anche oltre i tre giorni potrà tutt'al più legittimare l'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 32 del DPR 131/86, alla percezione di un'ulteriore imposta fissa⁹⁹.

Un'ulteriore questione dibattuta in dottrina è quella relativa al trattamento fiscale della dichiarazione di nomina nell'ipotesi in cui il contratto preliminare preveda la dazione di acconti

⁹⁶ Cfr. in dottrina: T. Tassani, op.cit; in giurisprudenza: Commissione tributaria centrale, decisione n.4038 del 21/07/97.

⁹⁷ Cfr. L. Bellini, op.cit pag.7.

⁹⁸ Cfr. Ris. n. 400649 del 29 aprile 1986, confermata da Risoluzione n.212 dell'11 agosto 2009.

L'Amministrazione finanziaria perviene a tale conclusione seguendo un consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il diverso termine stabilito dalle parti, in deroga a quello di tre giorni, deve essere certus an et quando, nel senso cioè che non deve sussistere dubbio alcuno che l'adempimento prescritto dalla legge (nomina e comunicazione del contraente nominato) avvenga in un determinato numero di giorni a partire dalla stipulazione del contratto od a scadenza fissa o in altro modo sicuramente determinato, con esclusione di ogni altra forma di determinazione incerta o generica del termine.

⁹⁹ Cfr. Studio CNN n. 597 bis - 1997, estensore S. Ghinassi, pag. 2.

o caparre. Difatti, poiché le pattuizioni accessorie al preliminare sono soggette ad imposta proporzionale di registro (dello 0,50% oppure del 3%), si potrebbe sostenere che in tali casi, qualora la dichiarazione di nomina avvenga oltre il termine posto dall'art. 32 D.P.R. 131/86, quest'ultima sia soggetta ad imposizione proporzionale¹⁰⁰.

Tuttavia, la dottrina prevalente ritiene che una simile conclusione non possa essere condivisa poiché in tal modo l'imposizione proporzionale di cui all'art. 10 della Tariffa non atterrebbe al contratto preliminare in quanto tale, bensì ad elementi negoziali che risultano autonomi ai fini della tassazione¹⁰¹, mentre l'art. 32 del DPR 131/86, nell'individuare l'imposta da versare sulla dichiarazione di nomina che non rispetti le condizioni poste, fa riferimento "all'imposta che attiene all'atto in quanto tale". Deve ritenersi, pertanto, che la tassazione della dichiarazione di nomina, se relativa ad un contratto preliminare, è in ogni caso soggetta ad imposta fissa di registro¹⁰².

7.2 Il trattamento fiscale del contratto preliminare per persona da nominare ai fini IVA.

Nella disciplina IVA mancano espresse previsioni relative al contratto per persona da nominare, pertanto, contrariamente a quanto accade per l'Imposta di registro in forza della previsione dell'art.32 D.P.R.131/86, in questo caso il regime civilistico del contratto per persona da nominare non è derogato da alcuna specifica disciplina fiscale.

In primo luogo, è opportuno ribadire che, secondo consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, il contratto preliminare, qualora si limiti a contenere l'impegno reciproco alla successiva conclusione del contratto definitivo, anche se stipulato da un imprenditore nell'esercizio della sua impresa, non costituisce operazione imponibile ai fini IVA, ma rientra nel trattamento tributario ad esso riservato dalla legge di registro che lo assoggetta a registrazione in termine fisso¹⁰³.

Il contratto preliminare per persona da nominare assume rilevanza ai fini IVA nell'ipotesi in cui lo stesso preveda, o comunque ponga in essere, l'esecuzione anticipata, anche parziale, del contratto definitivo, ovvero quando siano versati acconti in base al preliminare per persona da nominare e, successivamente alla nomina, il definitivo sia concluso ed il saldo versato dal soggetto nominato.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto L. Bellini, op. cit., pag.7.

¹⁰¹ Cfr. F. Formica, op.cit., pag. 644.

¹⁰² Cfr. Studio CNN n. 32-2007/T, estensore T. Tassani, pag.5.

¹⁰³ Cfr. sul punto par. 5, pag.14.

In questa ipotesi, venendo meno l'identità soggettiva tra chi stipula il preliminare, versando l'acconto, e chi stipula il definitivo, possono ravvisarsi due distinti rapporti rilevanti ai fini Iva: quello tra stipulante e promittente venditore soggetto IVA, al momento dell'acconto, e quello tra nominato e venditore, al momento del contratto definitivo¹⁰⁴.

Il venir meno dell'identità soggettiva tra promissario acquirente ed effettivo acquirente nel passaggio dal preliminare al definitivo, non prevedendo la disciplina IVA alcuna norma che regoli espressamente la materia, determina la necessità di individuare una regola per i pagamenti d'imposta medio tempore effettuati¹⁰⁵.

Al riguardo la dottrina¹⁰⁶ ha osservato che possono essere ipotizzate diverse soluzioni; difatti, se si ritiene l'Iva un'imposta che colpisce le singole operazioni, intendendo come tali anche i pagamenti parziali o anche quelli solo richiesti con fattura, si potrebbe propendere per la definitività dell'Iva assolta dal promittente acquirente e relativa all'acconto versato ed affermare che, al momento della conclusione del contratto definitivo, al soggetto nominato acquirente debba essere emessa fattura per l'intero importo previsto in contratto o per l'importo residuo, dato dalla differenza tra il corrispettivo previsto e l'acconto versato.

Un'altra soluzione prospettata è quella secondo cui per effetto della dichiarazione di nomina sorge in capo al venditore il diritto di attivare la procedura di variazione relativamente all'imposta pagata ed addebitata allo stipulante sull'acconto versato. In questo modo, al momento della conclusione del contratto definitivo, al soggetto nominato acquirente dovrà essere emessa fattura per l'intero importo previsto in contratto.

Contro le prime due soluzioni è stato osservato che esse non rappresentano «correttamente, dal punto di vista tributario, l'essenza giuridica del preliminare per persona da nominare», configurando in termini di "definitività" il rapporto tra venditore e promittente acquirente, senza tener conto, invece, che la dichiarazione di nomina produce un effetto risolutivo/sostitutivo¹⁰⁷.

L'ammissibilità della terza soluzione, comporta, invece, che il venditore, ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. 633/72, può emettere una nota di variazione in diminuzione nei confronti dello stipulante, al momento della nomina del terzo, a rettifica delle somme e della

¹⁰⁴ Cfr. T. Tassani, Il preliminare di vendita per persona da nominare. Le implicazioni e le correlazioni con la normativa fiscale, in Quaderni Fondazione per il notariato - La "Circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili - N.1/2009.

¹⁰⁵ Cfr. P. Puri, La "circolazione" del preliminare di vendita del costruttore e la fatturazione IVA, in Quaderni Fondazione per il notariato - La "Circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili - N.1/2009.

¹⁰⁶ Cfr. Studio CNN n. 32/T 2007, cit., pp. 8 e 9.

¹⁰⁷ Cfr. Studio CNN n. 32/T 2007, cit., pag. 9.

relativa imposta versata, e regolare fattura, per il medesimo importo, nei confronti dell'acquirente definitivo¹⁰⁸.

L'articolo 26, secondo e terzo comma, del Dpr n. 633/1972 consente, infatti, al contribuente di "porre nel nulla" un'operazione imponibile quando quest'ultima sia venuta meno o si sia ridotto il suo ammontare imponibile; tuttavia, trattandosi di una procedura che non comporta un aumento di gettito per l'Erario e che, a certe condizioni, può provocarne, invece, una riduzione, il legislatore ha previsto particolari cautele¹⁰⁹.

Difatti, secondo il disposto dell'art. 26, la variazione in diminuzione dell'Iva è ammessa solo quando dipenda da "dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, rescissione e simili o per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali o di procedure esecutive rimaste infruttuose o in conseguenza dell'applicazioni di abbuoni o sconti previsti contrattualmente". Inoltre, qualora tali eventi si siano verificati a seguito di un "sopravvenuto accordo delle parti", la variazione deve essere effettuata nel breve termine di un anno dall'operazione che si vuole annullare.

Di conseguenza, perché si possa ricorrere alla procedura di variazione ex art. 26, occorre verificare la riconducibilità delle ipotesi di dichiarazione di nomina a seguito di preliminare con versamento di acconti ai casi previsti dallo stesso art. 26 D.P.R. n. 633/72, nonché la possibilità di ricorrere alla variazione Iva anche oltre il decorso di un anno dalla effettuazione della operazione, ai sensi del comma 3 dell'art. 26.

Tuttavia, prima ancora di verificare la sussistenza dei presupposti summenzionati, occorre valutare se, nel caso concreto, la dichiarazione di nomina sia effettuata rispettando le condizioni previste dall'art. 1402 c.c., così da ritenere perfezionato un contratto per persona da nominare¹¹⁰ e, pertanto, prodotto l'effetto della sostituzione dell'originario contraente ex tunc.

Come si è avuto modo di illustrare in precedenza¹¹¹, secondo un consolidato orientamento dell'Amministrazione finanziaria e della giurisprudenza della Suprema Corte, affinché si possa configurare un contratto per persona da nominare, è necessario che la nomina avvenga nel termine legale di tre giorni ovvero nel diverso termine concordato dalle parti, purché certus an et quando.

¹⁰⁸ Il cedente o il prestatore avrebbe quindi «diritto di portare in detrazione ai sensi dell'art. 19 l'imposta corrispondente alla variazione» (registrandola ai sensi dell'art. 25, decreto Iva) ed il cessionario o committente avrebbe diritto alla restituzione dell'importo pagato a titolo di rivalsa ed il dovere, se ha registrato l'operazione, di registrare la variazione ex art. 23 o 24 D.P.R. n. 633/72.

¹⁰⁹ Cfr. S. Trocini, No allo sconto prima casa quando è cessione del contratto, in Fisco Oggi, Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate, edizione dell'11 agosto 2009.

¹¹⁰ Cfr. Risoluzione n.212 dell'11 agosto 2009.

¹¹¹ Si veda par. 7.1, pag.30.

Accertata, pertanto, la sussistenza della figura negoziale del contratto per persona da nominare, occorre poi verificare la sua riconducibilità ai casi previsti dall'art. 26 DPR 633/72.

La dottrina prevalente¹¹² e la stessa Amministrazione finanziaria ritengono che in linea di principio possa ammettersi la possibilità di applicazione della procedura di variazione in diminuzione dell'Iva in caso di dichiarazione di nomina del terzo a seguito di stipula del preliminare¹¹³.

Tale conclusione si fonda sulla ricostruzione civilistica dell'istituto della riserva di nomina; è stato osservato, infatti, che l'atto di nomina, determinando l'imputazione definitiva degli effetti del contratto in capo al terzo nominato con efficacia retroattiva, "provoca nei confronti dello stipulante un effetto risolutivo-sostitutivo"¹¹⁴.

Tale configurazione giuridica degli effetti della dichiarazione di nomina comporta l'esigenza di «individuare, documentalmente e contabilmente» i «reali e definitivi soggetti attivi e passivi» dell'operazione compiuta.

Come è stato correttamente affermato dall'Amministrazione finanziaria, il «riallineamento fiscale dell'operazione» non è solo una esigenza formale, bensì «di natura sostanziale ... dipendendo dallo stesso sia l'adeguata soluzione di eventuali problematiche latu sensu collocabili in fenomeni di doppia imposizione, sia la soluzione dei problemi connessi al regolare esercizio del diritto alla detrazione»¹¹⁵.

Sulla base delle considerazioni suesposte, è stato ritenuto, pertanto, che l'effetto risolutivo-sostitutivo della dichiarazione di nomina possa ricondursi alle ipotesi che legittimano la variazione in diminuzione Iva, data l'ampia locuzione "risoluzione, rescissione e simili" contenuta nell'articolo 26, secondo comma, del Dpr n. 633/1972¹¹⁶.

Inoltre, la dichiarazione di nomina, data la sua natura unilaterale e la sua previsione contenuta nel contratto originario, di cui costituisce elemento caratterizzante, non può

¹¹² Cfr. R. Braccini, voce Contratto per persona da nominare, cit., pag. 5; A. Fedele, Trascrizione del contratto preliminare e disciplina tributaria, cit.; F. Del Nero, Edilizia. Note di variazione Iva in presenza di contratto preliminare per persona da nominare, in *Il fisco*, 2006, pag. 6208; M. Nessi, Contratti con clausola per persona da nominare: problematiche Iva, in *Il fisco*, 2006, pag. 7479. Contra, in dottrina, F. Ricca, L'Iva nel contratto per persona da nominare, in *Il fisco*, 1994, pag. 2906 e ss.; L. Coppola, Iva. Il contratto per persona da nominare, in *Boll. trib.*, 1988, pag. 1185 e ss. In giurisprudenza, *Comm. Trib. prov.le Pisa*, sent. n.1336/78 secondo cui: "Non sembra giuridicamente fondata la pur affascinante tesi secondo cui in fattispecie avrebbe potuto e dovuto trovare applicazione – entro un anno dalla effettuazione dell'operazione imponibile – la norma di cui al 2° comma dell'art.26 del D.P.R.633/72: se infatti il contratto per persona da nominare è perfetto sin al momento della sua stipulazione, il collegio è del parere che – come tale – non possa certo rientrare nella casistica prevista nel 2° comma dell'art.26 già citato".

¹¹³ Cfr. da ultimo, Risoluzione n.212 dell'11 agosto 2009.

¹¹⁴ Cfr. Nota della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna del 9 maggio 2002. Le conclusioni cui è giunta la Direzione regionale circa l'applicabilità dell'art. 26 DPR 633/72 all'ipotesi in questione sono state confermate dall'Agenzia delle Entrate nella Ris. N. 212/2009.

¹¹⁵ Cfr. Nota della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna cit.

¹¹⁶ Cfr. Nota della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna cit.

configurarsi quale "sopravvenuto accordo tra le parti" di cui al successivo terzo comma dell'art. 26 DPR 633/72; di conseguenza, la variazione potrebbe essere effettuata anche oltre il termine di un anno dall'operazione¹¹⁷.

Ulteriore aspetto da considerare, che può derivare da un contratto preliminare per persona da nominare, è quello relativo alle agevolazioni soggettive in materia di aliquota IVA.

In particolare, se lo stipulante ha dichiarato in atto di avere diritto all'applicazione dell'IVA ridotta al 4% (contratto preliminare inerente l'acquisto della prima casa), qualora il contraente nominato non abbia diritto alla medesima agevolazione, il cedente dovrà integrare le fatture originarie, essendovi obbligato ai sensi del comma 1 dell'art.26 D.P.R.633/72, in quanto aumenta l'imposta dovuta per l'operazione¹¹⁸.

Con riguardo all'ipotesi opposta, in cui ad avere diritto all'agevolazione sia non lo stipulante ma il contraente nominato, sul dubbio circa la possibilità di applicare la procedura ex art. 26 DPR 633/72 si è espressa, recentemente, in senso positivo l'Amministrazione finanziaria¹¹⁹.

In tal modo è consentito al terzo, subentrato in luogo dello stipulante, di beneficiare della aliquota agevolata Iva del 4% per gli acconti versati e fatturati in sede di preliminare precedentemente la dichiarazione di nomina, e quindi per l'intero corrispettivo pattuito, purché il termine per la designazione del compratore finale sia determinato o oggettivamente determinabile¹²⁰.

7.3 La cessione del contratto preliminare.

Tra le ipotesi di modificazioni soggettive inerenti il contratto preliminare è da annoverare quella del preliminare con clausola di cedibilità dello stesso e sua cessione prima del definitivo.

La cessione del contratto è il negozio mediante il quale ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nel rapporto derivante da un contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite, con il consenso dell'altra parte (art. 1406 c.c.)¹²¹. Con la cessione si attua una

¹¹⁷ Cfr. in dottrina: R. Braccini, voce Contratto per persona da nominare, cit., pag. 5; Cfr. Nota della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna cit.

¹¹⁸ Cfr. B. Frizzera, Aliquote applicabili quando la cessione è effettuata da imprese costruttrici dell'immobile o dalle imprese che vi hanno eseguito (anche tramite imprese appaltatrici) gli interventi di recupero di cui all'art.31, comma 1, lett. c), d) ed e), L.457/1978 o dalle imprese che hanno per oggetto esclusivo o principale dell'attività esercitata la rivendita degli immobili, in Immobili e Fisco, ed. 2002, pag.51.

¹¹⁹ Cfr. Ris. N.212 cit.

¹²⁰ Contra cfr. F. Ricca, op. cit, pag. 2910.

¹²¹ Cfr. C.M. Bianca, op. cit, pag.677.

successione inter vivos a titolo particolare di un soggetto nella stessa posizione contrattuale di un altro soggetto¹²².

Di conseguenza, la sostituzione del terzo nella posizione del contraente originario avviene a titolo derivativo e con effetto ex nunc, contrariamente a quanto accade nel contratto preliminare per persona da nominare, dove il terzo subentra quale parte sostanziale del rapporto contrattuale con effetto ex tunc, ovvero dal momento della stipulazione del contratto, estromettendo completamente lo stipulante¹²³.

Oltre che per gli effetti prodotti sul piano civilistico, tale istituto, si differenzia dal contratto per persona da nominare anche sul piano fiscale, in quanto trova una sua espressa disciplina non solo ai fini dell'imposta di registro ma anche dell'IVA.

In particolare, per quanto riguarda l'imposta di registro, conformemente al principio secondo cui gli atti vanno tassati in base agli effetti che producono, l' art.31, comma 1, D.P.R.131/86, stabilisce che "la cessione del contratto è soggetta all'imposta con l'aliquota propria del contratto ceduto". Pertanto, poiché il preliminare è soggetto ad imposta fissa, anche la relativa cessione sarà sottoposta a tassazione in eguale misura.

Deve ritenersi, inoltre, che la cessione rimanga assoggettata ad imposta fissa anche laddove il contratto preveda la dazione di somme a titolo di acconto o di caparra confirmatoria, avendo tali pattuizioni carattere autonomo rispetto al contratto cui accedono.

Solo l'eventuale corrispettivo pattuito per la cessione, a favore del cedente, del contraente ceduto o di entrambi, costituisce base imponibile per la cessione ai sensi dell'art.43, lett.d) D.P.R.131/86¹²⁴. Per quanto concerne l'aliquota applicabile, secondo parte della dottrina, non potendo trovare applicazione l'art.31, comma 1, D.P.R.131/86 che richiama per la cessione del contratto in genere "l'aliquota propria del contratto ceduto", troverà applicazione l'aliquota proporzionale contemplata dalla disposizione residuale di cui all'art.9 Tariffa parte prima allegata al D.P.R.131/86 (atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, aliquota 3%)¹²⁵.

Tuttavia, altra parte della dottrina effettua un'ulteriore distinzione tra l'ipotesi in cui il corrispettivo per la cessione sia convenuto e, contestualmente, corrisposto, nel qual caso troverebbe applicazione l'imposta proporzionale ai sensi dell'art. 6 (aliquota 0,50%), e l'ipotesi

¹²² Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di Diritto privato*, cit., pag.1014.

¹²³ In caso di riserva di nomina, inoltre, sono assenti le reciproche garanzie dovute tra ceduto e cedente e tra questi e il cessionario: lo stipulante, infatti, è sì responsabile in solido per il pagamento dell'imposta di registro ma non dell'adempimento ad opera del nominato (Cfr. Gazzoni, *op.cit.*, pag. 1043).

¹²⁴ L'art.43, comma 1, D.P.R.131/86 prevede che "La base imponibile, salvo quanto disposto negli articoli seguenti, è costituita: [...] d) per le cessioni di contratto, dal corrispettivo pattuito per la cessione e dal valore delle prestazioni ancora da eseguire".

¹²⁵ Cfr. R. Braccini, voce *Contratto preliminare*, cit., pag. 9.

in cui vi sia solo l'assunzione dell'obbligo a corrisponderlo, nel qual caso troverebbe applicazione l'imposta proporzionale ai sensi dell'art.9 (aliquota 3%)¹²⁶.

E' pacificamente riconosciuta, invece, la detraibilità, in sede di definitivo, da parte del cessionario delle imposte pagate in sede di registrazione del preliminare da parte del cedente; difatti, per effetto della cessione, il cessionario subentra nella posizione contrattuale del cedente e, quindi, nelle situazioni giuridiche soggettive facenti capo a quest'ultimo¹²⁷.

Qualora, poi, il cedente rivesta la qualifica di soggetto passivo IVA, la cessione, se effettuata verso corrispettivo, sarà soggetta ad IVA ai sensi dell'art. 3, secondo comma, n.5 del DPR 633/72.

La disciplina tributaria, pertanto, in questo caso è quella propria della "prestazione di servizi", poiché, come espressamente previsto dalla norma sopracitata, "costituiscono prestazioni di servizi, se effettuate verso corrispettivo, le cessioni di contratti di ogni tipo e oggetto".

L'onerosità della cessione, pertanto, rappresenta un elemento essenziale perché quest'ultima possa assumere rilevanza ai fini IVA¹²⁸, dovendosi ritenere esclusa dal suo campo di applicazione la cessione gratuita del contratto¹²⁹; tuttavia, ancor prima del ricorso di tale elemento, presupposto perché la cessione onerosa possa costituire prestazione imponibile è che il cedente rivesta, ai sensi degli artt. 4 e 5 del D.P.R.633/72, la qualifica di esercente un'impresa ovvero un'arte o una professione. Le qualifiche del cessionario e del contraente ceduto, invece, non assumono alcuna rilevanza.

Nel caso, infine, di versamento di acconti sul prezzo da parte del cedente e successivo versamento della restante somma da parte del cessionario, la cessione del contratto, a differenza del preliminare per persona da nominare, non è in grado di comportare alcuna nota di variazione, per l'inapplicabilità dell'art. 26, Dpr 633/72, con conseguente definitività delle situazioni giuridiche (in termini di rivalsa come di detrazione) facenti capo ai diversi soggetti. Tuttavia, l'operazione sembra non comportare alcun rischio di doppia imposizione, contrariamente a quanto accade nella fattispecie di preliminare per persona da nominare, qualora non si ritenesse applicabile l'art. 26 Dpr 633/72¹³⁰.

¹²⁶Cfr. L. Bellini, op. cit., pag.7.

¹²⁷Cfr. Studio CNN n. 597 bis - 1997, cit., pag. 4.

¹²⁸ Cfr. R. Perrone Capano, L'imposta sul valore aggiunto, Napoli, 1977, pag. 340 ss.; S. Sammartino, voce Cessione del contratto (II diritto tributario), in Enc.giur., Roma, 2001, 1.

¹²⁹ E' stata sostenuta, tuttavia, la possibile imponibilità della cessione gratuita del contratto, equiparandola all'ipotesi di destinazione a finalità estranee, cfr. Formica, op. cit., pp.691-2.

¹³⁰ Cfr. Studio CNN n. 32/2007, cit., pp. 14-15.

7.4 Il contratto preliminare a favore di terzo

Le parti possono concludere un contratto inserendo una clausola (c.d. stipulazione) in virtù della quale gli effetti si producono in via diretta ed immediata nel patrimonio di un terzo (art. 1411 c.c.). Una delle parti (c.d. stipulante), pertanto, procede alla designazione di un terzo quale avente diritto alle prestazioni dovute dalla controparte (promittente). Il terzo, acquista il diritto nei confronti del promittente per effetto del contratto, ma lo stipulante può revocare o modificare la disposizione a favore del terzo fino a quando questi dichiara di volerne profittare¹³¹.

Fatta eccezione per qualche isolata voce contraria¹³², l'orientamento prevalente in dottrina¹³³ e giurisprudenza¹³⁴ è nel senso di ritenere ammissibile la stipula di un preliminare a favore di terzo, nonostante dal preliminare possano derivare non solo situazioni di vantaggio, come è tipico nella stipulazione a favore di terzo, ma l'insieme dei diritti ed obblighi relativi alla posizione di parte contrattuale che si cede¹³⁵.

L'ammissibilità della figura negoziale in questione può desumersi dal carattere generale del riconoscimento che la norma dell'art. 1411 cod. civ. ha dato al contratto a favore di terzo.

In particolare, la prestazione a vantaggio del terzo può consistere in un dare, in un fare o non fare, sicché, per la diversità di contenuto che può assumere l'obbligazione del promittente nei confronti dello stipulante ed a favore del terzo, sino a consentire a quest'ultimo anche l'acquisto di un diritto reale, deve considerarsi ammissibile anche la figura del contratto preliminare di compravendita a favore di terzo, trattandosi di una particolare forma di fare che si realizza con la prestazione del consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà¹³⁶.

Per effetto di tale contratto, pertanto, il soggetto promittente, si obbliga nei confronti dello stipulante, a cui carico sorge l'obbligazione di pagamento del prezzo, a prestare il suo consenso alla definitiva vendita di un suo bene a favore di un terzo, il quale acquista il diritto ad «un atto traslativo solvendi causa»¹³⁷.

¹³¹ Cfr. F. Gazzoni, op. cit, pag. 926; C.M. Bianca, op.cit, pag. 536.

¹³² Cfr. G. Gabrielli, op.cit, pag. 365 secondo cui: "La volontà manifestata a un soggetto diverso dal terzo con cui l'affare deve concludersi non può avere la rilevanza giuridica di consenso, neppure meramente preliminare, relativo all'affare da concludere. Il pactum de contrahendo cum tertio appare pertanto estraneo alla categoria del preliminare".

¹³³ Cfr. F. Messineo, Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, in Enciclopedia del diritto, 1962, vol. X, pag.171.

¹³⁴ Cfr. Cass., sez. 3, n. 18321 dello 01/12/2003.

¹³⁵ Cfr. Studio CNN n. 32/2007, cit., pag.16.

¹³⁶ Cfr. Cass. n. 18321/2003, cit.

¹³⁷ Cfr. A. Palazzo, Contratto a favore di terzo e per persona da nominare, in Riv.dir.civ., pag. 179.

Benchè in linea teorica la figura del contratto preliminare a favore di terzo sia stata sufficientemente delineata, nella prassi non sempre è facile distinguere tale figura dal contratto preliminare per persona da nominare. La differenza deve essere ravvisata nella diversa posizione giuridica assunta dal terzo successivamente alla sua designazione: nel caso di contratto preliminare per sé o per persona da nominare, il designato diviene parte in senso sostanziale del contratto, subentrando ex tunc nella posizione giuridica dello stipulante; nel caso, invece, di preliminare a favore di terzo, quest'ultimo non diventa parte del contratto, ma acquisisce unicamente il diritto alla prestazione dovuta dal promittente, rimanendo lo stipulante parte del contratto.

Per quanto riguarda il trattamento fiscale di tale fattispecie contrattuale, è da rilevare che manca una espressa regolamentazione in materia di imposta di registro.

La ragione, probabilmente, è da ravvisare nel fatto che tale figura non può dar luogo a fenomeni elusivi. Nel preliminare a favore di terzo, infatti, manca la possibilità di un occultamento di un duplice trasferimento così come avviene, invece, nel caso del contratto per persona da nominare.

Il contratto a favore di terzo è sin dall'inizio strutturalmente e funzionalmente ordinato a determinare i suoi effetti nella sfera giuridica di una terza persona, estranea ai contraenti: in questa fattispecie la figura del terzo fa parte della causa del contratto e si sostanzia con essa¹³⁸.

Di conseguenza, il preliminare a favore di terzo rientra nella disciplina impositiva regolata dall'art.10 Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R.131/86 (contratti preliminari di ogni specie).

Assume rilievo fiscale, inoltre, l'eventuale dichiarazione del terzo di voler profittare della stipulazione a suo favore. Al riguardo, va preliminarmente segnalato che tale dichiarazione non è un'accettazione in senso tecnico, poiché il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della sola stipulazione conclusa tra quest'ultimo e lo stipulante. L'adesione del terzo ha, pertanto, la funzione, da un lato, di impedire la modifica o la revoca della stipulazione stessa da parte dello stipulante e, dall'altro, di consumare il potere di rifiutare che può essere esercitato finché il terzo stesso non dichiara di volerne profittare o lo stipulante non procede alla revoca¹³⁹.

La dottrina è concorde nel ritenere che l'atto di adesione del terzo debba essere sottoposto ad imposta di registro in misura fissa, quale atto non avente per oggetto

¹³⁸Cfr. Commissione tributaria centrale, decisione n.13 del 05/01/98.

¹³⁹Cfr. F. Gazzoni, op. cit., pp. 926-927.

prestazioni a contenuto patrimoniale, ai sensi dell'art.11, Tariffa, Parte Prima, D.P.R.131/86; non esistono opinioni unanimesi, invece, con riguardo all'ipotesi di rifiuto all'adesione da parte del terzo o di revoca alla stipulazione a favore del terzo prima che questi abbia dichiarato di volerne profittare.

Parte della dottrina, attribuendo carattere patrimoniale a tali atti, ritiene che gli stessi siano soggetti ad imposta proporzionale ai sensi dell'art.9, Tariffa parte prima, del Testo Unico dell'imposta di Registro, nella misura del 3%, commisurando la base imponibile al valore venale del diritto cui si è rinunciato o, in caso di revoca, del diritto che il terzo abbia acquistato.¹⁴⁰

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che sia la revoca, sia la rinuncia costituiscano atti non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale e, quindi, sarebbero soggetti a registrazione con il pagamento della sola imposta in misura fissa, ai sensi dell'art.11, della Tariffa, Parte I¹⁴¹.

Infine, nell'ipotesi in cui il promittente e la sua prestazione siano soggetti ad IVA, la stessa imposta potrà e dovrà essere addebitata, a titolo di rivalsa, sullo stipulante, quale contraente del promittente¹⁴².

Il terzo beneficiario, infatti, non è parte del contratto, non verificandosi alcuna successione del beneficiario nella posizione dello stipulante, contrariamente a quanto accade nel preliminare per persona da nominare. Di conseguenza, eventuali acconti d'imposta pagati dallo stipulante non potranno essere oggetto della variazione ex art. 26 DPR 633/72, in quanto non vi è qui alcun profilo risolutivo, ma l'intervento di un soggetto terzo a tutti gli effetti e con efficacia ex nunc.

7.5. Il preliminare di vendita di cosa altrui

La possibilità di raggiungere con un solo passaggio il risultato del trasferimento del bene ad un terzo "estraneo" al preliminare può essere conseguita, oltre che con l'utilizzo delle figure negoziali di cui si è detto poc'anzi, anche attraverso il ricorso all'istituto del preliminare di vendita di cosa altrui.

Per quanto riguarda le modalità di adempimento dell'obbligazione assunta dal promittente venditore di una cosa altrui, l'opinione prevalente¹⁴³, confermata da una

¹⁴⁰ Cfr. F. Formica, op.cit., pag.700.

¹⁴¹ Cfr. L. Bellini, op. cit., pag.8.

¹⁴² Il contratto preliminare a favore di terzo assume rilevanza ai fini IVA nel caso di pagamento parziale o totale del corrispettivo o di emissione della fattura prima della stipulazione del contratto definitivo, ai sensi dell'art.6, comma 4, D.P.R.633/72, se il promittente venditore è soggetto passivo IVA.

¹⁴³ Cfr. Cass. n. 242782 del 2005 e n. 21179 del 2004.

pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione¹⁴⁴, ritiene che la prestazione possa essere eseguita, indifferentemente, acquistando il bene e ritrasmettendolo al promissario, oppure facendo in modo che gli sia trasmesso direttamente dal proprietario, disponendo l'art. 1478 c.c., dettato con riferimento alla vendita di cosa altrui ma applicabile per analogia al preliminare, che il venditore è obbligato a "procurarne l'acquisto" al compratore.

Il contratto preliminare, pertanto, non è più visto come un semplice pactum de contrahendo, ma come un negozio destinato a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo: sicché il suo oggetto è non solo un fare, ma anche, e soprattutto, un, sia pur futuro, dare, consistente nella trasmissione della proprietà.

Tralasciando in questa sede le problematiche di carattere civilistico che tale istituto ha sollevato¹⁴⁵, è da evidenziare, sotto il profilo fiscale, innanzitutto l'utilità che esso presenta rispetto alla vendita di cosa altrui stricto sensu. Il preliminare di vendita di cosa altrui, infatti, è soggetto ad imposta di registro in misura fissa, a fronte dell'imposta proporzionale riferibile alla vendita obbligatoria.

Un ulteriore vantaggio riguarda, poi, la possibilità di imputare le somme versate all'erario per la caparra o l'acconto all'imposta dovuta in sede di registrazione del contratto definitivo ai sensi della nota all'art. 10 della Tariffa parte prima allegata al D.P.R. 131/1986¹⁴⁶.

Per quanto riguarda l'Iva, è da rilevare che solo il contratto definitivo di trasferimento della proprietà, qualora in capo ai contraenti ricorrano le necessarie condizioni soggettive, sarà soggetto ad IVA ed eventuali acconti d'imposta pagati dal promissario acquirente di cosa altrui, analogamente a quanto accade nel preliminare a favore di terzo, non potranno essere oggetto della variazione ex art. 26, poiché, non divenendo il terzo in nessun momento parte sostanziale del contratto preliminare stipulato dal promissario acquirente, non vi è qui alcun profilo risolutivo, ma l'intervento di un soggetto terzo a tutti gli effetti e con efficacia ex nunc.

Tuttavia è importante segnalare che il promissario acquirente, a differenza di quanto accade nel preliminare a favore di terzo (in quanto contratto essenzialmente gratuito), "assume dietro corrispettivo l'obbligazione di rinunciare all'esercizio dei propri diritti di

¹⁴⁴ Cfr. Cass. Sezioni Unite n. 11624 del 2006.

¹⁴⁵ In passato parte della dottrina ha manifestato dubbi circa l'ammissibilità di tale figura contrattuale. Cfr. D. Rubino, La compravendita, in Trattato Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1962, pag. 38 ss.; S. Satta, L'esecuzione forzata, in Trattato Vassalli, XV, 1, Torino, 1963, pag. 281.

¹⁴⁶ Cfr. D. Falconio, Preliminare di vendita di cosa altrui o parzialmente altrui ovvero un'aquila che si crede un pollo, in Quaderni Fondazione per il notariato - La "circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili, n. 1/2009.

promissario in ciò compiendo una prestazione di servizi assoggettabile ad Iva che ne sosterrà l'inerenza e gli potrà consentire la detrazione dell'eventuale imposta pagata sugli acconti¹⁴⁷.

8. La risoluzione del preliminare

L'ipotesi di scioglimento del contratto per mutuo consenso, non frequente nella pratica relativamente al contratto definitivo, si verifica spesso per il contratto preliminare, soprattutto in quelle situazioni in cui il promittente alienante abbia individuato un altro soggetto interessato all'acquisto.

Dal punto di vista pratico, pertanto, la risoluzione viene sovente utilizzata quale strumento alternativo a quello della riserva di nomina, della cessione del contratto e del contratto a favore di terzi, "come primo momento di una sequenza negoziale, però priva di collegamento, che successivamente veda la conclusione di un differente contratto tra il promittente venditore ed il nuovo acquirente"¹⁴⁸.

La risoluzione del preliminare non presenta, agli effetti dell'imposta di registro, aspetti peculiari, trovando applicazione la disciplina ordinaria stabilita per la risoluzione del contratto prevista dall'art.28 D.P.R.131/86.

La suddetta norma stabilisce che la risoluzione del contratto è soggetta all'imposta in misura fissa se dipende da clausola o condizione risolutiva espressa contenuta nel contratto stesso ovvero stipulata con atto pubblico o scrittura autenticata entro il secondo giorno non festivo successivo a quello in cui è stato concluso il contratto. La ratio di un termine così breve è da ravvisare nel fatto che la vicinanza temporale dei due momenti negoziali lascia presumere che l'accordo risolto non abbia prodotto gli effetti economici ai quali tendeva.

Inoltre, come precisato anche dalla Circolare n. 37 del 10/06/1986, di commento all'Imposta di registro, ai sensi della seconda parte del primo comma del citato articolo 28, se è previsto un corrispettivo per la risoluzione, sul relativo ammontare si applica l'imposta proporzionale con l'aliquota di cui all'articolo 9 della parte prima della Tariffa allegata al D.P.R.131/86, contenente gli atti aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale (3%), ovvero l'aliquota di cui all'articolo 6 della Tariffa sopra indicata (0,50%), se si è in presenza di quietanza.

¹⁴⁷Cfr. P. Puri, La "circolazione" del preliminare di vendita del costruttore e la fatturazione IVA, in Quaderni Fondazione per il notariato - La "Circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili - N.1/2009.

¹⁴⁸ Cfr. T. Tassani, Il preliminare di vendita per persona da nominare. Le implicazioni e le correlazioni con la normativa fiscale, cit

L'Amministrazione finanziaria ha poi sostenuto che, anche se la legge non lo stabilisce espressamente, qualora la risoluzione sia a titolo gratuito è da considerarsi dovuta la sola imposta fissa¹⁴⁹.

In ogni altro caso e, quindi, anche nell'ipotesi di negozio giuridico stipulato oltre il secondo giorno, l'imposta è dovuta per le prestazioni derivanti dalla risoluzione considerando, comunque, ai fini della determinazione dell'imposta proporzionale, l'eventuale corrispettivo della risoluzione come maggiorazione delle prestazioni stesse (comma 2 dell'art.28 D.P.R.131/86).

La norma in questione persegue, pertanto, il fine di evitare che attraverso una risoluzione preordinata ad arte le parti pongano in essere un secondo trasferimento, come tale assoggettabile all'imposta¹⁵⁰.

Una questione dibattuta è quella concernente la rimborsabilità o meno dell'imposta di registro versata a seguito della risoluzione del preliminare.

Al riguardo l'Amministrazione finanziaria¹⁵¹ ha ritenuto che «nel caso in cui il contratto definitivo non venga posto in essere, le somme riscosse in sede di registrazione del preliminare rimarranno definitivamente acquisite all'Erario».

Di orientamento opposto sembra essere, invece, sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti quanto meno con riferimento all'imposta proporzionale pagata in relazione alla previsione di acconti e caparre.

Come si è già avuto modo di osservare, infatti, la giurisprudenza ha ammesso il rimborso della sola imposta corrisposta sugli acconti di prezzo. In particolare, è stato affermato che l'imposta fissa, in quanto imposta sull'atto, è la sola imposta dovuta sui contratti preliminari. Pertanto, in caso di mancata conclusione del contratto definitivo, l'imposta fissa relativa al preliminare non può essere rimborsata, mentre vi è il diritto al rimborso dell'imposta proporzionale versata in relazione agli acconti di prezzo ex art. 10, Tariffa allegata al D.P.R. 131/86. Considerato, infatti, il carattere eccezionale del pagamento anticipato dell'imposta proporzionale dovuta sul definitivo, la stessa deve essere restituita in quanto non risulta giustificata l'imposizione qualora le parti non pervengano alla «conclusione del contratto definitivo di trasferimento di diritti sul bene»¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. Circolare n. 37 del 10/06/1986.

¹⁵⁰ Cfr. L. Nastri, L'imposta di registro e le relative agevolazioni, Milano 1993, p. 149.

¹⁵¹ Cfr. Circolare 10 giugno 1986 n. 37.

¹⁵² Cfr. Cass. sez. trib., 15 giugno 2007 n. 14028.

Secondo la dottrina, la stessa soluzione deve essere riconosciuta anche con riferimento all'imposta relativa alla caparra confirmatoria, valorizzando l'autonomia della previsione negoziale rispetto al preliminare e la sua accessorietà al contratto definitivo.

Seguendo tale orientamento, tanto per gli acconti quanto per le caparre, rileverebbe la circostanza oggettiva che il contratto definitivo non è stato stipulato e che, di conseguenza, non si è mai realizzata la fattispecie in grado di giustificare l'imposizione, anche quella "anticipata"¹⁵³.

Un'ulteriore questione è poi quella concernente l'assoggettabilità o meno ad imposizione proporzionale degli importi versati a titolo di acconto e caparra e restituiti a seguito della risoluzione del preliminare, ovvero se tale restituzione possa configurarsi come "prestazione derivante dalla risoluzione" ai sensi del secondo comma dell'art. 28.

Parte della dottrina dà risposta positiva al quesito riconoscendo, di conseguenza, che gli importi relativi sconteranno l'imposta di quietanza ai sensi dell'art.6 (aliquota 0,50%) se le somme sono versate contestualmente o, diversamente, l'imposta di cui all'art.9 (aliquota 3%) della parte prima della Tariffa allegata al Testo Unico dell'imposta di Registro¹⁵⁴.

Altra parte della dottrina, invece, sottolineando come la dazione di somme di denaro a titolo di acconto o caparra costituisca una fattispecie di per sé autonoma rispetto allo stesso preliminare, in quanto accessoria al successivo contratto definitivo, ritiene che non si possa concludere per l'imposizione proporzionale qualora alla risoluzione del preliminare segua la restituzione degli importi versati a titolo di acconto e caparra, non costituendo in senso proprio una "prestazione derivante dalla risoluzione"¹⁵⁵.

Per quanto riguarda, infine, la rilevanza della risoluzione del preliminare ai fini IVA, si ritiene che, qualora il promittente venditore sia soggetto IVA e siano stati corrisposti acconti del prezzo, la risoluzione costituisca il legittimo presupposto per il recupero dell'imposta versata¹⁵⁶.

La disciplina, ai fini del recupero dell'imposta, è data dal disposto dell'art.26, comma 2, D.P.R.633/72, che parla di "risoluzione, rescissione e simili"; col limite applicativo costituito dal disposto del successivo comma 3, che esclude rilevanza all'evento risolutorio se verificatosi per "sopravvenuto accordo fra le parti" dopo il decorso di un anno dall'effettuazione dell'operazione. Ne consegue che, integrando la risoluzione consensuale del preliminare

¹⁵³ Cfr. T.Tassani, Il preliminare di vendita per persona da nominare. Le implicazioni e le correlazioni con la normativa fiscale, cit

¹⁵⁴ In giurisprudenza cfr. Comm. Trib. Reg. Toscana, sentenza n.115 del 21/12/2001.

¹⁵⁵ Cfr. T.Tassani, Il preliminare di vendita per persona da nominare. Le implicazioni e le correlazioni con la normativa fiscale, cit

¹⁵⁶ Cfr. L. Bellini, Il contratto preliminare di compravendita immobiliare, cit pag.6.

un'ipotesi di accordo sopravvenuto, si avrà una notevole preclusione temporale all'utilizzo dello strumento della variazione.

Tuttavia, è stato osservato che tale limitazione temporale non opererebbe qualora la risoluzione fosse consentita da una clausola negoziale o da una condizione risolutiva espressa. In questi casi, infatti, poiché l'accordo tra le parti è originario e non sopravvenuto e l'effetto risolutivo consegue all'esercizio di un diritto del singolo contraente, non si realizzerebbe la fattispecie contemplata dal terzo comma dell'art. 26 del DPR 633/72¹⁵⁷.

9. Conclusioni

L'esame delle disposizioni normative disciplinanti il contratto preliminare evidenzia come la stipulazione di tale negozio assuma, sotto il profilo fiscale, un duplice rilievo; ed invero, rileva, non solo, la tassazione del preliminare in quanto tale, ma anche l'impatto fiscale che discende dalla sua funzione prodromica rispetto alla stipulazione del definitivo, del quale ne definisce il contenuto essenziale e, in particolare, il prezzo.

Come si è evidenziato in premessa, infatti, il preliminare costituisce una preziosa fonte di informazioni per stabilire il vero valore venale degli immobili, consentendo, in tal modo, la conoscenza dei patrimoni e, indirettamente, dei redditi dei cittadini. Tali considerazioni hanno indotto il legislatore fiscale, nel corso del 2006 e del 2007, ad introdurre una serie di disposizioni normative volte ad arginare il fenomeno "dell'occultamento" del preliminare.

Per effetto della riforma si è assistito, pertanto, ad un incremento del numero dei contratti registrati, con conseguente riduzione dell'evasione dell'imposta fissa di registro dovuta in sede di registrazione del preliminare e dell'imposta proporzionale di registro sulla eventuale caparra e/o acconto di prezzo.

In realtà, le modifiche normative hanno riguardato non solo le imposte che gravano sul preliminare in quanto tale, ma, considerato il frequente utilizzo di tale negozio come strumento per sfuggire o ridurre l'imposizione sui redditi, le stesse hanno investito anche tale settore impositivo.

In particolare, poiché le plusvalenze realizzate da persone fisiche a seguito di cessioni a titolo oneroso di fabbricati concorrono alla formazione del reddito complessivo Irpef in presenza di determinati presupposti, al fine di scongiurare ogni rischio di occultamento di corrispettivo, il legislatore fiscale, con l'introduzione dell'art. 1, comma 496, legge 23 dicembre

¹⁵⁷ Cfr. T.Tassani, Il preliminare di vendita per persona da nominare. Le implicazioni e le correlazioni con la normativa fiscale, cit

2005, n. 266 e successive modificazioni, ha previsto l'applicazione di un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito nella misura del 20%.

Più precisamente, è stato previsto che, relativamente alle cessioni a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni, la parte venditrice, con apposita dichiarazione resa al notaio in sede di atto di cessione, possa chiedere che sulla plusvalenza realizzata sia applicata un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito nella misura del 20%, derogando, in tal modo, alla disciplina di cui all'art.67, comma primo, lettera b) del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, secondo cui le plusvalenze realizzate mediante le cessioni di cui sopra costituiscono redditi diversi tassabili nei modi ordinari previsti dal citato T.U., purché non siano state conseguite nell'esercizio di arti e professioni o di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice.

Ratio di tale norma è quella di indurre i contribuenti, attraverso la previsione di un prelievo meno oneroso, a non occultare il corrispettivo delle compravendite immobiliari; ciò, naturalmente, ha avuto riflessi anche sulla tassazione del preliminare, poiché, venuta meno la sua funzione di strumento idoneo a contenere tutte quelle pattuizioni che dovevano rimanere ignote al Fisco, è venuto meno anche l'interesse alla non registrazione dello stesso.

L'esame del trattamento fiscale della contrattazione preliminare ha messo in evidenza come il sistema tributario, al fine di produrre un pieno effetto deterrente nei confronti di comportamenti evasivi o elusivi, debba essere concepito come un insieme di imposte in regime tendenzialmente coordinato; tuttavia, nonostante l'intento del legislatore fiscale inteso a conformare gli effetti della negoziazione in senso drasticamente più incisivo al fine di evitare tali fenomeni, il rischio di condotte volte a sottrarre materia imponibile all'erario non può ritenersi del tutto scongiurato.

L'interesse ad un occultamento di corrispettivo potrebbe permanere, ad esempio, al fine di evitare un accertamento sintetico del reddito complessivo delle persone fisiche ai sensi dell'art. 38 del DPR 600/73. Difatti, l'accertamento sintetico, oltre che in base ai fatti-indice tipici presi a base del redditometro (D.M. 10 settembre 1992), tra cui vi è anche la disponibilità di residenze principali e secondarie, può essere effettuato anche in base alla spesa per incrementi patrimoniali (art. 38, comma 5, DPR 600/73).

In particolare, quando l'esborso risulta eccessivo rispetto ai redditi dichiarati dal contribuente nell'anno in cui viene fatta la spesa e negli anni precedenti, è legittimo presumere che siano stati utilizzati redditi non dichiarati. Tuttavia, al fine di limitare la discrezionalità degli uffici, la legge prevede che la spesa per incrementi patrimoniali "si

presume sostenuta, salvo prova contraria, con redditi conseguiti in quote costanti, nell'anno in cui è stata effettuata e nei quattro anni precedenti” .

E' evidente, pertanto, che, avendo il corrispettivo indicato in atto riflessi fiscali non trascurabili per le parti, il pericolo di comportamenti evasivi o elusivi rimane ancora attuale.

Innovazione e Diritto