

**DOTTRINA**

## **SULL'AMMONTARE' DELLA FIDEIUSSIONE A GARANZIA DELL'ACQUISTO D'IMMOBILI DA COSTRUIRE**

Fonte: **Studi e Materiali**, fasc.2, 1 DICEMBRE 2020, pag. 635

Autori: **SUSANNA CANNIZZARO, ANTONIO MUSTO**

(\*) Sommario: 1. Impostazione del problema e inquadramento della disciplina. — 2. Dottrina, giurisprudenza e prassi a confronto. — 3. Rivalsa IVA e inclusione del tributo nelle “somme riscosse dal costruttore”. — 4. Rilievi conclusivi.

1. *Impostazione del problema e inquadramento della disciplina.* — È controversa la questione se la garanzia fideiussoria di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 122/2005 debba coprire anche l'IVA corrisposta dal promissario acquirente soggetto privato.

L'art. 2 del d. lgs. n. 122/2005 dispone quanto segue: «All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 del c.c., di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia».

Occorre subito premettere che la novella al decreto n. 122/2005 attuata con il codice delle crisi di impresa ha fatto sì che i contratti preliminari (e gli altri contratti comunque diretti al successivo acquisto in capo ad una persona fisica di un immobile da costruire) «devono

essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata» e devono contenere, tra l'altro, «gli estremi della fideiussione di cui all'art. 2 e l'attestazione della sua conformità» al relativo modello *standard*, che verrà determinato «con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze» (come previsto dal novellato art. 3, comma 7 *bis*) (1).

Tale decreto ministeriale, al momento, non è stato emanato e pertanto fino alla sua emanazione, «il contenuto della fideiussione [...] è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto» dall'art. 3, d. lgs. n. 122/2005, così come stabilito dall'art. 389, d. lgs. n. 14/2019 in base alla quale: «Le disposizioni di cui agli art. 3 e 4 del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, come modificati dagli art. 385 e 386 del presente codice, si applicano anche nelle more dell'adozione dei decreti di cui agli articoli 3, comma 7 *bis*, e 4, comma 1 *bis*, del predetto decreto legislativo e il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni» (2).

Chiarito ciò, bisogna soffermare l'attenzione sulla funzione della fideiussione e sul suo contenuto così come prescritto dalle previsioni del d. lgs. n. 122/2005.

La *ratio* è chiara e autoevidente (3). La fideiussione deve garantire l'acquirente «di immobili da costruire dal rischio che, nel lasso di tempo intercorrente tra la stipula di un contratto preliminare e la stipula del definitivo, l'intervenuta situazione di crisi (pignoramento dell'immobile oggetto del preliminare, fallimento, concordato preventivo, *et cetera*) del promittente venditore possa impedire l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente e, al contempo, fargli perdere le somme già versate in anticipo» (4).

La situazione di crisi del costruttore, quale è definita dall'art. 3, comma 2, del citato decreto si verifica a seguito della:

- trascrizione del pignoramento sull'immobile contrattuale;
- pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;
- presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo;
- pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza (o del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa) (5).

Verificatasi la situazione di crisi, (art. 3, comma 2, del citato decreto) la fideiussione può essere escussa «a condizione che, per l'ipotesi di cui alla lettera *a*), del medesimo comma, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto e,

per le ipotesi di cui alle lettere *b*), *c*) e *d*) del comma 2, il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare» (art. 3, comma 3, del più volte citato decreto).

Nel tentativo di tipizzare il contenuto della fideiussione, il legislatore ha disciplinato in primo luogo l'aspetto quantitativo in senso stretto ossia l'ammontare della fideiussione (6). Sono stati determinati poi il presupposto per l'operatività della garanzia (individuato nella "situazione di crisi") e i tempi e i modi dell'escussione, non condizionabile alla preventiva escussione del debitore principale. Infine, in modo in un certo senso indiretto, è regolata la durata della garanzia attraverso la cessazione della sua efficacia.

Ciò che qui maggiormente interessa è l'ammontare della fideiussione.

La locuzione "importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso", nonostante la sua apparente linearità semantica, va, per alcuni versi, chiarita.

Di certo, vi è che la disposizione di cui all'art. 2 va letta in combinazione con il successivo art. 3, nella parte in cui si riferisce ai "relativi interessi legali" maturati fino al momento in cui si verifica la "situazione di crisi" che giustifica l'escussione (art. 3, comma 2) (7).

Indubbio pare pure il significato della locuzione "valore di ogni altro eventuale corrispettivo". Quest'ultima è stata riferita, nei primi commenti 'a caldo' della disciplina, al valore del suolo nella fattispecie di permuta di area edificabile contro unità immobiliari da costruire (8).

Con minore facilità è individuabile il significato della prima parte del troncone lessemico in esame, vale a dire la locuzione "importo corrispondente alle somme [ ] che il costruttore ha riscosso". Non è chiaro se essa comprenda anche l'IVA corrisposta dal promissario acquirente.

Si impongono, pertanto, alcune considerazioni.

*2. Dottrina, giurisprudenza e prassi a confronto.* — Per riempire di contenuto l'indicata locuzione, bisogna tenere conto di un primo dato.

La garanzia deve essere di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore "ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente stesso prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento" (art. 2, comma 1). In sostanza la fideiussione ha la funzione di garantire la restituzione di quanto l'acquirente ha versato e

dovrà versare al costruttore. Pertanto, per l'ipotesi piuttosto ricorrente di versamento del corrispettivo in successivi acconti — eventualmente da effettuarsi a stadio avanzamento lavori — la garanzia dovrebbe coprire l'intero importo (comprese le somme non ancora versate) (9). In definitiva, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, la fideiussione deve garantire la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscosso e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata.

La *ratio* di tutela dell'acquirente dovrà guidare allora l'interprete e l'operatore del diritto: la garanzia è disposta a copertura del rischio da mancata restituzione delle somme effettivamente erogate dall'acquirente (o promittente acquirente) in assenza del titolo formale di proprietario, prima cioè che questo si perfezioni in modo da poter essere opponibile *erga omnes*(10).

In dottrina si è sostenuto che l'obbligazione della quale la fideiussione deve garantire l'adempimento è l'obbligazione di restituzione del prezzo e degli altri eventuali corrispettivi e dei relativi interessi legali, che l'acquirente è obbligato dal contratto a pagare prima del trasferimento della proprietà (11). In tal modo la previsione che si riferisce genericamente alla restituzione delle somme dovrebbe tradursi nella restituzione del prezzo corrisposto dal promissario acquirente al costruttore.

Ondivago è poi l'indirizzo della giurisprudenza di merito che si segnala per singolare vaghezza e apoditticità.

In alcune decisioni, la locuzione “importo corrispondente alle somme” viene fatta coincidere con il prezzo corrisposto (12)-(13).

In altre decisioni, l'impostazione delle Corti è di segno contrario. Si afferma che «la *ratio* è quella di tutelare la parte debole del rapporto, di fronte al pericolo di crisi dell'impresa, in relazione a tutti gli esborsi sostenuti in vista dell'esecuzione del contratto» (14). Conseguentemente, in una di esse, è statuito che risponde ai requisiti richiesti dal d. lgs. n. 122 la fideiussione che, pur non coprendo immediatamente l'intero prezzo, indichi l'importo massimo garantito, ovvero la somma idonea a coprire ogni corrispettivo che il costruttore deve riscuotere dall'acquirente (15). E, in una diversa decisione, viene escluso che la fideiussione non comprenda anche le somme versate dall'acquirente a titolo di caparra confirmatoria (16).

Nella prassi locale si rinvengono, poi, differenti indicazioni. Il generico riferimento alle *somme* contenuto nella disposizione di cui all'art. 2 pare lasciar spazio all'inclusione nella garanzia dell'importo versato a titolo di imposta sul valore aggiunto sugli acconti (17).

A fronte di una pluralità di opinioni non sempre univoche, per comprendere se anche l'imposta sul valore aggiunto possa essere annoverata fra le *somme* oggetto della fideiussione qui in esame, pare necessario svolgere le considerazioni che seguono.

3. *Rivalsa IVA e inclusione del tributo nelle "somme riscosse dal costruttore"*. — L'imposta sul valore aggiunto è un'imposta indiretta, ed in particolare un'imposta che — almeno economicamente — grava sul consumo, rimanendo neutrale nei passaggi intermedi.

L'essenziale caratteristica della neutralità, per le operazioni soggette al normale meccanismo di applicazione dell'imposta (operazioni imponibili), si realizza, in particolare, attraverso due istituti che assicurano il funzionamento di tale meccanismo:

1) l'obbligo di rivalsa (art. 18 d.P.R. n. 633/1972), vale a dire l'obbligo di ciascun soggetto IVA (cedente o prestatore) di addebitare l'imposta nei confronti del proprio cliente (cessionario o committente), nel momento in cui vende un bene o presta un servizio; addebito che fa sorgere l'obbligazione del cliente di corrispondere l'imposta al cedente o prestatore;

2) il diritto di detrazione (art. 19 e ss. d.P.R. n. 633/1972), vale a dire il diritto di ciascun soggetto passivo IVA di detrarre l'imposta relativa ai beni e servizi acquistati nello svolgimento dell'attività dall'imposta addebitata al cliente in applicazione dell'obbligo di rivalsa.

Grazie alla rivalsa, il soggetto passivo IVA trasla l'onere del tributo sul cessionario o committente. Quindi, l'imposta che egli deve calcolare a debito verso l'Erario nella propria liquidazione, e che deve conseguentemente versare, non incide giuridicamente su di lui, avendola già riscossa dal proprio cliente, ovvero avendo il diritto di percepirla da questi. A sua volta, il medesimo soggetto passivo ha corrisposto al proprio fornitore (ovvero ha l'obbligazione di corrispondere), in relazione all'acquisto del bene o servizio, l'IVA. Tuttavia questa imposta può essere recuperata, in sede di liquidazione, detraendola da quella applicabile alla vendita e addebitata al cliente. Pertanto, l'imposta che il soggetto IVA deve versare all'Erario non è che l'eccedenza dell'imposta che gli è stata o gli sarà corrisposta dal cessionario o committente, previo recupero dell'imposta versata o comunque dovuta dal medesimo soggetto IVA al proprio fornitore.

Proprio per effetto della rivalsa e della detrazione, l'IVA è un'imposta neutrale, dato che essa — secondo il suo ordinario meccanismo di applicazione — non costituisce una componente di costo o di ricavo per il soggetto passivo.

Il tributo, invece, grava economicamente sul consumatore finale, in quanto egli, non avendo il diritto alla detrazione, non può recuperare nei confronti dell'Erario l'imposta

pagata o dovuta al cedente o prestatore che gli ha fornito il bene o servizio acquistato. Dunque, sotto il profilo economico, si tratta di un'imposta sul consumo. Si noti, in proposito, che il consumatore non ha alcun diretto rapporto con l'Erario, in quanto egli subisce l'onere economico del tributo solo perché l'imposta si applica al prezzo che egli è tenuto a pagare al fornitore per acquistare il bene o il servizio (18).

Tratteggiato sinteticamente il meccanismo di applicazione del tributo in questione, per la risoluzione della questione che ci occupa pare necessario interrogarsi sul rapporto esistente tra i due soggetti coinvolti nel prelievo (ossia il cessionario/committente e il cedente/prestatore) e il fisco.

È utile sottolineare, al riguardo, che effetto della norma sulla rivalsa, al verificarsi dei relativi presupposti, è la nascita di un diritto di credito del cedente o prestatore nei confronti del cessionario o committente.

Sul piano degli effetti giuridici, infatti, anche laddove la rivalsa è stata concettualmente inquadrata dalla dottrina nell'ambito degli istituti di natura prettamente tributaria (e, dunque, è stata qualificata come rivalsa "tributaria") (19), la sua essenza alla fine è stata ricondotta sempre nell'alveo dell'ordinario diritto di credito ed il suo effetto considerato non autonomo, poiché subordinato e diretta conseguenza della disciplina civilistica del rapporto assunto a presupposto della rivalsa medesima (20). Si è fatta, in sostanza, leva sulla circostanza che il potere in questione è attribuito dall'ordinamento giuridico nel cerchio di interessi che gravitano all'interno della sfera del soggetto che opera la rivalsa. Ciò secondo la visione tradizionale del diritto potestativo, nel quale l'interesse che l'ordinamento tutela mediante l'attribuzione della speciale potestà è interesse privato del soggetto agente (21).

Solo di recente una parte (al momento minoritaria) della dottrina ha prospettato una diversa visione muovendo dal carattere obbligatorio dell'esercizio della rivalsa e dal ruolo che essa riveste nello svolgimento del rapporto tributario. Si è escluso, in quest'ottica, che la rivalsa si collochi nella categoria del rapporto obbligatorio potendosi invece inquadrare nell'esercizio privato di una funzione pubblica. Così ragionando il sorgere di un diritto di credito in capo al suo titolare costituirebbe, dunque, solo un effetto secondario e complementare della rivalsa; il suo effetto proprio sarebbe, piuttosto, quello di conferire al cessionario il diritto di detrazione e, più in generale, quello di realizzare l'interesse pubblico cui è preposta relativo alla corretta attuazione del prelievo dell'imposta (22).

La giurisprudenza, pur a fronte di opinioni in dottrina non più univoche, con riferimento al carattere della rivalsa e al rapporto che si instaura attraverso il suo esercizio, si mostra graniticamente orientata per la natura privatistica (23).

I giudici di legittimità hanno dunque affermato che dall'esame congiunto degli artt. 17 e 18

del d.P.R. n. 633/1972, va desunta l'esistenza di tre rapporti giuridici tra loro indipendenti. Di natura tributaria sono certamente sia il rapporto tra cedente/prestatore (soggetto passivo IVA) e amministrazione finanziaria relativamente al pagamento dell'imposta, sia quello tra cessionario ed Erario concernente (l'eventuale) diritto di detrazione. Il terzo rapporto riguarda invece il cedente e il cessionario ed è relativo all'addebito dell'imposta in fattura a titolo di rivalsa. Il fisco rimarrebbe estraneo a quest'ultimo rapporto (24) cosicché in caso di ripetizione di quanto versato a titolo di rivalsa, il cessionario può promuovere un'azione nei confronti del cedente esclusivamente dinanzi al giudice ordinario ai sensi dell'art. 2033 c.c.(25).

Non mancano anche pronunce di segno diverso in base alle quali il cessionario o il committente che acquisiscono beni o servizi nell'esercizio di impresa, sono, a differenza dei consumatori finali, soggetti attivi nel rapporto iva, di talché è possibile per loro chiedere direttamente all'erario il rimborso della maggiore IVA versata promuovendo una controversia tributaria (26). Ciò purché il cessionario compia operazioni imponibili che diano diritto a detrazione, agendo, altrimenti alla stregua di un consumatore finale (27).

4. *Rilievi conclusivi.* — In definitiva, emerge dalla giurisprudenza di legittimità che i soli certamente carenti di legittimazione a richiedere direttamente al fisco l'imposta versata a titolo di rivalsa e che, dunque, rimangono estranei al rapporto d'imposta, sono il consumatore finale e i soggetti passivi che compiono operazioni che non danno diritto alla detrazione (28).

Dunque, laddove l'operazione in relazione alla quale l'IVA è stata corrisposta venga meno, il soggetto passivo avrà la possibilità di recuperare l'imposta, eventualmente già versata al fisco, attraverso i meccanismi interni al tributo (nota di variazione, rettifica della detrazione, rimborso), mentre il consumatore finale (soggetto inciso dal tributo) potrà tornare in possesso dell'importo a lui addebitato in via di rivalsa solo promuovendo un'azione nei confronti del cedente innanzi al giudice ordinario.

Seguendo questa linea di pensiero, per il cessionario/consumatore finale l'IVA si atteggia alla stregua di un "costo" che sullo stesso grava in relazione all'acquisto di un bene (29), mentre solo il soggetto passivo, a cui s'impongono gli oneri formali e sostanziali relativi al tributo, accede al rapporto d'imposta.

Così ragionando, il tributo corrisposto in via di rivalsa con l'acconto si sostanzia in una somma versata al costruttore, conseguentemente, escludere tale importo dal novero delle *somme riscosse* configgerebbe «con la *ratio* della norma, che è quella di tutelare la parte debole del rapporto, di fronte al pericolo di crisi dell'impresa, in relazione a tutti gli esborsi sostenuti in vista dell'esecuzione del contratto» (30).

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, avendo riguardo alla formulazione dell'art. 2 d. lgs. n. 122/2005 e alla complessiva *ratio* della disciplina relativa alla tutela degli acquirenti di immobili da costruire (31), pare corretto includere nelle somme che il costruttore ha riscosso anche l'IVA corrisposta sugli eventuali acconti (32).

**Note:**

(\*) Risposta a quesito n. 63-2020/P-26-2020/T.

(1) Per primi approfondimenti si rinvia a un precedente di questo Ufficio Studi (n. 26-2020/P, est. A. Musto) e a un recente contributo dottrinario, vedi E. Sironi, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e funzione notarile, in *Notariato*, 2019, 248 e 2019, 625.

(2) Il significato della norma ivi contenuta non è sfuggito a quest'Ufficio Studi come ai primi commentatori della riforma. Puntualmente, in nota di quest'Ufficio Studi (Quesito n. 247-2019/P, est. M. Leo), si è messo in chiaro che «per quanto siano le parti a determinare il contenuto della fideiussione, essa dovrà comunque essere conforme alle norme richiamate. Poiché il contratto preliminare è ricevuto per atto notarile, non potrà che spettare al notaio la verifica della conformità a legge della garanzia fideiussoria, a tal fine risultando insufficiente un'attestazione dall'istituto bancario o assicurativo contenuta nella fideiussione. In questo senso anche lo studio CNN 245-2018P, L'acquisto di immobile da costruire tutele vigenti e nuove tutele (dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, est. G. Rizzi), in *CNN Notizie* dell'11 marzo 2019, in cui si precisa che “tutto ciò richiederà attenzione da parte del Notaio, chiamato a controllare la conformità della fideiussione e della polizza assicurativa decennale, mancando un modello standard a cui conformarsi (si rammenta che il contratto è nullo non solo se mancano la fideiussione o la polizza ma anche se le stesse non sono conformi a legge)”. Negli stessi termini, tra i vari commentatori, maggiormente, chi ha sostenuto che tutto questo significa che in attuazione (e senza contraddizione) del «comma 3 dell'art. 389 del Codice, le nuove norme si applicano anche prima che siano adottati i decreti ministeriali deputati a dettare i moduli standard della fideiussione e della polizza assicurativa: in tal caso il contenuto di questi negozi sarà determinato dalle parti “nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni”» e della loro ratio (L. Mezzasoma, La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali, in *Corr. giur.*, 2019, 1268, nota 17). Per ulteriori approfondimenti sulle conseguenze di una fideiussione incompleta o irregolare, parificata dalla giurisprudenza a una fideiussione del tutto mancante si rinvia, in giurisprudenza, tra le tante decisioni, almeno a Trib. Ferrara, 14 giugno 2018, mentre sul ruolo del notaio e sulla sua responsabilità, diffusamente, in dottrina, E. Sironi, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e funzione notarile, cit. e M. Giorgetti-A. Bonafine, Le nuove garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire, in *Imm. e propr.*, 2019, 241 secondo il quale quella notarile «è una funzione che esce rafforzata nella dimensione tutoria atteso che le verifiche che la novella gli affida, anche in vista della formazione delle



attestazioni di conformità ai prossimi modelli standard richiesti per fideiussione e polizza assicurativa, impattano direttamente sulle garanzie offerte all'acquirente».

(3) Negli stessi termini, anche Trib. La Spezia, 9 giugno 2016; Trib. Pavia, 17 aprile 2012. Entrambe in [www.legale.leggitalia.it](http://www.legale.leggitalia.it). Per un approfondimento della fattispecie in dottrina, tra gli altri, G. Visconti, La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, in *Immobili e proprietà*, 2017, 452; I. Maspes, Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire, in *I Contratti*, 2017, 325; S. Delle Monache, La garanzia fideiussoria negli acquisti da costruire (fra obbligo e onere), in *Riv. dir. civ.*, 2009, 613; F. Macario, Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d. lgs. n. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D. Lgs. n. 122/2005 e prospettive*, Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Milano, 2006, 113; A. Pischetola, La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e l'appalto, in *Riv. not.*, 2006, 1, p. 118: «fondata sulla necessità di tutelare il soggetto che, a fronte di un risultato finale (l'acquisto del bene) dagli esiti incerti, ha già effettuato uno o più esborsi patrimoniali, prima del sicuro conseguimento di quel risultato»; E. Smaniotto-S. Scalisi, Tutela degli acquirenti di immobili da costruire, in *Imm. e propr.*, 2011, p. 487: «La garanzia ha quindi la funzione surrogatoria di sostituzione del danaro versato al costruttore ed è finalizzata ad una tutela reale che il legislatore ha voluto consegnare al promittente acquirente, garantendolo così della restituzione degli esborsi effettuati per l'acquisto dell'immobile, nonché dei relativi interessi». Negli stessi termini, A. Ferrucci - C. Ferrentino - A. Amoresano, La tutela degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati, Milano, 2006, p. 162 s.

(4) Trib. Firenze, 25 novembre 2014, in *Arch. loc.*, 2015, 545. Vedi pure, Trib. Salerno, 23 gennaio 2020, in [www.legale.leggitalia.it](http://www.legale.leggitalia.it), secondo cui la norma in commento «ha la funzione di garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata. La norma si propone, dunque, di assicurare protezione alla persona fisica che, in qualità di acquirente o promissaria acquirente, stipula contratti aventi ad oggetto immobili da costruire o in costruzione, e introduce nuovi strumenti di tutela in un settore ove è statisticamente elevato sia il rischio di abusi o di gravi inadempienze da parte chi aliena, sia il pericolo che per il costruttore sopravvenga una situazione di crisi, che comporti la sua sottoposizione ad esecuzione immobiliare o ad una procedura concorsuale».

(5) La disciplina «introdotta dal d. lgs. 122/2005 non riguarda qualsiasi inadempimento del costruttore, ma solo le ipotesi in cui il programma edificatorio originario non possa più essere perseguito. La garanzia può essere escussa dall'acquirente, infatti, solo in alcuni casi espressamente disciplinati all'art. 3 del d. lgs. 122/2005 e, in particolare: 1) quando il bene in costruzione sia pignorato; 2) nell'ipotesi di crisi dell'impresa costruttrice per fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o liquidazione coatta amministrativa. In queste fattispecie, infatti, si verifica una situazione tale porre in pericolo

l'esecuzione del rapporto negoziale intercorso tra costruttore ed acquirente e quest'ultimo rischia di non riuscire ad ottenere il trasferimento del bene programmato, pur avendone già versato parte del prezzo». Così, Trib. Modena, 22 giugno 2017, n. 1091, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

(6) Riguardo all'«ammontare» della garanzia fideiussoria dell'acquisto d'immobili da costruire si è posto il problema se sia valida una fideiussione rilasciata al momento del preliminare per un importo pari alle somme già versate e possibilità di emettere tante fideiussioni successive di importo pari ai successivi acconti versati man mano dall'acquirente. Il nodo da sciogliere muove dal dettame normativo ora dell'art. 2 del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, nella parte in cui prescrive «importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e ( ) deve ancora riscuotere dall'acquirente», ora da quello dell'art. 3 nella parte in cui si stabilisce «la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata». La questione è stata già affrontata in una precedente nota dell'Ufficio Studi (Quesito n. 154-2019/P, est. A. Musto, e già Studio n. 245-2018/P, L'acquisto di immobile da costruire tutele vigenti e nuove tutele (dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 16 gennaio 2019; già Studio n. 5813/C, del Consiglio Nazionale del Notariato, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 23 luglio 2005, Decreto legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa, est. G. Rizzi; Id., La nuova disciplina dell'acquirente di immobili da costruire, in *Notariato*, 2005, p. 440. Ivi in particolare per le diverse esemplificazioni sul contenuto e ammontare della fideiussione). L'Ufficio Studi ha escluso la possibilità di rilasciare più fideiussioni nel tempo man mano che vengono pagati gli acconti. Questa conclusione è stata raggiunta nel prisma di una interpretazione assiologica e sistematica. Al riguardo, costituisce acquisizione condivisa che la ratio delle richiamate disposizioni normative «è chiaramente volta a consentire alla «parte debole» del rapporto di ottenere la garanzia nel momento in cui la «parte forte» ha maggior interesse alla contrattazione, cioè nel momento in cui si «conclude l'affare»» (A. Torroni, Il D.Lg. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore, in *Riv. not.*, 2007, p. 882 e spec. sub par. 4). Se così, e si vuole rispettare pienamente la ratio legis di tutela dell'acquirente «sembra necessario che la fideiussione sia predisposta ab origine per coprire tutti gli esborsi, senza peraltro che ciò escluda, nelle modalità operative (incidenti sull'economia del rapporto fra fideiussore e richiedente, nel cui ambito in fin dei conti la questione è destinata a trovare soluzione con la disponibilità del fideiussore a porre in essere il modello 'elastico'), l'ancoraggio della garanzia ai tempi degli effettivi pagamenti, con un meccanismo di automatica estensione della copertura in coincidenza e in conseguenza degli incassi del costruttore. In alternativa, la prestazione di una fideiussione a copertura (soltanto) di quanto già versato al momento della stipula, con l'obbligo del costruttore di prestare (successivamente) le ulteriori fideiussioni al momento dei progressivi versamenti, non realizzerebbe le finalità protettive del legislatore e, ponendosi in contrasto con quanto prescritto dall'art. 2, determinerebbe la nullità del contratto» (F. Macario, Il contenuto della

garanzia fideiussoria ex d. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità, in Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive, Atti Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato, Roma 20-21 gennaio 2006, Milano, 2006). L'altra verifica sul punto è stata condotta per il tramite del metodo ermeneutico dell'assiologia. Anche su questo piano la conclusione resta la medesima. Si è osservato che gli artt. 2 e 3 del d. lgs., 20 giugno 2005, n. 122 devono essere letti in combinato disposto con l'ivi richiamato art. 1938 c.c., relativo alla fideiussione per obbligazioni future (c.d. fideiussione omnibus). Dalla lettura combinata di queste disposizioni normative risulta evidente che la garanzia deve essere predisposta fin dall'origine in modo da coprire tutti gli esborsi previsti dal regolamento contrattuale fino al momento del trasferimento del diritto reale. Deve esprimere cioè fin da subito l'importo massimo garantito, la cui indicazione è espressamente richiesta dall'art. 1938 c.c. (C.M. D'Arrigo, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, in Riv. not., 2006, 911, spec. sub. par. 8). L'obiettivo è quello di garantire l'ammontare delle somme e/o del valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso o deve riscuotere prima del trasferimento della proprietà. La garanzia copre: 1) le somme che il costruttore abbia già riscosso o i valori che il costruttore abbia già acquisito al momento della stipula del contratto; 2) le somme che, in base al contratto, il costruttore debba riscuotere o i valori che il costruttore debba acquisire dopo la stipula del contratto ma prima che si verifichi il trasferimento dell'edificio. La garanzia non può coprire invece e non riguarderà mai le somme e valori che il costruttore è invece destinato a riscuotere e/o acquisire soltanto nel momento stesso in cui si verifichi il trasferimento della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso. Fermo questo presupposto, nulla impedisce tuttavia alle parti di procurare anche «una polizza fideiussoria che garantisca l'acquirente man mano che verserà i singoli acconti e nei limiti di questi» (C.M. D'Arrigo, ope cit., 911, spec. sub par. 8). È pacificamente riconosciuta la conformità a legge, anche in considerazione del richiamo all'art. 1938 c.c., del «rilascio di una fideiussione progressiva ovvero come polizza aperta, che preveda l'estensione della garanzia in concomitanza con gli acconti stabiliti nel regolamento contrattuale, purché il documento che contiene la fideiussione esprima l'importo massimo garantito in misura da coprire tutte le somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore deve riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento» (A. Torroni, ope cit., 882 e spec. sub par. 4). Una simile pattuizione — altrimenti detta fideiussione “progressiva” (F. Macario, Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità, cit.); a contenuto “progressivo” (G. Rizzi, Studio n. 245-2018/P, L'acquisto di immobile da costruire tutele vigenti e nuove tutele (dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), cit.); “aperta” (A. Ruotolo e A. Paolini, Studio n. 5691/C, 2005, Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, in Studi e Materiali CNN, 2005, p. 1607 ss.); a tranches (G. Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, Milano, 2005, 114) — presenta un duplice vantaggio. È meno onerosa per il costruttore, in

quanto consente naturalmente di evitare un inutile aggravio dei costi di polizza (A. Torroni, *op. cit.*, 882 e *spec. sub par. 4*), e, al contempo, non pregiudica gli interessi dell'acquirente garantito, che comunque non potrebbe mai escutere una somma superiore a quella effettivamente corrisposta» (C.M. D'Arrigo, *op. cit.*, 911, *spec. sub. par. 8*). Le considerazioni fin qui svolte dalla dottrina e dall'Ufficio Studi trovano concorde anche la giurisprudenza. Le Corti — sul presupposto che una «garanzia inidonea e non rispettosa del contenuto di garanzia prescritto dalla norma, lasciando sfornito di adeguata tutela il promissario acquirente, va senz'altro equiparata ad una fideiussione del tutto mancante» (Trib. Firenze, 25 novembre 2014, in *Arch. loc.*, 2015, 545, in motivazione. Analogamente, Trib. Milano, 25 novembre 2015, n. 13278, in *I Contratti*, 2017, 325, con nota I. Maspes, Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire) — hanno affermato la nullità del contratto preliminare, da un canto, perché, la fideiussione era a copertura del rilascio della sola prima rata, e ciò in violazione del presupposto richiesto dalla legge (Corte Appello Palermo, 11 marzo 2016, n. 453); da un altro canto, perché, la fideiussione era d'importo non pari alla somma versata a titolo di acconto e a quella che gli acquirenti devono a titolo di saldo. (Trib. Parma, 18 luglio 2017, n. 1116, in *Arch. locazioni*, 2018, 1, 82. Nel caso di specie, certamente “non fu rilasciata una fideiussione degli importi pagati e da pagarsi prima della stipulazione del definitivo, all'atto del quale (art. 3 del preliminare) avrebbe dovuto essere versato il saldo di euro 115.000,00, pari alle somme ancora da corrispondersi alla stipula del definitivo. Furono concesse nel tempo garanzie per complessivi euro 85.000,00, tutte scadute, a fronte della previsione di pagamenti, da effettuarsi prima del rogito, per euro 145.000,00 (260.000-115.000). In altre parole, anche prescindendo dall'importo effettivamente percepito, prima del definitivo, stando al preliminare, avrebbero dovuti essere corrisposti ancora euro 145.000,00). Non è possibile, in definitiva, rilasciare più fideiussioni nel tempo man mano che vengono pagati gli acconti. La fideiussione è una, una soltanto. È ammesso soltanto «il rilascio di polizze fideiussorie a contenuto “progressivo”, volte cioè a garantire gli importi via via effettivamente riscossi dal costruttore entro il limite massimo costituito dall'intero importo che il costruttore dovrà incassare prima del trasferimento della proprietà o del diritto reale (la garanzia, infatti, in caso di escussione riguarda il rimborso solo di quanto effettivamente versato dall'acquirente); il tutto, ovviamente, per contenere i costi della polizza medesima» (G. Rizzi, *Studio n. 245-2018*, *cit.*).

(7) F. Macario, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d. lgs. 122/2005*, *cit.*

(8) *Studio n. 245-2018/P*, est. G. Rizzi, *cit.*, par.4.1; nonché A. Paolini - A. Ruotolo, *Alcuni aspetti problematici nel decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2005, 887 ss.; F. Macario, *op. cit.*

(9) A. Paolini - A. Ruotolo, *op. cit.*

(10) In questi termini cfr. F. Macario, *op. cit.*

(11) S. Cardarelli, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano 2009, 260. Secondo l'autore si tratta quindi di una obbligazione che di regola non solo è futura (perché nel momento in cui la fideiussione è prestata il debito del costruttore esiste

solo se la fideiussione sia contestuale — e di solito non lo è — al contratto tra il costruttore e l'acquirente e questi versi una caparra o un acconto); ma è anche condizionale (la condizione è la situazione di crisi).

(12) «La norma in esame è diretta a tutelare gli acquirenti degli immobili da costruire, che si trovano a versare, in tutto o in parte il prezzo, prima del trasferimento, in loro favore, della proprietà dell'immobile, non ancora edificato» Trib. Monza, 19 marzo 2008. Vedi Corte d'Appello Lecce Taranto, 14 maggio 2015, dove il prezzo ivi concordato ammontava un importo pari a quello indicato nell'atto di fideiussione, oltre I.V.A. Vi è poi una decisione relativa a un preliminare d'immobili da costruire, dove il corrispettivo della compravendita dei due suddetti appartamenti è di euro 200.000,00 e la fideiussione è stata rilasciata per l'intero importo di euro 200.000,00. Vedi, Trib. Roma, 29 novembre 2013. Infine, si discorre di prezzo in un'altra sentenza, dove le due polizze oggetto di giudizio «eludono la cogente disposizione normativa di cui al comma primo dell'art. 2 del d. lgs. n. 122 del 2005 per non essere stato garantito l'intero prezzo della promessa di vendita, o quanto meno degli acconti previsti in contratto, fino alla stipula del definitivo» Corte d'Appello Brescia, 10 aprile 2019. Tutte consultabili in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it).

(13) E, conseguentemente, trovansi deciso, in una di esse, che va respinta la domanda di nullità del contratto preliminare ex d. lgs. n. 122 del 2005 per l'asserita violazione dell'art. 2. La ricorrente lamentava che la promittente venditrice, a fronte della riscossione di euro 468.000, le avesse rilasciato fideiussione soltanto per euro 450.000. Il Tribunale obietta che la differenza di euro 18.000 costituisce l'IVA al 4%, e non il corrispettivo della vendita, e «poiché l'art. 2 prevede il rilascio di fideiussione "(...) di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo (...)", sotto questo profilo la domanda di nullità deve essere respinta» Trib. Genova, 13 marzo 2015, in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it).

(14) Trib. Bergamo, 21 marzo 2017, in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it).

(15) Corte d'Appello Palermo, 11 marzo 2016, in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it). Nel caso di specie, «All'art. 4 del preliminare di vendita le parti hanno pattuito che: «in conformità a quanto previsto dalla l. 2 agosto 2004, n. 10 il promittente venditore si obbliga a consegnare ai promittenti acquirenti una fideiussione a garanzia di tutte le somme che gli stessi dovranno pagare (compresa iva) fino alla stipula del definitivo"». A fronte di tale previsione, il Tribunale ha statuito, tra l'altro, che «il tenore letterale dell'anzidetta clausola non può lasciare alcun dubbio: all'atto della sottoscrizione del preliminare la società costruttrice non aveva procurato e, tantomeno, consegnato alcuna polizza ai ( ), ma aveva soltanto assunto l'obbligo di consegnarla, dal che non può che conseguire la nullità del contratto preliminare sottoscritto dalle parti».

(16) Trib. Bergamo, 21 marzo 2017. Il Tribunale respinge l'avversata tesi, imperniata sul distinguo tra caparra e acconto, la quale «si scontra con il dettato normativo, che parla di "ogni altro eventuale corrispettivo riscosso o da riscuotersi da parte del costruttore fino al momento del trasferimento della proprietà", e omette di considerare che la caparra, in ipotesi di perfezionamento dell'affare, per sua natura, è destinata a tramutarsi in acconto

— prezzo. La medesima tesi, poi, confligge con la ratio della norma». Sulla fideiussione a garanzia di acconto e caparra, vedi Trib. Napoli, 7 novembre 2016. Con riferimento alla prestazione della garanzia fideiussoria, dovuta per legge (art. 2 d. lgs. n. 122 del 2005) “di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso” e nel caso concreto commisurata alla somma di acconto e caparra versati dai promissari acquirenti all'impresa in occasione della stipulazione del preliminare di cui è causa”, vedi Corte d'Appello Brescia, 10 aprile 2019. Per altri spunti, anche se meno chiara sul punto, del Trib. Monza, 24 aprile 2017. Tutte consultabili in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it).

(17) Cfr. le FAQ del Consiglio notarile di Parma (<https://www.consiglionotarileparma.org/servizi/le-domande-piu-frequenti/comprare-casa/54-quando-e-obbligatoria-la-fidejussione.html>) secondo le quali «La fideiussione deve garantire le somme e ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabiliti nel contratto, dovrà ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà. L'importo comprenderà quindi la caparra, gli acconti da versare prima del rogito e la relativa IVA sugli acconti. Sono invece escluse dalla garanzia le somme per le quali è pattuito un acollo di mutuo. Poiché la legge prevede che la garanzia sia operante per le somme “riscosse e da riscuotere” dovrà riguardare sin dall'inizio tutti gli importi per i quali è previsto un versamento anteriore a rogito. Non è ammessa, in sostanza, la consegna di tante fideiussioni in corrispondenza dei vari pagamenti pattuiti. Deve essere garantito tutto sin dall'inizio». Nello stesso senso si esprime l'ANCE di Brescia (<https://www.ancebrescia.it/2005/tutela-degli-acquirenti-di-immobili-da-costruire-legge-2102004-circolare-ance-testo-del-d-lgs-1222005-schema-di-contratto-preliminare-di-vendita/>) in una circolare diramata il 28/09/2005: «Nell'ambito delle somme oggetto della fideiussione occorre prendere in esame l'ipotesi della cambiale precisando che, in assenza di diversa ed esplicita previsione, la garanzia per la somma in essa indicata decorrerà solo dalla data in cui ne è previsto il pagamento. Le somme in conto IVA, in quanto versate dal promissario acquirente al costruttore, debbono essere garantite con la fideiussione. Il corrispettivo di intermediazione non è oggetto di fideiussione, a condizione che venga regolato con atto distinto tra mediatore e promissario acquirente, ovvero che nel contratto preliminare vi sia l'impegno a trasferirlo al mediatore il quale rilascerà apposita quietanza. Il mancato rilascio della fideiussione e quindi la nullità del contratto potrà essere fatta valere solo su richiesta del promissario acquirente (art. 2 decreto legislativo). Poiché l'efficacia della fideiussione cessa con la sottoscrizione del contratto definitivo di compravendita, l'interpretazione prevalente ritiene che non vi siano conseguenze (es. nullità) né per questo contratto né per quello definitivo, se non è stata rilasciata la fideiussione per le somme versate a seguito del contratto preliminare»; la Confindustria Vicenza che nella guida su codice del consumo e legislazione a tutela del consumatore ([http://info.assind.vi.it/pdf/guida\\_254.pdf](http://info.assind.vi.it/pdf/guida_254.pdf) versione aggiornata al 13/11/2014) afferma: «Anche le somme in conto IVA, in quanto versate dal promissario acquirente al costruttore, debbono essere garantite con la fideiussione».Lo stesso Cardarelli, op. cit.,

pure riferendosi nel testo al solo “prezzo” riporta in appendice (p. 567) la seguente formula: «1.1.L'importo massimo per il quale è prestata la garanzia è ....., e quindi superiore al corrispettivo convenuto per l'opera, maggiorato dell'I.V.A., dei relativi interessi compensativi (calcolati al tasso legale per il tempo convenuto per la realizzazione della costruzione), e dell'importo presunto di eventuali corrispettivi integrativi (per variazione della costruzione), delle penali convenute per il ritardo nell'adempimento o per l'inadempimento e dei relativi interessi, salva la limitazione della garanzia fideiussoria all'effettivo ammontare del credito garantito e salvo il diritto del creditore, che non domandi la penale, al risarcimento del maggior danno verso il costruttore».

(18) In tema si veda ex multis L. Salvini, L'imposta sul valore aggiunto, in AA. VV., Diritto tributario delle attività economiche, Torino, 2019, 258 ss.

(19) L'obbligatorietà della rivalsa ed il fatto che, dunque, il legislatore non ha ritenuto di affidarsi alla traslazione economica del tributo costituiscono, per una parte rilevante della dottrina, un elemento decisivo per ritenere che la capacità contributiva colpita dall'IVA debba identificarsi con il consumo (ovvero con l'immissione in consumo) e che essa sia manifestata dal consumatore finale. Altra parte della dottrina privilegiando gli aspetti giuridico-formali del tributo e ritendendo la rivalsa oggetto di un rapporto privatistico del tutto estraneo al rapporto d'imposta che intercorre tra soggetto passivo di diritto ed erario, affermano che la capacità contributiva colpita dall'IVA sia manifestata proprio dal soggetto passivo e che, dunque, l'IVA sia una imposta che colpisce l'effettuazione delle attività economiche. Ex multis nel primo senso si veda F. Gallo, Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto, Roma 1974, 17 ss., per la seconda opzione interpretativa A. Fantozzi, Presupposto e soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto, in Dir. e prat. trib., 1972, I, 727 ss.

(20) Così F. Randazzo, voce Rivalsa [dir. trib.], in Treccani - Diritto on line. Si veda in proposito la posizione di F. Tesauro, Istituzioni di diritto tributario, Parte speciale, Milano, 2019, 241. L'autore (nt. 34) afferma che «nel novero degli effetti che scaturiscono da un contratto è da comprendere anche il rapporto di rivalsa rapporto che, anche se previsto da una legge tributaria è un effetto legale di diritto privato». Secondo Salvini, Art. 18 - Rivalsa, in P. Centore (a cura di), in Codice IVA nazionale e comunitaria, Milano, 2015, 725, il credito di rivalsa ha un titolo giuridico autonomo rispetto al rapporto giuridico sottostante che intercorre tra i medesimi due soggetti e nel quale si concreta l'operazione imponibile.

(21) In questi termini si esprime Randazzo, voce Rivalsa [dir. trib.], in Treccani - Diritto on line.

(22) F. Randazzo, Le rivalse tributarie, Milano, 2012, 97 ss.

(23) Cfr. sul punto N. Forte, Il nuovo manuale dell'iva, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2014, 686 ss.

(24) Cass., 22 aprile 2003, n. 6419, in GT Riv. Giur. Trib., 2003, 9, 814, con nota Cattaneo; Cass., 26 giugno 2001, n. 8783, in Corr. giur., 2001, 10, 1315, con nota M. Cicala, Contenzioso in materia di i.v.a. e legittimazione ad agire del consumatore finale: contrasto

in cassazione; Cass., 28 aprile 2000, n. 5427, in Dir. e prat. soc., 2000, f. 14-15; in GT Riv. Giur. Trib., 2000.

(25) Cass. SS.UU., 13 gennaio 2010, n. 355, in Corriere Trib., 2010, 7, 567; in GT Riv. Giur. Trib., 2010, 10, 853; Cass., 30 gennaio 2009, n. 2501, in [www.legale.leggiditali.it](http://www.legale.leggiditali.it); Cass., 20 giugno 2008, n. 16923, *ivi*; Cass., 26 agosto 2015, n. 17173, in Corr. Trib., 2015, 43, 4289, con nota di Centore.

(26) Cass. SS.UU., 31 luglio 2008, n. 20752, in GT Riv. Giur. Trib., 2008, 11, 957, con nota Centore; Cass., 14 aprile 2009, n. 9107, in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it); Cass., 17 luglio 2011, n. 13314, *ivi*; Cass., 20 dicembre 2012, n. 23593, *ivi*; Cass., 26 ottobre 2012, n. 18425, *ivi*; Cass., 27 settembre 2018, n. 23288, in Fisco, 2018, 39, 3794. Secondo quest'ultima pronuncia il cessionario non è legittimato a richiedere al fisco il rimborso dell'IVA di rivalsa che assume indebitamente assolta, salvo che la stessa si rifletta sulla liquidazione finale dell'imposta, determinando un'eccedenza rimborsabile.

(27) Cass., 26 agosto 2015, n. 17169, in Fisco, 2015, 38, 3667, con nota M. Peirola, Il cliente non equiparabile al "consumatore finale" può chiedere il rimborso dell'iva non dovuta.

(28) Cass., 26 agosto 2015, n. 17169, *cit.*

(29) Cass., 22 gennaio 2015, n. 1190, in CED Cassazione, 2015. Il soggetto che ricevendo un compenso quale cedente o prestatore di servizio addebiti a chi glielo corrisponde l'i.v.a. esercitando la rivalsa che gli compete quale soggetto passivo della relativa obbligazione tributaria (ai sensi del D.P.R. n. 633 del 1972), quando, per le vicende inerenti il rapporto con la controparte sia tenuto a restituire il compenso ricevuto, è obbligato a restituirlo anche nella parte corrispondente alla somma ricevuta per l'addebito dell'imposta in ragione della rivalsa, posto che la prestazione ricevuta è divenuta indebita per effetto della risoluzione comprendeva anche quella somma» (così Cass. 18 settembre 2008 n. 23849, in conformità con Cass. 22 aprile 2003 n. 6419, 9 luglio 2004 n. 12719, 8 luglio 2008 n. 18686, 26 maggio 2009 n. 12146, 9 febbraio 2010 n. 2826).

(30) Trib. Bergamo, 21 marzo 2017, in [www.legale.leggiditalia.it](http://www.legale.leggiditalia.it).

(31) La funzione è quella più volte detta «di evitare brutte sorprese in relazione alla restituzione delle somme già versate per un immobile ancora da edificare». Così, Trib. Cosenza, 7 giugno 2017, n. 1139, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Analogamente, Trib. Monza, 24 aprile 2017, n. 1201, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo cui la ratio a fondamento «della disciplina di cui al d. lgs. n. 122 del 2005 è, pertanto, quella di tutela degli acquirenti di immobili da costruire dal rischio che, nel lasso di tempo intercorrente tra la stipula di un contratto preliminare e la stipula del definitivo, l'intervenuta situazione di crisi del promittente venditore possa impedire l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente e, al contempo, fargli perdere le somme già versate in anticipo. L'operatività della tutela presuppone, quindi, che vi sia stato l'adempimento da parte del promittente acquirente delle obbligazioni a suo carico e che si siano realizzate le condizioni di rischio previste dalla normativa».

(32) La soluzione potrebbe non essere diversa nel caso in cui il cessionario sia un soggetto che acquista nell'esercizio dell'attività professionale o d'impresa attesa la disposizione di



cui al comma 5 dell'art. 26 d.P.R. n. 633/1972 che così recita: «Ove il cedente o prestatore si avvalga della facoltà [di effettuare la variazione n.d.r.] di cui al comma 2, il cessionario o committente, che abbia già registrato l'operazione ai sensi dell'art. 25, deve in tal caso registrare la variazione a norma dell'art. 23 o dell'art. 24, nei limiti della detrazione operata, salvo il suo diritto alla restituzione dell'importo pagato al cedente o prestatore a titolo di rivalsa». In dottrina si discute, in ogni caso, se il d. lgs. 122/2005 trovi applicazione laddove la persona fisica acquirente agisca nell'esercizio di attività professionale o d'impresa. Per approfondimenti si rinvia a Studio 58137/C, Decreto legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa, est. G. Rizzi.