

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



**TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
IN
ISTITUZIONI E POLITICHE
AMBIENTALI FINANZIARIE E TRIBUTARIE
CICLO XX**

**LA RILEVANZA TRIBUTARIA DELLE PERDITE SU CREDITI
DERIVANTI DA OPERAZIONI DI CESSIONE, FACTORING
E CARTOLARIZZAZIONE**

**Coordinatore
Ch.mo Prof.
Raffaele Perrone Capano**

**Tutor
Ch.mo Prof.
Stefano Fiorentino**

**Candidato
Dott.
Giordano Di Meglio**

Anno Accademico

2006 / 2007

INDICE

Introduzione

SEZIONE PRIMA

Gli atti dispositivi del diritto di credito: la cessione, il factoring e la cartolarizzazione

Capitolo primo: La cessione del credito

- §1: *La cessione del credito: cenni preliminari e inquadramento sistematico...*pag2
- §2: *La meritevolezza della causa.....*pag5
- §3: *Distinzione tra mandato all'incasso in rem propriam e cessione del credito.....*pag8
- §4: *La libera cedibilità del diritto di credito e l'efficacia traslativa del negozio di cessione.....*pag11
- §5: *(segue) La cessione dei crediti futuri.....*pag13
- §6: *La cessione solvendi causa. In particolare la cessio pro soluto e pro solvendo.....*pag16
- §7: *La cessione a scopo di garanzia.....*pag18
- §8: *La sorte degli accessori del credito: le garanzie e i frutti*pag22
- §9: *(segue): Il trasferimento delle azioni giudiziarie.....*pag26
- §10: *L'efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto e la tutela della buona fede.....*pag28
- §11: *L'efficacia della cessione riguardo ai terzi acquirenti del credito.....*pag33
- §12: *La garanzia dell'esistenza del credito al tempo della cessione come garanzia per l'evizione.....*pag37
- §13: *L'assunzione convenzionale da parte del cedente della garanzia della solvenza del debitore ceduto.....*pag42
- §14: *(segue) La reintegrazione della situazione originaria quale fondamento della garanzia della solvenza.....*pag45

Capitolo secondo: Il contratto di factoring

- §1: *La cessione dei crediti d'impresa nella legge n. 52/91.....*pag49
- §2: *Inquadramento del contratto di factoring: caratteri essenziali.....*pag53
- §3: *La struttura del contratto di factoring secondo dottrina e giurisprudenza.....*pag56
- §4: *Le diverse qualificazioni del factoring: contratto di assicurazione, di credito, di mandato, di scambio*pag60

Capitolo terzo: La cartolarizzazione dei crediti

- §1: *Le funzioni, i soggetti e la struttura dell'operazione di cartolarizzazione.....*pag66

| | |
|---|--------------|
| §2: <i>L'opzione italiana per la cartolarizzazione: la legge 130/99. Limited recourse e asset segregation quali elementi caratterizzanti la disciplina.....</i> | <i>pag69</i> |
| §3: <i>Ambito applicativo: in particolare la cartolarizzazione dei crediti futuri e in blocco.....</i> | <i>pag71</i> |
| §4: <i>Lo speciale meccanismo pubblicitario ex art. 58 T.U.B.....</i> | <i>pag75</i> |
| §5: <i>Le operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante erogazione di un finanziamento.....</i> | <i>pag79</i> |

SEZIONE SECONDA

La rilevanza tributaria delle perdite su crediti derivanti da operazioni di cessione, factoring e cartolarizzazione

Capitolo primo: La rilevanza delle perdite su crediti nella tassazione diretta e indiretta

| | |
|--|---------------|
| §1: <i>Nozioni ricostruttive dell'istituto.....</i> | <i>pag82</i> |
| §2: <i>Caratteri distintivi rispetto alle minusvalenze e alle sopravvenienze passive.....</i> | <i>pag87</i> |
| §3: <i>Elementi certi e precisi: l'effettività quale condizione formale di deducibilità.....</i> | <i>pag93</i> |
| §4: <i>(segue)L'elevata probabilità della perdita come condizione sostanziale di deducibilità.....</i> | <i>pag97</i> |
| §5: <i>Mezzi di prova e presunzioni.....</i> | <i>pag100</i> |
| §6: <i>L'inerenza.....</i> | <i>pag110</i> |
| §7: <i>L'individuazione dell'esercizio di competenza.....</i> | <i>pag115</i> |
| §8: <i>La cessione del credito: cenni a profili civilistici e contabili.....</i> | <i>pag122</i> |
| §9: <i>Le perdite derivanti da cessione del credito pro soluto.....</i> | <i>pag130</i> |
| §10: <i>(segue): La cessione pro solvendo.....</i> | <i>pag136</i> |
| §11: <i>(segue): Il factoring.....</i> | <i>pag140</i> |
| §12: <i>(segue): La cartolarizzazione.....</i> | <i>pag144</i> |
| §13: <i>La possibile elusività delle operazioni di cessione.....</i> | <i>pag148</i> |
| §14: <i>Rilevanza delle perdite su crediti in materia di imposta sul valore aggiunto.....</i> | <i>pag153</i> |
| §15: <i>(segue): La rilevanza ai fini IRAP.....</i> | <i>pag157</i> |

| | |
|----------------------------|---------------|
| <i>Bibliografia.....</i> | <i>pag161</i> |
| <i>Giurisprudenza.....</i> | <i>pag168</i> |
| <i>Prassi.....</i> | <i>pag172</i> |

INTRODUZIONE

Nelle moderne economie, basate principalmente sulla produzione industriale e sugli scambi commerciali, il credito ha assunto un fondamentale valore in termini di impulso economico; gli imprenditori, infatti, al fine di incrementare il proprio volume d'affari tendono sovente a concedere dilazioni nel pagamento dei beni e servizi offerti, acquisendo crediti in luogo di contestuali pagamenti. Questo genere di negoziazioni trova oggi una diffusione su scala sempre più ampia poiché beneficia fortemente della possibilità, offerta da diversi strumenti giuridici, di liquidare il credito in anticipo rispetto alla sua naturale scadenza, trasferendolo a terzi. E se da un lato la pronta realizzabilità del valore dei crediti vantati ne consente l'eliminazione dallo stato patrimoniale del cedente, generando così liquidità immediata e riducendo l'indebitamento esistente ovvero incrementando il volume delle attività e degli investimenti, per altro verso la componente negativa normalmente generata dalla dismissione dei crediti produce specifiche conseguenze in campo fiscale che inducono ad approfondire le difficoltà interpretative connesse al trattamento delle perdite su crediti, tanto in vista della determinazione del reddito d'impresa ai fini IRES, quanto in vista della eventuale applicazione di IRAP e IVA. In sostanza dunque, lo scopo che il presente lavoro si propone di affrontare è quello di approfondire le problematiche tributarie relative alle perdite su crediti derivanti da atti di disposizione del diritto; in particolare, l'indagine sarà condotta avendo riguardo alle perdite generate da operazioni di cessione del credito, factoring e cartolarizzazione. A tal fine si reputa, quindi, indispensabile iniziare lo studio con l'analisi specifica dei citati istituti sul piano civilistico, sì da avere una panoramica dettagliata di quegli aspetti, inerenti la causa, il momento traslativo, le garanzie, che ciascun negozio presenta nell'attuazione pratica e che sono destinati ad esplicitare i loro effetti anche in campo tributario. L'esposizione, pertanto, è stata suddivisa in due sezioni la prima delle quali è dedicata ai profili civilistici relativi alla cessione ordinaria dei crediti – la cui disciplina funge per così dire da

“prototipo” del trasferimento del credito – nonché alla cessione dei crediti d’impresa attuata mediante factoring e cartolarizzazione. Al riguardo, però, è necessario precisare che, stante il particolare campo d’indagine prescelto, esulano dall’ambito della presente trattazione alcune questioni che, pur rivestendo grande importanza nell’ambito degli istituti considerati, non rilevano in ordine alla peculiare vicenda modificativa soggettiva del credito e conseguentemente non attengono alla individuazione della perdita realizzata dal cedente: è questo il caso della disciplina dettata in materia fallimentare le cui peculiarità, aggiunte alla recentissima riforma approvata con D.lgs. 7 settembre 2007, n. 169, in vigore dal prossimo 1 gennaio 2008, impongono approfondimenti allo stato non ancora possibili; per quanto riguarda la cartolarizzazione, invece, non costituiscono oggetto dello studio i profili concernenti il regime giuridico dei titoli emessi dalla società veicolo, se non nella misura in cui si presentano indispensabili ad integrare la ricostruzione della fattispecie. La seconda sezione, invece, si occupa principalmente di individuare, ai fini della determinazione del reddito d’impresa assoggettabile ad IRES, la nozione di perdita “certa” nonché il trattamento delle componenti negative generate da atti dispositivi del diritto, con riferimento alle questioni precedentemente sollevate in ordine ai singoli istituti cui si cerca di dare idonea sistemazione. L’esposizione si completa, infine, con alcuni spunti in ordine alla rilevanza delle perdite ai fini IRAP e IVA.

SEZIONE PRIMA

***Gli atti dispositivi del diritto di credito:
la cessione, il factoring e la cartolarizzazione***

CAPITOLO PRIMO: LA CESSIONE DEL CREDITO

§1: *La cessione del credito: cenni preliminari e inquadramento sistematico*

La cessione del credito è il negozio giuridico mediante il quale il creditore (cedente) trasferisce un diritto di credito ad un terzo (cessionario). Essa è disciplinata agli artt. 1260 ss. c.c., nel Libro IV, Capo V del Titolo I - Delle obbligazioni in generale. Nella vigente normativa il negozio risulta, dunque, svincolato dal riferimento ad un determinato tipo causale (al contrario di quanto accadeva nel codice civile del 1865, che regolava la cessione del credito nel contratto di vendita: art. 1538 e ss.) e si pone come disciplina generale dei trasferimenti di crediti a titolo particolare. Il contratto di cessione del credito, pertanto, si perfeziona con il consenso del cedente e del cessionario e si caratterizza per l'oggetto (il trasferimento di un diritto di credito), a prescindere dalla causa.

Invero, la circostanza che l'espressione cessione del credito venga utilizzata nel lessico giuridico italiano per indicare tanto il fatto traslativo quanto l'effetto da esso prodotto, nonché l'esistenza nella stessa normativa codicistica di disposizioni che sembrano avvalorare la distinta considerazione¹ dei due aspetti, in passato ha indotto spesso la dottrina a offrire ricostruzioni di tale istituto volte a dare la prevalenza all'uno o all'altro² di essi. Tuttavia, si deve ritenere oramai acquisito sotto il profilo metodologico che lo studio di una qualsiasi fattispecie non può avvenire separatamente dall'analisi degli effetti che ad essa l'ordinamento giuridico è disposto a ricollegare per cui, anche in virtù dell'estrema variabilità di struttura e funzione che il fatto della cessione assume nelle diverse circostanze, è necessario fornire un'interpretazione della specifica disciplina che si completi «di volta in

¹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1982, Bologna-Roma, pag. 2., nota che gli artt. 1263 e 1264, ad esempio, discorrono tanto di "effetto della cessione", di "efficacia della cessione", quanto della cessione che "ha effetto".

² PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. del dir.*, Milano, VI, 1960, p. 846.

volta ora sotto il profilo della fattispecie ora sotto il profilo dell'effetto dalla più complessa disciplina delle obbligazioni e dei contratti»³.

Bisogna, inoltre, considerare che la cessione del credito si presenta all'analisi dello studioso sotto due ulteriori profili tra loro diversi ma complementari, ovvero sia come fattispecie traslativa del credito che come fattispecie modificativa soggettiva del credito stesso, cioè come successione a titolo particolare nella posizione attiva del rapporto; ed è appena il caso di evidenziare che il primo profilo ha carattere oggettivo perché richiama l'attenzione sulla circostanza che il credito passa da un patrimonio ad un altro senza che la sua identità subisca alcun mutamento, mentre l'altro ha carattere soggettivo in quanto apre ad una interpretazione dell'istituto incentrata sul mutamento soggettivo della titolarità del credito⁴. In realtà però, ciò che nel vigente sistema normativo appare essenziale a caratterizzare l'istituto non è tanto la vicenda modificativa del titolare quanto quella traslativa del "bene credito" che, nella sua identità sostanziale rappresentata dal titolo e dall'oggetto, passa dal cedente al cessionario senza che il mutamento soggettivo incida sugli elementi caratterizzanti della funzione e dell'oggetto di esso.

Partendo da siffatti presupposti, la cessione del credito viene comunemente collocata nella più ampia categoria degli atti di disposizione volontaria dei diritti tout court⁵ in quanto essa, pur essendo destinataria di una peculiare disciplina che

³ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit.; vedasi pure PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, Napoli, 1993.

⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 4, rileva che «la successione particolare nel credito non si verifica in forma esclusiva in sede di cessione potendosi riscontrare in istituti diversi»; DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, in *Digesto IV*, Torino, 1989, 287, ritiene oramai sterile e fonte di equivoci l'inquadramento della cessione tra le figure di sostituzione soggettiva nel rapporto obbligatorio, evidenziando come vi sia una profonda diversità tra la cessione - intesa come «strumento deputato a realizzare una potenzialità funzionale del credito diversa da quella direttamente derivategli dal suo consistere nel potere del titolare di acquisire al proprio patrimonio il bene dovuto dal creditore: di soddisfare, cioè bisogni connessi non all'utilizzazione del bene dovuto, bensì ai risultati concretamente ritraibili dalla circolazione del credito stesso» - e la surrogazione per volontà del creditore che «non esprime la funzione di smobilizzare il credito, bensì quella contraria, di agevolare l'estinzione con il rendere più elevata la probabilità di un rientro patrimoniale del solvens e con l'assicurare il diritto di recuperare dal debitore quanto prestatato al creditore».

⁵ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.* 1999, 1, 76; DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 287, accosta la cessione del credito all'alienazione dei diritti reali, entrambe species del genus atti di disposizione, ritenendo comune la struttura e la funzione di base, nonché identici la natura negoziale dell'atto di

si giustifica per la necessità di fornire adeguata regolamentazione alle tipicità proprie del trasferimento di un diritto di credito, rimane assoggettata ai medesimi principi fondamentali. Non sussistono, del resto, validi motivi per ritenere che la esistenza di un capo specificamente dedicato a disciplinare il trasferimento del credito costituisca prova sufficiente dell'intenzione del legislatore di recidere il legame con la regolamentazione predisposta in generale per gli atti dispositivi, rispetto alla quale la prima svolge al contrario una funzione di specificazione. Né, per altro verso, pare che possa mettersi in dubbio il fatto che al trasferimento del credito si applichino solo quelle disposizioni che rivestano effettivamente il carattere della generalità nel senso specificato, con esclusione quindi di quelle non rispondenti alla struttura del credito, quand'anche contenute in norme a carattere generale⁶.

esercizio della disponibilità e l'effetto traslativo, consistente nell'acquisizione al patrimonio del beneficiario di un diritto sia pure di diverso contenuto, prodotto dall'atto.

⁶ Si pensi, ad esempio, a quelle norme che si riferiscono specificamente alle "cose" oggetto dei diritti trasferiti.

§2: *La meritevolezza della causa*

In conformità ai principi del nostro ordinamento in tema di atti traslativi, la dottrina assolutamente maggioritaria⁷ ha oramai respinto la tesi dell'astrattezza⁸ e considera la cessione del credito un negozio causale, nel senso che è sufficiente che essa persegua un interesse meritevole di tutela per l'ordinamento affinché si produca l'effetto traslativo del diritto.

Dalla stessa causalità della cessione deriva quindi, al pari degli altri negozi traslativi, l'automatico riconoscimento della efficacia reale-obbligatoria del trasferimento del credito che, peraltro, trova solida conferma sia nella impossibilità di giustificare validamente regimi diversi per le situazioni reali rispetto alle situazioni creditorie, sia negli espliciti richiami alla causa onerosa o gratuita (art. 1260), nonché alla rilevanza della causa stessa tanto riguardo all'ambito di operatività delle garanzie (artt. 1266 e 1267) quanto al fine della validità della cessione solvendi causa (art. 1261^{2 co.})⁹.

Risolto affermativamente il problema della causalità della cessione del credito, la dottrina si è trovata, altresì, spesso discorda sul diverso problema dell'autonomia di essa; in altri termini se essa costituisca o meno un negozio tipico. Secondo un orientamento minoritario¹⁰, infatti, nella cessione sarebbe riscontrabile uno schema negoziale incompleto che, caratterizzandosi per un generico ed autonomo interesse al trasferimento, risulta insufficiente a determinare gli effetti traslativi in mancanza di integrazione da parte di un titolo idoneo; pertanto, nel complessivo assetto di interessi che determina le parti al trasferimento si riscon-

⁷ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 30, propone una dettagliata critica in ordine alla astrattezza della cessione.

⁸ BIANCA, *Diritto civile, IV*, Milano, 1993, 587, ricorda che l'idea secondo la quale la cessione del credito sarebbe un negozio astratto, produttivo dell'effetto traslativo a prescindere dalla causa, è stata elaborata dalla dottrina tedesca, la quale, tuttavia, non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in quanto affonda le proprie radici in un modello di alienazione dei diritti reali improntato al principio di separazione, estraneo al nostro diritto, che distingue un negozio causale obbligatorio e un atto di trasferimento avente natura astratta; il nostro sistema, invece, è improntato all'unicità del contratto di alienazione, quale negozio causale e traslativo, e questo sistema trova riscontro anche relativamente al negozio traslativo dei crediti.

⁹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 32.

¹⁰ PANUCCIO, *Voce Cessione dei crediti*, cit, 846.

trerebbe un interesse generico costante, tipico del negozio incompleto, e un interesse specifico variabile, tipico di un negozio completo.

In realtà, a parte l'artificiosità di una siffatta ricostruzione, devesi rilevare che come non esiste nel nostro ordinamento un autonomo negozio di trasferimento dei diritti reali allo stesso modo non esiste un autonomo negozio di cessione del credito¹¹; dunque, è orientamento nettamente prevalente in dottrina¹² quello che, preferisce identificarla negli stessi contratti traslativi idonei a trasferire tanto le situazioni reali quanto quelle creditorie¹³, escludendo quindi che la cessione del credito costituisca un'autonoma figura negoziale. Pertanto, l'identificazione dei profili causali del contratto di trasferimento del credito passa, di volta in volta, attraverso l'analisi compiuta del regolamento di interessi concretamente posto in essere dalle parti, che solo permetterà di applicare alla singola fattispecie contrattuale l'una o l'altra disciplina di parte speciale.

L'esatta ponderazione dei rapporti tra "trasferimento" e "fattispecie", tra due diversi fenomeni della dinamica giuridica, collocati concettualmente su due piani distinti, induce a respingere quelle affermazioni, ricorrenti soprattutto in giurisprudenza¹⁴, volte a definire la cessione del credito come un negozio a "causa

¹¹ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia* cit., 76; DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit, 287.

¹² Secondo BIANCA, *Diritto civile*, cit., 586, la causa della cessione del credito è l'interesse che di volta in volta l'atto è diretto a realizzare e che giustifica l'atto medesimo (vendita, donazione, cessione in garanzia ed altri). La disciplina generale del codice civile relativa alla cessione del credito va, quindi, integrata con quella che attiene allo schema causale nel quale di volta in volta si inserisce l'atto di cessione.

¹³ Secondo LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in Banca borsa tit. cred. 1998, 7, la norma dell'art. 1470 c.c., nella definizione del contratto di compravendita, fa riferimento espresso al trasferimento della proprietà "o di altri diritti", che nessun dato normativo suggerisce di interpretare restrittivamente come riferibile soltanto a diritti di natura reale. Ciò dimostra, in generale, l'assoluta compatibilità tra l'assetto causale di un comune contratto traslativo e la natura non reale del diritto oggetto di trasferimento. Il fatto che la realizzazione dell'interesse del titolare del diritto, nel caso del credito, non passi attraverso il rapporto immediato con la cosa, bensì attraverso il comportamento di altro soggetto, tenuto alla prestazione, non può avere rilevanza sull'identificazione causale del contratto di trasferimento, ma si ripercuote soltanto sulla concreta disciplina delle conseguenze del trasferimento.

¹⁴ L'affermazione che la cessione del credito si concretizza in un negozio a causa variabile è ricorrente in giurisprudenza: tra altri, App. Milano, 31 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 463; Cass., 13 gennaio 1973, n. 3004, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1121 ove si afferma che "la cessione del credito non è un tipo contrattuale a sé stante, ma è inquadrabile nei negozi a causa variabile, nel

variabile”. Bisogna precisare, invero, che non si tratta di variabilità di cause di un singolo specifico negozio, quanto di pluralità di atteggiamenti causali di negozi distinti tutti idonei a produrre un identico effetto minimo concretantesi nel trasferimento del credito¹⁵. Coerentemente il trasferimento di un credito contro il corrispettivo di un prezzo, cioè di una controprestazione espressa in denaro che sia assunta nel regolamento negoziale quale misura del valore della prestazione principale, costituisce di sicuro una vendita; così come costituisce donazione, da effettuarsi nel rispetto delle note solennità, il trasferimento del credito senza corrispettivo e “per spirito di liberalità”; ovvero permuta lo scambio tra due posizioni creditorie delle quali nessuna assolve la funzione di prezzo nell’assetto di interessi concretamente divisato. Certamente, nel caso in cui il contratto di trasferimento abbia ad oggetto un credito, la disciplina del rapporto sorgente sarà arricchita, in considerazione delle esigenze di tutela che derivano dall’essere l’attuazione dell’interesse finale del cessionario subordinata comunque all’attività di altro soggetto (il debitore ceduto) tenuto all’attuazione di una prestazione¹⁶.

senso che, al pari di tutti gli atti traslativi, può rientrare, di volta in volta, nell’uno o nell’altro tipo contrattuale (vendita, donazione, contratto solutorio, negozio di garanzia e così via) a seconda del titolo o della causa che la giustifica, e la disciplina cui essa sarà soggetta sarà, caso per caso, quella propria del tipo di contratto adottato, rispetto alla quale le norme speciali sulla cessione, che ne regolano soprattutto gli effetti, sono meramente integrative”.

¹⁵ In questo senso, DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia* cit, p. 258. Sul punto si veda, inoltre, DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 287.

¹⁶ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 32, sottolinea che la cessione del credito non può essere considerato un negozio indiretto poiché tale qualifica richiede che il negozio abbia una sua configurazione causale determinata al limite una sua astrattezza causale. Mancando la cessione di tali caratteristiche, può essere piuttosto qualificato indiretto, di volta in volta, il determinato negozio nel quale in concreto essa si configura - ad esempio la vendita di un credito -, per cui non si prospetta una problematica particolare in tema di cessione.

§3: Distinzione tra il mandato all'incasso in rem propriam e la cessione del credito

Inquadrato in termini generali il negozio di cessione del credito è utile per il prosieguo della trattazione precisarne, sia pur brevemente, i confini rispetto al mandato irrevocabile all'incasso, conferito anche nell'interesse del mandatario (c.d. mandato *in rem propriam*), con cui il debitore-mandante incarica il creditore-mandatario di esigere un credito verso un terzo e quindi di trattenerne l'incasso a soddisfacimento del proprio credito.

Nonostante i due istituti siano per molti versi affini¹⁷, tra di essi sussiste una marcata differenza poiché mentre la cessione di credito determina il trasferimento immediato di tutti i diritti e gli obblighi nascenti dal rapporto tra il cedente e il cessionario, che diviene l'unico legittimato a pretendere la prestazione dal debitore ceduto, il mandato all'incasso conferisce al mandatario la mera legittimazione all'esercizio del credito¹⁸ – c.d. *jus exigendi* –, ferma restando la titolarità, sia sostanziale che processuale, in capo al mandante, in nome e per conto del quale egli agisce¹⁹.

Secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, infatti, è possibile ravvisare gli effetti della cessione del credito solo in presenza di un accordo

¹⁷ Numerosi sono le analogie con la cessione in garanzia e con la cessione *pro solvendo*. Sul punto si rinvia, anche per gli api riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, Napoli, 2003, 29.

¹⁸ In tal senso PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 47; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 31; per la giurisprudenza cfr. Cass., 03 dicembre 2002, n. 17162, in Giust. civ. Mass. 2002, 2109; Cass., 5 aprile 2001, n. 5061, in Giust. civ. Mass. 2001, 713; Cass., 23 luglio 1997, n. 6882, in Giust. civ. Mass. 1997, 1255; Cass., 23 luglio 1997, n. 6882, in Giust. civ. Mass. 1997, 1255; Cass., 25 luglio 1996, n. 6726, in Riv. Not., 1998, 310; Cass., 9 settembre 1992, n. 10314, in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 8-9.

¹⁹ Secondo Cass., 20 giugno 1991, n. 6972, in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 6, nel mandato all'incasso, che il mandante conferisca al proprio creditore anche nell'interesse di quest'ultimo, il terzo debitore può pagare con efficacia liberatoria tanto al mandante, quanto al mandatario che rappresenta il primo, anche se conosce l'esistenza del mandato. Nel caso di pagamento da parte del terzo al mandante, l'obbligazione è estinta ai sensi dell'art. 1188 c.c. e pertanto il mandatario non può richiedere la condanna del suddetto terzo a rinnovare lo stesso pagamento a suo favore, in base al mandato, senza allegare e provare un impegno diverso e diretto del medesimo nei suoi confronti.

che autorizzi il mandatario a trattenere presso di sé le somme riscosse²⁰. Non sarebbe possibile, pertanto, dedurre dalla compensazione stipulata fra le parti la volontà negoziale diretta alla cessione dei crediti, poiché la compensazione volontaria, pattuita unitamente al conferimento del mandato per l'incasso, fornisce un ulteriore argomento per escludere gli effetti della cessione di credito. Questa potrebbe essere ravvisata solo in presenza di una pattuizione che travalicando gli effetti tipici del mandato, autorizzi in via generale il mandatario a trattenere per sé le somme da riscuotere, nell'esercizio di un diritto che preceda, e quindi escluda, la necessità stessa della compensazione, determinando effetti interni immediati fra cessionario e debitore. La compensazione, infatti, non comporterebbe alcuna preventiva rinuncia del creditore ai ricavi degli effetti affidati al mandatario e al loro trasferimento in suo favore, ma implicherebbe solo il conferimento a quest'ultimo della facoltà di operare, successivamente all'incasso, la compensazione volontaria tra i crediti riscossi in nome e per conto del mandante e quelli da lui vantati nei suoi confronti, salvo il diritto di questi sugli importi eccedenti, che restano esclusi non solo dalla compensazione, ma anche da ogni cessione.

La compensazione dei crediti del mandatario con quelli derivanti dal mandato non mira, infatti, a conferire al mandatario la disponibilità delle somme riscosse in esecuzione del mandato, ma si limita ad offrire a quest'ultimo la facoltà di effettuare l'operazione compensativa, senza effetti sulla titolarità del credito.

Diversamente accade nell'ipotesi in cui il mandante conferisca espressamente al mandatario la facoltà di trattenere presso di sé le somme riscosse. In tal caso, infatti, è evidente l'effetto traslativo voluto dalle parti, realizzandosi il risultato proprio di una cessione del credito cui consegue l'applicazione della disciplina ad essa relativa. Rimane, però, da verificare se in una siffatta ipotesi possa continuare a parlarsi di un mandato irrevocabile all'incasso o ci si trovi di fronte ad un contratto atipico costruito a partire dal mandato in rem propriam, come riten-

²⁰ Cfr. Cass., 25 luglio 1996, n. 6726, cit; Cass., 28 agosto 1995, n. 9030, in Giust. civ. Mass. 1995, 1541; Cass., 22 settembre 1990, n. 9650, in Giust. civ. 1991, I,1519; Cass., 14 febbraio 1979, n. 974, in Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 2.

gono la dottrina e la giurisprudenza prevalenti che considerano l'effetto traslativo del credito incompatibile con il mandato.

§4: La libera cedibilità del diritto di credito e l'efficacia traslativa del negozio di cessione

La situazione creditoria dunque, così come le altre situazioni soggettive patrimoniali, è normalmente disponibile²¹ e l'effetto traslativo del diritto, proprio in applicazione del principio generale di causalità precedentemente richiamato, si produce nella fattispecie concreta grazie al semplice consenso delle parti legittimamente manifestato²². Non incide, infatti, sull'attitudine del credito a formare oggetto di cessione, cioè sulla sua trasferibilità, il potere riconosciuto al creditore di operare il trasferimento del diritto di cui è titolare indipendentemente dalla partecipazione alla fattispecie concreta del debitore ceduto (art. 1260^{1 co.}), trattandosi di questione attinente al "come" trasferire il credito – cioè alla struttura negoziale in concreto realizzata – e non all'astratta possibilità del suo trasferimento²³.

Secondo autorevole dottrina, «la trasferibilità è per definizione esclusa per quelle situazioni soggettive creditorie la cui prestazione, per ragioni relative al titolo o all'oggetto dell'obbligazione, è inerente a persone determinate e per quelle ipotesi creditorie che rientrano in un esplicito divieto di legge sia per particolari qualità o rapporto dei titolari delle situazioni soggettive di cui consta l'obbligazione sia per la speciale natura del credito e/o del debito»²⁴. Al riguardo basti solo ricordare che dal punto di vista soggettivo la intrasferibilità si configura, sia per il creditore che per il debitore, come mancanza di legittimazione, mentre dal punto di vista oggettivo essa trae origine da un interesse tipico legale o da un

²¹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 572, afferma che la proclamazione del principio di libera cessione dei crediti, da parte dell'art. 1260 c.c., risponde alla generale esigenza di circolazione dei beni, che nel caso specifico dei crediti vuol specificamente significare esigenza di un'anticipata utilizzazione del diritto alla prestazione; DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit. sub nota 4.

²² VOCATURO, *Libera cedibilità dei crediti, anche futuri*, in Riv. Not. 2002, 3, commentando la sentenza Cass. civ., 19/6/2001, n. 8333, sez. III, sottolinea che la natura consensuale del contratto di cessione di credito importa che il contratto si perfezioni per effetto del solo consenso dei contraenti, cedente e cessionario, ma non importa altresì che al perfezionamento del contratto consegua sempre il trasferimento del credito dal cedente al cessionario; così nel caso in cui oggetto del contratto di cessione sia un credito futuro, il trasferimento del credito dal cedente al cessionario si verifica soltanto nel momento in cui il credito venga ad esistenza. Prima di allora il contratto pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria.

²³ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 9.

²⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 17.

meritevole interesse atipico volontario alla base del regolamento negoziale derogatorio della libera trasferibilità²⁵.

Per altro verso la stessa configurabilità della incedibilità negoziale del credito non consente neppure di affermare che il principio di libera circolazione sia subordinato in ogni caso alla volontà delle parti, poiché, pur in presenza di un divieto pattizio di alienazione, non è sufficiente la mera apparenza della essenzialità della persona del creditore essendo al contrario necessaria la ricorrenza in capo al debitore di uno specifico interesse, considerato meritevole per l'ordinamento²⁶, consistente nell'aver come creditore una determinata persona anziché un'altra²⁷.

²⁵ Per una completa disamina in argomento si veda PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 18.

²⁶ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., ritengono che il punto riveste una notevole importanza in quanto è pratica assai diffusa in Italia che le grandi imprese inseriscano nelle loro condizioni generali di contratto una clausola d'incedibilità dei crediti. Ora, se in certe circostanze tale previsione risponde a un preciso e giustificato interesse (generale o particolare) delle dette imprese, altre volte la sussistenza e il contenuto di esso – esaminati anche alla luce della penalizzazione che subiscono i creditori di queste, per l'impossibilità di smobilizzare i loro crediti – possono rivelarsi sfuggenti, se non addirittura impalpabili. È da avvertire peraltro, da un lato, che la posizione di debitore dà luogo per sua natura ad una gamma di interessi che rendono meritevole di tutela il patto di incedibilità assai più ampia di quella normalmente rinvenibile nelle altre ipotesi di intrasferibilità convenzionale; dall'altro, che la giurisprudenza italiana, che a quanto consta non è mai stata investita dello specifico problema, non è molto avvezza ad utilizzare principi così generali come quello della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti.

²⁷ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 21.

§5: (segue) La cessione dei crediti futuri

Fino a qualche anno fa la più importante eccezione al principio di libera cedibilità riguardava la trasferibilità dei crediti futuri, e si rinveniva non tanto nella legge, ma nella concreta esperienza giurisprudenziale. Secondo l'opinione della Suprema Corte²⁸, infatti, potevano formare oggetto di cessione anche i crediti futuri, ma solo se, al momento della conclusione della cessione, sussistesse già il rapporto giuridico di base dal quale tali crediti avrebbero dovuto sorgere: e ciò perchè solo in tal caso i crediti futuri oggetto della cessione avrebbero potuto dirsi determinabili. In sostanza, per quanto riguarda i crediti non *stricto sensu* attuali, la giurisprudenza ne ammetteva la trasferibilità solo per quelli sottoposti a condizione sospensiva, per quelli a termine e per quelli che derivassero da un rapporto di durata, come da una somministrazione o un appalto, già in atto, ma non anche per i crediti meramente eventuali.

Tale orientamento è stato oramai superato al punto che oggi si ammette non solo che la cessione del credito possa avere ad oggetto il trasferimento, totale o parziale, di un diritto di credito, attuale o futuro²⁹, ma addirittura che possa essere ceduto anche un credito semplicemente sperato³⁰, purché sussumibile nella nozione di credito futuro; in tal caso, però, l'atto di cessione dovrà indicare l'ammontare del credito, la persona del ceduto ed il tempo della presumibile venuta ad esistenza del credito stesso.

A fondamento dell'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico di un negozio dispositivo di crediti futuri viene comunemente richiamato un referente normativo considerato incontestabile: l'art. 1348 c.c., il quale sancisce la generale ammissibilità che la prestazione di un bene non ancora venuto ad esistenza – intendendo per tale non soltanto un bene-cosa non ancora presente in natura ma an-

²⁸ Cfr.: Cass., 2 agosto 1977, n. 3421, in Rep. Foro it., voce Cessione dei crediti, n. 2.

²⁹ In dottrina cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 589; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 21; DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 315. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 ottobre 1993, n. 4516, in Foro it., 1994, I, p. 3126; Cass., 17 marzo 1995 n. 3099, in Mass. foro it., 1995; Cass., 14 novembre 1996 n. 9997, Giust. civ., 1997, I, p. 1879.

³⁰ Cfr.: Cass., 11 maggio 1990, n. 4040, Giust. civ. mass., 1990, fasc. 5.

che un diritto la cui fattispecie generatrice non si è ancora determinata nei suoi elementi costitutivi minimi – possa formare oggetto di un negozio.

Né fa eccezione il caso di una cessione di credito futuro a titolo gratuito³¹, in quanto il credito futuro può essere oggetto di cessione esclusivamente nel caso in cui quest'ultima sia stipulata a titolo oneroso, dal momento che un'eventuale cessione a titolo gratuito non si sottrarrebbe alla sanzione della nullità per violazione del divieto di donare beni futuri, prescritta dall'art. 771 c.c..

Diverso e più complesso è, invece, problema degli effetti che derivano da una cessione avente ad oggetto un credito futuro³². A tal fine si deve esaminare quale sia la situazione soggettiva del cedente nei confronti del diritto che deve essere trasferito essendo gli effetti diversi a seconda che nei confronti del diritto sussista nel cedente una mera aspettativa di fatto ovvero una vera e propria aspettativa di diritto.

Nel primo caso, non avendo il cedente una situazione soggettiva tutelata dalla legge, non si avrà neppure un fenomeno traslativo vero e proprio; si verifi-

³¹ Cfr.: Cass., 17 marzo 1995, n. 3099, cit.; Cass., 22 novembre 1993, n. 4516, cit.; Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, in Foro it., 1985, I, p. 505; Cass., 5 giugno 1978, n. 2798, in Rep. Foro it., voce Cessione dei crediti, n. 2; Cass., 2 agosto 1977, n. 3421, in Rep. Foro it., voce Cessione dei crediti, n. 2.

³² SACCHI LO DISPOTO, *Cessione dei crediti futuri e mercato delle cartolarizzazioni*, in Banca borsa tit. cred. 2003, 5, commentando la sentenza Cass. civ., 26/10/2002, n. 15141, critica la distinzione operata dalla stessa tra crediti “eventuali in concreto” e “crediti eventuali in astratto” - adottata anche da App. Milano, 2 febbraio 1996 e Cass., 8 maggio 1990, n. 4040, cit. -. Secondo l’A., la distinzione ha, per ammissione della stessa Cassazione, una matrice processuale e deriva da quella operata dalla giurisprudenza tra crediti futuri sui quali è ammessa esecuzione forzata e crediti futuri sui quali non è ammessa esecuzione forzata. In tale ambito, ricorda la Corte, sono stati ritenuti pignorabili i soli crediti “eventuali in concreto”, vale a dire i crediti “legati ad un già esistente rapporto giuridico di base, che ne costituisce l’origine e che già attualmente ne permette l’identificazione degli estremi soggettivi ed oggettivi”, mentre non sono stati ritenuti pignorabili i crediti derivanti da “mere aspettative” – in senso conforme cfr. Cass. Civ., 4 dicembre 1987, n. 9027 -. Nello schema dell’esecuzione forzata, la distinzione è logica dal momento che il codice di procedura civile prevede, per scelta di politica legislativa condivisa dall’A., un procedimento adatto ad aggredire solo crediti o già sorti o “eventuali in concreto”. Infatti, in base alla normativa vigente, l’esecuzione forzata su un credito potrà essere compiuta solo quando si possano identificare gli elementi minimi che permettano di procedere a norma di articolo 543 c.p.c.. D’altra parte, la scelta legislativa si spiega anche solo pensando, oltre alla scarsa utilità, alle difficoltà che comporterebbe un procedimento di esecuzione forzata su crediti “eventuali in astratto” riguardo la possibilità di rendere noto ed opponibile ai debitori e ai terzi un pignoramento di crediti futuri e derivanti da contratti futuri; la notifica ogni volta che uno dei crediti pignorati viene in essere; le conseguenze in fase di assegnazione o vendita forzata di detti crediti.

cheranno soltanto gli effetti preliminari, che prescindono del tutto dal contenuto della situazione soggettiva del cedente ed hanno il loro fondamento unicamente nel negozio posto in essere dalle parti, tra le quali poi gli effetti si esauriscono. Nel secondo caso³³, invece, si avrà l'immediato trasferimento della situazione soggettiva di aspettativa dal cedente al cessionario; la cessione produrrà immediatamente l'effetto traslativo della situazione preliminare e l'acquisto del diritto di credito avverrà direttamente nella sfera giuridica del cessionario, appena si sarà verificato il fatto che condizionava il venire ad esistenza del diritto.

³³ Secondo LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito*, cit., tale situazione di attesa deve rivestire i caratteri formali di una situazione giuridica, ossia deve essere fatta oggetto di tutela diretta ed immediata per mezzo di una norma, che, evidentemente, attribuisca al soggetto che ne è portatore gli strumenti per l'affermazione, anche giudiziale, della propria posizione di vantaggio.

§6: La cessione solvendi causa. In particolare la cessio pro soluto e pro solvendo

Le considerazioni svolte consentono³⁴ di superare agevolmente i rilievi avanzati da quella dottrina che ravvisa nella cessione de quo un meccanismo di mera esecuzione, diretta o indiretta, di altro negozio.

Simile ricostruzione, in realtà, può essere riferita alla cessione, così come alle altre fattispecie traslative aventi ad oggetto situazioni soggettive non creditricie, solo quando essa realizza una *causa solvendi*³⁵; ma anche in tal caso, non vi è motivo di ridurre a mera attività esecutiva un effetto proprio della fattispecie negoziale in questione che trova la sua legittimazione nella giustificazione causale di questa. Decisiva sul tema è non solo la possibilità di utilizzare lo strumento negoziale per l'adempimento di un obbligo, quanto la profonda differenza esistente tra il trasferimento del diritto di credito, quale effetto ricollegabile all'adempimento, e il trasferimento del credito, quale effetto ricollegabile alla fattispecie negoziale nella cui funzione causale esso si incorpora.

Ciò trova conferma nell'art. 1198 c.c. in tema di cessione del credito in luogo di adempimento, laddove emerge la profonda differenza esistente tra la cessione *pro soluto*, in cui «il trasferimento del credito è contemporaneo e funzionalmente coesistente con l'estinzione dell'obbligazione originaria»³⁶, e la cessione *pro solvendo*, in cui tali effetti non sono contemporanei in quanto quello estintivo si verifica solo nel momento della riscossione del credito ceduto. Conseguente che mentre la cessione *pro soluto*, integrando una fattispecie estintiva dell'obbligazione originaria, può essere ricondotta nel più ampio fenomeno della dazione di un diritto in luogo di adempimento, tale inquadramento non si adatta alla cessione *pro solvendo* in cui il trasferimento del credito non rappresenta a-

³⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 44; riferimenti dottrinali *ivi*.

³⁵ Vedi nota precedente.

³⁶ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 45.

dempimento ma «effetto preparatorio dell'adempimento indiretto dell'obbligazione originaria»³⁷.

Infatti, la cessione *pro solvendo* produce *medio tempore* una serie di effetti provvisori quali il trasferimento del diritto in capo al cessionario, la liberazione del cedente dall'obbligazione originaria nonché l'effetto obbligatorio, ancorché potestativo, a carico del cessionario di esigere il credito dal ceduto. Questa fase di pendenza, durante la quale il cedente conserva pur sempre la possibilità di adempiere con effetto liberatorio l'obbligazione originaria, inesigibile invece da parte del cessionario, si chiude con l'esazione del credito trasferito: in tal caso se vi è adempimento il cessionario soddisfatto è obbligato a restituire l'eccedenza di quanto riscosso rispetto al credito vantato in origine non avendo titolo per trattenerla, così come mantiene le proprie ragioni verso il cedente qualora sia rimasto parzialmente insoddisfatto; se, al contrario, l'obbligazione originaria è rimasta inadempita, essa ritorna nel patrimonio del cedente e il cessionario riacquista la possibilità di esigere il credito originario, a meno che l'inadempimento non sia a lui imputabile nel qual caso l'obbligazione originaria si estingue e il cedente può chiedere il risarcimento del maggior danno patito³⁸.

Si può, quindi, concludere che «la cessione *pro solvendo*, a differenza di quella *pro soluto*, non si identifica con la dazione in luogo di adempimento ma costituisce semplicemente una *species* di quel *genus* poiché mentre «nella prima l'adempimento è uno scopo che si realizza nell'ambito di una funzione più complessa, nella seconda la cessione è sostitutiva dell'adempimento, con effetto estintivo e liberatorio dell'originaria obbligazione»³⁹.

³⁷ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 45; ID. *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari*, cit., 34.

³⁸ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 49.

³⁹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 50.

§7: La cessione a scopo di garanzia

La cessione a scopo di garanzia⁴⁰ può essere individuata in via generale, nonostante l'estrema variabilità di configurazioni riscontrabili nella pratica, come quella particolare fattispecie nella quale il trasferimento del credito trova la sua causa nella finalità di offrire al cessionario la garanzia dell'adempimento di altro credito da lui vantato nei confronti del cedente; a seguito dell'immediata efficacia traslativa del negozio, infatti, il cessionario acquista la possibilità di azionare non solo il credito garantito ma anche quello cedutogli, sebbene solitamente si impegni a esigerlo solo nelle ipotesi di insolvenza del cedente o di inadempimento dell'obbligazione originaria⁴¹.

Analogamente a quanto avviene nella cessione *pro solvendo*, l'effetto traslativo viene meno, e il credito ceduto ritorna nella titolarità del cedente, nel caso in cui questi adempia l'obbligazione garantita; se, al contrario, il cessionario riscuote le somme dovute dal ceduto l'obbligazione originaria si estingue fino a concorrenza di quanto riscosso; se, invece, il credito ceduto non può essere riscosso a causa della negligenza del cessionario, questi sarà tenuto a risarcire il maggior danno, ferma restando l'estinzione dell'obbligazione originaria⁴².

⁴⁰ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 258; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 24.

⁴¹ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 24; contra INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in Banca borsa tit. cred. 1997, II, 153, il quale rileva che nella prassi della cessione del credito a *scopo di garanzia*, al contrario di quanto avviene per tutte le garanzie reali o personali, la predisposizione della garanzia piuttosto che essere finalizzata ed utilizzata per fornire al creditore la possibilità di ottenere, nel caso di inadempimento del debitore, una via alternativa (appunto di garanzia) per la soddisfazione del debito non adempiuto dal debitore originario (con l'escussione del garante o della garanzia), solitamente, anzi nella assoluta generalità dei casi, costituisce la via diretta ed immediata di soddisfazione del creditore. Pertanto, con la predisposizione della cessione, il creditore cessionario del credito in garanzia, solitamente una banca, piuttosto che escutere alla scadenza il debitore cedente e poi far valere il credito di cui è cessionario verso il debitore ceduto, non attende nemmeno che si verifichi la scadenza del credito verso il cedente (e trattandosi di anticipazioni o aperture di credito, il termine si presume a favore del debitore), bensì attende unicamente la scadenza del credito ceduto, e procede ad incassarlo dal terzo debitore ceduto, per poi imputare la somma incassata a saldo della propria esposizione creditoria, che è in realtà in quel momento non ancora esigibile nei confronti del debitore cedente.

⁴² BIANCA, *Diritto civile*, cit., 599; ora anche VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 131.

In ogni caso, comunque, se l'ammontare del credito trasferito eccede quello del credito garantito, il cessionario che l'abbia riscosso ha l'obbligo di restituire il residuo al cedente alla scadenza del debito di questi, poiché la causa di garanzia giustifica il trasferimento del credito solo nel caso e nei limiti in cui serve al soddisfacimento delle ragioni vantate dal cessionario verso il debitore cedente⁴³.

La questione della validità e dell'ammissibilità di tale negozio nel nostro ordinamento giuridico è stata molto dibattuta, in quanto secondo un orientamento dottrinale la cessione a scopo di garanzia sarebbe da considerare senza dubbio nulla per inidoneità della causa a determinare l'effetto traslativo, ovvero per contrarietà con il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.⁴⁴.

L'orientamento maggioritario⁴⁵, tuttavia, ritiene che l'istituto sia certamente ammissibile atteso che la causa di garanzia deve essere considerata non solo sufficiente a giustificare il divisato effetto traslativo⁴⁶, ma anche meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., per quanto concerne l'utilizzazione di uno schema causale atipico nel quale quell'effetto viene di fatto ricompreso. Il problema del divieto di patto commissorio, poi, viene superato richiamando la disposizione dell'art. 2803 c.c.⁴⁷, dettata in tema di pegno di crediti⁴⁸, in base alla quale, se il

⁴³ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 258; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 41.

⁴⁴ PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 846.

⁴⁵ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 37; ID., *Le cessioni dei crediti ordinari*, cit., 66; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 27.

⁴⁶ Sul punto vedasi PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 40, il quale, come afferma VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 27, ha dimostrato che l'obiezione si fonda su una concezione di causa aprioristicamente determinata e non coerente con l'analisi dei singoli effetti essenziali prodotti, che sono l'unico punto di riferimento concreto nella ricostruzione dell'elemento funzionale specialmente nelle fattispecie atipiche.

⁴⁷ Secondo DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 258, anche a voler ammettere che l'art. 2803 configuri una deroga legislativa al divieto del patto commissario, il richiamo al principio dell'autonomia privata può al più aprire il problema della validità della cessione in garanzia, certo non vale a risolverlo. E lo apre perché la cessione in garanzia, facendo uscire il credito dal patrimonio del debitore, pone il creditore cessionario al riparo da ogni eventualità di concorso di altri creditori del cedente, sì che il problema, tutto da analizzare, è quello se sia conciliabile la cessione in garanzia con il principio di tutela dei creditori chirografari espresso dall'art. 2741 c.c.

⁴⁸ È necessario sottolineare che il pegno di crediti si differenzia dalla cessione a scopo di garanzia essenzialmente per la mancanza dell'effetto traslativo, poiché il creditore pignoratizio diviene titolare di un mero *jus exigendi*, cioè della legittimazione a riscuotere. Cfr. sul punto DOLMETTA-

pegno riguarda crediti di danaro o di altre cose fungibili il creditore pignoratizio, verificato l'inadempimento del debitore principale, può ritenere dalle somme riscosse quanto basta per la soddisfazione delle sue ragioni⁴⁹; secondo l'orientamento in esame, dunque, da tale norma discende l'inapplicabilità pratica del patto commissorio per gli specifici crediti ivi contemplati, con la conseguenza che anche la cessione in garanzia a quelli riferita è senz'altro valida⁵⁰.

Ciononostante, la molteplicità di configurazioni che la cessione del credito a scopo di garanzia può concretamente assumere ha indotto dottrina e giurisprudenza a inquadrare la fattispecie in schemi diversi i quali, però, essendo ciascuno espressione di esigenze particolari, mal si prestano a ricomprendere unitariamente il fenomeno⁵¹.

PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 258; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 19.

⁴⁹ Secondo DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 258, là dove le parti stabiliscano che il cessionario trattenga l'intero credito riscosso e non solo la parte corrispondente all'ammontare del credito garantito, è estremamente probabile che l'operazione venga qualificata, in caso di controversia giudiziaria, non come cessione in garanzia, ma come *cessio pro solvendo* – in particolare come *datio in solutum* – in quanto tale patto è coerente a questa figura e non a quella.

⁵⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 41; contra INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, cit., 168, per il quale la validità del negozio di cessione in garanzia è provata dalla disciplina del pegno irregolare e dalla compatibilità con la funzione del divieto di patto commissorio. L'A. osserva, infatti, che la disciplina della riscossione del credito dato in pegno non prevede in via generale la possibilità per il creditore pignoratizio di ritenere o fare proprio quanto incassato dal terzo debitore. L'art. 2803 c.c. stabilisce, invece, quale regola generale che se il credito ricevuto in pegno ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, il creditore pignoratizio, su richiesta del debitore, deve effettuare il deposito nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti stabilito dall'autorità giudiziaria, restando pertanto escluso che il creditore pignoratizio, una volta incassato il credito oggetto del pegno, possa fare direttamente proprio quanto incassato al di fuori del caso in cui il credito garantito sia scaduto. Secondo l'A., solo in tale circostanza il creditore garantito è ammesso a "ritenere del danaro ricevuto quanto basta per soddisfare le sue ragioni e restituire il residuo al costituente". Non si tratta pertanto di una deroga al regime delle garanzie e del pegno, né tantomeno di una deroga al divieto del patto commissorio, quanto piuttosto del logico ed opportuno coordinamento delle esigenze del sistema delle garanzie con le peculiari qualità del danaro, il quale già di per sé si presenta quale liquidità e per il quale è ultronea ogni altra attività di liquidazione.

⁵¹ Anche per i riferimenti sul punto vedasi VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 24; nonché PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 38, il quale ricorda che per la cessione a scopo di garanzia si discorre di negozio anomalo e complesso, di negozio indiretto con o senza adietto patto fiduciario, di negozio misto, di mandato irrevocabile a riscuotere nell'interesse del mandatario nonché di cessione con attribuzione di un diritto di prelazione o privilegio improprio che assicura al cessionario di escludere gli altri creditori del cedente.

In realtà, se si esclude «che la cessione del credito sia un negozio astratto e che possa altresì essere qualificato come un negozio a sé, a causa generica o variabile, anche la particolare cessione a scopo di garanzia nient'altro è che o una cessione con funzione tipica propria sia pure utilizzata a scopo di garanzia o una cessione con funzione atipica nella quale la garanzia concorre alla sua determinazione»⁵²; tale soluzione, peraltro, non preclude né la possibilità che nel primo caso la cessione assuma la qualifica di negozio fiduciario né che lo scopo di garanzia venga attuato attraverso meccanismi automatici quali l'apposizione sia della condizione risolutiva dell'estinzione del debito sia di una clausola condizionale estintiva del trasferimento prodotto.

La giurisprudenza, dal canto suo, sostiene concordemente che la cessione del credito, avendo causa variabile, può anche avere una esclusiva funzione di garanzia senza che ciò impedisca l'immediato prodursi dell'effetto traslativo⁵³; pertanto, essa viene considerata ammissibile sia che si configuri come specifico negozio di garanzia risolutivamente condizionato al pagamento del cedente⁵⁴, sia che si configuri come semplice cessione *pro solvendo*⁵⁵ con annesso patto di esigere il credito solo in caso di inadempimento del cedente⁵⁶.

⁵² PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 42; ID., *Le cessioni dei crediti ordinari*, cit., 31.

⁵³ Tra altri cfr. Cass., 29 luglio 2005, n.15955, in Giust. civ. Mass. 2005, 7/8; App. Milano, 29 gennaio 1998, in Banca borsa tit. cred. 2000, II, 51; Cass., 16 aprile 1999, n. 3797, in Giust. civ. Mass. 1999, 868; Cass., 18 agosto 1992, n. 9603, in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 8-9. In dottrina vedasi VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 25.

⁵⁴ Tra altri cfr. Cass., 03 dicembre 2002, n.17162, cit.; Cass., 02 aprile 2001, n. 4796, in Foro it. 2002, I,1758; App. Milano, 06 luglio 2004, in Juris Data 3/2007, Giuffrè.

⁵⁵ Secondo la dottrina la cessione *pro solvendo* si differenzia dalla cessione a scopo di garanzia poiché in essa la garanzia è di mero fatto, consistendo in un rafforzamento delle ragioni del cessionario dovuto all'aggiunta di un secondo debitore. Cfr. sul punto PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 50; DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit..

⁵⁶ Tra altri cfr. Cass., 19 gennaio 1995, n. 575 in Fall., 1995, 838; App. Venezia, 06 luglio 1996, in Fall., 1996, 1219.

§8: La sorte degli accessori del credito: le garanzie e i frutti

Chiarito che il negozio di cessione determina il trasferimento del credito dal cedente al cessionario nella sua identità sostanziale senza che il mutamento soggettivo incida sugli elementi caratterizzanti di esso⁵⁷, è necessario completare l'esposizione affrontando alcune questioni attinenti all'oggetto del trasferimento, sollevate dall'art. 1263 c.c. che pone la disciplina, di particolare rilievo dal punto di vista della pratica, degli accessori del credito.

Al riguardo, in ossequio all'antico brocardo *accessorium sequitur principale*⁵⁸, il legislatore ha accolto il principio del trasferimento automatico di essi al momento del trasferimento del credito, armonizzando, però, le conseguenze che deriverebbero dall'applicazione incondizionata del principio⁵⁹ con le peculiarità proprie di taluni accessori, come nel caso del pegno che garantisce il credito ceduto⁶⁰, in ordine al quale la disposizione di cui al secondo comma dell'articolo in esame richiede l'autorizzazione da parte di chi ha concesso la garanzia per la consegna della cosa oppignorata.

Se il consenso manca, non potendosi derogare al principio per cui un atto non può produrre effetti senza il consenso di chi da quell'atto può subire una lesione di interessi giuridicamente rilevanti, il diritto di pegno si trasferisce comunque in capo al cessionario, ma l'obbligo di consegna del cedente si converte nell'obbligo dello stesso di custodire la cosa⁶¹ per conto del cessionario⁶². La

⁵⁷ Vedasi retro pag. 2.

⁵⁸ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 20; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 129, ritiene che ciò costituisca attuazione della line di tendenza di politica legislativa che il cessionario acquisti (e/o subentri nel) l'integrale situazione creditoria ceduta, in considerazione che per accessorio l'art. 1263 intenda ogni situazione soggettiva, clausola che integri il contenuto e specifichi la funzione della situazione creditoria ceduta, non avendo autonomia rispetto ad essa.

⁵⁹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 21, sottolinea che, mentre le clausole direttamente concernenti il credito si trasferiscono automaticamente in base al principio di accessorietà, per quelle attinenti a tutto il rapporto è necessario verificare se formano parte integrante del regolamento nel quale si sostanzia la situazione creditoria ovvero se sono attribuibili al complesso rapporto; ciò consente all'A. di sostenere il trasferimento unitamente al credito della clausola penale, della caparra confirmatoria e di quella penitenziale, in quanto non attinenti al contratto.

⁶⁰ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 76.

⁶¹ DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit., 76; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 143. Quest'ultimo sottolinea come non si possa escludere che lo stesso

norma appare, quindi, perfettamente coerente con la specifica disciplina di tale istituto ispirata al rapporto fiduciario intercorrente tra il costituente il pegno e il possessore della cosa ovvero del documento che ne conferisce l'esclusiva disponibilità.

Il principio del trasferimento automatico degli accessori del credito, poi, non ha creato in dottrina problemi ermeneutici particolari né in ordine ai privilegi, la cui inscindibilità causale dal credito fa apparire addirittura inammissibile un trasferimento separato, né in ordine alle garanzie personali, comunemente considerate parte integrante dell'oggetto del negozio⁶³.

Maggiori difficoltà ha, invece, incontrato la dottrina nel conciliare la previsione dell'art. 1263^{1 co.} con il trasferimento della garanzia ipotecaria, rispetto alla quale l'art. 2843^{2 co.} subordina l'efficacia del trasferimento all'annotazione in margine all'iscrizione. Al riguardo, infatti, sorge la necessità di individuare quale disciplina applicare all'ipotesi in cui il cessionario (artt. 1264 e 1265 c.c.), pur avendo tempestivamente notificato la cessione al ceduto, non abbia anche provveduto ad annotare la trasmissione dell'ipoteca; ovvero alla diversa ipotesi in cui un ulteriore cessionario del medesimo credito abbia annotato per primo il trasferimento dell'ipoteca, pur avendo notificato per secondo la cessione.

Nonostante la diversità delle soluzioni prospettate, tuttavia, quella decisamente prevalente⁶⁴ sostiene che le due normative attengono a piani e ad oggetti⁶⁵

cedente possa essere ancora interessato alla garanzia ad esempio in ordine ai frutti scaduti del credito ceduto a lui riservati. In tale ipotesi anch'egli è, sia pure per una parte, ancora titolare di un credito rientrante nella garanzia del pegno e come tale interessato non soltanto a partecipare all'eventuale designazione del terzo depositario, ma anche a rimanere egli stesso nel possesso della cosa sì da promuovere ogni iniziativa consentita dalla titolarità, sia pur parziale, della garanzia.

⁶² PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 144; secondo l'A. l'art. 1263 enuncia un principio di ampia rilevanza, valido non soltanto in tema di pegno, ma suscettibile di applicazione per quei diritti di garanzia che presuppongono nel creditore il possesso del bene, ricorrendo in tali ipotesi analogo interesse del costituente fondato sul rapporto fiduciario con il detentore. Così nella cessione del credito anticretico se manca il consenso del costituente l'anticresi, la conservazione del bene immobile sarà del creditore originario, ma il diritto di anticresi spetterà al cessionario in attuazione del principio di accessorialità.

⁶³ Per una completa disamina di tale aspetto, PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 135.

⁶⁴ Sul punto BIANCA, *Diritto civile*, cit., 591; PANUCCIO, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 846; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 138.

diversi poiché l'annotazione ex art. 2843² ^{co.} ha efficacia costitutiva in ordine all'acquisto dell'ipoteca ma non riguardo all'acquisto del credito né riguardo all'efficacia della cessione nei confronti dei terzi; di conseguenza, nel caso di conflitto tra più cessionari prevale quello che per primo notifica la cessione ovvero ottiene l'accettazione del debitore ceduto e non colui che per primo annota la trasmissione dell'ipoteca. D'altro canto, la stessa annotazione del cessionario secondo di notifica sarebbe comunque invalida atteso che solamente il cessionario che può opporre una cessione efficace a tutti gli altri può, altresì, ottenere un'annotazione realmente efficace⁶⁶.

Per quanto, poi, riguarda la disciplina dei frutti del credito, il terzo comma dell'articolo in esame stabilisce che la cessione, in mancanza di patto contrario, non comprende quelli scaduti; di conseguenza il debitore non dovrà adempiere a favore del cessionario quelle prestazioni che, pur trovando nel credito ceduto il loro titolo, siano già scadute al tempo della cessione. Ciò in quanto tradizionalmente⁶⁷ si ritiene che, mentre i frutti non scaduti fanno parte del credito senza alcuna autonomia, quelli scaduti sono entità giuridicamente autonome.

In virtù della natura derogabile della norma e della funzione di ausilio alla determinazione dell'oggetto della cessione da questa svolta, la dottrina più recente ritiene⁶⁸ che l'espressione «frutti scaduti» vada interpretata estensivamente, quindi riferita anche ai frutti naturali e non solo ai frutti civili, cioè agli interessi. Rispetto a questi ultimi, tuttavia, merita di essere sottolineato lo sforzo ermeneutico di chi⁶⁹ evidenzia che solo il diritto agli interessi convenzionali e il diritto a quelli moratori spettanti al cedente passa al cessionario, poiché il diritto agli interessi le-

⁶⁵ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 139 sostiene che l'art. 2843 rileva ai fini della garanzia e della sua opponibilità, mentre l'art. 1265 rileva come criterio di prevalenza o soccombenza tra più aventi diritto del credito ceduto.

⁶⁶ Secondo PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 20; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 129, costituisce preciso obbligo di cooperazione del cedente verso il cessionario del credito quello di consentire l'annotazione del trasferimento di ipoteca, rimanendo fino a tale momento il diritto alla garanzia in fase di quiescenza o sospensione.

⁶⁷ Per tutti vedasi PANUCCIO, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 863.

⁶⁸ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 145.

⁶⁹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 592.

gali, anziché passare, compete a quest'ultimo in quanto titolare di un credito legalmente fruttifero.

§9: (segue): Il trasferimento delle azioni giudiziarie

Un'ulteriore considerazione va riservata in questa sede alla questione concernente il trasferimento, unitamente al credito, delle azioni giudiziarie relative alla sua fonte negoziale, che una parte della dottrina⁷⁰ vorrebbe ricomprese nel concetto di accessori.

Secondo tale orientamento, le azioni giudiziarie andrebbero divise in due categorie: quelle volte alla conservazione e alla realizzazione del credito – azioni dichiarative, di condanna, esecutive e cautelari – per le quali ammettere, data la stretta connessione e inerenza, il trasferimento insieme ad esso; e quelle attinenti alla fase genetica della fonte del credito ovvero alle vicende del rapporto – azioni di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione – per le quali negare la trasferibilità, stante la mancanza di un apprezzabile interesse del creditore cessionario.

Siffatta ricostruzione ha, però, incontrato una decisa opposizione da parte della dottrina largamente maggioritaria la quale afferma concordemente che «le azioni non sono accessori e non sono quindi trasferibili come tali»⁷¹.

Per quanto riguarda le azioni a tutela del credito, invero, si sottolinea⁷² che esse spettano al cessionario, quale effetto legale dell'acquisto della titolarità della situazione creditoria, in virtù del principio di tutela giurisdizionale dei diritti; mentre per le azioni di nullità si sostiene che non può essere esclusa a priori la configurabilità in capo al cessionario di un interesse tale⁷³ da conferirgli la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 1421 c.c..

In ordine, invece, alle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione, l'intrasferibilità al cessionario si giustifica⁷⁴ con la constatazione che le prime due

⁷⁰ Per tutti vedasi PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 864.

⁷¹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 158; PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 25.

⁷² PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 151; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 592.

⁷³ Secondo PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 151, si potrebbe pensare al creditore che non potendo unilateralmente dimettere o estinguere il suo credito ed avendo interesse a liberarsene per evitare che risulti all'attivo della propria situazione patrimoniale, per ragioni fiscali o di chiarezza del bilancio, trova nel debitore inadempiente o insolvente un rifiuto alla proposta di remissione del debito.

⁷⁴ Cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 145.

tipologie⁷⁵, avendo finalità riparatoria ed essendo poste a tutela della parte contrattuale, non possono essere esperite da chi acquista il credito in base a un nuovo titolo; quanto, poi, alla risoluzione, attenendo al rapporto sinallagmatico tra creditore originario e debitore rispetto al quale il cessionario è evidentemente terzo, questi non potrebbe invocare l'inadempimento del ceduto per ottenerne la declaratoria⁷⁶.

Secondo questa dottrina, «dell'assenza della legittimazione del cessionario nelle ipotesi sopra menzionate ... non è possibile trovare una smentita nella normativa della successione a titolo particolare nel diritto controverso (art. 111 cod. proc. civ.)», poiché «nel processo iniziato dal suo dante causa egli rappresenta comunque un proprio autonomo interesse non necessariamente sostitutivo di quello delle parti»⁷⁷, tale da giustificare la diversità delle soluzioni proposte.

⁷⁵ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 592; DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 322; PANUCCIO, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 864; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 152. Sul punto la dottrina può dirsi dunque pacifica.

⁷⁶ Per un più completo approfondimento, PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 153.

⁷⁷ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 27.

§10: L'efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto e la tutela della buona fede

Il codice civile prevede che la cessione produce effetti nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata (art. 1264¹ co. c.c.). Pertanto, il debitore è liberato se paga al cedente prima dell'accettazione o della notificazione, salvo che il cessionario provi che lo stesso debitore era a conoscenza dell'avvenuta cessione (art. 1264² co. c.c.).

Al riguardo la Cassazione⁷⁸ ha da tempo chiarito⁷⁹ che l'accettazione e la notifica della cessione sono atti a forma libera non soggetti a particolari discipline o formalità per cui, come tali, possono concretarsi in qualsivoglia atto idoneo a porre il debitore nella consapevolezza della mutata titolarità attiva del rapporto obbligatorio; in ordine, poi, alla semplice conoscenza, la giurisprudenza è stata particolarmente rigorosa non solo ritenendo irrilevante l'ignoranza colposa, ma anche affermando in positivo che la conoscenza di cui al capoverso dell'art. 1264 è solo quella che si risolve in una assoluta certezza del ceduto dell'essere avvenuta la cessione⁸⁰.

Tale disposizione ha posto in dottrina delicate questioni, risolte con soluzioni spesso contrastanti⁸¹, in merito al rapporto tra l'inefficacia della cessione (*ex* art. 1264 c.c.) nei confronti del ceduto, qualora questi non sappia della cessione o non sia ancora intervenuta la notificazione o l'accettazione, e l'effetto immediato del negozio in forza del solo consenso legittimamente manifestato dal cedente e

⁷⁸ Sul punto cfr. Cass., 21 dicembre 2005, n. 28300, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 12; Cass., 26 aprile 2004, n. 7919, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 4; Cass., 29 settembre 1999, n. 10788, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2034.

⁷⁹ Permangono tuttavia dubbi in dottrina. Per una completa disamina delle problematiche relative vedasi, con soluzioni differenti, DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 298; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 159.

⁸⁰ Cfr. Cass., 6 maggio 1966, n. 1162, in PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 200. ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 185, precisa che la liberazione è esclusa - prima della notificazione - soltanto dall'effettiva conoscenza della cessione e non anche dalla conoscibilità secondo normale diligenza e quindi dalla non conoscenza per colpa grave.

⁸¹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 71.

dal cessionario per il principio dell'efficacia traslativa del consenso (*ex art. 1376 c.c.*)⁸².

Preliminarmente, per quanto riguarda l'accettazione la questione deve essere affrontata tenendo presente che «la struttura di un negozio dipende sì dalla sintesi degli effetti che si propone di realizzare, ovvero dalla sua funzione socio-giuridica, ma anche, ed in forma decisiva sotto il profilo degli interessi, dal rapporto sostanziale di partenza, cioè dal potere concreto di disporre ... unilateralmente o con l'assenso di altri soggetti costituenti autonomi centri di interessi»⁸³.

Ne deriva che solo nell'ipotesi in cui il credito sia relativamente incedibile, per la presenza di un interesse del ceduto – convenzionale o legale – a eseguire la prestazione a favore di un determinato soggetto, la sua partecipazione al negozio è necessaria per il prodursi dell'effetto traslativo e, dunque, la manifestazione dell'assenso, in tal caso «vera accettazione della cessione»⁸⁴, assume rilievo essenziale per la validità ed efficacia del negozio.

Laddove, viceversa, il credito sia liberamente trasferibile, non essendo necessaria la partecipazione del debitore alla fattispecie ai fini dell'effetto traslativo, il suo assenso costituisce una mera dichiarazione di scienza, cioè un'attestazione di conoscenza dell'avvenuta cessione che nulla ha a che fare con la sua efficacia.

La notificazione e la provata conoscenza, invece, si presentano dirette a tutelare l'interesse del debitore ad effettuare un pagamento validamente liberatorio nel rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento; «la non conoscenza, o la non conoscibilità, del trasferimento giustificando la buona fede e l'affidamento del debitore ceduto rende inopponibile l'effetto traslativo nei confronti di quest'ultimo ... non si tratta, quindi, di un limite o di una deroga al principio dell'efficacia reale dei negozi traslativi: la non avvenuta notificazione o la mancanza di conoscenza non impediscono l'efficacia traslativa»⁸⁵.

⁸² Ampi riferimenti in DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 298; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 159.

⁸³ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 63.

⁸⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 69.

⁸⁵ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 72.

Il problema di partenza può essere superato, dunque, considerando che l'accettazione, la notificazione o la conoscenza della cessione incidono sulla posizione del debitore ceduto al solo fine di imporgli di eseguire il pagamento a favore del cessionario, avendo il cedente perso la legittimazione a riceverlo⁸⁶.

Tuttavia, il ceduto si libera dalla propria obbligazione anche se paga al cedente (che non essendo più creditore non è, quindi, soggetto legittimato) qualora non vi sia stata l'accettazione o la notificazione della cessione, o, comunque, qualora il ceduto non abbia avuto conoscenza della cessione stessa; ciò consente di affermare che la sua posizione beneficia della tutela prevista per il debitore di buona fede⁸⁷, rappresentando i casi che consentono la liberazione del debitore, ai sensi dell'art. 1264 c.c., un'applicazione specifica della regola generale di cui all'art. 1189 c.c. che introduce il principio dell'effetto liberatorio del pagamento eseguito in buona fede al creditore apparente.

Fra le due norme sono ravvisabili, comunque, delle differenze.

Infatti, in base al disposto dell'art. 1264 c.c., solo nelle tre ipotesi contemplate vi è la rimozione del limite della tutela del debitore di buona fede, mentre l'art. 1189 c.c., ai fini della liberazione del debitore, richiede genericamente che il soggetto, a favore del quale il pagamento è effettuato, appaia legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche. Inoltre, nello schema dell'art. 1189, è il debitore che deve provare la propria buona fede, laddove con l'art. 1264 si assiste ad un'inversione dell'onere della prova: incombe sul cessionario l'onere di provare la mala fede del debitore, cioè la sua conoscenza dell'avvenuta cessione.

⁸⁶ DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 301, contesta l'opinione diffusa in dottrina secondo cui notifica, accettazione e semplice conoscenza sono fatti tra loro equipollenti, ritenendola in contrasto con il sistema delineato dall'ordinamento vigente; infatti, l'art. 1264 mentre riconosce espressamente alle prime il ruolo di rendere la cessione compiutamente efficace nei confronti del ceduto, ricollega alla semplice conoscenza la non liberatorietà del pagamento effettuato all'alienante. In tal senso anche Cass., 16 giugno 2006, n. 13954, in Giust. civ. Mass. 2006, 6.

⁸⁷ Secondo Cass., 20 ottobre 2004, n. 20548, in Dir. e giust. 2005, 1 69, la cessione di credito determina la successione del cessionario al cedente nel medesimo rapporto obbligatorio con effetti traslativi immediati non solo tra essi, ma anche nei confronti del debitore, la cui tutela ai sensi dell'art. 1264 c.c., in forza del quale la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto solo dopo che gli è stata notificata o in caso di sua accettazione, vale soltanto a tutelare la buona fede del "solvens".

In ogni caso, nonostante la tutela apprestata dal legislatore, in base alle regole generali di diligenza, correttezza e buona fede, il debitore deve⁸⁸, comunque, accertarsi non solo dell'esistenza del fatto traslativo ma anche della sua idoneità a produrre effetti reali, dato che una cessione nulla o inefficace non vale a mutare il soggetto destinatario della prestazione⁸⁹. Come è stato autorevolmente sottolineato, «l'entità del controllo dipende oltre che dal particolare regolamento in cui consiste il rapporto obbligatorio, dalla credibilità delle circostanze che caratterizzano l'apparenza o se si preferisce dalla loro idoneità a creare un legittimo affidamento fondato sull'altrui responsabilità»⁹⁰.

Tuttavia, ciò non pregiudica la regola generale secondo cui la cessione non può aggravare la posizione del debitore con obblighi ulteriori; al contrario, questi conserva la possibilità di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, tanto quelle attinenti al rapporto di base quanto quelle aventi carattere personale, pur se fondate su fatti verificatisi dopo la cessione⁹¹ ancorché in un momento antecedente alla acquisita conoscenza del negozio traslativo⁹².

L'unica eccezione a questa regola è rappresentata dall'ipotesi in cui il debitore, essendo intervenuto nel negozio in qualità di parte, abbia accettato senza

⁸⁸ Il potere-dovere del debitore di operare un controllo riguardo al negozio di cessione è stato argomento controverso. Per un'ampia disamina della questione si rinvia a PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 190.

⁸⁹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 80.

⁹⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 198.

⁹¹ La Suprema Corte, con un orientamento oramai costante, ha più volte chiarito che il debitore è legittimato ad opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare nei confronti dell'originario creditore, ma, qualora dopo la cessione intervengano fatti incidenti sull'entità, esigibilità ed estinzione del credito, la loro efficacia deve essere valutata in relazione alla nuova situazione soggettiva stabilitasi in dipendenza del già perfezionato trasferimento del diritto. Pertanto, perfezionatasi la cessione con il semplice consenso, la risoluzione consensuale del contratto dal quale traeva origine il credito ceduto, convenuta tra l'originario creditore cedente ed il debitore ceduto, non è opponibile al cessionario in quanto, una volta realizzato il trasferimento del diritto, il cedente ne perde la relativa disponibilità, e non può validamente negoziarlo in danno del cessionario, per il disposto dell'art. 1265 c.c. - la cui ratio ha portata generale pur regolando la norma stessa fattispecie particolari - mentre il debitore ceduto, a conoscenza della cessione, non può ignorare tale circostanza. Cfr. da ultimo Cass., 15 marzo 2007, n. 5998, in Giust. civ. Mass. 2007, 3; Cass., 10 maggio 2005, n. 9761, in Giust. civ. Mass. 2005, 5; Cass., 27 gennaio 2003, n. 1145, in Giust. civ. Mass. 2003, 182.

⁹² PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 218.

riserve il nuovo creditore; in tal caso, infatti, potendosi ravvisare nella sua dichiarazione una volontà modificativa, egli perde il diritto di opporre al cessionario le eccezioni personali opponibili al cedente⁹³.

D'altro canto però, la qualità di parte del negozio di cessione gli consente, essendo portatore di un autonomo centro di interessi, di far valere tutte le eccezioni ad essa attinenti; a differenza delle altre ipotesi di provata conoscenza in cui l'estraneità rispetto al rapporto cedente-cessionario gli impedisce di regola di far valer in giudizio i fatti ad esso inerenti⁹⁴.

⁹³ In tal senso DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia*, cit.; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 208.

⁹⁴ PERLINGIERI, cit. alla nota precedente.

§11: L'efficacia della cessione riguardo ai terzi acquirenti del credito

Problema diverso dalla rilevanza della cessione verso il debitore ceduto è quello rappresentato dalla opponibilità della stessa ai terzi aventi causa⁹⁵ del cedente, che si concretizza nello stabilire quale tra i diversi cessionari prevalga sugli altri, laddove il credito abbia formato oggetto di più negozi traslativi.

In tal caso, il criterio posto dal legislatore per dirimere eventuali controversie è quello della data certa della notificazione o dell'accettazione, infatti, il codice stabilisce all'art. 1265 che nel conflitto tra più cessionari prevale la cessione notificata per prima al debitore o da questi accettata per prima con atto avente data certa, ancorché essa sia di data posteriore.

Tuttavia, la norma è posta non solo nell'interesse dei terzi aventi causa, ma anche nell'interesse dello stesso debitore⁹⁶ il quale, se fosse a conoscenza dell'esistenza di più cessioni, non avrebbe modo di individuare il soggetto legittimato a ricevere l'adempimento con effetto liberatorio. Ciò spiega perchè si sia preferito risolvere il conflitto utilizzando il criterio della data certa delle formalità previste anziché quello della priorità dell'atto di cessione⁹⁷, certamente più idoneo in astratto ma di difficile accertamento in concreto, considerato anche che la cessione del credito non richiede neppure la forma scritta *ad substantiam*⁹⁸.

Per comprendere a pieno, quindi, la portata della disposizione in esame è necessario, preliminarmente, svolgere alcune considerazioni in ordine al contenuto e alla funzione sia della notificazione sia dell'accettazione, che consentano di individuarne le peculiarità rispetto allo specifico fine della circolazione del credito cui sono predisposte.

⁹⁵ Per una interpretazione in senso ampio della figura di soggetto terzo, non limitata a quelle espressamente contemplate dall'art. 1265 del cessionario e del costituente pegno o usufrutto sul credito, vedasi PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 225.

⁹⁶ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 223; ID. *Le cessioni dei crediti*, cit., 85.

⁹⁷ Secondo DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 308, l'art. 1265 regola una ipotesi di conflitto tra titoli: prima della sua risoluzione, tutti i titoli sono sullo stesso piano, indipendentemente dal tempo della loro formazione. Non esisterebbero, dunque, né un primo e un secondo acquirente, né un creditore vero e uno apparente.

⁹⁸ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 223.

Per quanto riguarda la notificazione bisogna subito evidenziare che essa «non è equiparabile alla conoscenza della cessione da parte del debitore»⁹⁹ richiesta dall'art. 1264, poiché quest'ultima, essendo finalizzata alla liberazione del debitore adempiente, non assume alcuna rilevanza come criterio di priorità nell'acquisto tra più cessionari.

La diversità di funzione che la notificazione è chiamata a svolgere dai due articoli, infatti, ha un immediato riflesso in ordine al contenuto minimo che essa deve avere, poiché «mentre il cessionario, per essere certo che il debitore debba rinnovare l'adempimento se non adempie a suo favore, deve notificare in maniera documentata e convincente, sì da escludere che il debitore possa avere legittimi dubbi e o sospendere l'esecuzione della prestazione o addirittura adempiere a favore del cedente, il cessionario che prevale nell'acquisto rispetto ad un altro cessionario deve segnalare il contenuto minimo della cessione sufficiente all'identificazione del credito acquistato anche se non in possesso del documento del proprio acquisto»¹⁰⁰.

Risulta, quindi, evidente che per il raggiungimento dello scopo fissato dall'art. 1265 c.c. non fa differenza che al debitore venga data semplice notizia della cessione oppure venga trasmesso l'atto di cessione, poiché l'elemento rilevante è solo quello formale della sussistenza di una data certa.

Il medesimo criterio della certezza della data¹⁰¹ vale parimenti per l'accettazione del debitore, rispetto alla quale la possibilità di distinguere¹⁰² l'accettazione vera e propria – nel caso dei crediti relativamente incedibili – dalla semplice presa d'atto dell'avvenuta cessione – nel caso dei crediti liberamente tra-

⁹⁹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 86.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 233.

¹⁰¹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 229, sostiene che nell'ipotesi in cui manchi sia la notificazione sia l'accettazione di data certa la prevalenza tra più disposizioni in conflitto dovrebbe essere determinata secondo la regola generale dell'antiorità dell'atto di disposizione; contra DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 309 secondo il quale in tal caso si moltiplicherebbero gli oneri formali a carico dell'acquirente, aggiungendo alla data certa della notifica o dell'accettazione quella del titolo, e quindi si appesantirebbe la circolazione del credito senza che da ciò derivi un incremento della sicurezza.

¹⁰² Sul punto si rinvia a quanto argomentato retro a pag. 23.

sferibili – non assume alcun rilievo rispetto alla disciplina per la risoluzione del conflitto tra cessionari. L'unica particolarità, semmai, è data dal fatto che il debitore, nella qualità di parte necessaria del negozio, accettando la cessione con atto di data certa si preclude la possibilità di accettarne altra con questa incompatibile; allo stesso modo del resto risulterebbe inefficace la successiva notificazione di analogo atto al quale non avesse preso parte¹⁰³ pur avendone diritto.

Le due formalità, tuttavia, pur essendo nello spirito della norma alternative tra loro¹⁰⁴ differiscono profondamente in quanto mentre la notificazione – atto del cessionario e/o del cedente – consiste nel portare a conoscenza del debitore un negozio già perfezionatosi strutturalmente, l'accettazione – atto esclusivamente del ceduto – può consistere «ai fini della norma in esame (in) qualsiasi dichiarazione del debitore sia di semplice presa di atto sia di nulla osta sia di assenso, purché di data certa»¹⁰⁵.

Dalle considerazioni svolte emerge, comunque, che nonostante le peculiarità dei due strumenti ivi previsti, il legislatore ha voluto definire all'art. 1265 un sistema, basato sull'antioriorità della conoscenza legale del trasferimento da parte del debitore, diretto a tutelarlo da un adempimento non liberatorio ovvero da un rifiuto dell'adempimento stesso, a prescindere dai rapporti interni tra originario creditore e suoi aventi causa. Ciò consente, pertanto, di superare «i gravi problemi costruttivi» in cui si è dibattuta per lungo tempo la dottrina «circa il potere di disposizione del cedente che abbia già ceduto e la conciliabilità tra il principio

¹⁰³ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 244.

¹⁰⁴ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 239 che se il debitore si è liberato, adempiendo secondo l'apparenza e la buona fede, non è più legittimato ad accettare altra cessione essendo terzo rispetto alla vicenda traslativa. In tal caso, la previsione di due mezzi alternativi per la medesima funzione non consente l'utilizzazione di uno di essi - la notificazione - quando l'altro - l'accettazione - sia divenuto irrealizzabile per ragioni funzionali e teleologiche. Anche in tale situazione dovrebbe trovare applicazione il principio generale *prior in tempore* su cui vedasi retro nota 97.

¹⁰⁵ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 243.

dell'efficacia traslativa del negozio di cessione con il principio secondo il quale la notificazione dell'avvenuta cessione è requisito di efficacia di fronte ai terzi»¹⁰⁶

Alle luce di quanto esposto costituisce, quindi, problema particolarmente importante¹⁰⁷ quello di individuare nella pratica le modalità attraverso cui attribuire certezza alla data degli adempimenti previsti dalla legge.

In realtà sembra che possa oramai considerarsi superato, anche alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁰⁸, l'orientamento dottrinale che esige per l'operatività del meccanismo legale la notifica formale a mezzo ufficiale giudiziario o l'accettazione in senso tecnico, dovendosi, al contrario, concordare con quella dottrina che ritiene sufficiente la sussistenza in concreto di elementi idonei a dare certezza alla data¹⁰⁹. Ad esempio quindi, nella comune ipotesi in cui la notificazione avvenga tramite lettera raccomandata o telegramma non sarà sufficiente¹¹⁰ dare la dimostrazione dell'avvenuta spedizione ad una certa data, ma bisognerà poter dimostrare che il debitore ha ricevuto ad una certa data un documento recante uno specifico contenuto¹¹¹.

¹⁰⁶ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 241 il quale sottolinea che la correlazione tra diritto all'acquisto e diritto al trasferimento rileva principalmente in sede di responsabilità per le eventuali conseguenze dannose dovute al compimento di un atto senza relativa legittimazione con lesione di una situazione giuridicamente rilevante.

¹⁰⁷ Su tale aspetto la dottrina ha discusso a lungo; per riferimenti vedasi PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 250.

¹⁰⁸ La Corte ha più volte statuito che la opponibilità a terzi della cessione del credito non presuppone che la relativa notifica al debitore ceduto venga necessariamente eseguita a mezzo ufficiale giudiziario, costituendo quest'ultima una semplice species (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio genus costituito dalla notificazione, intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario. Ne consegue che, tanto ai fini di cui all'art. 1264, quanto a quelli di cui ai successivi art. 1265 e 2914, n. 2, c.c., la notificazione della cessione (così come il correlativo atto di accettazione), non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità. Cfr.: Cass., 21 dicembre 2005, n. 28300 cit.; Cass., 29 settembre 1999, n. 10788, cit.; Cass., 27 settembre 1999, n. 10668, in Giust. civ. Mass. 1999, 2016.

¹⁰⁹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 254.

¹¹⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 256.

¹¹¹ Per una completa disamina della specifica problematica vedasi GARUFI, *Credito, prova rigorosa per la cessione - Non basta la ricevuta della raccomandata*, nota a Cass. civ., 12 maggio 2005, n. 10021, in Dir. e giust. 2005, 25.

§12: La garanzia dell'esistenza del credito al tempo della cessione come garanzia per l'evizione

In base al dettato dell'art. 1266 c.c., nella cessione del credito costituisce *naturale negotii* la garanzia da parte del cedente dell'esistenza del credito al tempo della cessione. Laddove, però, la cessione sia a titolo gratuito la garanzia sussiste nei soli casi in cui sia stata espressamente assunta ovvero l'inesistenza dipenda da dolo o fatto personale del cedente ovvero, ancora, vi siano connessi oneri o abbia carattere remuneratorio, in conformità all'art. 797 c.c., espressamente richiamato, in tema di garanzia per evizione da parte del donante. Pertanto, in mancanza di patto contrario il cedente risponde della sola *veritas nominis*¹¹² spogliandosi di ogni rischio in merito all'effettivo adempimento dell'obbligazione¹¹³.

Tuttavia, l'ambiguità dell'espressione «esistenza del credito al tempo della cessione» ha dato luogo, in dottrina, ad una varietà di ricostruzioni circa l'esatto contenuto della garanzia, ciascuna con conseguenze pratiche diverse.

Secondo una prima interpretazione¹¹⁴, essendo la locuzione riconducibile alla idea di legittimazione a disporre del credito, la garanzia andrebbe intesa come una assicurazione a favore del cessionario contro il rischio di inesistenza del diritto comprendente sia la mancanza di titolarità sia l'inesistenza oggettiva; il cedente, dunque, garantirebbe la propria legittimazione, distinta concettualmente dalla garanzia per evizione, poiché l'ipotesi che il credito appartenga ad altri è «rara od anomala»¹¹⁵ mentre appare più realistico il caso che il credito non sia sorto affatto.

¹¹² Cfr. Cass., 5 febbraio 1988, n. 1257, in Banca borsa tit. cred. 1989, II, 295, secondo cui è senz'altro vero che nella cessione del credito "pro soluto" il cedente deve garantire il "nomen verum" e cioè che non solo il credito è sorto ma non si è ancora - per qualsiasi motivo - estinto al tempo della cessione rimanendo fuori dalla garanzia solo la solvenza del debitore.

¹¹³ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 119.

¹¹⁴ PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 870.

¹¹⁵ Vedasi nota precedente.

A tale tesi si obietta¹¹⁶, però, che la nozione di legittimazione si è andata, oramai, identificando con la competenza del soggetto a disporre di una particolare situazione giuridica, per cui mal si presta a comprendere anche i casi in cui la situazione è inesistente. In ogni caso, estenderne il contenuto alla obiettiva esistenza del diritto significherebbe «allargare fuori misura la nozione di legittimazione e quindi allargare fuori misura la sfera d'azione dell'articolo in esame»¹¹⁷; inoltre, se il diritto è assolutamente inesistente fin dall'origine, il negozio, non producendo i suoi effetti tipici salvo l'ipotesi di cessione di crediti futuri, «non è risolubile ma è semplicemente nullo sia per mancanza di oggetto e/o di un suo requisito ... sia per difetto della divisata funzione causale»¹¹⁸.

Secondo altra interpretazione¹¹⁹, invece, la garanzia dell'esistenza costituirebbe «una ipotesi di responsabilità avente sue caratteristiche e suo regime», che troverebbe la propria giustificazione in una applicazione particolare del principio sancito dall'art. 1338 c.c., senza mutuarne il limite della colpa del cessionario. In base a tale tesi, vi sarebbe identità tra la nozione di esistenza del credito e quella di oggetto del negozio tale per cui l'art. 1266, rappresentando una integrazione

¹¹⁶ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 597; secondo l'A. la garanzia dell'esistenza del credito ha per oggetto il risultato traslativo della cessione per cui il cedente è responsabile in tutti i casi in cui il cessionario non consegua la titolarità del credito cedutogli ovvero dopo averla conseguita la perda per annullamento, risoluzione o rescissione del titolo oppure per fatto del cedente; in tal senso anche DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 323, secondo il quale l'art. 1266 si limita a tradurre sul piano normativo – e in funzione esclusiva della tutela risarcitoria dell'acquirente – la equivalenza nella pratica che, per questi presentano cessione di credito altrui e cessione di credito inesistente. Cfr. al riguardo Cass., 18 dicembre 1987, n. 9428, in Banca borsa tit. cred. 1989, II, 306, secondo cui nella cessione di credito, l'obbligazione di garanzia del cedente ex art. 1266 c.c. costituisce un'obbligazione accessoria che ha la funzione di assicurare comunque il ristoro del cessionario nei casi in cui l'effetto traslativo della cessione manchi, in tutto o in parte, a causa dell'inesistenza, completa o parziale, del credito o per altro impedimento equipollente (ad esempio, mancanza del cedente o nullità del credito). Ne consegue che nel caso di cessione di un credito pecuniario, l'obbligazione di garanzia, consistendo nel dovere di corrispondere al cessionario, indipendentemente da colpa o dolo, l'ammontare di cui non ha acquistato il credito mediante il contratto di cessione, ha l'identica natura di debito di valuta, produttivo dell'obbligo risarcitorio relativo agli interessi ed, eventualmente, al danno maggiore ex art. 1224 c.c. solo dal giorno della mora, che non si determina "ex se" in dipendenza della situazione di inesistenza, parziale o totale, del credito bensì dell'ordine di pagamento rivolto dal creditore ai sensi dell'art. 1183^{1 co.} c.c. e, pertanto, solo dall'intimazione fatta per iscritto (nella specie, con la notifica della citazione a giudizio).

¹¹⁷ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 264.

¹¹⁸ Vedasi nota precedente.

¹¹⁹ FRANCESCHELLI, *Appunti intema di cessione dei crediti*, Napoli, 1957.

delle norme sull'invalidità del contratto, comporterebbe la nullità del negozio per inesistenza del credito.

Anche questa soluzione è stata oggetto di critica¹²⁰ in quanto essa attribuirebbe alla garanzia una funzione sanzionatoria riconducibile alla nullità per colpa, sia pur con l'esclusione di taluni effetti; inoltre, essa concepirebbe erroneamente garanzia e responsabilità come figure in antitesi che si escludono a vicenda, mentre, in realtà, l'una determina sempre la estensione soggettiva e oggettiva dell'altra al punto che «si discorre anche di pura responsabilità per garanzia»¹²¹.

Secondo altra dottrina¹²², infine, la locuzione «esistenza del credito al tempo della cessione» dovrebbe essere intesa non in senso assoluto ed obiettivo, bensì come relazione tra il credito e il patrimonio del cedente; in altre parole, «come esistenza del diritto nella sfera giuridica del disponente: o perché questi ne abbia la titolarità (...), attuale o potenziale, o perché questi abbia il potere giuridicamente rilevante di disporre». Solo tale accezione, infatti, «può essere identificata nella figura della legittimazione e svolgere utilmente la funzione di contenuto della garanzia», la cui disciplina va identificata con quella della garanzia per evizione¹²³.

Sarebbe, quindi, da respingere l'opinione prevalente, diffusa sia in dottrina che giurisprudenza¹²⁴, la quale accomuna le ipotesi in cui il diritto è inesistente – perché trae origine da un titolo nullo o inesistente ovvero perché pur essendo sorto si è già estinto al momento della cessione – a quelle in cui il credito deriva da fonte annullabile e in genere impugnabile; infatti, in tali casi il “tempo della cessione” deve fungere da confine della responsabilità del cedente in quanto il negozio produce i suoi effetti fino a che non viene eliminato e, dunque, «il credito da esso prodotto e ceduto prima del suo annullamento si deve considerare a tutti gli effetti esistente al momento della cessione»¹²⁵, tanto più in considerazione del fatto che

¹²⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 268.

¹²¹ Vedasi nota precedente; riferimenti *ivi*.

¹²² PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 55; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 270.

¹²³ Per una esaustiva trattazione, si rinvia a PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 274.

¹²⁴ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 119.

¹²⁵ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 57; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 272.

il vizio potrebbe essere eliminato da una convalida successiva¹²⁶. Rimane, comunque, da considerare che il cedente, anziché avvalersi della garanzia in questione, potrebbe invocare a sua tutela l'inadempimento¹²⁷ e, quindi, la risoluzione per colpa o impossibilità non imputabile in base ai principi generali¹²⁸

Da quanto esposto consegue che l'alienazione di un credito inesistente, per mancanza della relativa titolarità o del potere di disporre, comporta l'obbligo per il cedente di rimborsare le spese e i pagamenti eseguiti per contratto, di restituire il corrispettivo eventualmente ricevuto comprensivo degli interessi maturati, nonché di risarcire al cessionario sia il danno emergente che il lucro cessante; nella diversa ipotesi dell'inesistenza oggettiva del credito, invece, la cessione sarebbe nulla¹²⁹ e comporterebbe la responsabilità precontrattuale del cedente, il quale sarebbe tenuto al risarcimento, nei limiti del danno emergente, solo quando la nullità dipenda da colpa, dovendo altresì restituire il corrispettivo secondo il principio dell'indebito arricchimento e rimborsare le spese dal tempo della domanda.

La garanzia dell'esistenza del credito è, in ogni caso, disponibile nel senso che i suoi effetti possono essere aumentati, diminuiti o addirittura esclusi con l'accordo tra le parti; tuttavia, l'esclusione della garanzia incontra pur sempre il limite del fatto proprio del cedente nel senso che, nonostante il patto contrario, essa rimarrà operante quando questi avrà cooperato o partecipato al fatto che ha

¹²⁶ PANUCCIO, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 870.

¹²⁷ Dubbiosa sul punto VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 123, secondo cui, nel caso di cessione del credito considerato "esistente" in quanto derivante da fonte annullabile, non è chiaro quale inadempimento possa essere evocato, dato che la mancata realizzazione del credito non è assistita da garanzia in assenza di specifica assunzione. Peraltro, l'A. sottolinea che la garanzia per evizione dovrebbe specificamente coprire quelle ipotesi in cui la perdita del diritto si verifica dopo il trasferimento ma per una causa già esistente al tempo dell'accordo.

¹²⁸ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 57; secondo DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 323, invece, l'acquirente potrà ottenere il risarcimento dei danni subiti nella sola ipotesi in cui il comportamento dell'alienante integri la violazione dell'obbligo di fare tutto quanto in suo potere per evitare che siano pregiudicate le ragioni creditorie dell'acquirente.

¹²⁹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 597, rileva che secondo la teoria contrattuale l'inesistenza del bene non incide sulla validità del contratto ma sulla sua esecuzione e determina la responsabilità contrattuale del cedente; pertanto, sarebbe possibile ipotizzare la nullità del negozio solo laddove l'effetto traslativo sia astrattamente irrealizzabile, venendo così a cadere la motivazione dell'inquadramento della garanzia nella figura dell'evizione.

dato origine all'evizione¹³⁰. Nell'ipotesi, invece, in cui la cessione del credito sia avvenuta a rischio e pericolo del cessionario, risulta di palmare evidenza che una garanzia per l'evizione non possa sussistere atteso che il cedente si spoglia di qualsiasi obbligo su di esso gravante poiché «l'aleatorietà della cessione spezza il rapporto sinallagmatico rendendo incerta una prestazione (*recte*, effetto) rispetto ad un'altra certa, del tutto indipendente un obbligo rispetto a quello corrispondente»¹³¹.

Da ultimo, per completezza di esposizione, è appena il caso di sottolineare che la previsione dell'articolo in esame non preclude in alcun modo la possibilità di cedere un credito altrui, nel qual caso il negozio comporterà l'obbligo per il cedente di farne acquisire la titolarità al cessionario. La cessione di un credito alieno come tale, giustificata dall'art. 1478 c.c. in tema di vendita di cosa altrui, costituisce, infatti, una situazione profondamente differente dalla cessione di un credito altrui come proprio¹³².

¹³⁰ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 60; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 271; DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia* cit., 76.

¹³¹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 60; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 278.

¹³² In tal senso PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 280; PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 870; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 124; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 595.

§13: *L'assunzione convenzionale da parte del cedente della garanzia della solvenza del debitore ceduto*

Di norma il cedente garantisce con la cessione l'esistenza del credito ma non la solvenza del debitore ceduto, per cui il rischio di non riuscire a conseguire la prestazione passa in capo al cessionario, quale nuovo creditore. Nella pratica, però, è frequente l'assunzione convenzionale della garanzia della solvenza del debitore ceduto da parte del cedente, in base alla quale, ai sensi dell'art. 1267¹ c.c., sorge l'obbligo di quest'ultimo, qualora il ceduto sia incapace di adempiere la prestazione, di restituire al cessionario rimasto insoddisfatto il corrispettivo ricevuto, maggiorato degli interessi legali dal giorno della percezione fino a quello della restituzione, nonché di rimborsare le spese della cessione e quelle necessarie ad escutere il debitore, oltre al risarcimento del danno. La legge pone un esplicito divieto alle parti di rendere pattiziamente più gravosa la responsabilità del cedente e impone (*ex art. 1267² c.c.*) al cessionario, sotto pena di estinzione della garanzia, di attivarsi per iniziare o proseguire le istanze contro il debitore.

La garanzia della solvenza si distingue nettamente dalla garanzia dell'adempimento, in quanto non è diretta a tenere indenne il cessionario dal mancato adempimento, bensì a tutelarlo attraverso la restituzione di quanto corrisposto, oltre interessi, spese e danni¹³³, nel caso di impossibilità di realizzare il credito in ragione dell'incapienza patrimoniale del ceduto oppure dell'impossibilità di esecuzione in forma specifica; pertanto, oggetto della garanzia è esclusivamente la solvenza del ceduto e non l'inadempimento né tantomeno il credito.

L'insolvenza del debitore poi, pur essendo nella maggior parte dei casi una manifestazione di insolvibilità intesa come mancanza di patrimonio da escutere, non si identifica neppure con questa, poiché l'obbligato potrebbe essere considerato solvente in tutte quelle ipotesi in cui, pur essendo insolubile, mantenga la possibilità di adempiere la prestazione con un'opera esclusivamente personale. Analogamente, l'insolvenza, sostanziandosi nell'impossibilità assoluta di realizza-

¹³³ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 61; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 284.

re il credito, si distingue dallo “stato di insolvenza” che, coincidendo con una “situazione di fatto” di dissesto finanziario, potrebbe in tesi ancora consentire al debitore un adempimento, ancorché rovinoso¹³⁴, attraverso la liquidazione del proprio patrimonio¹³⁵.

La cessione con garanzia della solvenza del debitore deve essere distinta, inoltre, dalla cessione alla quale le parti abbiano apposto la clausola del «salvo buon fine», «salvo incasso», «salvo esazione» e simili, ovvero dai casi in cui sia la stessa legge a ricollegare tali clausole a particolari fattispecie negoziali, come avviene per lo sconto (art. 1858 c.c.) oppure per il conto corrente ordinario (art. 1829 c.c.) e bancario (art. 1857 c.c.). In queste ipotesi, infatti, la garanzia è resa immediatamente operante dalla insoddisfazione del credito dopo la costituzione in mora, per cui l’avente diritto dovrà semplicemente dimostrare l’inadempimento da parte dell’obbligato, ma non la sua insolvenza né, tantomeno, di aver tenuto un comportamento diligente nell’iniziare e proseguire le istanze nei suoi confronti¹³⁶.

Al contrario, ai fini dell’operatività della garanzia sancita dall’art. 1267 è fondamentale che il cessionario si comporti in maniera particolarmente attenta, poiché la garanzia si estinguerebbe inevitabilmente qualora fosse dimostrato che egli era a conoscenza di un pericolo per la realizzazione del credito – o avrebbe dovuto esserlo secondo l’ordinaria diligenza – eppure è rimasto inerte¹³⁷.

Ciò non vuol dire, comunque, che il cessionario sia sempre tenuto a fornire la dimostrazione dell’infruttuosa esecuzione, potendosi in taluni casi «limitare a dimostrare la inutilità delle istanze giudiziarie attesa la notoria insolvenza del debitore»¹³⁸; d’altra parte, però, egli è tenuto a vigilare costantemente sui mutamenti

¹³⁴ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 62; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 285.

¹³⁵ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 126.

¹³⁶ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 304, il quale evidenzia pure che con le clausole «salvo incasso» e simili il cessionario assume l’obbligo verso il cedente di esigere il credito, mentre con la garanzia ex art. 1267 l’esazione costituisce un onere la cui mancata attuazione comporta la perdita della garanzia ma non l’assunzione di responsabilità.

¹³⁷ Secondo DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 328, la disposizione sarebbe attuazione del principio generale della buona fede nell’esecuzione.

¹³⁸ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 126; secondo PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 289, tale ricostruzione risponde alla pratica comune e all’esigenza di economia di atti; infatti,

della consistenza patrimoniale del ceduto che incidano sulla capacità di adempiere, potendo essere considerato negligente anche prima che il credito sia venuto a scadenza, se non esige la prestazione nonostante il verificarsi di uno dei presupposti contemplati dall'art. 1186 c.c.¹³⁹.

In base a tali considerazioni, autorevole dottrina¹⁴⁰ nell'affrontare l'annoso problema dell'individuazione del periodo di operatività della garanzia, ovvero dei momenti in cui diviene operante e si estingue, ha chiarito che essa opera sin dal momento della conclusione del negozio di cessione « nel senso che il cessionario garantito è subito tenuto a compiere l'attività diligente a tutela della conservazione della solvenza del debitore (provvedimenti cautelari e conservativi) in vista dell'adempimento e, appena sia in condizioni di dimostrare che, nonostante l'assenza di negligenza da parte sua, il debitore è ormai insolvente, può avvalersi della garanzia ed esigerne il contenuto nei confronti del cedente»¹⁴¹.

il cessionario non può essere costretto a compiere attività che, senza il pericolo di perdita della garanzia, non avrebbe compiuto, ciò anche per non gravare inutilmente ed eccessivamente il garante di maggiori spese e danni. Cfr. in giurisprudenza Cass., 24 febbraio 2000, 2110, in Giust. civ. mass. 2000, 466, secondo cui la garanzia del cedente per mancata realizzazione del credito da parte del cessionario è condizionata alla prova, da parte di quest'ultimo, dell'adempimento dell'onere di cui all'art. 1267 c.c. o mediante richiesta di pagamento di quanto dovuto al debitore ceduto, o quantomeno, mediante dimostrazione della totale inutilità delle istanze di pagamento, attesa la notoria insolvenza del debitore al momento della cessione; in senso conforme App. Milano, 31 ottobre 1989, in Giust. civ., 1990, I, 463.

¹³⁹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 287; DOLMETTA, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 331; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 126, secondo la quale proprio tale aspetto induce a sostenere l'impossibilità di considerare la garanzia della solvenza una sorta di fideiussione; ferma restando la possibilità che il cedente garantisca il pagamento del debito obbligandosi come fidejussore o assumendo una garanzia autonoma; in tal senso anche BIANCA, *Diritto civile*, cit., 602. Contra PANUCCIO, *Voce Cessione dei crediti*, cit., 870, il quale ritiene operante la garanzia soltanto con riferimento ai crediti liquidi ed esigibili.

¹⁴⁰ Vedasi PERLINGIERI citato alla nota precedente.

¹⁴¹ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 291.

§14: (segue) *La reintegrazione della situazione originaria quale fondamento della garanzia della solvenza*

Una volta precisato l'ambito di operatività della garanzia è, nondimeno, necessario individuarne la natura sotto il duplice profilo della funzione e della struttura; argomento rispetto al quale la dottrina è stata spesso discorde e ha proposto soluzioni interpretative differenti.

Tradizionalmente si ritiene¹⁴² che, stante il diritto del garante di recuperare dal garantito non l'importo nominale del credito ma solo il corrispettivo della cessione oltre le spese sostenute per l'escussione del debitore, la garanzia della solvenza del ceduto avrebbe una funzione restitutoria non soddisfattoria. Tale soluzione, infatti, sarebbe confermata dalla circostanza che, una volta soddisfatto il cessionario, il cedente riacquisterebbe la piena titolarità del credito trasferito e non solo un diritto di rivalsa¹⁴³; d'altra parte, non essendo direttamente tenuto all'adempimento, l'obbligo di risarcire il danno gravante sul cedente potrebbe essere inquadrato solo come una forma di responsabilità per fatto del terzo – il ceduto – con ciò giustificandosi la limitazione entro la misura del danno emergente.

In realtà, a tal impostazione è stato obiettato¹⁴⁴ che la tipicità del contenuto della garanzia, derogabile per difetto e non per eccesso, sarebbe un chiaro segnale che essa svolge una funzione di reintegrazione, totale o parziale a seconda che nessuna o alcuna delle voci rimanga accollata al cessionario; del resto mentre per un verso la restituzione di quanto ricevuto potrebbe anche mancare, per altro verso l'obbligo di corrispondere gli interessi, le spese e i danni, non rientra nella nozione di restituzione, poiché tecnicamente «si restituisce quanto ricevuto non quanto è dovuto consequenzialmente al difetto di solvenza»¹⁴⁵.

¹⁴² PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 873.

¹⁴³ In tale ottica è importante che il cessionario adempia prontamente e diligentemente all'onere di esercitare il credito così da non pregiudicare il cedente con l'ulteriore danno conseguente alla propria inerzia. Sul punto cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 600; DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 328.

¹⁴⁴ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 65; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 292.

¹⁴⁵ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 66; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 293; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 130. Contra BIANCA, *Diritto civile*, cit., 601, secondo il quale la

Sotto il profilo strutturale, poi, la dottrina¹⁴⁶ è pressoché concorde nel ritenere che la garanzia vada ricondotta nell'ambito della risoluzione, come dimostrerebbe, non tanto la incompatibilità logica tra corresponsione delle spese del contratto da parte del debitore e permanenza in vita del rapporto¹⁴⁷, quanto la pacifica circostanza che, una volta attivata la garanzia, la vicenda traslativa viene meno e il diritto di credito ritorna nel patrimonio del cedente¹⁴⁸. La risoluzione, comunque, non è una conseguenza automatica dell'insolvenza ma, piuttosto, opera di diritto a seguito della scelta, rimessa all'apprezzamento del cessionario, di valersi della garanzia e restituire il credito anziché conservarne la titolarità e confidare nel ripristino della solvibilità in capo al ceduto¹⁴⁹.

Pur essendo sostanzialmente concorde in ordine alla conseguenza della risoluzione, la dottrina si è divisa riguardo alla sua fonte richiamando ora la promessa del fatto del terzo, ora la risoluzione per inadempimento ora la clausola risolutiva del mancato pagamento. Nella diversità delle soluzioni proposte sembra, tuttavia, condivisibile l'interpretazione che considera la garanzia della solvenza come un istituto a sé stante, con struttura e funzione tipiche, il cui «fondamento tendente alla reintegrazione totale o parziale della situazione originaria postula una clausola risolutiva implicita, che giustifica l'applicazione di parte della disciplina della clausola risolutiva espressa (ed in particolare il secondo comma dell'art. 1456) essendosi il cedente obbligato a rispondere, nell'ambito di un contenuto legalmente tipico, per l'insolvenza del debitore ceduto»¹⁵⁰.

restituzione e la reintegrazione attengono al contenuto della garanzia più che alla sua funzione, che è eminentemente assicurativa poiché diretta a tutelare il cessionario verso il rischio di un evento dannoso non imputabile alle parti rappresentato dall'insolvenza del debitore.

¹⁴⁶ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 68; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 292; DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 328; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 130.

¹⁴⁷ Come sostiene PANUCCIO, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 872.

¹⁴⁸ DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 328; PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 68; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 294; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 130; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 599.

¹⁴⁹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 66; ID., *Della cessione dei crediti*, cit., 293; DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 328.

¹⁵⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 296, al quale si rinvia per una analisi completa delle soluzioni proposte in dottrina, nonché per i riferimenti dottrinali.

In ogni caso, sebbene la scelta tra le differenti ricostruzioni offerte rivesta una consistente rilevanza sul piano interpretativo, la questione si presenta di scarso interesse pratico¹⁵¹ atteso che la dottrina è pur sempre concorde riguardo sia all'ammissibilità del risarcimento entro i limiti dell'interesse negativo sia all'esclusione della possibilità per il cessionario di ricavare alcun lucro dall'attivazione della garanzia¹⁵²; peraltro, come già anticipato, la norma stabilisce espressamente che i patti diretti ad aggravare la responsabilità del cedente sono «senza effetto», *rectius* nulli per contrarietà a norma inderogabile o imperativa (art. 1418^{1 co.})¹⁵³, per cui non potrà essere stabilita la corresponsione di interessi lucrativi anche se determinati in misura forfetaria, il rimborso di spese giudiziarie che seppur congrue si risolvano in un vantaggio per il cessionario, il risarcimento del lucro cessante, la restituzione dell'importo nominale del credito in luogo del prezzo pagato¹⁵⁴.

Problema certamente più delicato è, infine, quello di individuare quando le pattuizioni possano determinare in concreto un effettivo aggravio della responsabilità del cedente. La soluzione, però, non può che essere ricercata caso per caso considerato che siffatto risultato potrebbe celarsi tanto sotto le voci normativa-

¹⁵¹ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 131.

¹⁵² DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 328 il quale ritiene che la norma considera il ricevuto solo in funzione della determinazione del tetto massimo del risarcimento dovuto dall'alienante, rinviando, per ogni altro profilo, alle specifiche particolarità dell'operazione in cui la garanzia trova applicazione.

¹⁵³ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 296.

¹⁵⁴ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti*, cit., 66; contra DOLMETTA, Voce *Cessione dei crediti*, cit., 330, secondo cui non sempre è nullo il patto con il quale l'alienante si obbliga a corrispondere, nel caso di insolvenza del ceduto, una prestazione identica, per oggetto e quantità, a quella relativa al credito trasferito, anziché quanto ricevuto. Simile operazione più facilmente andrebbe inquadrata nello schema del mutuo e la cessione qualificata come rivolta all'estinzione dell'obbligazione restitutoria del mutuatario. In tal caso, se la pattuizione è realmente usuraria troverà applicazione l'art. 1815^{2 co.}, come nell'ipotesi in cui l'alienante, avendo promesso all'atto di vendere il credito la garanzia per la solvenza, assuma successivamente la garanzia per l'adempimento dell'obbligazione del ceduto, realizzando così una novazione del titolo dell'obbligazione: da obbligazione accessoria alla vendita a obbligazione *ex* credito.

mente previste quanto sotto particolari modalità attuative della garanzia non inquadabili entro schemi predefiniti¹⁵⁵.

Secondo autorevole dottrina, tuttavia, poiché il divieto imposto dalla legge mira «ad evitare il pericolo di speculazioni usurarie a danno del cedente»¹⁵⁶, costretto poi a restituire quanto ricevuto con un'esosa maggiorazione, potrebbe ritenersi legittima la previsione di clausole che importino la corresponsione di interessi, indennità o risarcimenti contenuti nei limiti della svalutazione monetaria, «al di fuori quindi dell'ipotesi di approfittamento usurario a danno del cedente»¹⁵⁷. Sull'argomento merita di essere rilevato che l'emanazione della «legge antiusura ha evitato tale approfittamento in linea diffusa per qualsiasi obbligazione, assurgendo a vero e proprio strumento di regolazione del costo del denaro sul mercato»¹⁵⁸. L'art. 1267, dunque, consentirebbe solo di escludere che il lucro possa superare i limiti legali, ferma restando la possibilità per il cessionario di dimostrare e richiedere il maggior danno da svalutazione in aggiunta agli interessi legali, ma non a quelli moratori convenzionali stante il divieto di carattere generale.

¹⁵⁵ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 297, il quale fa riferimento alle modalità cronologiche cui riferire la garanzia, alla sua durata e ai criteri di diligenza da seguire nell'iniziare e proseguire le istanze contro il debitore.

¹⁵⁶ BIANCA, *Diritto civile*, cit., 599; ora anche VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 131.

¹⁵⁷ Vedasi nota precedente.

¹⁵⁸ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 132, cui si rinvia per una ampia indicazione di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in merito al tema della svalutazione monetaria e alla l. 7 marzo 1996, n. 108 recante disposizioni in materia di usura.

CAPITOLO SECONDO: IL CONTRATTO DI FACTORING

§1: La cessione dei crediti d'impresa nella legge n. 52/91

La rapida diffusione in Italia a cominciare dagli anni sessanta, sulla scia dell'esperienza anglosassone e statunitense, del contratto di factoring ha indotto il legislatore nazionale ad adottare la legge 21 febbraio 1991, n. 52, con la dichiarata intenzione di dettare una disciplina di tale negozio finalizzata ad agevolarne l'utilizzo e la diffusione attraverso un intervento, modificativo della normativa codicistica sulla cessione del credito e delle norme della legge fallimentare, volto a soddisfare le concrete esigenze degli operatori ed a sgombrare il campo dalle questioni che avevano ostacolato lo sviluppo dell'operazione.

In realtà però, la legge 52/91, lungi dal regolare e il contratto factoring e la semplice cessione dei crediti all'interno di esso¹⁵⁹, disciplina una fattispecie particolare consistente nella cessione verso corrispettivo, da parte di un imprenditore, di crediti pecuniari sorti da contratti stipulati nell'esercizio d'impresa, a favore di un cessionario, rappresentato da una società o ente munito di personalità giuridica, iscritto in apposito albo tenuto presso la Banca d'Italia, il cui oggetto sociale preveda anche l'acquisto di crediti d'impresa e il cui capitale sociale non sia inferiore a venti volte il capitale minimo stabilito per le società per azioni.

L'ambito di operatività della normativa in esame, dunque, è ristretto (art. 1^{1 co.}) entro uno spazio ben delimitato, oggettivamente e soggettivamente, al di

¹⁵⁹ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, Napoli, 1993, 102; contra Clarizia, *Il Factoring In Italia: La legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, «Relazione tenuta il 25.02.00 a Frascati nell'ambito dell'incontro di studio sul tema "I contratti di impresa tra legislatore comunitario e mercato globale", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura», in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5066.pdf>. In giurisprudenza cfr. TRIB. GENOVA, 17 ottobre 1994, con nota di SEMINO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991, n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, in *Giur. comm.* 1995, 5, 709, secondo cui la normativa sulla cessione dei crediti d'impresa non può essere apoditticamente e acriticamente applicata ai rapporti di factoring sorti dopo l'entrata in vigore della stessa, ma solamente a quelli che abbiano funzione di scambio e che rispondano ai requisiti di cui all'art. 1, l. n.52/91.

fuori del quale si applicano (art. 1² co.) le norme contenute negli artt. 1260 c.c. e ss.; le due discipline, comunque, non si escludono a vicenda atteso che la l. n. 52, pur contenendo disposizioni incompatibili con la disciplina comune, non si pone come un sistema autonomo bensì richiede di essere integrato dalla normativa codicistica, sempre applicabile agli aspetti non direttamente regolati¹⁶⁰.

Certamente, la prima peculiarità della cessione dei crediti d'impresa è rappresentata dalla previsione della corrispettività, che ha indotto la dottrina maggioritaria ad individuare nel negozio una funzione di scambio, in particolare una *causa venditionis*¹⁶¹; tuttavia, se si escludono le statuizioni in materia di fallimento, le disposizioni di maggiore interesse riguardano la cedibilità di crediti futuri anche in massa, la garanzia della solvenza e l'opponibilità della cessione ai terzi.

Infatti, l'art. 3 della legge esplicitamente afferma la cedibilità dei crediti futuri anche prima della stipulazione dei contratti dai quali sorgeranno¹⁶², purché, in caso di cessione in massa, essi vengano stipulati entro un periodo di tempo non superiore ai ventiquattro mesi dalla conclusione del negozio di cessione. Inoltre, il capoverso dello stesso articolo, con una disposizione alquanto criticabile, stabilisce che, fermo restando tale limite temporale, l'oggetto della cessione in massa di crediti futuri si considera determinato se è indicato il debitore ceduto¹⁶³.

Per quanto riguarda la garanzia della solvenza, poi, il successivo art. 4, capovolgendo la disciplina dettata dall'art. 1267 c.c., stabilisce che essa costituisce, nei limiti del corrispettivo pattuito, un effetto naturale del negozio a carico del ce-

¹⁶⁰ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, cit., 103. Cfr. pure DE NOVA, Voce *Factoring*, in Dig. Disc. Priv. Sez. comm., V, Torino, 1989, 366, secondo cui le norme della l. n. 52/91 possono essere viste come una ideale Sezione II del Capo V del Titolo I del Libro IV del c.c., cioè come sezione aggiuntiva del capo sulla cessione dei crediti; pertanto, il contratto di cessione dei crediti di impresa non sarebbe altro che un sottotipo qualificato del contratto di cessione dei crediti disciplinato dal codice civile.

¹⁶¹ Cfr. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, cit., 111, il quale puntualizza che il corrispettivo non deve necessariamente rappresentare un prezzo né tantomeno essere rappresentato da denaro.

¹⁶² Sulla mancanza di innovatività della disposizione alla luce dei risultati cui era approdata la giurisprudenza, vedasi VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, Napoli, 2003, 49. Si rinvia sul punto al par. 5.

¹⁶³ Cfr. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, cit., 119, secondo cui la mancata indicazione del debitore ceduto non impedisce automaticamente e necessariamente la determinabilità dell'oggetto della cessione.

dente cui il cessionario può sempre rinunciare in tutto o in parte. L'adozione di tale soluzione, in linea con la consolidata prassi contrattualistica, appare giustificata non solo dalla qualità imprenditoriale delle parti del contratto di cessione, quanto principalmente dall'esigenza di facilitare e accelerare le operazioni di cessione dei crediti anche in massa¹⁶⁴.

Ricorrendo in particolare tale ipotesi, tuttavia, la dottrina si è spesso interrogata circa l'esatto significato da attribuire, in mancanza di pattuizioni contrattuali ad hoc, alla locuzione «nei limiti del corrispettivo pattuito»; tra le diverse interpretazioni proposte sembra, però, da preferire quella che riferisce il “corrispettivo pattuito” non all'intera operazione bensì al singolo credito ceduto, poiché in tal modo il cedente sarebbe meno penalizzato dovendo rispondere dell'insolvenza nei limiti della frazione del corrispettivo globale corrispondente all'operazione fallita.

È da ritenere, comunque, che la garanzia di cui all'art. 4 abbia un ambito di applicazione diverso dalla garanzia contenuta nell'art. 1267 c.c., non estendendosi agli interessi, spese e danni, atteso che la legge «tende a disciplinare un rapporto contrattuale “verso corrispettivo” pattuito, nel quale, considerata la natura legale della garanzia e la veste professionale delle parti, l'incidenza delle spese e dei possibili danni non si possono considerare una conseguenza necessaria della garanzia»¹⁶⁵.

L'innovazione più significativa introdotta dalla l. n. 52/91 rimane, in ogni caso, quella contenuta nell'art. 5 ove è stabilito che se il cessionario paga (si intende: in via anticipata) tutto o parte del corrispettivo della cessione, e il pagamento ha data certa, la cessione medesima è in linea di principio opponibile agli altri aventi causa, ai creditori e al fallimento del cedente. Accanto alla notificazione al debitore ceduto o all'accettazione da parte sua, che costituiscono modalità sempre utilizzabili (art. 5^{2 co.}), viene, quindi, introdotto un nuovo criterio oggettivo di opponibilità.

¹⁶⁴ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, cit., 123.

¹⁶⁵ Cfr. sul punto PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, cit., 125.

Comunemente si ritiene che la norma sia diretta a tutelare il cessionario che anticipa una parte almeno del prezzo contestualmente alla conclusione della cessione, dunque, in un momento nel quale le formalità previste dall'art. 1265 c.c. non possono ancora essere efficaci. Ciononostante, a nulla varrebbe obiettare che detta agevolazione si risolve in un aggravio della posizione del debitore poiché l'ultimo comma della disposizione fa salva l'efficacia liberatoria secondo le norme del codice civile dei pagamenti eseguiti a terzi¹⁶⁶.

¹⁶⁶ PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti dei crediti ordinari e «d'impresa»*, cit., 127.

§2: Inquadramento del contratto di factoring: caratteri essenziali

Il factoring è un contratto atipico il cui fondamento giuridico si riconduce al principio di autonomia privata sancito dall'art. 1322 c.c. che consente alle parti di concludere contratti che, pur non appartenendo alle fattispecie aventi una disciplina tipica, siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Tale forma negoziale consente in modo particolare di realizzare le esigenze di quelle imprese che, effettuando consistenti vendite a pagamento differito, si trovano conseguentemente a dover gestire una notevole massa di crediti, con i connessi oneri di riscossione ed eventualmente di contenzioso, rimanendo sempre esposte al rischio di insolvenza del debitore; problemi di liquidità possono, poi, indurre a uno smobilizzo anticipato del credito. Ognuno di questi problemi potrebbe essere risolto separatamente creando apposite aree di competenza all'interno della azienda, «è però molto più comodo e meno costoso soprattutto per le imprese di media e piccola dimensione, potersi rivolgere a qualcuno che sia in grado di risolvere in modo stabile ed unitario tutte queste diverse esigenze»¹⁶⁷.

Il contratto di factoring¹⁶⁸ viene, dunque, concluso tra un soggetto esercente attività commerciale, detto “fornitore” o “creditore cedente”, ed un'impresa, esercente attività di factoring, detta “factor”. Sotto il profilo formale, l'accordo si perfeziona mediante scambio di corrispondenza, utilizzazione di contratti-tipo e modulistica predisposta dal factor; sotto il profilo sostanziale, l'impresa cedente, sin dal momento della stipulazione del contratto, cede al factor tutti i propri crediti a breve, derivanti dall'esercizio dell'attività commerciale, sia esistenti che futuri.

Il factor, da parte sua, si impegna a gestire i crediti cedutigli, provvedendo a contabilizzarli e, in seguito, a riscuoterli *iure proprio*, nonché a svolgere a favore dell'impresa cedente un'attività di consulenza per la selezione dei clienti in ba-

¹⁶⁷ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 3, Torino, 1993, 150.

¹⁶⁸ In mancanza di una disciplina legale tipica del contratto varie Camere di Commercio hanno provveduto a raccogliere gli usi di factoring, sulla base delle clausole più comuni e frequenti inserite nei formulari. Si vedano sul punto gli usi di factoring raccolti dalla Camera di Commercio di Milano, approvati con deliberazione di Giunta n. 932, del 23 settembre 1991.

se alla loro solvibilità, percependo per tutti questi servizi una provvigione a percentuale, contrattualmente prevista a carico della cedente.

Spesso il factor si impegna ad effettuare alla cedente, che lo abbia richiesto, versamenti di somme, in anticipo rispetto alla scadenza dei crediti ceduti, nella misura ed alle condizioni da lui stesso determinate, verso corresponsione di interessi a tasso commerciale. Si impegna, inoltre, a riscuotere i crediti cedutigli alla scadenza e a rimettere alla cedente le somme riscosse, mediante accreditamenti in un conto, nel quale già risultavano addebitate le somme anticipate ed i relativi interessi. Tali somme non sono tuttavia disponibili per la cedente, se non per la parte che eventualmente superi gli importi addebitati per le anticipazioni e gli interessi; una clausola, detta di compensazione volontaria, prevede, infatti, che le reciproche posizioni debitorie e creditorie, annotate sul conto, si devono elidere a vicenda fino a concorrenza del minore importo¹⁶⁹.

Le cessioni dei crediti sono stipulate generalmente *pro solvendo* ma non mancano casi in cui nel contratto è inserita la clausola *pro soluto*, nel qual caso il factor assume, come noto, su di sé l'alea dell'insolvenza del debitore.

In sintesi, quindi, per mezzo del contratto di factoring l'impresa fornitrice trasferisce la titolarità di tutti i suoi crediti a breve ad un factor, il quale, dopo averli contabilizzati e gestiti, li deve riscuotere alla scadenza rimettendo al cedente le somme riscosse. Tuttavia, la combinazione dei diversi servizi offerti dal factor, per potere meglio riscontrare le esigenze del fornitore, consente al contratto di factoring di assumere configurazioni anche molto diverse tra di loro. Fra queste è opportuno ricordare quelle note all'esperienza del nostro paese¹⁷⁰:

¹⁶⁹ DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, in *Giur. comm.* 1999, 5, 567; SEMINO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di*, cit., 709.

¹⁷⁰ BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006, 21; DE NOVA, *Voce Factoring*, cit., 352; gli A. sottolineano che il mercato italiano si caratterizza anche per la presenza, accanto alle società tradizionali di emanazione bancaria, di società finalizzate, cd. *captive*, cioè create all'uopo da grandi gruppi industriali e ad essi appartenenti, che possono rendersi cessionarie o di tutti i crediti vantati dai fornitori del gruppo (cd. *factoring monceduto*) oppure di tutti i crediti vantati dal gruppo verso gli acquirenti (cd. *factoring moncedente*). In giurisprudenza cfr. specialmente TRIB. GENOVA, 16 maggio 1994, con nota di PIAZZA, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, in *Giur. Comm.*, 1996, II, 109.

a) *Old line factoring* che rappresenta la formulazione classica, affermata per prima ed è tuttora la più diffusa anche in Italia. Essa si presenta in due modelli distinti: il *Conventional factoring*, che è il tipo di rapporto più completo, in quanto comprensivo di tutti i servizi caratteristici quali la gestione dei crediti, la concessione di anticipazioni e la prestazione della garanzia, e il *Maturity factoring* che esclude dal novero delle prestazioni offerte l'erogazione di anticipazioni.

b) *Not notification factoring* la cui peculiarità consiste nella mancanza di comunicazione al debitore ceduto della avvenuta cessione; ad esso si ricorre quando il cedente, ad esempio per non minare il rapporto con la clientela oppure per evitare che la cessione possa essere interpretata come un segnale di debolezza finanziaria, preferisce non darne notizia. Ovviamente non sarà possibile per il factor compiere l'attività di gestione dei crediti, che comporta, fra l'altro, la riscossione degli stessi presso debitori rimasti del tutto ignari della mutata titolarità dei crediti.

c) *Factoring with recourse* mediante il quale si attua una cessione *pro solvendo* per cui il factor ha rivalsa nei confronti del cedente qualora il debitore non paghi. Si tratta, quindi, di una variante del *Conventional* in cui manca la funzione di garanzia, mentre restano presenti il finanziamento e l'attività di gestione, pertanto si caratterizza per il costo dell'operazione più contenuto¹⁷¹.

¹⁷¹ Come nota PIAZZA, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, cit., nota 4, esistono soprattutto negli Stati Uniti forme diverse di factoring, quali: il *New style factoring* che è un'evoluzione dell'*Old line factoring*, praticato da molti factors americani, in cui vengono offerte prestazioni come la ricerca di sbocchi mercantili, l'organizzazione delle vendite, le ricerche di mercato e l'erogazione di servizi finanziari più avanzati; il *Confidential factoring* in cui il fornitore non è obbligato a cedere l'intero "portafoglio crediti", ma l'operazione è limitata a singole fatture. Si tratta di un modello volto a fornire liquidità aggiuntiva al cedente; il *Commercial financing* ove vengono prestati solo servizi di carattere finanziario, senza alcuna prestazione di tipo amministrativo o assicurativo; il *Drop shipment factoring* (o *Mill Agent factoring*) che è un modello che viene utilizzato da imprese ideatrici di nuovi prodotti, che tuttavia non hanno i mezzi per realizzarli direttamente e pertanto si rivolgono ad altri per fabbricarli. Nell'operazione in questione, agiscono quattro soggetti: l'impresa progettista, il produttore effettivo, l'acquirente ed il factor. Il factor garantisce al produttore effettivo il pagamento di tutte le forniture eseguite per conto dell'impresa progettista, preventivamente approvate. Il produttore si incarica anche della spedizione all'acquirente ed emette fattura nei confronti del progettista; questi, a sua volta, emette fattura sull'acquirente (ovviamente con un prezzo maggiorato, per potere trarre un utile dall'operazione). Infine progettista e produttore inviano copia della fattura al factor, il quale provvede a pagare il

§3: *La struttura del contratto di factoring secondo dottrina e giurisprudenza*

Alla varietà di servizi che il factor può in concreto offrire fa eco la diversità degli obblighi che il cedente può a sua volta assumere; in particolare è possibile che questi, oltre ai consueti obblighi di non pregiudicare la realizzazione del diritto ceduto, di pagare una commissione e di corrispondere gli interessi sugli anticipi eventualmente ricevuti, si impegni ad offrire al factor i singoli crediti nel momento in cui vengono ad esistenza oppure a cederli in massa, presenti e futuri, senza distinzione ovvero con riferimento a singoli soggetti o periodi di tempo.

La possibilità di distinguere, quantomeno sul piano ideale, la convenzione di factoring da un lato, mediante la quale le parti predispongono le linee guida del rapporto, e le singole cessioni dei crediti dall'altro, con cui le parti danno diretta attuazione al rapporto, ha indotto la dottrina ad interrogarsi in merito al problema della struttura dell'operazione; si discute, cioè, sul rapporto che intercorre fra l'accordo iniziale e le successive cessioni di credito e, in particolare, se il factoring consista in un contratto quadro, seguito da più cessioni autonome rispetto ad esso, o se costituisca una cessione di crediti presenti e futuri avente natura unitaria¹⁷².

Tra coloro che aderiscono al primo orientamento vi è poi difformità di opinioni circa la qualificazione del contratto quadro, poiché alcuni ritengono che si tratti di un contratto preliminare unilaterale, atteso che soltanto il fornitore assume l'obbligo di offrire in cessione i propri crediti laddove il factor non ha nessuna obbligazione, rimanendo libero di accettare o meno e di giungere quindi alla stipulazione di contratti definitivi; altri autori, invece, ravvisano un contratto norma-

produttore ed a versare al progettista la differenza fra le due fatture; infine, l'*Undisclosed factoring* che è un modello caratterizzato da una combinazione di due contratti, la commissione e la vendita: il fornitore vende al factor le sue merci e a sua volta il factor nomina il fornitore suo commissionario e gli anticipa il prezzo delle merci assumendosi il rischio dell'insolvenza; il fornitore, quindi, procede alla vendita dei suoi prodotti, in veste di commissionario, e trasmette il prezzo incassato al factor. Le finalità di questa operazione sono simili a quelle del *not notification*, in quanto anche in questa ipotesi il compratore conserva un rapporto diretto con il fornitore, mentre l'accordo di factoring resta conosciuto dai soli contraenti.

¹⁷² Per una esaustiva trattazione della questione nonché per tutti i riferimenti dottrinali si rinvia a BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 100; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 159.

tivo attraverso il quale viene predisposto uno schema di clausole atto a disciplinare la conclusione – solo eventuale non assumendo le parti alcun obbligo in tal senso – di future cessioni di credito. Secondo altri ancora, il contratto è al tempo stesso preliminare e normativo perchè vincola le parti a stipulare future cessioni di credito utilizzando lo schema appositamente predisposto, come dimostrerebbe l’inserimento nei formulari di clausole dallo spiccato contenuto normativo riguardanti il modello negoziale da osservarsi nelle future cessioni di credito, ma anche di clausole implicanti l’assunzione di obbligazioni, come ad esempio la clausola di esclusiva, per la quale il cedente si impegna ad offrire tutti i crediti al factor e a non trattare con nessun’altra società specializzata.

In realtà però, è stato correttamente osservato¹⁷³ che la debolezza di tali costruzioni sta nella frammentazione di un’operazione economicamente e funzionalmente unitaria che verrebbe ridotta in una pluralità indeterminata di cessioni di credito di cui sarebbe impossibile scorgere la causa specifica.

A soluzioni opposte perviene, invece, un secondo orientamento che configura il factoring come un contratto unico e definitivo di cessione globale di crediti, presenti e futuri, con la conseguenza che al contratto stesso va ricollegato l’effetto traslativo dei crediti non appena questi vengono ad esistenza; consegue che le singole cessioni non costituiscono attività negoziali separate ma sono semplicemente i momenti attuativi del contratto definitivo. In tale prospettiva si è anche sostenuto che nel periodo intercorrente tra la stipulazione del contratto di cessione ed il sorgere del credito vi sarebbe una aspettativa giuridica, ovvero una posizione di attesa del factor cui l’ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, favorendone la conservazione e l’attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo; aspettativa che viene poi individuata nel diritto all’acquisto globale dei crediti del cedente.

La ricostruzione proposta da ultimo implica indubbiamente dei vantaggi per le società di factoring che diverrebbero titolari dei crediti ceduti nel momento

¹⁷³ Cfr. DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, cit., 567.

stesso in cui questi vengono ad esistenza, potendo rendere opponibile la cessione mediante la sola notifica del contratto e non di ogni singola cessione. Tuttavia, bisogna segnalare¹⁷⁴ che dopo l'emanazione della l. n. 52/91, la dottrina ha perso interesse verso la ricostruzione della struttura giuridica da attribuire al factoring al punto che può dirsi oramai diffusa l'opinione secondo cui è «fuorviante chiedersi se il factoring consista in un contratto quadro seguito da più cessioni di crediti o invece sia una cessione globale di crediti. Non si tratta, infatti, di trovare l'esatta qualificazione di un fenomeno unitario, bensì di rilevare che, in Italia, la prassi contrattuale è divisa tra i casi – e sono la minoranza – in cui si adotta lo schema contratto quadro-cessioni successive, e i casi – e sono la maggioranza – in cui si adotta lo schema della cessione globale di crediti presenti e futuri»¹⁷⁵.

Ciononostante, la questione della sostanza del factoring, continua a mantenersi viva nelle pronunce dei giudici, talora perché strettamente rilevante ai fini del decidere, talaltra per mere ragioni di ordine classificatorio¹⁷⁶. Anche in tal caso, quindi, vi è una parte degli interpreti che sostiene la configurazione unitaria e globale del negozio¹⁷⁷, mentre altra parte sostiene quella pluralistica ravvisando ora un contratto preliminare¹⁷⁸ e/o normativo¹⁷⁹, ora un *pactum de contraendo*¹⁸⁰, ora un contratto quadro¹⁸¹, ora infine un generico collegamento negoziale¹⁸². Peraltro,

¹⁷⁴ Cfr. sul punto BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 108.

¹⁷⁵ DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 353.

¹⁷⁶ Cfr. sul punto BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 109, a cui si rinvia per un'organica ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali.

¹⁷⁷ Cfr. TRIB. GENOVA, 16 maggio 1994, cit., 109; TRIB. MILANO, 16 ottobre 1990, in Riv. It. Leas., 182.

¹⁷⁸ Cfr. TRIB. FIRENZE, 2 giugno 1995, in Giur. It., 1996, I, 2, 272, secondo cui il factoring costituisce un accordo di natura preliminare mediante il quale le parti assumono l'obbligo di concludere una serie di contratti di cessione di credito.

¹⁷⁹ Nel senso della natura normativa cfr. APP. ROMA, 16 febbraio 1998, Dir. Fall., 1998, 499. Per la natura mista del factoring cfr. PRET. BARI, 5 aprile 1990, in Banca borsa e titoli di credito, 1992, II, 620.

¹⁸⁰ Cfr. TRIB. VERONA, 4 maggio 1987, in Giust. Civ., 1988, I, 790, afferma che il factoring è un contratto bilaterale in base al quale il factor si impegna ad acquistare, per un certo periodo, da un imprenditore (che si impegna a cedere), a titolo oneroso (con o senza rivalsa), la totalità dei crediti di cui quest'ultimo è o diventerà titolare causa della vendita di beni da lui prodotti o commercializzati.

¹⁸¹ Cfr. CASS, 14 novembre 1996, n. 9997, in Nuova Giur. Civ. Com., 1998, I, 24; APP. GENOVA, 18 maggio 2001, in Fall., 2002, 633.

la stessa Corte di Cassazione ha condiviso in passato la natura obbligatoria della convenzione di factoring, con una pronuncia¹⁸³ della quale però non si riscontrano successive conferme.

Al di là di tale contrasto, comunque, la giurisprudenza si è sempre mostrata particolarmente attenta nel valutare l'intenzione delle parti resa palese dalle specifiche clausole contrattuali, come dimostrano le numerose pronunce¹⁸⁴ dei Giudici di legittimità ove si afferma che l'elemento caratterizzante del factoring è rappresentato dall'obbligo di cedere i crediti derivanti dall'attività aziendale che il fornitore assume verso il factor, fermo restando che i contraenti possono, in base alle particolari esigenze, concretizzare la struttura del rapporto tanto in una cessione unica e globale di crediti presenti e futuri, quanto in una operazione che si attua attraverso una sequenza contrattuale articolata in una convenzione iniziale e in una o più cessioni di credito attuative.

¹⁸² Cfr. TRIB. GENOVA, 17 luglio 1991, *Giur. Comm.*, 1992, II, 279, secondo cui il factoring è una operazione complessa che si scompone in una convenzione base, perfezionatasi con la sottoscrizione delle condizioni generali di contratto, ed in una pluralità di successivi negozi con la prima collegati, costituiti da cessioni di credito e dalla prestazione di alcuni dei servizi caratteristici offerti (in via eventuale nelle condizioni generali) dal factor. Tale impostazione è, tuttavia, finalizzata a ricondurre il factoring, quale contratto unitario, al mandato, secondo un indirizzo diffuso presso i giudici genovesi; cfr. sul punto TRIB. GENOVA, 17 ottobre 1994, *Fall.*, 2001, 517; TRIB. GENOVA, 10 agosto 2000, *Giur. Comm.*, 1995, II, 697.

¹⁸³ Cfr. CASS. SS.UU., 10 gennaio 1992, n. 198, in *Riv. It. Leas.*, 1992, 753.

¹⁸⁴ Ex plurimis cfr. CASS., 22 giugno 2004, n. 11612, *Foro. It.*, 2005, I, 805; CASS., 24 giugno 2003, n. 10004, in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2004, I, 158; CASS., 2 febbraio 2001, n. 1510, *Giust. Civ.*, 2001, I, 1856.

§4: Le diverse qualificazioni del factoring: contratto di assicurazione, di credito, di mandato, di scambio

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che il factoring si attui nella prassi italiana mediante la cessione del credito, essendo il trasferimento della titolarità un elemento fondamentale, e costante, dell'operazione. Tuttavia, a fronte della varietà di funzioni cui esso può essere finalizzato – riconducibili all'assicurazione, al finanziamento, al mandato, allo scambio – il vero punto nodale nell'analisi del contratto è rappresentato dalla individuazione della sua natura giuridica¹⁸⁵.

Secondo alcuni autori¹⁸⁶, infatti, il factoring dovrebbe essere accostato all'assicurazione del credito¹⁸⁷, che è il negozio in base al quale l'assicuratore si obbliga a indennizzare l'assicurato in caso di perdita definitiva, totale o parziale, del valore del credito. Tale soluzione, però, basandosi esclusivamente sulle analogie ricavabili dal raffronto tra assicurazione e cessione *pro soluto*, incontra un limite invalicabile nelle ipotesi, assolutamente prevalenti, in cui la cessione del credito sia stipulata *pro solvendo*, ove non è possibile ravvisare alcuna funzione assicurativa.

In ogni caso, bisogna sottolineare che, anche quando la cessione sia *pro soluto*, permangono profonde differenze atteso che l'assicurazione si incardina sul trasferimento del rischio, la cui entità determina il premio e il cui verificarsi fa sorgere l'obbligo di indennizzo, laddove il factoring si incentra sul trasferimento della titolarità del credito che trova il corrispettivo nel pagamento, eventualmente

¹⁸⁵ DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 353; CLARIZIA, *Il Factoring In Italia: La legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, cit.; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 145; BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 123; DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, cit., 567; SEMINO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di*, cit., 709; PIAZZA, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, cit., 109.

¹⁸⁶ Per i riferimenti dottrinali e la ricostruzione critica della teoria in argomento cfr. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 149; BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 149; PIAZZA, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, cit., nota 11.

¹⁸⁷ Anche la Cassazione ha sottolineato che in taluni casi allo strumento della cessione può ricollegarsi una funzione *latu sensu* assicurativa. Cfr. sul punto CASS., 24 giugno 2003, n. 10004, cit., 158; CASS., 18 gennaio 2001, n. 684, in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2001, I, 464; CASS., 12 aprile 2000, n. 4654, in *Fall.*, 2001, 515.

anticipato in tutto o in parte, dell'ammontare del credito a prescindere dal verificarsi dell'inadempimento del debitore; inoltre, la causa negoziale del factoring, potendo comprendere una serie diversificata di funzioni, è chiaramente più vasta e complessa di quella dell'assicurazione del credito, che consiste in un semplice trasferimento dell'alea economica.

Altri interpreti¹⁸⁸, invece, partendo da una valorizzazione del momento finanziario, costituito dalla concessione da parte del factor di anticipazioni sull'importo dei crediti ceduti e dal correlativo obbligo di restituzione a carico del cedente, hanno ritenuto di qualificare il factoring come contratto di credito (in particolare, mutuo o sconto).

Anche tale inquadramento, parimenti riduttivo dell'ampio spettro funzionale del contratto, si scontra con obiezioni difficilmente superabili; è stato, infatti, correttamente osservato¹⁸⁹ che nel factoring, non solo la corresponsione di anticipi è meramente eventuale, quanto soprattutto non si rinviene uno degli elementi caratteristici dei contratti di credito, ossia la restituzione del *tantundem*.

Per di più, se la cessione dei crediti avviene senza rivalsa, manca in radice l'obbligo di restituzione delle anticipazioni da parte del fornitore¹⁹⁰; se, al contrario, le cessioni sono stipulate con rivalsa, affinché si possa pensare alla restituzione del *tantundem* bisognerebbe considerare la cessione del credito come una *datio in solutum*. Ma la cessione del credito non può essere considerata tale perché dovrebbe ritenersi prestazione sostitutiva a quella originaria, mentre fin dall'inizio il fornitore era obbligato alla cessione; inoltre, cronologicamente la dazione dovrebbe seguire l'erogazione delle anticipazioni e non precederla o esserle contestuale. A ciò si aggiunga una singolarità difficilmente spiegabile: la misura del finanziamento viene calibrata sull'entità del credito ceduto, per cui nel caso del factoring

¹⁸⁸ CLARIZIA, *Il Factoring In Italia: La legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, cit.. In giurisprudenza cfr. APP. FIRENZE, 22 gennaio 200, in Fall., 2004, 369; . APP. ARI, 13 luglio 1990, in Giur. It. 1991, I, 2, 317; TRIB. NAPOLI; 24 aprile 2001, in in Banca borsa e titoli di credito, 2003, II, 99; TRIB. GENOVA, 10 agosto 2000, cit., 517; TRIB. MILANO, 26 febbraio 1990, Giur. Merito, 1992, 83.

¹⁸⁹ Diffusamente BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 135. Vedasi pure DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 354; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 149.

¹⁹⁰ Vedasi nota precedente.

la *datio in solutum*, prestazione sostitutiva, determinerebbe la misura della prestazione originaria, ossia l'obbligo di restituzione della somma mutuata.

Ugualmente incompatibile¹⁹¹ con il contratto di credito sarebbe considerare la cessione come una garanzia per la restituzione della somma anticipata poiché il factor, una volta ricevuto il credito attraverso la cessione, può disporne, ad esempio cedendolo ad altri o scontandolo presso una banca per rifinanziarsi; se, invece, il debitore ceduto adempie, il factor si soddisfa direttamente sul credito, ossia la garanzia stessa. Entrambe le attività – il disporre ed il soddisfarsi sul credito – sono, però, chiaramente incompatibili con la figura della garanzia e contrastano nettamente con il disposto degli artt. 2792, 2803 e 2804 c.c..

Un tentativo particolarmente significativo¹⁹² è stato, poi, compiuto da quella dottrina che, sottolineando la costante presenza nell'operazione di una prevalente attività di gestione in senso ampio, ha qualificato il factoring come un mandato *in rem propriam* alla gestione dei crediti ceduti cui possono eventualmente collegarsi un negozio di finanziamento, qualora vi sia corresponsione di anticipi, e un negozio di garanzia, qualora vi sia assunzione del rischio di insolvenza del debitore ceduto. Alla base di tale teoria vi è l'opinione, sostenuta anche in giurisprudenza¹⁹³, che «il factor acquisterebbe la titolarità del credito in funzione strumentale alla mera riscossione del credito stesso e non anche in funzione dell'acquisizione al proprio patrimonio del ricavo della riscossione, tanto è vero che le somme riscosse deve rimetterle al cedente»¹⁹⁴.

¹⁹¹ DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 354.

¹⁹² Così VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 151, cui si rinvia per i riferimenti dottrinali. Cfr. sul punto pure DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, cit., 567.

¹⁹³ Cfr. TRIB. GENOVA, 17 luglio 1991, cit., 279, secondo cui la cessione costituisce solo il mezzo per effettuare il mandato (nel cui rapporto trova causa), ponendosi il trasferimento solo come mezzo per legittimare o consentire al meglio l'esercizio dell'attività di gestione pattuita. Sostengono di recente la *causa mandati* anche CASS., 24 giugno 2003, n. 10004, cit., 158; APP. ROMA, 16 febbraio 1998, Dir. Fall., 1998, 499; Trib. Treviso, 19 agosto 2004, Dir. Fall., 2005, II, 799.

¹⁹⁴ Così VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 153, che richiama parzialmente P. MESSINA; per i cui riferimenti si rinvia *ivi*.

Riguardo a tale ricostruzione è oramai opinione condivisa¹⁹⁵, nonostante qualche voce contraria¹⁹⁶, che la componente gestionale nel factoring non abbia una prevalenza sulle componenti finanziaria e assicurativa tale da fondare la autonoma qualificazione del contratto; inoltre, se al factor fosse richiesta solamente una prestazione di incasso dei crediti, lo strumento della cessione finirebbe per rivelarsi esorbitante, con l'ulteriore aggravio dell'inopinata frammentazione di un'operazione che si presenta, in realtà, unitaria nei rapporti tra factor e fornitore.

D'altro canto¹⁹⁷, su un piano più specifico si deve rilevare che nel contratto di mandato è il mandante a determinare l'attività che il mandatario è chiamato a svolgere attenendosi alle istruzioni ricevute, laddove, nel factoring solitamente il factor si riserva la facoltà di scegliere quali crediti acquisire, in tal modo determinando unilateralmente l'ambito entro il quale esplicare la propria attività di gestione dei crediti.

La tesi di gran lunga prevalente in dottrina rimane, comunque, quella che, senza sottacere la varietà e la rilevanza dei servizi offerti dal factor, qualifica il factoring un contratto di scambio in cui le cessioni dei crediti hanno *causa vendendi*¹⁹⁸.

Riveste in tal senso un ruolo fondamentale la constatazione che il factor riscuote i crediti ceduti *iure proprio* dal cessionario e che le anticipazioni di somme non si risolvono in finanziamenti a favore del cedente ma in parziali pagamenti anticipati del prezzo di cessione, con la conseguenza che il factor non sarebbe creditore, bensì debitore del cedente per il saldo del prezzo¹⁹⁹. La commissione e gli interessi rappresenterebbero, invece, l'uno il corrispettivo per i servizi resi dal

¹⁹⁵ DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 354; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 155; BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 135.

¹⁹⁶ In particolare DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, cit., 567.

¹⁹⁷ DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 354.

¹⁹⁸ DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 354; BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 159; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 152. In giurisprudenza cfr. da ultimo CASS., 10 luglio 2003, n. 10861, in *Contr.*, 2004, 262; CASS., 2 febbraio 2001, n. 1510, cit., 1856; CASS., 18 gennaio 2001, n. 684, cit., 464; CASS., 12 aprile 2000, n. 4654, cit., 515.

¹⁹⁹ In mancanza di anticipazioni sarebbe sufficiente intendere la cessione alla stregua di una vendita con pagamento differito. Cfr. BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 159.

factor all'interno del contratto di scambio, gli altri una componente negativa del prezzo.

Dunque, al momento dell'incasso il factor deve corrispondere al fornitore il prezzo pattuito decurtato della somma anticipata, delle spese, degli interessi e del corrispettivo; mentre, «in caso di mancato incasso, la rivalsa ha ad oggetto quanto il cedente ha percepito, e i cosiddetti interessi costituiscono oggetto della disciplina convenzionale della rivalsa, ovvero della disciplina convenzionale dell'obbligo di restituzione a causa della risoluzione della cessione»²⁰⁰.

Invero, anche tale ricostruzione non ha mancato di suscitare critiche soprattutto in ordine alla incompatibilità in capo al factor tra la posizione di debitore del prezzo della cessione, rappresentato dal valore nominale anziché da un valore più basso come sarebbe lecito attendersi, e quella di creditore alla restituzione delle somme anticipate che, essendo parte del prezzo, non si comprende come possano produrre interessi; inoltre, perplessità suscita la percezione da parte del factor di una commissione per servizi resi a favore del cedente rispetto a crediti di cui egli è oramai titolare²⁰¹.

Sarebbe, dunque, auspicabile²⁰² che i formulari attualmente in uso agli operatori del factoring venissero adeguati alla tipologia normativa, sì da farne emergere la causa di scambio attraverso sostanziali modifiche circa il momento del pagamento del prezzo e la sua entità non più pari al valore nominale ma a quello di realizzo.

²⁰⁰ Così DE NOVA, Voce *Factoring*, cit., 354. Nel caso di factoring senza rivalsa è il factor evidentemente a dover sopportare le conseguenze dell'inadempimento. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 157, evidenzia che soltanto l'accredito in conto del prezzo della cessione indicato al valore nominale consente, alla fine, al cedente di avere una liquidità pari al valore di smobilizzo del credito, cioè al valore nominale decurtato delle componenti negative. È evidente, secondo l'A., che se la cessione è *pro soluto*, contabilmente non c'è la possibilità di ulteriori sopravvenienze e il factor non può esimersi dall'accreditare il prezzo della cessione al momento della scadenza. Se poi il cedente garantisce la solvenza, nella gestione contabile delle partite di dare e avere tra factor e cedente si aggiungerà la somma dovuta da quest'ultimo per la garanzia con la conseguenziale sua esposizione debitoria finale.

²⁰¹ Lo evidenzia DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, cit., 567; cfr. sul punto pure VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 155; SEMINO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di*, cit., 709.

²⁰² Cfr. sul punto VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 155, la quale riprende un'opinione di PERLINGIERI; riferimenti *ivi*.

Dall'esposizione che precede risulta, tuttavia, evidente che l'analisi della causa del contratto di factoring va condotta sulla base delle fattispecie concrete e senza trascurare le singole convenzioni, le quali possono assumere nella prassi negoziale modalità e funzioni assai varie, in grado di influire in modo determinante sulla diversa connotazione causale dell'operazione, la cui connaturata complessità ne impedisce una qualificazione esclusiva.

La molteplicità delle soluzioni offerte dalla dottrina, al fine di definire la natura giuridica del factoring per poi dedurne l'applicabilità dell'uno o dell'altro schema normativo, costituiscono solamente una prova della diffusa tendenza alla tipizzazione²⁰³ e non tengono conto che «deduzioni e controdeduzioni hanno quasi costantemente come riferimento ipotesi diverse»²⁰⁴.

In realtà, secondo una diffusa opinione, la stessa atipicità del factoring è indice che la complessa operazione, pur presentando elementi di similarità e di contatto con alcuni contratti nominati, costituisce una figura contrattuale con una funzione caratteristica sorta per assolvere alle mutate esigenze della vita economica²⁰⁵.

²⁰³ Cfr. BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 166.

²⁰⁴ Così VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 155.

²⁰⁵ Cfr. tra altri SEMINO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di*, cit., 709; PIAZZA, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, cit., 109; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti*, cit., 155; BUSSANI-INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., 167.

CAPITOLO TERZO: LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI

§1: Le funzioni, i soggetti e la struttura dell'operazione di cartolarizzazione

La cartolarizzazione (o *securitization*) è una tecnica finanziaria²⁰⁶ volta a consentire alle imprese di procedere alla smobilizzazione dei propri crediti, o di altre attività di bilancio, attraverso il ricorso al mercato dei capitali. Per mezzo di tale operazione, il cedente mira a eliminare dal proprio stato patrimoniale i crediti cartolarizzati al fine di generare liquidità immediata e ridurre l'indebitamento esistente, ovvero incrementare il volume delle attività, senza perdere il futuro margine di profitto relativo ai crediti ceduti e acquisendo la possibilità che lo stesso capitale venga utilizzato più volte.

Sebbene in linea teorica, la *securitization* sia attuabile da parte di qualsiasi impresa, industriale o finanziaria, ente pubblico o privato, i soggetti maggiormente interessati a questo tipo di operazioni sono gli intermediari creditizi, in quanto il loro attivo è costituito, generalmente, in misura preponderante da prestiti. Ne deriva che l'operazione, pur potendo essere realizzata mediante cessione del credito o factoring, assume un'entità tale per cui è necessario che costi e rischi vengano ripartiti su una pluralità di soggetti, meglio ancora sul mercato degli investitori.

Il complesso schema attuativo della cartolarizzazione prevede nei suoi tratti essenziali che un soggetto, detto cedente o *originator*, dopo aver selezionato,

²⁰⁶ Per la ricostruzione delle caratteristiche proprie della fattispecie si segnalano VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, Napoli, 2003; PORZIO-SPOTORNO-ZORZOLI-FAUCEGLIA, *Securitization e crediti in sofferenza – Problemi gestionali, contabili e normativi nella recente esperienza italiana*, in Banca e mercati, a cura di C. PORZIO, Roma, 2001; GALLETI-GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002; RUCELLAI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999*, n. 130, in Giur. comm. 2001, 3, 392; RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, in Giur. comm. 2000, 3, 438; SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in Giur. comm. 1999, 4, 436.

sulla base di requisiti di omogeneità tali da renderne possibile l'aggregazione, un portafoglio di attività idonee a produrre flussi di cassa periodici, lo ceda a una società appositamente costituita, detta società veicolo o *Special Purpose Vehicle - SPV*, che a fronte delle attività acquisite emette dei titoli, detti *Asset Backed Securities* o *ABS*, e li colloca sul mercato. I proventi dell'emissione vengono utilizzati per pagare le attività cartolarizzate, mentre i flussi di cassa prodotti dalle attività sottostanti sono successivamente impiegati per rimborsare e remunerare i sottoscrittori di *ABS*.

Di regola, la cessione viene realizzata trasferendo alla società veicolo la titolarità dei crediti e ai possessori dei titoli, tra i quali spesso figura lo stesso *originator*, il rischio di insolvenza dei debitori ceduti; normalmente poi, il cessionario non acquisisce alcun contatto con i debitori ceduti, poiché l'attività relativa alla gestione dei crediti rimane a carico del cedente, se è una banca, o di un terzo, i quali si obbligano a espletare in nome del cessionario l'attività cd. di *servicing*, cioè il recupero dei crediti e il trasferimento a suo favore del ricavato.

Tali risultati si ottengono utilizzando la formula della cessione *pro soluto*²⁰⁷, anche se non è da escludere che il cedente garantisca i crediti fino a una certa percentuale, lasciando la garanzia per le perdite eccedenti a carico di soggetti terzi che forniscono garanzie aggiuntive. Può accadere, infatti, che per aumentare il gradimento dei titoli e la tutela degli inventori intervenga nell'operazione un soggetto garante, detto *credit enhancer* solitamente rappresentato da una banca o una compagnia di assicurazione, che fornisce garanzia a copertura di una certa percentuale del valore di rimborso dei titoli emessi; inoltre, vi può essere l'intervento di una società di *rating* che valuti la qualità dell'emissione in base alla bontà delle attività sottostanti, all'ammontare delle garanzie prestate e alla solvibilità dei garanti stessi.

²⁰⁷ Questo perché l'eliminazione dallo stato patrimoniale delle attività cedute è possibile solo in presenza di cessione *pro soluto*, in base alla quale il rischio relativo alla solvenza del debitore principale è totalmente trasferito al cessionario il quale non potrà rivalersi sul cedente in caso di inadempimento. Inoltre, affinché le attività trasferite non compaiano nel bilancio consolidato dell'*originator* è necessario che non sussistano rapporti di partecipazione tra cedente e cessionario.

La struttura tecnica dell'operazione²⁰⁸ può, comunque, ancora differenziarsi in relazione alla titolarità delle attività cedute e alle modalità di pagamento nei confronti degli investitori. Infatti, in base alla procedura cd. *pass-through*, la cartolarizzazione viene attuata attraverso un deposito di crediti in gestione fiduciaria – un *trust agreement* – presso lo *SPV*, che assume per conto del *trust* il compito di acquistare i crediti ed emettere i titoli; questi incorporano di fatto un diritto di proprietà sugli impieghi ceduti, pertanto, il veicolo non acquista la proprietà delle attività, ma agisce in nome e per conto degli investitori, veri titolari dei diritti di proprietà. Per quanto riguarda le modalità di pagamento, i flussi ricevuti dagli investitori sono strettamente correlati ai flussi pagati dai debitori ceduti.

Secondo la procedura cd. *pay-through*, invece, la cessione determina un effettivo trasferimento della titolarità dei crediti in capo allo *SPV*, che emette titoli di debito rappresentativi di una obbligazione propria; anche in tal caso la cessione si caratterizza per una elevata correlazione tra flussi in entrata e flussi in uscita.

Tale correlazione, infine, manca nella struttura cd. *asset backed bonds* che si presenta come una struttura *pay-through* in cui, però, i pagamenti corrisposti agli investitori sono scollegati per scadenze dai pagamenti provenienti dalle attività sottostanti; ciò perché l'emittente, collocando proprie passività, ha completa libertà nel disegnare la struttura dei pagamenti rivolti agli investitori finali.

²⁰⁸ PLAIA, *La cartolarizzazione dei crediti nella legge italiana 30 aprile 1999, n. 130: profili comparatistici*, in *Giur. merito* 2000, 2, 488; GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giur. comm.* 2001, 4, 512; LAROMA JEZZI, *I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e trust*, *Riv. dir. trib.* 2003, 3, 259 .

**§2: L'opzione italiana per la cartolarizzazione: la legge 130/99.
*Limited recourse e asset segregation quali elementi caratterizzanti
la disciplina***

Fino all'emanazione della disciplina specifica, gli operatori economici nazionali si sono avvalsi per la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione di normative e strutture straniere, il più delle volte utilizzando uno schema che prevedeva la cessione dei crediti prima a un factor e successivamente a una società veicolo estera che si occupava di emettere titoli in un paese con una legislazione più favorevole²⁰⁹.

Tale situazione, però, ha inevitabilmente condizionato il gradimento e la diffusione di simili operazioni fino a che, grazie all'emanazione della legge 30 aprile 1999, n. 130, hanno trovato accoglimento gli auspici di regolamentazione espressi dagli operatori del settore e sono stati recepiti alcuni indirizzi della prassi internazionale in tema di *securitization*. In particolare il legislatore nazionale si è preoccupato che i flussi finanziari derivanti dal patrimonio dei crediti ceduti fossero destinati esclusivamente ai sottoscrittori dei titoli, oltre che al pagamento dei costi della stessa²¹⁰.

Sulla scorta dell'esperienza nordamericana, dunque, tale esigenza è stata soddisfatta attraverso la statuizione positiva del cd. *limited recourse*, con cui si attua una vera e propria "segregazione" del portafoglio di crediti cartolarizzati, senza che possa verificarsi alcuna confusione con il patrimonio della società veicolo, che in ogni caso non deve essere né adeguato né altrimenti rapportato all'entità e al valore dei crediti acquistati, potendo essere, al contrario, anche minimo²¹¹.

L'effetto innovativo del *limited recourse* consiste nel rendere inapplicabile alla cartolarizzazione dei crediti, in particolare ai titoli emessi dalla società di cartolarizzazione, un principio fondamentale del nostro ordinamento per la tutela dei

²⁰⁹ GALLETTI- GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002, 15.

²¹⁰ RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438.

²¹¹ GALLETTI- GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 123; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 222.

diritti, incardinato nell'art. 2740 c.c., in virtù del quale il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. La garanzia del titolo emesso dalla società di cartolarizzazione è, infatti, costituita non dal patrimonio dell'emittente, bensì dal flusso finanziario derivante dal portafoglio crediti acquistato dall'emittente medesimo con il denaro raccolto a fronte dell'emissione dei titoli. In altri termini la società di cartolarizzazione, ancorché soggetto debitore, risponde nei confronti dei portatori dei titoli emessi non con il suo patrimonio ma con il flusso derivante dal portafoglio crediti predetto²¹².

Esclusa la funzione di garanzia patrimoniale, è da sottolineare che la funzione specifica della società di cartolarizzazione è quella di cd. *asset segregation*, cioè di segregazione del portafoglio crediti che supporta l'emissione dei titoli, rendendolo inattaccabile da azioni di creditori diversi dai portatori delle *ABS* emesse per finanziarne l'acquisto (art. 3^{2 co.}). La segregazione del portafoglio crediti, che per espressa previsione di legge costituisce patrimonio separato, non si realizza soltanto nei confronti dei soggetti di provenienza (cedente e debitori ceduti) e dei terzi, ma anche nei confronti della stessa società di cartolarizzazione mediante la separazione di ciascun portafoglio crediti da quello della società medesima nonché dai portafogli crediti relativi ad eventuali altre operazioni di cartolarizzazione realizzate attraverso la stessa società (art. 3^{2 co.}).

La segregazione del portafoglio così stabilita, e in particolare la sua separazione nei confronti del patrimonio della società di cartolarizzazione, costituisce, per così dire, il rovescio speculare del principio del *limited recourse*: se è vero che i portatori dei titoli emessi possono agire soltanto sul portafoglio crediti che supporta quei titoli, è però anche vero, per converso, che quel portafoglio crediti costituisce patrimonio inattaccabile da qualsiasi altro creditore. Si tratta, insomma, di una garanzia riservata in esclusiva ai portatori dei titoli emessi a fronte di quel portafoglio crediti²¹³.

²¹² Vedasi nota precedente.

²¹³ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 223.

§3: Ambito applicativo: in particolare la cartolarizzazione dei crediti futuri e in blocco

Per la regolamentazione delle operazioni di *securitization* il legislatore italiano ha scelto la via della “disciplina essenziale”, rinviando alla fonte secondaria, demandata in parte alla Banca d’Italia e in parte alla CONSOB secondo le rispettive competenze, la disciplina di aspetti specifici della materia. Lo stesso art. 1, l. n. 130/99, non introduce una definizione a carattere generale della fattispecie, ma definisce solo l’ambito di applicazione della normativa, riferendolo esclusivamente a quelle «operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti»²¹⁴.

Il modello italiano di cartolarizzazione è strutturato, dunque, secondo la tipologia *pay-trough* in cui la titolarità dei crediti ceduti passa al cessionario e i titoli emessi, direttamente o tramite terzi, sono assimilabili ad obbligazioni. Per quanto riguarda i soggetti che prendono parte all’operazione, poi, nonostante costituisca un dato oramai acquisito che lo strumento sia stato sviluppato per venire incontro alle esigenze di specifici *originators* – gli intermediari creditizi – la lettera della legge non introduce alcun limite soggettivo in tal senso, per cui è possibile in tesi che vi facciano ricorso anche soggetti diversi dalle banche e dalle società finanziarie in genere; al contrario, per garantire maggiore tutela ai portatori dei titoli, la società cessionaria (art. 3), o quella emittente i titoli se diversa, deve necessariamente essere stata costituita con lo specifico fine di realizzare una o più operazioni di cartolarizzazione.

In ordine al problema dell’individuazione dei crediti oggetto di cessione, come anticipato innanzi, la legge espressamente sancisce che deve trattarsi di crediti pecuniari, anche futuri, purché individuabili in blocco se si tratti di una pluralità di crediti; tuttavia, la mancanza di indicazioni sui limiti e sulla portata di tale concetto e, in particolare, la mancanza di una norma analoga a quella della legge

²¹⁴ Cfr. sul punto PORZIO-SPOTORNO-ZORZOLI-FAUCEGLIA, *Securitization e crediti in sofferenza*, cit., 336.

sul factoring, in base alla quale è possibile cedere in massa crediti futuri anche prima che vengano stipulati i contratti da cui tali crediti derivino, purché questi vengano conclusi entro i 24 mesi successivi, ha dato nuova linfa alla questione circa l'esatta configurabilità della nozione di credito futuro²¹⁵.

La dottrina²¹⁶, infatti, si è interrogata circa la possibilità di cartolarizzare, oltre a crediti futuri derivanti da attività già avviate, anche i crediti attesi da attività o da contratti non ancora in essere al momento della cessione e, correlativamente, sulla applicabilità per analogia del limite temporale riferito.

In realtà, nonostante il dato testuale non consenta di dare una risposta univoca, «per la cartolarizzazione, in considerazione delle esigenze tecniche che soddisfa, la gabbia dei ventiquattro mesi è apparsa subito troppo stretta e si è sostenuto anche che il principio generale non ricomprende la limitazione temporale; pertanto, possono essere cartolarizzati crediti futuri determinati da contratti che sorgano in un periodo di tempo superiore ai due anni»²¹⁷. Non si può, comunque, sottovalutare che, nello speciale meccanismo realizzato con la *securitization*, la dilatazione della nozione di credito futuro ha una diretta incidenza sull'adozione di criteri idonei a permetterne l'esatta individuazione da parte di investitori, società di *rating*, creditori, istituti di credito e, in generale, di tutti i soggetti terzi direttamente od indirettamente coinvolti nell'operazione²¹⁸.

Il legislatore, inoltre, non sembra aver escluso la possibilità che oggetto della operazione possa essere anche un singolo credito; certamente però, già con

²¹⁵ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 236; RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438.

²¹⁶ SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, cit., 436; RUCELLAI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, cit., 392; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 236; RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438; PLAIA, *La cartolarizzazione dei crediti nella legge italiana 30 aprile 1999, n. 13i*, cit., 488; GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 512.

²¹⁷ Così VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 238.

²¹⁸ Cfr. RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438, secondo cui sarebbe eccessivamente limitativo interpretare il testo normativo nel senso di escludere la possibilità di cartolarizzare i flussi finanziari futuri non derivanti da un portafoglio crediti. Tali flussi, ove siano individuabili in blocco, appaiono, a giudizio dell'A. passibili di essere ricompresi tra i crediti pecuniari futuri qualora non siano totalmente incerti e si possano conoscere, o prevedere, fonte, periodo di realizzo e stima dell'ammontare.

la l. n. 52 del 1991 aveva preso atto che gli strumenti tecnici attraverso i quali veniva attuato il trasferimento di una pluralità di crediti rendeva particolarmente difficile l'individuazione di ogni singola posizione, tanto che con l'art. 3 di tale legge aveva sancito la sufficienza dell'indicazione del debitore al fine della determinatezza dell'oggetto di cessione, con ciò spezzando il legame, inscindibile fino ad allora per il nostro ordinamento, tra rapporto obbligatorio e singolo credito.

Tuttavia, mentre in tema di factoring la norma faceva riferimento alla cessione di crediti in massa, la l. n. 130/99 introduce il requisito della individuabilità in blocco, che sembra trovare un precedente nell'art. 58 del testo unico bancario, rispetto al quale le Istruzioni della Banca d'Italia²¹⁹ sottolineavano la necessità di un elemento distintivo comune quale la forma tecnica, i settori economici o di destinazione, l'area territoriale ovvero altri criteri idonei ad individuare i crediti ceduti. Va considerato, comunque, che la diretta applicabilità di tali Istruzioni nel caso in questione è dubbia, in virtù del mancato rinvio operato dalla legge in commento al primo comma del citato articolo 58²²⁰.

Al riguardo, è stato sostenuto che in mancanza di qualsiasi rinvio, la normativa bancaria sarebbe inutilizzabile anche ai limitati fini interpretativi²²¹ e che solo i crediti tra loro omogenei sarebbero suscettibili di essere individuati in blocco e cartolarizzati; non sembra, ad ogni modo, che dalla richiesta individuabilità in blocco possa farsi discendere la necessità che i crediti oggetto di cessione debbano essere omogenei. In assenza di riferimenti precisi sul punto, appare però fortemente limitativo affermare aprioristicamente, ovvero a prescindere dai riscontri dei singoli casi, la necessità di tale requisito. Omogenei devono essere, invece, i

²¹⁹ Reperibili in G.U., 17 dicembre 1996, n. 295.

²²⁰ Vedasi sul punto RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438; vedasi pure VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 238, la quale sottolinea che dopo la novella, di cui all'art. 12¹ co., d.lg. n. 342/99, l'applicazione dell'art. 58 T.U.B. è stata estesa anche a soggetti non bancari, ma sottoposti a vigilanza, e agli intermediari iscritti negli appositi elenchi, in cui, ex d.m. 4 aprile 2001, devono ora iscriversi anche le società di cartolarizzazione; pertanto, appare oggi più fondato ritenere, sia pur in difetto di esplicito richiamo, applicabile la norma a queste ultime.

²²¹ Cfr. sul punto SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, cit., 442.

criteri che presiedono all'individuazione in blocco dei crediti ovvero, in presenza di una pluralità di tipologie di crediti, le categorie singolarmente considerate²²².

²²² Vedasi nota 220.

§4: Lo speciale meccanismo pubblicitario ex art. 58 T.U.B.

Come era già avvenuto in materia di factoring, anche per la cartolarizzazione la complessità dell'operazione ha posto il problema di superare le difficoltà legate all'opponibilità della cessione al debitore ceduto, nonché ai creditori e ai terzi aventi causa del cedente. È evidente, però, che il modello delineato dall'art. 5, l. n. 52/91, per cui il trasferimento è opponibile ai terzi quando il cessionario abbia pagato, anche parzialmente, il corrispettivo della cessione, «non possa trovare valida applicazione nella *securitisation*, laddove l'elemento del trasferimento dei crediti alla società veicolo rappresenta solo una parte dell'operazione»²²³.

Pertanto, l'art. 4, l. n. 130/99, ha introdotto un ulteriore criterio per l'opponibilità della cessione al debitore e ai terzi attraverso il rinvio alla disciplina dell'art. 58 del T.U.B., dettato per la cessione di rapporti giuridici a banche²²⁴, in virtù del quale è necessario dare idonea notizia della cessione mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, salvo che la Banca d'Italia abbia disposto forme di pubblicità integrative. Attraverso tale sistema di pubblicità legale, che introduce una presunzione assoluta di conoscenza dell'avvenuta cessione, vengono assicurati alla cartolarizzazione, oltre al trasferimento automatico delle garanzie, gli effetti favorevoli in tema di opponibilità della cessione nei confronti dei debitori ceduti, dei loro creditori e dei terzi in genere.

Purtroppo, dal combinato disposto dell'art. 4 l. n. 130 e dell'art. 58 T.U.B. non emerge una indicazione chiara sul contenuto della pubblicità e sul soggetto obbligato a porla in essere qualora il cessionario non coincida con l'emittente i titoli; tuttavia, è lecito ritenere che esigenze di chiarezza e completezza dell'informazione impongano ad entrambe di provvedervi²²⁵.

²²³ Cfr. sul punto PORZIO-SPOTORNO-ZORZOLI-FAUCEGLIA, *Securization e crediti in sofferenza*, cit., 330.

²²⁴ L'art. 12, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, ha esteso l'applicazione delle disposizioni contenute nella norma anche alle cessioni in favore dei soggetti, diversi dalle banche, inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65 T.U.B. e in favore degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui al successivo art. 107.

²²⁵ Secondo RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438, dovrebbe ammettersi anche la possibilità che vi provveda la sola società emittente facendo menzione della società veicolo. Cfr. sul punto anche

In concreto, comunque, occorre sottolineare che la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, oltre a semplificare la circolazione di una pluralità di crediti, potrebbe essere anche l'unica forma di pubblicità concretamente attuabile, laddove al momento della cessione i debitori fossero ancora sconosciuti e fosse di conseguenza impossibile fare ricorso ai criteri di opponibilità sanciti dagli artt. 1264 e 1265 c.c.²²⁶. In ogni caso, la diversità degli strumenti utilizzabili ai fini dell'opponibilità della cessione non incide sulla posizione del debitore ceduto che rimane obbligato nei confronti del cessionario negli stessi termini nei quali era obbligato verso il cedente. Semmai, alla luce del mancato richiamo dell'art. 1264 c.c., qualche dubbio ancora può sussistere in ordine all'incidenza delle formalità ex art. 58 sull'opponibilità dell'eccezione di compensazione; infatti, mentre una parte della dottrina, interpretando restrittivamente la disposizione, sostiene l'intenzionalità dell'omissione, volta a circoscrivere l'efficacia della pubblicità legale, altra parte, sostenendo che l'efficacia si estende anche ai fini della opponibilità della compensazione, offre una ricostruzione sì più aderente al sistema, ma ostacolata dall'art. 125³ co. T.U.B., che esplicitamente richiama l'opponibilità della compensazione nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti di consumo, anche in deroga all'art. 1248²²⁷.

Per quanto riguarda i privilegi e le garanzie in genere, il comma 3 dell'art. 58 T.U.B., prevede la conservazione della validità e del grado a favore del cessionario senza necessità di formalità o annotazioni ulteriori, consentendo così di su-

GALLETI-GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 53; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 246, secondo cui potrebbe essere di ausilio la previsione della possibilità che la Banca d'Italia preveda forme di pubblicità integrative tali da garantire una completa informazione; l'A. sottolinea anche che sostenere tale potere dell'Organo di Vigilanza potrebbe creare delle difficoltà nei casi in cui non sono coinvolti nell'operazione istituti di credito o soggetti equiparabili ai fini della norma.

²²⁶ In tal senso RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 245; GALLETI-GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 57.

²²⁷ Sul punto cfr., anche per i riferimenti dottrinali, VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 247, la quale auspica un intervento chiarificatore del legislatore che individui nelle operazioni di compensazione una deroga all'art. 125³ co. T.U.B., atteso che l'estensione della responsabilità per inadempimento del fornitore anche alla società veicolo è fortemente in contrasto con la logica economica e con l'assetto normativo complessivo dell'operazione. Cfr. pure GALLETI-GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 61.

perare nel caso di circolazione in blocco difficoltà tecniche di notevole rilevanza, sia pur attenuate nella maggior parte dei casi dal permanere della gestione del credito in capo all'*originator*, in qualità di *servicer* della società veicolo o *sub-servicer* del soggetto da questa incaricato²²⁸. Ciononostante, la società veicolo potrebbe non conseguire il possesso della cosa oppignorata in quanto dovrebbe pur sempre trovare applicazione l'art. 1263 c.c. in tema di consenso del debitore per il trasferimento del pegno dal cedente al cessionario²²⁹.

Ad ogni modo, gli effetti che la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale esplica sull'intera operazione di *securitization*, e verso i sottoscrittori dei titoli in particolare modo, appaiono ancor più rilevanti; infatti, l'art. 4² co. 1. 130/99 stabilisce che dalla data di tale adempimento sui crediti acquistati e sulle somme riscosse dai debitori ceduti sono ammesse esclusivamente le azioni dei sottoscrittori dei titoli e di coloro che risultano creditori della società cessionaria per i costi dell'operazione; inoltre, la stessa norma, con una disposizione analoga²³⁰ a quella contenuta nell'art. 5¹ co. 1. n. 52/91, prevede che da quel momento la cessione è opponibile agli aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi in data anteriore, nonché ai creditori del cedente che non abbiano pignorato il credito prima della pubblicazione della cessione.

In altri termini, quest'ultima disposizione da un lato impedisce al meccanismo di pubblicità legale di esplicitare pienamente i suoi effetti qualora un terzo soggetto, resosi acquirente dall'*originator* dello stesso diritto di credito ceduto alla società veicolo, abbia posto in essere le formalità richieste per rendere efficace il proprio titolo prima della pubblicazione, quindi: nel caso di cessione ordinaria ab-

²²⁸ VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 243, la quale sostiene che il sistema di opponibilità del trasferimento basato sulla pubblicità in Gazzetta Ufficiale è un meccanismo operativo nei confronti del debitore ceduto e dei creditori del cedente, ma diventa discutibile la sua estensione ai garanti del credito.

²²⁹ Si esprimono in tal senso SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, cit., 443; RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438; vedasi pure VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazioni*, cit., 243.

²³⁰ L'analogia non riguarda naturalmente il fatto a partire dalla cui data diviene opponibile la cessione, posto che nel caso del factoring si tratta del pagamento del corrispettivo mentre nelle operazioni di cartolarizzazione della pubblicazione in G.U..

bia eseguito la notifica od ottenuto l'accettazione del debitore; nel caso di cessione disciplinata dalla l. n. 52/91, abbia pagato anche in parte il corrispettivo; nel caso di cartolarizzazione, abbia effettuato la pubblicazione a proprio favore. Da altro lato, invece, la norma, tutelando il creditore che abbia già sottoposto a pignoramento i crediti, integra la disposizione di cui all'art. 2914, n. 2, c.c., secondo cui «non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono all'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento: (...) 2) le cessioni di crediti che siano state notificate al debitore ceduto o accettate dal medesimo successivamente al pignoramento».

Rispetto a questi ultimi soggetti, in particolare, è necessario evidenziare che l'opponibilità del trasferimento del credito nei loro confronti si ricollega alla sola pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, mentre l'efficacia del negozio nei confronti dei debitori ceduti è condizionata all'espletamento delle ulteriori formalità pubblicitarie richieste dalla Banca d'Italia; tale discrepanza potrebbe comportare che, nelle more tra l'uno e gli altri adempimenti, la cessione su cui si impernia l'intera operazione di cartolarizzazione risulti opponibile ai terzi, ma non ancora efficace nei confronti del debitore ceduto. Da ciò discende la necessità di procedere all'adempimento di tutte le formalità richieste prima dell'emissione di titoli di debito in modo da non pregiudicare l'interesse dei sottoscrittori alla conservazione della garanzia patrimoniale offerta loro dal portafoglio crediti²³¹.

²³¹ L'opinione è sostenuta da GALLETI-GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., 63, i quali evidenziano come nell'ipotesi rappresentata risulterebbero diversi tra loro il soggetto che, nei rapporti fra i terzi, è attivamente legittimato all'esercizio del diritto (la società veicolo) e il soggetto nelle cui mani il debitore ceduto è passivamente legittimato a eseguire il pagamento (il cedente); situazione che potrebbe ulteriormente complicarsi qualora la persona che ha proceduto per prima all'acquisto sia diversa da tali soggetti.

§5: Le operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante erogazione di un finanziamento

Una norma di particolare interesse, introdotta dalla l. 130/99, è quella contenuta nell'art. 7, che ammette la possibilità di estendere la disciplina della cartolarizzazione, in quanto compatibile, anche ad ipotesi diverse dal modello basato sulla cessione di crediti a titolo oneroso, ed in particolare: *a)* alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento al soggetto cedente da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli; *b)* alle cessioni a fondi comuni di investimento, aventi per oggetto crediti, costituiti ai sensi del d.lgs. n. 58/98.

Prescindendo qui dal secondo dei casi appena menzionati, la cui peculiarità si risolve essenzialmente nella struttura del cessionario, che non è uno *special purpose vehicle*, quindi un'entità creata *ad hoc*, ma un fondo comune di investimento, è la fattispecie sub *a)* che richiama l'attenzione. La norma, infatti, si riferisce a quelle che la dottrina anglosassone chiama operazioni di *subparticipation*²³², consistenti nella concessione di un finanziamento all'*originator* da parte della società veicolo a fronte dell'emissione di titoli. La restituzione di tale finanziamento viene, poi, contrattualmente condizionata al pagamento, da parte dei debitori principali, di una massa ben individuata di crediti che, pur essendo correlati ai titoli emessi, restano in proprietà dell'*originator*, unico legittimato ad agire contro i debitori per il pagamento del dovuto²³³.

²³² Per maggiori approfondimenti cfr. GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, cit., 512, il quale richiama la distinzione, operata dalla dottrina anglosassone, tra "*subparticipation*" e "*risk participation*". Nel primo si ha un'operazione di finanziamento che, secondo l'A., *quoad effectum* ha delle affinità con quella che si verifica in un contratto di factoring, allorché l'impresa cessionaria corrisponda al cedente anticipi sul corrispettivo. Nella seconda ipotesi, invece, una parte, in cambio del pagamento di un "premio" si limita semplicemente a fornire all'altra una copertura contro l'eventualità dell'inadempimento relativa ad una determinata massa di crediti; quindi, più che di una operazione di finanziamento, si tratta di una forma di assicurazione contro il rischio di insolvenza.

²³³ PORZIO-SPOTORNO-ZORZOLI-FAUCEGLIA, *Securization e crediti in sofferenza*, cit., 334; RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438; GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, cit., 512; GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, in Riv. soc. 2002, 4, 920.

La mancanza dell'effetto traslativo e la corrispondente esistenza di un accordo tra soggetto finanziato e soggetto finanziatore cui il debitore rimane estraneo rendono, dunque, questo tipo di operazione profondamente differente dallo schema tipico della cartolarizzazione²³⁴ fondato sulla cessione e segregazione degli *assets*. In pratica²³⁵, se una cartolarizzazione si compie, essa riguarda il credito verso lo stesso soggetto finanziato, a fronte del quale vengono emessi i relativi titoli rappresentativi: in tale contesto il pagamento di una somma di denaro da parte del *vehicle* è di per sé concessione di credito e, dunque, finanziamento in senso stretto, anziché prezzo di acquisto di un pacchetto di crediti.

Si dà corpo, in questo modo ad un'ipotesi particolare, priva di alcuni degli elementi costitutivi del *genus* al quale viene associata, ma alla cui disciplina può, nei limiti della compatibilità, essere ugualmente sottoposta. La *ratio* della norma va conseguentemente individuata nell'intento di ampliare l'operatività della *securitization* nel nostro ordinamento, attraverso la creazione delle migliori condizioni possibili per la sua diffusione.

²³⁴ Cfr. sul punto RUMI, *Securitisation in Italia*, cit., 438; PORZIO-SPOTORNO-ZORZOLI-FAUCEGLIA, *Securization e crediti in sofferenza*, cit., 335.

²³⁵ Cfr. sul punto GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, cit., 512.

SEZIONE SECONDA

***La rilevanza tributaria delle perdite su crediti
derivanti da operazioni di
cessione, factoring e cartolarizzazione***

CAPITOLO PRIMO: LA RILEVANZA DELLE PERDITE SU CREDITI NELLA TASSAZIONE DIRETTA E INDIRECTA

§1: *Cenni introduttivi e nozioni ricostruttive dell'istituto*

In linea generale, per perdita s'intende una diminuzione di patrimonio netto originata dalla differenza negativa tra il prezzo di vendita di un bene ed il costo non ancora ammortizzato sostenuto per poterlo acquistare o produrre; nel caso in cui, invece, oggetto della cessione sia un credito la diminuzione patrimoniale sofferta dal cedente è determinata dal raffronto tra due componenti: il prezzo di cessione del credito ed il valore "fiscalmente riconosciuto" dello stesso, ossia al netto delle eventuali svalutazioni ed accantonamenti dedotti nei precedenti esercizi. Mentre, però, il legislatore tributario ha delineato in modo abbastanza definito i confini del concetto di perdita, manca in campo civilistico una netta definizione sia in senso generale che con specifico riferimento alla perdita su crediti.

La corretta analisi delle problematiche connesse alla fattispecie oggetto del presente lavoro, non può, tuttavia, prescindere dalla considerazione che, sul piano civilistico, la rilevazione delle perdite assume significato particolare rispetto alla funzione informativa del bilancio, chiamato a rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico d'esercizio²³⁶.

Pertanto, l'art. 2425 c.c., che disciplina lo schema di conto economico, non contiene alcun riferimento ai termini spese, perdite e sopravvenienze passive, ma si riferisce indistintamente ad una varia tipologia di oneri²³⁷. L'unico riferimento alle perdite su crediti si trova, se vogliamo, all'art. 2426 c.c. ove è stabilito che i crediti devono essere iscritti secondo il loro presumibile valore di realizzo, in ot-

²³⁶ Cfr. DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, in *Il reddito d'impresa*, a cura di G. Tabet, vol. I, Padova, 1997, 306, il quale sottolinea che, dal punto di vista tributario, la perdita non può non rilevare ai fini della tassazione del reddito, poiché non vi può essere accrescimento di ricchezza se prima non viene reintegrato il patrimonio netto esistente all'inizio dell'esercizio.

²³⁷ FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1997, I, 1480.

temperanza ai principi di prudenza e veridicità, cui deve uniformarsi il redattore del bilancio d'esercizio, che impongono di svalutare quei crediti il cui realizzo sia considerato problematico; in particolare, pur residuando una certa discrezionalità in capo al redattore rispetto alla valutazione del presumibile valore di realizzo dei crediti, si ritiene che corrisponderebbe a prudenza la svalutazione del credito nel momento in cui si manifestino le prime avvisaglie della difficoltà di pagamento da parte del debitore e manchino idonee garanzie che consentano comunque la riscossione anche nei confronti di terzi coobbligati.

A differenza di quello civile, il legislatore tributario non ha come obiettivo la tutela dei terzi e dei creditori della società, bensì garantire il gettito e, conseguentemente, il corretto assolvimento dell'obbligazione tributaria, per cui nel corso del tempo si è preoccupato di porre precisi limiti alla deducibilità delle perdite. Appare, dunque, necessaria una ricostruzione, seppur breve, della disciplina della deducibilità fiscale delle perdite su crediti sotto la vigenza delle pregresse normative, tale da consentire una più oculata ricognizione degli orientamenti perseguiti dal legislatore nelle normative più recenti e, quindi, un corretto inquadramento sistematico dell'istituto nella sua veste attuale.

Sotto la vigenza del testo unico delle leggi sulle imposte dirette, approvato con il DPR n. 645, del 29 gennaio 1958, le perdite su crediti erano menzionate esplicitamente all'art. 99 ove, con riferimento alla determinazione della base imponibile dell'imposta di ricchezza mobile, era ammessa, fermo restando sempre il requisito dell'inerenza dell'onere, la deducibilità dal reddito delle «perdite per la distruzione totale o parziale dei beni relativi all'impresa o per la realizzazione di essi ad un prezzo inferiore al costo non ammortizzato o, se diverso, all'ultimo valore riconosciuto ai fini della determinazione del reddito, le perdite su crediti e le altre perdite inerenti all'attività produttiva del reddito».

Con la successiva approvazione della disciplina di riforma tributaria recata dal DPR n. 597/1973, il riferimento alle perdite su crediti non venne riproposto esplicitamente, anche se si continuava ad argomentarne la deducibilità fiscale sul-

la base dell'art. 57²³⁸, sostenendo che la mancanza di una esplicita disposizione non comportasse un automatico disconoscimento fiscale delle perdite su crediti, rientrando ugualmente le stesse tra i componenti negativi di reddito²³⁹.

L'art. 57 del DPR n. 597 era affiancato, poi, dal seguente art. 74 che, nel porre le norme generali sui componenti del reddito d'impresa, individuava nei requisiti dell'esistenza certa e dell'oggettiva determinabilità le condizioni necessarie per l'imputazione di qualsiasi componente reddituale, alle quali si aggiungeva per le sole componenti negative il requisito dell'imputazione al conto dei profitti e delle perdite, insieme a quello dell'inerenza sancito dall'art. 61.

È da allora, dunque, che dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a focalizzare la loro attenzione sul principio di effettività della spesa, cui si connette la problematica legata alla individuazione del fondamento e dei limiti della esigenza di carattere probatorio circa la sindacabilità delle valutazioni effettuate dall'impresa; l'altro aspetto di grande interesse è rappresentato, inoltre, dal principio di inerenza, con specifico riferimento alle perdite da rinuncia volontaria al credito²⁴⁰.

²³⁸ L'art. 57 del DPR n. 597/1973 disponeva testualmente: «Nella determinazione del reddito d'impresa si tiene conto: a) delle perdite e delle sopravvenienze passive derivanti dal mancato conseguimento di ricavi e proventi imputati al conto dei profitti e delle perdite in precedenti periodi di imposta, nonché di quelle costituite da oneri o maggiori oneri sostenuti in relazione a ricavi e proventi imputati al conto dei profitti e delle perdite di precedenti periodi di imposta; b) delle perdite e delle sopravvenienze passive derivanti dalla eliminazione totale o parziale di attività iscritte in bilancio in precedenti periodi di imposta; c) delle minusvalenze patrimoniali conseguenti alle cessioni ed alle altre operazioni considerate nell'art. 54, determinate con gli stessi criteri ivi stabiliti per le plusvalenze». La Relazione ministeriale all'articolo individuava le perdite nelle diminuzioni di patrimonio netto dovute a cause indipendenti dalla volontà del soggetto che le subisce, mentre stabiliva che le sopravvenienze passive andavano riferite alle variazioni rettificative di costi, ricavi, perdite e profitti rilevati in passati esercizi, ma da dover modificare in quelli successivi per circostanze non ancora verificatesi e non prevedibili nell'esercizio di competenza; cfr. sul punto MATTARELLA, *Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali nella determinazione delle perdite su crediti*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1984, 755; FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1481.

²³⁹ Cfr. MATTARELLA, *Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali*, cit., 756.

²⁴⁰ Per una completa disamina di tali problematiche sotto la previdente disciplina si rinvia a MATTARELLA, *Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali*, cit. 749.

All'attuale regolamentazione della deducibilità fiscale delle perdite su crediti si è arrivati, infine, grazie all'art. 66²⁴¹ del T.U.I.R., approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, il quale al terzo comma ne ha confermato l'ammissibilità, purché esse risultino da elementi certi e precisi ovvero il debitore sia assoggettato a procedure concorsuali. Pertanto, come convenuto anche dall'Amministrazione finanziaria²⁴², ricorrendo i suddetti requisiti la perdita è normalmente deducibile secondo le regole generali di competenza e inerenza sancite dal successivo art. 75.

Nonostante autorevole dottrina²⁴³ abbia ritenuto che l'introduzione della suddetta modifica, oltre a manifestare una certa "caducità delle norme positive", fosse destinata a rinvigorire il dibattito sull'argomento, si deve rilevare «come il legislatore con tali modifiche abbia inteso superare le discrasie e le incertezze che caratterizzavano il precedente regime di deducibilità fiscale delle perdite, originate in particolare dalla rigidità con la quale potevano essere intesi i requisiti "della involontarietà, certezza e precisione della perdita"»²⁴⁴.

La soluzione normativa adottata dal legislatore del 1986 è, poi, rimasta sostanzialmente invariata anche a seguito della novella introdotta con il D.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, il quale, oltre a dare una nuova numerazione all'articolo – 101 in luogo di 66 –, ha precisato il momento dal quale il debitore si considera as-

²⁴¹ La norma dispone testualmente: « I) Le minusvalenze dei beni relativi all'impresa, diversi da quelli indicati nel comma 1 dell'art. 53, determinate con gli stessi criteri stabiliti per la determinazione delle plusvalenze, sono deducibili se sono realizzate ai sensi delle lettere a) e b) del comma 1 e del comma 5 dell'art. 54. II) Si considerano sopravvenienze passive il mancato conseguimento di ricavi o altri proventi che hanno concorso a formare il reddito in precedenti esercizi, il sostenimento di spese, perdite od oneri a fronte di ricavi o altri proventi che hanno concorso a formare il reddito in precedenti esercizi e la sopravvenuta insussistenza di attività iscritte in bilancio in precedenti esercizi. III) Le perdite di beni di cui al comma 1, commisurate al costo non ammortizzato di essi, e le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso, per le perdite su crediti, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali. IV) Per le perdite derivanti dalla partecipazione in società in nome collettivo e in accomandita semplice si applicano le disposizioni del comma 2 dell'art. 8. V) I versamenti e le remissioni di debito di cui al comma 4 dell'art. 55 non sono ammessi in deduzione. Il relativo ammontare si aggiunge al costo della partecipazione».

²⁴² Cfr. Ris. 13 marzo 1982, n. 9/634, in "Il fisco", n. 17/1982, 1979.

²⁴³ Cfr. LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, in *Rass. Trib.*, 1987, I, 250.

²⁴⁴ Così FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1483, il quale segnala che il requisito della involontarietà era presente nell'originale bozza dell'art. 66, ma è stato eliminato nella versione definitiva.

soggettato a procedura concorsuale²⁴⁵, recependo la norma introdotta dall'art. 11 del DPR n. 42/1988.

²⁴⁵ Il comma 5 dell'art. 101 stabilisce, infatti, che ai fini della norma sulle perdite, «il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi».

§2: Caratteri distintivi rispetto alle minusvalenze e alle sopravvenienze passive

La distinzione delle componenti negative del reddito d'impresa in perdite, sopravvenienze passive e minusvalenze, introdotta dalla riforma del 1973, pur non comportando particolari problemi ermeneuti in ordine alla individuazione delle minusvalenze, riferite specularmente alle medesime operazioni che potevano comportare plusvalenze, lasciava in ombra la linea di demarcazione tra perdite e sopravvenienze passive.

Con l'entrata in vigore della disciplina contenuta nell'art. 66, DPR 917/86, invece, il legislatore, dopo aver confermato che le minusvalenze si riferiscono a beni diversi da quelli che generano ricavi e scontano, di conseguenza, la medesima disciplina prevista per le plusvalenze, analogamente, ha ricavato la nozione di sopravvenienza passiva in modo speculare rispetto alla sopravvenienza attiva, individuandola in quel componente di reddito derivante da fatti sopravvenuti ma da imputare per competenza al periodo cui si riferisce la situazione patrimoniale formalmente chiusasi. In tale contesto poi, in omaggio ad esigenze di certezza ed equità largamente sentite²⁴⁶, le perdite hanno perso la connotazione dell'involontarietà per cui ai fini della deducibilità è sufficiente che esse risultino da elementi certi e precisi.

Al riguardo, si può rilevare che, nonostante la distinzione tra sopravvenienze passive e perdite sia rimasta ancora controversa dopo l'adozione della nuova disciplina, l'ampia portata delle disposizioni ad esse relative e l'identico regime giuridico ad esse riservato, ha reso di scarso rilievo la individuazione dei confini di ciascuna componente di reddito; pertanto, l'indagine volta a ricostruire minuziosamente la differenza tra i due istituti, che il legislatore sembra aver operato

²⁴⁶ Cfr. sul punto FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1482, il quale richiama la Relazione allo schema di Testo Unico.

solo nominalmente, appare di scarso rilievo essendo la stessa priva di conseguenze applicative²⁴⁷.

Per ciò che attiene alle minusvalenze, invece, sebbene esse siano state individuate con precisione attraverso il rinvio alla disciplina delle plusvalenze, parte autorevole della dottrina²⁴⁸ ha ritenuto di ricondurre a tale categoria il differenziale negativo tra il valore nominale dei crediti e il prezzo di cessione²⁴⁹. Il percorso logico seguito dai sostenitori di questa tesi si snoda attraverso alcuni capisaldi fondamentali²⁵⁰, il cui punto di partenza è rappresentato dalla considerazione che i

²⁴⁷ Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle persone fisiche. Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesauro, vol. I, Torino, 1994, 752, il quale rileva, comunque, che un elemento di differenziazione può essere individuato sul piano cronologico laddove il concetto di sopravvenienza passiva presuppone il collegamento ad attività sussistenti in esercizi precedenti, mentre la perdita è concepibile anche nello stesso periodo in cui è sorto il credito o è stato acquistato il bene.

²⁴⁸ In particolare vedasi BEGHIN, *Cessione pro soluto ed elusione fiscale: note a proposito di una particolare interpretazione dell'art. 66, comma 3, del Tuir in funzione "antiabuso"*, in *Rass. Trib.*, 1999, 1757 ss.; ID., *Le perdite derivanti dalla cessione di crediti con clausola "pro soluto" tra giudizi di opportunità e giudizi di corrispondenza alla fattispecie legale*, in *Rass. Trib.* 2000, III, 985; ID., *Giustificazione del corrispettivo e latenti preoccupazioni antielusive nella recente giurisprudenza in tema di deducibilità delle perdite su crediti derivanti da cessione onerosa con clausola pro soluto*, in *Rass. Trib.* 2001, III, 895; ID., *L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'inerenza del costo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, II, 467. Si vedano inoltre BLOCH-SORGATO, *Incertezze della cassazione sulle cessioni di crediti "pro soluto"*, in *Corr. Trib.*, 2001, 498.

²⁴⁹ Da tale ricostruzione consegue la inapplicabilità alle dette componenti negative della disciplina che richiede, ai fini della deducibilità dal reddito, la sussistenza degli elementi certi e precisi, con la conseguenza che questi andrebbero determinati, come le minusvalenze, attraverso il raffronto tra il valore fiscalmente riconosciuto e il corrispettivo della cessione, ferma restando la possibilità di disconoscere la fittizietà dello stesso. Cfr. sul punto BEGHIN, *Giustificazione del corrispettivo e latenti preoccupazioni antielusive nella recente giurisprudenza in tema di deducibilità delle perdite su crediti derivanti da cessione onerosa con clausola pro soluto*, cit. 898; ID., *L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'inerenza del costo*, cit., 467. come segnala FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, in *Problemi attuali di diritto tributario*, Collana dir. Da F. Gallo e R. Lupi, Padova, 2007, 171, la dottrina da ultimo citata, peraltro, ritiene correttamente che anche tali minusvalenze, se relative a crediti commerciali, debbano essere dedotte solo per la parte che eccede il "fondo fiscale" di cui all'art. 106, mentre del tutto inaccettabile sotto il profilo sistematico appare l'opinione che sostiene l'esclusione di tali componenti dal regime di cui alla medesima disposizione.

²⁵⁰ L'analisi e il confronto tra le opposte ricostruzioni dottrinali si deve a un noto contributo di ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, (Nota a: Cassazione civile, 4/10/2000, n. 13181) in *Riv. Dir. Trib.* 2001, 353.

crediti vantati da società commerciali sono “beni relativi all’impresa”, come si evince dall’art. 77 Tuir (divenuto art. 65 post DLgs 344/2003) che, dopo aver assimilato i “crediti acquisiti nell’esercizio dell’impresa” ai beni, al secondo comma qualifica come “beni relativi all’impresa” tutti i beni, ivi compresi i crediti²⁵¹; questi ultimi però, nell’ambito dei “beni relativi all’impresa” non sono, almeno nella normalità delle ipotesi, classificabili tra i beni-merce ossia tra quei beni che, in base all’art. 53^{1 co.} (attuale art. 85^{1 co.}), danno luogo a ricavi, pertanto, la loro cessione a titolo oneroso, attenendo a “beni relativi all’impresa” diversi da quelli indicati dalla norma da ultimo citata, deve essere configurata come evento atto a generare plusvalenze patrimoniali secondo quanto stabilito dall’art. 54^{1 co. lett. a)} (attuale art. 84^{1 co. lett a)}), ovvero, come volevasi dimostrare, minusvalenze patrimoniali ai sensi dell’art. 66^{1 co.} (attuale art. 101).

In sintesi, dalla ricostruzione proposta consegue che i crediti non costituenti beni al cui scambio è diretta l’attività aziendale, al pari di qualsiasi altro “bene relativo all’impresa” non riconducibile a quelli di cui all’art. 53^{1 co.} (attuale art. 85^{1 co.}), possono produrre tanto minusvalenze patrimoniali ai sensi del comma 1 dell’art. 66 (attuale art. 101^{1 co.}), quanto perdite ai sensi del comma 3 del medesimo articolo (attuale art. 101^{5 co.}), a seconda del tipo di evento dal quale dipende la decurtazione patrimoniale. In particolare, la componente negativa dovrà essere computata nel reddito d’impresa in qualità di minusvalenza quando deriva da un “atto di realizzo” del credito, quando cioè il nesso che la lega all’impresa, e che consente di considerarla come bene ad essa relativo, viene reciso per effetto del trasferimento ad altro soggetto a fronte di una contropartita patrimoniale, ovvero quando alla perdita si contrappone il conseguimento nello stesso esercizio di

²⁵¹ Per completezza di esposizione è necessario sottolineare che l’art. 77 individuava i beni relativi all’impresa appartenenti alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, mentre il successivo art. 95, comma 1, estendeva la regola alle società di capitali; nella formulazione del Tuir in vigore dal 2004, invece, il nuovo art. 81 (vecchio art. 95) non vi è più il rinvio all’art. 65 (vecchio art. 77), ma l’applicabilità della norma che definisce i beni relativi all’impresa è comunque assicurata dal vigente art. 57 il quale stabilisce che «il reddito d’impresa è determinato secondo le disposizioni della sezione I del capo II del titolo II, salvo quanto stabilito dal presente capo».

un'attribuzione patrimoniale avente funzione risarcitoria²⁵²; laddove, invece, il detto legame venga meno senza che vi sia un fatto o un atto dispositivo che determini un "realizzo", come nel caso del decorso del tempo ovvero di atti unilaterali di svalutazione e rinuncia, la componente negativa inciderà in qualità di perdita²⁵³.

L'interpretazione esposta presenta l'indubbio vantaggio di uniformare il regime dei crediti a quello degli altri "beni relativi all'impresa", ma incontra un ostacolo nel dato testuale emergente dal Tuir che «offre in almeno due punti indicazioni scarsamente coerenti con questa ricostruzione»²⁵⁴. La prima è data dall'autonoma considerazione delle "perdite su crediti" accanto alle "perdite di beni di cui al comma 1", ossia alle perdite relative a beni che generano minusvalenze patrimoniali; la seconda e più significativa indicazione, invece, è quella che si ricava dall'art. 71 (attuale art. 106), che ai commi 2 e 5 opera un raccordo tra le svalutazioni dei crediti e le perdite su crediti, ma non tra le svalutazioni dei crediti e le minusvalenze patrimoniali su crediti, nonostante sia evidente che le esigenze

²⁵² Il dato si evince dal combinato disposto degli artt. 66, comma 1 (ora 101, comma 1), e 54, comma 1, lett. a) e b) (ora 86, comma 1, lett. a) e b)). Cfr. sul punto BEGHIN, *Le perdite derivanti dalla cessione di crediti con clausola "pro soluto" tra giudizi di opportunità e giudizi di corrispondenza alla fattispecie legale*, cit., 991, nota 5; ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., 358.

²⁵³ Come chiarisce BEGHIN, *Le perdite derivanti dalla cessione di crediti con clausola "pro soluto" tra giudizi di opportunità e giudizi di corrispondenza alla fattispecie legale*, cit., 991, la ragione del diverso trattamento deriva dal fatto che se la perdita nasce in assetto negoziale-oneroso, la componente negativa di reddito è frutto della contrapposizione tra il valore fiscalmente riconosciuto del credito e il corrispettivo della cessione, per cui sarebbe ingiustificato subordinare, in tale contesto la deduzione della perdita alla ricorrenza di "elementi certi e precisi", atteso che la determinazione delle componenti reddituali, positive e negative, è rigidamente collegata agli accordi tra le parti, che l'Amministrazione può disconoscere solo dimostrando la diversità tra quanto pattuito e quanto effettivamente corrisposto. Nel contrario caso in cui la perdita deriva da atti o fatti che non determinano realizzo, mancando la contrapposizione tra corrispettivi e valori fiscalmente riconosciuti, il legislatore è stato maggiormente rigoroso nel porre la disciplina del componente negativo e ne ha subordinato la deducibilità alla ricorrenza di "elementi certi e precisi".

²⁵⁴ Così ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., 359. Includono nelle "perdite su crediti" anche i differenziali da cessione, tra gli altri: FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1499; LUPI, *Certeza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 264; DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 777. In giurisprudenza cfr. Cass., 21 febbraio 2001, n. 2530, in *Il Sole 24 Ore - Guida Normativa*, n. 73/2001, 25.

presenti nell'ipotesi di svalutazione seguita da perdita, sussistano anche nel caso di svalutazione seguita da minusvalenza.

Dunque, come è stato autorevolmente sostenuto, «i criteri di determinazione delle perdite su crediti c.d. “certe” nel reddito d'impresa vanno pertanto ricercati nell'art. 101, comma 5. Ferma restando tale conclusione, è tuttavia evidente che in seguito ad atti di cessione del credito, (...), gli elementi certi e precisi della perdita, comunque necessari in applicazione dell'art. 101, comma 5, possono discendere automaticamente dagli stessi effetti giuridici del negozio di trasferimento. È utile poi ribadire ancora una volta che non è rilevante in tale circostanza la concreta qualificazione in bilancio del componente negativo relativo al credito, purché venga applicata (coerentemente) la disciplina specificamente prevista nel Tuir dagli art. 101, comma 5 e 106»²⁵⁵.

Attrarre alla nozione di perdita anche i differenziali negativi realizzati a seguito di cessione onerosa del credito, costituenti minusvalenze patrimoniali per gli altri beni, non comporta, però, l'irrelevanza della cessione e la conseguente necessità di dimostrare, in ogni caso, l'inesigibilità dei crediti che ne formano oggetto, poiché i differenziali negativi scaturenti dal trasferimento possono essere conteggiati, naturalmente come perdite e non minusvalenze, nella determinazione del reddito d'impresa relativo al periodo d'imposta nel corso del quale le cessioni so-

²⁵⁵ Cfr. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 172, il quale ricorda che sulla questione si è incidentalmente pronunciata la Suprema Corte – cfr. Cass. n. 13181/2000, cit., con nota di ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit; Cass., 11 dicembre 2000, n. 15563, in *Rass. Trib.*, 2001, 1353, con nota di DONATELLI, *Ancora in tema di deducibilità delle perdite derivanti dai contratti di cessione dei crediti con la clausola pro soluto*, 1357. Tale giurisprudenza ha risolto, però, la questione affermando che va fatta una distinzione tra i crediti iscritti fra le immobilizzazioni finanziarie e quelli iscritti nell'attivo circolante, per cui solo con riferimento alla cessione dei primi vi devono essere plusvalenze e minusvalenze, mentre la cessione dei secondi può generare perdite e non minusvalenze, ribadendo sostanzialmente la riconducibilità dei differenziali negativi derivanti dalla cessione dei crediti verso i clienti tra le perdite su crediti di cui al precedente art. 66, comma 3. Rispetto a questa linea interpretativa, tuttavia, è stato correttamente osservato che la categoria “fiscale” dei beni idonei a generare plusvalenze (e minusvalenze) non dipende dalla sottostante imputazione in bilancio, dal momento che il Tuir la definisce in modo autonomo oltre che unicamente in negativo rispetto ai beni produttivi di ricavi.

no state concluse (*rectius*: si è prodotto l'effetto traslativo), laddove determinano nel patrimonio del cedente una decurtazione definitiva²⁵⁶.

²⁵⁶ Cfr. ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., 359.

§3: *Gli elementi certi e precisi come effettività della perdita ai fini della deducibilità*

Come rilevato innanzi, la fattispecie della perdita si configura quando viene meno quel legame che unisce il bene all'impresa. Collocare nel tempo questo fatto non sempre si manifesta agevole o possibile. Inoltre la sua attesa potrebbe comportare un notevole sfasamento tra il momento della rilevazione del componente negativo ai fini della determinazione del reddito d'impresa e il momento della rilevazione del medesimo – da effettuare nel rispetto del principio di prudenza – ai fini della determinazione del risultato economico civilistico.

Da qui l'esigenza di agganciare la deduzione della perdita, più che all'evento in sé, alla presenza di condizioni ben determinate per legge che ne indichino l'inevitabilità, attribuendo rilievo alla sussistenza di un insieme di circostanze che ne segnalino la concretizzazione²⁵⁷, ovvero gli elementi certi e precisi o l'assoggettamento a procedure concorsuali, di cui alla lettera dell'art. 66 (attuale 101) Tuir.

Un approfondimento preliminare al riguardo concerne la compatibilità dei requisiti suddetti con il principio di cui all'art. 75 (attuale 109), comma 1, ultimo periodo DPR n. 917, secondo cui i componenti di reddito sono deducibili se certi ed oggettivamente determinabili²⁵⁸. La fattispecie, infatti, è stata oggetto di interesse prevalentemente da parte della dottrina²⁵⁹, non essendo stata fornita dall'Amministrazione finanziaria alcuna interpretazione ufficiale convincente e debitamente motivata.

La questione riguarda, in particolare, se le condizioni previste dall'art. 66 DPR n. 917, in base alle quali la perdita deve risultare da elementi certi e precisi,

²⁵⁷ Come ad esempio il furto del bene; vedasi sul punto Ris. min., 27 settembre 1985, n. 9/016, in Fisco, 1985, 4844.

²⁵⁸ Si tratta in sostanza di una valutazione non diversa da quella che la dottrina prospetta con riferimento all'ipotesi della remissione del debito. Cfr.: FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1495; DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive e perdite nell'art. 66 Tuir*, cit., 775.

²⁵⁹ Come ricorda Cass., sez. trib., 9 febbraio 2001, n. 1821, in *Il Sole 24 Ore - Guida Normativa*, n. 31/2001, 17.

debbano sussistere congiuntamente alle condizioni di cui all'art. 75 DPR n. 917, secondo cui i componenti di reddito sono deducibili, qualora non precedentemente disciplinati, nell'esercizio in cui sono certi ed oggettivamente determinabili.

Parte della dottrina e l'amministrazione finanziaria ritenevano che la risultanza della perdita da elementi certi e precisi fosse una condizione che doveva verificarsi assieme al più generale principio della certezza ed oggettiva determinabilità del componente di reddito. Fu, quindi, adottata una concezione della certezza ed oggettiva determinabilità in senso sostanziale, come effettività della perdita²⁶⁰.

Tuttavia, tale interpretazione era stata avanzata quando la fattispecie era disciplinata dal DPR n. 597/1973 laddove, in assenza di precise indicazioni normative sul punto, era opinione comune ritenere applicabili, ai fini della deducibilità delle perdite su crediti, i requisiti della certezza ed oggettiva determinabilità di cui all'art. 74 DPR n. 597²⁶¹. Il legislatore della riforma del 1973, infatti, pur essendo stato chiamato dalla legge delega²⁶² a disciplinare il reddito d'esercizio secondo criteri di adeguamento del reddito imponibile ai principi di competenza economica (in particolare inserendo tra i componenti negativi anche i costi incerti), esasperando l'esigenza di depurare il risultato d'esercizio dai cd. valori negoziabili, aveva drasticamente escluso la imputabilità di componenti che non fossero certi ed oggettivamente determinabili²⁶³.

Il criterio generale di imputazione fissato dall'art. 74, comma 1 DPR n. 597/1973, applicabile anche per le perdite su crediti in assenza di una specifica statuizione, disponeva, infatti, che i ricavi ed i costi concorrevano a formare il reddito d'impresa nell'esercizio di competenza solo se la loro esistenza era certa ed il loro ammontare oggettivamente determinabile.

²⁶⁰ Cfr. sul punto DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 307; Circ. min. 19 luglio 1978, n. 131/11/1730, in Boll. trib., 1978, 1493.

²⁶¹ Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive e perdite nell'art. 66 Tuir*, cit., 489.

²⁶² Si veda Relazione della commissione permanente Finanze e Tesoro della camera dei deputati sul disegno di legge concernente la delega legislativa al Governo per la riforma tributaria parte V, cap. 6 e l'art. 2 n. 16 della legge stessa.

²⁶³ Cfr. MATTARELLA, *Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali nella determinazione delle perdite su crediti*, cit., 750.

Tuttavia, dopo la modifica intervenuta con l'entrata in vigore della specifica normativa portata dall'art. 66 del nuovo Tuir, l'assenza di elementi valutativi e presuntivi²⁶⁴ invocata, sotto la previgente disciplina, dall'amministrazione finanziaria quale condizione per la deducibilità delle perdite su crediti, diveniva concretamente impossibile²⁶⁵.

L'inapplicabilità della norma sancita dall'art. 75 al caso di "certezza" della perdita la si desume, del resto, dagli obblighi che gravano in capo al soggetto debitore così come previsto dal codice civile. Stabilisce, infatti, l'art. 1740 c.c. che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Appare pertanto di difficoltosa applicazione la tesi secondo cui la perdita può essere dedotta solo quando presenti il carattere della certezza, atteso che, anche successivamente alla chiusura di una procedura fallimentare senza riparto di attivo ovvero a seguito di una procedura esecutiva rimasta infruttuosa, il debitore potrebbe venire in possesso di mezzi che gli consentano di adempiere il debito su di esso gravante.

La rigorosa tesi ministeriale sarebbe, di conseguenza, concretamente applicabile solo nell'ipotesi di prescrizione, decadenza del credito ovvero sentenza passata in giudicato che accerti l'inesistenza del diritto vantato²⁶⁶; pertanto, alla luce del dettato normativo disciplinante la deducibilità delle perdite su crediti, si evince l'inconferenza del richiamo ai requisiti di certezza ed oggettiva determinabilità di cui all'art. 75 DPR n. 917. Quanto sopra in virtù del fatto che l'art. 66 DPR n. 917/1986 individua in modo inequivocabile²⁶⁷ i requisiti per la deducibilità fiscale delle perdite su crediti: la risultanza delle stesse da elementi certi e pre-

²⁶⁴ Cfr. In proposito cfr. Circ. min. n. 1/9/042 del 23 gennaio 1976, in Boll. trib., 1976, 534; Ris. min. 6 agosto 1976, n. 9/124, ivi, 1976, 1745.

²⁶⁵ Continua a sostenere la necessità dei requisiti della certezza e oggettiva determinabilità LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1549.

²⁶⁶ Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze, sopravvenienze passive e perdite nell'art. 66 Tuir*, cit., 489.

²⁶⁷ Si deve ricordare che esiste parte della dottrina che ritiene necessaria la presenza dei requisiti di cui all'art. 75 del DPR n. 917/1986 (certezza ed oggettiva determinabilità). Tra tutti si veda LEO-MONACCHI-SCHIAVO, *Le imposte sul reddito nel testo unico*, Milano, 1993, 913, secondo cui "occorre che la perdita abbia il requisito della certezza, quanto alla sua esistenza, e quello della oggettiva determinabilità, quanto al suo ammontare in conformità del principio della competenza economica di cui all'art. 75".

cisi. Appare, dunque, influente la presenza dei requisiti di certezza ed oggettiva determinabilità sanciti dall'art. 75 DPR n. 917. È, infatti, espressamente stabilito all'interno della norma stessa la valenza di tali requisiti solo nel caso in cui le disposizioni precedenti non dispongano diversamente. Pertanto, al contrario di quanto affermato da autorevole dottrina²⁶⁸, si ritiene che, ai fini della deducibilità della perdita su crediti, sia sufficiente la risultanza delle stesse da elementi certi e precisi a nulla valendo gli ulteriori requisiti di cui all'art. 75 DPR n. 917, atteso che l'art. 66 DPR n. 917/1986 conterrebbe una deroga al generale principio della competenza da quello sancito²⁶⁹.

²⁶⁸ Cfr. LEO-MONACCHI-SCHIAVO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, cit., 913.

²⁶⁹ Cfr. LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 261.

§4: (segue) L'elevata probabilità della perdita come condizione sostanziale di deducibilità

Esclusa la rilevanza della certezza, intesa come definitività della perdita del diritto di credito, occorre analizzare le condizioni che consentono la rilevanza fiscale della perdita, in altri termini, gli “elementi certi e precisi”.

Per il corretto svolgimento dell'indagine risulta, tuttavia, particolarmente importante distinguere il momento in cui si riscontra in fatto la perdita economica del credito, conseguente all'impossibilità di procedere alla sua esazione a causa dell'inadempimento del debitore nonostante il permanere della titolarità in capo all'avente diritto, dal momento della perdita giuridica del diritto, derivante da atti dispositivi²⁷⁰ o dal decorso del termine di prescrizione.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, infatti, l'inesigibilità del credito – appurata attraverso l'infruttuoso esperimento di tutti quei tentativi che si possono giudicare ragionevoli in rapporto alla entità e alle caratteristiche del credito medesimo, ivi compresa la presenza di garanzie reali o personali²⁷¹ – rappresenta quell'elemento certo e preciso al quale è possibile riallacciare l'inclusione tra i componenti negativi del reddito d'impresa di un importo a titolo di “perdita su crediti”²⁷².

²⁷⁰ Cfr. sul punto DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 762, il quale sottolinea che si ha perdita anche sul piano giuridico in caso di prescrizione o decadenza, cioè in presenza di eventi estintivi del diritto non soddisfatti. L'A. rileva peraltro come parte della dottrina civilistica, ripudiando la lettera dell'art. 2934 c.c., secondo cui «ogni diritto si estingue per prescrizione», sia indebolito dalla possibilità che il debitore eserciti il diritto potestativo di eccepire la prescrizione, non rilevabile d'ufficio dal giudice ex art. 2938. potrà, inoltre, aversi perdita sul piano giuridico che accerti l'inesistenza del diritto vantato e ritenuto certo dal debitore (fatta salva la possibilità di revocazione straordinaria della sentenza stessa)

²⁷¹ Come sottolinea ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., nota 6, in presenza di garanzie personali l'inutile esperimento dell'azione esecutiva sul patrimonio del debitore principale non costituisce un indice decisivo della irrecuperabilità del credito, potendo il creditore rivolgersi al garante e al suo patrimonio per ottenere il soddisfacimento delle proprie ragioni.

²⁷² Cfr. ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., nota 7, secondo il quale l'inesigibilità deve naturalmente essere dimostrata dall'impresa, attraverso la descrizione e documentazione dell'attività esat-

In realtà, da quanto accennato in precedenza dovrebbe essere ormai chiaro che in materia di perdite su crediti la rigida contrapposizione tra certezza e probabilità si scontra irrimediabilmente con la valenza convenzionale che assume la nozione di certezza in materia di giudizi storici²⁷³, essendo la stessa correlata a situazioni in cui è solo altamente probabile che si verifichi una determinata ipotesi. Fin tanto che il credito permane nella sfera giuridica dell'avente diritto, infatti, la valutazione della perdita economica non può che essere ispirata, in linea di principio a criteri di maggiore o minore probabilità²⁷⁴.

Basti al riguardo considerare che anche nel caso di verbale di pignoramento negativo, per mancanza di beni pignorabili presso il debitore, non sussiste una prova “certa” della irrecuperabilità del credito, atteso che l'ufficiale giudiziario ricerca “le cose da pignorare nella casa del debitore e negli altri luoghi a lui appartenenti”²⁷⁵, mentre è onere del creditore reperire e indicare all'ufficiale giudiziario i luoghi ulteriori ove sono ubicati altri beni; inoltre, pur in presenza di esecuzione infruttuosa, possono sempre sopravvenire in capo al debitore attività che consentono il soddisfacimento del creditore.

Allo stesso modo, nel caso di procedure concorsuali la chiusura del fallimento non impedisce, come detto, che emergano in seguito nuove attività nel patrimonio del fallito che consentano ulteriori ripartizioni, così come non priva i

tiva inutilmente compiuta, essendo al contrario presunta nel caso in cui il debitore venga assoggettato ad una procedura concorsuale.

²⁷³ Come evidenzia LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 252, la convenzionalità della contrapposizione tra probabilità e certezza in materia di giudizi storici è stata rilevata in teoria generale e la linea di demarcazione tra i due concetti è venuta gradualmente sfumando; pertanto la certezza è vista come una nozione convenzionale, abbinata a situazioni in cui la probabilità di una certa ipotesi è talmente elevata da far trascurare (cioè ragionevolmente escludere) quelle contrarie.

²⁷⁴ Cfr. sul punto LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 251; FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1485; DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 765.

²⁷⁵ Cfr. art. 513 c.p.c.. Come sottolinea LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 251, in un'economia dinamica come l'attuale, l'esistenza di attività in luoghi diversi dalla casa del debitore o dagli altri luoghi a lui appartenenti è un dato di comune esperienza, come nel caso dei crediti stessi, dei beni esistenti presso depositari, banche, fiduciarie, ecc.

creditori insoddisfatti di agire individualmente sui beni che il fallito si sia successivamente procurato.

In base a tali considerazioni, autorevole dottrina²⁷⁶ ha da tempo evidenziato che «finché il diritto sussiste, non ne è esclusa una sia pur minima probabilità di recupero, *per cui* le perdite si fondano su valutazioni le quali, più o meno attendibili che siano, appaiono pur sempre probabilistiche. ... Non si tratta pertanto di vedere quando la perdita su crediti sia “certa”, ma quando la probabilità della perdita sia sufficientemente elevata da essere privilegiata, ai fini della rappresentazione contabile e fiscale, rispetto alla titolarità del diritto di credito, pur sempre esistente sul piano giuridico. La certezza della perdita non si contrappone quindi alla sua probabilità, ma la valutazione del credito, sotto il profilo della recuperabilità, consiste nello stabilire quando la probabilità della sua perdita diventi talmente elevata da assumere rilevanza ai fini della determinazione del reddito».

Le conclusioni raggiunte in merito all’individuazione degli elementi certi e precisi nelle ipotesi di inadempimento del debitore, sono valide solo in parte quando il creditore trasferisce il credito ad un altro soggetto, cioè pone in essere un atto dispositivo, poiché in tal caso la perdita che normalmente ne deriva è determinata dal venir meno della titolarità giuridica del diritto. Tuttavia, le ipotesi di trasferimento del credito – e in particolare le operazioni di cessione, factoring e cartolarizzazione – danno luogo a una varietà di situazioni sul piano civilistico cui conseguono molteplici specifiche problematiche sul piano tributario, alle quali si ritiene opportuno dedicare, vista anche la centralità ai fini del presente lavoro, un’organica trattazione nel prosieguo dell’esposizione.

²⁷⁶ La formulazione di queste conclusioni si deve a LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 252, ma oramai possono dirsi acquisite in dottrina. Cfr. tra altri FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d’impresa*, cit., 1485; ID., *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 171; DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 312.

§5: Mezzi di prova e presunzioni

Una delle problematiche più rilevanti che il contribuente si trova a dover affrontare nell'applicazione dell'art. 66 (attuale 101) Tuir, consiste nella corretta interpretazione e conseguente applicazione della disposizione concernente la risultanza della perdita da elementi certi e precisi.

Al riguardo si è già avuto modo di evidenziare che, per la natura stessa delle perdite su crediti, non è necessario dimostrare il verificarsi di un evento certo bensì la presumibile perdita del credito, considerato che la caratteristica specifica del componente reddituale in oggetto non può essere la certezza ma la sua presumibile realizzazione²⁷⁷.

Fatta questa dovuta precisazione, un principio sul quale la questione può dirsi sufficientemente definita concerne la libertà di prova in capo al contribuente al fine di dimostrare la sussistenza degli elementi certi e precisi; conseguentemente, i fatti indiziari ed i supporti documentali volti a dimostrare la perdita potranno essere i più svariati, per cui sarà onere del contribuente, come sostenuto anche da giurisprudenza e dottrina, giudicare quali potranno essere gli atti che possano costituire elementi certi e precisi²⁷⁸.

²⁷⁷ LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 255.

²⁷⁸ In giurisprudenza si sostiene che le perdite su crediti devono essere vere e reali e devono risultare da prove convincenti, ma non è necessario l'esperimento negativo di procedure esecutive; cfr. sul punto Comm. trib. centr. 22 maggio 1968, n. 9171, in Boll. trib., 1968, 1965; Comm. trib. centr. 22 giugno 1972 n. 7053, in Comm. centr. imp., 1972, I, 708; Comm. trib. centr., 17 maggio 1972 n. 5160, in Boll. trib., 553; Cass., 16 marzo 2001, n. 3862, in Rass. Trib., 2002, 682; per un orientamento minoritario in senso restrittivo vedasi Comm. I grado Salerno, 7 dicembre 1991, n. 1083 e 1804, in I Quattro Codici Ipsosa, ove si richiede, ai fini della deducibilità della perdita, il necessario esperimento dell'azione giudiziaria, il cui esito negativo dimostri l'irrecuperabilità del credito. Per la dottrina vedasi LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 257; FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 162; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1491; TIEGHI, *Perdite su crediti: evoluzione normativa e nuovi orientamenti interpretativi con particolare riguardo ai bilanci bancari*, in Rass. Trib. 1990, III, 614. In particolare DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 764, segnala che la perdita può essere presunta anche sulla base di fatti di per sé non esaustivamente significativi, quali: l'infruttuoso invio di diffide e intimazioni ad adempiere, eventualmente tramite un legale; il protesto di titoli; la documentata mancanza di beni mobili e immobili di proprietà del debitore; l'infruttuosa notifica di atti di pre-cetto; la dichiarazione di non poter adempiere; la fuga o la latitanza del debitore; la chiusura dell'impresa. Secondo l'A., tali fatti in concomitanza tra loro o comunque considerati in connes-

In merito non esistono fattispecie probanti in senso assoluto e, secondo la prevalente dottrina dovrà essere valutato di volta in volta il fatto indiziante che consenta al soggetto di considerare la verosimile irrecuperabilità del credito che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, deve essere valutata in base ai principi tipici della prova presuntiva previsti dalla normativa civilistica²⁷⁹.

Peraltro, la stessa lettera della norma contenuta nell'art. 66 (attuale 101) del Tuir, a tenor della quale le perdite su crediti «sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi», conferma la correttezza delle soluzioni esposte, poiché collega la certezza e la precisione non alla perdita, bensì agli elementi sui quali si basa la sua contabilizzazione, «il che in sostanza vuol dire che la perdita per poter essere effettiva deve risultare da elementi indiziari gravi, precisi e concordanti, in sintonia con i principi generali in tema di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c.»²⁸⁰.

Tuttavia, la natura delle disposizioni concernenti la determinazione del reddito di impresa, come detto ispirate ad un criterio di rigida ed analitica determinazione delle varie componenti di reddito, nonché la presenza di condizioni difficilmente inquadrabili e determinabili quali gli “elementi certi e precisi” pone il contribuente di fronte a non poche condizioni di incertezza nella determinazione del reddito imponibile e nella pianificazione fiscale.

È, infatti, di tutta evidenza come un episodio che per il contribuente potrebbe costituire un elemento certo e preciso, possa viceversa essere contestato da

sione con l'importo e la natura del credito, le qualità soggettive del debitore e del creditore, l'entità delle spese legali necessarie al recupero coattivo, possono risultare significativi in termini di presunzioni semplici della verosimile irrecuperabilità del credito e quindi della certezza/effettività della perdita.

²⁷⁹ Cfr. LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 253; DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 764.

²⁸⁰ Cfr. sul punto DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 765. cfr. pure LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 252 ss., il quale sembra riferire il requisito della certezza anche alla perdita, sebbene in senso relativo come “probabilità sufficientemente elevata”, ma considerando, comunque, gli elementi certi e precisi come parametri valutativi ai fini presuntivi.

parte dell'Amministrazione finanziaria stante l'estrema opinabilità della definizione di elemento "certo e preciso".

Dunque, considerato che la deducibilità della perdita non è strettamente connessa alla sua certezza bensì alla risultanza della stessa da elementi certi e precisi, si ritiene che ogni elemento che possa oggettivamente "provare" la perdita su crediti costituisca anche elemento certo e preciso ai fini della deducibilità fiscale della perdita²⁸¹. Se, all'opposto, la rilevanza fiscale della perdita fosse limitata alla esclusiva presenza di una specifica condizione, si creerebbe, *in primis*, una contraddizione con il principio della libertà di prova²⁸², oltre che una violazione del generale principio della determinazione del reddito di impresa secondo cui il reddito imponibile è determinato dal risultato civilistico, salvo le specifiche ed analitiche condizioni poste dal DPR n. 917/1986 che daranno luogo a variazioni in aumento ovvero in diminuzione²⁸³.

La valutazione del contribuente dovrà pertanto essere effettuata per ogni singola fattispecie concreta al fine di giudicare, anche con riferimento alla singola posta debitoria, della irrecuperabilità del credito e, successivamente, dell'esistenza

²⁸¹ Cfr. ampiamente sul punto DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 762

²⁸² Cfr. retro nota 276.

²⁸³ Come ricorda VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, in Riv. Dir. Trib. 2002, 7-8, nota 63, che la norma centrale della disciplina tributaria del reddito di impresa è quella secondo la quale il reddito è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante da conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti l'applicazione dei criteri stabiliti dalla legge tributaria. Il reddito fiscale dell'impresa si identifica dunque, con quello economico dell'impresa quale risulta dalla valutazione fatta dall'imprenditore sulla base del diritto civile, sicché l'interferenza fiscale è costituita dalle variazioni che la norma tributaria impone ai propri fini. Secondo le direttive della riforma (art. 2, punto 16 della legge n. 823/1971) la determinazione dei redditi derivanti dall'esercizio di imprese commerciali deve avvenire "secondo criteri di adeguamento del reddito imponibile a quello calcolato secondo principi di competenza economica, tenuto conto delle esigenze di efficienza, rafforzamento e razionalizzazione dell'apparato produttivo". Le deroghe a tali principi (le deroghe al conto economico) devono essere giustificate e, come è stato rilevato, non dovranno mai allontanarsi dalla realtà tanto da diventare del tutto arbitrarie, con violazione del principio di capacità contributiva. Potranno pertanto esistere norme che limitino la discrezionalità dell'imprenditore nella valutazione di determinate componenti positive o negative di reddito, ma tali limitazioni non potranno tradursi in una tassazione che colpisca utili fittizi, ricchezze inesistenti.

degli elementi certi e precisi; pertanto, non è possibile stabilire *a priori* quali siano le condizioni per supportare la deducibilità fiscale della perdita.

Il discorso attinente alla sussistenza degli elementi “certi e precisi” sin qui svolto, merita, inoltre, uno specifico approfondimento riguardo alle fattispecie relative ai crediti cd. di “modesto importo” ed ai crediti verso debitori esteri.

La prima fattispecie è stata oggetto di una chiara presa di posizione da parte ministeriale²⁸⁴, in base alla quale: “per i crediti commerciali di modesto importo, ... che siano tali anche in relazione all’entità del portafoglio ... può prescindere dalla ricerca di rigorose prove formali, nella considerazione che la lieve entità dei crediti può consigliare le aziende a non intraprendere azioni di recupero che comporterebbero il sostenimento di ulteriori oneri”.

La tesi espressa dall’Amministrazione finanziaria è senza dubbio ragionevole nonché apprezzabile, nella misura in cui persegue il palese scopo di consentire la deduzione fiscale delle perdite relative a crediti di modesto importo, a prescindere dalla disponibilità di “rigorose prove formali”; infatti, in caso contrario, il contribuente potrebbe incorrere nel sostenimento di eccessivi costi per esperire tutte le procedure al fine di conferire alla perdita gli “elementi certi e precisi”.

Per altro verso²⁸⁵, però, l’introduzione di un principio in base al quale la sussistenza di crediti di modesto importo consentirebbe la deduzione fiscale della relativa perdita senza la formalizzazione di rigorosi elementi certi e precisi potrebbe costituire una contraddizione dei principi generali in tema di determinazione del reddito di impresa, notoriamente ispirata ad analitiche e precise disposizioni

²⁸⁴ Cfr. Sul punto Ris. min. 6 agosto 1976, n. 9/124, cit.. Cfr. pure Ris. Min., 17 settembre 1970, n. 189; Circ. min., 25 febbraio 1957, n. 352173, in I Quattro Codici Ipsoa; Circ. min. del 20 dicembre 1926, n. 12877, in I Quattro Codici Ipsoa.

²⁸⁵ La dottrina maggioritaria sottolinea che anche per i crediti di modesto importo occorre provare, sebbene in modo meno rigoroso, la irrecuperabilità del credito. Cfr. sul punto MATTARELLA, *Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali*, cit., 763; LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 258; DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 765; FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 162; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d’impresa*, cit., 1491; LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1550; VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 728.

che non permettono trattamenti differenziati a seconda dell'ammontare dei componenti di reddito considerati salvo espressa previsione normativa²⁸⁶.

Inoltre, il riferimento a “crediti di modesto importo”, così come quantitativamente individuato, costituisce un criterio estremamente soggettivo che potrebbe essere oggetto di molteplici valutazioni²⁸⁷, comportando una contraddizione al generale principio di certezza nella determinazione del reddito imponibile²⁸⁸. Infatti, secondo l'interpretazione ministeriale, per definire a quanto ammonterebbe il

²⁸⁶ Si veda per esempio l'art. 67^{6 co.} (attuale art. 102^{5 co.}) DPR n. 917/1986 laddove consente una deduzione integrale del costo sostenuto per l'acquisto di cespiti del valore unitario non superiore a euro 516,46, ovvero l'art. 74^{2 co.} (attuale art. 108^{2 co.}) laddove prevede una espressa eccezione al criterio di deducibilità delle spese di rappresentanza qualora di importo non superiore a euro 25,82.

²⁸⁷ Come sottolinea VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 707, l'accettazione della tesi della “agevole” deducibilità delle perdite su crediti di modesto importo, oltre a non essere prevista da alcun disposto legislativo potrebbe costituire un precedente che il contribuente potrebbe ritenersi legittimato ad applicare anche ad altre fattispecie: ad esempio a componenti negativi di reddito derivanti da operazioni sostenute con società residenti in Stati o territori residenti in paesi o territori non appartenenti alla comunità europea ed aventi un regime fiscale privilegiato che possono essere fiscalmente deducibili qualora sia fornita la prova che le società estere svolgono prevalentemente attività commerciali e che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico. Se l'interpretazione dell'amministrazione finanziaria fosse quella corretta allora, la stessa tesi sarebbe applicabile nell'ipotesi di costi di modesto importo derivanti da operazioni con società residenti in paesi aventi fiscalità privilegiata. Anche nel caso sopra prospettato, il costo per fornire le prove dell'effettiva attività commerciale svolta dalle società estere potrebbe essere superiore al componente di reddito stesso.

²⁸⁸ Secondo VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 707, è opportuno rilevare un principio non codificato dalla dottrina, che attiene alla oggettiva determinazione delle componenti di reddito senza lasciare nulla a valutazioni meramente soggettive. Le uniche disposizioni che potrebbero lasciare intendere alcuni principi di carattere soggettivo sono quelle che fanno riferimento al c.d. valore normale e che peraltro lo stesso legislatore ha cercato definire nel modo più oggettivo possibile all'art. 9 DPR n. 917/1986. All'interno del testo unico, infatti, il legislatore ha optato per una analitica e rigida determinazione delle singole componenti di reddito, nel quale le uniche fattispecie che potrebbero lasciare al contribuente una sorta di valutazione sono quelle connesse alla determinazione del valore normale, disponendo anche nella casistica tipica delle valutazioni rigidi criteri al fine della deducibilità del componente di reddito. A giudizio dell'A. ciò corrisponde a quella che Lupi definisce “legislazione casistica” e che secondo lo stesso A. costituisce un fenomeno patologico del nostro sistema tributario che ha creato notevoli inconvenienti all'interprete della norma tributaria. L'A., infatti, ritiene che le motivazioni che hanno comportato un sorta di legislazione selvaggia nel campo tributario sono stati identificati nell'eccessiva preoccupazione di regolamentare per legge anche i più secondari dettagli dell'applicazione delle imposte; eccessiva diffidenza verso formulazioni normative elastiche, in modo tale da essere suscettibili di adattarsi alle particolarità dei casi concreti; perdita da parte dell'amministrazione finanziaria della capacità di assumersi tutte quelle responsabilità che sussistono nell'interpretazione normativa e nella gestione delle controversie fiscali; creazione di un labirinto legislativo da cui non riescono a districarsi neppure quelli che hanno contribuito alla sua creazione; concezione del diritto tributario come pedissequa ripetizione legislazione pasticciata e molto instabile.

“modesto importo” occorre confrontare l’importo del singolo credito con la media degli importi dei crediti iscritti nell’attivo della società.

Quanto sopra conferma l’opinabilità della posizione ministeriale poiché se il legittimo intento dell’Amministrazione era quello di “consentire” la deduzione delle perdite qualora l’ammontare del credito fosse ridotto e le connesse spese legali per il recupero potessero essere addirittura superiori all’importo del credito stesso, vi sarebbe una evidente contraddizione.

Le spese legali per il recupero del credito, salvo eccezioni, non costituiscono una spesa direttamente correlata all’ammontare del credito stesso e pertanto, stando al principio introdotto dalla risoluzione ministeriale, qualora l’ammontare dei singoli crediti sia di importo rilevante, la società avrebbe maggiori possibilità di deduzione della perdita rispetto ad un altro soggetto, fermo restando che il costo delle spese legali per il recupero del credito sarebbero sostanzialmente assimilabili in entrambi i casi.

In aggiunta alle considerazioni svolte, un’ulteriore contraddizione potrebbe evincersi qualora il contribuente si avvalga delle prestazioni di un legale al fine di adempiere a tutte le formalità necessarie al recupero del credito e/o ad attestare l’esistenza degli elementi certi e precisi, poiché, in caso di esito negativo, potrebbe teoricamente essere sostenuto – e portato in deduzione – da parte del contribuente stesso, un costo (le prestazioni del legale volte al recupero del credito) superiore all’ammontare del credito.

Il costo relativo alle spese legali, tuttavia, essendo superiore al valore del credito, potrebbe, in linea teorica, essere oggetto di eccezioni in quanto vi sarebbero le condizioni affinché il componente negativo di reddito sia giudicato “manifestamente antieconomico” e, conseguentemente, in virtù di una recente linea intrapresa da parte di alcuni organi giurisprudenziali²⁸⁹ e da parte di autorevole dottrina²⁹⁰, il costo delle spese legali possa essere giudicato indeducibile.

²⁸⁹ Si veda in proposito Cass., 27 settembre 2000, n. 12813, in Riv. Giur. Trib., 2001, 399; Cass., 6 settembre 2001, 11454 in I Quattro codici Ipsa.

²⁹⁰ Cfr. LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 258.

In conclusione, si può sostenere²⁹¹ che la fattispecie delle perdite su crediti di importo “modesto” dovrebbe essere specificamente disciplinata, magari con dei limiti quantitativi normativamente ben definiti. In caso contrario, si verificherebbe un’evidente contraddizione poiché al fine di realizzare gli elementi certi e precisi la società dovrà sostenere dei costi che, presumibilmente, potrebbero essere superiori all’ammontare del credito stesso e quindi il costo sostenuto potrebbe rivestire la caratteristica di operazione manifestamente antieconomica, con la conseguente indeducibilità dell’onere stesso.

L’altra fattispecie sulla quale si ritiene necessario soffermare l’attenzione in questo contesto, riguarda la deducibilità delle perdite su crediti verso soggetti residenti all’estero, per la quale il legislatore non ha dettato specifiche disposizioni, con la conseguenza che, in mancanza di deroghe espresse, occorrerà fare riferimento sempre ai requisiti fissati dall’art. 66 (attuale 101) DPR n. 917; del resto, la possibilità di documentare la perdita del credito tramite elementi certi e precisi non sembrerebbe condizionata dalla residenza del soggetto debitore visto che le azioni di recupero dei crediti possono essere effettuate anche nei confronti di soggetti residenti in paesi esteri.

Con riferimento alla fattispecie considerata, la dottrina²⁹² si è rifatta per lo più ad alcune interpretazioni formulate da parte dell’Amministrazione finanziaria²⁹³.

In merito alla sussistenza di elementi certi e precisi, si ritiene che le considerazioni svolte per il caso di crediti di modesto importo possano valere anche con riferimento al debitore residente all’estero; tuttavia, in considerazione della

²⁹¹ Lo sostiene VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 728.

²⁹² Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 766; FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 162; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito di impresa*, cit., 1491; LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1550; DONATELLI, *Appunti sul profilo probatorio procedimentale delle perdite su crediti verso debitori italiani e stranieri*, in *Rass. Trib.* 2002, II, 700. In giurisprudenza vedasi Cass., 16 marzo 2001, n. 3862, in *Rass. Trib.* 2002, II, 687.

²⁹³ Cfr. *Circ. min.*, 19 luglio 1978, n. 131/11/1730; in I Quattro codici Ipsoa; *Ris. min.*, 1 maggio 1979, 9/656, in *Boll. trib.*, 1979, 1407; *Ris. min.*, 1° aprile 1981, n. 9/016 in I Quattro codici Ipsoa.

oggettiva difficoltà di acquisire elementi probanti della irrecuperabilità del credito vantato verso debitori stranieri, specie se residenti in paesi extracomunitari, l'Amministrazione finanziaria ha inteso attenuare il normale onere di allegazione gravante sul creditore, consentendo a quest'ultimo di giovare della dichiarazione di insolvenza – o comunque di certificazioni similari – che lo Stato estero consenta di ottenere dalle competenti autorità giurisdizionali²⁹⁴.

Qualora la suddetta documentazione non fosse reperibile, la dichiarazione di sinistro emessa dalla Sezione speciale per l'Assicurazione del Credito all'Esportazione (Sace)²⁹⁵ costituisce, senza dubbio, un elemento certo e preciso per la deducibilità della perdita, a condizione che la stessa riporti l'indennizzo liquidato a titolo di risarcimento²⁹⁶. Ciò, in ogni caso, non esclude che il contribuente possa documentare la perdita del credito tramite altri elementi, purché presentino il requisito della certezza e precisione.

Sempre con riferimento alle perdite su crediti verso debitori esteri, l'Amministrazione si è pronunciata²⁹⁷ anche riguardo all'ipotesi in cui il credito non fosse stato assicurato presso la Sace ovvero non fosse possibile richiedere l'emissione della "certificazione" da parte della Sace. In tale ipotesi, l'Amministrazione, pur richiedendo la definitività e certezza della perdita subita, si è spinta sino a riconoscere rilevanza probatoria alla documentazione di parte, quale ad esempio un'apposita attestazione dell'organo di controllo contabile della società creditrice, indicante la sicura irrecuperabilità del credito.

Risulta, però, assai difficile comprendere in base a quale principio una dichiarazione emessa da parte dell'organo di controllo della società – cioè una dichiarazione "di parte" – possa consentire la deducibilità della perdita, atteso che all'interno del nostro ordinamento non esiste alcuno specifico riferimento alla fat-

²⁹⁴ Cfr. sul punto Circ. min. 19 luglio 1978, n. 131/11/1730, cit.; in dottrina DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 766.

²⁹⁵ Istituita presso l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni con la legge 24 maggio 1977, n. 227.

²⁹⁶ Cfr. sul punto Circ. min. 19 luglio 1978, n. 131/11/1730, cit.; Ris. min., 1 maggio 1979, 9/656, cit..

²⁹⁷ Cfr. Ris. min., 1 aprile 1981, n. 9/016, cit..

tispecie dei debitori residenti all'estero né, tanto meno, esisterebbe alcuna "tutela" giuridica rispetto ad una eventuale dichiarazione da parte dell'organo di controllo in merito alla sussistenza dei requisiti per la deducibilità fiscale della perdita su crediti²⁹⁸.

La possibilità avanzata dall'amministrazione, di attribuire rilevanza costitutiva ad una dichiarazione emanata da parte dell'organo di controllo interno della società in ordine alla irrecuperabilità di un credito oltre a non esser prevista da alcun disposto legislativo potrebbe costituire per di più un precedente cui, in linea teorica, potrebbe richiamarsi il contribuente in tutte le ipotesi in cui la disponibilità dei documenti attestanti la deducibilità fiscale di un onere risulti difficoltosa.

Una notazione conclusiva sul tema va riservata alla questione, di sicuro rilievo sul piano operativo, riguardante i limiti temporali della prova²⁹⁹, rispetto alla quale l'Amministrazione finanziaria³⁰⁰, a corollario della propria posizione, non ritiene ammissibile la deduzione di perdite relative a crediti per cui l'inesigibilità non sia definitivamente provata già nell'esercizio in cui è fiscalmente rilevata la perdita.

In proposito devesi rilevare che la tesi ministeriale, nonostante la già evidenziata opinabilità circa la definitività della perdita, può essere sposata laddove richiede che la prova o, per meglio dire, i fatti indizianti dell'effettività della perdita sussistano nel momento in cui viene effettuata la deduzione della stessa, come

²⁹⁸ Secondo VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., nota 82, la tesi avanzata dall'amministrazione finanziaria sebbene, ragionevole dal punto di vista della ratio, potrebbe comportare l'attribuzione di un eccessivo "potere" in capo all'organo di controllo, con riferimento ad una fattispecie la cui competenza (degli aspetti tributari) non può essergli attribuita. L'A. ritiene che se la tesi ministeriale venisse ulteriormente ribadita, ciò potrebbe indurre l'interprete delle disposizioni tributarie ad estendere il principio sancito, anche con riferimento ad altre fattispecie, estendendo all'organo di controllo una sorta di potere di giudizio in merito alla rilevanza fiscale di talune componenti di reddito. La discrezione che sarebbe così attribuita all'organo di controllo non è prevista da alcun disposto né rientra nelle tipiche funzioni attribuite ai membri degli organi di controllo delle società.

²⁹⁹ Sul punto si veda ampiamente DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 766.

³⁰⁰ Cfr. sul punto Ris. min. 6 agosto 1976, n. 9/124, cit.; Ris. Min. 21 dicembre 1976, n. 9/1847, in Imp. Dir. Er., 1977,79.

chiaramente confermato dalla lettera del Tuir, ove è stabilito che «le perdite ... sono deducibili *se risultano* da elemento certi e precisi»³⁰¹.

«Mezzi di prova acquisiti in esercizi successivi a quello di deduzione potranno al più confermare a “posteriori” elementi relativi al periodo d’imposta di riferimento, ma non certo sostituirli. Naturalmente non potrà escludersi l’utilizzo in sede di accertamento o in fase contenziosa di documentazione già esistente al momento della deduzione della perdita, ma solo in seguito materialmente disponibile per il contribuente»³⁰².

³⁰¹ Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 767 LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 257; in giurisprudenza Comm. Centr., 2 febbraio 1972, n. 1084, in *Rass. Trib.*, 1972, n. 218; Comm. Centr., 12 luglio 1976, n. 10092, in *Comm. Trib. Centr.*, 1976, 434; Cass., 2 luglio 1984, n. 3865, in *Boll. Trib.*, 1984, 1534. In senso contrario MATTARELLA, *Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali*, cit., 760, il quale ritiene che le prove successive alla chiusura del periodo d’imposta possano costituire elementi di convincimento sulla cui base il giudice può valutare l’effettività della perdita.

³⁰² Così DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 767, il quale cita LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 257.

§6: L'inerenza

Punto nodale dell'analisi sulla deducibilità fiscale dell'onere derivante dalle perdite su crediti è l'esame del requisito dell'inerenza dell'onere stesso, ovvero la sua rispondenza a scelte imprenditoriali volte a perseguire l'utile e quindi basate sul normale criterio di economicità-convenienza³⁰³.

Preliminarmente, occorre precisare che l'inerenza deve essere riconosciuta ad ogni onere sostenuto in dipendenza o nell'interesse dell'attività dell'impresa, nella prospettiva di fornire ad essa una qualsiasi utilità, sia pur soltanto in via mediata ed indiretta. Infatti, come precisato dalla Suprema Corte l'inerenza di una spesa "non esige altro requisito se non quello che detta spesa possa apparire oggettivamente preordinata alla produzione del reddito (o del suo aumento), indipendentemente dalla sua efficacia concreta (la cui valutazione costituisce un tipico rischio imprenditoriale) e, quindi, anche dal fatto che l'effetto benefico (che l'imprenditore vorrebbe certamente immediato) possa verificarsi a distanza di

³⁰³ Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 761. La norma disciplinante il principio di inerenza, comunque, ha subito nel corso degli anni alcune modifiche. Il legislatore del DPR 29 settembre 1973, n. 597, venne a disciplinarlo all'art. 61^{3° co.}, stabilendo che "i costi e gli oneri diversi da quelli espressamente considerati dalle disposizioni di questo Titolo sono deducibili se ed in ogni caso quando siano stati sostenuti nell'esercizio dell'impresa e si riferiscano ad attività e operazioni da cui derivano ricavi o proventi che concorrono a formare il reddito di impresa". Vi erano quindi due specifici requisiti per la deducibilità dei costi ed oneri: il sostenimento nell'esercizio dell'impresa e l'afferenza all'attività dell'impresa da un lato, la riferibilità ad attività ed operazioni da cui derivavano ricavi o proventi che concorrono a formare il reddito d'impresa dall'altro. Tale disposto, tuttavia, sia per la collocazione sia per il riferimento ai soli costi ed oneri "diversi da quelli espressamente considerati dalle disposizioni di questo titolo", sembrava in realtà volto a disciplinare solo una voce residuale, e non ad essere uno dei principi cardine a carattere generale per la determinazione del reddito di impresa; pertanto, con la legge 4 novembre 1981, n. 626, fu allocato all'interno dell'art. 74, a tenor del quale: "I costi e gli oneri sono deducibili se ed in quanto si riferiscono ad attività da cui derivano ricavi o proventi che concorrono a formare il reddito d'impresa". Con l'entrata in vigore del Tuir approvato nel 1986, il principio di inerenza è stato collocato nell'art. 75 (attuale art. 109) che, al comma 5 stabilisce: "le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi, tranne gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale, sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi". Risulta, dunque, evidente come il riferimento alle "spese e gli altri componenti negativi" sia più ampio rispetto al precedente in cui si contavano solo i "costi e gli altri oneri"; inoltre, con la nuova disposizione il legislatore ha inteso esplicitare, come risulta dalla stessa relazione ministeriale, l'integrale deducibilità di questi ultimi per il solo fatto di essere imputati al conto economico, in quanto sostenuti nell'esercizio dell'impresa.

tempo”³⁰⁴. Il giudizio in discorso deve, pertanto, essere depurato da qualsiasi automatismo valutativo, ravvisandosi in ogni caso l’esigenza di un accertamento in ordine alla concreta riferibilità alla sfera aziendale dell’evento generatore della componente negativa³⁰⁵.

In passato, la rilevanza del requisito in questione era esplicitamente prevista all’interno dell’art. 99, del testo unico di ricchezza mobile il quale considerava deducibili dal reddito di categoria B, ai fini dell’imposta, le “perdite su crediti e le altre perdite inerenti all’esercizio dell’impresa”³⁰⁶.

Con le successive riforme, l’esplicito riferimento al requisito dell’inerenza in relazione alle perdite suddette venne meno, anche se si continuava a sostenerne la riferibilità in capo alle stesse in virtù delle disposizione di tipo generale e di “chiusura”, inserite negli artt. 74 DPR n. 597/1973 e 75 DPR n. 917/1986, secondo le quali i componenti negativi sono deducibili qualora si riferiscano a beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito imponibile.

Da tale previsione discende che la deducibilità fiscale delle perdite non deve essere limitata a quelle relative alla specifica attività dell’impresa, dovendo al contrario essere riconosciuta per tutte quelle che si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi od altri proventi che concorrono a formare il reddito. Naturalmente, però, l’Amministrazione può sempre disconoscere la reale inerenza della perdita ovvero la stessa effettività dell’operazione che alla prima ha dato luogo³⁰⁷.

Il requisito in esame, comunque, al di là delle ipotesi di inesigibilità, assume un rilievo particolare riguardo alle fattispecie in cui il contribuente rinuncia

³⁰⁴ Così Cass., 10 ottobre 1991, n. 10662, in Riv. Dir. Trib., 1992, 244; analoga impostazione si rinviene più di recente in Cass., 19 maggio 2000, n. 6502, in *Il Sole 24 Ore - Guida Normativa*, n. 95/2000, 56.

³⁰⁵ Cfr. ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., 362.

³⁰⁶ Cfr. DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 761.

³⁰⁷ Cfr. DEL FEDERICO, cit. alla nota precedente, il quale segnala pure una esasperata e criticabile applicazione pro-fisco del principio di inerenza, in tema di compravendita di obbligazioni, da parte di Comm. Trib. Centr., 28 febbraio 1992, n. 328, in Riv. Dir. Trib., 1992, II, 935.

volontariamente al credito, ovvero procede al trasferimento a terzi, poiché in tali ipotesi non solo deve sussistere la riferibilità del credito all'attività d'impresa, ma è necessario che la stessa scelta di abbandonare il credito, in tutto o in parte, presenti in concreto il carattere dell'inerenza³⁰⁸.

Occorre, però, sottolineare che il giudizio di inerenza relativo alla deducibilità delle perdite su crediti può incidere su due momenti concettualmente diversi, infatti: da un lato la valutazione dell'inerenza del credito richiede che il giudizio si riferisca al momento di acquisizione del relativo diritto nella sfera giuridica dell'imprenditore³⁰⁹; da altro lato, invece, bisogna valutare l'inerenza della scelta di abbandonare il credito nel periodo d'imposta, eventualmente diverso, in cui la perdita viene fiscalmente dedotta.

Tuttavia, nel rinviare al prosieguo della trattazione l'esame delle peculiari implicazioni correlate alla natura del concreto negozio dispositivo del credito, è necessario evidenziare, in tale contesto, che il discorso relativo alla deducibilità fiscale del componente di reddito nascente dalla perdita su crediti richiede consi-

³⁰⁸ Cfr. sul punto la nota interpretazione, ampiamente condivisa in dottrina, di FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 160; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito di impresa*, cit., 1491.

³⁰⁹ Cfr. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 161, il quale sottolinea che tale valutazione presuppone anche un giudizio di tipo "storico", incentrato sulla verifica dell'operazione da cui è scaturito il credito, nel momento in cui, cioè, la stessa ha influenzato positivamente il reddito; peraltro, ciò non implica la volontà di estendere il sindacato di inerenza (in senso proprio) a componenti positivi di reddito, ma esprime semplicemente l'utilità di un esame (anche) di tipo "storico" in relazione alla prova di inerenza della perdita su crediti che si vuole portare in deduzione. In tal modo può dirsi superata la critica avanzata da VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., nota 98, il quale dissente dall'affermazione di FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito di impresa*, cit., 1489, secondo cui occorrerebbe verificare inizialmente l'inerenza del credito nel momento in cui lo stesso entra nella sfera giuridica dell'impresa, poiché ritiene che ciò presupporrebbe l'esistenza del requisito dell'inerenza anche con riferimento al momento in cui il credito sorge e, correlativamente viene iscritto nella contabilità della società il connesso componente di reddito. L'A. considera, infatti, ininfluente – oltre che contraddittorio – verificare la sussistenza dell'inerenza anche in sede di insorgenza della posta creditoria: in primo luogo in quanto tale requisito non è richiesto dal disposto normativo poiché l'inerenza è espressamente connessa alla imputazione di spese ed altri componenti negativi di reddito (Cfr. comma 5, art. 75 DPR n. 917/1986); in secondo luogo perché l'assunto in commento, presupporrebbe l'esistenza del requisito dell'inerenza con riferimento ad un componente positivo di reddito, in evidente contraddizione con il contenuto del comma 5 citato e dei criteri generali di determinazione del reddito di impresa in base ai quali i componenti positivi qualora iscritti comportano la loro tassazione mentre è con riferimento ai componenti negativi che esiste una esplicita e rigorosa disciplina in merito alla loro rilevanza fiscale.

derazioni diverse qualora venga riferito a perdite derivanti da inesigibilità del credito ovvero da rinuncia unilaterale.

Nel primo caso, infatti, la necessità di una rigorosa determinazione del requisito dell'inerenza dovrebbe essere combinata all'esistenza degli elementi certi e precisi di cui all'art. 66 (attuale art. 101) Tuir e all'imponibilità di un'eventuale tassazione di sopravvenienza derivante da un successivo recupero del credito.

Nel secondo caso, invece, la valutazione dell'esistenza del requisito di inerente deve assumere maggior rigore poiché il credito fuoriesce in modo definitivo dal patrimonio dell'impresa, essendo tendenzialmente preclusa ogni possibilità di recuperare a tassazione il credito stesso³¹⁰. Pertanto, per stabilire se la rinuncia al credito da parte dell'impresa possa comportare l'insorgenza di un componente negativo di reddito fiscalmente deducibile, è necessario che tale scelta sia di tipo "imprenditoriale" e come tale rientri tra le valutazioni tipiche dell'imprenditore, basate sul normale criterio di convenienza economica.

Anche l'Amministrazione finanziaria si è pronunciata in merito e ha giudicato fiscalmente deducibile la rinuncia al credito che presenti la caratteristica dell'inevitabilità e come tale va riconosciuta per il solo fatto che il costo od onere si ponga in una scelta di convenienza per l'imprenditore, ovvero quando il fine perseguito è pur sempre quello di pervenire al maggior risultato economico³¹¹. Conseguentemente, quindi, che l'inevitabilità della perdita non deve essere intesa in senso assoluto ma dovrebbe essere basata su un criterio di convenienza economica, anziché, come in precedenza affermato, sulla assoluta indipendenza della perdita stessa dalla volontà dell'imprenditore.

In mancanza dei suddetti requisiti, la rinuncia al credito potrebbe comportare, piuttosto, la presunzione che il componente negativo derivante da tale rinuncia costituisca in realtà una liberalità e pertanto debba soggiacere al tipico tratta-

³¹⁰ Cfr. sul punto FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito di impresa*, cit., 1490.

³¹¹ Si vedano al riguardo Ris. min. fin., 9 aprile 1980, n. 9/557, in I Quattro codici Ipsoa; Ris. min. fin., 6 settembre 1980, n. 9/517, in *Rass. Trib.*, 1981, III, 154.

mento fiscale di tale componente, come disciplinato dall'art. 65 (attuale art. 100) Tuir³¹².

In ogni caso è necessario chiarire, in anticipo rispetto a quanto si dirà in seguito, che l'Amministrazione finanziaria dispone di un ampio potere di sindacato sul punto che le consente, in deroga al principio dell'imposizione in base ai "corrispettivi pattuiti" tra le parti, di giudicare manifestamente "antieconomica" anche la cessione del credito disconoscendo, di conseguenza, la deducibilità del componente negativo che deriva dalla stessa.

La sussistenza del principio dell'inerenza deve, infatti, essere valutata anche in ordine alle eventuali componenti di reddito che, pur presentando i tipici requisiti dell'inerenza e quindi della connessione ai ricavi e più in generale all'attività svolta dall'impresa, appaiono palesemente "incongrui" rispetto all'effettivo valore di mercato dei beni e servizi³¹³.

³¹² Le remissioni di debito effettuate per puro spirito di liberalità, contraddistinte dall'*animus donandi*, e quindi inquadrabili tra le donazioni indirette ex-art. 809 c.c., si sostanziano in erogazioni liberali e conseguentemente sono deducibili solo nei casi previsti dalla norma richiamata.

³¹³ Sul concetto d'inerenza e sulla sua recente definizione in base all'attività dell'impresa in senso lato e non solo connessa ai ricavi conseguiti dall'impresa si veda Cass., 1 agosto 2000, n. 10062, in Riv. Giur. Trib., 2001, 1028. si segnalano, inoltre, Cass., 17 maggio 2000, n. 6397, in Fisco, 2000, 14418; Comm. trib. reg. di Trento, sez. III, 6 giugno 2000, n. 20, in I Quattro codici Ipsoa; Comm. trib. centr., 28 febbraio 1992, n. 3286, in Riv. Dir. Trib., 1992, II, 935; Comm. trib. centr., 13 maggio 1993, n. 1860, in Boll. trib., 1993, 1642; Comm. trib. prov. di Udine, sez. II, 6 maggio 1991, n. 858, in Boll. trib., 1991, 1116.

§7: L'individuazione dell'esercizio di competenza

Altro aspetto di rilevante importanza da affrontare in materia di perdite su crediti riguarda l'individuazione del momento in cui deve essere fiscalmente dedotto il componente negativo di reddito: se cioè la deduzione debba essere operata inderogabilmente nell'esercizio in cui si verificano gli elementi "certi e precisi", ovvero se sia possibile dedurre la perdita anche negli esercizi successivi in cui permangano i suddetti presupposti, essendo rimesso un margine di apprezzamento in capo all'imprenditore.

Mentre, infatti, in generale è pacifico che per le perdite derivanti da atti dispositivi del credito la deduzione del componente negativo debba essere imputata per competenza nel periodo in cui il negozio diviene idoneo (*rectius*: valido ed efficace) a trasferire la titolarità del credito nel patrimonio del cessionario, la questione appare sicuramente più controversa laddove le perdite derivino da inesigibilità del credito, anche in considerazione della scarsità di prese di posizione da parte dell'Amministrazione finanziaria³¹⁴.

Tradizionalmente, il dibattito è stato incentrato sulla natura della disposizione contenuta nell'art. 66 (attuale 101) del Tuir, onde stabilire se si tratti di norma positiva ordinaria, ovvero se la stessa presenti la natura di norma relativa alla valutazione di attività aziendali, con conseguente possibilità di dedurre la perdita anche negli esercizi successivi purché ne permangano i presupposti, come risulta dall'applicazione delle altre norme contenute nel Tuir e che hanno evidentemente la natura di norme valutative del patrimonio³¹⁵.

³¹⁴ Si ricorda, in proposito, la posizione assunta dal Servizio centrale degli ispettori tributari (Secit) ampiamente commentata da CROVATO, *Alcune precisazioni in materia di competenza delle perdite su crediti: spunti critici in relazione all'orientamento interpretativo del Secit*, in Riv. Dir. Trib., I, 1993, 691.

³¹⁵ Si vedano gli artt. 59, 60 e 61 – attuali 92, 93 e 94 – Tuir.

A tal fine, dunque, la dottrina³¹⁶ ha affrontato l'analisi della questione sulla scorta della netta differenza esistente tra le perdite derivanti da atti dispositivi del diritto di credito e quelle derivanti dalla mera inesigibilità del debitore, ritenendo che essa non abbia solamente scopi classificatori ma sia necessaria per comprendere la reale natura delle componenti di reddito relative alle due fattispecie³¹⁷.

Nella prima ipotesi, pertanto, si è sostenuto che bisognerebbe valutare in quale momento un determinato atto giuridico – quello con il quale è stato rimesso o trasferito il diritto di credito – abbia assunto i requisiti di certezza ed oggettiva determinabilità secondo le specifiche previsioni dell'art 75 (attuale 109) DPR n. 917/1986, al pari di quanto richiesto per la corretta imputazione dei costi e/o ricavi d'esercizio³¹⁸.

Nella seconda fattispecie, invece, derivando le perdite dall'insolvenza del debitore, sono emerse problematiche ben più significative poiché la mancanza di documenti sottoscritti tra le parti, comporta a carico del contribuente non il semplice onere di dimostrare il verificarsi di un evento che consenta di ritenere sufficientemente probabile la perdita, bensì l'onere di effettuare una vera e propria valutazione delle possibilità di incasso del credito che, secondo quanto stabilito dall'art. 66 (attuale 101) Tuir, devono essere supportate da elementi certi e precisi³¹⁹.

In realtà, anche alla luce di quanto precede, il corretto inquadramento della questione, richiede in primo luogo di stabilire se il venire in essere degli elementi certi e precisi costituisca il momento inderogabile per la deducibilità fiscale della perdita ovvero se sia legittimo attribuire al contribuente un certo margine di discrezionalità.

³¹⁶ Per la disamina dei diversi orientamenti si veda VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 721, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti dottrinali.

³¹⁷ Cfr. CROVATO, *Alcune precisazioni in materia di competenza delle perdite su crediti: spunti critici in relazione all'orientamento interpretativo del Secit*, cit., 697.

³¹⁸ Cfr. CROVATO, *Alcune precisazioni in materia di competenza delle perdite su crediti: spunti critici in relazione all'orientamento interpretativo del Secit*, cit., 697.

³¹⁹ Cfr. nota precedente.

Coloro che sostengono la prima interpretazione argomentano che, pur rientrando, la disposizione in oggetto, tra le norme di natura in senso lato valutativa, l'accertamento dell'esistenza degli elementi certi e precisi costituisce esclusivamente un giudizio intellettuale volto ad accertare il verificarsi di un dato evento, secondo elementi probabilistici; le norme attinenti in senso stretto alla valutazione del patrimonio aziendale³²⁰, invece, comportano anche giudizi volitivi che si concretizzano in scelte di opportunità e convenienza che sole potrebbero ritenersi sganciate, qualora la legge lo consenta, dal generale principio della competenza³²¹.

Altra parte della dottrina sostiene³²², al contrario, che nella fattispecie sopra descritta si sia in presenza di un complesso ragionamento valutativo tendente alla determinazione di quella parte del credito che presumibilmente non verrà incassata e che, pertanto, la valutazione dei crediti sulla base di "elementi certi e precisi" rientri nella logica ispiratrice delle norme che attengono alle componenti reddituali che si fondano su valutazioni del patrimonio aziendale.

A sostegno della tesi secondo cui il diritto alla deducibilità delle perdite su crediti permarrrebbe anche negli esercizi successivi a quello in cui gli elementi certi e precisi si sono verificati, può essere addotta, peraltro, la interpretazione analogica della disposizione, sancita per le perdite derivanti da assoggettamento del debitore a procedure concorsuali, di cui all'art. 11 del DPR n. 42/1988, poi trasfusa

³²⁰ Vedasi precedente nota 80.

³²¹ Cfr. sul punto DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 323. Anche la stessa amministrazione finanziaria si è espressa, con argomentazioni diverse, per la soluzione prospettata; si veda in proposito Ris. min. fin. n. 9/303 dell'11 dicembre 1980, Ris. min. fin. n. 9/656 del 1 maggio 1979, cit.; Ris. min. fin. 9/124 del 6 agosto 1976, cit.. In giurisprudenza vedasi App. Roma, 30 giugno 1992, n. 2031, in Boll. Trib., 1992, 1696. È, comunque, il caso di ricordare che tale orientamento affonda le proprie radici nel previgente art. 71^{2°} co., del Tuir, che faceva riferimento alle "perdite su crediti ... verificatesi nell'esercizio".

³²² Cfr. CROVATO, *Alcune precisazioni in materia di competenza delle perdite su crediti: spunti critici in relazione all'orientamento interpretativo del Secit*, cit., 698, il quale afferma che la perdita su crediti è un valore che deriva da un ragionamento economico, da una stima, per cui in ragioneria si parla di valori "congetturali", volendo significare che si tratta di valori verificabili solo per mezzo di più o meno complessi ragionamenti estimativi. Si veda inoltre FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IREAS*, cit., 156; LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 261; LEO-MONACCHI-SCHIAVO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, cit., 704; TIEGHI, *Perdite su crediti: evoluzione normativa e nuovi orientamenti interpretativi con particolare riferimento ai bilanci bancari*, cit., 616.

nel testo del vigente art. 101⁵ co. Tuir, che utilizza la locuzione “*dalla data di apertura della procedura concorsuale*” e non “*alla data di apertura della procedura concorsuale*”; ciò varrebbe, infatti, a legittimare la deduzione della perdita da parte dell’imprenditore nell’esercizio in cui la perdita è stata iscritta in bilancio a partire dalla data di apertura della procedura concorsuale, che non deve necessariamente coincidere con quello in cui la procedura suddetta ha avuto inizio³²³.

La disquisizione riveste importanza non solo dal punto di vista accademico, ma anche e soprattutto sotto il profilo operativo, attesa l’importanza che la corretta interpretazione riveste per il contribuente³²⁴; basti, infatti, considerare che l’errata imputazione a periodo del componente di reddito e il conseguente accertamento fiscale sarebbero causati da una diversa interpretazione del dato normativo piuttosto che dalla intenzione di occultare reddito imponibile.

³²³ Si veda in tal senso FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 156, cui si rinvia per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d’impresa*, cit., 1487; LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 261, nota 50, il quale sostiene che: “il fatto che la disposizione attenga alla “valutazione del patrimonio” consente anche di risolvere la questione se l’esercizio in cui si apre la procedura concorsuale sia o meno quello in cui deve essere inderogabilmente imputata la perdita, con conseguente indeducibilità delle eventuali imputazioni della medesima in esercizi successivi. Trattandosi di norma non attinente a momenti specifici di competenza, ma alle valutazioni del patrimonio aziendale, si dovrebbe ritenere possibile la svalutazione del credito anche in esercizi successivi a quello di apertura del fallimento”. In senso opposto si veda DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 324. In giurisprudenza, si veda Comm. trib. prov. di Bologna, 21 aprile 1997, in I Quattro codici Ipsoa. Contra VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., nota 98, il quale sostiene che la tesi citata è stata criticata in quanto basata su un “appiglio meramente letterale”: non sarebbe dato comprendere perché il legislatore dovrebbe derogare al normale principio di competenza (di cui all’art. 75 – attuale 109 – Tuir) introducendo con la mobilità temporale un ulteriore elemento in favore del contribuente che potrebbe arbitrariamente dedurre la perdita nell’uno o nell’altro esercizio a seconda della convenienza fiscale.

³²⁴ Come evidenzia VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., nota 39, la tesi secondo cui la deducibilità della perdita dovrebbe essere operata inderogabilmente nell’esercizio in cui si manifestano gli elementi certi e precisi comporta un ulteriore elemento non agevolmente “definibile in modo oggettivo” che si andrebbe ad aggiungere alla già discussa difficoltà nel determinare con sufficiente certezza quali fattispecie possono definirsi “elementi certi e precisi”. Tutto ciò in contrasto con l’interesse alla certezza del rapporto tributario che ricordiamo risponde tanto ad un interesse dei contribuenti a non restare esposti all’azione accertatrice dell’amministrazione, quanto ad un interesse della collettività, e cioè a quell’interesse fiscale concepito come interesse generale alla riscossione dei tributi necessari per rendere possibile il regolare funzionamento dei servizi pubblici che si ritiene fondato, al pari del principio di capacità contributiva, nell’art. 53 Cost.. Si veda in termini generali TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, I, Torino, 1992, 69.

Secondo un orientamento dottrinale³²⁵, dunque, la questione potrebbe trovare un componimento grazie all'interpretazione del combinato disposto degli artt. 66 e 75 (attuali 101 e 109) DPR n. 917/1986, da cui emerge che l'applicazione dell'art. 75 (109), in base al quale i componenti di reddito per cui non sia diversamente stabilito concorrono a formare il reddito imponibile nell'esercizio in cui assumono il requisito della certezza ed oggettiva determinabilità, è preclusa dal precedente art. 66 (101), laddove introduce una specifica previsione per le perdite su crediti prevedendo che esse sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi ed in ogni caso se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali.

Né pare che la risultanza da elementi certi e precisi possa essere considerata un requisito da verificarsi disgiuntamente dai principi di cui all'art. 75 (109) Tuir, tant'è che non vi sarebbe alcuna giustificazione per esigere la contemporanea presenza dei due requisiti citati.

La natura prettamente valutativa della fattispecie in questione³²⁶, peraltro, può essere desunta anche dalla circostanza che la deducibilità della perdita è connessa alla presenza di elementi certi e precisi e non alla definitività della stessa, come ampiamente illustrato nelle pagine precedenti. Pertanto, appare implicitamente provato che, a parte l'ipotesi in cui la perdita viene iscritta perché è maturata la prescrizione o la decadenza³²⁷ del diritto ad esigere il pagamento del corrispettivo – ipotesi nelle quali la perdita è certa e definitiva –, di norma ci si trova di

³²⁵ Cfr. VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 721.

³²⁶ È il caso di sottolineare che la tesi che vedrebbe rientrare tra le disposizioni concernenti le valutazioni di attività aziendali le perdite su crediti sarebbe invece avversata da parte della dottrina sopra citata la quale riconoscerebbe disposizioni concernenti la valutazione di attività aziendali "solo" le norme disciplinanti la valutazione di merci, titoli e partecipazioni.

³²⁷ Come ha sottolineato DEL FEDERICO, *Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite e accantonamenti per rischi su crediti*, cit., 763, ci si trova nell'ipotesi di elementi estintivi del diritto non soddisfatti. Peraltro, lo stesso A. ricorda che la recente dottrina, ripudiando la lettera dell'art. 2934 c.c., secondo cui "ogni diritto si estingue per prescrizione ...", sia orientata nel ritenere il diritto prescritto pur sempre esistente, ma soltanto indebolito dalla possibilità che il debitore eserciti il diritto potestativo di eccepire la prescrizione non rilevabile.

fronte ad una valutazione effettuata dal contribuente in merito alla probabilità della perdita³²⁸.

D'altra parte, come è stato evidenziato in dottrina³²⁹, la tesi secondo cui la deducibilità della perdita dovrebbe essere operata inderogabilmente nell'esercizio in cui si manifestano gli elementi certi e precisi comporta un ulteriore elemento, non agevolmente definibile su un piano oggettivo, che si andrebbe a sommare alla già controversa possibilità di determinare con sufficiente certezza quali siano le fattispecie che possono integrare gli "elementi certi e precisi". Ciò si pone, tuttavia, in contrasto con l'interesse alla certezza del rapporto tributario che, come noto, risponde sia ad un interesse dei contribuenti a non restare esposti all'azione accertatrice dell'amministrazione, sia ad un interesse della collettività, concretantesi nell'interesse fiscale inteso come interesse generale alla riscossione dei tributi necessari per rendere possibile il regolare funzionamento dei servizi pubblici che trova il suo fondamento, al pari del principio di capacità contributiva, nell'art. 53 Cost.³³⁰.

L'interpretazione che vuole la deducibilità delle perdite su crediti circoscritta entro termini meno rigidi, oltre a farsi preferire per la sua maggiore aderenza alle finalità cui si è ispirato il legislatore tributario nei suoi più recenti interventi, può trovare, secondo recente e autorevole dottrina³³¹, un ulteriore e diverso sostegno se si "rivaluta" «sul piano dell'efficacia giuridica, anche se limitatamente alla determinazione del reddito d'impresa, la componente volontaria espressa, oltre che nella deduzione di perdite derivanti da atti di disposizione del credito, anche in quei casi in cui la perdita deriva da mera "inesigibilità" del credito stesso»³³².

³²⁸ Cfr. LUPI, *Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti*, cit., 251.

³²⁹ Cfr. VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 728.

³³⁰ Cfr. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 69.

³³¹ Cfr. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 156, cui si rinvia per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1487.

³³² Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 157.

In virtù di tale presupposto, infatti, viene attenuata la distinzione tra perdita economica – conseguente all’inesigibilità del credito³³³ – e perdita giuridica – conseguente al trasferimento del credito o alla estinzione del diritto – per cui è possibile considerare la perdita, limitatamente all’ambito tributario, quale effetto “giuridico” autonomo rispetto alle vicende del diritto e, come tale, comune alle diverse ipotesi di perdite su crediti contemplate all’art. 66 (101) Tuir.

Ciò consentirebbe di ipotizzare la possibilità per l’imprenditore, laddove riscontri una elevata probabilità di perdere almeno in parte il credito, di “rinunciare” alla valorizzazione fiscale del bene, imputando la corrispondente perdita quale componente negativo di reddito.

«In tale prospettiva la perdita su crediti quale componente negativo del reddito risulterebbe effetto di una fattispecie complessa, nella quale si distingue una condizione sostanziale di deducibilità (sussistenza degli elementi certi e precisi ovvero assoggettamento a procedure concorsuali) su cui si va ad inserire una dichiarazione di volontà, ferma restando, ovviamente, la necessità di imputare il costo in bilancio»³³⁴.

Tale soluzione, oltre a conferire all’istituto maggiore coerenza sistematica nell’ambito della categoria dei redditi d’impresa e ad evitare deroghe al principio generale di competenza, presenterebbe il pregio di valorizzare la volontà dell’imprenditore consentendogli la deduzione della perdita nel periodo in cui, ricorrendo una elevata probabilità di irrecuperabilità del credito, giunga a compimento la complessa fattispecie descritta, con evidenti vantaggi anche in termini di semplificazione.

³³³ Secondo FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 158, portando a conclusione l’iter evolutivo che ha caratterizzato la disciplina fiscale delle perdite su crediti, è possibile attribuire alla perdita derivante da inesigibilità la natura di effetto giuridico autonomo derivante da una peculiare fattispecie di “rinuncia” al credito, la cui efficacia rimarrebbe circoscritta all’interno della “categoria” dei redditi d’impresa. Del resto, come sottolinea l’A., la stessa Amministrazione finanziaria ha occasionalmente manifestato sensibilità verso un concetto più elastico di perdita “fiscamente deducibile”, più aderente alle scelte imprenditoriali del contribuente; si veda sul punto Ris. Min. 20 luglio 1996, n. 137/E/6-1116, in Corr. Trib., 1996, 3044.

³³⁴ Cfr. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 158.

§8: La cessione del credito: cenni a profili civilistici e contabili

Una volta accantonata la tradizionale nozione di perdita, che condizionava la deducibilità fiscale della stessa alla sussistenza del requisito della involontarietà, e dopo aver inquadrato la disciplina giuridica di riferimento in merito alle perdite su crediti ai fini della determinazione del reddito d'impresa, con le connesse problematiche, è possibile esaminare le questioni che attengono specificamente alle ipotesi in cui il suddetto componente negativo di reddito emerge da negozi di cessione del credito.

Tuttavia, prima di affrontare le specifiche difficoltà interpretative comunemente dibattute in dottrina e giurisprudenza, riconducibili in sostanza alla fondamentale distinzione tra cessione *pro soluto* e cessione *pro solvendo*, pur senza ripetere concetti già espressi è indispensabile, ai fini del presente lavoro, dedicare qualche riflessione di carattere generale a taluni profili che, caratterizzando il negozio di cessione del credito nella sua attuazione pratica e, quindi, incidendo sull'esatto inquadramento dell'operazione e dei suoi effetti giuridici, possono assumere rilevanza tanto dal punto di vista civile quanto da quello tributario in ordine all'applicazione dell'art. 101, comma 5.

Preliminarmente, occorre ricordare che le operazioni di cessione, oltre all'ipotesi tipica della compravendita, possono avere finalità differenti, essenzialmente riconducibili: alla garanzia da rischi d'insolvenza, nel caso di cessione senza azione di regresso; al finanziamento, quando il cessionario anticipa al cedente liquidità a fronte della cessione dei crediti; al mandato all'incasso, quando il cessionario cura solo la riscossione per conto del cedente³³⁵.

A tale proposito, il punto dal quale prendere le mosse è rappresentato indubbiamente dall'esatta qualificazione del negozio, che induce in particolare a focalizzare l'attenzione sulla distinzione esistente tra la cessione del credito propriamente detta da un lato e il mandato all'incasso dall'altro.

³³⁵ Cfr. Principio Contabile n. 15 D. VII.

Tali fattispecie, infatti, si distinguono essenzialmente per la idoneità o meno di ciascuna a determinare l'effetto traslativo del diritto di credito, che nella cessione vera e propria si produce con il semplice consenso delle parti legittimamente manifestato, mentre è assente nelle ipotesi in cui la fattispecie concreta appaia caratterizzata in misura preponderante dall'intenzione di conferire al "cessionario"³³⁶ una mera legittimazione all'esercizio del credito, ferma restando la titolarità di esso in capo al mandante. Peraltro, come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, la Corte di Cassazione ritiene che sia possibile ravvisare gli effetti della cessione del credito solo quando vi sia un accordo che, autorizzando il mandatario a trattenere presso di sé le somme riscosse, realizzi il risultato tipico della cessione con conseguente applicazione della disciplina ad essa relativa³³⁷.

La mancanza dell'effetto traslativo, dunque, comporta che l'operazione posta in essere non genera immediatamente alcuna perdita sul credito fiscalmente rilevante³³⁸, la quale potrà emergere, tutt'al più, solo nel diverso e successivo momento in cui la procedura esecutiva promossa ai danni del debitore si sia rivelata almeno parzialmente infruttuosa, ovvero nel caso di inesigibilità del credito.

Per quanto, poi, riguarda le cessioni aventi causa di finanziamento, il Secit ha affermato nella relazione annuale sull'attività svolta nel 1993 che, qualora il negozio sia inquadrabile tra quelli cosiddetti "di liquidità", aventi struttura di scambio e funzione di prestito, in cui dunque una parte realizza la disponibilità immediata del danaro, a fronte del pagamento che per l'altra parte rappresenta il risultato di un finanziamento attivo, la prima dovrebbe imputare a reddito per quote periodiche l'onere rappresentato dal costo della provvista dei mezzi finanziari alla stregua di un interesse passivo, per tutto il periodo di attualizzazione e sulla base di un tasso d'interesse pari a quello di attualizzazione del credito³³⁹.

³³⁶ Non si tratta in realtà di un cessionario bensì di un mandatario.

³³⁷ Si rinvia sull'argomento a quanto diffusamente riportato alla Sezione I, capitolo 1, paragrafo 3.

³³⁸ Che come si ricorderà è data dalla differenza negativa tra il valore fiscalmente riconosciuto del credito e il prezzo di cessione.

³³⁹ Cfr. sul punto LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, cit., 1551.

In proposito, però, attenta dottrina³⁴⁰ ha rilevato come l'orientamento secondo cui le cessioni di crediti non scaduti sarebbero da ricondurre *tout court* a operazioni di finanziamento, in cui la "perdita da cessione" sarebbe sostanzialmente assimilabile a un "interesse passivo", è assolutamente privo di riscontri normativi.

A conferma di tale assunto milita, infatti, la considerazione «che il valore fiscale di un credito a media e lunga scadenza va depurato della quota corrispondente agli interessi impliciti (non maturati), per cui la perdita su crediti conseguente alla cessione corrisponde alla (ordinaria) differenza tra il valore fiscale del credito ed il prezzo di cessione, e come tale va dedotta fiscalmente. In tale corretta accezione, cioè, il valore dei crediti corrispondente agli interessi non maturati, non doveva né influenzare positivamente il reddito in origine, né ovviamente ridurlo con un componente negativo deducibile in senso negativo all'atto della cessione»³⁴¹.

Alle considerazioni appena svolte bisogna, peraltro, aggiungere che, una volta verificata la causa della cessione e quindi l'intenzione delle parti di determinare l'effettivo trasferimento del diritto di credito, è indispensabile accertare il momento nel quale si determina lo scambio del consenso tra i contraenti, poiché è da allora che gli effetti reali della cessione si determinano e i crediti fuoriescono

³⁴⁰ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 195.

³⁴¹ Così FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 196. Su questo peculiare aspetto si rinvia, inoltre, in giurisprudenza alla importante Cass., 20 ottobre 2000, n. 13916, in Riv. Dir. Trib., 2002, II, 237, con nota di BATOCCHI, *Riflessioni in tema di componenti negative del reddito conseguenti alla cessione pro soluto di crediti d'impresa*, ivi, 242, la quale ha posto il principio di diritto secondo cui: «in tema di imposte sui redditi, il valore dei crediti non ancora scaduti, per i quali non sia separatamente prevista la corresponsione di interessi, è inferiore al loro valore nominale poiché la somma capitale incorpora in tal caso un interesse implicito, tanto maggiore quanto più lontana è la data fissata per l'adempimento. Pertanto la loro cessione ad un prezzo inferiore al loro valore nominale non rappresenta una perdita (minusvalenza) deducibile ai sensi dell'art. 57, lett. c), d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, configurabile solo se il prezzo di cessione è inferiore al valore attualizzato dei crediti ceduti, e cioè al valore dei crediti ceduti calcolato al netto degli interessi "impliciti" non ancora maturati al momento della cessione». In senso conforme si veda pure Cass., 21 febbraio 2001, n. 2530, in GT Riv. Giur. Trib. 2002, 43.

giuridicamente dal patrimonio dell'impresa, dovendo conseguentemente essere cancellati anche dall'attivo patrimoniale del bilancio.

Laddove, infatti, l'operazione abbia ad oggetto crediti futuri, come tali non ancora venuti ad esistenza, la manifestazione del consenso produce esclusivamente effetti obbligatori tra le parti, mentre l'effetto traslativo si realizza solo quando il credito viene ad esistenza; ciò significa da un lato che il credito non è giuridicamente esistente nel patrimonio del cedente prima di tale momento, dall'altro che alla sua venuta ad esistenza esso sarà automaticamente acquisito al patrimonio del cessionario senza transitare per quello del cedente, per cui sul piano fiscale dovrà essere considerato direttamente tra i crediti del cessionario, non potendo essere ricompreso tra quelli del cedente nonostante quest'ultimo debba fare menzione degli impegni assunti nei conti d'ordine del bilancio.

Per completezza di esposizione, però, è necessario evidenziare che tali conclusioni, comuni alle fattispecie tipiche di cessione del credito in cui il cedente ha un'aspettativa giuridica rispetto al diritto di credito, potrebbero essere differenti nel caso in cui egli avesse una mera aspettativa di fatto ovvero qualora dalle specifiche pattuizioni contrattuali emergesse l'assunzione da parte sua del precipuo obbligo di trasferire al cessionario i crediti mano a mano che gli stessi vengono ad esistenza nel suo patrimonio, poiché in quest'ultimo caso mancherebbe il fenomeno traslativo vero e proprio fin dal momento della stipula³⁴².

Altro aspetto cui va riservata una considerazione preliminare in aggiunta a quanto esposto riguarda, poi, la concessione o meno da parte del cedente di garanzie ulteriori rispetto a quella per la esistenza del credito normativamente prevista³⁴³. Come è stato diffusamente argomentato, infatti, la cessione del credito è ordinariamente *pro soluto*, nel senso che, in mancanza di specifiche pattuizioni, il cedente garantisce soltanto l'esistenza del credito, per cui rimane a carico del cessionario l'alea della insolvenza del debitore ceduto.

³⁴² Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte alla Sezione I, capitolo 1, paragrafo 5.

³⁴³ Si ricorda che la garanzia della esistenza del credito è ordinariamente disponibile nel senso che i suoi effetti possono essere convenzionalmente aumentati, diminuiti o addirittura esclusi, con l'unico limite del fatto proprio del cedente. Cfr. sul punto retro pag. 35.

La situazione è, invece, più complessa quando il cedente ha garantito anche la solvenza del ceduto, poiché in tal caso il credito, pur fuoriuscendo immediatamente dal patrimonio del cedente al momento dell'incontro delle volontà delle parti, potrebbe comunque rientrarvi a seguito dell'attivazione della garanzia, dovuta all'impossibilità di realizzare il credito per l'incapienza patrimoniale del ceduto.

Tale meccanismo di retrocessione, inoltre, risulta significativamente accentuato nel caso in cui nel negozio di cessione vengano inserite le clausole “salvo incasso”, “salvo buon fine” e simili, atteso che le stesse consentono l'attivazione della garanzia – e il conseguente ritrasferimento del credito – a fronte della dimostrazione del semplice inadempimento, anziché della più significativa situazione di insolvenza³⁴⁴.

In sostanza, quindi, l'elemento distintivo tra la cessione *pro soluto* e la cessione *pro solvendo* risiede nel fatto che nel primo caso la liberazione del cedente è automatica e definitiva al momento del trasferimento, laddove nel secondo caso tale evento si verifica solo con l'effettiva riscossione del credito ceduto da parte del cessionario.

Le nozioni appena riportate assumono significativo rilievo anche ai fini contabili³⁴⁵, infatti, in ambito nazionale il Principio Contabile n°15 prevede che i crediti ceduti in modo definitivo senza azione di regresso (*pro soluto*), e per i quali il rischio d'insolvenza è trasferito nella sostanza al cessionario, ancorché diversamente qualificati, devono essere rimossi dal bilancio e l'utile o la perdita devono essere riconosciuti per la differenza tra il valore ricevuto ed il valore cui erano iscritti in bilancio.

³⁴⁴ Cfr. sul punto retro pag. 37.

³⁴⁵ È appena il caso di ricordare, infatti, che ai sensi del vigente art. 83 Tuir “il reddito complessivo è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, aumentato o diminuito dei componenti che per effetto dei principi contabili internazionali sono imputati direttamente a patrimonio, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni della presente sezione”.

Qualora, poi, vengano inserite nel contratto clausole miranti a frazionare il rischio d'insolvenza tra il cedente e il cessionario, mediante la previsione di un incremento o di un decremento dell'importo ricevuto dal cedente in relazione al mancato incasso, entro le scadenze previste, di parte dei crediti ceduti, sarà necessario mettere in evidenza nei conti d'ordine l'ammontare degli eventuali rischi, fornendo, ove necessario, le opportune informazioni nella nota integrativa.

Alle cessioni che, nonostante la loro qualificazione come operazioni *pro soluto*, prevedono la possibilità di un'azione di regresso, qualora il cessionario non incassi dal debitore l'importo del credito ceduto alla scadenza prevista, si applica la metodologia di contabilizzazione delle cessioni *pro solvendo*.

In particolare, i crediti ceduti con azione di regresso (*pro solvendo*) vanno normalmente rimossi dallo stato patrimoniale e sostituiti con l'ammontare dell'anticipazione ricevuta e col credito nei confronti del cessionario per la differenza tra il valore nominale del credito ceduto e l'anticipazione ricevuta (ammontare quest'ultimo che sarà restituito dal cessionario al cedente al momento dell'incasso dal debitore ceduto), mettendo in evidenza l'ammontare del rischio di regresso nei conti d'ordine, fornendo, ove necessario, ulteriori informazioni nella nota integrativa e iscrivendo l'eventuale fondo rischi nel passivo dello stato patrimoniale. Le commissioni passive che il cedente riconosce al cessionario andranno, poi, imputate a conto economico.

Alternativamente è consentito considerare i crediti come dati in garanzia a fronte dei prestiti ricevuti e, pertanto, mantenere in bilancio tali crediti³⁴⁶, iscrivendo nelle apposite voci dell'attivo dello stato patrimoniale l'ammontare dell'anticipazione ricevuta (al netto delle commissioni) e nel passivo il debito verso il cessionario per lo stesso importo, mettendo inoltre in evidenza nella nota integrativa il valore nominale dei crediti ceduti. Gli interessi dovuti al cessionario

³⁴⁶ Secondo FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 188, tale modalità di rilevazione non è accettabile dal punto di vista fiscale, perlomeno in quelle concrete operazioni negoziali in cui appaia prevalente la *causa vendendi* poiché a seguito di cessione *pro solvendo*, a differenza della semplice cessione in garanzia, i crediti oggetto del negozio non sono più giuridicamente esistenti nel patrimonio del cedente.

sulle somme anticipate vanno imputati a conto economico nel rispetto del principio della competenza.

Quando, poi, il cessionario cura semplicemente la riscossione del credito impegnandosi a versare al cedente l'ammontare dei crediti ceduti alla scadenza degli stessi, ricorrendo nella sostanza un'ipotesi di mandato all'incasso, tali crediti devono essere mantenuti nell'attivo dello stato patrimoniale del cedente, il quale imputerà anche in tal caso a conto economico le commissioni passive che il cedente riconosce al cessionario.

Infine, qualora le operazioni di cessione riguardino crediti che sorgeranno in futuro in dipendenza di un rapporto già esistente ovvero a seguito della stipulazione dei relativi contratti, gli impegni assunti dovranno essere messi in evidenza nei conti d'ordine, mentre le anticipazioni eventualmente erogate andranno iscritte nell'apposita voce dell'attivo di stato patrimoniale in contropartita al debito verso il cessionario.

La disciplina contabile testè riportata, tuttavia, è stata parzialmente superata a seguito dell'adozione dei principi contabili internazionali (*International Accounting Standards*)³⁴⁷ e in particolare dello IAS 39 relativo alla rilevazione contabile delle cessioni di crediti.

Al riguardo, nonostante esuli dalla presente trattazione l'approfondimento delle complesse problematiche ad essi collegate, è necessario sottolineare che, seguendo il suddetto principio, ispirato al criterio della prevalenza della sostanza sulla forma, i crediti ceduti *pro soluto* con il sostanziale trasferimento di tutti i rischi e i benefici dovrebbero essere cancellati dal bilancio del cedente, a differenza di quelli ceduti *pro solvendo* che dovrebbero esservi mantenuti qualora il cedente, oltre ai rischi e ai benefici, conservi anche il controllo delle attività cedute. In ogni caso, lo stesso IAS 39 consente la cancellazione dal bilancio dei crediti ceduti *pro*

³⁴⁷ Si ricorda che i principi contabili internazionali sono stati introdotti nel nostro ordinamento dal D.Lgs 28 febbraio 2005, n. 38, in attuazione del Regolamento CE n. 1606 del 19 luglio 2002, che all'articolo 2 ne circoscrive l'operatività a determinati soggetti, tra cui essenzialmente banche, assicurazioni, società finanziarie e società che redigono o sono incluse in bilanci consolidati. Per un primo riferimento normativo e dottrinale cfr. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 4, nota 7, cui si rinvia in generale per l'analisi della tematica in materia di crediti.

solvendo nella diversa ipotesi in cui, pur conservando parte dei rischi e dei benefici, il cedente non conservi altresì il controllo dell'attività³⁴⁸.

³⁴⁸ Come evidenzia FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 193, per verificare se vi sia stato trasferimento del controllo dell'attività ceduta il fattore discriminante da prendere in considerazione è rappresentato dalla capacità del beneficiario di cederla unilateralmente, senza vincoli da parte del cedente.

§9: Le perdite derivanti da cessione del credito pro soluto

Come è stato chiarito nelle pagine che precedono, la cessione del credito *pro soluto*, di regola, produce nella contabilità della società cedente l'emersione di un componente negativo di reddito interamente deducibile, consistente in una perdita su crediti la cui disciplina è posta dall'art. 101, comma 5, del TUIR.

Rispetto a tale tipologia di cessione, in cui è normalmente esclusa la riasunzione del credito da parte del cedente nell'ipotesi di inadempimento da parte del debitore ceduto, tanto la dottrina quanto l'Amministrazione finanziaria concordano sulla definitività della perdita e, quindi, sulla sussistenza degli elementi certi e precisi richiesti per la deducibilità fiscale della stessa dalla norma dianzi richiamata³⁴⁹.

Tale soluzione, del resto, rappresenta la conclusione cui necessariamente si perviene ove si consideri che, se il cessionario dovesse riscuotere dal debitore ceduto una somma superiore al prezzo pagato per l'acquisto del credito, in mancanza di clausole che prevedano una partecipazione del cedente ai risultati dell'attività esattiva, il cessionario avrebbe diritto a trattenere l'eccedenza, la quale, pertanto, determinerebbe un incremento del suo patrimonio senza, tuttavia, incidere sulla misura del depauperamento sofferto dal cedente. Allo stesso modo, nel caso in cui il cessionario riscuotesse una somma inferiore al prezzo pagato, comunque non avrebbe diritto a rivalersi sul cedente per la differenza, che provo-

³⁴⁹ In tal senso si veda per la dottrina LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 264; DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 330; FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1498; ID., *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 174; ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., 363; DONATELLI, *Ancora in tema di deducibilità delle perdite derivanti dai contratti di cessione dei crediti con la clausola pro soluto*, cit., 1357; BEGHIN, *Giustificazione del corrispettivo e latenti preoccupazioni antielusive nella recente giurisprudenza in tema di deducibilità delle perdite su crediti derivanti da cessione onerosa con clausola pro soluto*, cit. 898; ID., *L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'inerenza del costo*, cit., 467; LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, cit., 1551. Per l'Amministrazione cfr. Ris. Min. fin., 7 marzo 1981, n. 9/98, in Boll. Trib., 1981, 508.

cherebbe di conseguenza una riduzione del patrimonio del primo, senza coinvolgere quello del secondo³⁵⁰.

La descritta dinamica, dunque, è destinata ad interessare sul piano reddituale unicamente la posizione del cessionario, per il quale l'incasso comporterà nel primo caso l'emersione di un componente positivo di reddito, nel secondo quella di un componente negativo. Per quanto riguarda il cedente, rimanendo questi estraneo agli eventi successivi alla conclusione del negozio, appare inevitabile ricollegare alla cessione l'inserimento nel calcolo del reddito delle variazioni provocate in tale sfera dai crediti trasferiti, con ragguglio al corrispettivo conseguito piuttosto che al valore espresso dal loro grado di esigibilità, il quale rileva nella determinazione del reddito sino a quando permane una situazione di titolarità del credito.

Ciononostante, con una serie di recenti interventi sul punto, la Corte di Cassazione si è espressa in senso difforme rispetto all'orientamento descritto, poiché ha ritenuto che anche per le cessioni dei crediti *pro soluto* la deducibilità fiscale sia subordinata alla prova della ricorrenza nel caso di specie degli elementi certi e precisi, i quali devono essere in possesso dell'impresa a prescindere dalla cessione³⁵¹. In altri termini, secondo i giudici di legittimità, la perdita acquisirebbe rilevanza sotto il profilo fiscale, come componente negativa di reddito, solo laddove il contribuente fosse in grado di dimostrare, in ultima analisi, l'insolvibilità, in tutto o in parte, del debitore.

La Cassazione, pertanto, non nega in via di principio la deducibilità della perdita derivante da cessione del credito *pro soluto*, ma sostiene il rovesciamento dell'onere della prova a carico del contribuente, il quale presumibilmente dovreb-

³⁵⁰ Cfr. sul punto ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di ineranza*, cit., 363.

³⁵¹ Cfr. Cass., 23 maggio 2002, n. 7555, in Boll. Trib., 2004, 465; Cass., 6 aprile 2000, n. 13181, cit.; Cass., 11 dicembre 2000, n. 15563, cit.; Cass., 20 novembre 2001, n. 14568, in GT Riv. Giur. Trib., 2002, 141; Cass., 27 febbraio – 12 aprile 2006, n. 8592, in Riv. Dir. Trib., 2006, II, 463, con nota di BEGHIN, *L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'ineranza del costo*, 467.

be avviare tentativi di esazione prima di porre in essere il negozio traslativo. Al riguardo, però, a parte la considerazione che la prova potrebbe rivelarsi “diabolica” in mancanza di riferimenti precisi che consentano di ritenere sufficiente il tentativo di esazione esperito, sta la considerazione che qualora l’imprenditore, nella sua indiscutibile discrezionalità di valutazione³⁵², ritenga che un certo numero di crediti non meriti neppure le spese per un tentativo di riscossione, non si vede perché debba essere obbligato a preconstituire una prova in tal senso³⁵³.

La Suprema Corte, inoltre, esige una prova della certezza e precisione anteriore al negozio traslativo, volendo in tal modo significare che la cessione non “creerebbe” la perdita e, quindi, non sarebbe sufficiente a consentire da sola la deducibilità fiscale del componente negativo essendo richiesto, al contrario, che il credito risulti già sostanzialmente compromesso in base ad elementi certi e precisi in possesso del cedente³⁵⁴.

Sul punto, però, è indispensabile ricordare che la perdita su crediti, quale differenza tra il valore fiscale del credito e il prezzo di cessione, assume rilevanza dal punto di vista tributario nel momento in cui il negozio di cessione si perfeziona (*rectius* si producono gli effetti traslativi). È, infatti, in relazione a questo spe-

³⁵² In tal senso si veda BEGHIN, *Le perdite derivanti dalla cessione di crediti con clausola “pro soluto” tra giudizi di opportunità e giudizi di corrispondenza alla fattispecie legale*, cit., 987, il quale ritiene che l’Amministrazione debba semplicemente verificare la corrispondenza della perdita alla fattispecie legale di cui all’art. 101, comma 5 TUIR, dato che gli imprenditori, nell’ambito della loro discrezionalità, possono porre in essere le operazioni che reputano maggiormente idonee al raggiungimento degli obiettivi programmati, scartando quelli meno confacenti, quantomeno grazie alle regole privatistiche in tema di autonomia contrattuale che consentono ai soggetti dell’ordinamento di perseguire i propri interessi con la massima libertà di mezzi e finanche con l’impiego di strumenti negoziali atipici. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a BEGHIN, *Cessione pro soluto ed elusione fiscale: note a proposito di una particolare interpretazione dell’art. 66, comma 3, del Tuir in funzione “antiabuso”*, cit., 1757; ID., *Giustificazione del corrispettivo e latenti preoccupazioni antielusive nella recente giurisprudenza in tema di deducibilità delle perdite su crediti derivanti da cessione onerosa con clausola pro soluto*, cit., 895; ID., *L’indeducibilità ai fini dell’IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull’inerenza del costo*, cit., 467.

³⁵³ Secondo BONAZZA, *Deducibilità delle perdite su crediti*, in Boll. Trib., 2006, 11, 920, alla luce della disposizione di cui all’art. 1219 c.c., ove è previsto che una volta scaduto il termine di pagamento il debitore diventa insolvente senza bisogno di messa in mora, l’accoglimento della tesi della Cassazione consentirebbe all’Amministrazione finanziaria di aggirare facilmente l’obbligo di motivazione dell’avviso di accertamento.

³⁵⁴ In siffatta ipotesi l’imprenditore, qualora perseguisse il fine di “ripulire” il suo bilancio fiscale, non avrebbe neppure bisogno di effettuare la cessione potendo dedurre direttamente la perdita.

cifico momento che, alla luce della sottostante situazione civilistica, appaiono *in re ipsa* sussistenti gli elementi certi e precisi della perdita³⁵⁵, con conseguente obbligo di imputare per competenza il componente negativo di reddito³⁵⁶.

Ad oggi, la conclusione alla quale sarebbero giunti dottrina e giurisprudenza³⁵⁷, sebbene in assenza di una totale coincidenza e nonostante vi siano opinioni opposte, subordinerebbe la possibilità di ingerenza nelle scelte imprenditoriali da parte dell'Amministrazione finanziaria, alla sola ipotesi in cui l'operazione appaia "manifestamente antieconomica".

La stessa Corte di Cassazione³⁵⁸ da parte sua, si limiterebbe a statuire un "presunto" diritto di valutazione di congruità dei costi e dei ricavi insito nei poteri dell'Ufficio che, ai sensi delle regole stabilite all'interno del DPR n. 600/1973, potrebbe procedere alla rettifica delle dichiarazioni anche se non ricorrono irregolarità nella tenuta delle scritture contabili. In particolare, la ricostruzione sistematica del ragionamento svolto dalla Suprema Corte porterebbe all'asserzione secondo cui qualora un componente di reddito superi quello che potrebbe essere un valore "ragionevole", ciò comporterebbe il venir meno dell'inerenza dell'onere stesso³⁵⁹.

³⁵⁵ Secondo BEGHIN, *Giustificazione del corrispettivo e latenti preoccupazioni antielusive nella recente giurisprudenza in tema di deducibilità delle perdite su crediti derivanti da cessione onerosa con clausola pro soluto*, cit., 898, il riferimento agli elementi certi e precisi può assumere significato se riferito alla svalutazione del credito, ma è del tutto ingiustificato, oltre che inutile, quando la componente negativa di reddito scaturisce da atti di realizzo, poiché il suddetto componente reddituale, così determinato, è per sua natura irreversibile.

³⁵⁶ FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 175.

³⁵⁷ Cfr. Cass., 17 maggio 2000, n. 6397, in Fisco, 14418; Comm. trib. centr., 13 maggio 1993, n. 1860, cit., 1642; Comm. trib. I grado di Udine, sez. II, 6 maggio 1991, n. 858, cit., 1116; Comm. trib. reg., Trento, sez. III, 6 giugno 2000, n. 20, cit..

³⁵⁸ Cfr. Cass., 4 ottobre 2000, n. 13181, con nota di GARBARINI, *Note in tema di cessione di crediti con clausola pro-soluto e «antieconomicità manifesta» dell'operazione*, in Dir. prat. trib., 3, II, 505.

³⁵⁹ In merito a tale problematica si veda VANZ, *Sulla compravendita di partecipazioni di una società in crisi finanziaria*, in Rass. Trib., 6/2001, 1708 ss che annota la sent. Comm. trib. reg. di Torino, 25 maggio 2000, ivi, 1699. Cfr. pure VICINI RONCHETTI, *Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, cit., 728, il quale evidenzia come all'interno dell'asserzione della Cassazione si possa riscontrare, leggendola *a contrariis*, l'indiretta conferma che, nel caso di perdite su crediti, l'assunto della Suprema Corte non potrà essere mai applicato, poiché l'onere derivante dal completo "stralcio" della perdita su crediti non potrà essere giudicato manifestamente "antieconomico"; infatti, o è il credito stesso ad essere manifestamente "abnorme", oppure la per-

In definitiva, dunque, la corretta interpretazione sembra essere quella secondo cui l'Amministrazione dispone del potere di recuperare a tassazione componenti negative di reddito, non in quanto connesse ad operazioni giudicate *ex post* economicamente inopportune, bensì perché l'imprenditore non ha rispettato le norme fissate dal legislatore per la deduzione delle singole componenti.

«A tal proposito, si tratterà di valutare, da un lato, la riconducibilità del credito ceduto all'attività d'impresa, dall'altro l'inerenza della perdita così come emergente dal negozio di cessione. In tal senso la deducibilità della perdita dovrebbe essere negata, in quanto carente del requisito dell'inerenza, in tutti quei casi e nella misura in cui il prezzo della cessione appaia ingiustificatamente modesto rispetto all'entità del credito, ed alle difficoltà di recupero dello stesso»³⁶⁰.

Al contrario, laddove ci si trovasse in presenza di una cessione per un prezzo ingiustificatamente inferiore al valore dei crediti, la deducibilità del componente negativo potrebbe essere ammessa solo laddove, in mancanza di consistenti ragioni di convenienza per l'impresa, si consideri la perdita causata da inesigibilità del credito e quindi maturata prima della cessione, con conseguente necessità per il contribuente di evidenziare la sussistenza degli elementi certi e precisi³⁶¹.

Infine, prima di concludere sul punto, occorre considerare che la cessione del credito *pro soluto*, oltre a presentarsi nella forma "pura" sinora considerata, può assumere una conformazione ibrida dovuta, ad esempio, alla circostanza che il cedente ha prestato garanzia in favore del cessionario nei limiti del prezzo corrisposto.

dita su crediti potrà essere contestata solo per carenza degli elementi certi e precisi di cui all'art. 101 DPR n. 917/1986; l'A., pertanto, giudica quantomeno difficilmente sostenibile l'ipotesi di indeducibilità della perdita su crediti per manifesta antieconomicità³⁵⁹. Potrà essere eccepita l'insussistenza degli elementi certi e precisi; l'eventuale "antieconomicità" sarebbe solo la conseguenza di una perdita su crediti per cui non sono state attivate le procedure per il recupero ma in tal caso, quindi, si tornerebbe alla carenza di elementi certi e precisi.

³⁶⁰ Così FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 176. In senso conforme cfr. pure ZIZZO, *Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza*, cit., 353.

³⁶¹ Cfr. gli Autori citati alla nota precedente.

In questa peculiare ipotesi di cessione *pro soluto*, infatti, ferma restando l'inefficacia di ogni patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente oltre il corrispettivo ricevuto maggiorato di interessi, spese e danni, il cedente matura immediatamente una perdita corrispondente alla differenza tra il valore fiscalmente riconosciuto del credito e il prezzo di cessione, dovuta al definitivo distacco di esso dalla sfera patrimoniale dell'impresa, mentre l'ulteriore perdita, pari alla somma garantita, potrà essere dedotta solo nel successivo momento in cui, a seguito dell'inadempimento del debitore ceduto, il cessionario ne richiederà la restituzione³⁶².

³⁶² Cfr. DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 330.

§10: (segue): La cessione pro solvendo

Nella cessione di crediti a titolo oneroso *pro-solvendo*, a differenza della cessione *pro soluto*, il cedente è obbligato a garantire oltre all'esistenza del credito anche l'esigibilità dello stesso, ovvero la solvenza del debitore, rimanendo altresì vincolato nei confronti del cessionario sino al momento dell'effettiva riscossione del diritto ceduto, salvo che il mancato adempimento sia a quest'ultimo imputabile.

Pertanto, il credito ceduto, in caso di insolvenza del debitore, rientra a far parte del patrimonio del cedente per mezzo della retrocessione, con conseguente restituzione di quanto in precedenza ricevuto a titolo di corrispettivo.

In considerazione di tali caratteristiche e soprattutto della possibilità che il credito insoddisfatto ritorni nella sfera giuridica del cedente, il Ministero delle Finanze ritiene, in conformità a un tradizionale orientamento³⁶³, che la deducibilità delle perdite generate dalle operazioni di cessione di crediti *pro-solvendo* dovrebbe essere esclusa poiché questa particolare fattispecie di cessione non determina un assetto definitivo del rapporto in capo al cedente, il quale potrebbe eventualmente essere chiamato a tenere indenne il cessionario laddove la riscossione del credito non fosse andata a buon fine; secondo la prassi amministrativa suddetta, infatti, ciò comporterebbe la automatica insussistenza del requisito di certezza e precisione della perdita con conseguente irrilevanza – e quindi indeducibilità – ai fini fiscali.

Nella cessione *pro-solvendo*, pertanto, la deducibilità fiscale del componente negativo di reddito non potrebbe essere imputata all'esercizio in cui il credito viene ceduto, dovendo, invece, essere rimandata a quello diverso e successivo in cui, non avendo il debitore adempiuto al suo onere, la perdita sarà diventata definitivamente certa e documentata in capo al cedente.

³⁶³ Cfr. sul punto la nota Risoluzione ministeriale n. 9/634 del 13 marzo 1982, in Boll. Trib., 1982, 710.

Con riferimento a tale linea interpretativa, tuttavia, la migliore dottrina³⁶⁴ ha da tempo posto in evidenza la non generalizzabilità della ineducibilità, così come prospettata dall'Amministrazione, poiché questa soluzione, essendo riferita ad un caso specifico, non si presta ad essere univocamente applicata alla molteplicità di situazioni che possono concretamente essere ricondotte alla formula della cessione *pro-solvendo*, rispetto alle quali assumono valore determinante sia le garanzie prestate a favore del cessionario da parte del cedente per l'inadempimento del debitore ceduto, sia l'attribuzione delle somme eccedenti il prezzo di cessione nel caso di esito positivo della riscossione del credito.

Per quanto, in particolare, attiene alla garanzia per inadempimento occorre preliminarmente ricordare che, in base alla norma contenuta nell'art. 1267 c.c., sono senza effetto i patti diretti ad aggravare la responsabilità del cedente oltre il limite di quanto ricevuto, maggiorato di interessi³⁶⁵, spese e danni; pertanto, anche laddove il cedente prestasse una garanzia siffatta, «essa sarebbe senza effetto e non potrebbe giustificare una perdita ai fini fiscali, in quanto il cedente non sarebbe giuridicamente vincolato ad essa»³⁶⁶.

In tal senso, dunque, una volta escluso che il cedente possa impegnarsi a restituire al cessionario l'intero valore nominale del credito, dovrà, comunque, ammettersi in deduzione la differenza tra il prezzo di cessione e la maggior somma che il cedente garantisce per l'inadempimento, poiché tale somma è in ogni

³⁶⁴ Cfr. sul punto LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 264. In senso conforme anche DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 330; FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 177; ID., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1500.

³⁶⁵ Anticipando quanto si dirà meglio in seguito trattando del contratto di factoring, è il caso di sottolineare che, attraverso gli interessi che l'art. 1267 c.c. consente di porre a carico del cedente, il contratto può assumere anche una funzione finanziaria; al cedente può, pertanto, essere anticipato l'equivalente dell'importo nominale del credito, decurtato dell'interesse per il periodo anteriore all'esigibilità dello stesso, in modo che la somma garantita dal cedente per l'inadempimento del debitore, sia pari al valore nominale del credito.

³⁶⁶ Così LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 265.

caso perduta³⁶⁷, posto che il cessionario ha diritto di esigerla dal cedente qualora non riesca a riscuoterla in capo debitore³⁶⁸.

Al fine di sgomberare il campo da possibili equivoci, è opportuno, tuttavia, precisare che in caso di retrocessione del credito a seguito di inadempimento del debitore, il cedente non potrà beneficiare in relazione allo stesso credito di una doppia deduzione, prima come perdita da cessione e poi come perdita da inesigibilità, ma potrà dedurre fiscalmente la perdita sul credito (derivante da inesigibilità), limitatamente all'ammontare del valore nominale del credito ceduto al netto di quanto già dedotto a titolo di differenziale negativo al momento della cessione³⁶⁹.

Altro aspetto particolarmente rilevante in tema di deducibilità fiscale delle perdite su crediti originate da cessione *pro solvendo* riguarda, come anticipato innanzi, gli accordi eventualmente intervenuti tra le parti in ordine all'attribuzione delle somme eccedenti rispetto al prezzo di cessione, nel caso in cui naturalmente la riscossione abbia avuto esito positivo.

Infatti, laddove sia stato pattuito tra le parti che il cessionario acquisisca per intero le somme riscosse³⁷⁰, anche se superiori rispetto al prezzo di cessione, dovrebbe ammettersi la possibilità per il cedente, una volta perfezionato il negozio traslativo, di portare immediatamente in deduzione una perdita pari alla differenza tra il valore fiscalmente rilevante del credito e la somma incassata a titolo di corri-

³⁶⁷ Si pensi all'ipotesi, più teorica che pratica, in cui il cedente, dopo aver rimborsato al cessionario il prezzo della cessione oltre la maggiorazione in argomento, avendo riacquisito il credito riesca a riscuoterlo in capo al debitore. Anche in tal caso, infatti, la somma rappresentata da interessi, spese e danni non potrà essere recuperata, costituendo un costo minimo inevitabile dell'operazione fiscalmente deducibile.

³⁶⁸ Concordano sul punto LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 266; FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 177; INGRAO, *La cessione dei crediti pro solvendo tra minusvalenze e svalutazioni*, in Riv. Dir. Trib., 2007, 2, 144.

³⁶⁹ Cfr. sul punto FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1499.

³⁷⁰ Come evidenzia LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 267, tale soluzione appare particolarmente vantaggiosa nel caso di crediti scaduti o di dubbia esigibilità poiché, in tal caso, il cedente eviterebbe i costi e le lungaggini della procedura di riscossione, oltre a smobilizzare i crediti senza sopportare gli ingenti costi della cessione *pro soluto*; viceversa il cessionario, pur confidando sulla sua capacità di recuperare il credito in misura superiore rispetto al prezzo di cessione, potrebbe comunque contare, in caso di mancato realizzo, sulla garanzia di rimborso del corrispettivo, evitando in tal modo la perdita in conto capitale che subirebbe in caso di cessione *pro soluto*.

rispettivo della cessione. Qualora, poi, il debitore fosse inadempiente e il credito ritornasse nella disponibilità del cedente, questi potrebbe dedurre anche l'ulteriore perdita corrispondente a quanto rimborsato al cessionario³⁷¹.

Del resto, in tale quadro la eventualità che il credito non riscosso venga retrocesso al cedente appare alquanto remota ove solo si consideri che, nella normalità dei casi, il cessionario è rappresentato da un soggetto che svolge l'attività di recupero crediti a livello istituzionale, quindi con mezzi e capacità superiori rispetto a quelle di cui dispone il cedente e tali da consentirgli la persecuzione di un utile, oltre interessi e spese, proprio attraverso la riscossione che costituisce la finalità della sua attività³⁷².

In ogni caso, la possibilità per il cedente di dedurre dal reddito d'impresa la perdita realizzata all'atto della cessione, sia pur stipulata *pro solvendo*, non sembra che possa essere impedita dalla astratta possibilità di riassunzione del credito, atteso che, come già chiarito in via generale, la deduzione non è condizionata alla "certezza e definitività" in senso assoluto della perdita, né tantomeno alla estinzione del diritto di credito, occorrendo, al contrario, solo la sussistenza di elementi certi e precisi al momento della inclusione nel calcolo del reddito.

³⁷¹ Cioè la residua quota del valore facciale del credito oltre all'onere finanziario degli accessori. Cfr. sul punto DEL FEDERICO, *Le perdite su crediti*, cit., 331; LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 267; FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 178.

³⁷² Come sottolinea LUPI, *Certezza e probabilità nelle perdite su crediti*, cit., 268, la decisione del cessionario di rivalersi sul cedente, rinunciando così alla propria remunerazione, potrebbe verificarsi solo nell'ipotesi in cui il debitore si trovi in una grave situazione di dissesto finanziario, tale da pregiudicare significativamente le possibilità di realizzo.

§11: (segue): Il factoring

Dall'analisi degli aspetti civilistici che caratterizzano il contratto di factoring è emerso che, nonostante esso si basi formalmente sullo schema della cessione dei crediti *pro soluto* e *pro solvendo*, il corretto inquadramento della fattispecie concreta richiede la verifica caso per caso delle peculiari caratteristiche che esso assume nella attuazione pratica prescelta dalle parti.

A tal riguardo è opportuno ricordare sinteticamente che le questioni di maggiore rilevanza riguardano la individuazione della struttura dell'operazione, se cioè si tratti di un negozio unitario ovvero di un contratto quadro seguito da più cessioni autonome, nonché la qualificazione dei versamenti normalmente corrisposti dal factor a favore del cedente, atteso che la diffusa opinione secondo cui si tratterebbe di anticipi del prezzo di cessione trova un significativo ostacolo laddove sia prevista la maturazione di interessi.

Per quanto poi riguarda la causa del negozio, pur essendo indubitabile che esso privilegi nel suo schema tipico la *causa vendendi*, è altrettanto vero che tale schema mal si adatta a quelle ipotesi in cui il factor è da un lato debitore del prezzo di cessione (da corrispondere una volta riscosso il credito), dall'altro è creditore degli interessi sull'anticipo corrisposto e delle commissioni per i servizi prestati; di conseguenza la dottrina ha cercato di ricondurre la causa del factoring al mandato all'incasso, al finanziamento, alla garanzia.

Come è facile intendere, dunque, le problematiche tributarie relative alla deducibilità delle perdite derivanti dal trasferimento dei crediti mediante contratto di factoring sono assimilabili, nella sostanza, a quelle riscontrate nell'analisi della questione relativamente alla cessione ordinaria dei crediti.

Naturalmente, anche nel caso del factoring trova applicazione la norma sancita dall'art. 101, comma 5, TUIR, per cui la differenza negativa tra l'importo percepito in conseguenza della cessione e il valore del credito ceduto costituisce una perdita fiscalmente rilevante, da includere nel conto dei profitti e delle perdite

quale componente negativo di reddito per l'impresa cedente sulla base di idonea documentazione.

L'osservanza degli obblighi formali, infatti, ancor più pregnante nel caso del factoring ove la varietà di assetti contrattuali concretamente attuabili può condizionare il trattamento tributario delle componenti reddituali che ne derivano, costituisce un supporto essenziale per la determinazione del reddito e, per quanto qui interessa, delle perdite su crediti, rispetto alle quali conservano la loro validità sia le indicazioni fornite dall'Amministrazione Finanziaria³⁷³ sia le pronunce della Cassazione³⁷⁴ che impongono al contribuente uno stringente onere probatorio.

Considerato, dunque, che i requisiti generali della competenza, inerenza, certezza e precisione della perdita trovano applicazione anche in ordine alla deduzione delle componenti negative derivanti da cessioni di crediti realizzate attraverso un contratto di factoring, gli elementi da prendere in considerazione per la determinazione del reddito dell'impresa cedente consistono nel differenziale tra l'importo percepito in conseguenza della cessione e il valore del credito ceduto, nonché nelle commissioni ed interessi³⁷⁵.

Limitando, quindi, l'indagine alle ipotesi principali cui può essere ricondotta l'operazione di factoring, riprendendo concetti già espressi, si può rilevare che se il factoring è riconducibile al mandato all'incasso l'impresa "mandante" conserva il credito nel proprio attivo e lo stesso rileva dal punto di vista fiscale secondo le regole generali, per cui un'eventuale perdita sul credito potrà aversi solo nel momento in cui il factor non sia riuscito a riscuotere il credito, ma in tal caso il

³⁷³ Cfr. sul punto Ris. Min. n. 9/124 del 6 agosto 1976, cit. e Ris. Min. n. 9/634 del 13 marzo 1982 cit..

³⁷⁴ Per la giurisprudenza si rinvia a quanto riportato nei precedenti paragrafi.

³⁷⁵ Secondo MICALI, *Aspetti fiscali del factoring*, Milano, 1992, 65, considerato che la cessione del credito è per il cedente irrilevante ai fini delle imposte sui redditi e che il concetto di reddito accolto dal legislatore è quello di reddito prodotto (in base al quale qualsiasi incremento di valore deve provenire direttamente o indirettamente da una fonte produttiva) se ne deduce che per le anticipazioni corrisposte dal factor all'impresa cedente sui crediti ceduti non si rinviene un rapporto di derivazione da una fonte produttiva, per cui bisogna ritenere che si tratti di una semplice sostituzione contabile da iscrivere nello stato patrimoniale tra i conti d'ordine che non esprimono né attività né passività patrimoniale.

cedente “subirà” una perdita da inesigibilità del credito e non da atto di disposizione.

Nell’ipotesi, poi, in cui il factoring sia realizzato attraverso una ordinaria cessione di credito *pro soluto*, non vi è ragione perché la disciplina fiscale differisca da quella analizzata in via generale per tale ipotesi; pertanto, sebbene si possa condividere l’affermazione secondo cui la perdita è *in re ipsa*³⁷⁶, l’operazione non sfuggerà alla valutazione di inerenza, in difetto della quale si potrà incorrere nella ripresa a tassazione della perdita dedotta.

Anche nel caso in cui la formula utilizzata sia quella della cessione *pro solvendo*, la disciplina fiscale sarà in via generale quella già individuata per tali operazioni e anche in tal caso sarà necessaria una analisi caso per caso degli accordi contrattuali intervenuti tra le parti che consenta di individuare l’esatta qualificazione della fattispecie negoziale.

In particolare, attenta dottrina³⁷⁷ ha rilevato che, per distinguere le fattispecie in cui la *causa vendendi* prevale sulla causa di finanziamento, occorre verificare se l’anticipazione corrisposta dal factor al cedente si pone come anticipazione del prezzo di cessione, cui si connette la possibilità per il primo di rivendere liberamente il credito acquisito, ovvero se la stessa costituisca piuttosto nella sostanza una anticipazione finanziaria da restituire al factor, nel qual caso assume importanza determinante la previsione di interessi a favore del factor³⁷⁸.

Per quanto concerne, invece, le commissioni e gli interessi corrisposti al factor, non vi è dubbio che essi costituiscano per il cedente componenti negativi deducibili dal reddito imponibile, senza possibilità di contestazione da parte

³⁷⁶ Cfr. retro nota 355.

³⁷⁷ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell’IRES*, cit., 219.

³⁷⁸ Secondo MICALI, *Aspetti fiscali del factoring*, cit., 73, il fatto che la differenza negativa, tra l’importo percepito in seguito alla cessione del credito e il valore del credito, costituisca per le imprese una perdita fiscalmente rilevante, costituisce una delle motivazioni principali che spingono alla stipulazione dei contratti factoring: infatti, le imprese in momenti di difficoltà nella gestione della loro attività sono indotte a cedere i crediti a società di factoring, il che consente di ottenere sia un finanziamento sia l’evidenziazione di perdite, componenti negativi che riducono l’utile di esercizio.

dell'Amministrazione finanziaria purché siano stati rispettati i principi generali di competenza, inerenza e previa imputazione.

Infine, a completamento dell'argomento sin qui trattato, merita una considerazione l'ipotesi di factoring con cessione in massa di crediti futuri, che secondo la prevalente dottrina civilistica determina il trasferimento del credito dal cedente al cessionario nel momento stesso in cui il credito viene ad esistenza; infatti, tale circostanza, laddove possa ritenersi prevalente sul piano giuridico-economico la *causa vendendi*, comporta che il credito, nel momento in cui diviene attuale, rileva ai fini fiscali per la sola impresa di factoring³⁷⁹. Pertanto, fatte salve modalità differenti di trasferimento dei crediti, il cedente non matura alcuna perdita fiscalmente rilevante, analogamente a quanto già rilevato in termini generali per la cessione del credito.

³⁷⁹ Come evidenzia FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 220, l'eventuale presenza di clausole di gradimento a favore del factor sono assimilabili in via generale a condizioni risolutive della cessione.

§12: (segue): *La cartolarizzazione*

Come già ampiamente esposto nella prima sezione del presente lavoro, la cartolarizzazione dei crediti (*securitization*), disciplinata dalla legge 30 aprile 1999, n. 130, costituisce un'operazione particolarmente complessa consistente essenzialmente nel trasferimento di crediti da un soggetto, c.d. *originator*, ad un altro soggetto, c.d. cessionario o società veicolo (*Special Purpose Vehicle – SPV*), il quale a fronte delle attività acquisite emette, direttamente o tramite altra società, titoli sul mercato secondario, c.d. *Asset Backed Security (ABS)*.

Anche in relazione a tale operazione, pertanto, può assumere rilievo la problematica della deducibilità ai fini fiscali delle perdite su crediti poiché, come è facile immaginare, la cessione dall'*originator* allo *SPV* avviene, normalmente, per un corrispettivo inferiore rispetto al valore facciale dei crediti stessi³⁸⁰, generando in tal modo una perdita in capo al cedente.

La legge non stabilisce espressamente se il trasferimento dei crediti debba avvenire *pro soluto* o *pro solvendo*, pertanto si ritiene che la cessione possa essere attuata indifferentemente con la sola garanzia dell'esistenza ovvero anche con quella della solvenza del debitore³⁸¹; ne consegue che il problema della deducibilità delle perdite su crediti oggetto di cartolarizzazione va affrontato e risolto negli

³⁸⁰ Tale supposizione, tuttavia, è solo parzialmente esatta poiché, come sottolinea LUPI, *Profili fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, in Rass. Trib., 2000, II, 387, non possono escludersi, soprattutto in un mercato maturo, cessioni a corrispettivi superiori, quando oggetto dell'operazione siano crediti di particolare qualità remunerativa, dovuta ad esempio a tassi di interesse particolarmente elevati.

³⁸¹ È necessario segnalare che l'unico precedente giurisprudenziale che si rinviene sull'argomento è rappresentato dalla sentenza della Comm. trib. prov.le Sassari, 10/06/2004, n. 67, con note di BASILAVECCHIA, *Interamente deducibili le perdite su crediti ceduti nelle cartolarizzazioni*, in Corr. Trib., 2005, 3, 215; e di SCANO, *Credit enhancement e riqualificazione della cessione dei crediti nell'ambito delle operazioni di asset securitization*, in Banca borsa tit. cred. 2006, 1, 87. Nel caso di specie, sebbene l'operazione fosse antecedente all'emanazione della legge n. 130/99, i giudici hanno affrontato il problema della deducibilità delle perdite prescindendo dalla necessità di rinvenire una cessione *pro soluto* per poter ammettere la perdita, ma verificando da un lato l'effettività della cessione, dall'altro la irreversibilità della diminuzione patrimoniale. Secondo la Commissione sassarese, infatti, è dall'analisi della combinazione delle clausole che va riconosciuta la definitività della perdita, potendo tale requisito riscontrarsi in tesi anche in cessioni avvenute *pro solvendo*, tutte le volte in cui le successive vicende di realizzo del credito possono ulteriormente articolare la responsabilità del cedente, aggravandone la soggezione del patrimonio a recuperi.

stessi termini individuati per la cessione ordinaria e per il factoring, ammettendola, quindi, nel solo caso in cui risulti da elementi certi e precisi, secondo quanto previsto in via generale dall'art. 101 TUIR³⁸².

Bisogna, comunque, rilevare che all'interno della complessa operazione di *securitization* occupa un ruolo fondamentale il c.d. *credit enhancement*, ossia la prestazione di una garanzia a copertura del rischio di mancata *performance* del portafoglio titoli, sostanzialmente finalizzata ad aumentare il gradimento presso il pubblico degli investitori, la quale può essere fornita in diversi modi e in particolare: mediante una linea di credito o di garanzia sottoscritta da parte di un terzo, solitamente una banca o un istituto finanziario³⁸³; mediante la c.d. *overcollateralization*³⁸⁴; mediante linea di credito o di garanzia sottoscritta dallo stesso *originator*.

L'esistenza della garanzia, qualora la cessione sia avvenuta *pro soluto*, comporta nelle prime due ipotesi la liberazione dell'*originator* da qualsiasi rischio per l'insolvenza sui crediti cartolarizzati; nella terza, invece, avendo prestato egli stesso la garanzia³⁸⁵, dovrà sopportare le perdite realizzate nei limiti della garanzia assunta³⁸⁶.

³⁸² Secondo NAVONE, *I profili fiscali della securitization*, in Rass. Trib., 2002, IV, 1272, il quale fa specifico riferimento alla tesi espressa dall'Amministrazione finanziaria con la più volte richiamata Ris. 9/634 del 13 marzo 1982, non è corretto porre sullo stesso piano il tema del trattamento fiscale della differenza tra valore facciale dei crediti e prezzo pagato per l'acquisto degli stessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione dei crediti e il tema del trattamento fiscale della differenza tra valore facciale dei crediti e prezzo pagato per l'acquisto degli stessi effettuato isolatamente ovvero in seno ad altro tipo di operazioni, poiché nel caso della *securitization* la cessione assume una funzione sua propria in relazione ai peculiari obiettivi dell'operazione in cui si inserisce. Pertanto, la pretesa di applicare alla vicenda schemi interpretativi elaborati con riguardo ad altri fenomeni, non sarebbe adeguatamente fondata nel metodo, prima ancora che nel merito.

³⁸³ L'assunzione di garanzia da parte di un terzo viene definita *external credit enhancement*. Come nota SCANO, *Credit enhancement e riqualificazione della cessione dei crediti nell'ambito delle operazioni di asset securitization*, cit., 87, il ricorso all'*external credit enhancement* determina, tuttavia, un incremento dei costi dell'operazione e, perciò, tenderà ad essere evitato dai soggetti che pianificano la cartolarizzazione di propri crediti.

³⁸⁴ Cioè attraverso la cessione allo *SPV* di un portafoglio crediti di valore eccedente rispetto a quello considerato per la cartolarizzazione.

³⁸⁵ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 222.

³⁸⁶ In ogni caso, la valutazione del rischio residuo in capo al cedente deve necessariamente essere valutata caso per caso, infatti, come osserva SCANO, *Credit enhancement e riqualificazione della cessione dei crediti nell'ambito delle operazioni di asset securitization*, cit., 87, la garanzia, oltre a

Al contrario, le perdite eventualmente realizzate in misura superiore alla garanzia sono sopportate dai sottoscrittori dei titoli³⁸⁷, atteso che la massa di crediti costituisce, come noto, “patrimonio separato” della società veicolo destinato esclusivamente al soddisfacimento dei titoli emessi per finanziare l’acquisto dei crediti ceduti, nonché dei costi dell’operazione.

Per esigenze di completezza è utile ricordare, tuttavia, che la legge n. 130 ha introdotto una disciplina transitoria, recante una specifica disciplina tributaria per le operazioni di cartolarizzazione poste in essere entro due anni dall’entrata in vigore di essa, la cui finalità era quella di favorire un mercato delle cartolarizzazioni nel nostro paese, come si evince dalla relazione di accompagnamento ove si precisava che le prime operazioni avrebbero potuto comportare degli oneri ulteriori per i soggetti cedenti rispetto ad una situazione di normalità³⁸⁸.

Stabilisce, infatti, all’art. 6^{co. 3}, che «le diminuzioni di valore registrate sugli attivi ceduti, sulle garanzie rilasciate al cessionario e sulle attività, diverse da quelle oggetto di cessione, poste a copertura delle operazioni di cartolarizzazione, nonché gli accantonamenti effettuati a fronte delle garanzie rilasciate al cessionario, possono essere imputati direttamente alle riserve patrimoniali, se relativi a contratti di cartolarizzazione stipulati entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge» e che «essi vanno imputati sul conto economico in quote costanti nell’esercizio in cui si sono registrati la diminuzione di valore o gli accantonamenti e nei quattro successivi».

non essere pattuita a favore del cessionario bensì degli investitori, potrebbe avere ad oggetto non la solvenza dei debitori ceduti, ma l’adempimento del cessionario (finale) *SPV*. Pertanto, avuto riguardo allo schema di cessione delineato dagli artt. 1260 ss. c.c., non solo potrebbe non sussistere identità dei soggetti beneficiari della garanzia, ma potrebbe anche non ravvisarsi collimanza di oggetti, essendo la garanzia fideiussoria prestata per l’inadempimento dell’obbligo di rimborso delle *ABS*. Inoltre, nella cartolarizzazione, la riassunzione del rischio può originare dalla garanzia di solvenza dei debitori ceduti, ma può assumere anche forme giuridiche differenti dalla clausola *pro solvendo*.

³⁸⁷ Frequentemente accade che parte dei titoli emessi venga sottoscritta dallo stesso *originator*, a sostegno della bontà dell’operazione. In tali casi, tuttavia, è evidente che le perdite eventualmente subite non costituiranno perdite su crediti.

³⁸⁸ Cfr. sul punto CERIANA, *Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2001, I, 450, nota 123.

Inoltre, il comma 4 dello stesso articolo, prevede che «nelle ipotesi di cui al comma 3, le diminuzioni di valore ivi previste concorrono alla determinazione del reddito di impresa negli esercizi in cui sono iscritte al conto economico».

Optando per il regime speciale, dunque, le diminuzioni di valore (e gli accantonamenti) di cui alla norma potevano essere dapprima imputate direttamente alle riserve patrimoniali e, quindi, fatte transitare a conto economico in quote costanti; la prima delle quali da imputarsi al conto economico dell'esercizio in cui si erano registrate le diminuzioni di valore (e gli accantonamenti), mentre le rimanenti al conto economico di ciascuno dei quattro esercizi che seguono.

Se si fosse optato per il regime ordinario, invece, le diminuzioni di valore (e gli accantonamenti) avrebbero dovuto trovare evidenza nel conto economico dell'esercizio in cui si sono registrati³⁸⁹.

³⁸⁹ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 226; CERIANA, *Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, cit., 450; NAVONE, *I profili fiscali della securitization*, cit., 1269.

§13: *La possibile elusività delle operazioni di cessione*

Prima di concludere l'analisi in merito alla rilevanza delle perdite su crediti ai fini dell'imposizione sul reddito delle società, è necessario mettere in evidenza che la deducibilità delle suddette componenti negative, specie se derivanti da negozi di cessione, può dare luogo a manovre elusive.

Sebbene, infatti, non rientri nello scopo del presente lavoro un approfondimento specifico della tematica, è comunque opportuno rilevare che, comunemente, si considera elusione fiscale quel comportamento del contribuente che non viola in sé alcuna norma impositiva, presentandosi quindi come formalmente lecito, ma che in realtà è diretto unicamente al raggiungimento di un vantaggio fiscale attraverso un uso "anomalo" degli strumenti giuridici.

Anche la cessione dei crediti, come detto, assume rilievo in materia di elusione fiscale, poiché tale operazione è espressamente richiamata dalla disposizione antielusiva contenuta nell'art. 37-bis, DPR 600/73, il quale, al primo comma, dichiara "inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti"³⁹⁰. Conseguentemente, il secondo comma della norma consente all'Amministrazione finanziaria di disconoscere "i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione".

³⁹⁰ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 228, il quale, alla nota 158, ricorda che il legislatore ha considerato le cessioni dei crediti potenzialmente elusive, già con l'art. 28, L. 23 dicembre 1994, n. 724, che aveva modificato la precedente norma antielusiva di cui all'art. 10, L. 29 dicembre 1990, n. 408. Quest'ultima, quindi, è stata abrogata e sostituita dal nuovo art. 37-bis, DPR 600/73, introdotto dall'art. 7, DLgs 8 ottobre 1997, n. 358, a decorrere dagli atti, fatti e procedimenti posti in essere dopo l'8 novembre 1997. Fino al 30 settembre 1994, dunque, le cessioni di crediti potevano essere effettuate senza possibilità che venisse contestata una loro finalità elusiva; da quella data, invece, il legislatore ha preso atto dei rischi che tale tipo di operazione può comportare per l'Erario.

Nonostante l'interpretazione della disposizione in questione presenti non poche complessità, può dirsi comunque confermato³⁹¹ che la stessa subordina l'inopponibilità al Fisco dell'operazione elusiva alla sussistenza di due requisiti, ovvero: a) l'aggiramento di una fattispecie imponibile legalmente preconstituita e b) l'assenza di valide ragioni economiche.

Perché, tuttavia, si possa giungere al concreto disconoscimento fiscale dell'operazione "sospetta" è necessario che, nell'ambito del comportamento concretamente posto in essere dal contribuente, sia ricompresa una delle operazioni tassativamente indicate dall'art. 37-bis, tra cui rientra giustappunto la stessa cessione dei crediti.

In tale prospettiva, pertanto, sarà sempre l'Amministrazione, secondo le regole generali, ad essere gravata dall'onere di fornire le prove, anche presuntive, dei fatti da cui trae origine il disconoscimento e sui quali si fonda la pretesa tributaria. In particolare, dal tenore della norma si evince chiaramente che l'Ufficio, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo, deve valutare l'elusività fiscale avendo riguardo al fine ultimo perseguito dal contribuente con l'operazione economica nel suo complesso, in relazione alla quale «perdono (fiscalmente) valore anche le ragioni economiche concrete che le singole operazioni possono avere se considerate isolatamente»³⁹².

Ritornando al tema centrale della presente trattazione, cioè le perdite generate da cessioni dei crediti, occorre sottolineare che tali operazioni sono sovente finalizzate a comprimere il reddito imponibile, ottenendo un risparmio di imposta che si rivela tanto più significativo quanto maggiore è il componente negativo di reddito portato in deduzione a seguito della dismissione volontaria dei crediti. Evidentemente, lo strumento attraverso il quale l'impresa cedente cerca di ottenere tale risultato consiste nella sottovalutazione delle attività cedute, ovvero nella cessione dei crediti ad un prezzo più basso rispetto al presumibile valore di realizzo.

³⁹¹ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 238. Riferimenti *ivi*.

³⁹² Cfr. sul punto, FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1502.

Proprio in considerazione di tale circostanza, una parte della dottrina³⁹³ ha sottolineato criticamente come alcune pronunce giurisdizionali³⁹⁴, segnatamente riguardanti ipotesi di cessione con clausola *pro soluto*, abbiano strumentalizzato in chiave antielusiva, sia pur tra le righe della parte motiva e senza mai affrontare apertamente la questione, la norma di cui all'art. 101 TUIR che subordina la deducibilità delle perdite su crediti alla sussistenza di elementi certi e precisi.

In tale ottica, si è sostenuto che la perdita è immanente alle fattispecie di cessione del credito senza azione di regresso, in altre parole è *in re ipsa*, poiché rappresenta il frutto inevitabile del sistema di determinazione del reddito d'impresa essenzialmente imperniato sui corrispettivi pattuiti tra le parti³⁹⁵. Dunque, secondo tale orientamento la legittima preoccupazione, del Fisco e dei giudici, di vedere una normale operazione di cessione di crediti trasformarsi in una pericolosa operazione elusiva, non dovrebbe giustificare una diffusa diffidenza verso siffatti negozi, tale da indurre ad adottare una linea interpretativa esorbitante rispetto ai limiti imposti dal diritto positivo.

In realtà, come si è già avuto modo di sottolineare nelle pagine che precedono, la cessione di un credito ad un prezzo inferiore rispetto al suo valore deve essere esaminata, ed eventualmente contrastata, *in primis* alla luce del principio di inerenza dei costi; pertanto, laddove venisse ceduto un credito garantito, o comunque facilmente esigibile, verso un corrispettivo ingiustificatamente più basso

³⁹³ Cfr. sul punto DONATELLI, *Ancora in tema di deducibilità delle perdite derivanti dai contratti di cessione dei crediti con la clausola pro soluto*, cit., 1370.

³⁹⁴ Cfr. Cass., 27 febbraio – 12 aprile 2006, n. 8592, cit.; Cass., 11 dicembre 2000, n. 15563, cit.; Cass., 6 aprile 2000, n. 13181, cit.; Comm. Trib. Reg. Venezia, 11/31 maggio 1999, n. 50.

³⁹⁵ Come nota BEGHIN, *L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'inerenza del costo*, cit., 475, nota 7, la circostanza che il prezzo di cessione del credito venga determinato in assetto negoziale non può essere trascurato, soprattutto laddove si voglia riflettere sull'eventuale connotazione elusiva dell'operazione. Al riguardo, l'A. osserva che se, da un lato, il corrispettivo costituisce elemento fondamentale ai fini dell'emersione del componente negativo deducibile, dall'altro lo stesso prezzo segna, in capo all'acquirente, il nuovo valore fiscalmente riconosciuto. Pertanto, laddove il cessionario riesca, in seguito, ad incassare dal debitore somme superiori al corrispettivo sborsato per l'acquisto del credito, i differenziali concorreranno alla formazione del reddito in capo al cessionario. *Ergo*, in assenza di perdite riportabili, la cessione di credito con clausola *pro soluto*, seguita dall'incasso di somme superiori al corrispettivo di cessione, non necessariamente determina un risparmio fiscale.

del suo valore, «la perdita su crediti dovrebbe risultare priva del requisito di inerenza, e come tale fiscalmente indeducibile»³⁹⁶.

Peraltro, sostenere la necessità di una previa valutazione della sussistenza del requisito di inerenza in siffatte situazioni, non significa negare l'astratta applicabilità dell'art. 37-bis citato, ma soltanto affermare il suo carattere residuale rispetto alle altre disposizioni tributarie sostanziali e circoscriverne la naturale operatività ai casi in cui la condotta posta in essere non violi direttamente alcuna norma ovvero risulti particolarmente difficile offrire la prova dell'assenza di inerenza del componente negativo dedotto³⁹⁷.

A titolo esemplificativo, potrebbe prendersi in esame l'ipotesi di cessione di crediti *pro soluto*, realizzata tra imprese appartenenti ad un medesimo gruppo imprenditoriale nazionale, per un corrispettivo economicamente apprezzabile. In tal caso, la fattispecie in sé considerata non viola alcuna norma tributaria e il differenziale negativo eventualmente realizzato dall'impresa cedente si presenta legittimamente deducibile dal reddito. Al contrario, laddove la singola operazione di cessione si inserisse in un più ampio disegno economico, finalizzato esclusivamente a ridistribuire gli utili e le perdite del gruppo nel modo fiscalmente più vantaggioso tra le diverse società ad esso facenti capo, allora l'Amministrazione finanziaria, accertata la violazione indiretta della norma tributaria sostanziale e l'assenza di valide ragioni economiche, potrebbe disconoscere il vantaggio fiscale della cessione e riprendere a tassazione gli importi indebitamente dedotti³⁹⁸.

Ancora si può considerare l'ipotesi in cui un creditore, che non agisce nell'esercizio d'impresa, ceda per un corrispettivo vicino al valore nominale un credito di difficile esigibilità ad una società commerciale da lui partecipata. In siffatta ipotesi, l'operazione potrebbe essere considerata elusiva sotto diversi aspetti,

³⁹⁶ Così FIORENTINO, *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., 1502. Concorda sul punto anche BEGHIN, *L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'inerenza del costo*, cit., 476.

³⁹⁷ Cfr. sul punto FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'IRES*, cit., 243.

³⁹⁸ Si veda al riguardo FIORENTINO, cit. alla nota precedente, cui si rinvia per un approfondimento più generale della questione relativa alla cessione di crediti infragruppo.

infatti, tenuto conto che i soggetti i quali non agiscono nell'esercizio di attività imprenditoriale non possono svalutare i propri crediti ai fini fiscali né beneficiare della deduzione delle perdite realizzate a seguito del trasferimento, la cessione potrebbe essere finalizzata in realtà sia a recuperare la perdita in capo alla cessionaria sia a mascherare la distribuzione di dividendi a favore del socio in violazione della disciplina del reddito d'impresa³⁹⁹.

³⁹⁹ Cfr. sul punto BEGHIN, *Le perdite derivanti dalla cessione di crediti con clausola "pro soluto" tra giudizi di opportunità e giudizi di corrispondenza alla fattispecie legale*, cit., 994

§14: Rilevanza delle perdite su crediti in materia di imposta sul valore aggiunto

Le operazioni di cessione dei crediti, e quindi le perdite su crediti cui il presente lavoro è dedicato, non esauriscono la loro rilevanza tributaria nell'ambito dell'imposizione sul reddito d'impresa, ma possono assumere rilievo anche nel campo di applicazione di altre grandi imposte quali IVA e IRAP.

Al riguardo, tuttavia, è necessario sottolineare preliminarmente che si tratta di aspetti che non hanno attirato, a quanto consta, l'attenzione della dottrina e sui quali si cercherà di svolgere alcune considerazioni basate sul raffronto tra il dato normativo e i risultati raggiunti in sede di qualificazione giuridica delle operazioni di cessione considerate.

Per quanto riguarda in particolare l'IVA, occorre innanzitutto osservare che la legge 18 febbraio 1997, n. 28, in attuazione della Direttiva Comunitaria 95/7/CE a sua volta modificativa della Direttiva 77/388, ha ridisegnato, tra altro, la materia della cessione dei crediti apportando significative innovazioni agli articoli 3 e 10 del DPR 26 ottobre 1972, n. 633, recante la disciplina della suddetta imposta.

Una prima modifica ha interessato il primo periodo del n. 3), del comma 2, dell'art. 3, DPR 633/1972, a seguito della quale risultano attualmente inclusi tra le prestazioni di servizi anche «i prestiti di danaro e di titoli non rappresentativi di merci, comprese le operazioni finanziarie mediante la negoziazione, anche a titolo di cessione *pro-soluto*, di crediti, cambiali o assegni». Come si evince chiaramente dalla norma, dunque, le negoziazioni di crediti possono assumere rilevanza quali elementi di prestazioni di servizi, solo in quanto concorrano alla realizzazione di una più ampia operazione di credito.

Tale circostanza trova, infatti, riscontro nella permanenza della disposizione contenuta al terzo comma dell'articolo 2, il quale, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, disconosce natura di cessione di beni a quelle «cessioni che hanno per oggetto ... crediti in denaro», escludendole dall'ambito di applicazione del tribu-

to. Al contrario, i prestiti di denaro e di titoli non rappresentativi di merci configurano prestazioni di servizi, anche quando siano assistiti da cessioni di crediti o di titoli *pro soluto* e cioè senza diritto di rivalsa verso il cedente; pertanto, rimangono in concreto assoggettate all'applicazione dell'IVA le operazioni di factoring⁴⁰⁰, di cartolarizzazione⁴⁰¹ ed in generale quelle realizzate mediante cessione, sia *pro soluto* che *pro solvendo*, di crediti, cambiali o assegni, oltre a quelle tipiche di mutuo, sconto, apertura di credito e simili⁴⁰².

Il regime giuridico di queste operazioni è stato, invece, precisato con l'ulteriore modifica introdotta dalla legge 28/97, che ha comportato la sostituzione del n. 1), del comma 1, dell'art. 10, DPR 633, il quale nella nuova formulazione stabilisce che «sono esenti dall'imposta ... le prestazioni di servizi concernenti la negoziazione di crediti ... ad eccezione del recupero crediti»⁴⁰³.

Nel quadro normativo delineato con la modifica introdotta dal legislatore del 1997 si possono, quindi, distinguere due diverse tipologie di cessione di crediti: quelle in cui il negozio viene posto in essere isolatamente, come nel caso di cessione in luogo di adempimento o mera vendita, e per le quali l'art. 2 prevede il regime di esclusione dall'imposta; ovvero quelle prive di una propria individualità in quanto poste in essere nell'ambito di una più ampia operazione di finanziamen-

⁴⁰⁰ In tema di factoring si segnala MEDICI, *Il trattamento fiscale ai fini iva delle operazioni di factoring: la parola alla Corte di Giustizia*, nota a sentenza della CGCE, 26 giugno 2003, n. C-305-01, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, II, 351.

⁴⁰¹ Con specifico riferimento alla cartolarizzazione dei crediti si segnalano sul punto i contributi offerti di LUPI, *Profili fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, cit., 394; NAVONE, *I profili fiscali della securitization*, cit., 1279; CERIANA, *Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, cit., 461.

⁴⁰² ARNAO-CASTELLI *Il doppio regime della cessione dei crediti*, in *Corr. Trib.*, 1997, 10, 716; ID., *Il nuovo trattamento tributario delle cessioni di crediti*, in *Corr. Trib.*, 1997, 36, 2643; CERIANA, *Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, cit., 461. Condivide le medesime conclusioni anche MEDICI, *Il trattamento fiscale ai fini iva delle operazioni di factoring: la parola alla Corte di Giustizia*, cit., 351.

⁴⁰³ Cfr. sul punto MEDICI, *Il trattamento fiscale ai fini iva delle operazioni di factoring: la parola alla Corte di Giustizia*, cit., 351, la quale critica la posizione assunta dalla Corte, secondo cui il factoring altro non sarebbe che una mera variante del concetto più generale di recupero crediti, a prescindere per il resto dalle modalità secondo le quali viene praticato.

to e rispetto alle quali, per il combinato disposto degli articoli 3, comma 2, n. 3), e 10, n. 1, DPR 633, è previsto il regime di esenzione⁴⁰⁴.

Per completezza di esposizione è necessario ricordare, sia pur brevemente, che le operazioni economiche possono rientrare o meno nel campo di applicazione dell'IVA: in quest'ultimo caso le operazioni, che si definiscono "escluse", non determinano il sorgere del debito d'imposta né comportano i tipici adempimenti formali connessi al funzionamento della stessa (fatturazione, registrazione, ecc.); nel primo caso, invece, si possono distinguere le operazioni "imponibili", le quali comportano l'applicazione integrale della disciplina IVA; nonché le operazioni "non imponibili" ed "esenti", le quali richiedendo gli adempimenti formali ma non determinano il sorgere del debito d'imposta. Le operazioni "esenti", in più, si caratterizzano per il fatto di limitare il diritto di detrazione, secondo il criterio del *pro rata*⁴⁰⁵.

In ogni caso, nell'ottica delle perdite su crediti, una volta appurata la rilevanza ai fini IVA dell'operazione, la disposizione più rilevante è quella dettata dall'art. 26, comma 2, DPR 633, il quale stabilisce che il cedente del bene o il prestatore del servizio ha la facoltà di emettere una nota di variazione in diminuzione «per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali o procedure esecutive rimaste infruttuose»; ne deriva, infatti, il diritto di portare in detrazione l'imposta assolta, corrispondente alla variazione operata, a condizione che per l'operazione posta in essere sia stata emessa e registrata la relativa fattura.

⁴⁰⁴ Cfr. sul punto CERIANA, *Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, cit., 462, il quale ricorda che la stessa Amministrazione finanziaria, con la Risoluzione 24 maggio 2000, n. 71, ha affermato che le cessioni di crediti *pro soluto* finalizzate allo scopo di procurare liquidità rientrano nel dettato dell'art. 10, DPR 633.

⁴⁰⁵ Come chiarisce LUPI, *Diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2002, 326, l'effettuazione di operazioni esenti limita la detrazione dell'imposta sugli acquisti in proporzione al rapporto tra operazioni attive che danno diritto a detrazione e lo stesso importo, aumentato delle operazioni esenti. Tale rapporto correntemente indicato con l'espressione *pro rata* e la percentuale da esso derivante sarà applicata all'IVA sugli acquisti, ottenendo così l'ammontare di IVA detraibile; al limite, ove esistano solo operazioni esenti, l'imposta sugli acquisti sarà del tutto indetraibile, anche per un ammontare superiore all'IVA teoricamente applicabile sulle operazioni attive, ove non fossero state esenti.

Sul punto l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che «nell'ipotesi di mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure esecutive rimaste infruttuose, ... il presupposto legittimante la variazione in diminuzione viene ad esistere quando il credito del cedente del bene o prestatore del servizio non trova soddisfacimento attraverso la distribuzione delle somme ricavate dalla vendita dei beni dell'esecutato ovvero quando sia stata accertata e documentata dagli organi della procedura l'insussistenza di beni da assoggettare all'esecuzione»⁴⁰⁶. In altre parole, quindi, l'Ufficio individua nel pignoramento negativo o infruttuoso il presupposto della emissione della nota di variazione.

La disposizione dell'art. 26, DPR 633, dunque, richiama alla mente quella dell'art. 101, TUIR, che ammette la deduzione delle perdite su crediti purché risultanti da “elementi certi e precisi”, stante la sostanziale unitarietà dei presupposti necessari per emettere la nota di variazione o portare in deduzione la perdita.

Tuttavia, bisogna considerare che la norma in materia di IVA impone di considerare tassative le fattispecie necessarie per autorizzare l'emissione della nota di variazione, laddove la locuzione utilizzata dalla norma in materia di imposte sui redditi è più elastica, poiché consente di dedurre la perdita in una serie variegata di situazioni da valutare caso per caso, senza imporre, come condizione necessaria, l'accertamento negativo dell'insolvenza del debitore mediante procedura esecutiva infruttuosa.

⁴⁰⁶ Cfr. sul punto Circolare 17 aprile 2000, n. 77/E, in Boll. Trib. 2000, 693.

§15: (segue): La rilevanza ai fini IRAP

Al fine di dare completezza all'indagine sulla rilevanza tributaria delle perdite su crediti, si reputa opportuno concludere il presente lavoro dedicando alcuni cenni al trattamento di tale componente reddituale in materia di imposta regionale sulle attività produttive.

Preliminarmente giova ricordare che l'IRAP è una imposta reale, a carattere regionale, la cui base imponibile è costituita dal valore della produzione netta (ricavi della produzione meno alcuni costi della produzione). Tale aggregato (base imponibile), tuttavia, è determinato con criteri che tengono conto per ciascun settore della natura peculiare dell'attività svolta; il decreto istitutivo dell'IRAP, infatti, ha previsto differenti disposizioni atte a disciplinare la costruzione della base imponibile delle società commerciali e industriali, imprese bancarie ed enti finanziari, imprese di assicurazione.

In linea generale, il valore della produzione netta realizzata dall'impresa dovrebbe coincidere proprio con l'accrescimento che il costo dei beni e servizi impiegati dall'impresa nel processo produttivo subisce per effetto dell'intervento dei fattori della produzione. Pertanto, i componenti della base imponibile IRAP sono stati individuati nei costi e nei ricavi connessi all'attività tipica svolta dall'impresa così come imputati in bilancio, senza ulteriori modifiche salvo quelle previste ai fini della determinazione del reddito d'impresa⁴⁰⁷.

A tal proposito, l'art. 5 del D.Lgs. 446/97 stabilisce⁴⁰⁸ che per le società e gli enti commerciali, non esercenti attività bancaria o assicurativa, "la base imponibile è determinata dalla differenza tra la somma delle voci classificabili nel valore della produzione di cui al primo comma, lettera A), dell' art. 2425 del codice civile e la somma di quelle classificabili nei costi della produzione di cui alla lettera B) del medesimo comma, ad esclusione delle perdite su crediti e delle spese

⁴⁰⁷ Cfr. sul punto la Circolare 4 giugno 1998, n. 141/E, in Finanza&Fisco, 1998, n. 24, 2698.

⁴⁰⁸ La versione dell'art. 5 riportata nel testo è quella introdotta dall'art. 1 del D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 506. Il riferimento alle perdite su crediti, tuttavia, era già stato inserito nella formulazione della norma come modificata dall'art. 1 del D.Lgs. 10 giugno 1999, n. 176.

per il personale dipendente. Detta disposizione opera anche per i soggetti non tenuti all'applicazione del citato art. 2425".

In tale prospettiva, il Dipartimento delle entrate competente ha rilevato⁴⁰⁹ che le perdite su crediti, pur essendo imputabili in una voce di conto economico rilevante ai fini dell'IRAP (voce B14 del conto economico), attengono alla mancata realizzazione totale o parziale del credito, cioè ad un evento che nulla ha a che vedere con il valore della produzione, in quanto esso è stato già prodotto nel momento in cui si realizzano gli effetti della cessione, per cui devono essere considerate ininfluenti le manifestazioni finanziarie che attengono all'effettivo soddisfacimento del credito.

La perdita, dunque, si manifesta in una fase successiva a quella della produzione ed è da ritenere, secondo l'impostazione adottata dal legislatore, non rilevante ai fini della determinazione della base imponibile dell'IRAP. Inoltre, considerato che anche le voci B12 e B13 del conto economico (relative agli accantonamenti per rischi e alle svalutazioni) sono irrilevanti ai fini del tributo, la mancata previsione della indeducibilità delle perdite su crediti avrebbe potuto dar luogo a comportamenti elusivi da parte dei redattori dei bilanci, i quali avrebbero potuto non effettuare i predetti accantonamenti per perdite su crediti allo scopo di portare in deduzione l'ammontare delle perdite medesime, verificatesi nell'esercizio.

Diversamente da quanto esposto, però, il D.Lgs. 446/97, all'art. 6 comma 1, lett. n), considerava rilevanti, ai fini della determinazione del valore della produzione netta di banche e assicurazioni, le perdite su crediti e gli atti estimativo-contabili (svalutazioni e accantonamenti) che precedono la loro eventuale rilevazione; ciò diversamente dal trattamento riservato alle imprese industriali e commerciali, per le quali le perdite, le svalutazioni e gli accantonamenti su crediti non rilevano ai fini del computo del valore della produzione, in quanto fenomeni successivi alla produzione tipica della loro attività.

⁴⁰⁹ Cfr. sul punto la Circolare 26 luglio 2000, n. 148/E, in Finanza&Fisco, 2000, n. 30, 3959.

La scelta del legislatore di includere le perdite su crediti nel calcolo della base imponibile del tributo era giustificata, in aderenza alla logica sottesa ai criteri di determinazione della base imponibile IRAP, dalla considerazione che le componenti di natura finanziaria, sia positive che negative, non possono essere ritenute irrilevanti per quelle società la cui attività caratteristica è costituita dalla gestione finanziaria⁴¹⁰.

Ciononostante, il legislatore, con un provvedimento recante interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica (il decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191), ha abrogato il suddetto art. 6, comma 1, lett. n), con ciò escludendo la deducibilità delle perdite su crediti e delle poste valutative dei crediti stessi, nonché disattendendo per altro verso la logica che giustificava la rilevanza delle componenti reddituali tipiche del settore.

⁴¹⁰ Cfr. sul punto LUPI, *Diritto tributario, Parte speciale*, cit., 384.

BIBLIOGRAFIA

Arnao G.

Castelli Fabio

Il doppio regime della cessione dei crediti, in *Corr. Trib.*, 1997, 10, 716

Arnao G.

Castelli Fabio

Il nuovo trattamento tributario delle cessioni di crediti, in *Corr. Trib.*, 1997, 36, 2643

Basilavecchia M.

Interamente deducibili le perdite su crediti ceduti nelle cartolarizzazioni, in *Corr. Trib.*, 2005, 3, 215

Batocchi F.

Riflessioni in tema di componenti negative del reddito conseguenti alla cessione pro soluto di crediti d'impresa, (Nota a : *Cassazione civile*, 20/10/2000, n. 13916) in *Riv. dir. trib.* 2002, 4

Beghin M.

Giustificazione del corrispettivo e latenti preoccupazioni antielusive nella recente giurisprudenza in tema di deducibilità delle perdite su crediti derivanti da cessione onerosa con clausola *pro soluto*, in *Rass. Trib.* 2001, III, 895

Beghin M.

L'indeducibilità ai fini dell'IRES delle perdite su crediti derivanti da cessione del diritto con clausola pro soluto tra automatismi argomentativi ed esigenze di sindacato sull'inerenza del costo (nota a *Cass.*, sez. V civ., n. 8592/2006), in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, II, 467

Beghin M.

Le perdite derivanti dalla cessione di crediti con clausola "*pro soluto*" tra giudizi di opportunità e giudizi di corrispondenza alla fattispecie legale, in *Rass. Trib.* 2000, III, 985

Bianca C. M.

Diritto civile, IV, Milano, 1993, p. 570

Bloch J. Sorgato L.

Incertezze della Cassazione sulla cessione dei crediti «*pro soluto*», in *Corr. Trib.*, 2001, 7, 493

Bonazza P.

Deducibilità delle perdite su crediti, in *Boll. Trib.*, 2006, 11, 918

Bove F.

La cessione di credito: profili di attualità, in www.innovazionediritto.unina.it, 2, 2007

Brighenti F.

Note di variazione IVA e perdite su crediti. La nuova procedura esecutiva impone ulteriori oneri, in *Boll. Trib.*, 2006, 12, 991

Bussani M. Infantino M.

Cessione del credito e factoring, Milano, 2006

Cammaroto G. Pascali L. G.

Deducibilità delle perdite su crediti. Cessione “*pro soluto*” e “*pro solvendo*”, in Fisco (I) 2002, 5556

Cammaroto G. Pascali L. G.

Deducibilità delle perdite su crediti. Il caso del debitore estero sottoposto a procedura concorsuale, in Fisco (I) 2002, 4455

Cantillo M.

La deducibilità fiscale delle perdite su crediti verso debitori assoggettati a procedure concorsuali (nota a sent. *Cass., sez. V, 4 Settembre 2002, n° 12831*), in *Rass. Trib.*, 2002, VI, 2073

Ceriana E.

Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione, in *Dir. Prat. Trib.*, 2001, I, 407

Consiglio N. Notariato Studio n°104/2000/T

Tassazione della cessione di crediti, assistiti da garanzia ipotecaria, derivanti da finanziamento a medio/lungo termine, in www.notariato.it

Curatola C.

Cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso, (Nota a: *Cassazione civile, 12/12/2003, n. 19054, sez. III*) in *Riv. notariato* 2004, 5

De Nova G.

Factoring, in *Digesto V*, Torino, 1989, 351

Del Federico L.

Le perdite su crediti, in *Il reddito d'impresa*, a cura di G. Tabet, vol. I, Padova, 1997, 305

Del Federico L.

Minusvalenze patrimoniali, sopravvenienze passive, perdite ed accantonamenti per rischi su crediti, in *AA.VV.*, *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesauro, vol. I, Torino, 1994, 751

Del Federico L.

Per una concezione restrittiva della regola sulla certezza ed obiettiva determinabilità delle componenti reddituali (nota a sent. *Cass., Sez. I, 21 aprile 1997 n. 3401*), *Rass. trib.* 1998, IV, 1093

Dimundo F.

Factoring e fallimento, in *Giur. comm.* 1999, 5, 567

Dolmetta A. A.

Cessione dei crediti, in *Digesto IV*, Torino, 1989, 285

Dolmetta A. A. Portale G. B.

Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano, in *Banca borsa tit. cred.* 1999, 1, 76

Donatelli S.

Ancora in tema di deducibilità delle perdite derivanti dai contratti di cessione dei crediti con la clausola *pro soluto*, in *Rass. Trib.*, 2001, V, 1357

Donatelli S.

Appunti sul profilo probatorio procedimentale delle perdite su crediti verso debitori italiani e stranieri (nota a sent. *Cass., sez. V, 16 marzo 2001, n°3862*), in *Rass. Trib.* 2002, II, 687

Fanelli R.

Deducibilità delle perdite su crediti ceduti «*pro soluto*», in *Corr. Trib.*, 2001, 4, 298

Fazzini E.

Cessione del credito. In particolare, la cessione a scopo di adempimento, (Nota a: *Cassazione civile*, 29/3/2005, n. 6558, sez. III) in *Riv. notariato* 2006, 2

Fiorentino S.

Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa, in *Dir. Prat. Trib.*, 1997, I, 1479

Fiorentino S.

La valutazione fiscale dei crediti, in *Rass. Trib.*, 2006, 5, 1435

Fiorentino S.

I crediti delle imprese nell'IRES, in *Problemi attuali di diritto tributario*, Collana dir. Da F. Gallo e R. Lupi, Padova, 2007

Formentin M.

L'utilizzo del "valore normale" in sede di rettifica dei corrispettivi contrattuali ai fini dell'Iva e delle imposte sul reddito, in *Riv. Dir. Trib.* 2001, 3, 152

Franceschelli B.

Appunti in tema di cessione dei crediti, Napoli, 1957

Fusa E.

La cessione dei crediti. Cosa cambia con l'introduzione dei principi contabili internazionali. Aspetti civilistici e problematiche fiscali, in *Fisco (I)* 2006, 1465

Gabriele P.

La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici, in *Giur. comm.* 2001, 4, 512

Galletti D. Guerrieri G.

La cartolarizzazione dei crediti, Il Mulino, 2002

Garbarini C.

Note in tema di cessione di crediti con clausola pro-soluto e «antieconomicità manifesta» dell'operazione, in *Dir. Prat. Trib.*, 2001, II, 505

Garufi C.

Credito, prova rigorosa per la cessione - Non basta la ricevuta della raccomandata, (Nota a: *Cassazione civile*, 12/5/2005, n. 10021, sez. III) in *D&G* 2005, 25

Garufi C.

Il debitore ceduto va escusso per primo, (Nota a: *Cassazione civile*, 29/3/2005, n. 6558, sez. III) in *D&G* 2005, 18

Giannelli A.

La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa, in *Riv. soc.* 2002, 4, 920

Ginevra E.

Il c.d. “mandato irrevocabile all’incasso” della prassi bancaria, Banca borsa tit. cred. 2000, 2, 173

Goretti P. S.

Il rapporto tra contratto di factoring e la sentenza dichiarativa di fallimento, (Nota a: *Tribunale di Mantova, 12/8/2004*) in Riv. dott. commercialisti 2005, 2

Ingrao G.

La cessione dei crediti pro solvendo tra minusvalenze e svalutazioni, in Riv. Dir. Trib., 2007, 2, 129

Inzitari B.

La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell’incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell’amministrazione controllata, in Banca borsa tit. cred. 1997, 2, 153

La Porta U.

La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro, (Nota a *Tribunale di Bari, 27/7/1996,*) in Banca borsa tit. cred. 1998, 6

Laroma Jezi P.

I profili soggettivi dell’imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e *trust*, in Riv. Dir. trib. 2003, 3, 259

Leo M.

Le imposte sui redditi nel testo unico, Milano, Giuffrè, 2006

Leo-Monacchi-Schiavo

Le imposte sui redditi nel testo unico, Milano, 1993

Lupi R.

Certezza e probabilità in materia di perdite su crediti, in Rass. Trib., 1987, I, 250

Lupi R.

Profili fiscali delle operazioni di cartolarizzazione, in Rass. Trib., 2000, II, 386

Mattarella B.

Il fondamento ed i limiti dei requisiti probatorio-procedimentali nella determinazione delle perdite su crediti, in Dir. Prat. Trib., 1984, I,749

Medici S.

Il trattamento fiscale ai fini iva delle operazioni di factoring: la parola alla Corte di Giustizia, in Dir. Prat. Trib., 2004, II, 351

Medicina R.

Pignoramento di credito ceduto: effetti processuali o manifestazione di volontà contrattuale?, (Nota a: *Tribunale di Genova, 11/4/2000*) in Giur. comm. 2001, 3

Menti F.

Prime osservazioni sugli aspetti civilistici e fiscali delle operazioni di cartolarizzazione, in Dir. Prat. Trib., 2001, I, 406

Navone C. V.

I profili fiscali della securitization, in Rass. Trib., 2002, IV, 1264

Nuzzo E. Russo P.

Profili civili e fiscali della ricapitalizzazione di partecipata totalitaria mediante copertura delle perdite, in Banca borsa tit. cred. 1997, 5, 623

Panuccio V.

Cessione dei crediti, in Enc. del dir., Milano, VI, 1960, 846

Pedrotti F.

La deducibilità del componente negativo di reddito in sede di cessione di crediti nelle operazioni di cartolarizzazione, in Dir. Prat. Trib., 2005, I, 41

Perlingieri P.

Della cessione dei crediti (Artt. 1260-1267), in Commentario del codice civile, Libro Quarto – Delle obbligazioni, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982

Perlingieri P.

La cessione dei crediti ordinari e d'impresa, Napoli, 1993

Perrotta E.

Osservazioni in tema di cessione dei crediti di impresa e recesso del curatore ex art. 7, comma 2°, l. n. 52 del 1991, (Nota a: *Cassazione civ.*, 18/4/2001, n. 5724, sez. I) in Banca borsa tit. di credito, 2004, 2

Perrotta E.

Osservazioni in tema di cessione dei crediti di impresa e recesso del curatore ex art. 7, comma 2°, l. n. 52 del 1991, (Nota a : *Cassazione Civile*, 18/4/2001, n. 5724, sez. I) in Banca borsa tit. cred. 2004, 2

Piazza G.

Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente, (Nota a : Tribunale Genova, 16/5/1994) in Giur. comm. 1996, 1

Pizzutello F.

Aspetti finanziari delle operazioni di securitization, in Biblioteca di finanza, a cura di C. Manni, Giuffrè, 2002

Plaia A.

La cartolarizzazione dei crediti nella legge italiana 30 aprile 1999, n. 130: profili comparatistici, in Giur. merito 2000, 2, 488

Porzio C. Spotorno L. Zorzoli S. Fauceglia G.

Securitization e crediti in sofferenza – Problemi gestionali, contabili e normativi nella recente esperienza italiana, in Banca e mercati, a cura di C. Porzio, Bancaria Editrice, 2001

Puri P.

Crediti ceduti e accantonamento a fondo rischi, in Riv. Dir. Trib., 1991, I, 327

Radicati di Brozolo L. G.

Problemi della pratica la cessione di crediti in blocco ex art. 58 t.u.: riflessi di diritto comunitario ed internazionale privato, in Banca borsa tit. cred. 1997, 4, 510

Rotondaro C.

Imponibilità del provento da cessione di credito *pro-soluto* percepito da soggetti non residenti, in Riv. Dir. Trib., 2000, I, 353

Rotondaro C.

Imponibilità del provento da cessione di credito, in Riv. dir. trib. 2000, 3, 353

Rucellai C.

I problemi legati allo sviluppo della Securitization in Italia: prospettive di soluzione, in Giur. comm. 1995, 1, 114

Rucellai C.

La cartolarizzazione dei crediti in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130, in Giur. comm. 2001, 3, 392

Rumi G.

Securitisations in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti, in Giur. comm. 2000, 3, 438

Sacchi Lodispoto G.

Cessione dei crediti futuri e mercato delle cartolarizzazioni, (Nota a : *Cassazione civile*, 26/10/2002, n. 15141) in Banca borsa tit. cred. 2003, 5

Sapio G.

Il silenzio del debitore ceduto nel factoring, (Nota a : *Cassazione civ.*, 15/6/1999, n. 5947, sez. III) in Giust. Civ. 2000, 7-8

Semino G.

Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991, n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente, (Nota a: *Tribunale di Genova*, 17/10/1994) in Giur. comm. 1995, 5

Solari L.

Il regime Iva del factoring tra diritto nazionale e comunitario, (Nota a: *Corte giustizia CE*, 26/6/2003, n. 305, sez. VI) in Riv. dir. trib. 2003, 11

Spano E.

Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti, in Giur. comm. 1999, 4, 436

Tanca F.

Errata indicazione del credito nella notificazione, (Nota a : *Tribunale di Milano*, 15/5/1997) in Banca borsa tit. cred. 1999, 1

Targetti F.

La legge sulla cartolarizzazione dei crediti, in Giur. comm. 1999, 4, 411

Tieghi R.

Perdite su crediti: evoluzione normativa e nuovi orientamenti interpretativi con particolare riguardo ai bilanci bancari, in Rass. Trib. 1990, III, 612

Turis P.

La cessione del credito come fonte dell'obbligazione di garanzia, (Nota a: *Cassazione civile*, 10/1/2001, n.280, sez. I) in Riv. notariato 2001, 5

Valentino D.

Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione, in Quaderni della Rassegna di Diritto civile, Napoli, 2003

Vanz G.

Sulla compravendita di partecipazioni di una società in crisi finanziaria, in Rass. trib., 6/2001, 1708 ss., nota a sent. Comm. trib. reg. di Torino, 25 maggio 2000, ivi, 1699.

Vicini Ronchetti A.

Spunti e considerazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti, in Riv. dir. trib. 2002, 7-8, 707

Vocaturò S.

Libera cedibilità dei crediti, anche futuri, (Nota a: *Cassazione civile*, 19/6/2001, n. 8333, sez. III) in Riv. notariato 2002, 2

Zizzo G.

Il differenziale negativo generato dalla cessione pro soluto dei crediti tra incertezze di qualificazione e problemi di inerenza, (Nota a: *Cassazione civile*, 4/10/2000, n. 13181) in Riv. dir. trib. 2001

Zucchetti S.

Trasferimento del credito risarcitorio nella cessione del credito alla prestazione, (Nota a: *Cassazione civile*, 15/9/1999, n. 9823, sez. I) in Banca borsa tit. cred. 2001, 1

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza della Corte di Giustizia

- CGCE, 26 giugno 2003, n. C-305-01, in Dir. Prat. Trib., 2004, II, 351

Giurisprudenza della Corte di Cassazione

- Cass., 13 gennaio 1973, n. 3004, in Foro it., 1974, I, c. 1121
- Cass., 2 agosto 1977, n. 3421, in Rep. Foro it., voce Cessione dei crediti, n. 2
- Cass., 5 giugno 1978, n. 2798, in Rep. Foro it., voce Cessione dei crediti, n. 2
- Cass., 14 febbraio 1979, n. 974, in Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 2
- Cass., 2 luglio 1984, n. 3865, in Boll. Trib., 1984, 1534
- Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, in Foro it., 1985, I, p. 505
- Cass., 5 febbraio 1988, n. 1257, in Banca borsa tit. cred. 1989, II, 295
- Cass., 11 maggio 1990, n. 4040, Giust. civ. mass., 1990, fasc. 5
- Cass., 22 settembre 1990, n. 9650, in Giust. civ. 1991, I, 1519
- Cass., 20 giugno 1991, n. 6972, in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 6
- Cass., 20 giugno 1991, n. 6972, in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 6
- Cass., 10 ottobre 1991, n. 10662, in Riv. Dir. Trib., 1992, 244
- Cass. SS.UU., 10 gennaio 1992, n. 198, in Riv. It. Leas., 1992, 753
- Cass., 9 settembre 1992, n. 10314, in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 8-9
- Cass., 18 agosto 1992, n. 9603, in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 8-9
- Cass., 22 ottobre 1993, n. 4516, in Foro it., 1994, I, p. 3126
- Cass., 19 gennaio 1995, n. 575 in Fall., 1995, 838
- Cass., 17 marzo 1995 n. 3099, in Mass. foro it., 1995
- Cass., 14 novembre 1996 n. 9997, Giust. civ., 1997, I, p. 1879
- Cass., 25 luglio 1996, n. 6726, in Riv. Not., 1998, 310
- Cass., 23 luglio 1997, n. 6882, in Giust. civ. Mass. 1997, 1255
- Cass., 16 aprile 1999, n. 3797, in Giust. civ. Mass. 1999, 868

- Cass., 27 settembre 1999, n. 10668, in Giust. civ. Mass. 1999, 2016
- Cass., 29 settembre 1999, n. 10788, in Giust. civ. Mass. 1999, 2034
- Cass., 24 febbraio 2000, 2110, in Giust. civ. mass. 2000, 466
- Cass., 12 aprile 2000, n. 4654, in Fall., 2001, 515
- Cass., 17 maggio 2000, n. 6397, in Fisco, 2000, 14418
- Cass., 19 maggio 2000, n. 6502, in Guida Normativa, n. 95/2000, 56
- Cass., 1 agosto 2000, n. 10062, in Riv. Giur. Trib., 2001, 1028
- Cass., 27 settembre 2000, n. 12813, in Riv. Giur. Trib., 2001, 399
- Cass., 4 ottobre 2000, n. 13181, in Rass. Trib., 2001, 895
- Cass., 20 ottobre 2000, n. 13916, in Riv. Dir. Trib., 2002, II, 237
- Cass., 11 dicembre 2000, n. 15563, in Rass. Trib., 2001, 1353
- Cass., 18 gennaio 2001, n. 684, in Nuova Giur. Civ. Com., 2001, I, 464
- Cass., 2 febbraio 2001, n. 1510, Giust. Civ., 2001, I, 1856
- Cass., 9 febbraio 2001, n. 1821, in Guida Normativa, n. 31/2001, 17
- Cass., 21 febbraio 2001, n. 2530, in Guida Normativa, n. 73/2001, 25
- Cass., 16 marzo 2001, n. 3862, in Rass. Trib., 2002, 682
- Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, in Foro it. 2002, I, 1758
- Cass., 5 aprile 2001, n. 5061, in Giust. civ. Mass. 2001, 713
- Cass., 6 settembre 2001, 11454 in I Quattro codici Ipsoa
- Cass., 20 novembre 2001, n. 14568, in GT Riv. Giur. Trib., 2002, 141
- Cass., 23 maggio 2002, n. 7555, in Boll. Trib., 2004, 465
- Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in Giust. civ. Mass. 2002, 2109
- Cass., 27 gennaio 2003, n. 1145, in Giust. civ. Mass. 2003, 182
- Cass., 24 giugno 2003, n. 10004, in Nuova Giur. Civ. Com., 2004, I, 158
- Cass., 10 luglio 2003, n. 10861, in Contr., 2004, 262
- Cass., 26 aprile 2004, n. 7919, in Giust. civ. Mass. 2004, 4
- Cass., 22 giugno 2004, n. 11612, Foro. It., 2005
- Cass., 20 ottobre 2004, n. 20548, in Dir. e giust. 2005, 1 69

- Cass., 10 maggio 2005, n. 9761, in Giust. civ. Mass. 2005, 5
- Cass. civ., 12 maggio 2005, n. 10021, in Dir. e giust. 2005, 25
- Cass., 29 luglio 2005, n.15955, in Giust. civ. Mass. 2005, 7/8
- Cass., 21 dicembre 2005, n. 28300, in Giust. civ. Mass. 2005, 12
- Cass., 27 febbraio – 12 aprile 2006, n. 8592, in Riv. Dir. Trib., 2006, II, 463
- Cass., 16 giugno 2006, n. 13954, in Giust. civ. Mass. 2006, 6
- Cass., 15 marzo 2007, n. 5998, in Giust. civ. Mass. 2007, 3

Giurisprudenza di Merito - Appello

- App. Milano, 31 ottobre 1989, in Giust. civ., 1990, I, p. 463
- App. Bari, 13 luglio 1990, in Giur. It. 1991, I, 2, 317
- App. Roma, 30 giugno 1992, n 2031, in Boll. Trib., 1992, 1696
- App. Venezia, 06 luglio 1996, in Fall., 1996, 1219
- App. Milano, 29 gennaio 1998, in Banca borsa tit. cred. 2000, II, 51
- App. Roma, 16 febbraio 1998, Dir. Fall., 1998, 499
- App. Genova, 18 maggio 2001, in Fall., 2002, 633
- App. Firenze, 22 gennaio 2004, in Fall., 2004, 369
- App. Milano, 06 luglio 2004, in Juris Data 3/2007

Giurisprudenza di Merito - Tribunale

- Trib. Verona, 4 maggio 1987, in Giust. Civ., 1988, I, 790
- Trib. Milano, 26 febbraio 1990, Giur. Merito, 1992, 83
- Pret. Bari, 5 aprile 1990, in Banca borsa e titoli di credito, 1992,II, 620
- Trib. Milano, 16 ottobre 1990, in Riv. It. Leas., 182
- Trib. Genova, 17 luglio 1991, Giur. Comm., 1992, II, 279
- Trib. Genova, 16 maggio 1994, in Giur. Comm.,1996, II, 109
- Trib. Genova, 17 ottobre 1994, in Giur. comm. 1995, 5, 709

- Trib. Firenze, 2 giugno 1995, in Giur. It., 1996, I, 2, 272
- Trib. Genova, 10 agosto 2000, Giur. Comm., 1995, II, 697
- Trib. Napoli, 24 aprile 2001, in Banca borsa e titoli di credito, 2003, II, 99
- Trib. Treviso, 19 agosto 2004, Dir. Fall., 2005, II, 799

Giurisprudenza delle Commissioni Tributarie

- Comm. Trib. Centr., 22 maggio 1968, n. 9171, in Boll. trib., 1968, 1965
- Comm. Trib. Centr., 2 febbraio 1972, n. 1084, in Rass. Trib., 1972, n. 218
- Comm. Trib. Centr., 22 giugno 1972 n. 7053, in Comm. centr. imp., 1972, I, 708
- Comm. Trib. Centr., 17 maggio 1972 n. 5160, in Boll. trib., 553
- Comm. Trib. Centr., 12 luglio 1976, n. 10092, in Comm. Trib. Centr., 1976, 434
- Comm. Trib. Centr., 28 febbraio 1992, n. 3286, in Riv. Dir. Trib., 1992, II, 935
- Comm. trib. centr., 13 maggio 1993, n. 1860, in Boll. trib., 1993, 1642
- Comm. trib. reg. di Trento, 6 giugno 2000, n. 20, in I Quattro codici Ipsoa
- Comm. trib. prov. di Udine, sez. II, 6 maggio 1991, n. 858, in Boll. trib., 1991, 1116
- Comm. trib. prov. di Salerno, 7 dicembre 1991, n. 1083, in I Quattro Codici Ipsoa
- Comm. trib. prov. di Salerno, 7 dicembre 1991, n. 1804, in I Quattro Codici Ipsoa
- Comm. trib. prov. di Bologna, 21 aprile 1997, in I Quattro codici Ipsoa
- Comm. trib. prov. di Sassari, 10 giugno 2004, n. 67, in Corr. Trib., 2005, 3, 215

Prassi

- Circ. min., del 20 dicembre 1926, n. 12877, in I Quattro Codici Ipsoa
- Circ. min., 25 febbraio 1957, n. 352173, in I Quattro Codici Ipsoa
- Circ. min., 19 luglio 1978, n. 131/11/1730, in Boll. trib., 1978, 1493
- Circ. min., n. 1/9/042 del 23 gennaio 1976, in Boll. trib., 1976, 534
- Circ. min., 4 giugno 1998, n. 141/E, in Finanza&Fisco, 1998, n. 24, 2698
- Circ. min., 26 luglio 2000, n. 148/E, in Finanza&Fisco, 2000, n. 30, 3959
- Circ. min., 17 aprile 2000, n. 77/E, in Boll. Trib. 2000, 693
- Ris. min., 17 settembre 1970, n. 189, in I Quattro Codici Ipsoa
- Ris. min., 6 agosto 1976, n. 9/124, in Boll. trib., 1976, 1745
- Ris. min., 21 dicembre 1976, n. 9/1847, in Imp. Dir. Er., 1977,79
- Ris. min., 1 maggio 1979, 9/656, in Boll. trib., 1979, 1407
- Ris. min., 11 dicembre 1980, n. 9/303
- Ris. min., 9 aprile 1980, n. 9/557, in I Quattro codici Ipsoa
- Ris. min., 6 settembre 1980, n. 9/517, in Rass. Trib., 1981, III, 154
- Ris. min., 7 marzo 1981, n. 9/98, in Boll. Trib., 1981, 508
- Ris. min., 1° aprile 1981, n. 9/016 in I Quattro codici Ipsoa
- Ris. min., 13 marzo 1982, n. 9/634, in “Il fisco”, n. 17/1982, 1979
- Ris. min., 27 settembre 1985, n. 9/016, in Fisco, 1985, 4844
- Ris. min., 20 luglio 1996, n. 137/E/6-1116, in Corr. Trib., 1996, 3044
- Ris. min., 24 maggio 2000, n. 71