

Il debito contributivo dell'impresa insolvente*

Marco Marazza

1. Il senso di un percorso di studio: alla ricerca del micro sistema del diritto del lavoro nell'impresa insolvente.	211
2. Prima premessa (per giuslavoristi): la nuova disciplina del trattamento del debito contributivo nell'insolvenza di impresa ed il contesto (giurisprudenziale), comunitario e nazionale, nel quale prende forma la riscrittura dell'art. 182 ter L.F. (art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016).	211
3. Seconda premessa (per tributaristi, giuscommercialisti, economisti, e altri).	215
3.1. Segue: rapporto giuridico previdenziale e solidarietà.	215
3.2. Segue: gli enti (previdenziali) creditori interessati e l'oggetto della eventuale "transazione previdenziale".	216
4. L'art. 2115, comma 3, cod. civ., e gli strumenti di rimodulazione del debito contributivo tra provvedimenti amministrativi e contratti.	218
5. La transazione previdenziale come contratto ad oggetto pubblico.	219
6. Il rapporto tra l'art. 182 ter, nuovo testo, L.F. e il d.m. 4 agosto 2009.	220
7. Il nuovo limite della falcidiabilità dell'importo realizzabile in caso di liquidazione del patrimonio del soggetto insolvente.	222
7.1. Segue: gli ulteriori parametri per il trattamento del debito contributivo, differenziati per i crediti privilegiati e i crediti chirografari.	222
7.2. Segue: la natura privilegiata o chirografaria dei crediti previdenziali.	223
7.3. Segue: crediti previdenziali e classi omogenee di crediti (e creditori).	223
8. Transazione previdenziale e discrezionalità dell'amministrazione.	224
9. Transazione previdenziale e tutela della posizione previdenziale del singolo lavoratore.	226

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 325/2017

1. Il senso di un percorso di studio: alla ricerca del micro sistema del diritto del lavoro nell'impresa insolvente.

La legge di stabilità per il 2017 (art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016) ha modificato la disciplina della transazione fiscale contenuta nell'art. 182 *ter* del R.D. n. 267 del 1942 (in avanti, anche Legge Fallimentare o, per brevità, L.F.) ed in occasione di un convegno dedicato a questa novità legislativa la Società fra gli Studiosi di Diritto Tributario mi ha sollecitato una relazione sui profili giuslavoristi della questione giacché, anticipando da subito, la fattispecie in questione riguarda anche i crediti contributivi (derivando da ciò l'emersione di una fattispecie giuslavoristica che possiamo definire la "transazione previdenziale")⁷⁰⁷.

Da qui lo spunto per questo contributo il cui scopo, al di là dell'interesse che indubbiamente suscita l'istituto della transazione previdenziale, è anche quello di aggiungere un ulteriore tassello all'indagine, già da tempo avviata, sui profili di specialità che il diritto del lavoro manifesta nell'ambito delle insolvenze di impresa⁷⁰⁸.

Ciò nella convinzione che sia importante, soprattutto da parte dei giuslavoristi, visti gli interessi della persona sempre coinvolti nelle crisi aziendali, dare un contributo alla ricostruzione del micro sistema del "*diritto del lavoro nell'impresa insolvente*" onde provare ad enucleare i principi che lo governano e quindi dirimere in modo più stabile, di conseguenza, le innumerevoli antinomie prodotte, in questo campo, dall'incrocio tra diritto del lavoro e diritto delle procedure concorsuali⁷⁰⁹.

Intanto, per restare al tema più specifico che qui ci occupa, sono necessarie due premesse generali: una per i giuslavoristi e, l'altra, per i cultori che a diverso titolo, ma in modo a dire il vero sino ad oggi prevalente rispetto agli studiosi di diritto del lavoro, si occupano di questa materia (essenzialmente: tributaristi, fallimentaristi, giuscommercialisti, economisti, ecc..).

2. Prima premessa (per giuslavoristi): la nuova disciplina del trattamento del debito contributivo nell'insolvenza di impresa ed il contesto (giurisprudenziale), comunitario e nazionale, nel quale prende forma la riscrittura dell'art. 182 *ter* L.F. (art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016).

Per i giuslavoristi va anzitutto detto che l'istituto in questione, in buona sostanza, consente all'imprenditore "fallibile"⁷¹⁰, che risulti insolvente, ma solo nell'ambito di un concordato (art. 160 L.F.)

⁷⁰⁷ Il convegno organizzato da SDT (Società fra gli studiosi di diritto tributario) era dedicato a "*La nuova disciplina della transazione fiscale*" e si è tenuto a Roma il 7 aprile 2017 con relazioni tra gli altri di F. PAPARELLA, L. DEL FEDERICO, V. FICARI, P. BORIA, G. LENER, A. INCOLLIGO poi oggetto di confronto in una successiva tavola rotonda.

⁷⁰⁸ Indagine avviata con le precedenti pubblicazioni M. MARAZZA, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in *Trattato di Diritto del lavoro* a cura di Mattia Persiani e Franco Carinci, Vol. IV, Tomo II, a cura di Marco Marazza, Padova, 2012; M. MARAZZA – D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Torino, 2015, poi proseguita con la presentazione di diverse relazioni (AGI Firenze, 5 maggio 2014, *Fallimento e rapporto di lavoro*; AGI Toscana, 27 novembre 2015, *Tutela del lavoro nella crisi di impresa*; AGI Lazio, 4 novembre 2016, *La regolamentazione dei crediti nel fallimento*; AGI Umbria, 7 aprile 2017, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*; AGI Friuli, 27 aprile 2017, *Crisi di impresa e tutela del rapporto di lavoro*).

⁷⁰⁹ Secondo l'insegnamento di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1994.

⁷¹⁰ I soggetti legittimati all'utilizzo della transazione previdenziale (art. 182 *ter* L.F.) sono esclusivamente i soggetti fallibili ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. F., dotati dei requisiti dimensionali ivi fissati. Al di là di tali soggetti solo le imprese agricole possono accedere a questo istituto in quanto legittimate, almeno in astratto (non constano infatti casi di questo tipo), ad accedere all'accordo si ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 183 bis L.F. (ai sensi dell'art. 23, comma 43, del d.l. n. 98 del 2011, convertito in legge n. 11 del 2011). Ne deriva che, al di fuori di questa eccezione, l'istituto non è utilizzabile dai soggetti non fallibili nei confronti dei quali, al fine di trovare una soluzione per le situazioni di sovra indebitamento, è invece applicabile la diversa disciplina introdotta dalla legge

o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* L.F.)⁷¹¹, di raggiungere un accordo con l'ente gestore di forme di previdenza e assistenza obbligatorie che sia rimasto creditore dei contributi previdenziali non puntualmente adempiuti. L'intesa, se raggiunta, può definire la percentuale di riduzione del debito contributivo, inclusivo dei relativi accessori, e/o i relativi tempi di pagamento.

La recente novella dell'art. 182 *ter* L.F.⁷¹², entrata in vigore con decorrenza dal 1 gennaio 2017, si colloca a valle di una importante pronuncia della Corte di Giustizia⁷¹³ (che, avuto riguardo ad un'imposta di rilevanza sovranazionale qual è l'IVA, afferma la compatibilità con la disciplina comunitaria della legislazione fallimentare italiana interpretata nel senso che consente, nell'ambito di un concordato, il pagamento parziale dell'IVA all'esito di una attestazione che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore in caso di fallimento) ed è contestuale a ben due sentenze, cosiddette "gemelle", delle Sezioni Unite della Suprema Corte⁷¹⁴ che, con riferimento al previgente assetto normativo, avevano sciolto un annosa disputa interpretativa definitivamente affermando l'autonomia tra la fattispecie del "concordato" (il cui piano concordatario ai sensi dell'art. 160 L.F. può prevedere, se approvato⁷¹⁵, il pagamento parziale di crediti fiscali e previdenziali a

n. 3/2012 (capo II, Procedimenti di composizione della crisi da sovra indebitamento e di liquidazione del patrimonio), modificata dal d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/12 e successivamente ulteriormente integrato ad opera del d.l. n. 193 del 2016, convertito in l. n. 225 del 1° dicembre 2016. Per quanto riguarda la gestione del debito previdenziale dovuto da soggetti insolventi ma non fallibili (in primo luogo, coloro che presentano requisiti dimensionali che non soddisfano i requisiti dell'art. 1 della L.F.) si veda, in particolare, l'art. 6, comma 9ter, del d.l. n. 193 del 2016 che ne prevede la falcidiabilità. In virtù di questa disposizione, dunque, il debito contributivo può essere ridotto anche per soggetti non fallibili.

⁷¹¹ Fattispecie cui possono ricorrere anche le imprese agricole, non fallibili (vedi nota che precede).

⁷¹² Il tema, sia prima dell'ultima riforma entrata in vigore il 1 gennaio 2017 che successivamente ad essa, è stato studiato, tra gli altri, da F. MARENKO, A. LA MALFA, *Transazione fiscale e previdenza*, Rimini, 2010; P. POTOTSCHNIG, F. MARELLI, M. CIMETTI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Milano, 2010; E. STASI, *Profilo istituzionali della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e M. FABIANI, Bologna, 2010; V. ZANICHELLI, *Transazione fiscale e proposta di concordato preventivo: riflessi sull'ammissione alla procedura e sul voto dei creditori*, in AA.VV., *La crisi di impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. DI MARZIO, Padova, 2010; E. BAGAROTTO, *L'ambito oggettivo della transazione fiscale*, in *Rass. Tributaria*, 2011, n. 6; G. LA CROCE, *La transazione fiscale*, Milano, 2011; E. MATTEI, *La transazione fiscale negli accordi e nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. APICE, Torino, 2011, III; G. BOZZA, *Crediti privilegiati e transazione fiscale*, in *Fallimento*, 2012, 4; M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Rimini, 2012; R. CAMA, *La transazione sui debiti contributivi ed il difficile bilanciamento tra il favor per la soluzione concordata della crisi e la tutela dei diritti previdenziali*, in *Fallimento*, 2015; V. FICARI, *la nuova disciplina del pagamento parziale dei crediti tributari di cui all'art. 182 ter della legge fallimentare*, Relazione al Convegno *La nuova disciplina della transazione fiscale*, tenutosi a Roma il 7 aprile 2017, in corso di pubblicazione; G. ANDREANI, e A. TUBELLI, *Trattamento "speciale" per i crediti tributari nel concordato preventivo*, in *Il Fisco*, n. 5, 2017.

⁷¹³ CG 7 aprile 2016 C – 546/2014 (Degano Trasporti S.a.S).

⁷¹⁴ Cass. Sez. Un. n. 26988 del 2016; Cass. Sez. Un. n. 760 del 2017.

⁷¹⁵ L'art. 177 L.F. prevede che il concordato deve essere approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e che, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole di quelli che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle varie classi. L'autonomia lasciata nella suddivisione dei creditori in classi trova un primo limite nella lett. c) dell'art. 160 L.F., che prevede che la suddivisione avvenga secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei (Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706). Sul possibile conflitto di interessi tra le varie categorie di creditori, in dottrina, R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 32 ss.; M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 437 ss.; G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 392 ss.; G. TERRANOVA, *Conflitti d'interessi e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA E M. PERRINO, Milano, 2011, 163 ss. In giurisprudenza, Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274; nello stesso senso anche App. Napoli, 19 maggio 2009, n. 7462; Trib. Reggio Emilia, 1° marzo 2007. In dottrina vedi L. SCHIAVON, *Sub art. 37bis, in Codice commentato del fallimento* diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2008, 329).

prescindere dal consenso degli enti creditori) e la fattispecie del "concordato con transazione fiscale" (nell'ambito del quale la riduzione del debito fiscale e contributivo è, invece, l'effetto di un accordo raggiunto con gli enti creditori e non della approvazione, a maggioranza, del piano concordatario)⁷¹⁶.

È proprio a fronte di questa significativa apertura della giurisprudenza (sia interna che comunitaria, se pur per profili diversi) alla falcidiabilità dei debiti fiscali e previdenziali nell'ambito del piano concordatario, e quindi anche a prescindere dalla transazione fiscale (che, per definizione, postula il consenso dell'ente creditore), che matura la riscrittura dell'art. 182 *ter* L.F. applicabile, almeno in parte, anche ai contributi previdenziali omessi (art. 182 *ter*, commi 1, 5 e 6)⁷¹⁷.

Ed il senso della novità legislativa – per andare all'estrema sintesi della questione – è quello di voler consentire la rimodulazione del debito fiscale e previdenziale "esclusivamente" nell'ambito di accordi raggiunti con gli enti creditori ai sensi di quella disposizione (art. 182 *ter* L.F.: "*Con il piano di cui all'art. 160 il debitore, esclusivamente mediante la proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o dilazionato,*" dei debiti di cui qui si discute). Non più, di conseguenza, come affermato dalle due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 26988 del 2016; n. 760 del 2017), anche nell'ambito di un piano concordatario approvato a maggioranza dei creditori (e, quindi, vincolante anche per la minoranza eventualmente dissentiente) (vedi *supra* in questo paragrafo).

La novella, dunque, riconduce ad unità la ripartizione di fattispecie sancita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nel senso che per i crediti previdenziali (ma lo stesso si può dire per quelli fiscali) esiste esclusivamente il "concordato con transazione previdenziale", rappresentando ormai l'art. 182 *ter*, come chiaramente lascia capire già la sua rubrica (modificata da "transazione fiscale" in "trattamento dei crediti tributari e previdenziali"), l'unico strumento per il trattamento dei crediti contributivi vantati dagli enti nei confronti dell'imprenditore insolvente che abbia attivato una procedura concordataria o di ristrutturazione del debito.

D'altra parte, in coerenza con le indicazioni della Corte di Giustizia, il novellato art. 182 *ter* L.F. afferma anche il principio per il quale il debito previdenziale, così come quello fiscale, può essere rinegoziato dagli enti, e quindi anche ridotto, a condizione che si garantisca la "soddisfazione" del creditore "in misura non inferiore a quella realizzabile ... sul ricavato in caso di liquidazione, avuto

⁷¹⁶ Per avere un quadro di siffatta questione interpretativa e delle diverse posizioni assunte in dottrina, si veda G. RAGUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE e A. BASSI; G. T. LIUZZI, *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013.

⁷¹⁷ Con d.l. 185/09 convertito con l. n. 2 del 2009, il legislatore aveva esteso l'ambito di applicazione della disciplina della transazione fiscale anche ai «*contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori*L'Agenzia delle entrate illustra l'estensione della transazione fiscale all'IVA [Commento a circ. Agenzia entrate 10 aprile 2009, n. 14/E], in *Corriere tributario*, 2009, volume 32, fascicolo 24, p. 1951. Difatti fin da subito si è rilevato come l'estensione delle norme dei commi due, tre e quattro dell'art. 182 *ter* fosse di difficile applicazione, vista la peculiarità delle norme citate. L'attuale riscrittura dell'art. 182 *ter*, L.F. definisce in modo più puntuale quali parti della disposizione siano applicabili all'accordo sul debito contributivo, risultando piuttosto chiaro, anche solo seguendo un criterio di interpretazione letterale, che alla transazione previdenziale sono applicabili solo i commi 1, 5 e 6, dell'art. 182 *ter* L.F.).

*riguardo al valore di mercato ... indicato dalla relazione di un professionista” qualificato (cioè in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lettera d)⁷¹⁸, L.F.) e che l’accordo eventualmente raggiunto venga puntualmente rispettato (art. 182 *ter*, comma 6, L.F. e art. 4, comma 2, DM 4 agosto 2009⁷¹⁹).*

Una novità apprezzabile per l’approccio pragmatico che (grazie alla giurisprudenza comunitaria) la caratterizza, impeniandosi la sua *ratio* sul principio che è preferibile la soddisfazione anche parziale di un credito piuttosto che la sua (totale) insoddisfazione.

Soprattutto, almeno potenzialmente, una novità assai importante per i crediti contributivi ove solo si consideri che fino al 31 dicembre 2016 vigeva una regola per la quale la contribuzione destinata al regime IVS ed ai premi doveva, in ogni caso, essere corrisposta al cento per cento anche in caso di transazione fiscale (art. 32, comma 6 del d.l. 185 del 2009 che ha previsto che “*con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, sono definite le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi*”. E art. 3, DM 4 agosto 2009⁷²⁰) (vedi, con maggiori dettagli, *infra* ai nn. 3.2. e 6).

Quella transazione, infatti, poteva ridurre esclusivamente i contributi versati ad altri regimi previdenziali, da corrispondere in una misura minima variabile tra il trenta ed il quaranta per cento

⁷¹⁸ Con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto "Decreto Sviluppo") erano stati dettagliati i requisiti della figura dell’asseveratore, un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili in possesso dei requisiti di cui all’art. 28, lett. a) e b), L.F. È richiesto che sia designato dal debitore e che sia indipendente. La norma prevede che il professionista sia indipendente quando non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale che possano comprometterne l’indipendenza di giudizio; in più, l’attestatore non si deve trovare nelle condizioni di cui all’art. 2399 cod. civ. e avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ovvero partecipato agli organi di amministratore o di controllo, neanche per il tramite di soggetti con cui è unito in associazione professionale. Prima della riforma, l’articolo in esame richiamava l’art. 2501 *bis*, co. 4, cod. civ. che a propria volta rimanda all’art. 2501 *sexies* cod. civ. Tale doppio richiamo aveva fatto sorgere il dubbio riguardo il dovere di nomina da parte del Tribunale, anziché dall’imprenditore in crisi. Alla luce delle norme citate, e in ragione della funzione primaria dell’asseveratore, alcuni Giudici di merito avevano ritenuto opportuna la presentazione di un ricorso al Presidente del Tribunale affinché procedesse con la nomina dell’esperto incaricato di redigere le attestazioni. Nonostante la giurisprudenza e la dottrina abbiano ormai fugato ogni dubbio, nella prassi viene di consueto presentato un ricorso al Tribunale in modo che, una volta che lo stesso dichiari la propria incompetenza riguardo la nomina, sia fugato ogni dubbio sul dovere del debitore di nominare tale figura. Per un approfondimento sull’argomento si vedano A. MAFFEI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in G. Dir., 2012, 29, 50; C. FISCHETTI, *Crisi d’impresa: alcune considerazioni sulla figura dell’attestatore a un anno dal Decreto Sviluppo*, in Riv. dir. banc., 18, 2013.

⁷¹⁹ L’art. 182 *ter*, al comma 6, L.F. prevede la risoluzione di diritto dell’accordo in caso di mancato adempimento entro novanta giorni dalle scadenze previste, ma solo in riferimento all’accordo di ristrutturazione del debito. Esclusivamente per ciò che attiene la parte di debito strettamente previdenziale, per quanto riguarda l’accordo sottoscritto nell’ambito della procedura concordataria si deve fare riferimento all’art. 4, ultimo comma del d.m. 2009, il quale prevede, in caso di inadempimento, la “revoca” dell’accordo. Si tratta dunque di una specificazione non applicabile all’accordo che ha ad oggetto tributi fiscali.

⁷²⁰ L’art. 3. del citato d.m. 4 agosto 2009 prevede limiti molto stringenti alla falcidiabilità. Per i crediti privilegiati di cui al n. 1) dell’art. 2778 c.c. (cioè i crediti per contributi dovuti a forme di assicurazione obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, ex art. 2753 c.c.) e per i crediti per premi dovuti all’INAIL, è dovuto il pagamento integrale; per i crediti privilegiati di cui al n. 8) della stessa norma (cioè i crediti per contributi dovuti per forme di assicurazione obbligatoria diverse da quella di cui all’art. 2753, previste dall’art. 2754 c.c., e per le sanzioni civili ed interessi di mora, limitatamente al 50% del loro ammontare), il pagamento in misura non inferiore al 40%; per i crediti chirografari (costituiti dal restante 50% dei suddetti accessori) il pagamento in misura non inferiore al 30%.

secondo le indicazioni espresse nel citato (e per questo anche assai criticato⁷²¹) d.m. 9 agosto 2009.

3. Seconda premessa (per tributaristi, giuscommercialisti, economisti, e altri).

Per i tributaristi, fallimentaristi, giuscommercialisti, economisti e altri, invece, la premessa non può che riguardare la natura del rapporto giuridico previdenziale (da cui scaturisce, tra l'altro, l'obbligo di contribuzione) e, su un piano più particolare, l'oggetto di un eventuale transazione previdenziale.

3.1. Segue: rapporto giuridico previdenziale e solidarietà.

Per capire la transazione previdenziale occorre, in primo luogo, ricordare che il rapporto previdenziale non ha una struttura assicurativa, rispondendo la sua costituzione ed il suo funzionamento ad un superiore interesse pubblico che impegna lo Stato ad assicurare ai lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria (art. 38, comma 2, Cost.). Ne deriva che l'intero sistema previdenziale è improntato ad un principio di solidarietà⁷²², che si può considerare *species* della solidarietà realizzata attraverso l'imposizione fiscale generale, e che il rapporto tra contributi e prestazioni va inteso, più che in termini di corrispettività, in termini di strumentalità⁷²³.

⁷²¹ Sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, che ne hanno spesso stigmatizzato la portata illegittimamente restrittiva arrivando comunque, nel vecchio impianto legislativo, a contenerne la portata. Ad esempio sostenendo, in linea con quanto poi affermato dalle Sezioni Unite nel 2016 e 2017 (vedi *supra*), che la transazione fiscale e previdenziale non costituiva nel vecchio regime un subprocedimento necessario all'interno del concordato preventivo ma meramente facoltativo, in quanto spettava al debitore la decisione di avvalersene o meno a seconda se intendeva conseguire i particolari effetti che ne derivano (cioè il consolidamento del debito fiscale e la cessazione della materia del contendere nelle liti pendenti) (Trib. Udine 15 giugno 2011; Corte d'App. Torino 23 ottobre 2010). Ragion per cui se l'imprenditore ritiene di non percorrere la transazione sarebbe possibile conseguire comunque la falacidia dei crediti fiscali e previdenziali, nell'ambito del piano concordatario approvato a maggioranza, senza rispettare i limiti al riguardo previsti dalla conferente normativa, e, in particolare, dal d.m. 4 agosto 2009, il quale sarebbe applicabile “nell'esclusivo ambito della procedura di cui all'art. 182 ter” L.F. (come puntualizzato proprio dall'art. 1 dello stesso D.M.) (Corte d'App. Milano n. 2896/2014; Corte d'App. Genova 27 luglio 2013; Trib. Varese 30 giugno 2012; Trib. La Spezia 24 ottobre 2013; Trib. Cosenza 29 maggio 2013; Trib. Como 22 ottobre 2013; Trib. Busto Arsizio 7 ottobre 2013; Trib. Campobasso 31 luglio 2013). Tale possibile assetto interpretativo risulta ovviamente del tutto superato dalla novella legislativa che si commenta, giacchè, come detto, l'accordo con gli enti previdenziali ai sensi dell'art. 182 ter, è ora il solo strumento che consente la riduzione del debito contributivo. La questione, oggi, è dunque più che altro quella di sapere in che misura il d.m. del 2009 sia ancora vigente e applicabile (vedi *infra*, nel testo).

⁷²² Sui principi fondanti il sistema previdenziale si veda, per tutti, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2014; M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2016, 3, 552; R. PEZZI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2016; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Torino, 1995, pag. 243 e segg.

⁷²³ Strumentalità nella quale la contribuzione assume la qualificazione di un'imposta speciale, perché riferita ad una specifica categoria di soggetti e orientata ad una altrettanto specifica destinazione: fornire i mezzi per la realizzazione dei compiti che la legge affida agli enti previdenziali. Sul tema si veda M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., per il quale la dimostrazione più evidente dell'assenza di un rapporto di corrispettività tra contribuzione e prestazioni la si può ricavare, per un verso, dal costante trasferimento di risorse pubbliche destinate al sostegno del sistema previdenziale e del suo equilibrio e, per l'altro, dalla operatività del meccanismo della automaticità delle prestazioni, erogate anche in assenza della corrispondente contribuzione (assai rilevante, come si vedrà, in questa materia).

3.2. Segue: gli enti (previdenziali) creditori interessati e l'oggetto della eventuale "transazione previdenziale".

Entrando più nel dettaglio va poi precisato che, nell'ambito che qui stiamo considerando⁷²⁴, l'oggetto di un'eventuale transazione fiscale sono i contributi "*amministrati dagli enti gestori di previdenza e assistenza obbligatorie*" non tempestivamente versati e, quindi, maggiorati degli accessori di legge (interessi e sanzioni)⁷²⁵. E ciò indipendentemente dal fatto che il debito contributivo sia stato o meno già iscritto al ruolo⁷²⁶.

Ne deriva che gli enti creditori coinvolti non sono esclusivamente quelli pubblici⁷²⁷ ma anche gli enti di previdenza obbligatoria privatizzati (d.lgs. n. 509 del 1994)⁷²⁸ nonché quelli specificatamente costituiti per i liberi professionisti (d.lgs. n. 103 del 1996)⁷²⁹.

⁷²⁴ Può essere utile rappresentare come, da un punto di vista più strettamente fiscale, l'oggetto della transazione prevista dall'art. 182 ter possano essere unicamente i debiti privilegiati e chirografari relativi a tributi amministrati dalle Agenzie fiscali, restando fuori dal campo di applicazione della procedura prevista dalla norma i tributi non amministrati dalle stesse. L'art. 29 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito nella l. n. 122 del 2012 aveva stabilito che la proposta di transazione potesse prevedere unicamente un pagamento dilazionato dell'IVA. A seguito della riforma da ultimo intervenuta, è stato eliminato il divieto di falcidio dell'IVA e delle ritenute. Da ciò discende l'equiparazione tra l'IVA e le altre voci di natura tributaria, sul punto si veda la ricostruzione di V. FICARI, op. cit., p. 5.

⁷²⁵ Secondo E. BAGAROTTO, op. cit., p. 1472, non dovrebbero esserci dubbi a ritenere che tra gli "accessori" a cui fa riferimento l'art. 182 ter rientrino gli interessi, in quanto trattasi di somme strettamente correlate al tributo o contributo al fine di aggiornare il valore funzionale del decorso del tempo, nonché (se pur con qualche dubbio) le sanzioni; più netto G. LA CROCE, op. cit., per il quale nel concetto di "accessori" devono invece essere ricompresi anche le sanzioni e gli interessi. La questione di sapere se nel concetto di accesso vi rientrano sia gli interessi che le sanzioni è, chiaramente, di grande importanza. A tal fine, soprattutto per quanto riguarda i debiti contributivi, può certamente essere utile evidenziare, a sostegno delle opinioni qui citate, che il legislatore quando vuole riferirsi indistintamente agli interessi e alle sanzioni adotta il termine di "accessori di legge" (si vedano, a titolo esemplificativo, l'art. 3 bis del d.l. 138 del 2002 che fa esplicito riferimento agli "accessori di legge"). Diversamente, come ad esempio nel caso dell'art. 116, comma 15, della l. n. 388 del 2000, quando il legislatore intende regolamentare in modo diverso interessi e sanzioni lo fa utilizzando questi termini specifici e non, per uno di essi, l'espressione accessori ("criteri e modalità per la riduzione delle sanzioni civili [...] fino alla misura degli interessi"). Ne deriva che, anche da un punto di vista dell'interpretazione sistematica, risulta confermato che nella fattispecie degli accessori rientrano tanti gli interessi che le sanzioni.

⁷²⁶ Per quanto riguarda i crediti tributari l'insussistenza di una distinzione tra crediti iscritti a ruolo o no è stata affermata, ancora prima della riforma dell'art. 182 ter LF., dalla circolare Agenzia delle entrate n. 40 del 2008. Le modifiche hanno definitivamente chiarito questo profilo essendo stato eliminato nella legge ogni riferimento alla iscrizione al ruolo del credito.

⁷²⁷ Sulla natura degli enti previdenziali si vedano le opinioni di U. PROSPERETTI, *Osservazioni per l'autonomia degli Enti previdenziali*, in *I problemi della sic. soc.*, 1961, p. 455; C. LEGA *Il rapporto giuridico previdenziale*, Milano, 1969, p. 187; L. BARASSI, *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Milano, 1930. p. 557. Come sottolineato da M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016, anche nei confronti di tali Enti sussiste il carattere della strumentalità della loro funzione in quanto trattasi di Enti che fungono da strumenti per la realizzazione di fini fondamentali dello Stato. Nello stesso senso anche R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

⁷²⁸ Sul procedimento che ha comportato la trasformazione di tali enti ad opera del d.lgs. n. 509 del 30 giugno 1994 v. M. SESSA, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, 2007; M. MARINELLI, L. NOGLER, *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010*, n. 183, Torino, 2012; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016.

⁷²⁹ Il d.lgs. n. 103 del 10 febbraio 1996 ha esteso, a decorrere dal 1° gennaio 1996, la tutela previdenziale obbligatoria ai soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione senza vincolo di subordinazione, il cui esercizio è condizionato all'iscrizione in appositi albi o elenchi. Il Consiglio di Stato con la Sentenza n. 6014 del 28 novembre 2012 ha stabilito che la natura giuridica delle Casse di previdenza dei professionisti è pubblica, pur avendo un'organizzazione privata. In particolare, i giudici hanno ritenuto che: «*la trasformazione operata dal d.lgs. 509/1994 ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dagli Enti in esame, che conservano una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, costituendo la privatizzazione una innovazione di carattere essenzialmente organizzativo*». Opinione ribadita anche da Cons. Stato Sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182 con commento di R. PROIETTI, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 6, 723. Alla luce della sentenza n. 7 del 2017 della Corte Costituzionale, come mi ha insegnato Pasquale Sandulli nei diversi colloqui informali intercorsi sul tema, è interessante evidenziare come tali enti possano essere considerati gestori di forme

Per altro verso, l'oggetto della eventuale transazione riguarda sia l'ammontare dei contributi omessi che gli interessi e le somme aggiuntive (i cosiddetti accessori⁷³⁰), se pur nei limiti di quanto non ancora prescritto⁷³¹.

Ed è altresì importante considerare che le somme in questione sono quelle che derivano dall'intera omissione contributiva, senza alcuna possibilità di distinguere la quota a carico del lavoratore da quella a carico del datore di lavoro (art. 2115, comma 1, cod. civ.). Ciò in quanto gli artt. 19 e 23 della legge n. 218 del 1952, sebbene non manchi qualche contestazione, pongono per intero in capo al secondo, in caso di omesso o ritardato adempimento, l'obbligo di farsi carico di entrambe le quote⁷³².

Del tutto coerentemente, del resto, anche di recente la Suprema Corte⁷³³ ha precisato come il lavoratore sia legittimato ad insinuare al passivo le retribuzioni a lui dovute e non pagate al lordo della contribuzione previdenziale insoluta e già a suo carico, con assistenza dei privilegi previsti per il credito retributivo per l'intero importo. L'ente è invece legittimato ad insinuare il credito

di previdenza alternative, più che sostitutive, di quelle obbligatorie. Ciò in quanto la Corte Costituzionale, con la sentenza qui indicata, ne enfatizza la natura mutualistica e l'autonomia di gestione.

⁷³⁰ Art. 116 della L. n. 388 del 2000.

⁷³¹ La Legge n. 335/1995 ha disciplinato il termine prescrizionale relativo alle contribuzioni di previdenza ed assistenza sociale obbligatoria. Nello specifico, l'art. 3, comma 9 statuisce che: *"Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati: a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, [...] A decorrere dall'1 gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti; b) cinque anni per tutte le altre contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria"*. Tuttavia, affinché il termine diventi decennale è necessario che l'Istituto provveda ad emettere un proprio atto il quale è l'unico ad avere efficacia interruttiva (così ha chiarito la circolare dell'INPS n. 69 del 25 maggio 2005). Parte della dottrina, per tutelare l'affidamento del datore di lavoro al minor termine prescrizionale, ha ritenuto che tale regola potesse operare unicamente in riferimento ai crediti la cui prescrizione abbia avuto decorrenza anteriore al 31 dicembre 1995 e scadenza entro i 5 anni successivi; in tal senso M. CINELLI, *Sul regime intertempo tale della disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali in caso di denuncia del lavoratore*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2012, p. 204 e ss.; M. BERETTA, *Ancora sulla decorrenza del termine di prescrizione quinquennale in materia di contribuzione previdenziale*, in *Giur. It.*, 2015, p. 416 e ss. Altri autori hanno sostenuto che la denuncia del lavoratore inciderebbe unicamente sul rapporto previdenziale pensionistico, risultando *"efficace solo ai fini dell'acquisto, da parte del soggetto protetto, dell'anzianità previdenziale, la quale entra da quel momento a far parte della sua sfera giuridica, indipendentemente dalle vicende dell'obbligazione contributiva"* F. D. MASTRANGELI – C. A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, Torino, 1997, p. 293 – 294. La giurisprudenza sembra più altro concorde nel ritenere che *"in tema di prescrizione dei contributi previdenziali e assistenziali la denuncia del lavoratore è idonea a mantenere il precedente termine di prescrizione decennale solamente nel momento in cui sia intervenuta prima della maturazione del nuovo termine quinquennale di prescrizione"* (Cass. n. 23237 del 2013).

⁷³² A giustificazione della razionalità di tale previsione la Cassazione ha più volte affermato che, omettendo il pagamento della contribuzione, il datore di lavoro terrebbe un contegno lesivo dei principi di buona fede e correttezza (Cass. n. 18232/2015, Cass. n. 10437/2000, Cass. n. 5916/1998). In altre pronunce si è invece considerato che una rivalsa tardiva rischierebbe di gravare il lavoratore di un recupero di somme arretrate *"il cui livello si accresce per il tempo dell'inadempimento, assumendo proporzioni apprezzabili e direttamente proporzionali al perdurare dell'inadempimento del soggetto obbligato"* (Cass. n. 6448/2009; Cass. n. 5916/1998). Secondo alcuni autori tale meccanismo sarebbe iniquo in quanto il lavoratore, beneficiario della sanzione (in quanto destinatario in ragione di essa di un maggior trattamento retributivo) nulla perde dal punto di vista previdenziale, essendo previsto che l'omissione contributiva cui si associa il fallimento sia coperta, per la quota di contributi eventualmente prescritta, da contribuzione figurativa ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 cfr. A. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. Iav.*, 1993, I, 72 ss. Altri autori hanno addirittura in ciò intravisto dei possibili profili di costituzionalità in quanto tale meccanismo rafforzerebbe i diritti del lavoratore nel momento in cui mantiene fermo l'assetto dei crediti e debiti concorrenti in sede fallimentare (pur a fronte della copertura previdenziale della posizione contributiva), finendo per premiare il lavoratore a danno degli altri creditori in violazione dei canoni della ragionevolezza c.d. intrinseca v. M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana, in I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee - Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*, Roma, 25- 26 ottobre 2013, 7).

⁷³³ Cass. n. 23426/2016.

contributivo insoluto, che comprende sia le quote gravanti sul lavoratore che quelle gravanti sul datore di lavoro, e ciò con assistenza dei privilegi previsti agli art. 2753 e 2754 c.c.

4. L'art. 2115, comma 3, cod. civ., e gli strumenti di rimodulazione del debito contributivo tra provvedimenti amministrativi e contratti.

Nella misura in cui il suo effetto è quello di ridurre l'importo dovuto a titolo di contribuzione previdenziale, la disciplina della transazione previdenziale opera, quale norma speciale la cui portata è riferita all'insolvenza di impresa (e solo nei casi di concordato o accordo di ristrutturazione del debito), in deroga alla regola generale che sancisce la nullità di *"qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza"* (art. 2115, comma 3, cod. civ.). Una previsione così ampia da lasciare chiaramente intendere che sono ricompresi nel campo di applicazione di quella disposizione, e della relativa sanzione della nullità, anche gli accordi relativi agli accessori dei crediti previdenziali⁷³⁴.

Sebbene in questo caso la deviazione rispetto alla regola generale si presenti in modo chiaramente più evidente, e ciò in ragione della possibilità di inserire nella transazione anche una quota potenzialmente rilevante della sorte capitale rappresentata dal contributo omesso (vedi *infra* ai nn. 2; 3.2; 6; 6.1.), non si tratta, a ben vedere, di una eccezione isolata.

Altre disposizioni di legge, infatti, prevedono, al di fuori dei casi di insolvenza di impresa, la possibilità di accordare la riduzione delle sanzioni civili sino al valore degli interessi (art. 116, comma 15, della legge n. 388 del 2000; Direttiva Ministero del lavoro n. 1 del 2001)⁷³⁵ o, per altro verso, consentono il pagamento rateizzato (da 24 fino a 60 mesi) di debiti contributivi per i quali non sia stato già formato avviso di addebito (art. 2, comma 11, d.l. n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989; art. 116, comma 17, legge n. 388 del 2000) ovvero, fino a 60 mesi, per quelli già iscritti al ruolo (art. 3, comma 3 *bis*, della legge n. 138 del 2002).

⁷³⁴ Per accessori, i quali possono essere oggetto del piano di cui all'art. 160 L.F., nella scienza tributaria si intendono le sanzioni e gli interessi correlati al tributo principale (cfr. nota n. 18). L'art. 12 della legge 488/2001, in tema di contenzioso tributario, ha esteso la competenza in materia di oneri accessori al giudice tributario chiamato a decidere sul tributo, considerando tali oneri come parte integrante dello stesso e quindi trattabili e assoggettabili a transazione fiscale.

⁷³⁵ L'art. 116, comma 15, della L. 388 del 2000 prevede che *"i consigli di amministrazione degli enti impositori, sulla base di apposite direttive emanate dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, fissano criteri e modalità per la riduzione delle sanzioni civili di cui al comma 8 fino alla misura degli interessi legali"*, nei casi a) di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi derivanti da oggettive incertezze connesse a contrastanti ovvero sopravvenuti diversi orientamenti giurisprudenziali o determinazioni amministrative sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo successivamente riconosciuto in sede giurisdizionale o amministrativa e nei casi di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, derivanti da fatto doloso del terzo denunciato all'autorità giudiziaria; b) per le aziende in crisi per le quali siano stati adottati i provvedimenti previsti dalla legge 12 agosto 1977, n. 675, dalla legge 5 dicembre 1978, n. 787, dal decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 aprile 1979, n. 95, e dalla legge 23 luglio 1991, n. 223, e comunque in tutti i casi di crisi, riconversione o ristrutturazione aziendale che presentino particolare rilevanza sociale ed economica in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore, comprovati dalla Direzione provinciale del lavoro - Servizio ispezione del lavoro territorialmente competente, e, comunque, per periodi contributivi non superiori a quelli stabiliti dall'articolo 1, commi 3 e 5, della citata legge n. 223 del 1991, con riferimento alla concessione per i casi di crisi aziendali, di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale. Tali criteri sono poi ulteriormente specificati nella Direttiva ministeriale n. 1 del 2001.

C’è però da dire che tra la transazione previdenziale e queste ulteriori eccezioni al vincolo di puntuale adempimento degli “*obblighi relativi alla previdenza e assistenza*” (art. 2115, comma 3, cod. civ.) esiste, almeno da un punto di vista formale, una non trascurabile differenza strutturale.

Ed infatti, mentre la rateizzazione del debito contributivo o la riduzione delle sanzioni sono l’effetto di un provvedimento emesso dall’ente previdenziale all’esito di un procedimento amministrativo attivato su istanza del debitore⁷³⁶, la transazione previdenziale viene proposta dal debitore e si perfeziona, eventualmente, con un accordo tra le parti.

Ond’è che, per un verso, l’art. 2115, comma 3, cod. civ., in quanto norma sanzionatoria di atti di autonomia negoziale, può avere un impatto diretto esclusivamente sulla transazione previdenziale⁷³⁷ (e non sugli ulteriori strumenti di rimodulazione degli obblighi contributivi). Ma, per altro verso, e direi ancora prima, la differente natura degli strumenti ora considerati porta necessariamente a chiedersi se, ed in qual misura, la transazione previdenziale possa, sebbene la legge la qualifichi come un accordo, effettivamente essere considerata alla stregua di un atto di autonomia negoziale.

5. La transazione previdenziale come contratto ad oggetto pubblico.

Il ragionamento che può portare ad ipotizzare una risposta a tale quesito è chiaramente molto articolato e presuppone l’estensione dell’ambito di ricerca ad istituti e categorie del diritto amministrativo ancora oggi piuttosto sfuggenti. Ma senza aver qui pretese di trattare in modo esauritivo il tema dell’attività negoziale della pubblica amministrazione pare ragionevole affermare che la transazione previdenziale può essere qualificata alla stregua di un contratto ad oggetto pubblico (art. 11 della legge 241 del 1990⁷³⁸), intendendosi per tale quel contratto, stipulati dalla pubblica amministrazione, che ha ad oggetto un bene giuridico qualificato da norme di diritto pubblico e sottratto alla normale circolazione tra privati⁷³⁹.

In tal senso appare significativo non solo il fatto che l’oggetto della transazione previdenziale sono oneri contributivi destinati a soddisfare un interesse generale (vedi *supra* al n. 3.1.), peraltro espressamente sottratti alla disponibilità dei privati (art. 2115, comma 3, cod. civ.), ma anche la circostanza che nella eventuale stipulazione dell’accordo transattivo gli enti sembrano proprio fare esercizio di poteri amministrativi, più che privatistici.

⁷³⁶ Per quanto riguarda la rateizzazione dei contributi, basti richiamare la Circolare INPS n. 108 del 12 luglio 2013 ove si legge che “*la definizione della domanda di rateazione, all’esito dell’istruttoria compiuta sulla base della verifica del rispetto di tutte le condizioni previste, avviene con un provvedimento motivato di accoglimento, cui segue l’emissione del piano di ammortamento ovvero con un provvedimento di reiezione*”. Per la riduzione delle sanzioni, invece, si veda la direttiva del Ministero del Lavoro n. 1 del 2001 che chiarisce come tale concessione sia l’effetto di “*provvedimenti concessivi del beneficio della riduzione delle sanzioni civili*” o, in modo ancora più chiaro, si veda la parte della medesima direttiva che si esprime in termini di “*potere riduttivo*”.

⁷³⁷ Potendo, ad esempio, comportare la nullità parziale di accordi che dispongano degli oneri contributivi, diretti e/o accessori, in violazione delle specifiche disposizioni autorizzatorie contenute nello speciale regime della transazione previdenziale riservato all’impresa insolvente.

⁷³⁸ Sulla portata generale di questa disposizione, che rappresenta il riferimento normativo di una categoria di contratti che non necessariamente si esaurisce nelle fattispecie specificamente indicate da quella disposizione, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, p. 71 e ss.

⁷³⁹ E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, p. 89; A. TE-SAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1961, p. 9 e ss.; G. FALCON, *le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, p. 283 e ss.

E ciò lo si può ricavare sia dal fatto che nell'aderire all'accordo l'ente esercita prerogative che, a ben vedere, ricomprendono i poteri amministrativi (di cui si è detto qui sopra al n. 4, ed anche alla nota n. 30) di ridurre le sanzioni e di concedere rateizzazioni, sia dal fatto che la valutazione della proposta formulata dal debitore appare comunque dovuta, pur residuando un dubbio (esclusivamente imputabile all'incertezza sulla natura strettamente oggettiva e vincolante dei presupposti richiesti dal decreto ministeriale per il raggiungimento dell'accordo) sulla natura vincolata di questo tipo di attività o sulla necessità che vi sia un esercizio di discrezionalità amministrativa.

Ciò che si vuole dire è che in ogni caso, ed è questo che conta, non si tratta di autonomia perché il comportamento dell'ente, soprattutto per ciò che attiene la valutazione delle condizioni eventualmente proposte, non può certamente considerarsi libero, spontaneo. È un comportamento dovuto, pur potendosi discutere sul fatto che la conclusione di questo procedimento necessario sia o meno vincolata (vedi infra al n. 8).

Più elementi, dunque, inducono pertanto a ritenere che la transazione previdenziale sia un contratto ad oggetto pubblico cui si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990). Solo con ciò potendosi spiegare, tra l'altro, anche il fatto che l'art. 4, comma 2, del d.m. 4 agosto 2009 regola le conseguenze dell'eventuale inadempimento degli impegni assunti con la transazione previdenziale utilizzando categorie non proprio civilistiche ove prevede, ad esempio, che "*il mancato rispetto degli obblighi previsti nell'accordo comporta la revoca dell'accordo medesimo*" (vedi anche nota n. 13).

6. Il rapporto tra l'art. 182 ter, nuovo testo, L.F. e il d.m. 4 agosto 2009.

Per passare ad un'analisi di maggior dettaglio della nuova disciplina della transazione previdenziale occorre capire bene quali siano le fonti di riferimento che oggi regolamento l'istituto. Non è ben chiaro, infatti, il rapporto che intercorre tra il novellato art. 182 *ter* L.F. ed il decreto emesso dal Ministero del lavoro il 4 agosto 2009 proprio al fine di definire, nel previgente assetto normativo, le modalità di applicazione, i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi.

Quel decreto ministeriale era stato emanato in virtù di una esplicita previsione (art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2008) contenuta nello stesso articolo che (al comma precedente) aveva riscritto l'art. 182 *ter* L.F. (art. 32, comma 5, d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2008). Ciò non di meno risulta assai difficile sostenere che la riscrittura dell'art. 182 *ter* L.F. disposta dalla legge di stabilità per il 2017 lo abbia, se pur implicitamente, abrogato nella sua interezza.

A tal riguardo occorre infatti rimarcare non solo che l'ultima riforma nulla dice in merito alla norma primaria di rinvio (art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2008), ed al decreto ministeriale della stessa attuativo, ma anche, e forse soprattutto, che il citato art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008 affidava al Ministero del lavoro il compito di definire "*le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi*".

Ond'è che, a ben vedere, la fattispecie ivi richiamata ("*accordi cui crediti contributivi*"), oltre ad essere contenuta in una disposizione (art. 35, comma 6, d.l. n. 185 del 2008 cit.) materialmente

distinta da quella che aveva modificato nel 2008 l'art. 182 *ter* L.F. (art. 35, comma 5, d.l. n. 185 del 2008 cit.) e tutt'ora in vigore, risulta, in ogni caso, assai più ampia di quella della "transazione fiscale" espressamente richiamata nella rubrica dell'art. 182 *ter* L.F (che l'ultima riforma ha poi modificato, coerentemente con la portata della novità legislativa, in "trattamenti dei crediti tributari e contributivi").

Ne deriva che, a parere di chi scrive, il rapporto tra il d.m. del 2009 ed il novellato art. 182 *ter* L.F. deve probabilmente essere risolto in termini di implicita abrogazione di quelle specifiche disposizioni contenute nel primo che risultino oggettivamente incompatibili con le novità successivamente introdotte nel riformato art. 182 *ter* L.F.

E ciò, oltre che per una ragione di prevalenza della fonte primaria novellata (art. 182 *ter* L.F.) sulla fonte regolamentare secondaria, anche per via della prevalenza che va accordata alla fonte cronologicamente successiva⁷⁴⁰ (art. 182 *ter* L.F., come modificato dall'art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016). La cui entrata in vigore (gennaio 2017), per un verso, modifica indirettamente la portata della norma primaria di rinvio alla decretazione ministeriale (art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008), ciò in quanto quella norma di rinvio nel nuovo assetto normativo certamente non può affidare alla decretazione del ministero del lavoro il potere di introdurre regolamentazioni in contrasto con altre norme primarie, e, per altro verso, supera comunque ogni previgente regolamentazione incompatibile per effetto della loro implicita abrogazione⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Può essere interessante capire se il d.m. del 2009 viene direttamente abrogato dalla novella legislativa o se quest'ultima interviene sulla norma primaria di rinvio (il comma 6 dell'art. 32 del d.l. 185 del 2008). I principi generali che governano i rapporti gerarchici tra le fonti, prevedono che nel caso in cui si verifichi il contrasto tra due norme, una delle quali sia al tempo stesso gerarchicamente sovraordinata e cronologicamente successiva, il principio gerarchico e quello cronologico concorrono: la norma anteriore e inferiore può essere considerata abrogata in quanto anteriore (principio cronologico) o invalida in quanto inferiore (principio gerarchico), in tal senso l'opinione di R. GUASTINI *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 116. Sugli altri casi in cui i due principi citati possono interferire o concorrere tra loro, si vedano V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1993, p. 195 e ss.; A. PIZZO-RUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, p. 11 e ss; N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 2012, p. 113 e ss. Ulteriore spunto potrebbe derivare dal fatto che il d.m. 4 agosto 2009 potrebbe aver ecceduto la delega che gli era stata attribuita dall'art. 32, comma 6 del d.l. n. 185 del 2008; in tal caso, il comma 3 del d.m. potrebbe ritenersi invalido in quanto lesivo del principio gerarchico alla luce del fatto che le esclusioni dallo stesso previste appaiono in contrasto con la legge da cui origina. Per un approfondimento sulla illegittimità dei regolamenti ministeriali ad integrazione vedasi L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990, p. 7 e ss; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione della legge n. 400 del 1998*, in *Dir. Pubb.*, 1996, p. 79; A. A. Cervati, *A proposito di "regolamenti delegati", e delegificazione, in una attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 1848 e ss.

⁷⁴¹ Le varie limitazioni previste dal d.m. 4 agosto 2009, e dalle circolari degli enti previdenziali emesse ai sensi dell'art. 5 dello stesso d.m., finivano, secondo alcuni autori, per rendere arduo l'accesso alla transazione previdenziale. Il problema principale sarebbe rappresentato dall'effettiva incidenza e vincolatività della disciplina introdotta dal suddetto d.m., in quanto quest'ultimo decreto doveva essere emanato per definire "le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi", ed invece avrebbe fissato ulteriori condizioni e limitazioni di natura sostanziale (facendo emergere un possibile contrasto con l'art. 182 *ter* L.F.). È per queste ragioni che in dottrina e in giurisprudenza si è andato diffondendo l'orientamento per il quale la disciplina dettata dal D.M., in quanto contraria a disposizioni di legge di rango superiore, può essere disapplicata dal Giudice Ordinario ai sensi dell'art. 5, L. 20 marzo 1865, n. 2264, all. E. In particolare, si sostiene che il D.M., nella parte in cui stabilisce percentuali minime di pagamento dei crediti in esso considerati, è viziato da violazione di legge in quanto in contrasto con il contenuto di norme primarie, quali gli artt. 160, 182 *ter*, comma 1, 184 e 186, L.F., norme, queste, che consentono il pagamento parziale del credito privilegiato nella misura consentita dal valore del bene posto dalla legge a garanzia del credito (Trib. Monza 22 dicembre 2011; in dottrina v. L. DEL FEDERICO, *Questioni controverse sulla transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, 2010, 2379 ss.; nelle opinioni F. MARENKO, in F. MARENKO - A. LA MALFA, *La transazione fiscale e previdenziale*, Rimini, 2010, 281 e di M. GALARDO, op. cit., p. 110, l'art. 4 del d.m. 4 agosto 2009 avrebbe limitato moltissimo ed in maniera ingiustificata la possibilità per l'imprenditore di procedere alla ristrutturazione della componente del proprio passivo costituita da esposizioni nei confronti dell'INPS e dell'INAIL.

7. Il nuovo limite della falcidiabilità dell'importo realizzabile in caso di liquidazione del patrimonio del soggetto insolvente.

Seguendo questa logica, il d.m. del 2009 sembra ormai superato per effetto della riscrittura dell'art. 182 ter L.F. in almeno due punti chiave.

In primo luogo pare dubbia la compatibilità tra la nuova disciplina della transazione previdenziale ed il divieto posto dal decreto ministeriale di stipulare accordi aventi ad oggetto i “*crediti dovuti in esecuzione delle decisioni assunte dagli organi comunitari in materia di aiuti di stato*” (art. 1, comma 3, lett. b) del d.m. 2009). Ciò in quanto il nuovo criterio di falcidiabilità dei contributi previdenziali è stato inserito proprio a valle di una sentenza della Corte di Giustizia⁷⁴² che, come visto, afferma la compatibilità con la disciplina comunitaria della legislazione fallimentare italiana interpretata nel senso che consente, nell'ambito di un concordato, il pagamento parziale un tributo di rilevanza comunitaria all'esito di una attestazione che tale debito non riceverebbe, in caso di liquidazione del patrimonio del soggetto insolvente, un trattamento migliore).

In secondo luogo, e qui l'abrogazione del d.m. del 2009 pare decisamente più chiara, sembrano definitivamente superati i restrittivi criteri di falcidiabilità del debito contributivo posti dall'art. 3 del d.m. del 2009. Ciò nel senso che, nella logica che emerge dalla stessa giurisprudenza comunitaria⁷⁴³, il limite esterno massimo della riduzione del debito è ormai fissato, per tutti i debiti contributivi, senza distinzione tra capitale e accessori, nella quota realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione. Ovviamente tenuto conto della collocazione preferenziale dei crediti in questione e, per quanto riguarda la quantificazione del ricavabile, alla luce di quanto previsto dalla relazione effettuata da un professionista indipendente in possesso dei requisiti di legge (art. 67, terzo comma, lettera d, L.F.).

7.1. Segue: gli ulteriori parametri per il trattamento del debito contributivo, differenziati per i crediti privilegiati e i crediti chirografari.

Nell'ambito di tale limite esterno, invalicabile, operano poi ulteriori parametri di natura comparativa che impongono alle parti di questa eventuale transazione di non trattare i crediti contributivi in modo deteriore a quanto disposto per altre classi di crediti specificatamente individuate dalla norma. In particolare, la seconda parte del primo comma dell'art. 182 ter fa riferimento ai crediti assistiti da privilegio e a quelli chirografari, prevedendo due distinti regimi.

Se il credito è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie che lo assistono, non possono essere inferiori o meno vantaggiose rispetto alle condizioni offerte ai crediti che godono di un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti previdenziali. La disposizione prevede, dunque, la possibilità di alterare la graduatoria dei privilegi ammettendo che un creditore di contributi previdenziali possa essere soddisfatto non integralmente, se trattato in modo

Critici sul contenuto del D.M. 4 agosto 2009, E. MATTEI, op. cit., p. 561 ss.; E. STASI, op. cit., p. 1195; V. ZANICHELLI, op. cit., p. 377 ss). Si è poi già detto degli orientamenti per i quali la transazione previdenziale non costituiva un subprocedimento necessario all'interno del concordato preventivo. Le questioni qui poste sembrano, oggi, definitivamente superate dalla riscrittura dell'art. 183 ter L.F.

⁷⁴² CG 7 aprile 2016 C – 546/2014 (Degano Trasporti S.a.S).

⁷⁴³ CG 7 aprile 2016 C – 546/2014 (Degano Trasporti S.a.S).

non deteriore rispetto ai creditori privilegiati di grado successivo. Si tratta, quindi, di una norma di carattere eccezionale che pone una deroga al principio della inalterabilità della graduazione⁷⁴⁴.

Allo stesso modo, la norma in esame prevede una regolamentazione specifica anche per i crediti previdenziali chirografari prevedendo che il trattamento degli stessi, nel caso di suddivisione in classi dei chirografari, deve essere equiparato a quello riservato alla classe trattata in modo più favorevole, introducendo così un limite legale alla composizione delle classi creditorie.

7.2. Segue: la natura privilegiata o chirografaria dei crediti previdenziali.

L'applicazione di tali regole richiede che venga rapidamente chiarito se e in che misura un credito contributivo, potenzialmente coinvolto in una transazione previdenziale, debba essere considerato privilegiato o chirografario.

Ai sensi dell'art. 2753 cod. civ. godono di privilegio generale sui mobili del datore di lavoro i crediti "derivanti dal mancato versamento dei contributi ad istituti, enti o fondi speciali, compresi quelli sostitutivi o integrativi, che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti". La formula è assai ampia e, soprattutto, ben diversa da quella utilizzata dall'art. 2754 cod. civ. ove si chiarisce, per i contributi destinati a regime diversi da quello della IVS, che il privilegio in questione riguarda solo i "crediti per contributi dovuti" e non quelli "derivanti dal mancato versamento degli stessi".

Pur tuttavia l'inevitabile dubbio che la formulazione dell'art. 2753 cod. civ. alimenta sulla natura privilegiata o meno degli accessori dei crediti contributivi destinati ad alimentare il regime IVS è sciolto, almeno per chi ritiene che gli accessori del credito siano tanto gli interessi che le sanzioni (perché altrimenti le sanzioni per omessa contribuzione al regime IVS dovrebbero sempre godere di privilegio), dall' art. 2754 cod. civ.

In quest'ultima disposizione è infatti chiarito che il privilegio generale in questione si estende agli accessori, anche per quanto riguarda i contributi destinati al regime IVS, solo nella misura del cinquanta per cento dei medesimi. E ciò in modo del tutto coerente con quanto previsto anche dal successivo art. 2778 cod. civ. nella parte in cui inserisce al primo posto della gradazione dei privilegi i crediti per contributi destinati al regime IVS e all'ottavo posto i crediti destinati ad altri regimi previdenziali nonché, nella misura del cinquanta per cento, gli accessori di tutti i regimi contributivi⁷⁴⁵.

7.3. Segue: crediti previdenziali e classi omogenee di crediti (e creditori).

Un problema interpretativo tutt'altro che scontato è quello che riguarda i criteri di trattamento dei creditori previdenziali per i quali la legge, nel caso in cui il credito sia privilegiato, impone,

⁷⁴⁴ Questa l'opinione di G. BOZZA, op. cit., p. 377.

⁷⁴⁵ Per Trib. Lucca 23 novembre 2002 "ai sensi dell'art. 2778 c.c., i crediti per contributi ad istituti che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, indicati dall'art. 2753 c.c., sono assistiti da privilegio di primo grado; i crediti per accessori relativi ai suddetti contributi sono assistiti, limitatamente al cinquanta per cento del loro ammontare, da privilegio di ottavo grado, i crediti dello Stato per imposta sul valore aggiunto sono assistiti da privilegio di diciannovesimo grado". Sul punto è anche utile ricordare l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla "non estensione del privilegio alle soprattasse se non nelle ipotesi espressamente previste e cioè in materia di Iva e di Invim, da intendersi come disposizioni eccezionali e non applicabili in via analogica ad ipotesi tributarie diverse" (Cass. Sez. Un., n. 5246 del 6 maggio 1993; Cass. n. 838 del 24 gennaio 1995).

come visto, un trattamento non inferiore a quello riservato ad altri creditori che hanno “*una posizione giuridica e interessi economici omogenei*”.

In alcuni commenti emerge il tentativo di sostenere, forse in modo eccessivamente semplicistico, la natura omogenea della posizione giuridica e degli interessi di tutti gli enti pubblici⁷⁴⁶.

Ma, a ben vedere, il problema di fondo è che la valutazione di omogeneità più che riferita alla posizione giuridica ed all’interesse economico dell’ente creditore dovrebbe essere apprezzata più che altro con riguardo alla specifica natura del credito di cui parliamo.

Ond’è che, per quanto riguarda i crediti previdenziali, tenuto conto degli artt. 2 e 38 Cost., la valutazione di omogeneità in questione potrebbe imporre di trattare questi crediti al pari di altri crediti che possono vantare analoga rilevanza costituzionale. Ciò con la possibile conseguenza che i crediti previdenziali dovrebbero avere lo stesso trattamento dei crediti fiscali (dotati di pari rilevanza costituzionale in ragione della previsione contenuta nell’art. 53 Cost.⁷⁴⁷) e, se esistono, degli altri crediti, di rilevanza costituzionale, funzionali ad un analogo interesse generale.

Da questo punto di vista c’è da evidenziare che per effetto del novellato art. 182 *ter* risulta rafforzata la percezione della natura pubblicistica dei crediti in questione in quanto la falcidia del debito contributivo (e di quello fiscale) richiede pur sempre l’adesione dell’ente creditore, pur residuando dubbi sulla discrezionalità valutativa dell’ente, e non può essere a quest’ultimo imposta (come, invece, prima poteva avvenire mediante l’approvazione a maggioranza del piano concordatario e la conseguente meccanica applicazione della gradazione dei privilegi di cui all’art. 2778 cod. civ.) (vedi *supra* al n. 3).

8. Transazione previdenziale e discrezionalità dell’amministrazione.

Gli ulteriori criteri che dovrebbero accompagnare la valutazione dell’ente previdenziale rispetto all’ipotetico accordo transattivo, superate le questioni che attengono alla quantità della riduzione, restano quelli definiti dall’art. 4 del d.m. 4 agosto 2009⁷⁴⁸ ed in diverse circolari emanate

⁷⁴⁶ In particolare, questa è l’opinione offerta da V. ZANICHELLI, op. cit., 268.

⁷⁴⁷ Il principio della capacità contributiva rappresenta, secondo l’opinione di consolidata dottrina, l’elemento fondante il sistema tributario italiano. Tale norma sancisce sia la doverosità del concorso dei privati alle spese pubbliche sia l’universalità dell’obbligo tributario che, alla luce dell’art. 3 della Cost., riguarda indistintamente tutti i soggetti parte della collettività. Per un approfondimento si vedano L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, p. 408 e ss.; E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, I, Milano, Milano, 1987, p. 93 e ss.; G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell’imposizione tributaria*, Torino, 1991. Può ritenersi ampiamente condivisa la ricostruzione che individua il fondamento giuridico delle prestazioni tributarie - e la loro rilevanza costituzionale - nell’appartenenza del singolo alla collettività organizzata, inquadrando il dovere tributario tra quelli inderogabili di cui all’art. 2 della Costituzione.

⁷⁴⁸ In particolare, all’art. 4 del citato d.m. sono stati individuati i criteri valutativi nel rispetto dei quali gli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria possono accedere alla proposta di transazione. Tali criteri sono rappresentati: dall’idoneità dell’attivo ad assicurare il soddisfacimento dei crediti anche mediante prestazione di eventuali garanzie (M. GALARDO, op. cit., ritiene che la richiesta della prestazione di eventuali garanzie reali debba essere limitata ai soli casi in cui il contribuente richiede il pagamento dilazionato); il riconoscimento formale ed incondizionato del credito per contributi e premi con annessa rinuncia a tutte le eccezioni connesse con lo stesso credito; la correttezza nel pagamento dei contributi e premi dovuti per i periodi successivi alla presentazione della proposta di accordo; il versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti (l’Inps ha fornito una propria interpretazione ritenendo che il versamento debba essere richiesto non solo ai fini dell’accesso alla dilazione del pagamento dei crediti contributivi ma anche ai fini del pagamento parziale degli stessi, tenuto conto che il loro mancato versamento configura il reato di cui all’art. 2, comma 1 bis, del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463); l’essenzialità dell’accordo ai fini della

dagli enti proprio in applicazione di quel decreto⁷⁴⁹.

Ne deriva che, fermo restando l'obbligo di avviare la procedura di valutazione della proposta di accordo, a mio giudizio ineliminabile se non a forte rischio di responsabilità erariale di chi si assume la responsabilità di evitare l'attivazione di questo procedimento, e quindi anche di apprezzare la stima del patrimonio del soggetto insolvente effettuata dal professionista indipendente per quantificare il ricavabile in caso di liquidazione, il processo di concreta valutazione della convenienza dell'accordo transattivo risulta scandito da un'ulteriore proceduralizzazione, assai dettagliata, che potrebbe far pensare all'assenza di qualsiasi forma di discrezionalità degli enti previdenziali in merito alla possibilità di accettare o meno la proposta di riduzione del debito.

Pur tuttavia, da questo punto di vista resta da segnalare che il testo del DM del 2009 offre chiari spunti interpretativi di segno contrario nella parte in cui (art. 4) stabilisce anche che gli Enti "possono accedere" alla proposta di accordo.

La questione, di grande rilevanza, giacchè la soluzione prescelta è destinata a cambiare in profondità il senso applicativo dell'istituto in questione, è incerta.

Considerato il dettaglio dei vincoli normativi che rendono accettabile la transazione, a partire dai livelli massimi dell'eventuale riduzione, e ricordato che il contratto in questione ha un oggetto pubblico ed è stipulato nell'esercizio di poteri amministrativi (vedi *supra* al n. 5), la discrezionalità dell'Ente dovrebbe essere esclusa dal principio di imparzialità che deve connotare l'agire della pubblica amministrazione (art. 97 Cost⁷⁵⁰) e, di conseguenza, dalla necessità che non vi siano differenziazioni tra posizioni giuridiche sostanzialmente omogenee.

Per altro verso, a favore di un margine di discrezionalità dell'ente si potrebbe in qualche modo invocare non solo la sentenza della Corte Cost. n. 7 del 2017 - nella parte in cui per gli enti privatizzati che gestiscono forme obbligatorie di previdenza enfatizza, nell'ambito del modello mutualistico, l'autonomia gestoria e la responsabilità di gestione⁷⁵¹ - ma anche l'esistenza, se pur

continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile salvaguardia dei livelli occupazionali. Per osservazioni critiche sui criteri ora esposti, giudicati eccessivamente restrittivi, M. GALARDO, op. cit., p. 110 e di F. MARENKO, A. LA MALFA, op. cit., p. 279.

⁷⁴⁹ In ragione di quanto previsto dall'art. 5 del d.m. 4 agosto 2009 al decreto stesso sono seguite due circolari, rispettivamente dell'Inps (circolare n. 30 del 2010) e dell'Inail (circolare n. 8 del 2010). In dottrina ci si è interrogati riguardo l'efficacia esterna di tali circolari in ragione del rinvio ad esse contenuto nel decreto. L'opinione dominante, confermata anche dalla giurisprudenza, ritiene però che tali circolari non sono vincolanti e possono, quindi, essere disapplicate dal giudice.

⁷⁵⁰ Opinione opposta è quella espressa da G. FERRANTI, G. ANDREANI, L. MIELE, C. RAVAZZIN in *Fiscalità della crisi d'impresa*, Milano, 2014, secondo i quali in virtù del principio enunciato dall'art. 97 Cost., la Pubblica Amministrazione può valutare in concreto la convenienza della proposta concordataria, essendo autorizzata ad accoglierla in virtù della sua convenienza. In modo simile, G. LA CROCE, op. cit. ritiene che la Pubblica Amministrazione agirebbe nel decidere se accettare o meno la proposta di transazione esercitando la propria autonomia amministrativa.

⁷⁵¹ Con la sentenza appena richiamata la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della L. 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui prevede che le somme derivanti dalle riduzioni di spesa ivi previste siano versate annualmente dalla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per i dottori commercialisti ad apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato. In particolare, la incostituzionalità della previsione normativa risiederebbe nella compressione di un principio di sana gestione finanziaria, come quello inerente alla natura mutualistica degli enti privatizzati di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 509 del 1994, la quale non risulterebbe proporzionata all'alternativa di assicurare un prelievo generico a favore del bilancio dello Stato. Secondo i giudici della Consulta, "l'ingerenza del prelievo statale rischia di minare quegli equilibri che costituiscono elemento indefettibile dell'esperienza previdenziale autonoma"; il sistema privato "merita di essere preservato da meccanismi – quali il prelievo a regime in esame – in grado di scalfirne gli assunti di base". La Corte si è quindi espressa esplicitamente a difesa dell'autonomia degli enti previdenziali privati osservando che la disposizione censurata opera "in deroga

nell'ambito dei criteri posti dall'art. 4 del d.m. del 2009, di un certo margine di apprezzamento soggettivo da parte dell'ente.

Ciò per arrivare a sostenere, in altri termini, che la decisione finale se accettare o meno l'accordo transattivo richiede comunque l'esercizio di una manifestazione di "discrezionalità tecnica", da esercitare nel confine delimitato da norme di legge⁷⁵² e assoggettabile al sindacato giurisdizionale unicamente con riferimento alla sua ragionevolezza, logicità, contraddittorietà ed incongruenza⁷⁵³.

Ma se in concreto si considerano i criteri di valutazione che impone l'art. 4 del d.m. del 2009 emerge, almeno a parere di chi scrive, che gli elementi affidati alla prudente analisi dell'ente previdenziale (vedi nota n. 42) sono spiccatamente oggettivi e, pertanto, essendo verificabili in quanto sussistenti o no, dovrebbero escludere l'esercizio di discrezionalità. Se quei requisiti sono riscontrati come esistenti, pertanto, l'ente dovrebbe aderire alla proposta di accordo di transazione previdenziale. Ciò a condizione, ovviamente, che la riduzione sia contenuta nei limiti massimi sin qui descritti (vedi nn.7; 7.1.; 7.2.; 7.3.) e che, fermi questi limiti invalicabili, non si intenda affermare la discrezionalità del creditore dei contributi nella valutazione dell'entità della riduzione del credito e/o della dilazione dei tempi di pagamento.

9. Transazione previdenziale e tutela della posizione previdenziale del singolo lavoratore.

Resta, infine, da verificare l'impatto dell'insolvenza (per i contributi omessi ma prescritti), e della eventuale transazione previdenziale (per i contributi omessi e non prescritti), sulla posizione previdenziale del singolo lavoratore.

all'ordinario regime di autonomia della Cassa, in parte alterando il vincolo funzionale tra contributi degli iscritti ed erogazione delle prestazioni previdenziali". In conclusione, secondo la Corte costituzionale, "la scelta di privilegiare, attraverso il prelievo, esigenze del bilancio statale rispetto alla garanzia di vedere impiegato il risparmio di spesa corrente per le prestazioni previdenziali non è conforme né al canone della ragionevolezza, né alla tutela dei diritti degli iscritti alla Cassa".

⁷⁵² D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; S. CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003; per ulteriori approfondimenti E. MATTEI, *La transazione fiscale negli accordi e nel concordato preventivo, in Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, Torino, 2011.

⁷⁵³ Il Giudice potrà inoltre verificare che non sussistano errori di fatto o che la decisione sia priva di motivazione, ma seguendo questa impostazione non potrà mai intervenire nel merito del giudizio espresso dalla Pubblica Amministrazione (Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisdiz. 25 giugno 1990, n. 186; TAR Lazio Roma, sez. I, 3 aprile 2008 n. 2828). A seconda della qualificazione che si vuol dare alla discrezionalità amministrativa, resta da chiarire quale sia la tutela giudiziale esperibile nel caso in cui la richiesta di "transazione previdenziale" non venga accettata dagli enti proprio in ragione dell'esercizio della appena richiamata discrezionalità. Se si trattasse effettivamente di discrezionalità tecnica, il sindacato del giudice, come visto, avrebbe dei margini di intervento limitati. Per l'individuazione del Giudice competente, è utile però partire dalla disciplina prevista in caso di diniego opposto dall'Amministrazione alla proposta di transazione fiscale. In tal caso, si ritiene competente il Giudice tributario in ragione della natura dell'oggetto della transazione fiscale che è di natura tributaria, basata su una verifica fondata sull'interpretazione e sull'applicazione di norme tributarie (Commissione Tributaria Provinciale Milano - Sez. 25 -Sentenza 1541/25/14 del 14.02.2014). Parallelamente, si potrebbe giungere alla conclusione che il diniego posto dall'ente alla transazione previdenziale possa essere impugnato dinanzi al Giudice del Lavoro in ragione di quanto previsto dall'art. 442 c.p.c. che testualmente recita: "Nei procedimenti relativi a controversie derivanti dall'applicazione delle norme riguardanti le assicurazioni sociali, gli infortuni sul lavoro, le malattie professionali, gli assegni familiari nonché ogni altra forma di previdenza e di assistenza obbligatorie, si osservano le disposizioni di cui al capo primo di questo titolo. Anche per le controversie relative alla inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza derivanti da contratti e accordi collettivi si osservano le disposizioni di cui al capo primo di questo titolo". Alla luce del tenore letterale della norma appare plausibile ritenere che la competenza, in caso di diniego dell'ente alla proposta di transazione previdenziale, rientri nella competenza del Giudice del Lavoro.

Per quanto riguarda i contributi non versati ma prescritti, che certamente non possono diventare oggetto della transazione previdenziale, la legge offre una speciale tutela per il lavoratore, ma solo con riferimento al regime IVS, tramite una sorta di meccanismo di contribuzione figurativa. Ma ciò solo a condizione, bene inteso, che il lavoratore non abbia ottenuto una rendita vitalizia e sia rimasto insoddisfatto all'esito della procedura di insolvenza. Ed infatti, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 80 del 1992, *nel caso in cui il datore di lavoro sottoposto ad una delle procedure di cui all'art. 1, comma 1 [fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ovvero procedura dell'amministrazione straordinaria], abbia omesso, in tutto o in parte, di versare i contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione, il lavoratore interessato, a condizione che non vi sia stata costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, e il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto in esito a una delle procedure indicate, può richiedere al competente istituto di previdenza e assistenza obbligatoria che ai fini del diritto e della misura della prestazione vengano considerati come versati i contributi omessi e prescritti*⁷⁵⁴.

Per i crediti contributivi non prescritti, ed oggetto di un'eventuale transazione previdenziale, invece, la tutela del lavoratore resta affidata alla operatività del principio di automaticità delle prestazioni giacché, ad oggi, manca una previsione di legge che consideri coperta da contribuzione figurativa la quota di contribuzione previdenziale eventualmente rinunciata dall'ente previdenziale con l'accordo raggiunto ai sensi dell'art. 182 ter L.F.

Da un punto di vista generale il tema è in parte attenuato dal fatto che l'operatività del principio di automaticità della prestazione è stato esteso anche al regime di IVS, se pur, ovviamente, nei limiti dei contributi non prescritti⁷⁵⁵.

Ma non si può escludere che ove non operi il principio di automaticità della prestazione la disciplina del trattamento del debito contributivo dell'impresa insolvente presti il fianco a qualche profilo di incostituzionalità, per violazione artt. 3 e 38 Cost., ove l'accordo transattivo sottoscritto dall'ente previdenziale finisce per pregiudicare la posizione previdenziale del lavoratore.

⁷⁵⁴ Su questa disposizione, applicabile alle sole omissioni contributive relative ai periodi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1992, si rinvia a A. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, op. cit., 72 ss.

⁷⁵⁵ L'art 27 r.d.l. n. 636 del 1939 ha introdotto nel nostro ordinamento il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali, inizialmente limitato alle "prestazioni dell'assicurazione per la tubercolosi, dell'assicurazione per la disoccupazione e dell'assicurazione per la nuzialità e la natalità" (l'assicurazione per la nuzialità e la natalità è stata soppressa dall'art. 24 l. 860 del 1950) e, successivamente, con le modifiche apportate dall'art. 40, L. 30 aprile 1969, n. 153, e dall'art. 23 ter d.l. 30 giugno 1972, n. 267, anche a quelle riferite "alle prestazioni di vecchiaia, invalidità e superstiti". Se i contributi sono prescritti a tutela del lavoratore subordinato è prevista dall'art. 13 della Legge 1338/62 la costituzione di una rendita vitalizia pari alla pensione o quota di essa adeguata all'assicurazione obbligatoria che sarebbe spettata al lavoratore in relazione ai contributi omessi o, ancora, l'azione risarcitoria nei confronti del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2116 c.c. Il principio di automaticità delle prestazioni opera anche in riferimento agli eventi di malattia e di infortunio in base all'art. 67 del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (si veda anche l'art. 59, comma 19, l. 27 dicembre 1997, n. 449).