

I RAPPORTI FRA LE PROCEDURE CONCORDAZIONE E IL FISCO

La transazione fiscale

SOMMARIO: 1. CENNI INTRODUTTIVI – 2. LA CONCORDAZIONE DEI CREDITI TRIBUTARI – 3. LA LEGITTIMITÀ PROCESSUALE ATTIVA; FATTISPECIE PROBLEMATICHE – 4. IL PROCEDIMENTO DI VERIFICAZIONE – 5. CREDITI TRIBUTARI NON CONTESTATI E CONTESTATI – 6. LA COMPENSAZIONE DEI CREDITI TRIBUTARI; 6.1 *Premessa*; 6.2 *La compensazione nel fallimento (art. 56 L.F.)*; 6.3 *La compensazione nel fallimento tra crediti e debiti tributari*; 6.4 *Il divieto di compensazione stabilito dal secondo comma dell'art. 56 L.F.*

1. CENNI INTRODUTTIVI

Per meglio comprendere le problematiche specifiche della verifica nel fallimento dei crediti tributari, appaiono necessarie alcune puntualizzazioni giuridiche cui la stessa è sottoposta, nel caso di contestazione di tali crediti nell'*an* o nel *quantum*.

Secondo l'opinione prevalente – soprattutto in giurisprudenza – l'obbligazione tributaria sorge nel momento in cui si verifica il presupposto di fatto, cioè la situazione di fatto cui la legge collega il sorgere del tributo. Nella concreta determinazione del debito d'imposta è escluso ogni potere discrezionale dell'Amministrazione finanziaria, la quale deve limitarsi ad applicare il tasso dell'imposta alla base imponibile accertata, e non solo non può pretendere una somma maggiore, ma neppure può accontentarsi di una somma minore (salvo casi eccezionali, legislativamente previsti, di concessione di abbuoni), per il fondamentale principio della indisponibilità della obbligazione tributaria.

L'accertamento tributario, quindi, non fa sorgere l'obbligazione tributaria, ma segue alla stessa con efficacia dichiarativa. In questo senso, l'accertamento tributario non è condizione di esistenza o – meglio – elemento costitutivo del credito d'imposta, ma condizione di *esigibilità* del credito tributario, e ciò sia per l'Amministrazione finanziaria, sia per il contribuente che prima di esso ed indipendentemente da esso non può pagare il suo debito pur già sorto. Secondo questa prospettiva, in altri termini, «*nell'ambito di un ordinamento come quello attualmente vigente, fondato sull'accertamento e l'autotassazione, il successivo accertamento da parte dell'Amministrazione*» assolve «*la funzione di mera verifica della regolarità formale e sostanziale degli adempimenti cui il contribuente è tenuto e, nel caso di inadempimento di costui, di dichiarazione degli effetti ricollegati ex lege alla fattispecie prevista come presupposto dell'imposta, sicché al semplice verificarsi dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'imposta sorge e diviene attuale la posizione debitoria del contribuente cui segue il potere dell'Amministrazione (peraltro solo eventuale) di determinare, con effetto ex tunc, la sussistenza e l'ammontare del tributo tramite una attività vincolata ed assolutamente scevra da ogni discrezionalità*»¹.

La giurisprudenza della Suprema Corte² si è consolidata sulle seguenti proposizioni:

a) l'obbligazione tributaria (quindi il debito d'imposta) sorge *ex lege* nel momento in cui si verifica il presupposto di fatto cui la legge collega il sorgere del tributo;

b) esistono casi nei quali l'impugnazione verte su vizi formali dell'atto (ad esempio, difetto di motivazione), ed in tali casi il giudice, se ritiene fondato il ricorso, annulla l'atto impugnato, sicché il giudizio assume i caratteri del giudizio di annullamento ed in tale annullamento si esaurisce;

c) quando non sono sollevate questioni di vizio formale o queste sono superate, il giudizio verte sull'*an* o sul *quantum* dell'imposta, ed in tali ipotesi il giudizio assume i caratteri di un giudizio di accertamento, definito anche «*giudizio di impugnazione-merito*»;

d) infine avrebbero carattere impugnatorio anche le azioni di rimborso, sia quando esercitate con ricorso avverso il provvedimento di rifiuto, sia quando esercitate a seguito di silenzio della pubblica Amministrazione.

La giurisprudenza della Suprema Corte segue, quindi, la teoria costitutiva nel primo e nel terzo punto; accoglie la teoria dichiarativa nel secondo.

Si tratta ora di valutare come avviene il soddisfacimento dei crediti tributari nell'ambito della procedura fallimentare attraverso il meccanismo dell'ammissione al passivo fallimentare.

2. LA CONCORDAZIONE DEI CREDITI TRIBUTARI

I rilievi appena svolti in merito alla determinazione del momento in cui sorge l'obbligazione tributaria consentono di precisare quale sia la posizione dell'Amministrazione finanziaria nei confronti del contribuente dichiarato fallito.

Il debito d'imposta facente capo al soggetto dichiarato fallito ed il corrispondente credito erariale assumono infatti natura concorsuale qualora l'obbligazione tributaria si collochi temporalmente in data anteriore alla dichiarazione di fallimento: circostanza, questa, che – in base ai principi in precedenza illustrati – si verifica solo quando il presupposto impositivo (i.e. il fatto generatore del tributo) si sia realizzato in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, essendo irrilevante a tal fine

¹ E che fa capo al pensiero di A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, VII ed., Milano, 1956, 270 ss.

² Così, in motivazione, Trib. Mantova 17 dicembre 1998, in *Boll. Trib. On-line*; in dottrina ved. fra gli altri BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 1028 ss.

Ved. fra le altre Cass., sez. I, 12 marzo 1994, n. 2423, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 268; Cass., sez. un., 6 settembre 1990, n. 9201, in *Fall.*, 1991, 348; Cass., sez. un., 9 giugno 1989, n. 2786, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, I, 2520, e anche in *Boll. Trib. On-line*.

l'atto di accertamento, che assume semplice natura dichiarativa del debito tributario preesistente⁴: sicché, in definitiva, è il precedente verificarsi dei presupposti soggettivi ed oggettivi del tributo, sanciti dal legislatore, rispetto alla dichiarazione di fallimento, che segna la "concorsualità" del credito tributario.

Ciò premesso, il principio cardine della materia risiede e va individuato nella concorsualità dei crediti tributari: al pari di qualsiasi altro creditore del fallito anteriore alla dichiarazione di fallimento, anche il fisco (e per esso l'ente impositore), se vuole partecipare al concorso sostanziale, deve infatti (*rectius*, ha l'onere di) presentare domanda di ammissione al passivo fallimentare ai sensi dell'art. 93 legge fallimentare (d'ora in poi l. fall.), onde sottoporre il credito vantato alla procedura di accertamento e di verifica ivi disciplinata, essendo fra l'altro ormai venuto meno – ad opera dell'art. 16 del D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46 – il privilegio processuale dell'esattore/concessionario di poter agire *in executivis* pur dopo la dichiarazione di fallimento *in deroga* a quanto previsto dall'art. 51 l. fall.: come ha ribadito anche di recente la giurisprudenza, «*i crediti portati dalle cartelle esattoriali notificate dal concessionario della riscossione non possono essere riscossi secondo le regole ordinarie della c.d. esecuzione esattoriale, ma devono previamente essere insinuati al passivo, accertati dal giudice delegato e, quindi, pagati in moneta c.d. fallimentare a seguito di riparto*».

Muovendo da tale premessa, ormai pacifica, dottrina e giurisprudenza mostrano però di essere altrettanto consapevoli che il tema dell'accertamento dei crediti tributari evidenzia un alto tasso di problematicità, dovuto all'esistenza di due regole potenzialmente confliggenti, che devono essere necessariamente coordinate: «*da un lato, la soggezione di tutti i crediti al principio di esclusività della formazione dello stato passivo quale condizione imprescindibile per la partecipazione al concorso, e dall'altro, la giurisdizione speciale del giudice tributario in ordine alla controversie relative all'an ed al quantum delle pretese impositive, pure riguardo l'eventuale prescrizione di queste ultime, fatta salva dallo stesso art. 52, l.f., che sancisce il principio di soggezione dei crediti al concorso*».

L'art. 2 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, come modificato dall'art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, dispone infatti che «*appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, comunque denominati, compresi quelli regionali, provinciali e comunali*», e riserva quindi alla giurisdizione esclusiva delle Commissioni tributarie tutte le controversie concernenti l'importo (capitale), gli interessi e gli altri accessori (escluse le somme richieste a titolo di danno da svalutazione monetaria su importi indebitamente percepiti, le cui controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario), le sovrainposte, le addizionali e le sanzioni amministrative delle seguenti imposte:

- a) Imposte sui redditi (IRPEF, IRPEG, ILOR);
- b) IVA, tranne le controversie riguardanti le leggi doganali relative ai diritti di confine (art. 70 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) e quelle relative alla riscossione dell'IVA unitamente all'imposta sugli spettacoli (art. 74 D.P.R. n. 633/1972);
- c) INVIM;
- d) l'imposta di registro;
- e) l'imposta sulle successioni e sulle donazioni;
- f) le imposte ipotecaria e catastale;
- g) l'imposta sulle assicurazioni;
- h) i tributi comunali e locali;
- i) ogni altro tributo attribuito dalla legge alla competenza giurisdizionale delle Commissioni tributarie.

Rientrano poi nella giurisdizione delle Commissioni tributarie le questioni "accessorie" rispetto a quelle sopra esposte.

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, con la sentenza n. 15808 del 22 ottobre 2003⁹, ha sancito che la natura accessoria degli interessi determina l'appartenenza della relativa controversia alla giurisdizione tributaria.

La Suprema Corte, anche in relazione alla posizione del terzo cessionario di un credito fiscale, ha ritenuto che «*il terzo creditore che abbia ottenuto, nell'ambito di una procedura di pignoramento presso terzi, l'assegnazione di un credito per rimborso IVA, subentra nella stessa posizione giuridica del creditore originario, con la conseguenza che non è estraneo al rapporto tributario, ed è assoggettabile alle regole sul riparto della giurisdizione applicabili nei confronti di quest'ultimo. Perciò ove richieda dalla stessa Amministrazione il pagamento degli interessi con una determinata decorrenza, la relativa controversia appartiene (...) alla giurisdizione delle Commissioni Tributarie e non a quella del giudice ordinario in quanto l'obbligazione di pagamento degli interessi ha natura accessoria rispetto all'obbligazione di rimborso dell'imposta indebitamente versata*»¹⁰.

Parimenti, anche in caso di valutazione degli effetti estintivi dell'obbligazione tributaria, avvenuto a seguito dell'adesione alle procedure di condono, si deve ritenere che spetti alla competente Commissione tributaria la valutazione dell'avvenuta estinzione dell'obbligazione tributaria.

Una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano¹¹ si è pronunciata in merito ai rapporti tra giurisdizione fallimentare e giurisdizione tributaria in materia di effetti estintivi dei debiti d'imposta ad opera del condono fiscale.

Il principio stabilito dalla Corte d'Appello di Milano, in relazione ad un giudizio circa la possibilità di ammettere al passivo fallimentare un credito vantato dall'Amministrazione finanziaria, è nel senso di ritenere che sono preclusi alla valutazione del

⁴ In questo senso, da ultimo, POLLIO-PAPALEO, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, Milano, 2007, 176 ss.

⁵ Così ABETE, 2003, 1057; in giurisprudenza, Trib. Milano 30 gennaio 1997, in *Fall.*, 1997, 768.

⁶ Cfr. LAMANNA, *Inquadramento sistematico della verifica dei crediti e dei diritti sui beni*, Milano, 2006, 342; BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, op. cit., 1032.

⁷ Così, in motivazione, Trib. Palermo 16 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2006, 2189; analogamente Trib. Catania 8 luglio 2005, in *Giur. aetnea*, 2005, fasc. 3, 4.

⁸ Così Trib. Messina 20 gennaio 2005, in www.ipsoa.it/fallimento; nello stesso senso ved. altresì, da ultimo, Trib. Palmi 11 ottobre 2005, *ivi*; Trib. Reggio Calabria 23 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, 1353; e Trib. Reggio Calabria 20 aprile 2007, *ibidem*, 1343; nonché, in dottrina, MICCIO, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, Roma, 2006, 9.

⁹ In *Boll. Trib. On-line*.

¹⁰ Così la massima della sentenza n. 15808/2003, cit.

¹¹ App. Milano, sez. IV, sentenza n. 2945/2003, depositata in data 31 ottobre 2003.

Tribunale fallimentare non solo l'accertamento di crediti tributari vantati nei confronti dei falliti, ma anche la valutazione dell'idoneità di fatti indicati come estintivi (condono tributario) delle relative obbligazioni a produrre tali effetti.

Si deve infatti ritenere che la competenza in tema di giudizi inerenti l'estinzione del credito tributario per effetto dell'avvenuto condono sia questione non scissa dal rapporto tributario sottostante¹² anche nei casi in cui l'applicazione della legge di condono possa dare origine ad una controversia distinta rispetto alla controversia relativa al rapporto di imposta sottostante. Di conseguenza, le questioni inerenti l'intervenuta estinzione del credito tributario per effetto del condono potranno essere rimesse alla valutazione dell'Amministrazione finanziaria o per il tramite dell'attivazione del procedimento di autotutela, o per il tramite dell'attivazione del contenzioso tributario.

Il coordinamento tra il principio generale della concorsualità sancito dall'art. 52 l. fall., e la riserva di giurisdizione degli organi di giustizia tributaria, viene quindi comunemente risolto, sia in dottrina che in giurisprudenza, nel senso che al giudice delegato (ed al Tribunale fallimentare) è irrimediabilmente precluso qualsiasi controllo sul titolo fondante la pretesa tributaria¹³. In altri termini, il giudice fallimentare è privo di giurisdizione quanto alla determinazione dell'*an* e del *quantum* del tributo ed alla legittimità del procedimento di accertamento del tributo medesimo e di formazione, emissione e notifica del ruolo, e la sua delibazione, in positivo, va limitata all'accertamento:

a) della concorsualità del credito tributario, intesa come anteriorità al fallimento del presupposto di fatto del tributo;

b) della prova del credito tributario, cioè dell'idoneità della documentazione allegata dall'erario a provare il credito insinuato;

c) della sussistenza dei privilegi invocati.

Il riparto di giurisdizione fra giudice fallimentare e giudice tributario, nei termini ora delineati, ha trovato recente conferma non solo tra le Corti di merito¹⁴, ma anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha chiarito che «*la giurisdizione del tribunale fallimentare sull'accertamento dei crediti e sulla loro ammissione al passivo non può estendersi a questioni sulla debenza dei tributi (o di sanzioni tributarie) previsti dall'art. 2 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, o a tributi in genere, a seguito della modifica introdotta dall'art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, sulle quali è attribuita una giurisdizione esclusiva alle commissioni tributarie*»¹⁵, precisando che l'indagine del giudice fallimentare «*deve fermarsi al riscontro dell'esistenza di un provvedimento impositivo che integri titolo per l'esercizio del credito, non potendosi estendere a quesiti sulla legittimità formale e sostanziale dell'atto, riservati al giudice tributario, nel processo che il contribuente instauri con impugnazione dell'atto stesso*»¹⁶, e che «*l'accertamento delle obbligazioni tributarie sorte in capo al fallito non richiede l'osservanza della disciplina speciale di cui agli artt. 92 ss. della legge fallimentare (...), ma delle procedure previste dalle singole leggi d'imposta*»¹⁷.

Strettamente collegata con il tema in esame è la questione se il Curatore possa o meno eccepire la c.d. prescrizione del credito tributario. Il problema è stato compiutamente affrontato, di recente, da Trib. Reggio Calabria 20 aprile 2007, citato, che – riprendendo quasi testualmente le argomentazioni svolte da un Autore¹⁸ – ha risposto negativamente, rilevando che la delibazione in merito all'eventuale prescrizione del credito fiscale rientra nella competenza del giudice tributario e non in quella del giudice delegato¹⁹.

3. LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE ATTIVA: FATTISPECIE PROBLEMATICHE

Legittimato a proporre ricorso avanti alle Commissioni tributarie è il destinatario dell'atto da impugnare, ovvero, in caso di azioni di rimborso, colui che è titolare di un diritto di credito nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Assumono rilevanza in questo senso sia l'art. 43, primo comma, l. fall., secondo cui «*nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore*», sia l'art. 31, ultimo comma, l. fall., secondo cui «*il curatore non può assumere la veste di avvocato o procuratore nei giudizi che riguardano il fallimento*».

Si deve ritenere che, con la dichiarazione di fallimento, il fallito non perda la capacità processuale ma soltanto la legittimazione processuale.

In particolare, quindi, avvenuta la dichiarazione di fallimento, gli atti impositivi dell'Amministrazione finanziaria, anche se si riferiscono ad obbligazioni tributarie sorte in data precedente l'apertura della procedura concorsuale devono essere notificati sia al fallito sia al Curatore.

La notifica al fallito è necessaria perché il Curatore potrebbe disinteressarsi del rapporto tributario sottostante ed il fallito, che non ha perso la capacità processuale ma soltanto la legittimazione processuale, potrebbe attuare la propria difesa tributaria in tutti i procedimenti in corso in cui la difesa non sia stata assunta dal Curatore.

La notifica al fallito è altresì necessaria all'Amministrazione finanziaria al fine di poter proporre le azioni di cui all'atto impositivo notificato direttamente al fallito nel momento del suo ritorno *in bonis*.

La notifica al Curatore è invece indispensabile al fine di poter richiedere dapprima l'ammissione con riserva al passivo fallimentare (ex art. 88 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602), e quindi al fine di poter essere ammessi al passivo fallimentare in via definitiva all'atto del passaggio in giudicato della sentenza favorevole alle ragioni dell'Amministrazione finanziaria.

¹² Cfr. Cass., sez. un., 23 febbraio 1999, n. 96, in *Boll. Trib.*, 1999, 1306.

¹³ Ved. in questo senso, fra gli altri, MICCIO, op. cit., 1081; POLLIO-PAPALEO, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, op. cit., 179.

¹⁴ Ved. di recente Trib. Potenza 22 febbraio 2007, in *Banca Dati Utet*; Trib. Potenza 16 febbraio 2007, *ivi*; Trib. Trani 6 febbraio 2007, *ivi*; Trib. Genova 26 aprile 2005, in *Fall.*, 2005, 946; Trib. Messina 20 gennaio 2005, cit.; Trib. Milano 4 ottobre 2003, in *Gius.*, 2004, 877.

¹⁵ Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20112, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

¹⁶ Cass., sez. un., 12 dicembre 2001, n. 15715, in *Boll. Trib.*, 2002, 1496.

¹⁷ Cass., sez. trib., 3 aprile 2006, n. 7791, in *Boll. Trib. On-line*.

¹⁸ MICCIO, op. cit., 11 ss.

¹⁹ Nella medesima direzione ved. altresì Trib. Napoli 24 maggio 1996, in *Fall.*, 1996, 1034; Trib. Roma 7 ottobre 1999, *ivi*, 2000, 342.

La dottrina prevalente in materia²⁰ ritiene infatti che «l'accertamento tributario, ove inerisca ad obbligazioni i cui presupposti si siano determinati prima della dichiarazione di fallimento del contribuente ovvero nel periodo d'imposta durante il quale tale dichiarazione è stata resa, deve essere notificato tanto al curatore che al contribuente medesimo, riconoscendosi che la sua facoltà di impugnare l'accertamento non è concorrente, ma condizionata all'eventualità dell'inerzia della curatela».

La giurisprudenza, al pari della dottrina, è unanimemente orientata a ritenere che la notifica dell'accertamento tributario per le obbligazioni precedenti al fallimento debba essere effettuata sia al fallito sia al Curatore.

«L'accertamento tributario ove inerisca ad obbligazioni i cui presupposti si siano determinati prima della dichiarazione di fallimento, ovvero nel periodo di imposta durante il quale la dichiarazione è stata resa, deve essere notificato tanto al curatore, quanto al contribuente fallito», riaffermando pertanto il principio secondo cui la notificazione al Curatore è indispensabile «in ragione della partecipazione di detti crediti al concorso fallimentare (eventualmente nelle forme dell'ammissione al passivo con riserva), o, comunque, della loro idoneità ad incidere sulla gestione delle attività e dei beni acquisiti al fallimento» ed invece la notificazione al contribuente è necessaria (ma non sufficiente – corsivo nostro) poiché lo stesso «non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario e resta esposto ai riflessi, anche di carattere sanzionatorio, che conseguono alla definitività²¹ dell'atto impositivo – si pensi ad esempio agli effetti nei confronti di un soggetto fallito successivamente tornato in bonis»²¹.

Il problema della legittimazione ad adire la competente Commissione tributaria, si complica ulteriormente quando la procedura fallimentare sia titolare di un credito tributario che intenda cedere.

È infatti valida la norma generale secondo cui nel caso in cui si voglia adire la competente Commissione tributaria, ad esempio, per impugnare il silenzio rifiuto avverso un'istanza di rimborso e per ottenere quindi la condanna ad adempiere a carico dell'Amministrazione finanziaria, legittimato attivo è il soggetto titolare del diritto e quindi il fallimento.

Occorre però ricordare che nei casi di cessione di crediti tributari, trova applicazione l'art. 43-bis D.P.R. n. 602/1973 ed il D.M. 30 settembre 1997, n. 384, secondo cui:

a) restano impregiudicati nei confronti del contribuente cedente i poteri dell'Amministrazione finanziaria per l'accertamento, il controllo della dichiarazione e l'irrogazione di sanzioni;

b) ferma restando l'applicazione dell'art. 43 D.P.R. n. 602/1973 nei confronti del soggetto cedente per il recupero di somme indebitamente rimborsate al cessionario, lo stesso risponde in solido con il contribuente a condizione che gli siano notificati gli atti con i quali l'Ufficio procede al recupero di dette somme. Sia il cedente che il cessionario hanno l'obbligo di dare tempestiva comunicazione delle variazioni di domicilio fiscale e in caso di inosservanza non può opporsi il difetto di notifica.

Quanto sopra esposto indica che l'Amministrazione finanziaria può continuare ad opporre al soggetto cessionario tutte le eccezioni anche in merito alla non spettanza del credito tributario che avrebbe potuto opporre al soggetto cedente.

Anzi nella cessione del credito tributario l'unico soggetto che rimane "titolare" del rapporto con l'Amministrazione finanziaria è il soggetto cedente al quale l'Amministrazione finanziaria stessa può richiedere ogni documentazione per l'accertamento del credito.

Si consideri infatti che la notificazione che l'Amministrazione finanziaria riceve dell'avvenuta cessione del credito è soltanto strumentale a fornire alla stessa Amministrazione indicazioni circa il soggetto che dovrà ricevere il rimborso del credito tributario, ossia circa il soggetto a cui l'Amministrazione dovrà pagare il credito.

Fermo restando che il rapporto tributario, come sopra esposto, rimane vigente tra il soggetto cedente e l'Amministrazione finanziaria, è interessante conoscere se sia data al soggetto cessionario la possibilità di compiere, in luogo o in sostituzione del soggetto cedente, gli atti necessari per rendere più celere il rimborso del predetto credito.

Si tratta, ad esempio, di valutare l'esistenza in capo al soggetto cessionario della legittimazione a presentare l'istanza di rimborso all'Agenzia delle entrate competente per territorio al fine di sollecitare il rimborso del credito, e quindi della conseguente legittimazione del soggetto cessionario ad adire la Commissione tributaria per ottenere la condanna al rimborso dell'Amministrazione finanziaria.

La verifica dell'esistenza di tale legittimazione è ancora più importante nel caso delle procedure fallimentari in cui la cessione del credito tributario può essere strumentale a favorire la chiusura della procedura fallimentare e al trasferimento al soggetto cessionario di tutta la documentazione inerente la prova dell'esistenza del credito chiesto a rimborso.

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, con la sentenza n. 2281 del 19 marzo 1990, ha ritenuto che «il cessionario subentra nella posizione attiva del rapporto obbligatorio di rimborso, pur non assumendo la veste di contribuente la quale rimane in carico al cedente, e perciò egli esercita l'azione che spettava al contribuente cedente e la cui cognizione la legge riserva al giudice tributario. (...) Qualora l'azione di restituzione venga esercitata dal terzo cui il contribuente abbia ceduto il dedotto credito nei confronti dell'Amministrazione, la decisione deve essere pronunciata anche in contraddittorio con il contribuente, non potendo la predetta questione costituire oggetto di cognizione incidenter tantum e neppure di un giudizio separato ai sensi dell'art. 295 c.p.c. atteso che la loro definizione si riflette sulla pretesa del cedente, che perciò ha interesse a partecipare. Il che ovviamente corrobora la tesi secondo la quale la domanda di rimborso d'imposta appartiene alla giurisdizione esclusiva delle commissioni tributarie anche nell'ipotesi in cui essa venga proposta dal terzo cessionario del relativo diritto»²².

La Corte di Cassazione, sez. trib., con la sentenza n. 15568 del 11 dicembre 2000²³, ha stabilito che l'assuttore, e non l'azienda fallita tornata in bonis, è legittimato alla richiesta di rimborso delle imposte anche nel caso in cui i tributi siano stati indebitamente versati dal Curatore al termine della procedura fallimentare, chiusasi appunto per effetto di un concordato fallimentare con assuttore.

²⁰ Si veda B. QUATRARO, *Manuale del Curatore Fallimentare*, Milano, 4828.

²¹ Cass., sez. trib., 8 marzo 2002, n. 3427, in *Boll. Trib.*, 2002, 1186.

²² In *Boll. Trib.*, 1990, 944. In senso conforme Cass., sez. I, 17 gennaio 1998, n. 379, *ivi*, 1998, 1327; e Cass., sez. un., 4 giugno 2002, n. 8090, in *Boll. Trib. On-line*.

²³ In *Boll. Trib. On-line*.

4. IL PROCEDIMENTO DI VERIFICAZIONE

Muovendo dalle premesse sopra illustrate, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, ai fini dell'ammissione al passivo del credito tributario, il concessionario per la riscossione dei tributi, in primo luogo, debba allegare all'istanza di insinuazione il ruolo di imposta che, ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. n. 46/1999, «*costituisce l'unico titolo esecutivo che legittima la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, anche diverse dalle imposte sui redditi e di quelle degli altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici*»²⁴.

Con riferimento al ruolo, l'orientamento prevalente precisa che, ai fini dell'ammissione al passivo, documento idoneo è la copia dell'estratto di ruolo, vale a dire del documento compilato dallo stesso concessionario che riassume gli elementi del ruolo relativi al contribuente interessato, purchè tale copia sia munita della dichiarazione di conformità all'originale resa dal collettore delle imposte: secondo la giurisprudenza, tale copia costituisce infatti prova del credito, ai sensi dell'art. 2718 c.c. (secondo cui le copie parziali o le riproduzioni per estratto, rilasciate nella forma prescritta da pubblici ufficiali che ne sono depositari e sono debitamente autorizzati, fanno piena prova solo per quella parte dell'originale che riproducono letteralmente), atteso che il collettore esercita le stesse funzioni dell'esattore, di cui è coadiutore (art. 130 del D.P.R. 15 maggio 1963, n. 858), e che l'esattore, pur non rientrando tra i «*pubblici depositari*» – cui la legge attribuisce la funzione di tenere gli atti a disposizione del pubblico e che sono obbligati, ex art. 743 c.p.c., a rilasciare copia degli atti anche a chi non ne è parte – è tuttavia un «*depositario*» del ruolo, datogli in consegna dall'intendente di finanza (art. 24 D.P.R. n. 602/1973), ed inoltre è autorizzato a rilasciare copia, ai sensi dell'art. 14 della legge 4 gennaio 1968, n. 15 (secondo cui l'autenticazione delle copie, anche parziali, può essere fatta dal pubblico ufficiale presso il quale è depositato l'originale)²⁵.

Nella prospettiva che considera il ruolo (o meglio, il relativo estratto) lo strumento tipico ed esclusivo di prova del credito tributario, la giurisprudenza di merito ritiene quindi non ammissibile la pretesa dell'Amministrazione finanziaria fondata su atti interni che precedono l'iscrizione a ruolo del tributo e privi di valore di accertamento tributario²⁶, come ad esempio il c.d. «*foglio di prenotazione a ruolo*»²⁷.

Maggiori perplessità si registrano, invece, in relazione al credito IVA, per quanto attiene all'avviso di pagamento ex art. 60 D.P.R. n. 633/1972. Mentre infatti le Corti di merito ritengono che tale avviso non sia sufficiente a provare il credito dell'erario, in quanto «*atto che precede l'iscrizione a ruolo del tributo e che non contiene alcun accertamento dell'imposta non pagata*»²⁸, del tutto opposta è la soluzione fatta propria dalla Suprema Corte²⁹, la quale – cassando la menzionata decisione della Corte d'Appello di Milano 8 aprile 2003 – ha così motivato: «*fondandosi l'attuale sistema tributario sul principio dell'autotassazione, la dichiarazione I.V.A., se non seguita dall'emanazione di un atto di rettifica dell'Amministrazione finanziaria o dalla correzione della dichiarazione stessa sulla base dei dati e degli elementi desumibili dalla dichiarazione e di quelli in possesso dell'anagrafe tributaria, esaurisce da sola la fattispecie dell'accertamento dell'obbligazione tributaria e, nell'ipotesi di inadempimento del contribuente, costituisce titolo per la riscossione dell'imposta liquidata con la dichiarazione stessa. Ed essendo l'Amministrazione finanziaria autorizzata (a norma dell'art. 60, sesto comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) ad emettere sulla base della dichiarazione I.V.A. avviso di pagamento delle somme dovute in base alla dichiarazione (invitando il contribuente a versarle entro trenta giorni insieme agli interessi e ad una ulteriore somma pari al 60 per cento della somma non versata, da corrispondersi a titolo di soprattassa), tale avviso deve considerarsi documento sufficiente per chiedere ed ottenere l'ammissione al passivo fallimentare della somma dovuta a titolo d'imposta in base alla dichiarazione stessa, costituendo esso prova dell'esistenza dell'obbligazione tributaria e del suo preciso ammontare, senza che l'ammissione al passivo possa essere negata assumendo la mancanza di un atto impositivo. Viceversa, deve escludersi che l'ammissione al passivo degli interessi e della soprattassa possa essere effettuata sulla base del solo avviso di pagamento, atteso che questo, se può valere, appunto, quale prova del credito a titolo d'imposta (essendovi a monte un accertamento definitivo del tributo, costituito dalla stessa dichiarazione I.V.A.), non può costituire titolo per pretendere il pagamento di interessi e soprattassa, non avendo esso natura di atto impositivo e, quindi, di atto di accertamento (susceptibile di diventare definitivo) della esistenza e della misura del debito per interessi e soprattassa*». Enunciando tale principio, la Suprema Corte ha altresì escluso che il credito di interessi e soprattassa possa essere ammesso al passivo con riserva.

Nel medesimo senso si è pronunciata, due anni dopo, Cass., sez. trib., 10 febbraio 2006, n. 2994³⁰, la quale pure ha ritenuto che la dichiarazione IVA a debito presentata dal contribuente costituisce titolo sufficiente per chiedere l'ammissione allo stato passivo, e ciò ha indotto la dottrina³¹, da un lato, ad interrogarsi se il principio formulato dai giudici di legittimità potesse essere applicato non solo all'IVA, ma anche alle imposte dirette, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 36-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e, soprattutto, dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 462, secondo il quale «*l'iscrizione a ruolo non è eseguita (...) se il contribuente o il sostituto d'imposta provvede a pagare le somme dovute con le modalità*

²⁴ Così, da ultimo, Trib. Reggio Calabria 23 marzo 2007, cit.; conf. Trib. Palmi 11 ottobre 2005, cit.; Trib. Messina 20 gennaio 2005, cit.; Cass., sez. trib., 6 luglio 2001, n. 9180, in *Boll. Trib. On-line*; Cass., sez. trib., 29 maggio 2006, n. 12777, *ivi*.

In questo senso ved. Cass., sez. I, 6 maggio 1994, n. 4426, in *Fall.*, 1995, 19; in senso conf. Trib. Trani 6 febbraio 2007, cit.; Trib. Messina 20 gennaio 2005, cit.; Trib. Roma 5 febbraio 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, 1005; e Trib. Roma 22 gennaio 1996, *ivi*, 1997, II, 155; in generale, per l'idoneità probatoria degli estratti di ruolo, ved. altresì Trib. Napoli 21 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 1376, e App. Napoli 26 gennaio 2007, in *Banca Dati Utet*, in dottrina ved. FORGILLO-ISERNIA-MADALENA-MONTAPERTO, *Crediti tributari e fallimento*, Napoli, 2005, 16; MICCIO, op. cit., 12; in senso contrario ved. però Trib. Cassino 4 marzo 1988, in *Fall.*, 1989, 1210; App. Roma 28 settembre 1990, in *Giust. civ.*, 1991, I, 464; e Trib. Napoli 30 gennaio 2007, in *Banca Dati Utet*.

²⁶ In questo senso Trib. Cassino 7 luglio 2003, in *Fall.*, 2004, 110.

²⁷ Trib. Messina 20 gennaio 2005, cit.; App. Catania 29 marzo 2005, in *Banca Dati Utet*.

²⁸ Cfr. App. Milano 8 aprile 2003, in *Dir. fall.*, 2003, II, 909; Trib. Parma 18 marzo 1999, in *Fall.*, 2000, 442; Trib. Parma 25 marzo 1999, n. 277, in *Boll. Trib.*, 1999, 1628.

²⁹ Cass., sez. trib., 14 luglio 2004, n. 13027, in *Boll. Trib. On-line*.

³⁰ In *Boll. Trib.*, 2006, 709.

³¹ MICCIO, op. cit., 15.

indicate nell'art. 19 del D.Lgs. 9/7/1997, n. 241, concernente le modalità di versamento mediante delega, entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione, prevista dai commi 3 dei predetti articoli 36-bis e 54-bis, ovvero della comunicazione definitiva contenente la rideterminazione in sede di autotutela delle somme dovute, a seguito dei chiarimenti forniti dal contribuente o dal sostituto d'imposta»; dall'altro lato, a rispondere negativamente al quesito, e a concludere che la posizione assunta dalla Suprema Corte, sia per il chiaro riferimento dell'art. 87 del D.P.R. n. 602/1973 al ruolo, sia per la mancanza di precedenti in materia diverse dai crediti IVA, necessitasse comunque «ulteriori approfondimenti e verifiche, senza che possa, pertanto, allo stato, ritenersi intrapreso (almeno non ancora) un nuovo orientamento da parte della Cassazione sul punto»³².

Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in materia rivelano tuttavia che l'orientamento inaugurato dalla Suprema Corte in tema, nei termini in precedenza illustrati, non è rimasto isolato, perché non solo ha raccolto il favore anche della giurisprudenza di merito³³, ma – soprattutto – ha trovato ulteriore conferma nella recentissima decisione resa da Cass., sez. trib., 20 luglio 2007, n. 16120³⁴, che in questi termini ha motivato:

«va rilevato che questa Corte ha già stabilito (nella Sentenza n. 2994 del 2006) che l'Amministrazione finanziaria può chiedere ed ottenere l'ammissione al passivo fallimentare della somma dovuta a titolo d'imposta sul valore aggiunto in base alla dichiarazione del soggetto poi fallito nel caso in cui il curatore non contesti la pretesa tributaria, senza che possa opporsi l'inesistenza di un atto impositivo per la mancata iscrizione a ruolo del credito tributario, necessaria, invece, ai fini dell'ammissione al passivo degli interessi e della soprattassa.

Per l'inverso, quando il curatore deduca un fatto modificativo, estintivo o impeditivo della pretesa fiscale, ovvero sia ne contesti l'an o il quantum, anche sulla base di errori, di fatto o di diritto, commessi dal contribuente nella compilazione della dichiarazione, il credito tributario fondato soltanto sul predetto documento non può essere ammesso nello stato passivo (nemmeno con riserva) per difetto di iscrizione a ruolo e di susseguente notifica della cartella, la cui impugnazione rappresenta l'unico tramite a disposizione dell'organo della procedura per veicolare quelle contestazioni».

In buona sostanza, il più recente indirizzo interpretativo adottato da questa Corte (a modifica di quanto precedentemente enunciato, con la sentenza n. 13027 del 2004, citata), anche in riferimento al periodo di pieno vigore applicativo dell'istituto dell'invito di pagamento dell'IVA già dichiarata ma non pagata dal contribuente, consente all'Ufficio di richiedere con successo (e al giudice delegato del fallimento che non si opponga, a mezzo del Curatore, di ammettere) il credito fiscale di base (fatta eccezione per gli interessi e le sanzioni), quand'anche esso non sia stato iscritto a ruolo e ciò per la semplice e fondamentale ragione che quella stessa ammissione viene avanzata sulla base della dichiarazione dello stesso fallito.

A ben vedere, tale principio mostra il suo valore normativo ben oltre i limiti del diritto *ratione temporis* applicabile al caso, posto che comporta il dovere per il curatore di porsi, di fronte alla pretesa fiscale dell'ente impositore, in posizione consapevole e avvertita onde, se vi sono le indicate ragioni di contestazione (ossia un fatto modificativo, estintivo o impeditivo della pretesa fiscale, nell'an o nel quantum, anche sulla base di errori, di fatto o di diritto, commessi dal contribuente nella compilazione della dichiarazione), egli deve chiedere l'esclusione del credito dallo stato passivo ed esigere la formazione del ruolo, con la successiva e coerente impugnazione davanti al giudice speciale tributario, mentre se tali ragioni difettano egli non può, in base al principio di corretta utilizzazione del processo (che non vuole che il processo sia utilizzato solo per effetti dilatori o abusivi: c.d. divieto di abuso del processo), contestarne l'ammissione, anche sulla base di un atto che non si presenti come di per sé impugnabile.

Occorre avvertire che la produzione del ruolo, o del suo estratto, se è necessaria per l'ammissione al passivo del credito tributario, non ne rappresenta condizione sufficiente. In sede fallimentare, presupposto altrettanto indefettibile per l'ammissione al passivo del credito portato dalla cartella esattoriale è infatti la prova, da parte del concessionario per la riscossione, della preventiva notifica della cartella medesima al Curatore, al fine di consentire a quest'ultimo di eventualmente proporre ricorso³⁵ contro il ruolo, così che i tributi iscritti siano ammessi con la riserva prevista dall'art. 45, comma 2, del D.P.R. n. 602/1973³⁶.

La Suprema Corte³⁶ ha così argomentato il principio:

«Se è vero infatti che sul fondamento dell'art. 45, secondo comma, D.P.R. n. 602 del 1973 il ruolo – e quindi la 'cartella' che ne costituisce l'estratto – integra il titolo per l'ammissione al passivo, si deve tuttavia considerare che il disposto dello stesso articolo è dettato al fine di regolare il rapporto tra il contenzioso tributario e il procedimento di accertamento del passivo fallimentare, risultando così confermato il principio che la procedura concorsuale non attrae nel suo ambito la definizione delle controversie in materia di imposta (che rimane perciò in via esclusiva affidata al giudice tributario) e che la pendenza del contenzioso al riguardo non ostacola l'ammissione al passivo, con la riserva, appunto, dell'esito della controversia, alla stregua dei crediti condizionali, secondo il combinato disposto dell'art. 95, secondo comma, e dell'art. 55, ultimo comma, della legge fallimentare.

Con la conseguenza che al curatore del fallimento è precluso nella sede della formazione della verifica dello stato passivo muovere contestazioni sul merito della pretesa tributaria, ma è dato soltanto di eccepire la pendenza del contenzioso al fine di ottenere la ammissione condizionata al suo esito.

E se dunque al curatore in quella sede è precluso di contestare la pretesa tributaria, non può dubitarsi che la "riscossione coattiva" del credito esattoriale nel modo di cui all'art. 45, secondo comma, D.P.R. n. 602 del 1973 debba necessariamente essere preceduta dagli adempimenti che consentano al curatore (o abbiano consentito al debitore ancora

³² Così ancora MICCIO, op. cit., 15-16.

³³ Trib. Reggio Calabria 13 marzo 2007, cit., che richiama espressamente e riprende l'iter argomentativo della citata Cass. n. 13027/2004.

³⁴ In *Boll. Trib.*, 2007, 1753.

³⁵ In questa direzione ved. di recente Trib. Reggio Calabria 23 marzo 2007, cit.; Trib. Reggio Calabria 13 marzo 2007, cit.; Trib. Potenza 22 febbraio 2007, cit.; App. Napoli 26 gennaio 2007, cit.; Trib. Palmi 11 ottobre 2005, cit.; Trib. Palermo 16 giugno 2006, cit.; Trib. Messina 20 gennaio 2005, cit.; Trib. Milano 11 ottobre 2004, in *Fall.*, 2005, 468; App. Milano 8 aprile 2003, cit.; in dottrina cfr. POLLIO-PAPALEO, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, op. cit., 180-181.

³⁶ Cass., sez. I, 17 giugno 1998, n. 6032, in *Fall.*, 1999, 283.

in bonis) di sollevare le eventuali contestazioni inerenti ai tributi iscritti e di promuovere la relativa controversia davanti al giudice tributario. La cartella, come estratto dal ruolo, è – sì – titolo esecutivo (art. 23 D.P.R. n. 602 del 1973), ma per realizzare, se così si può dire, tale sua speciale efficacia deve essere notificata al contribuente (artt. 25 e 26 stesso decreto) a cura dell'esattore e dalla notificazione decorre il termine (art. 16 D.P.R. n. 636 del 1972) per proporre la impugnazione del ruolo.

Presupposto indefettibile della ammissione al passivo del fallimento è perciò la notificazione della cartella al curatore al fine di consentirgli di eventualmente proporre il ricorso contro il ruolo, così che i tributi iscritti siano ammessi con la "riserva" prevista dall'art. 45, secondo comma, D.P.R. n. 602 del 1973. In caso contrario, poiché, come si è osservato in premessa, al curatore è precluso di muovere contestazioni al ruolo nel procedimento di ammissione al passivo, il credito tributario dovrebbe essere ammesso (senza riserve) e al curatore risulterebbe indebitamente sottratta la facoltà di impugnare la cartella esattoriale.

Il principio qui ora affermato trova nel caso di specie una significativa – e definitiva – conferma. La cartella costituiva infatti l'estratto dal ruolo "principale" per imposte liquidate d'ufficio a norma dell'art. 36-bis D.P.R. n. 600/1973 il cui disposto, come è noto, consente alla Amministrazione finanziaria di correggere errori materiali e di calcolo commessi dal contribuente (ma anche di escludere detrazioni di imposta e deduzioni dal reddito – stesso articolo, secondo comma, sub c) e d) -: con l'effetto di riportare a reddito pure importi assai rilevanti), procedendo direttamente alla iscrizione a ruolo della diversa imposta dovuta, senza necessità di notificare previamente alcun avviso di accertamento.

Le facoltà difensive al riguardo (anche per denunciare l'applicazione di tale disposizione eccezionale oltre i limiti con essa posti) sono date perciò al contribuente soltanto attraverso la impugnazione del ruolo che, per l'espresso disposto dell'art. 16, comma terzo, D.P.R. 28 ottobre 1972, n. 636, è ammessa "anche per motivi diversi da quelli relativi a vizi" suoi propri, se il ruolo stesso non sia stato (come nella specie) preceduto dalla notificazione dell'avviso di accertamento».

Qualora però il Curatore non voglia o non abbia elementi per proporre ricorso contro la cartella esattoriale, deve immediatamente trasmetterla al fallito che, come noto, in caso di inerzia degli organi fallimentari è legittimato a proporre ricorso al giudice tributario.

Anzi, la più recente giurisprudenza di legittimità pone a carico dell'Amministrazione finanziaria (e quindi del concessionario della riscossione) l'obbligo di notificare la cartella tanto al Curatore quanto al fallito. In proposito è utile conoscere il tessuto argomentativo di Cass., sez. trib., 26 settembre 2003, n. 14301³⁷: «questa Suprema Corte ha avuto modo di ribadire più volte il principio secondo cui l'accertamento tributario in materia di I.V.A., ove inerente a crediti i cui presupposti si siano determinati prima della dichiarazione di fallimento del contribuente o nel periodo d'imposta in cui tale dichiarazione è intervenuta, deve essere notificato non solo al curatore – in ragione della partecipazione di detti crediti al concorso fallimentare, o, comunque, della loro idoneità ad incidere sulla gestione delle attività e dei beni acquisiti al fallimento – ma anche al contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario e resta esposto ai riflessi, anche di carattere sanzionatorio, che conseguono alla "definitività" dell'atto impositivo. Da ciò deriva che il fallito, nell'inerzia degli organi fallimentari – ravvisabile, ad esempio, nell'omesso esercizio da parte del curatore, del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'atto impositivo – è eccezionalmente abilitato ad esercitare egli stesso tale tutela alla luce dell'interpretazione sistematica del combinato disposto degli art. 43, legge fallimentare e dell'art. 16, D.P.R. n. 636/1972, conforme ai principi, costituzionalmente garantiti (art. 24, comma 2 e 2) (Ndr: così nel testo originale), del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla difesa (Cass. n. 6937/2002; n. 3427/2002; n. 14987/2000; n. 3667/1997; n. 7561/1996; n. 3094/1995; n. 3321/1993).

La ragione della necessità della notificazione dell'avviso di accertamento al fallito, sta nel fatto che l'omissione della stessa verrebbe a privare il contribuente della possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa, tant'è che "allorquando il curatore si sia disinteressato del rapporto tributario sorto nei confronti del fallito, il termine per impugnare l'atto di accertamento non decorre nei suoi confronti se non dal momento in cui l'accertamento stesso sia portato a sua conoscenza (Cass. n. 3667/1997; cfr. anche, in questa prospettiva, Cass. n. 3321/1993)».

Nel contesto interpretativo ora descritto del tutto peculiare è la posizione recentemente assunta da Trib. Palmi 11 ottobre 2005, citato, il quale ha ritenuto che, in mancanza della prova dell'avvenuta notifica della cartella di pagamento, la notifica al Curatore dell'avviso di mora, da parte del concessionario, costituisce presupposto sufficiente (insieme all'allegazione dell'estratto del ruolo) per l'ammissione al passivo del credito tributario.

Nel motivare la decisione, il Tribunale ha richiamato in particolare l'orientamento della Suprema Corte sulla natura giuridica dell'avviso di mora, evidenziando la duplice funzione cui tale atto assolve, e cioè quella, primaria e necessaria, di atto equivalente al precetto nell'esecuzione forzata (in quanto tale opponibile solo per vizi propri), e quella, eventuale e secondaria, di atto equivalente a quelli di imposizione tributaria (come tali impugnabili davanti al giudice tributario per confutare la pretesa ad essi sottesa). Ciò premesso, il Tribunale ha precisato che nella fattispecie considerata rileva «la seconda qualificazione funzionale dell'avviso di mora, perché l'assenza della prova dell'avvenuta notifica della cartella di pagamento (...) poteva essere rilevata dalla curatela fallimentare solo proponendo tempestivo ricorso tributario avverso gli avvisi di mora regolarmente notificati ed allegati al ricorso»; sicché – prosegue il Tribunale – «solo impugnando gli avvisi di mora, la curatela fallimentare avrebbe potuto attivare dinanzi alla commissione tributaria provinciale territorialmente competente l'accertamento giurisdizionale della pretesa tributaria avanzata con l'odierno ricorso. Infatti, questo Tribunale difetta di giurisdizione per poter accertare se sia inesistente o invalida la notificazione delle cartelle di pagamento indicate negli avvisi di mora, che costituiscono il presupposto dei medesimi avvisi di mora allegati al ricorso». Nella fattispecie concreta – conclude il Tribunale – essendo accertato in fatto che gli avvisi di mora erano stati notificati al Curatore, e che gli stessi non erano stati impugnati, era quindi «divenuta inoppugnabile la pretesa tributaria di cui ai ruoli che l'ente impositore ha consegnato al concessionario del servizio di riscossione», con la conseguenza che, «essendoci la prova dell'esistenza del credito di cui all'estratto di ruolo agli atti e sussistendo il presupposto per la sua insinuazione al passivo – in quanto parte ricorrente ha fornito la prova dell'avvenuta notifica

³⁷ In *Boll. Trib. On-line*, e in *Fall.*, 2004, 1195, seguita poi da Cass., sez. trib., 24 febbraio 2006, n. 4235, in *Boll. Trib.*, 2006, 629.

degli avvisi di mora – in assenza di ricorsi tributari pendenti presso le commissioni tributarie competenti, il credito di cui alle cartelle di pagamento (...) va ammesso al passivo fallimentare».

5. CREDITI TRIBUTARI NON CONTESTATI E CONTESTATI

Riteniamo di dover distinguere tra:

1) credito tributario non contestato dal debitore fallito e non più contestabile dal Curatore (per decorrenza dei termini di impugnazione o perché determinato da sentenza passata in cosa giudicata): tale credito dovrà essere ammesso al passivo del fallimento (in via tempestiva o in via tardiva) con l'eventuale privilegio spettante per legge;

2) credito tributario contestato dal debitore o dal Curatore dopo la sottoposizione del primo a fallimento, con giudizio instaurato avanti la competente Commissione tributaria.

In relazione a questa seconda ipotesi sono state elaborate due opposte opinioni:

a) quella (minoritaria) che, ritenendo il credito tributario non certo, liquido ed esigibile, sostiene che il giudice delegato debba disattendere la richiesta di ammissione, con la conseguenza che, se l'Amministrazione finanziaria vuole evitare gli effetti pregiudizievoli di tale provvedimento, deve proporre opposizione ex art. 98 l. fall., ed il giudice dell'opposizione deve sospendere ex art. 295 c.p.c. la decisione in attesa della definizione del processo tributario³⁸;

b) quella (maggioritaria) che, equiparando il credito tributario sottoposto a condizione sospensiva, ne propugna l'ammissione al passivo con riserva ai sensi degli artt. 55, ultimo comma, e 95, comma 2, l. fall.³⁹

Con riferimento alle imposte dirette, ma esprimendo un principio ormai pienamente applicabile anche alle imposte indirette, quest'ultima opinione è stata recepita dal legislatore. L'art. 88 del D.P.R. n. 602/1973, anche a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 46/1999, recita, infatti, al primo comma, che «se sulle somme iscritte a ruolo sorgono contestazioni, il credito è ammesso al passivo con riserva, anche nel caso in cui la domanda di ammissione sia presentata in via tardiva a norma dell'art. 101 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267». È stato quindi risolto positivamente dalla nuova formulazione della norma anche il dubbio circa la possibilità di ammettere con riserva il credito tributario di cui l'Amministrazione finanziaria chiede l'insinuazione in via tardiva, peraltro già consentita in passato dalla giurisprudenza⁴⁰.

La dottrina⁴¹ ha ritenuto, dopo l'introduzione del nuovo sistema di riscossione dei tributi affidato al concessionario (avvenuta a far data dal 2 gennaio 1990), che tale disposizione possa e debba essere applicata per tutti i tributi affidati alla riscossione tramite ruolo al concessionario. Ed i concessionari, in forza del D.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43, e del D.M. 28 dicembre 1989, provvedono alla riscossione, tramite ruolo, non solo delle imposte dirette ma anche di svariate imposte indirette espressamente indicate.

In tale direzione si è pronunciata Cass., sez. I, 9 dicembre 2004, n. 23001⁴², per la quale: «i crediti tributari vantati dalla Amministrazione finanziaria (nel caso di specie a titolo di IVA) debbono essere ammessi con riserva al passivo fallimentare. E l'ammissione con riserva esclude che sia legittima la sospensione ex art. 295 del codice di procedura civile, del procedimento avanti al tribunale fallimentare in attesa della pronuncia dei giudici tributari».

Ha osservato infatti la Suprema Corte:

«il principio della necessaria formazione dello stato passivo e il disposto dal comma secondo dell'art. 45 del D.P.R. n. 602 del 1973 (estensibile per analogia analogica ai crediti per imposte indirette, quali l'IVA), applicabile ad ogni forma di accertamento del passivo indipendentemente dalla tempestività (art. 93) o tardività (art. 101) della domanda, spiega che i crediti tributari ancora sub iudice presso gli organi del contenzioso tributario siano trattati alla stregua dei crediti condizionali e ammessi al passivo con riserva (art. 95 l.f.; Cass. n. 7485 del 1994).

Il meccanismo dell'ammissione con riserva, che il giudice fallimentare scioglierà dopo la definitiva decisione della controversia tributaria e secondo l'esito di questa, senza che si renda necessaria la sospensione del giudizio dinanzi al tribunale fallimentare, è infatti alternativo, nella specialità del procedimento concorsuale, ad ogni ipotesi di sospensione della pronuncia sull'ammissione del credito d'imposta in attesa della definizione del contenzioso tributario in ordine al suddetto credito.

Ne deriva che è giuridicamente errata, e contraria al disposto dell'art. 45 cit., la sospensione del giudizio contenzioso che, a seguito delle contestazioni del curatore in ordine alla domanda di ammissione tardiva dell'Amministrazione finanziaria, si instaura ai sensi del comma terzo dell'art. 101 l.f., in attesa della definizione del contenzioso tributario (configurato come causa pregiudiziale), onde il giudice fallimentare deve pervenire, nell'ambito della propria giurisdizione, alla decisione del giudizio di cognizione ex art. 101, comma terzo, l.f. che sia stato necessario aprire sulla base ed in conseguenza delle suddette contestazioni del curatore, in funzione, appunto, di un'ammissione con riserva del credito d'imposta (v. la sentenza S.U. n. 11214 del 1997 che ha ripreso la sentenza n. 7485 del 1994 del seguente tenore "I crediti relativi a tributi, per i quali sono insorte contestazioni pendenti innanzi alle Commissioni tributarie, debbono essere ammessi al passivo delle procedure fallimentari con riserva da sciogliersi dopo la decisione della controversia tributaria senza la necessaria sospensione del giudizio avanti al tribunale fallimentare). Detto principio trova applicazione anche per i crediti su imposte indirette (IVA) atteso che l'art. 45, comma secondo del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, che riguarda solo l'ipotesi di crediti tributari per imposte sui redditi (quelli per i quali c'è stata un'iscrizione a ruolo) trova applicazione in via analogica anche per i crediti per imposta indiretta come l'IVA, per cui, ancorché non si preveda

³⁸ Trib. Roma 14 luglio 1965, in *Dir. fall.*, 1967, II, 153; Trib. Roma 18 ottobre 1965, *ivi*, 1967, II, 163; Trib. Roma 17 novembre 1967, *ivi*, 1968, II, 341.

Ved. Cass., sez. un., 22 marzo 1972, n. 879, in *Boll. Trib.*, 1972, 878; e Cass. 19 giugno 1974, n. 1806, in *Giust. civ.*, 1975, II, 301; Trib. Genova 30 gennaio 1989, in *Fall.*, 1989, 927; Trib. Milano 16 novembre 1987, *ivi*, 1988, 507; Trib. Padova 10 gennaio 1986, *ivi*, 1987, 193.

⁴⁰ Cfr. LAMANNA, op. cit., 472; per la ricostruzione del dibattito sul punto ved. QUATRARO-D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Milano, 1999, 2845 ss.

⁴¹ Ved. per tutti ABATE, *Diritto fallimentare*, Milano, 1997, 445 ss.

⁴² In *Boll. Trib. On-line*, confermata da ultimo da Cass. n. 12777/2006, cit.

l'iscrizione a ruolo, il relativo accertamento costituisce, pur se contestato, titolo per la riscossione provvisoria di parte del tributo (art. 60 D.P.R. n. 633 del 1972), restando irrilevante in ogni caso la circostanza che la domanda d'insinuazione al passivo sia stata formulata tardivamente data la generica formulazione del citato art. 45».

Circa poi la necessità per l'Amministrazione finanziaria di provvedere all'iscrizione a ruolo per ottenere l'ammissione, seppure con riserva, al passivo fallimentare di un credito tributario, si segnala la sentenza di App. Milano 8 aprile 2003, citata, che ha sancito l'impossibilità di ammettere al passivo un credito tributario non iscritto nei ruoli. Secondo la Corte di Appello, infatti, l'accertamento dell'esistenza del debito d'imposta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 19 del D.Lgs. n. 546/1992, è questione di competenza non del giudice fallimentare, ma della giurisdizione delle Commissioni tributarie.

Di conseguenza, la Corte ritiene che, essendosi il curatore opposto all'ammissione, non è possibile ammettere il credito, neppure "con riserva" ai sensi dell'art. 88 del D.P.R. n. 602/1973, poiché non è possibile alcuna valutazione sull'esistenza o meno dello stesso credito che, non essendo iscritto nei ruoli, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 19 del D.Lgs. n. 546/1992 non è impugnabile di fronte alla Commissione tributaria competente per territorio.

In sede di verifica dei crediti tributari, si devono infatti coordinare i poteri del giudice tributario e del giudice fallimentare. Al giudice tributario spetta il potere-dovere di determinare l'entità del credito tributario; al giudice fallimentare spetta invece il potere-dovere di accertare sia l'esistenza di un titolo valido ed opponibile sia la concorsualità del credito tributario.

La dichiarazione di fallimento non comporta attrazione in capo al giudice fallimentare della competenza ad esaminare questioni in materia di imposta, che rimangono invece alla giurisdizione delle Commissioni tributarie.

Per poter adire la competente Commissione tributaria è necessario che si manifestino contemporaneamente due condizioni:

- a) l'attribuzione di materia, sancita dall'art. 2 del D.Lgs. n. 546/1992;
- b) l'individuazione dell'atto impugnabile, sancita dall'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992.

La definizione degli atti dell'Amministrazione finanziaria definitivi o impugnabili di fronte alle Commissioni tributarie è quindi questione pregiudiziale per valutare l'ammissione a titolo definitivo o "con riserva" dei crediti del fisco al passivo fallimentare.

6. LA COMPENSAZIONE DEI CREDITI TRIBUTARI

6.1 Premessa

Come è noto la compensazione prevista e disciplinata dagli artt. 1241 ss. c.c., determina l'estinzione dei contrapposti debiti, per le quantità corrispondenti, allorché due persone siano obbligate l'una verso l'altra.

L'effetto estintivo dei contrapposti debiti-crediti si verifica nel momento della loro contemporanea esistenza.

La legge prevede tre tipi di compensazione:

1) quella legale, che richiede:

a) l'*omogeneità* delle prestazioni: i due debiti debbono avere entrambi per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere;

b) la *liquidità* di entrambi i crediti, cioè che gli stessi siano determinati nel loro ammontare ed incontrovertibili nel titolo;

c) l'*esigibilità* intesa come «azionabilità» (cioè come possibilità di farli valere giudizialmente in vista dell'eventuale esecuzione coattiva della prestazione) dei crediti stessi i quali, se a termine, debbono essere scaduti e, se sottoposti a condizione sospensiva, la stessa deve essersi già verificata.

Perché la compensazione legale operi è necessario che la parte interessata la eccepisca, non potendo il giudice rilevarla d'ufficio (art. 1241 c.c.).

Tuttavia i debiti si estinguono non dal giorno della sentenza del giudice e per effetto di questa, ma dal momento della loro coesistenza (*ex tunc*), automaticamente, per effetto della legge, ragion per cui questo tipo di compensazione si chiama «legale».

In questo tipo di compensazione la sentenza del giudice non è che un accertamento dell'avvenuta estinzione dei contrapposti debiti, quali effetti *ex tunc* della loro contemporanea esistenza;

2) quella *giudiziale*: qualora nel corso di un giudizio sia invocato un credito liquido ed esigibile, e l'altra parte opponga in compensazione un controcredito omogeneo ed anch'esso esigibile, ma non ancora liquido, il giudice può dichiarare l'estinzione dei due debiti fino alla quantità corrispondente, a condizione che il credito opposto in compensazione sia di facile e pronta liquidazione (art. 1243, comma 2, c.c.);

3) quella *volontaria*, che si attua per volontà delle parti anche se non ricorrono le condizioni previste dall'art. 1243 c.c. (omogeneità, liquidità, esigibilità).

6.2 La compensazione nel fallimento (art. 56 l. fall.)

Tanto premesso passo ad esaminare l'operatività della compensazione nel fallimento.

Dispone l'art. 56 l. fall.: «i creditori hanno diritto di compensare con i loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore».

Va, innanzi tutto, rilevato che, in deroga a quanto disposto dall'art. 1243 c.c., l'art. 56 non richiede per la sua operatività il requisito della «avvenuta scadenza» dei contrapposti debiti prima della dichiarazione di fallimento, dato che espressamente ammette la compensazione tra debiti (scaduti) verso il fallito e crediti verso lo stesso, *non scaduti*, prima della sentenza di fallimento, la quale, comunque, per espresso disposto del secondo comma dell'art. 55 l. fall., ne determina la scadenza ai fini del concorso.

Per opinione prevalente condivisa anche dalla Suprema Corte⁴³, la disciplina dettata dall'art. 56 deroga alla disciplina comune della compensazione legale dettata dall'art. 1243 c.c., *soltanto* laddove consente l'operatività della compensazione nel fallimento anche quando il credito verso il fallito non sia scaduto prima della sentenza di fallimento e ciò perché l'art. 56 va ricordato con l'art. 55, secondo comma (a mente del quale la dichiarazione di fallimento determina l'anticipata scadenza dei crediti pecuniari verso il debitore fallito).

Quindi, anche per la compensazione nel fallimento ai sensi dell'art. 56 l. fall., i presupposti di operatività sono:

a) la *preesistenza* alla dichiarazione di fallimento dei *contrapposti crediti* (del creditore concorsuale e del fallito)⁴⁴: o meglio la *preesistenza* al fallimento dei «*negozi giuridici*» che hanno dato origine ai contrapposti crediti;

b) l'*omogeneità* dei contrapposti crediti che devono avere entrambi per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere;

c) la *certezza* e la liquidità di entrambi i crediti i quali, dunque, debbono essere «*incontroversi*» nel «*titolo*» e determinati nel loro ammontare;

d) l'*esigibilità* intesa come «*azionabilità*» (in via giudiziale) dei crediti stessi che, se a termine, debbono essere scaduti e, se sottoposti a condizione sospensiva, questa deve essersi già verificata⁴⁵;

e) la *reciprocità* dei contrapposti crediti.

La reciprocità può consistere:

1) o in debiti-crediti originati da un'attività negoziale posta in essere dall'imprenditore prima del suo assoggettamento a fallimento;

2) o in debiti-crediti originati da un'attività negoziale posta in essere dal curatore durante il fallimento.

Nel primo caso, la reciprocità sussiste al momento dell'apertura del concorso e, quindi, il creditore può compensare il suo debito nei confronti del fallito con il suo credito nei confronti dello stesso.

Nel secondo caso, la reciprocità si realizza nel corso della stessa e, quindi, consente di compensare il debito verso la massa (scaturito da negozi conclusi con il curatore) con il credito verso la stessa (originato dall'attività negoziale posta in essere con il curatore medesimo).

Dal che consegue che non può operarsi la compensazione tra credito verso il fallito (come tale anteriore al fallimento e quindi concorsuale e soggetto alla falcidia fallimentare) ed un debito verso la massa (da assolversi per intero).

Va opportunamente evidenziato che i contrapposti crediti devono avere la loro «*radice causale*» in distinti negozi o rapporti giuridici ambedue anteriori o successivi al fallimento; non si ha invece compensazione in senso tecnico giuridico nel caso di reciproci crediti nell'ambito di un unico rapporto giuridico; in questo caso, si ha una mera sistemazione contabile di operazioni di dare-avere tra le parti (ad es. accrediti per versamenti ed addebiti per prelievi, nell'interno dell'unico rapporto di conto corrente tra banca e cliente)⁴⁶.

6.3 La compensazione nel fallimento tra crediti e debiti tributari

L'argomento in esame si scinde in tre diversi quesiti: se sia possibile la compensazione tra:

a) crediti e debiti tributari sorti entrambi prima del fallimento;

b) crediti e debiti tributari sorti entrambi nel corso del fallimento;

c) crediti e debiti tributari sorti l'uno prima del fallimento e l'altro nel corso di questo.

Nessun dubbio sulla compensabilità tra crediti e debiti tributari certi, liquidi ed esigibili i cui presupposti si sono verificati prima del fallimento.

Alla luce di quanto dispone l'art. 56 l. fall. (l'Amministrazione finanziaria ha diritto di compensare con i propri debiti verso il fallito i crediti ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento) che essa vanta verso il fallito stesso e ciò in quanto i crediti non scaduti si considerano (per volontà del legislatore) scaduti alla data del fallimento (art. 55, secondo comma, l. fall.; art. 59 l. fall.).

Dunque, «è ammessa la compensazione fra il credito del debitore-creditore "in bonis" ed il credito del fallito divenuto liquido ed esigibile nel corso del fallimento»⁴⁷.

Ciò che si richiede è che i requisiti sussistano al momento della pronuncia che dispone la compensazione.

Infatti, «la compensazione nel fallimento è ammessa anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia»⁴⁸.

Secondo la Suprema Corte, unica condizione per l'operatività della compensazione è l'antiorità rispetto alla data di fallimento del fatto genetico di entrambi i contrapposti crediti. Gli altri presupposti richiesti dalle norme civilistiche (liquidità ed esigibilità) sono sempre necessari, ma basta che sussistano al momento in cui la compensazione viene accertata e disposta (nel corso del fallimento).

Va però opportunamente rimarcato che, in materia tributaria, non sussistono i requisiti della liquidità e della esigibilità che consentono di addivenire alla compensazione legale allorché il credito tributario del contribuente risulti semplicemente dalla sua dichiarazione e, in più in generale, in tutti i casi nei quali non si sia esaurito completamente l'iter procedurale previsto dalla normativa tributaria per l'esercizio del diritto al rimborso di imposte indebitamente pagate; iter che va dalla presentazione di un'apposita istanza di rimborso all'impugnazione dinanzi la competente Commissione tributaria del rifiuto

⁴³ Vedi Cass. 26 ottobre 1976, n. 3881, in *Giur. comm.*, 1977, II, 326; e Cass. 5 giugno 1976, n. 2037, in *Dir. fall.*, 1976, II, 698.

⁴⁴ Cass., sez. I, 20 marzo 1991, n. 3006, in *Fall.*, 1991, 1042.

⁴⁵ Cass., sez. I, 2 agosto 1994, n. 7181, in *Fall.*, 1995, 280.

⁴⁶ Ved. però per l'operatività, anche in questo caso, della compensazione Cass., sez. I, 27 giugno 1990, n. 6560, in *Fall.*, 1991, 42.

⁴⁷ Trib. Milano 11 ottobre 1999, in *Banca Borsa*, 2001, II, 278.

⁴⁸ Cass., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, in *Foro it.*, 2000, I, 2892.

espresso o tacito dell'Ufficio di addivenire al rimborso stesso. Né in tali casi si potrà ritenere che il giudice tributario sia legittimato ad esperire la compensazione giudiziale prevista dal secondo comma dell'art. 1243 c.c.; spetta infatti al giudice tributario, nella rigorosa osservanza della tassativa procedura stabilita in proposito del D.Lgs. n. 546/1992, la definizione del *quantum* e della spettanza dei crediti tributari, dovendo essere poi invece rimessa al giudice ordinario la definizione della questione se i crediti e i debiti siano compensabili.

Per converso si deve invece ritenere che i crediti di natura tributaria possano essere considerati certi, liquidi ed esigibili quando: 1) l'esistenza di tali crediti sia stata accertata con sentenza passata in giudicato; 2) quando l'Amministrazione finanziaria abbia formalmente riconosciuto il diritto del contribuente al rimborso dell'imposta indebitamente pagata ed il *quantum* delle somme dovute; in questa ipotesi la giurisprudenza ha addirittura ritenuto che non ricorrano i presupposti di applicabilità della riserva a favore della giurisdizione tributaria di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 546/1992,⁴⁹ con conseguente esperibilità, da parte del contribuente, dell'ordinaria azione di indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c.

Secondo la risoluzione n. 279/E del 12 agosto 2002⁵⁰ nell'ipotesi in cui «*il credito vantato dalla procedura derivi, per effetto del trascinarsi, dall'attività del fallito precedente all'apertura della procedura concorsuale*», l'Agenzia ammette la compensazione, «*in misura comunque non superiore alla quota del credito vantato dalla procedura che effettivamente tragga origine dall'esercizio dell'impresa commerciale ante dichiarazione di fallimento*».

I crediti fiscali, nascenti da presupposti d'imposta anteriori al fallimento, sono crediti concorsuali, essi devono essere insinuati e accertati nel fallimento (e sottostare alla falcidia). Ma ciò non impedisce all'Amministrazione finanziaria di opporli in compensazione al Curatore fallimentare, che pretende il pagamento di un credito d'imposta sorto prima del fallimento.

Può darsi, dunque, compensazione tra un debito del fallito (sorto prima del fallimento) con un credito d'imposta del fallito (sorto prima del fallimento).

Pretesa creditoria, non ai fini della partecipazione al concorso, ma soltanto per contrastare la pretesa del curatore⁵¹.

Nessun dubbio sulla compensabilità tra crediti e debiti tributari (certi, liquidi ed esigibili) sorti entrambi nel corso del fallimento. In questo caso, se la compensazione è opposta dall'Amministrazione finanziaria, questa deve far riconoscere il proprio credito presentando domanda di insinuazione.

Esaminiamo ora il problema della compensabilità tra crediti d'imposta (del fallimento) maturati dopo la dichiarazione di fallimento (crediti della massa), con debiti tributari del fallito, sorti prima della dichiarazione di fallimento.

La posizione dell'Amministrazione finanziaria è nettamente negativa, per due ordini di ragioni, una civilistica, una fiscale.

Al riguardo, si richiama la citata risoluzione n. 279/E/2002, concernente la compensabilità dei debiti tributari del fallito con il credito IVA sorto per vendite fallimentari.

L'Agenzia puntualizza, innanzitutto, che «*L'Amministrazione finanziaria, in quanto creditrice nei confronti del soggetto fallito per carichi pendenti antecedenti il fallimento, ha diritto (alla stregua degli altri crediti) ad insinuarsi al passivo, nella speranza di poter essere soddisfatta nel rispetto degli eventuali privilegi concessi alla categoria dei crediti tributari*».

Il credito IVA della procedura è un credito della massa. Scrive l'Agenzia: «*Nell'ambito della procedura concorsuale il credito emergente dalla dichiarazione IVA finale, che il curatore presenterà una volta prodotta la dichiarazione di cessazione dell'attività ex articolo 35 del D.P.R. n. 633/1972, ossia una volta concluse le operazioni rilevanti ai fini IVA (ancorché continuino ad esistere eventuali rapporti debitori e creditorie come precisato dalla circolare n. 19 del 1993, dalla risoluzione n. 181 del 12 luglio 1995 e, da ultimo, dalla circolare n. 26 del 22 marzo 2002), è un credito destinato alla massa fallimentare cui l'Amministrazione partecipa per la propria quota*».

Da queste premesse l'Agenzia trae la seguente conclusione: «*Si ritiene, quindi, che non possa operare la compensazione fra il credito verso il fallito ed il debito verso la massa, poiché lo stesso art. 74-bis, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 633/1972, distingue nettamente fra le operazioni effettuate anteriormente alla dichiarazione di fallimento e quelle successive all'apertura della procedura; in tale situazione infatti le posizioni del rapporto debitorio e del rapporto creditorio sono relative a soggetti diversi (fallito - massa fallimentare) e a momenti diversi rispetto alla dichiarazione di fallimento (anteriore il credito, posteriore il debito) con conseguente illegittimità della eventuale compensazione*».

In giurisprudenza, si segnalano due recenti pronunce della Corte di Cassazione, una in tema di imposte sui redditi e una in tema di IVA, entrambe conformi all'orientamento dell'Agenzia delle entrate or ora prospettato.

Nella prima⁵², la Corte esclude l'ammissibilità della compensazione – richiesta dal Ministro ricorrente – fra un credito vantato dall'erario nei confronti della società (debito fiscale del fallito, maturato *ante* fallimento) e il credito d'imposta da ritenute subite sugli interessi attivi da deposito su conto corrente bancario, vantato dal fallimento.

Nella sentenza si afferma che non può aversi compensazione tra rapporti di credito-debito intercorrenti tra soggetti diversi (art. 1241 c.c., e art. 56 l. fall.): il credito dell'erario opposto in compensazione ha come soggetto passivo la società fallita una volta tornata *in bonis*, e si è formato prima dell'apertura del fallimento; mentre il credito fatto valere dal fallimento nei confronti dell'erario è un credito della massa, perché è maturato per intero durante la procedura concorsuale.

Nell'altra sentenza, di poco successiva⁵³, si parte dalla considerazione che la dichiarazione *ex art. 74-bis* D.P.R. n. 633/1972, è equiparabile alla dichiarazione di cessazione dell'attività⁵⁴, per farne discendere che «*La compensazione fra crediti IVA dell'imprenditore (risultanti dalla dichiarazione ex art. 74-bis, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) e successivi debiti d'imposta del fallimento non può aver luogo, giacché la possibilità di tale compensazione è esclusa per effetto dell'interruzione dell'attività dell'impresa a causa del fallimento e dell'affermata diversità dei soggetti contribuenti (imprenditore/curatela fallimentare)*».

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si può concludere come segue:

⁴⁹ Cass., sez. un., 14 maggio 2001, n. 207, in *Giur. it.*, 2001, 1522, e anche in *Boll. Trib. On-line*.

⁵⁰ In *Boll. Trib. On-line*.

⁵¹ Cass., sez. I, 21 dicembre 2002, n. 18223, in *Fall.*, 2003, 758.

⁵² Cass., sez. trib., 1° luglio 2003, n. 10349, in *Boll. Trib. On-line*.

⁵³ Cass., sez. trib., 15 dicembre 2003, n. 19169, in *Boll. Trib.*, 2004, 862.

⁵⁴ In senso conforme, Cass., sez. trib., 22 marzo 2002, n. 4104, in *Boll. Trib.*, 2004, 789.

– i crediti e debiti tributari maturati anteriormente al fallimento possono essere compensati, anche se il credito del fisco non è ancora esigibile, in quanto il terzo può opporre al Curatore crediti non scaduti al momento della dichiarazione di fallimento (art. 56 l. fall.);

– i debiti tributari sorti prima del fallimento non possono essere compensati con crediti d'imposta sorti dopo l'apertura della procedura, in quanto le posizioni del rapporto debitorio e del rapporto creditorio sono relative a soggetti diversi (fallito-massa fallimentare) e a momenti diversi rispetto alla dichiarazione di fallimento (anteriore il debito fiscale, posteriore il credito d'imposta), fatta eccezione per l'ipotesi in cui il credito vantato dalla procedura derivi (per trascinamento) dall'attività del fallito precedente all'apertura della procedura concorsuale.

6.4 Il divieto di compensazione stabilito dal secondo comma dell'art. 56 L.F.

In deroga alla regola fissata dal primo comma, il secondo comma dell'art. 56 l. fall. stabilisce che «... per i crediti non scaduti, la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore...».

Ratio e portata delle disposizioni sono illustrate da B. INZITARI con una non comune chiarezza:

«La ratio di tale divieto di compensazione discende dal timore che i vantaggi di una soddisfazione separata ed autonoma del credito, attraverso il ricorso all'istituto della compensazione, possano indurre il creditore a crearne artificialmente i presupposti per operare una soddisfazione separata del proprio credito attraverso, appunto, la estinzione del proprio corrispondente debito.

L'acquisto del credito nei confronti del fallito da parte di un soggetto a sua volta debitore del fallito, può, infatti, comportare effetti particolarmente favorevoli sia al creditore, che al debitore del fallito.

Il creditore piuttosto che attendere la liquidazione e la ripartizione dell'attivo, per ottenere una soddisfazione percentuale il più delle volte estremamente bassa rispetto all'ammontare del credito insinuato potrebbe cedere, per un corrispettivo superiore alla probabile somma che verrà a percepire dalle ripartizioni dell'attivo fallimentare, il proprio credito nei confronti del fallito ad un altro soggetto, debitore a sua volta del fallito, per una somma superiore al prezzo da questo pagato per l'acquisto del credito.

Ad esempio il creditore di 100 nei confronti del fallito, potrebbe cedere per un corrispettivo di 50 il proprio credito ad un altro soggetto debitore a sua volta di 100 nei confronti del fallito. Quest'ultimo, essendo divenuto, per effetto della cessione, creditore nei confronti del fallimento per 100, potrà a sua volta compensare nei confronti del fallimento integralmente il proprio debito.

Nella sostanza all'originario debitore del fallito la liberazione dal debito sarà costata una somma comunque inferiore (50) all'ammontare del suo debito di 100, mentre l'originario creditore del fallito, dalla vendita del proprio credito, avrà tratto una somma comunque superiore a quella che avrebbe prevedibilmente potuto ottenere alla fine della certamente non breve procedura concorsuale (avrà ad esempio ottenuto, quale prezzo per la cessione, la somma di 50 mentre dal riparto finale avrebbe prevedibilmente ottenuto solo 5).

In conclusione il debitore del fallito, acquistando per 50 un credito che nominalmente "vale" 100, estingue il proprio debito di 100 e ottiene quindi un "risparmio" di 50 rispetto al debito originario, mentre il creditore di 100 ottiene rapidamente la somma di 50 e realizza quindi una maggiore utilità sia pari alla differenza tra il prevedibile dividendo che deriverà dal riparto e il prezzo ottenuto per la cessione del credito, sia "alla capitalizzazione" della somma immediatamente ottenuta rispetto al certamente non breve tempo di durata dell'intera procedura fallimentare.

Il risultato può rappresentare, di conseguenza, un rilevante vantaggio per i creditori e per i debitori del fallito e nello stesso tempo una gravissima perdita nei confronti del fallimento e della massa dei creditori: i debitori del fallimento non versano nulla nelle casse del fallimento e i creditori sfuggono attraverso la vendita dei propri crediti alla falce (ed alla lentezza) della ripartizione».

La lettera del secondo comma dell'art. 56 l. fall. consente di rilevare che il divieto della compensazione fallimentare è espressamente previsto per l'acquisto di crediti non ancora scaduti, di pertinenza di terzi, effettuato, per atto *inter vivos*, da parte del debitore del fallito, dopo la dichiarazione di fallimento di questo o nell'anno anteriore.

Quid iuris se lo stesso tipo di acquisto (per atto *inter vivos* e nell'anno anteriore o successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore) abbia avuto ad oggetto crediti già scaduti, di pertinenza di terzi?

Secondo una opinione, anche in questo caso deve operare la speciale compensazione prevista dall'art. 56 l. fall. in quanto:

1) l'aver il legislatore specificamente limitato la non operatività della compensazione al solo caso di acquisto, dopo il fallimento di crediti non scaduti, porta a ritenere, a *contrariis*, che tale limite non operi per i crediti già scaduti;

2) dove non vale il secondo comma dell'art. 56 (come nel caso in esame che riguarda l'acquisto di crediti non scaduti), torna a valere il primo comma che consente a qualunque soggetto titolare (a titolo diretto o derivativo) di un credito scaduto, di opporlo in compensazione;

3) se il secondo comma dell'art. 56 è dettato proprio per introdurre un limite alla eccezione e non certo per ampliarla, ciò vuol dire che il primo comma dell'art. 56 contiene qualcosa di più rispetto al secondo comma e cioè la libera compensabilità dei crediti scaduti e non scaduti, nati prima del fallimento, anche se acquistati dopo.

Le suesposte argomentazioni richiedono un'approfondita puntualizzazione giuridica.

Come è noto, la compensazione fallimentare ha gli stessi requisiti di quella ordinaria (e cioè l'omogeneità, la liquidità e la reciprocità), ma differisce da questa per l'esigibilità, in quanto consente la compensazione anche tra crediti scaduti del fallito e crediti non ancora scaduti verso il fallito.

Altra condizione di operatività è la preesistenza al fallimento di entrambi i contrapposti crediti, originati da negozi posti in essere prima dell'inizio della procedura.

Tutto ciò è espresso dal primo comma dell'art. 56, il quale consente di compensare i crediti scaduti del fallito, con i crediti scaduti e non scaduti verso lo stesso, prima della dichiarazione di fallimento.

La disposizione contenuta nel secondo comma del citato articolo impedisce, invece, la compensazione tra i crediti scaduti del fallito e quelli “*non ancora scaduti*” verso lo stesso, se acquistati, per atto tra vivi, dopo la dichiarazione di fallimento o nell’anno anteriore.

L’esame complessivo delle disposizioni contenute nell’art. 56 l. fall. ci consente di ritenere:

1) che è possibile la compensazione tra crediti scaduti del fallito e crediti scaduti e non, verso di questo, se acquistati dal creditore, a titolo originario, prima della dichiarazione di fallimento del suo debitore;

2) che, invece, la compensazione non è ammessa se il creditore ha acquistato, a titolo derivativo e per atto tra vivi, un credito non ancora scaduto verso il suo debitore, dopo la dichiarazione di fallimento di questo o nell’anno anteriore.

Ciò stabilito, va verificato se il divieto di compensazione operi o non anche per i crediti scaduti, acquistati a titolo derivativo e per atto tra vivi, nell’anno anteriore o dopo la dichiarazione di fallimento del debitore.

La lettera della norma lo esclude e l’esclusione sembra essere confermata dal rilievo che se il legislatore avesse voluto estendere il divieto di compensazione anche ai debiti scaduti, acquistati per atto tra vivi a titolo derivativo, avrebbe certamente eliminato il riferimento ai “*crediti non scaduti*”.

Ma a tali dati ermeneutici sembra possibile opporre altri di più pregnante portata.

Il presupposto della compensazione ordinaria e di quella fallimentare è sempre la reciprocità diretta, cioè l’esistenza di contrapposti crediti originati da rapporti intercorsi direttamente tra il (poi) fallito ed il suo creditore-debitore, prima della dichiarazione di fallimento del primo, anche se il credito di questo deve essere necessariamente scaduto e quello del suo creditore può anche non esserlo; la mancanza di esigibilità, invece, non è di ostacolo alla operatività della compensazione, se è vero che, per disposizione dell’art. 55, secondo comma, l. fall., tutti i crediti pecuniari, si considerano scaduti, agli effetti del concorso, il giorno della dichiarazione di fallimento.

Il secondo comma dell’art. 56 prende invece in considerazione l’ipotesi della reciprocità derivata, cioè di quella determinata dall’acquisto per atto tra vivi, da parte di un soggetto diverso dall’originario creditore, di un credito verso il fallito nell’anno anteriore o dopo la dichiarazione di fallimento di questo; in siffatta fattispecie, il legislatore attribuisce solo a chi abbia acquistato oltre l’anno dal fallimento, a titolo derivativo e per atto tra vivi, un credito scaduto e non nei confronti del fallito, il diritto di opporlo in compensazione con il controcredito scaduto del fallito medesimo; ma non ha voluto invece accordare lo stesso diritto anche al terzo che, non essendo creditore originario del fallito, sia divenuto tale per aver acquistato, a titolo derivativo e per atto tra vivi, un credito non scaduto nei confronti dello stesso, nell’anno precedente o dopo la dichiarazione di fallimento.

La *ratio* di questa scelta del legislatore (consacrata nella disposizione del secondo comma dell’art. 56) consiste nella volontà di evitare che con lo strumento dell’acquisto di crediti altrui già scaduti, preordinato a porre le condizioni per far operare la compensazione, il debitore del fallito finisca per sottrarsi al pagamento in tutto od in parte del suo debito verso la massa dei creditori concorsuali.

Se questa è dunque la *ratio* della disposizione del secondo comma dell’art. 56 l. fall., il divieto di compensazione, specificamente previsto per gli acquisti di crediti non scaduti verso il fallito, deve estendersi anche a quelli riguardanti crediti già scaduti.

Ad avviso di Trib. Torino 11 aprile 1997⁵⁵ «*il termine “acquisto” non va riferito alla sola ipotesi della cessione del credito, ma ad ogni altro caso in cui, per atto tra vivi, si sia avuto il trasferimento della titolarità dell’obbligazione, compreso il caso del regresso post-fallimentare a seguito del pagamento da parte del fideiussore o del terzo non obbligato*».

Secondo Cass. n. 7181/1994, citata, il debitore non può opporre in compensazione il credito che egli vanta quale fideiussore del fallito, surrogandosi al creditore originario attraverso un pagamento successivo alla dichiarazione di fallimento. Ciò perché il fideiussore, pur acquistando *ex tunc* il credito verso il fallito, non acquista una compensabilità che prima del fallimento non esisteva, perché debito e credito verso il fallito facevano capo a soggetti diversi.

Dott. Bartolomeo Quatraro

⁵⁵ In *Fall.*, 1998, 78.