



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**Cattedra di Diritto delle Crisi
D'impresa**

**IL TRATTAMENTO DEI DEBITI TRIBUTARI E
CONTRIBUTIVI EX ART-182 TER L. F. ALLA
LUCE DELLA NORMATIVA EMERGENZIALE**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Vincenzo De Sensi

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Giorgio Meo

CANDIDATO

Mattia Onorato

Matr. 146253

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

Sommario

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO I	6
LA PROPOSTA DI TRATTAMENTO DEI DEBITI FISCALI E PREVIDENZIALI	6
1 - I Debiti fiscali	6
1.1 - La natura dei debiti fiscali	10
1.2 - I debiti oggetto di transazione fiscale: la falcidiabilità dell'IVA e la deroga al principio di irrinunciabilità ed indisponibilità del credito tributario art. 97 Cost.....	17
1.3 - Il ruolo dell'Agenzia delle Entrate	25
1.4 - Ruolo dell'agente della riscossione	30
2. - I debiti previdenziali	34
2.1 - La natura dei debiti previdenziali	35
2.2 - Il ruolo degli Enti previdenziali.....	41
3. - L'Art. 182-ter: evoluzione normativa	46
3.1 - Requisiti soggettivi ed oggettivi per la richiesta.....	51
3.2 - La valutazione delle proposte ex art. 182 - ter l.f	57
CAPITOLO II	61
AMBITO DI OPERATIVITA DELLA TRANSAZIONE FISCALE	61
1. - Il concordato preventivo	61
1.1. - La transazione fiscale nel concordato preventivo	75
1.2 - La classificazione obbligatoria del debito fiscale e previdenziale	82
2 - Gli accordi di ristrutturazione	87
2.1 - La transazione fiscale negli Accordi di ristrutturazione dei debiti.....	92
3 Il procedimento	97
3.1 - La votazione dell'Amministrazione finanziaria e degli Enti.....	99
3.2 - Questioni inerenti alla giurisdizione sulla proposta di transazione.....	101
4 - Rapporti intercorrenti tra debitore ed Erario	104
4.1 - Effetti della transazione fiscale: consolidamento del debito e cessazione della materia del contendere	106
5 - Compatibilità della transazione fiscale con la normativa sugli aiuti di Stato	112
CAPITOLO III	113
LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLA PROPOSTA DI TRATTAMENTO DEI DEBITI FISCALI E PREVIDENZIALI	113
1 - Le novità introdotte dal decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125	113
2 - Interpretazione estensiva della giurisprudenza	122
3 La transazione fiscale nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza	133
CONCLUSIONI	144

INTRODUZIONE

Il presente elaborato mira ad esaminare l'istituto della proposta di trattamento dei debiti fiscali e previdenziali, attualmente disciplinato dall'art. 182-*ter* della Legge Fallimentare, anche alla luce delle novità recentemente introdotte dal legislatore.

Nel primo capitolo, si individueranno i debiti tributari e previdenziali rilevanti ai fini della proposta e la natura privilegiata ovvero chirografaria che il codice civile attribuisce degli stessi.

Notevole attenzione verrà posta sulla questione della falcidiabilità dell'IVA che ha generato nel corso degli anni numerosi contrasti dottrinali e giurisprudenziali, che neppure dalla Suprema Corte è stata in grado di chiarire definitivamente.

Più nel dettaglio si rappresenterà che, in un primo momento, l'imposta sul valore aggiunto ed i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea non erano ricompresi nell'ambito di applicazione della transazione fiscale, in osservanza dell'orientamento statuito dalla Corte di Giustizia dell'UE, con sentenza 7.4.2016, causa C-564/14, e che invece, in un secondo momento, all'imprenditore in stato di crisi è stata concessa la possibilità di pagare anche parzialmente l'IVA a condizione che a tale debito sia riservato un trattamento migliore rispetto a quello che avrebbe in uno scenario fallimentare.

Da ultimo, nel primo capitolo, si analizzerà l'evoluzione storica e normativa dell'istituto, dalla sua primigenita forma sino alle più recenti riforme.

A tale riguardo, si evidenzierà che nei primi anni di sperimentazione l'istituto di cui all'art. 182-*ter* l.f. non aveva trovato largo consenso tra gli operatori economici che versavano in stato di crisi; la ragione a fondamento di una tale diffidenza verrà individuata nella complessità applicativa del disposto normativo e nella difficoltà di individuazione del perimetro entro cui

l'Amministrazione finanziaria può rinunciare parzialmente alla riscossione di un tributo.

Si avrà poi modo di osservare che con il d.lgs n. 5/2006 è intervenuta una vera e propria rivoluzione dell'istituto che da tale momento è stato denominato "Transazione fiscale", sopprimendo la precedente transazione esattoriale; la transazione che prima era riservata soltanto ai debiti fiscali nell'ambito della procedura concordataria verrà da tale momento estesa agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* l.f. e ai debiti contributivi di Enti gestori di forme e previdenza di assistenza obbligatorie.

Si evidenzierà inoltre che solo con Legge 11 dicembre 2016, n. 232., l'articolo 182-*ter* ha raggiunto l'attuale formulazione.

Con particolare riferimento alla vigente disciplina saranno commentati i requisiti soggettivi ed oggettivi della procedura ex art. 182-*ter* l.f., la *ratio* che si cela dietro al pagamento dilazionato o parziale dei debiti tributari e contributivi, nonché i criteri di valutazione delle proposte da parte dagli Enti a ciò preposti.

Il secondo capitolo sarà dedicato invece all'analisi dell'istituto della proposta di transazione fiscale e previdenziale nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Da ultimo, nel terzo capitolo, saranno trattate le novità introdotte dal decreto legge 7 ottobre 2020, n.125, che hanno consentito l'anticipazione parziale di alcune prescrizioni contenute nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Si illustrerà che la *ratio* di tale intervento è quella di rendere il più agevole possibile, durante il periodo della crisi pandemica, l'omologazione dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, cercando di valicare gli ostacoli e le problematiche che di solito emergono a causa dell'inerzia dell'amministrazione finanziaria.

Particolare attenzione sarà posta sul cd. *cram down* e sugli orientamenti adottati dalla giurisprudenza in merito alla attribuzione al Tribunale della facoltà di omologare la proposta concordataria ovvero l'accordo di

ristrutturazione non solo in caso di mancanza di voto o di adesione, ma anche in ipotesi di espresso diniego degli Enti.

Infine, saranno analizzati gli articoli del Codice della crisi e dell'insolvenza dedicati alla proposta di trattamento dei debiti fiscali e previdenziali.

CAPITOLO I

LA PROPOSTA DI TRATTAMENTO DEI DEBITI FISCALI E PREVIDENZIALI

1 - I Debiti fiscali

Con debiti tributari si intendono le passività per imposte certe e di specifico ammontare. Nel bilancio di impresa, la voce dei debiti tributari deve essere espressa in maniera chiara, secondo la normativa vigente. I debiti tributari vanno inseriti alla voce D12) al passivo dello stato patrimoniale, al netto di acconti, crediti d'imposta e ritenute d'acconto.

Tali debiti devono essere registrati al valore nominale, i quali includono eventuali sovrattasse, pene pecuniarie e interessi verso l'Erario, maturati alla data di bilancio. Generalmente, hanno scadenza nell'esercizio, ma se questa dovesse andare oltre l'esercizio, gli importi vanno differenziati tant'è che alle volte è prevista la rateizzazione dell'importo da versare al Fisco.

Tornando alla voce D12) del passivo dello stato patrimoniale, essa include una serie tributi, tra i quali possiamo rinvenire l'IVA, l'IRPEF l'IRES, l'IRAP, imposte di fabbricazione, imposte sostitutive, ritenute sui redditi di lavoro autonomo.

Per quel che concerne l'IRPEF, *in primis* bisogna segnalare che è un'imposta progressiva sul reddito complessivo delle persone fisiche. Essendo un'imposta progressiva persegue il principio costituzionale della progressività sancito dal secondo comma dell'art. 53 Cost.¹

Il sistema dell'IRPEF si riferisce esclusivamente alle persone fisiche residenti, che vengono tassate sul reddito complessivo, a prescindere dal luogo

¹ Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.

di produzione del reddito, mentre viene applicata solo in parte, per le persone non residenti nel territorio dello Stato.

Recentemente, il criterio della progressività dell'imposizione è stato oggetto di ridimensionamento, poichè hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento una serie di imposte sostitutive dell'IRPEF con aliquota fissa su singoli redditi facenti parte di diverse categorie.² Il fine di tale imposta è individuare il complesso della capacità contributiva formata dal reddito complessivo eccedente il fabbisogno basilare di vita, che è costituito dalle spese personali.

Nell'ambito dell'IRPEF il soggetto rileva sia come percettore di reddito sia come consumatore. Secondo il disposto degli articoli 2 e 5 del TUIR sono soggetti passivi dell'IRPEF:

- (i) le persone fisiche residenti nel territorio dello Stato per tutti i redditi prodotti in Italia ed all'estero;
- (ii) le persone fisiche non residenti nel territorio dello Stato per i soli redditi prodotti in Italia;
- (iii) i soci (residenti e non) di società di persone (ed enti equiparati) residenti nel territorio dello Stato per tutti i redditi prodotti in Italia ed all'estero.

Per i soggetti residenti vale il principio di tassazione mondiale (*world-wide taxation principle*), in virtù del quale sono assoggettati ad imposta in Italia i redditi in ogni luogo conseguiti, mentre per i soggetti non residenti sono oggetto di tassazione in Italia solamente i redditi che si ritengono prodotti nel territorio dello Stato.

Per la determinazione della base imponibile e dell'imposta dovuta a titolo di IRPEF, tutti i redditi determinati in base alle regole della categoria di appartenenza, vengono sommati algebricamente e si dà luogo al reddito complessivo lordo. Dal reddito complessivo vengono dedotti gli oneri deducibili: così si ottiene il reddito complessivo netto. Al reddito complessivo netto si applica lo schema delle aliquote progressive a scaglione, ottenendo così l'imposta lorda. Dall'imposta si sottraggono le detrazioni per ottenere l'imposta netta.

² L'imposta sostitutiva sui redditi da fabbricati derivanti da canoni di locazione, l'imposta sostitutiva sui redditi di impresa individuale, di arti e professioni che non superino una certa soglia di ricavi o compensi.

La somma determinata costituisce l'oggetto della obbligazione tributaria. Questa somma non corrisponde alla somma riscuotibile, in quanto può verificarsi che una sua parte sia già stata riscossa in acconto o può avvenire che il contribuente, per altre questioni, sia contribuente nei confronti dello Stato. In tali casi dall'imposta sono scomutate le somme facenti parte dell'acconto e/o del credito e così diventa oggetto di riscossione solo la differenza.

Quanto all'IRES, con la l. delega 7 aprile 2003, n. 80 e con il successivo D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 di attuazione di tale delega, il legislatore ha revisionato incisivamente nell'ambito delle società di capitali il sistema di tassazione.

Questa riforma ha abrogato l'IRPEG³ ed ha introdotto l'IRES, ideata allo stesso modo come imposta personale ad aliquota proporzionale, stabilita nella misura del 24%.

Con tale schema normativo, gli enti in questione vedono valorizzato la loro posizione di soggetti passivi d'imposta; viene eliso infatti quel concetto di tassazione in "acconto" della tassazione definitiva del soggetto che vi partecipa.

La società, attraverso questa importante svolta normativa, è stata ricondotta finalmente al centro del sistema. Gli enti e le società non sono più concepiti come mezzi per l'esercizio in forma collettiva dell'attività di impresa, bensì soggetti capaci di generare reddito in maniera autonoma.

L'articolo 73 TUIR, comma 1, distingue i soggetti passivi IRES in quattro categorie:

- (i) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello stato;
- (ii) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i *trust*, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;

³ IRPEG: Imposta sul reddito delle persone giuridiche

- (iii) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i *trust* che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato;
- (iv) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i *trust*, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

Una volta individuati i soggetti IRES è bene segnalare che nelle modalità di tassazione emergono delle divergenze sostanziali che si rilevano nella natura giuridica di tali soggetti, nella commercialità o meno dell'attività esercitata ed infine nella residenza.⁴

Gli elementi essenziali nella determinazione dell'IRES sono: il periodo di imposta, la base imponibile e l'aliquota.

Quanto al presupposto dell'imposta; questo viene indentificato nel possesso del reddito, che si sostanzia in un incremento patrimoniale e deve essere ricompreso in un lasso temporale comunemente definito periodo di imposta. Mentre per le persone fisiche il periodo di imposta corrisponde all'anno solare, per i soggetti passivi IRES coincide con l'esercizio sociale.

Quanto alla determinazione della base imponibile, ogni categoria di soggetti passivi segue proprie regole, anche se il procedimento di determinazione dell'imposta è a tutti comune.

Altro elemento di fondamentale importanza è l'aliquota che è fissa e dal 2017 è pari al 24%.

Il decreto di riforma dei bilanci D.Lgs. n. 139/2015 ha recepito la direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio e ai bilanci consolidati ed ha introdotto una serie di novità che riguardano i principi contabili.

Al pari dei crediti, anche per i debiti la Fondazione OIC⁵ è dovuta intervenire per adeguare i principi contabili alle novità in tema di costo ammortizzato introdotte con la riforma dei bilanci.

⁴ L. SALVINI, *Diritto tributario delle attività economiche*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, pag. 61-90.

⁵ OIC (Organismo Italiano di Contabilità), organismo che ha l'obiettivo di esprimere le istanze nazionali in materia contabile.

Il nuovo OIC 19 si ispira di fatto i principi dello IAS 39 il quale ricomprende i debiti tra le passività finanziarie e indica quale metodo di valutazione il metodo del costo ammortizzato.

Con tale metodo si tiene conto del fattore temporale nella valutazione del debito: non è previsto per i bilanci redatti in forma abbreviata e bilanci delle micro-imprese, oppure per i debiti di durata inferiore ai dodici mesi o che presentano aspetti irrilevanti.

I Debiti sono definiti dall' OIC 19⁶ passività di natura determinata ed esistenza certa, che rappresentano obbligazioni a pagare ammontare fissi o determinabili di disponibilità liquide, o di beni/servizi aventi un valore equivalente, di solito ad una data stabilita.

Questa voce, quindi, comprende tutte le passività non estinte che l'azienda ha nei confronti di finanziatori, fornitori e altri soggetti.

L'articolo 2424 del codice civile prevede che i debiti siano esposti nel Passivo dello Stato Patrimoniale nella voce D Debiti.

1.1 - La natura dei debiti fiscali

Al fine di comprendere le modalità di soddisfazione di detti crediti da parte dell'impresa che versa in uno stato di crisi, è necessario interrogarsi sulla natura attribuita dal legislatore agli stessi e dunque se i crediti vantati dall'Amministrazione finanziaria siano privilegiati ovvero chirografari.

A tale riguardo vengono a rilievo gli artt. 2745 c.c. e ss., i quali definiscono il privilegio come la preferenza che la legge accorda a determinati crediti in considerazione della causa per cui sono sorti (cfr. art. 2745 c.c.).

Il legislatore ha infatti ritenuto che taluni crediti, definiti appunto privilegiati, siano meritevoli di particolare tutela in ragione delle motivazioni che ne hanno determinato il sorgere e, di conseguenza, ha previsto che in sede di distribuzione dell'attivo, detti crediti siano preferiti rispetto agli altri cd. chirografari.

⁶ OIC 19.

Il privilegio si distingue in “*generale*” e “*speciale*”. Il primo, grava su tutti i beni mobili del debitore e costituisce un modo di essere del credito, non attribuendo alcun diritto di sequela.

Pertanto, detto diritto potrà essere esercitato dal creditore fin tanto che i beni mobili fanno parte del patrimonio del debitore (cfr. art. 2747, primo comma, c.c.).

Il secondo, invece, ha ad oggetto determinati beni mobili e/o immobili del debitore. Esso costituisce un vero e proprio diritto reale di garanzia, sicchè è esercitabile anche in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi posteriormente al sorgere del privilegio (cfr. art. 2747, secondo comma, c.c.)⁷.

Per quanto attiene ai crediti vantati dallo Stato in ambito fiscale è necessario evidenziare che:

- (i) l’art 2752 dispone che “*hanno privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato, per le imposte e le sanzioni dovute secondo le norme in materia di imposta sul reddito delle persone fisiche, imposta sul reddito delle persone giuridiche, imposta sul reddito delle società, imposta regionale sulle attività produttive ed imposta locale sui redditi. Hanno altresì privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato per le imposte, le pene pecuniarie e le soprattasse dovute secondo le norme relative all’imposta sul valore aggiunto. Hanno lo stesso privilegio, subordinatamente a quello dello Stato, i crediti per le imposte, tasse e tributi dei comuni e delle province previsti dalla legge per la finanza locale e dalle norme relative all’imposta comunale sulla pubblicità e ai diritti sulle pubbliche affissioni*”.

La norma fa riferimento dettagliatamente alle categorie di crediti tributari a cui è riferito il privilegio generale. La legge di riforma del diritto dei privilegi⁸ ha attribuito un privilegio generale sui beni mobili del debitore ad una serie

⁷ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Giuffrè Editore, XXII edizione, pp. 477 e ss..

⁸ L. 426/1975.

crediti tributari quali: l'IRPEF, l'IRPEG, l'ILOR, abrogata dal 1 gennaio 1998 e l'IVA.

Inoltre, la legge di riforma ha attribuito un privilegio tributario, in secondo piano rispetto a quello accordato allo Stato, ai crediti per le imposte, tasse e tributi dei comuni e delle province, previsti dalla legge per la finanza locale e dalle norme relative all'imposta comunale sulla pubblicità e ai diritti sulle pubbliche affissioni.⁹

- (ii) l'art 2758 c.c. statuisce che *“I crediti dello Stato per i tributi indiretti hanno privilegio sui mobili ai quali i tributi si riferiscono e sugli altri beni indicati dalle leggi relative, con l'effetto da esse stabilito. Eguale privilegio hanno i crediti di rivalsa verso il cessionario ed il committente previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, sui beni che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio. Il privilegio, per quanto riguarda l'imposta di successione, non ha effetto in pregiudizio dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede”*;

Il presupposto del privilegio si trova nella caratterizzazione dei tributi indiretti, che incidono su specifici atti giuridici o fatti materiali, che sono espressione di una capacità patrimoniale specifica del contribuente.

Il tratto distintivo fa leva sul primo comma dell'art. 2758 c.c., che individua l'oggetto del privilegio speciale nei beni mobili ai quali il tributo fa riferimento, al fine di evidenziare il nesso tra il credito e l'oggetto del privilegio.

La l. 29 luglio 1975, n. 426 ha abrogato il terzo comma dell'originario testo dell'art. 2758 c.c., il quale riconosceva il privilegio speciale, in via sussidiaria rispetto a quello dello Stato, ai crediti dei comuni per l'imposta di consumo, ed ha inserito il vigente secondo comma sulla disciplina del privilegio a tutela dei crediti di rivalsa IVA.¹⁰

- (iii) l'art. 2759 c.c. prevede che *“ I crediti dello Stato per l'imposta sul reddito delle persone fisiche, sul reddito delle persone giuridiche e*

⁹ P. CENDON, *Commentario al codice civile artt. 2740-2906*, Giuffè Editore, Milano 2009, pp. 247-248.

¹⁰ P. CENDON, *Commentario al codice civile artt. 2740-2906*, cit., p. 298

per l'imposta locale sui redditi, dovuta per i due anni anteriori a quello in cui si procede, hanno privilegio, limitatamente all'imposta o alla quota d'imposta imputabile al reddito d'impresa, sopra i mobili che servono all'esercizio di imprese commerciali e sopra le merci che si trovano nel locale adibito all'esercizio stesso o nell'abitazione dell'imprenditore. Il privilegio si applica sui beni indicati nel comma precedente ancorché appartenenti a persona diversa dall'imprenditore, salvo che si tratti di beni rubati o smarriti, di merci affidate all'imprenditore per la lavorazione o di merci non ancora nazionalizzate munite di regolare bolletta doganale. Qualora l'accertamento del reddito iscritto a ruolo sia stato determinato sinteticamente ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, la ripartizione proporzionale dell'imposta, prevista dal primo comma, viene effettuata sulla base dei redditi iscritti o iscrिवibili ai fini dell'imposta locale sui redditi”;

In relazione al privilegio speciale sui mobili riguardante i crediti per le imposte sui redditi, l'articolo in commento limita l'efficacia del privilegio a due periodi di imposta; quindi ai due anni più recenti fra quelli nei quali è sorto il credito tributario e che devono precedere, per forza di cose, il pignoramento da chiunque sia stata promossa l'esecuzione individuale o l'inizio dell'esecuzione collettiva.¹¹

(iv) L'art. 2772 c.c afferma che *“Hanno pure privilegio i crediti dello Stato per ogni tributo indiretto, nonché quelli derivanti dall'applicazione dell'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili, sopra gli immobili ai quali il tributo si riferisce. I crediti dello Stato, derivanti dall'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, hanno privilegio, in caso di responsabilità solidale del cessionario, sugli immobili che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio prestato. Eguale privilegio hanno i crediti di rivalsa, verso il cessionario ed il committente, previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, sugli immobili che*

¹¹ G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Wolters Kluwer, 2016

hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio. Il privilegio non si può esercitare in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Per le imposte suppletive il privilegio non si può neppure esercitare in pregiudizio dei diritti acquistati successivamente dai terzi”.

L’art. 2772 c.c. si sofferma sul privilegio speciale mobiliare per i tributi statali indiretti. La causa del credito, che origina dalle caratteristiche dei tributi indiretti, in relazione ai beni immobili a cui il privilegio si riferisce ha più incisività rispetto al corrispondente privilegio mobiliare di cui all’art. 2758 per una serie di aspetti, tra cui possiamo fare riferimento alla varietà dei criteri che presiedono al rapporto tra tributi indiretti ed i beni oggetti del privilegio.

I principali tributi erariali indiretti, relativi ai beni immobili sono: l’imposta di registro, l’imposta sulle donazioni e successioni, le imposte catastali ed ipotecarie e l’IVA.

Non possono rientrare nel novero dei tributi indiretti immobiliari le imposte che gravano su attrezzature ed impianti stabilmente incorporati al suolo.¹²

Le disposizioni in commento hanno una particolare rilevanza se applicate nell’ambito di una procedura concorsuale (*rectius* concordato preventivo), in quanto la natura del credito incide sulla misura e sulle tempistiche di soddisfazione dello stesso.

Difatti, la legge fallimentare all’art. 160 prevede che mediante la proposta concordataria il debitore possa soddisfare parzialmente i soli debiti chirografari; tale possibilità non è invece riservata ai debiti privilegiati ad eccezione di quanto previsto al secondo comma del medesimo articolo, il quale stabilisce che *“la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purchè il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della loro collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di*

¹² P. CENDON, *Commentario al codice civile artt. 2740-2906*, cit., pag.394

prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) [...]”.

Come si avrà modo di analizzare nei successivi paragrafi, il pagamento parziale dei debiti tributari è subordinato non solo alla relazione di cui all'art. 160, secondo comma, l.f., bensì anche alla trasmissione all'Erario, ex art. 182-ter della Legge fallimentare, di una proposta di trattamento dilazionato e/o falciato di detti debiti.

Quanto ai tempi di rimborso del debito privilegiato invece occorre distinguere tra concordato liquidatorio e concordato in continuità aziendale.

Nel concordato liquidatorio i creditori sono soddisfatti mediante la distribuzione dei proventi derivanti dalla liquidazione del patrimonio del debitore, pertanto il pagamento dei debiti è subordinato all'ultimazione della fase liquidatoria. Nel concordato in continuità aziendale è concessa al debitore, ai sensi dell'art. 186-bis della Legge Fallimentare, una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione¹³.

L'art. 182 ter, comma 1, l.f., stabilisce che: *"il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole"*.

Con quanto detto facciamo riferimento al trattamento da dedicare al credito tributario e più specificamente al caso del credito chirografario.

Questa aggiunta la rileviamo dal d. l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con alcune modifiche, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.

Alcuni commenti alla novella hanno criticato tale intervento lamentando che *"se si è in presenza di classi di creditori chirografari, ribadito anche in tale evenienza il principio della corretta formazione delle classi e dell'osservanza della posizione giuridica ed interessi economici omogenei rivestiti, si dovrebbe convenire che il credito tributario non può subire all'interno della classe un*

¹³ G. LO CASCIO, *Codice commentato del Fallimento*, Ipsosa, 2017, p. 2443 ss.

*trattamento differenziato rispetto agli altri compresi nella stessa classe. Anche in tale evenienza, poiché lo stesso significato si ricava dai principi generali del sistema normativo, quello specifico dell'art. 182 ter non dovrebbe perseguire intendimenti diversi da quelli rappresentati*¹⁴.

Nel caso in cui, poi, il credito tributario o contributivo sia assistito da privilegio, l'art. 182 ter l.f. prescrive che *"la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie"*.

Si ritiene ¹⁵che il criterio in questione possa dirsi rispettato dal momento in cui risulti seguito l'ordine di soddisfazione sancito dagli artt. 2777 e ss. c.c..

Infatti, per quel che concerne l'ordine del privilegio, in caso di concorso di crediti aventi lo stesso privilegio generale o speciale sul medesimo bene, la legge, all'art. 2777 e ss. c.c., stabilisce una graduatoria ben precisa e particolareggiata.

Pur potendosi proporre un pagamento parziale ai creditori privilegiati e pur potendosi suddividere i creditori in classi con trattamenti differenziati, non si può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, prevedendo per alcuni creditori pagamenti inferiori (o superiori) rispetto ad altri creditori che abbiano un grado di privilegio inferiore (o superiore).

Per quel che riguarda il trattamento dei creditori privilegiati erariali nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, si ritiene che il rispetto dell'ordine di graduazione delle cause di prelazione, nonché del pagamento analogo per i creditori aventi il medesimo grado di privilegio possano essere derogati; ciò in quanto l'istituto previsto dall'art. 182 bis l.f. offre maggiore disponibilità alle parti in causa di regolare gli interessi secondo una valutazione di convenienza che può essere anche discrezionale.

¹⁴ G. LO CASCIO, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182 ter l.f.*, il Fallimento 1/2009, 6.

¹⁵ Tribunale Mantova, 26 febbraio 2009, secondo cui *"non può affermarsi che i crediti dei lavoratori, privilegiati ex art. 2751 bis c.c. (...), i crediti degli enti previdenziali ex art. 2753 c.c. (...) e i crediti tributari (...) si trovino in 'grado' paritetico"*, www.ilcaso.it

1.2 - I debiti oggetto di transazione fiscale: la falcidiabilità dell'IVA e la deroga al principio di irrinunciabilità ed indisponibilità del credito tributario art. 97 Cost.

Fermo quanto sopra esposto in merito alla natura dei debiti tributari e alla loro modalità di rimborso, si precisa che non tutti i debiti tributari possono essere assoggettati a transazione fiscale.

Particolarmente dibattuto in dottrina e giurisprudenza è stato infatti il tema della falcidiabilità dell'IVA nell'ambito delle procedure concorsuali.

La primogenita forma dell'art. 182-ter, entrata in vigore nel 2006, non faceva riferimento a tale imposta, ma facendo riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, sanciva il divieto generale della falcidia dei tributi costituenti risorse proprie dell'UE. Inoltre, dalla Direttiva CE del 28 novembre 2006, n. 112¹⁶, emerge chiaramente il precetto dell'infalcidiabilità dell'IVA. In tal senso si sono espresse la dottrina minoritaria ed una parte della giurisprudenza di merito.

Invece, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, sostenevano che il divieto di falcidia dell'imposta comunitaria non incentivasse il ricorso al concordato e che in ogni caso l'IVA non rientrasse *strictu sensu* nell'ambito delle risorse finanziarie proprie dell'UE.

In seguito l'art. 32, comma 5, D.L. 29 novembre 2008, n.185, convertito nella L. 28 gennaio 2009, n. 2, ha inserito nell'art. 182-ter quanto segue: “con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento”. Neppure tale revisione è riuscita a placare la discussione in merito.

La Suprema Corte, con le note sentenze “gemelle” del 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932, si è espressa sulla possibilità di definire i debiti fiscali anche senza il ricorso alla transazione fiscale, sostenendo fermamente il divieto assoluto della falcidia dell'IVA.¹⁷

¹⁶ “... il bilancio delle Comunità europee, salvo altre entrate, è integralmente finanziato da risorse proprie delle Comunità. Dette risorse comprendono, tra l'altro, quelle provenienti dall'IVA...”.

¹⁷ A. LA MALFA, *Il divieto di falcidia dell'IVA, specialità dell'art.182 ter e riflessi su consolidamento dei debiti e cessazione delle liti*, Il Fallimento n. 4/2015

Ha ritenuto che i crediti relativi all'imposta sul valore aggiunto, alle ritenute fiscali operate e non versate ed ai tributi costituenti risorse proprie dell'UE devono essere soddisfatti per il loro intero ammontare anche senza transazione fiscale, pena l'inammissibilità della domanda di concordato, ferma la natura sostanziale della previsione del primo comma dell'art. 182-ter in relazione al trattamento dei crediti erariali.

Nell'ottica della Suprema Corte, il disposto contenuto nel primo comma del menzionato articolo offrirebbe ai crediti in questione una specie di "superprivilegio" destinato ad essere operante solo in tema di procedura di concordato preventivo anche in merito alle risorse che fuoriescono dal patrimonio oggetto di garanzia in quanto messe a disposizione di soggetti terzi.

I giudici di legittimità, in una pronuncia successiva riguardante la rilevanza comunitaria dell'IVA, si sono conformati alla sentenza 29.3.2012, causa C-500/10, della Corte di Giustizia, sulla legittimità delle norme sui condoni fiscali introdotte dal governo italiano. Questo orientamento della Cassazione ha suscitato non poche perplessità al riguardo, riscontrando seri dubbi sulla copertura costituzionale da parte anche di giudici di merito che lo hanno condiviso.

Nello specifico il Tribunale di Verona, con ordinanza del 10.4.2013, dopo aver condiviso l'orientamento della Corte in base al quale si sancisce l'esclusione del credito IVA da quelli che possono costituire oggetto di falcidia ed alla conseguente inammissibilità di una domanda di concordato preventivo senza transazione fiscale che consenta il pagamento parziale del tributo in questione, ha espresso la sua posizione in merito alla lettura combinata degli articoli 160 e 182-ter. Riteneva che da ciò potesse emergere un contrasto sia con il principio di buon andamento dell'art. 97 Cost. sia con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Tale dibattito non è stato sedato neppure dalla decisione della Corte Costituzionale con la sentenza 25.7.2014, n. 225, in cui al termine di una approfondita analisi delle norme comunitarie, anche in materia di IVA, ha respinto la censura di incostituzionalità, sollevata dal giudice remittente, sostenendo di non ravvisare profili di intrinseca irragionevolezza nella disciplina dettata dal disposto degli artt. 160 e 182 ter della legge fallimentare, la quale, ai fini dell'ammissibilità del piano di concordato contenente una proposta di transazione fiscale, regolamenta diversamente

il credito erariale IVA, riservando ad esso un trattamento necessariamente differenziato, non solo rispetto ai crediti privilegiati in generale, ma anche nei confronti degli altri crediti erariali assistiti da privilegio.

Oltre che sull'inammissibile raffronto tra fattispecie normative eterogenee – che riflette, come si è detto un'opzione del legislatore interno necessitata dalla peculiare disciplina dell'IVA derivante dalle regole comunitarie – la non fondatezza della questione riposa, altresì, sul rilievo che la norma interna, in materia di transigibilità del credito IVA è, di per sé, disciplina eccezionale rispetto al principio dell'indisponibilità della pretesa erariale”.

Come sancito da questa Corte *“non costituisce fonte di discriminazione costituzionalmente rilevante il fatto che il legislatore abbia delimitato l'ambito di applicazione della norma, in quanto [...] non è fonte di illegittimità costituzionale i limite all'estensione di norme che, come quelle in esame, costituiscono deroghe ai principi generali”*.

Nonostante la declaratoria di infondatezza abbia avuto ad oggetto la proposta di concordato con transazione fiscale, i giudici della Corte costituzionale hanno affermato l'obbligatorietà del procedimento previsto dall'art. 182 ter quando venga presentata la falcidia dei crediti erariali, ma, come detto poc'anzi, la pronuncia della Consulta non ha sciolto i dubbi costituzionali della soluzione interpretativa prospettata dalla Cassazione.¹⁸

Fermo quanto sopra esposto, appare condivisibile l'orientamento perseguito dalla Corte di giustizia con la sentenza 7.4.2016, causa C-546/14, ha stabilito che l'art.4, par 3, TUE nonché agli articoli 2, 250, par. 1 e 273 del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'IVA, non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, nel senso che un imprenditore che versa in stato d'insolvenza ha facoltà di presentare al giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, per saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con cui prospettati di pagare solo parzialmente un debito IVA affermando, sulla base dell'accertamento di un esperto

¹⁸ E. STASI, *Art. 182 ter R.D. 16-03-1942, n. 267 – Trattamento dei crediti tributari e contributivi*, Wolters Kluwer, pp. 18-19

indipendente, che a tale debito non verrebbe riservato un trattamento migliore nel caso di fallimento.

Successivamente a questa sentenza, la Corte di cassazione con sentenza n. 18561, del 23.9.2016, in merito ad una proposta concordataria con transazione fiscale, ha sancito che, al cospetto dell'articolo 182-ter, va considerata inammissibile la proposta che contempra il pagamento dell'IVA in una misura inferiore a quella certificata dall'amministrazione finanziaria, nel caso in cui non sia prevista una classe di crediti litigiosi con soddisfazione falciata.

Le sezioni unite, con sentenza n. 26988 del 27.12.2016, hanno sancito che:

- (i) *“Il concordato con transazione fiscale è una speciale figura di concordato preventivo, sia perché viene in rilievo solo quando vi siano debiti tributari, sia perché anche in presenza di debiti tributari è possibile un concordato preventivo senza transazione fiscale, di guisa che non è predicabile alcuna obbligatorietà”*;
- (ii) *“Intercorrendo tra le due figure un rapporto di specialità, non è possibile estendere alla figura generale una regola, come quella dell'infalciabilità dell'IVA, - già- prevista per quella speciale”*.

La Cassazione si è interrogata sul problema, attualmente risolto dalla modifica dell'art. 182-ter, riguardante l'inosservanza dell'ordine dei privilegi scaturente dall'infalciabilità dell'IVA, che ha risolto osservando che esso sarebbe giustificato dal consenso necessario degli altri creditori, anche muniti di privilegio, al voto dei quali sarebbe sottoposta la proposta di concordato.¹⁹

Il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria e della discrezionalità amministrativa emerge dal dettato dell'art. 182-ter della legge fallimentare.

Per molto tempo si è reputata illegittima una norma che offrisse all'Amministrazione finanziaria la possibilità di accordare con i contribuenti una riduzione dei tributi, confliggendo così con il principio poc'anzi menzionato.

In ogni caso l'azione dell'Agenzia delle entrate è caratterizzata da una discrezionalità controllata, poiché è vincolata al conseguimento del miglior

¹⁹ E. STASI, *Art. 182 ter R.D. 16-03-1942, n. 267, Trattamento dei crediti tributari e contributivi*, op. cit., pp. 18-19

soddisfacimento possibile dei crediti erariali e quindi all'approvazione della proposta che assicuri questo soddisfacimento.

Come sappiamo, attraverso la transazione fiscale, le imprese che versano in uno stato di crisi possono giovare di una riduzione e di una dilazione di pagamento dei loro debiti tributari. L'art. 182-ter che disciplina tale istituto, è stato oggetto di controversie interpretative, sia per quel che riguarda i suoi eventuali conflitti con il c.d. principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria e con una serie di norme comunitarie, sia in relazione alla natura ed alla discrezionalità che caratterizza l'azione dell'Amministrazione finanziaria.

Quanto ai conflitti, è stato messo in luce che l'art. 182-ter è legittimo sotto ogni profilo; quanto alla discrezionalità del Fisco, essa si ritiene essere circoscritta entro certi limiti, sia nell'approvare sia nel rigettare le proposte formulate dai contribuenti, essendo vincolata ad adottare, tra le soluzioni presenti, quella che consente il migliore soddisfacimento dei crediti erariali.

Il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria è stato oggetto in dottrina di ampio dibattito, anche per il fatto che le sole disposizioni di diritto positivo che lo menzionano sono state emanate prima che entrasse in vigore la Costituzione italiana.

Ci si riferisce all'art. 13 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269 (abrogato in toto dall'art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112), e all'art. 49 del R.D. 23 maggio 1924, n.827. Quest'ultima disposizione, che fa parte del regolamento per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato, stabilisce quanto segue: *“Nei contratti non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione”* Il concetto di indisponibilità nel diritto tributario, può essere riferito al tributo, alla potestà impositiva, all'obbligazione tributaria o al credito tributario.

L'art. 23 Cost. sancisce l'indisponibilità del tributo nel senso che una prestazione patrimoniale può esse imposta solo con un atto avente forza di legge (principio di legalità).

La questione sulla indisponibilità che rileva ai fini di cui stiamo parlando, non riguarda la fonte dell'obbligazione tributaria, bensì il credito tributario sorto giuridicamente in base a disposizioni di legge.

Il tema controverso è se ed entro quali limiti sia conciliabile la concessione del potere all'Amministrazione finanziaria di rinunciare parzialmente alla riscossione di un tributo sorto in maniera definitiva con il principio di indisponibilità del credito tributario.

La questione si è incentrata sul principio del credito erariale certo nell'*an* e nel *quantum*, o sulla eventualità di rinunciare in parte alla sua riscossione nel caso di manifesta inesigibilità dello stesso.

Se si ritenesse che il principio di indisponibilità si ancori al dettato costituzionale, al suo rispetto dovrebbe attenersi tanto l'Amministrazione finanziaria in sede di riscossione del tributo, quanto il legislatore nella sua regolamentazione, per il fatto che nessuna legge ordinaria potrebbe derogarvi. Alcuni autori considerano il credito come diritto indisponibile a priori per via della funzione di riparto che gli articoli 3 e 53 della Costituzione hanno conferito all'obbligazione tributaria. Se si disponesse di tale credito, potrebbe sorgere l'eventualità di lesionare degli interessi collettivi per favorire l'interesse di un singolo individuo.

In virtù dell'art. 23 Cost. all'indisponibilità del credito tributario conseguirebbe l'assenza di discrezionalità da parte dell'Amministrazione finanziaria, per il fatto che l'esercizio della discrezionalità comporterebbe invece, tra le soluzioni papabili, quella più conveniente per l'interesse pubblico, considerando però anche gli altri coinvolti nel medesimo rapporto tributario; ciò si traduce nella vincolatezza che dovrebbe caratterizzare l'esercizio della funzione impositiva della PA, per rispettare il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

In forza del principio di legalità l'Amministrazione finanziaria potrebbe applicare le norme tributarie con elasticità e discrezionalità solo in relazione all'interpretazione delle stesse e con riferimento a delle fattispecie che non sono definite in maniera tassativa dalla legge. Quindi in tal senso e seguendo i principi di capacità contributiva e di uguaglianza, l'Amministrazione

finanziaria non avrebbe possibilità di tenere in considerazione degli interessi del privato coinvolti, senza potersi allontanare dalla misura del prelievo prevista dalla legge e con conseguente esclusione della discrezionalità tributaria.

Dato che il principio di indisponibilità del credito erariale troverebbe dunque la fonte negli artt. 2, 3, 23 e 53 della Costituzione, l'Amministrazione finanziaria non potrà disporre dell'esistenza e dell'ammontare dell'imposta mediante trattamenti privilegiati a favore dei contribuenti.

Considerando il fatto che il credito tributario, essendo un credito derivante da una prestazione imposta dalla legge, non lo si può considerare come un qualsiasi credito sorto da un'obbligazione di diritto privato; l'Amministrazione finanziaria non potrà incidere su di esso.

Inoltre, c'è chi ritiene che l'indisponibilità del credito tributario sia da ricondurre agli artt. 3 e 97 Cost, in tal modo si può osservare come emerge il bilanciamento tra il principio di uguaglianza e quello di imparzialità, così vietando all'Amministrazione finanziaria di disporre del credito tributario.

In questa ottica si può osservare come sorga una sorta di vincolo al ruolo svolto dall'Amministrazione finanziaria nell'attività di riscossione, e quindi solo entro determinati limiti le autorità fiscali possono rinunciare alla riscossione parziale di un tributo, quando ciò risulti più conveniente per le casse dell'Erario.

Tale tesi, evidenzia sulla base di tale principio, un limite nell'azione perseguita dall'Amministrazione finanziaria nell'attività di riscossione.

L'art. 3, comma 3, del D.L. 8 luglio 2002, n. 138 (c.d. Transazione dei ruoli) consentì all'Amministrazione finanziaria di rinunciare alla riscossione di una parte dei crediti erariali, ed è in questo ambito che si è diffusa la locuzione di disponibilità controllata.

La tesi secondo cui il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria affonda le sue radici nei principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53 comma 1) ed imparzialità nell'azione della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), i quali rientrano nel più ampio principio di eguaglianza dei rapporti tributari, è stata avvalorata in giurisprudenza dalla Corte dei conti, Sezione Regionale di controllo per il Piemonte (parere n. 15/2007).

In sintesi, nel rispetto del principio di legalità e del sacrificio degli interessi tutelati dagli articoli 53 e 97 della Costituzione in favore di altri interessi, solo disposizioni di carattere eccezionale possono derogare al principio di indisponibilità dell'obbligazione.²⁰

²⁰ G.ANDREANI-A. TUBELLI, *Transazione fiscale, indisponibilità dell'obbligazione tributaria e discrezionalità dell'Amministrazione*, il fisco n.29, 2020, pag. 1-2850

1.3 - Il ruolo dell'Agenzia delle Entrate

Con il termine “amministrazione finanziaria” facciamo riferimento al complesso degli uffici deputati all’attuazione dei tributi. Bisogna tenere a mente che essa non rappresenta un’articolazione della pubblica amministrazione, che è invece un apparato ben più complesso.

È necessario in tale ottica distinguere l’amministrazione finanziaria dello Stato, i cui uffici ad essa dipendenti sono preposti all’amministrazione dei tributi erariali, e le amministrazioni finanziarie coinvolte nell’applicazione dei tributi di competenza di altri enti territoriali, quali le Regioni, le Città Metropolitane e i Comuni.

Questa distinzione ci è utile per individuare nel prosieguo i tributi di competenza statale o meno che rientrano nell’ambito di applicazione dell’istituto della transazione fiscale.

Per quel concerne l’amministrazione dei tributi erariali, questa rientra nell’ambito di competenza del Ministero dell’Economia e delle Finanze, che esercita le proprie funzioni per mezzo del Dipartimento delle Entrate e di una serie Agenzie.

Il dipartimento del Ministero delle Finanze a cui sono attribuite le funzioni riguardanti la materia tributaria è il Dipartimento delle Finanze. Le Agenzie fiscali sono essenzialmente enti pubblici non economici, le quali sono considerate degli organi a tutti gli effetti, ma il compimento dei loro atti è imputato al ministero poiché non godono della legittimazione separata propria di quest’ultimo.

Le Agenzie sono: l’Agenzia delle Entrate, l’Agenzia del Demanio, l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e l’Agenzia delle Entrate e delle Riscossioni.

La struttura di tali Agenzie è stata prevista per motivi di efficienza funzionale e sono soggette ai poteri di indirizzo, controllo e coordinamento esercitati su di esse dal Ministero per il tramite del dipartimento.²¹

L'Agenzia delle Entrate è ripartita in Direzioni Centrali, Direzioni Regionali ed uffici periferici, questi ultimi a sua volta si articolano in Direzioni Provinciali e in Centri Operativi.

L'Agenzia delle entrate opera nell'ambito ad essa attribuitagli dal 1° gennaio 2001 ed è stata concepita a seguito della riforma dell'Amministrazione finanziaria avvenuta nel 1999. Tale riorganizzazione ha consentito all'Agenzia di agire in piena autonomia e di dotarsi di una apposita organizzazione, di un regolamento. Essendo un ente pubblico deve sottostare al rispetto dei principi costituzionali, tra i quali possiamo menzionare il principio di legalità, di imparzialità, di trasparenza e di economicità e di efficienza. Ha competenza sui tributi più rilevanti, quali l'IRES, l'IRPEF, l'IVA, l'IRAP, l'imposta di registro.

L'Agenzia delle Dogane e Monopoli si occupa dei tributi doganali mentre l'Agenzia del Demanio, amministra i beni demaniali dello Stato.

L'agire dell'Amministrazione finanziaria si basa sui principi che regolano l'azione dei soggetti della pubblica amministrazione. L'art. 97 Cost. sancisce i principi di imparzialità e buon andamento devono caratterizzare l'azione della pubblica amministrazione. I principi desunti dall'art. 97 Cost. si allineano con il disposto dell'art. 41²² della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

L'imparzialità della pubblica amministrazione deve essere intesa in maniera differente rispetto a quella propria del giudice poiché la prima ha interesse alla realizzazione degli interessi la cui cura è ad essa affidata, il secondo invece, in virtù del ruolo che riveste, deve essere indifferente all'esito della causa.²³

²¹ P. RUSSO - G. FRANSONI - L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, II ed., Milano, 2016, Giuffrè editore, pp. 130-133.

²² Art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: 1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi.

²³ M. BEGHIN, *Diritto tributario*, V ed, Agosto 2020, pp. 112-114.

Nell'ambito della transazione fiscale l'Agenzia delle Entrate svolge un ruolo di fondamentale importanza tant'è che con una serie di circolari ha offerto un contributo prezioso alla corretta applicazione dell'istituto.

Con la circolare n. 14/E del 2009, l'Agenzia delle Entrate, alla luce delle modifiche introdotte dal D.L. n. 185/2008 relative alla transazione fiscale, ha fornito dei chiarimenti in merito all'estensione della transazione all'IVA.

Successivamente al riordino normativo della transazione fiscale ad opera della legge 28 gennaio 2009, n. 2, l'Agenzia delle Entrate ha emesso una circolare interpretativa a testimonianza del fatto di come gli Uffici Finanziari abbiano riguardo della gestione dei crediti fiscali delle imprese insolventi.

La circolare n. 14/e del 2009 non si distacca da quanto detto nella circolare n. 40/E del 2008, in quanto l'Agenzia delle Entrate ha ribadito la sua posizione sul tema dei rapporti tra la transazione fiscale e le procedure di regolazione dell'insolvenza, secondo la quale la falcidia dei crediti tributari è sempre subordinata all'accoglimento della proposta da parte dell'Amministrazione finanziaria.

L'Agenzia delle Entrate, non ha assunto una posizione rigida in merito alle novità introdotte dal legislatore, tant'è che emergono segnali positivi dalla circolare, che hanno agevolato sul piano applicativo l'accesso alla transazione.

La circolare a cui abbiamo fatto riferimento si incentra su quattro profili, riferibili tutti al contenuto del D.L. n. 185/2008: la dilazione di pagamento, l'estensione della transazione fiscale all'IVA, le modifiche della legge di conversione e le modifiche inerenti al rapporto della transazione dei crediti fiscali con la transazione dei crediti previdenziali.²⁴

Ad esempio nell'ambito della proposta di pagamento parziale, che riguarda solo una parte dell'indebitamento concorsuale, l'Agenzia delle Entrate con la circolare n.16/E del 23/07/2018 ha specificato che se il debitore intenda promuovere una proposta di concordato preventivo che verte su tributi ha facoltà di intraprendere o proseguire i contenziosi aventi ad oggetto i tributi stessi, tenendo fermo il fatto che la proposta di concordato debba, specificare il

²⁴ A. LA MALFA, *L'Agenzia delle entrate illustra l'estensione della transazione fiscale all'IVA*, Corriere tributario n. 24 del 2009, pag. 1946.

credito tributario complessivo, rappresentato tanto dai debiti certi quanto dalle pretese in contestazione.²⁵

Per quel che concerne il ruolo dell'Agenzia delle Entrate nell'ambito della transazione fiscale bisogna segnalare il fatto di come nella disciplina precedente della transazione sui ruoli l'accordo si perfezionava grazie ad uno specifico atto emesso dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate, si trattava di una sorta di provvedimento discrezionale di accettazione, che doveva essere motivato, per il fatto che in capo al contribuente si configurava una posizione di interesse legittimo.²⁶

I parametri della maggiore economicità e della proficuità dell'accordo rispetto all'attività di riscossione coattiva erano in un certo desunti dal provvedimento, che doveva bilanciare gli interessi in gioco.

La natura transattiva dell'accordo si affievolisce secondo l'art. 182-ter rinvigorendone però la connotazione concorsuale.

Per i tributi non iscritti a ruolo, ovvero iscritti in ruoli visitati ma non ancora consegnati al concessionario, l'adesione o il diniego, alla proposta di concordato è approvata con atto del direttore dell'ufficio, su parere conforme della direzione regionale, ed è espressa mediante voto favorevole, o contrario, in sede di adunanza dei creditori. Invece, per i tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario alla data della domanda, quest'ultimo esprime il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della direzione regionale.

Particolare attenzione va demandata al problema della natura giuridica dell'atto di adesione, o di diniego, alla proposta di concordato.

L'amministrazione è tenuta ad esercitare la sua funzione ponderando gli interessi pubblici anche in seguito all'attenuazione della natura transattiva dell'accordo, e l'espressione dell'adesione, o del diniego, del voto favorevole o contrario, in sede di adunanza dei creditori. In caso di diniego, il debitore-

²⁵ M. MONTELEONE, *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, Wolters Kluwer Marzo 2021 pp. 176-177.

²⁶ In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato nel parere poi recepito dall'Agenzia delle entrate con la circolare n. 8/E del 2005.

contribuente potrà impugnare l'atto amministrativo successivo all'espressione di voto, sindacandolo secondo il regime proprio degli atti discrezionali.

Risulterà ben difficile ottenere una pronuncia giurisdizionale utile nella difficile fase della formazione delle maggioranze concordatarie, ma questo è un inconveniente che può naturalmente verificarsi.

Per quel che riguarda l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, gli uffici una volta compiuti gli atti necessari ai fini del consolidamento del debito fiscale, esprimono l'eventuale assenso nei successivi trenta giorni.

Per i tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario l'assenso è espresso con atto del concessionario su indicazione del direttore dell'ufficio, previo parere conforme della direzione regionale competente, per i tributi non iscritti a ruolo, o non ancora consegnati al concessionario, l'assenso alla proposta è espresso con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della direzione regionale competente. La problematica si pone in modo ancor più complesso per quanto riguarda la procedura di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*.

Nel caso di transazione fiscale proposta nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti potrà mancare l'esternazione di un formale atto di diniego.

Potranno essere così oggetto di impugnazione gli atti di cui sono investiti l'ufficio o il concessionario, inoltre il debitore-contribuente potrà tutelarsi in giudizio mediante un ricorso contro l'inerzia, e quindi contro il mero silenzio, *ex art. 2* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Pertanto, l'ufficio, o il concessionario, a norma dell'art. 2, sono investiti dal dovere di concludere il procedimento tramite un espresso provvedimento entro nel termine stabilito per legge o per regolamento, o in mancanza entro trenta giorni dall'istanza.

In tal caso il termine è previsto dalla legge ed è il medesimo entro cui può essere espresso il probabile assenso. Decorso tale termine senza assenso o diniego, il debitore-contribuente avrà facoltà di proporre ricorso avverso il mero silenzio, senza necessità di alcuna ulteriore diffida, ma non oltre un anno dalla

scadenza del termine per emanare l'atto conclusivo del procedimento (art. 2, ultimo comma).

1.4 - Ruolo dell'agente della riscossione

Con il succedersi degli anni il sistema nazionale della riscossione dei tributi è stato sottoposto ad una serie di modifiche che hanno inciso sulla sua struttura.

Precedentemente vi era un modello fondato sulle esattorie, comunali e private, in un secondo momento si è passati ad un servizio di riscossione gestito direttamente dall'Agenzia delle Entrate.

Il servizio di riscossione era devoluto ad un soggetto terzo, l'esattore, sulla base di una convenzione negoziale. Quest'ultimo poteva rivestire la qualifica sia di una persona fisica sia di una persona giuridica, e doveva detenere requisiti specifici di struttura e solvibilità.

Il principio dominante di tale sistema era quello del "non riscosso per riscosso". Alla consegna dei ruoli, l'esattore assumeva la veste di debitore nei confronti dell'Erario per l'intero importo iscritto a ruolo, ed aveva altresì l'obbligo di corrispondere le somme dovute alle rispettive scadenze anche nel caso in cui gli importi non fossero stati, in tutto o in parte, riscossi.

Con il D.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43, è stato istituito il servizio di riscossione dei tributi presso il Ministero delle finanze, quale ufficio centrale alle dirette dipendenze del Ministro, con la denominazione di servizio centrale della riscossione.

I soggetti costituiti in forma societaria, quali aziende ed istituti di credito, società per azioni e società cooperative in possesso di specifici requisiti gestivano il servizio di riscossione sulla base di concessioni amministrative.

Con il D.L. 30 settembre 2005, n. 203, è stato eliminato, a decorrere dal 1 ottobre 2006, il sistema di affidamento in concessione del servizio nazionale della riscossione detenuto dai privati, e le funzioni da questi esercitate sono state traslate all'Agenzia delle Entrate.

Per l'esercizio di tali funzioni, era stato previsto che l'Agenzia delle Entrate costituisse una società, Equitalia S.p.a., la quale operava a livello locale mediante società per azioni partecipate da Equitalia.

Le società del Gruppo Equitalia, per via del D.L. 22 ottobre 2016, recante "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili" ne ha disposto lo scioglimento.

L'adozione di questa misura è stata giustificata in ragione di esigenze di finanza pubblica e per il trasparente rapporto intercorrente tra fisco e contribuente finalizzato "ad ottimizzare l'attività di riscossione e all'adeguare l'organizzazione dell'Agenzia delle Entrate, anche al fine di garantire l'effettività del gettito delle entrate".

A partire dal primo luglio 2017 l'attività di riscossione nazionale è attribuita alla competenza di un ente pubblico economico denominato "Agenzia delle Entrate – Riscossione", ente strumentale dell'Agenzia delle Entrate sottoposto all'indirizzo e alla vigilanza del Ministro dell'economia e delle finanze.

L'Agenzia delle Entrate ha il compito di monitorare costantemente l'attività dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione, secondo i principi di trasparenza e pubblicità.

Il nuovo soggetto è subentrato, universalmente, nei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, che facevano capo alle società del gruppo Equitalia, ed ha assunto per legge la qualifica di "agente della riscossione" e le funzioni ed i poteri che il titolo I, capo II, e il titolo II del D.P.R. n. 602/1973 attribuiscono a tale soggetto.²⁷

Ci troviamo dinanzi ad una permanente dissociazione tra l'ente titolare del credito oggetto di riscossione ed il soggetto chiamato alla riscossione del credito nelle vesti di agente della riscossione, vale a dire l'Agenzia delle entrate-Riscossione.

In virtù di ciò si spiega anche la remunerazione devoluta all'agente della riscossione per lo svolgimento del servizio pubblico di riscossione come

²⁷ S. LOCONTE, Manuale di diritto tributario, I ed., CEDAM, febbraio 2020, pp. 250 ss.

servizio pubblico. Con ciò facciamo riferimento al rimborso degli oneri di riscossione e di esecuzione, precedentemente denominato aggio di riscossione.

Tali oneri sono pari alla misura del 6% del relativo ammontare per le somme iscritte a ruolo e riscosse nel caso di inadempimento, mentre per le ipotesi di riscossione spontanea a mezzo ruolo sono pari all'1%. In quest'ultimo caso gli oneri incombono in maniera integrale sul debitore, invece, nel caso di riscossione da inadempimento è necessario effettuare una distinzione in relazione al momento in cui si verifica il pagamento di quanto dovuto.

Considerando in primo luogo la riscossione spontanea bisogna sottolineare il fatto di come il legislatore, in materia di imposte sui redditi, il legislatore prevede tre differenti modalità di riscossione: i) la ritenuta diretta; ii) i versamenti diretti; iii) l'iscrizione a ruolo.

In primis la ritenuta diretta, si basa sull'obbligo posto a carico delle amministrazioni dello Stato che corrispondo determinate somme di trattenere una parte e riversarla all'Amministrazione finanziaria.

Nei versamenti diretti, invece, è il contribuente stesso ad essere investito della liquidazione e del versamento del tributo. Parliamo della più importante modalità di riscossione spontanea rinvenibile nel nostro ordinamento.

Quanto all'iscrizione a ruolo, questa costituisce la terza modalità di riscossione spontanea dei tributi ed è caratterizzata dall'iscrizione, cioè, in un elenco dei debitori e delle somme da questi dovute presentato dall'ufficio ai fini della riscossione a mezzo dell'agente della riscossione.²⁸

Trattando della riscossione da inadempimento, in base alle modifiche introdotte dall'art. 29, co.1, lett. a), d.l. 78/2010, la più importante modalità di riscossione per le imposte sui redditi, l'IRAP e l'IVA è rappresentata dall'avviso di accertamento esecutivo. A questa si affianca l'iscrizione a ruolo.

In relazione all'avviso di accertamento, bisogna segnalare il fatto di come in essa si ricomprenda in un solo atto le funzioni di atto impositivo, titolo esecutivo e precetto; funzione che precedentemente erano insite, rispettivamente, nell'avviso di accertamento nell'iscrizione a ruolo e nella

²⁸ G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, VI ed., Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 440-444.

cartella di pagamento. Nel caso in cui gli importi dovuti in base all'accertamento esecutivi siano in seguito rideterminati, questi sono riscossi mediamente intimazione ad adempiere.

Sino alla riforma degli anni Settanta l'iscrizione a ruolo veniva considerata come la modalità principale di riscossione dei tributi, ora invece ha assunto una connotazione residuale anche nell'ambito della riscossione da inadempimento in relazione alle imposte sui redditi, all'IRAP ed all'IVA.

Resta salda invece la fondamentale funzione dell'iscrizione a ruolo nell'ambito di altre imposte, quali l'imposta di registro e l'imposta di successione.

Da ultimo accenniamo alla riscossione coattiva, che meriterebbe una attenzione particolare in virtù della sua rilevanza.

L'agente della riscossione procede ad esecuzione forzata nel caso in cui il contribuente non provveda al versamento degli importi iscritti a ruolo o affidati in carico all'agente della riscossione in base ad avviso di accertamento esecutivo.

Nel caso di specie si conduce ad esecuzione un diritto di credito che ha ad oggetto una somma di denaro, in tal caso l'esecuzione forzata tributaria non conosce forme di esecuzione forzata in forma specifica poiché è attuata mediante espropriazione, attraverso una serie di atti diretti a trasformare i beni del debitore in denaro al fine di offrire all'ente creditore la possibilità di soddisfare le sue pretese.

L'agente procede all'espropriazione forzata, grazie al titolo esecutivo, rappresentato dal ruolo o dall'avviso di accertamento esecutivo.

In virtù del principio *nulla executio sine titulo*, il contribuente ha facoltà di manifestare la propria contrarietà in relazione a cause che legittimano il mancato inizio o l'arresto dell'esecuzione sulla base della procedura di sospensione legale della riscossione.

2. - I debiti previdenziali

Una delle innovazioni introdotte dal d.l. n. 185/2008 riguarda la transigibilità dei contributi previdenziali ed assistenziali. Prima della riforma, infatti, la transazione fiscale era riservata ai “tributi”.

A seguito degli interventi contenuti nella riforma intervenuta nel 2008, l’ambito oggettivo dell’istituto è stato ampliato anche ai “*contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori*”.

La recente riforma ha messo maggiormente in luce la transigibilità di tali crediti, perché la nuova rubrica si intitola appunto “*Trattamento dei crediti tributari e contributivi*”.

La previsione della transigibilità di questi contributi è dovuta al fatto che il debito privilegiato delle imprese per la maggior parte è quello accumulato nei confronti degli enti previdenziali, ed in particolare verso l’Inps.

Prima della recente riforma adottata con il d.l. n. 185/2008, i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie non rientravano espressamente nell'oggetto della transazione.

Il confine entro cui la transazione fiscale in ambito contributivo trova applicazione, di cui se ne tratterà in maniera più approfondita in seguito, è delineato ancora oggi dal decreto ministeriale 4 agosto 2009, sulla base del quale possono essere compresi nella proposta di accordo i crediti assistiti da privilegio, i crediti aventi natura chirografaria, i crediti iscritti a ruolo e quelli non ancora iscritti a ruolo.

Si tratta, in particolare, dei crediti per contributi previdenziali ai quali la legge e, in specie, gli artt. 2753 e 2754 c. c. attribuisce un privilegio generale sui mobili e la cui causa, in considerazione della quale è accordato il predetto privilegio, va individuata nell'interesse pubblico al reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale, fine che, invece, non è diretto a tutelare i rapporti di assicurazione privata.

Restano quindi esclusi dal predetto privilegio i contributi, non versati dal datore di lavoro, dovuti non *ex lege*, bensì sulla base della contrattazione collettiva.

In particolare, per quanto riguarda l'oggetto della proposta da rivolgersi a detti Enti, il decreto interministeriale stabilisce che i crediti per contributi, premi ed accessori di legge che possono essere ricompresi nella proposta di accordo ex art. 182-ter l.f. sono i crediti privilegiati, i crediti chirografari ed i crediti iscritti a ruolo e quelli non ancora iscritti a ruolo.

Sono invece esclusi i crediti oggetto di cartolarizzazione ex art. 13 l. 448/1998 (si tratta di determinati crediti Inps ceduti a società per azioni aventi per oggetto esclusivo l'acquisto e la cartolarizzazione di tali crediti) ed i crediti dovuti in esecuzione delle decisioni assunte dagli organi comunitari in materia di aiuti di Stato.²⁹

Il decreto interministeriale in esame stabilisce anche le modalità di trattamento dei crediti previdenziali ed assistenziali ed i criteri specifici ai quali gli enti stessi si devono attenere nel valutare la proposta; modalità e criteri, questi, che verranno analizzati a breve insieme con le modalità di trattamento e con i criteri di valutazione relativi ai crediti tributari.

2.1 - La natura dei debiti previdenziali

La transazione previdenziale venne concepita con un leggero ritardo rispetto a quella fiscale. Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 182 ter l. fallimentare si dibatteva sul perché non venissero considerati i debiti per contributi previdenziali ed assistenziali obbligatori.

²⁹ L'Inail (Circolare Inail - Direzione Generale - Direzione Centrale Rischi n. 8 del 26 febbraio 2010) ha precisato che "per quanto riguarda l'Inail, i crediti 'cartolarizzati' possono essere compresi nella proposta, in quanto a seguito della chiusura dell'operazione di cartolarizzazione di cui alla legge 23 dicembre 1999, n. 488, i crediti sono stati retrocessi all'Istituto".

Dato che l'istituto aveva come obiettivo quello di rinvigorire il ruolo attivo della P.A. con l'intenzione di riequilibrare la situazione finanziaria dell'imprenditore, tale esigenza è stata rinvenuta anche nei confronti degli Enti previdenziali.

Il problema era legato al principio di indisponibilità dell'obbligazione avente ad oggetto debiti contributivi. Questa indisponibilità deriva dal fatto che tanto l'ente previdenziale quanto il debitore non possono derogare a delle norme di legge aventi natura imperativa.

Bisogna considerare il fatto di come prima dell'introduzione della transazione previdenziale era prevista solo la dilazione.

Il legislatore è così intervenuto con il D.L. 29 novembre 2008, n. 185 conv., con modificazioni, dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, con il quale, con la riformulazione dell'art. 182 ter l.fall., ha consentito l'ingresso dei debiti per contributi obbligatori di previdenza ed assistenza sociale nell'ambito della transazione fiscale.

Diversamente dalla transazione fiscale che è ben regolamentata, la disciplina della transazione previdenziale trova riferimento non solo nell'art. 182-ter, ma anche nel D.M. 4 agosto 2009, emanato in attuazione dell'art. 32, comma 6, D.L. 29 novembre 2008, n.185.

L'art. 32 cit., demanda ad un decreto interministeriale "le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi".

Tale transazione può essere oggetto di applicazione solo nell'ambito di una operazione di risanamento da attuarsi con il concordato preventivo ex art. 160 o con un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l.fall.

Tant'è che l'art. 182 *ter*, prevede, nell'ambito delle procedure menzionate poc'anzi che, l'imprenditore possa avanzare una proposta di ristrutturazione dei debiti contributivi, o possa proporre un accordo per il pagamento parziale, dilazionato dei debiti relativi ai contributi amministrati dagli enti di previdenza e di assistenza obbligatoria e dei relativi accessori. Questa proposta ha ad oggetto sia i crediti di origine privilegiata sia quelli di origine chirografaria.

Per i primi la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei, rappresentati questi ultimi, secondo parte della dottrina, dai crediti vantati da altri enti pubblici; per i secondi il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.

L'art. 3 del menzionato D.M., intitolato "limiti dei crediti ammissibili", prevede delle restrizioni in merito alla proposta, sia per il pagamento parziale, sia per la dilazione.

Sotto il primo aspetto la proposta deve prevedere: per i crediti privilegiati di cui al n. 1) dell'art. 2778 c.c.³⁰ e per i crediti per premi dovuti all'INAIL, 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%.

In merito al secondo aspetto, la dilazione non può essere superiore a 60 rate mensili con l'applicazione degli interessi al tasso legale.

L'art. 2 del D.M. prevede che la proposta debba essere accompagnata dalla documentazione prevista dall'art. 161 comma 2, 1. fall., e seguita da una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) 1, fall che attesti la veridicità e la fattibilità del piano.

L'art. 4 del D. M. cura le condizioni di accettazione della proposta da parte degli enti previdenziali.

Nell'ambito della transazione previdenziale gli imprenditori "non fallibili" non hanno diritto di accesso alla procedura, anche se il tutto ha suscitato alcune perplessità.

³⁰ i crediti per contributi dovuti a forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, ex art. 2753 c.c.

In ogni caso l'istituto in questione si colloca nel perimetro del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.³¹

Una volta evidenziati quali sono i debiti che, nella vita dell'impresa, sorgono nei confronti degli Enti previdenziali si rende necessario comprenderne la natura.

Le disposizioni riportate al precedente paragrafo sono chiare nell'evidenziare quali sono i titoli che attribuiscono il rango privilegiato al credito vantato dagli Enti previdenziali obbligatori.

Più complesso è invece comprendere se il credito vantato dagli Enti previdenziali cd. complementari goda del medesimo diritto di prelazione ovvero abbia natura chirografaria.

A tale riguardo la giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla possibilità di riconoscere al credito dei Fondi privati di previdenza i requisiti - necessari ai fini dell'attribuzione del privilegio - dettati dagli artt. 2751-*bis* n. 1 c.c. e/o 2754 c.c..

Quanto al primo, la giurisprudenza ha affermato la natura previdenziale e non retributiva (richiesta ai fini dell'attribuzione del privilegio di cui all'art. 2751-*bis* n. 1 c.c.) del contributo integrativo a carico del datore di lavoro. Ciò in quanto il concetto di retribuzione implica un effettivo passaggio di ricchezza dal datore di lavoro al lavoratore ed esige altresì che tale passaggio di ricchezza sia in rapporto di corrispettività con la prestazione lavorativa.

In particolare le Sezioni Unite nel 2015 hanno affermato che: "*Per quanto concerne i fondi di previdenza integrativa, i versamenti datoriali non sono preordinati all'immediato vantaggio del lavoratore, ma, proprio in coerenza con la loro funzione, vengono accantonati (e quindi mai direttamente corrisposti) per garantire la funzione del trattamento integrativo in caso di cessazione del rapporto di lavoro, ovvero in caso di sopravvenuta invalidità, secondo le condizioni previste dal relativo statuto. L'obbligo del datore di lavoro di effettuare tali versamenti, nasce, a ben vedere, da un ulteriore rapporto contrattuale, distinto dal rapporto di lavoro subordinato, finalizzato a garantire,*

³¹ 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*, il Fallimento, 7/2015

in presenza delle condizioni prescritte, il conseguimento di una pensione integrativa rispetto a quella obbligatoria, pensione integrativa che costituisce certamente un ulteriore beneficio per il lavoratore; esso tuttavia non modifica i diritti e gli obblighi nascenti da rapporti di lavoro e non incide sulle modalità di erogazione delle indennità di fine rapporto. In sostanza il beneficio derivante al lavoratore dal rapporto di previdenza integrativa non è costituito dai versamenti effettuati dal datore di lavoro, ma dalla pensione che, anche sulla base di tali versamenti, lo stesso potrà percepire.

Decisivo a questo proposito appare il rilievo che la contribuzione datoriale non entra direttamente nel patrimonio del lavoratore interessato, il quale può solo pretendere che tale contribuzione venga versata al soggetto indicato nello statuto; ed infatti il lavoratore non riceve tale contribuzione alla cessazione de rapporto, essendo solo il destinatario di un'aspettativa al trattamento pensionistico integrativo, aspettativa che si concreterà esclusivamente ove maturino determinati requisiti e condizioni previsti dallo statuto del fondo. Se è vero che il rapporto di previdenza integrativa ha come necessario presupposto l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, è anche vero che l'obbligo del versamento del contributo a carico del datore di lavoro non si pone nei confronti del lavoratore bensì nei confronti dei fondi che è poi onerato della erogazione della relativa prestazione.

[...] La mancanza di un nesso di corrispettività diretta fra contribuzione e prestazione lavorativa, e quindi, in buona sostanza, la sostanziale autonomia tra rapporto di lavoro e previdenza complementare, trovano una conferma decisiva nel rilievo che, in caso di cessazione del rapporto senza diritto alla pensione integrativa - il che può verificarsi quando non siano integrati tutti i presupposti per la maturazione del diritto - il dipendente non ha alcun diritto alla percezione dei contributi versati dal datore di lavoro”³².

³² Nello stesso senso, Cass. civ. sez. Un. 4684/2015 che si riferisce ai fondi privati ante riforma di cui al dlgs 21 aprile 1993 n. 124; Cass. civ. 2015 n. 19792 estende detti principi anche ai contributi successivi alla riforma osservando che “*tali considerazioni svolte in riferimento alle forme di previdenza complementare preesistenti all’entrata in vigore del D.lgs. n. 124 del 1993 valgono a maggior ragione per quelle introdotte successivamente alla riforma*”.

Alla luce di quanto sopra la giurisprudenza esclude l'applicabilità del privilegio di cui all'art. 2751-*bis* n.1 c.c. ai crediti vantati dai fondi di previdenza complementare.

Quanto alla possibilità di ritenere che il credito sia privilegiato ai sensi dell'art. 2754 c.c. la giurisprudenza di merito e di legittimità così si è pronunciata:

- (i) Trib. di Vicenza con la circolare n. 1/2017 ha affermato che *“quanto alla natura del credito del fondo, privilegiata o meno, deve dirsi che la natura non retributiva affermata dalla Suprema Corte con riferimento ai contributi dovuti dal datore di lavoro pare escludere il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis n. 1) c.c.. [...] Per conseguenza al detto credito dovrebbe riconoscersi o natura chirografaria oppure il privilegio dell'art. 2754 c.c.. Pare da preferire l'inquadramento nell'art. 2754 c.c. cui non pare essere di ostacolo la circostanza che si tratti di previdenza non obbligatoria, atteso che tale limitazione è specificamente contemplata dall'art. 2753 c.c. ma non dal successivo”*.
- (ii) Cass. civ. 3878/2019, Cass. civ. 2015 n. 19792, Cass. civ. 15676/2006 e Cass. 12821/1998 hanno evidenziato che *“il privilegio previsto da tale disposizione, trovando giustificazione nell'interesse pubblico l reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale, non è d'altronde applicabile ai contributi dovuti agli enti privati, pur portatori di interessi collettivi, che gestiscono forme integrative di previdenza ed assistenza, non essendo gli stessi dovuti in base alla legge, ma in forza della contrattazione collettiva”*.
- (iii) Trib. di Bari 2010 e Trib. di Milano 2019 hanno osservato che *“i privilegi previsti dagli articoli 2753 e 2754 c.c. riguardano unicamente quelle forme di prestazione previdenziale che trovano nella fonte legale il proprio fondamento, quali le assicurazioni sociali per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti nonché le altre forme di tutela previdenziale ed assistenziale pur sempre obbligatorie per legge, ma non anche quei trattamenti*

previdenziali complementari che trovano la loro fonte nella contrattazione collettiva”.

Anche in questo caso l'orientamento prevalente ritiene che il credito vantato dagli Enti previdenziali complementari sia chirografario.

2.2 - Il ruolo degli Enti previdenziali

Per quel che riguarda il ruolo degli enti previdenziali, è bene premettere che l'assetto organizzativo dei soggetti che erogano prestazioni previdenziali ed assistenziali ruota attorno allo Stato.

Focalizzandoci sul rapporto previdenziale, in virtù del comma 4 dell'articolo 38 Cost., lo Stato persegue i suoi fini sia direttamente, sia per mezzo di enti strumentali pubblici e privati, collocati in un quadro normativo idoneo al soddisfacimento del fine pubblico.

L'ultimo decennio è stato caratterizzato da un processo di semplificazione e armonizzazione che vede lo Stato, dove consentito, mettere da parte il modello della gestione diretta e adottare quello della gestione affidata ad enti pubblici appositi, indentificati negli enti previdenziali che erogano prestazioni e vengono considerati veri e propri centri di spesa con una propria autonomia.

Tale processo può ritenersi ultimato grazie alla l. n. 214/2011 che ha soppresso l'Istituto nazionale di previdenza per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche e dell'Ente nazionale di previdenza e assistenza per i lavoratori dello spettacolo e dello sport e li ha visti confluire come gestioni speciali nell'INPS, che ha ottenuto competenza generale sia nel settore pubblico che privato.

L'istituto nazionale di previdenza sociale ricomprende la maggior parte delle prestazioni previdenziali ed assistenziali. Il sistema delle assicurazioni gestito da tale ente, si rivolge a tutti i lavoratori subordinati, autonomi ed associati caratterizzati da una debolezza socio-economica vicina a quella della subordinazione.

Nei confronti di tali prestatori l'INPS provvede alla gestione delle assicurazioni sociali obbligatorie per l'invalidità, vecchiaia e superstiti, per l'impiego, per l'integrazione salariale e la mobilità per le prestazioni economiche. Inoltre, eroga l'assegno sociale ai cittadini anziani che versano in condizioni economiche poco agiate, l'assegno per il nucleo familiare, la pensione ai soggetti che svolgono lavori non retribuiti derivanti da responsabilità familiari, e per mezzo del fondo di garanzia il trattamento di fine rapporto.

Quanto alla organizzazione essa è sia centrale che periferica, quest'ultima articolata in unità funzionali a competenza territoriale.

L'istituto provvede anche alla gestione dei fondi speciali di previdenza, eredità ad esaurimento del modello di assicurazioni di azienda o di categoria, ovvero funzionali alla copertura di impegni sociali caratteristici.

Sono poi ad esso state assegnate gestioni assistenziali ulteriori; e nella revisione e nella promozione della previdenza complementare, il fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato del TFR ed il fondo pensionistico complementare residuale, riservato ai dipendenti che hanno optato per la conservazione del rapporto o lo hanno devoluto ai fini di integrazione delle prestazioni pensionistiche in un comparto in cui l'autonomia collettiva non aveva istituito un fondo di previdenza complementare.³³

L'INAIL (Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro) si occupa della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, che tra l'altro è stata la prima forma di tutela previdenziale ad essere disciplinata dal punto di vista legislativo.

Tale istituto, al pari dell'INPS, gode di una competenza generale, per il semplice fatto che risultano ad esso iscritti la totalità dei lavoratori assoggettati alla assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, fatta eccezione per gli impiegati ed i dirigenti delle imprese agricole, che sono assicurati presso l'ENPAIA (Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per gli impiegati dell'Agricoltura).

³³ R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, VIII ed., CEDAM, 2014, pp., 211-216.

La totalità delle funzioni in questione attribuite all'INAIL, ha costituito oggetto di una pronuncia³⁴ nel 2002 da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea, su iniziativa di una pluralità di imprese che avevano intenzione di sottrarsi all'obbligo di versamento dei premi, poiché ritenevano che vi fosse una violazione dei principi comunitari di tutela della concorrenza.

Nell'ordinanza di rimessione, veniva evidenziata l'ipotesi di abuso di posizione dominante; l'INAIL pretendeva, nel caso in questione, il pagamento dei premi assicurativi, mentre l'impresa assicurante eccepeva l'assicurazione in forma privata degli stessi rischi. La Corte ha fatto emergere che la gestione dell'INAIL si basa su criteri di solidarietà, che ne escludono il carattere dell'attività economica, come si desume dal fatto che ad esempio la gestione finanziaria delle risorse dell'ente avviene attraverso la ripartizione delle risorse.

Bisogna altresì ricordare che l'attività dell'INAIL, che si estende anche agli impiegati pubblici, è disciplinata integralmente dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (t.u. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), e dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, che apporta novità di un certo rilievo ad una regolamentazione altrimenti obsoleta.³⁵

Altre funzioni di fondamentale importanza nell'ambito della gestione dei debiti previdenziali e non è stata devoluta alle cosiddette Casse previdenziali private. Sulla scorta del dettato costituzionale, e più specificatamente in relazione all'art. 38 Cost.³⁶, i lavoratori hanno diritto alla previdenza e lo Stato è tenuto ad offrire un supporto per la predisposizione dell'attività di previdenza.

Al termine degli anni Ottanta, al seguito anche della crisi del sistema previdenziale, ha iniziato a prendere forma la "privatizzazione" degli enti

³⁴ Sent. Corte giust. 22 gennaio 2012, in causa C-218/00.

³⁵ V.FERRANTE - T.TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, III ed., Wolters Kluwer, 2016, pp. 207-208.

³⁶ Art. 38 Cost: Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera.

previdenziali, anche se sin dal principio si è in un certo senso dubitato della effettiva capacità di questi di auto-organizzarsi.

Secondo il d.lgs. 509/1994 gli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza dovevano trasformarsi, a loro piacimento, in associazioni o fondazioni di diritto privato. e Casse di previdenza dei liberi professionisti dovevano rappresentare il prototipo di attività associativa privata per la tutela degli associati.

Le Casse sono concepite essenzialmente come formazioni sociali e strumento di adempimento ai doveri di solidarietà, principio associativo, collaborazione privato-privato. Trovano altresì, come evidenziato poc'anzi, copertura costituzionale come comunità intermedie sociali ed economiche ai sensi degli artt. 2, 38 e 43, in quanto sono investite del diritto-dovere di auto-organizzazione economica ed autoproduzione previdenziale ed in quanto tali sono parte integrante dello Stato-comunità. Lo Stato apparato deve attenersi al rispetto dell'autonomia e della stabilità nell'organizzazione e nello svolgimento delle attività delle Casse.

Nello specifico il contributo obbligatorio non viene considerato finanziamento pubblico, ma è concepito come strumento per riconoscere e garantire il diritto inviolabile dei professionisti nelle proprie formazioni sociali, mettendoli in condizione di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà.

Nel nostro ordinamento possono annoverarsi una serie di obblighi di contribuzione di natura simile come quelli che riguardano i rapporti inter-privatistici; nel merito possiamo menzionare gli obblighi di solidarietà interni alla famiglia, o quelli relativi alla gestione di spazi comuni o di proprietà collettive, l'RCA auto che prevede una solidarietà intercorrente tra vittima ed autore del danno.

Altri obblighi di contribuzione possono riguardare i meccanismi di auto-finanziamento di ordinamenti sezionali o autonomie funzionali e sociali; facciamo riferimento agli operatori dei settori soggetti a regolazione da parte di autorità indipendenti su cui grava l'obbligo di versare contributi alle autorità di regolazione, i contributi camerali, le quote associative da versare alle federazione nell'ordinamento sportivo, i diritti di gestione collettiva delle

proprietà intellettuale/industriale come i diritti d'autore SIAE, le tasse universitarie ecc.

Il tutto non implica che tali soggetti rientrino nel novero di pubbliche amministrazioni sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, e neppure che le risorse da essi utilizzate vengano concepite come pubbliche. Si tratta perlopiù di soggetti e risorse che rientrano nell'ambito dei propri segmenti sociali.³⁷

Gli enti previdenziali di maggior caratura (INPS ed INAIL), hanno emesso per l'attuazione concreta dell'istituto apposite circolari.

L'INPS ha stabilito che la relazione del professionista debba contenere un'analisi aziendale, con la tecnica degli indici di bilancio, sulle visioni di rilancio dell'azienda e sulle questioni riguardanti la salvaguardia dei livelli occupazionali. Il tutto è richiesto per valutare l'essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'impresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali, prevista dall'art. 4, lett. D) del D.M.

Il debitore deve presentare una dichiarazione indicante la soddisfazione, i termini e le condizioni di pagamento di altri debiti e la quietanza del pagamento delle maggiorazioni all'agente della riscossione in caso di crediti iscritti a ruolo.

Tale prospetto serve all'Istituto per verificare il rispetto dei requisiti menzionati dall'art. 182 ter l. fallimentare, mentre la quietanza degli aggi serve per evitare che siano posti a carico dell'Istituto a seguito dello sgravio parziale che dovesse essere concesso in caso di accoglimento.

Nell'ipotesi in cui la proposta preveda la dilazione del pagamento, essa deve essere corredata da opportuna fideiussione o da garanzia reale, e la condizione del versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali prevista dalla lett. d) dell'art. 4 del D.M. per l'accesso alla dilazione del credito, deve esservi anche quando non è prevista la dilazione ma solo il pagamento parziale, tenuto conto di come il venire meno del pagamento di queste ritenute integra l'ipotesi di reato previsto dall'art. 2, comma 1 *bis*, D.L. 12 settembre 1983, cn. 463 conv., con modificazioni, dalla L. 11 novembre 1983, n. 638.

³⁷ F. MEROLA - M. CAROLI - C. IAIONE - P. FERSINI, *Le casse di previdenza tra autonomia e responsabilità*, LUISS University Press, 2017, pp. 51-73

Secondo quanto indicato dalla circolare, le sanzioni civili possono essere oggetto di una rideterminazione sulla base di quanto previsto per le procedure concorsuali, ma ad un tasso non inferiore a quello previsto per gli interessi legali. Le percentuali minime di pagamento previste dall'art. 3 del D.M. 4 agosto 2009 devono riferirsi alle sanzioni civili così ridotte, tant'è che ciò può incidere sugli obblighi in capo al debitore, considerando tra l'altro che gli accessori gravano in maniera consistente sul debito complessivo.

L'INAIL ha indicato delle disposizioni ben precise al riguardo, prevedendo che l'espressione del voto sull'omologa del concordato sia di competenza concorrente dell'Agente della Riscossione e del Direttore della sede dell'Istituto rispettivamente a seconda se i crediti siano o meno iscritti a ruolo.

Il contesto in cui la transazione previdenziale raggiunge il suo apice è quello in relazione agli accordi di ristrutturazione dei debiti, piuttosto che nel concordato preventivo. In considerazione dei vincoli posti dalla normativa, l'Ente accoglierà la proposta solo dal momento in cui tali vincoli saranno stati rispettati.

Le novità introdotte dal D.M in questione anziché definire “le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi su crediti contributivi”. ha fissato ulteriori condizioni e limitazioni di natura sostanziale, il che sembra contrastare anche l'art. 182 ter. E per questo che si è andato radicando l'orientamento in base al quale il DM possa essere disapplicato dal giudice ordinario, poiché presenta delle discrasie con la legge di rango primario.

3. - L'Art. 182-ter: evoluzione normativa

Antecedentemente alla riforma del 2006, la transazione fiscale era disciplinata, dall'art. 3, d.l. 8 luglio 2002, n.138 (convertito nella l.8 agosto 2002, n.178).

Ai sensi del comma 3 del menzionato articolo, quando nell'ambito di una procedura esecutiva fosse emersa l'insolvenza del debitore o questi si trovasse soggetto a procedure concorsuali, l'Agenzia delle entrate, successivamente all'inizio dell'esecuzione coattiva, aveva la facoltà di procedere alla transazione dei tributi di esclusiva spettanza statale in caso di accertata maggiore economicità e proficuità diversamente dall'attività di riscossione coattiva.

In ogni caso tale norma, salvo rari casi, non trovò terreno fertile per la sua applicazione sia per questioni riguardanti una visione innovativa del principio d'indisponibilità del credito tributario sia per una scarsa chiarezza del disposto normativo.

Ci si domandava quale fosse la vera natura dell'accordo (transattiva o abdicativa); ci si chiedeva dinanzi al riferimento "il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato" quali fossero realmente i tributi che rientrassero nell'applicazione dell'istituto in questione.

Il principale ostacolo alla diffusione di tale istituto era, al di là delle problematiche interpretative poc'anzi citate, il timore della revocabilità dell'accordo nel caso in cui si fosse presentata una dichiarazione successiva di fallimento dell'impresa debitrice.³⁸

Per consentire la fruibilità dell'istituto agli imprenditori in stato di crisi, la legge di riforma del diritto concorsuale (d.lgs. n. 5/2006), ha inserito nell'ambito dei modelli di soluzione consensuali delle crisi d'impresa un nuovo art. 182-ter rubricato "Transazione fiscale".

Il decreto correttivo del 2007 sembrerebbe aver posto rimedio a tale problema, inserendo nell'originario testo dell'art. 160 un modellato comma 2, che permette al debitore di offrire un pagamento in percentuale tanto ai creditori muniti di privilegio speciale, pegno, ipoteca, quanto ai creditori muniti di privilegio generale, in base alla collocazione preferenziale, su quanto potrebbe ricavarsi dalla vendita di beni o diritti sui quali insiste il privilegio e all'ulteriore condizione che il trattamento sancito per ciascuna classe di creditori non abbia come effetto quello di sovvertire l'ordine legale delle prelazioni.

³⁸ E. STASI, *Il nuovo diritto fallimentare-novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, a cura di A. JORIO - M. FABIANI, ed. I, Zanichelli, 2010, Bologna, pag. 1179-1180

Al fine di stimolare il ricorso agli accordi di ristrutturazione, il decreto correttivo ha, inoltre, revisionato il precetto originario dell'ultimo comma dell'art. 182-ter, offrendo la possibilità di ricorrere alla transazione anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il 5 comma dell'art. 32, d.l. 29/11/2008, n. 185 (c.d. decreto anticrisi), convertito con modificazioni nella l. 29.01.2009, n. 2, è intervenuto, non facendo rientrare nel novero dei crediti erariali l'imposta sul valore aggiunto, e dall'altro lato, ha consentito l'ingresso nella procedura ai contributi previdenziali e assistenziali con i relativi accessori.

Con lo stesso provvedimento è stato modificato sostituito l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 182-ter il quale sancisce testualmente "*che il trattamento dei debiti erariali o contributivi di natura chirografaria non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisioni in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole*", ed all'incipit del secondo comma di quella stessa disposizione sono state aggiunte le parole "*Ai fini della proposta di accordo sui crediti di natura fiscale*" con il palese fine di escludere ogni dubbio sulla possibilità di attivare la procedura ai fini delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ulteriori novità sono state introdotte dall'art. 29, comma 2, lett. a), b) e c), d.l. 31.05.2010, n. 78: ciò sia per non ricomprendere nella categoria dei debiti erariali pagabili in percentuale le ritenute operate e non versate, che al pari dell'IVA per l'importo capitale possono costituire attualmente oggetto solo di dilazione; sia per precisare le formalità per la presentazione della proposta di transazione nel contesto di accordo di ristrutturazione; sia per introdurre la revoca di diritto della transazione fiscale e contributiva conclusa nell'ambito dell'accordo nel caso in cui il debitore non esegua integralmente, nell'arco temporale di 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie

fiscali ed agli enti che gestiscono forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

39

Il legislatore della riforma aveva plasmato l'istituto della "Transazione Fiscale" con lo scopo di incentivare l'imprenditore-debitore a negoziare. Era conscio del fatto che le imprese che si trovano in uno stato di crisi, siano soggette ad una situazione di indebitamento rilevante nei confronti dell'Erario e degli Enti previdenziali e assistenziali.

Tant'è che la introduzione di tale istituto aveva come obiettivo fondante, anche in considerazione dei benefici tributari concessigli, il risanamento e la conservazione dei complessi produttivi, evitando altresì ripercussioni sull'occupazione aziendale in questione.

L'articolo 182-ter attualmente prende il nome di "*Trattamento dei crediti tributari e contributivi*" a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 81, della L. 11 dicembre 2016, n. 232.

Alla luce di questa revisione si è giunti a trasformare l'istituto, come detto poc'anzi, in una sorta di sub-procedimento obbligatorio che deve essere azionato dal debitore quando il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti abbiano ad oggetto debiti tributari e contributivi. La novella in questione non ha rivoluzionato l'assetto del precedente art. 182-ter, che parzialmente ne ripropone i contenuti, ma sembra essere più lineare quanto ai presupposti ed alle modalità applicative delle regole nel disposto normativo.

La rubrica dell'art. 182-ter non fa più riferimento al carattere "transattivo" dello strumento, anche se l'espressione "transazione fiscale" è presente nei commi 5 e 6; è possibile che si tratti di una svista da parte del legislatore.

Una delle novità più significative è sicuramente quella riferibile ai tributi oggetto del trattamento, a differenza di quanto accadeva in passato possono costituire oggetto di pagamento parziale: l'IVA, le ritenute operate e non versate i tributi costituenti risorse proprie dell'UE, che in precedenza non potevano essere neppure oggetto di pagamento dilazionato.⁴⁰

³⁹O. CAGNASSO- L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, , Tomo terzo, Wolters Kluwer, 2016, pp. 312-315

⁴⁰ E. STASI, *Transazione fiscale e contributiva nel risanamento imprenditoriale*, il Fallimento 10/2017.

Nel testo rinnovato non si fa più riferimento al consolidamento del debito fiscale ed alla cessazione della materia del contendere per le liti che hanno ad oggetto i tributi di cui al comma 1, percepita come conseguenza della chiusura della procedura concordataria una volta omologata.

Se si ritiene che tali effetti venivano considerati gli aspetti più tipici della transazione fiscale, può essere carpita la volontà del cambio di direzione con l'introduzione della novella, anche se sarà necessario trattare con più attenzione tale tema.

In sede di concordato preventivo, il trattamento ha perso le sembianze di un istituto autonomo ed aggiuntivo rispetto alla proposta, ed ha assunto l'aspetto di uno schema procedimentale di carattere obbligatorio volto a regolare uniformemente e tendenzialmente universale sia la sorte dei crediti tributari-previdenziali, sia il percorso necessario per offrire ai titolari di detti crediti di quantificarli, di sindacare la proposta di concordato e di esprimere il proprio consenso informato rispetto a quest'ultima.

La disciplina attuale in un certo senso, nel contesto concordatario, ha eliso uno dei momenti più caratterizzanti della preesistente transazione; cioè la determinazione amministrativa di adesione o rigetto della proposta che costituiva per la Pubblica amministrazione, il momento negoziale speculare alla domanda del debitore, investito dell'esercizio di voto su quest'ultima.

Gli uffici possono solo approvare o respingere la proposta, nonostante l'introduzione di condizioni minime di trattamento del credito e modalità di interazione con l'*iter* procedimentale che si pongano come baluardo degli interessi pubblicistici.

Diverso, inoltre appare il trattamento riservato agli accordi di ristrutturazione dei debiti, dove il consenso degli enti interessati va deliberato e formalizzato tramite la firma del documento negoziale da parte del titolare del relativo potere.⁴¹

⁴¹ G. ROCCA - A. DI FALCO, *il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi*, Fondazione commercialisti ODCEC di Milano, pp. 19-22.

3.1 - Requisiti soggettivi ed oggettivi per la richiesta

La transazione sui ruoli consentiva alla persona fisica o giuridica, la possibilità di negoziare il proprio debito con l'erario. Con il termine "negoziare" si intende la possibilità di proporre all'Amministrazione finanziaria, alternativamente, il pagamento parziale del proprio debito erariale oppure una dilazione dei termini previsti dalla legge, anche in mancanza delle condizioni previste dall'art. 16 del d.P.R. n. 602/197313.

Tale iniziativa poteva essere intrapresa tanto dal contribuente in stato di insolvenza, quanto dal fisco, anche se in quest'ultimo caso non vi era una previsione normativa.

Si poteva desumere il tutto dall'assimilazione con l'art. 1965 del c.c che tratta la transazione⁴². Essendo questo un contratto sinallagmatico, vi erano i presupposti per consentire ad ambo le parti la facoltà di iniziativa.

Per evitare la violazione del principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, era diffusamente condivisa l'opinione secondo la quale, l'iniziativa spettasse al contribuente.

L'istituto presentava delle problematiche inerenti all'obbligazione, la quale doveva essere ancorata ad un tributo già iscritto in ruoli definitivi o provvisori il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello Stato.

In relazione ai presupposti di tipo oggettivo si può osservare che con l'affermazione "tributi (...) il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato" si consideravano oggetto di transazione le imposte dirette ed indirette, l'imposta di bollo, le imposte doganali, le accise, le imposte sugli spettacoli e gli intrattenimenti e, infine, le imposte sulle assicurazioni, più eventuali interessi e sanzioni.

L'orientamento ministeriale espresso in una Circolare n. 8/E del 4 marzo 2005, con la quale l'Amministrazione recepiva largamente le conclusioni di un parere nel quale il Consiglio di Stato si era espresso su delle questioni interpretative poste dall'Agenzia delle Entrate, escludeva l'applicazione

⁴² In diritto civile, accordo concluso tra le parti di un rapporto, su cui è sorta o sta per sorgere controversia, allo scopo di evitare una lite mediante reciproche concessioni.

dell'istituto ai tributi amministrati dagli uffici dell'Agenzia in forza di specifiche convenzioni siglate con gli enti impositori (ad esempio, le Regioni per quanto riguarda l'Irap).

Non erano ricompresi quei tributi che, seppur disciplinati da leggi dello Stato, davano origine ad un gettito di esclusiva competenza di altri enti impositori a favore dei quali si creava un incremento patrimoniale.

Il Fisco nel corso di tale procedura era chiamato a compiere una concreta valutazione *ex post* sulla maggiore proficuità dello strumento della transazione rispetto ai metodi esecutivi tradizionali.

Invero, la disposizione di cui all'art. 3, comma 3, del d.l. n. 138/2002 prevedeva che "l'Amministrazione potrà dar corso ad una transazione con il contribuente qualora dall'esecuzione individuale o concorsuale di quest'ultimo non riesca a recuperare alcunché, ovvero quando il debitore offra una somma maggiore rispetto a quella che l'Amministrazione finanziaria stessa possa ipotizzare di recuperare anche in sede di esecuzione forzata".⁴³

Con riguardo ai requisiti soggettivi dell'istituto, era richiesto che il debitore si trovasse in stato d'insolvenza, o, che fosse stato ammesso alle procedure concorsuali, con ciò si faceva riferimento sia al fallimento sia alle altre procedure minori, ad eccezione dell'amministrazione controllata⁴⁴

Attualmente dal punto di vista soggettivo, per effetto del rinvio del 182-ter all'art. 160 della legge fallimentare, e all'art. 182-bis della stessa, è richiesta esplicitamente la sussistenza dello "stato di crisi" in capo al debitore che deve presentare la proposta di pagamento parziale o dilazionato dei crediti tributari o contributivi.

Sul punto, a precisazione di come debba essere inteso tale "stato di crisi", è intervenuto l'art. 36 del D.l. 30 dicembre 2005, n. 273, con il quale il legislatore ha disposto una precisazione⁴⁵. Una definizione per i nostri fini del concetto crisi può essere estrapolata dalla bozza di disegno di legge delega per

⁴³ L. MANDRIOLI, *La transazione dei tributi iscritti a ruolo nel fallimento e nell'esecuzione individuale*, cit., pag. 1034

⁴⁴ M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, CEDAM, 2017 pp. 75-77.

⁴⁵ Art. 36 Equiparazione dello stato di crisi a quello di insolvenza 1. All'articolo 160 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, dopo il primo comma è aggiunto il seguente: "ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza".

la riforma delle procedure fallimentari elaborata dalla Commissione Trevisanato, dove si legge che per crisi si intende “la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l’impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza”.

Ne deriva che situazione di crisi, è connotata da una minore gravità. Ne consegue che lo stato di crisi, precedendo in termini temporali lo stato di insolvenza, risulterebbe caratterizzato da una situazione di minore gravità, ossia una difficoltà economica ad adempiere alle proprie obbligazioni da parte del debitore, che tuttavia non presenta i caratteri irreversibili tipici dell’insolvenza.

È evidente, anche da questo punto di vista, la differenza rispetto alla abrogata transazione dei ruoli: infatti, il soppresso art. 3, comma 3, del d.l. n. 138/2002, prevedeva che si potesse accedere alla procedura nell’ipotesi in cui l’Agenzia delle Entrate avesse riscontrato, fra gli altri, il presupposto soggettivo della “insolvenza”.

La riforma delle procedure concorsuali del 2005 ha quindi introdotto una novità nell’ambito dell’applicazione dell’istituto della transazione; tant’è che dal punto di vista soggettivo il concetto di stato di insolvenza è stato sostituito con lo stato di crisi.

I soggetti legittimati che possono ricorrere all’istituto sono coloro i quali hanno la facoltà di presentare una domanda di concordato e di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Quindi hanno facoltà di presentare il pagamento parziale o dilazionato dei tributi e contributi gli imprenditori commerciali non piccoli, ad eccezione degli enti pubblici, che presentano congiuntamente i requisiti indicati dall’art. 1, comma 1, lettera a) b) e c) della legge fallimentare.

Con riferimento al concordato preventivo, per “debitore” deve intendersi un imprenditore commerciale (o impresa) non piccolo secondo i parametri dell’art. 1, comma 1 della l.f. che si trovi, in “stato di crisi”. Gli imprenditori e le società che possono usufruire dell’istituto sono gli stessi che hanno facoltà di azionare la procedura concordataria.

Ne consegue che il trattamento concorsuale dei crediti tributari potrà riguardare solamente gli imprenditori non piccoli, che si trovino in stato di crisi

e quindi non necessariamente insolventi, rimanendo così preclusa ad altri soggetti, quali piccoli imprenditori, professionisti, enti pubblici.⁴⁶

Da quanto detto si può desumere che tale procedura non è usufruibile per una serie di soggetti, quali i piccoli imprenditori ed i professionisti. Costoro non potendo beneficiare degli effetti legati al concordato preventivo non potranno altresì beneficiare degli effetti derivanti dall'attivazione della transazione fiscale. La non assoggettabilità alle procedure concorsuali potrebbe risultare discriminatoria per alcuni soggetti, quali i piccoli imprenditori ed i professionisti. Essi non potendo accedere al concordato preventivo, non potrebbero nemmeno beneficiare dei vantaggi riconducibili all'istituto della transazione fiscale.⁴⁷

In relazione all'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis*, dal 2011, con d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111) è stata offerta la possibilità di attivare la procedura "transattiva" anche agli imprenditori agricoli.

Merita delle specificazioni la categoria dei soggetti tenuti a proporre la transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Con il semplice utilizzo del termine "imprenditore", nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, non si capisce se il soggetto legittimato ad accedere alla procedura sia quello soggetto a fallimento, oppure se il generico riferimento all'imprenditore estenda l'istituto a qualunque imprenditore. Ci si potrebbe chiedere, anche in relazione all'art. 1 della l.f., se la procedura prevista dall'art. 182-*bis* sia accessibile a tutti gli imprenditori, ed a quelli non "fallibili".

Anche se dessimo risposta positiva a tale interrogativo, non cambierebbe molto in chiave di presupposti soggettivi necessari ai fini dell'utilizzo dell'art. 182-*ter*.

La norma, infatti, è stata inserita dal legislatore nel Capo dedicato al concordato preventivo ed in quello dedicato agli accordi di ristrutturazione, e pertanto, quantomeno per una questione di interpretazione sistematica, pare

⁴⁶ G. ROCCA - A. DI FALCO, *il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi*, Fondazione commercialisti ODCEC di Milano, op., cit, pp. 26-27.

logico concludere che “l’imprenditore” a cui il legislatore ha inteso riferirsi sia quello riferibile all’articolo 1 della legge fallimentare.⁴⁸

Per quel che riguarda, invece, i tributi che possono essere pagati parzialmente o con dilazione dei termini la norma menziona i “tributi e relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e i relativi accessori”.

L’oggetto della transazione fiscale si fonda su un duplice criterio, oggettivo e soggettivo, analizzando così sia i tributi ed ai loro accessori sia gli enti gestori di tali tributi.

Si possono definire, secondo autorevole dottrina⁴⁹ alla stregua delle indicazioni ritraibili dagli artt. 23 e 53 Cost., come prestazioni patrimoniali coattive, funzionalmente destinate a realizzare il concorso del singolo alle spese pubbliche.

In ogni caso, la norma sottolinea che i tributi oggetto di transazione sono quelli “amministrati” dalle agenzie fiscali. Innanzitutto, si fa riferimento non già alla titolarità del tributo e del relativo gettito, ma alla sola competenza amministrativa a gestire il tributo.

L’amministrazione di un tributo consiste in una molteplicità di operazioni finalizzate alla corretta applicazione dello stesso, una volta che sia stato introdotto e disciplinato dalla legge.

Emerge che devono ritenersi oggetto di transazione, anche i tributi gestiti dall’Agenzia delle Entrate, ma il cui gettito sia destinato, in tutto o parzialmente, agli enti locali, come accade per l’Irap.

Non sono ricompresi nell’alveo della transazione, Imu, Tasi, Tari, imposta di soggiorno, perché non sono amministrati dalle agenzie fiscali.

Possono invece considerarsi non transigibili il canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue ed i contributi di bonifica, in quanto gestiti, rispettivamente, dai Comuni e dai Consorzi di bonifica.

⁴⁸ M. ALLENA, *La transazione fiscale nell’ordinamento tributario*, CEDAM, 2017, pp. 126-129.

⁴⁹ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Parte Generale, Padova, 2015, pp. 15 ss.

In relazione ai tributi oggetto di transazione, la circolare 21 marzo 2002, n. 25/E, riguardante il precedente istituto, l'Amministrazione finanziaria aveva precisato che, oltre alle imposte sui redditi e all'Iva, erano da considerarsi amministrate dall'Agenzia delle Entrate anche l'imposta di bollo, le tasse sulle concessioni governative, le tasse sui contratti di borsa, l'imposta sugli intrattenimenti, le tasse automobilistiche, il canone di abbonamento alle radio-audizioni. Tali tributi sono tutti quanti da intendersi ricompresi nella attuale disciplina dell'istituto.

In base a quanto stabilito dalla norma, devono considerarsi transigibili anche le addizionali, le sovraimposte e le imposte sostitutive di detti tributi (in quanto svolgono funzione di prelievo ai fini del riparto dei carichi pubblici e sono, quindi, sotto tale aspetto, equiparabili ai tributi), purché siano comunque gestite dalle agenzie fiscali.

L'art. 182-ter, vi ricomprende anche i "relativi accessori" per cui si intende un qualcosa che si accompagna, ed in tale direzione non vi dovrebbero essere perplessità sulla questione che la nozione di accessori vi faccia rientrare gli interessi, per il fatto che si tratta di somme correlate al tributo o contributo.

Vanno ricomprese nella definizione anche le indennità di mora e le sanzioni amministrative per violazioni tributarie.⁵⁰

Al di là della loro diversa natura, interessi, sanzioni e indennità di mora sicuramente carattere accessorio rispetto all'obbligazione principale, e restano, pertanto, soggetti, anche per quanto riguarda la transigibilità, al principio *accessorium sequitur principale*⁵¹.

A differenza di quanto accadeva in passato possono costituire oggetto di pagamento parziale: l'IVA, le ritenute operate e non versate i tributi costituenti risorse proprie dell'UE, che in precedenza non potevano essere oggetto di pagamento dilazionato.

⁵⁰ M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, op. cit, pp. 135-138.

⁵¹ Si intende che la cosa accessoria segue la principale.

3.2 - La valutazione delle proposte ex art. 182 - *ter* l.f

Nell'ambito della primogenita forma di transazione fiscale l'Agenzia delle entrate con la Circolare 8/E del 4/03/2005 sosteneva che: "ciò che caratterizza l'istituto è la possibilità, al verificarsi di determinate condizioni ed in deroga ai principi generali, di raggiungere un accordo che, attraverso reciproche concessioni, consenta la chiusura delle controversie relative alla fase di riscossione, ovvero ne impedisca l'insorgenza".

Emerge dalla circolare la possibilità da parte dell'Amministrazione finanziaria di fruire di un servizio differente rispetto all'attività di riscossione coattiva che è quello della maggiore economicità e proficuità della transazione.

In altri termini, anche nella precedente normativa, l'amministrazione era investita di un "giudizio di valore" riguardante la proposta offertale dal debitore. Gli uffici in ogni caso dovevano trovarsi nella condizione di poter valutare il "costo-beneficio" derivante dall'operazione, in quanto un loro diniego avrebbe potuto mutare la situazione debitore del soggetto proponente.⁵²

Per quel che concerne le valutazioni da effettuare nel contesto della procedura di concordato preventivo, si evidenzia che l'Agenzia delle entrate già aveva fornito delle indicazioni attraverso la circolare n. 16/E del 23 luglio 2008.

Il legislatore della riforma, nel consentire la falcidiabilità dei crediti tributari ha ritenuto, che ai fini del piano di cui all'art.160 della l.f., la sussistenza di una relazione di stima analoga a quella sempre prevista dall'articolo 160 della l.f, per l'ipotesi di incapienza dell'attivo rispetto alla massa dei creditori muniti di causa di prelazione, fosse da considerarsi come condizione indefettibile.

Nello specifico, per consentire il pagamento parziale del debito tributario, l'attuale art. 182-*ter* richiede la relazione di un professionista da cui risalti, al termine della comparazione tra il pagamento offerto con la domanda di concordato e la soddisfazione ricavabile nell'alternativa fallimentare, che la proposta di concordato sia più soddisfattiva dei crediti tributari e previdenziali.

⁵² E. MATTEI, *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, trattato delle procedure concorsuali, L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI 2011, Wolters Kluwer, pp. 720-721.

Nel caso in cui l'attivo patrimoniale non sia sufficiente a soddisfare in maniera integrale la totalità dei creditori muniti di privilegio ed il piano preveda la falcidia dei crediti tributari e previdenziali, l'attestatore dovrà provvedere non solo al giudizio di veridicità dei dati aziendali e di sostenibilità prospettica del piano, ma anche del confronto tra gli esiti prevedibili delle ipotesi alternative del concordato e della liquidazione fallimentare e tra i gradi di soddisfacimento dei suddetti creditori.

L'attestatore dovrà focalizzarsi anche sul maggior apporto patrimoniale, derivante dai flussi o dagli investimenti che sono generati dalla eventuale continuità aziendale oppure ottenuto al termine dell'attività liquidatoria in sede concordataria, che non rappresenta una sorta di risorsa economica nuova, bensì deve essere considerato finanza endogena.

In ogni caso l'art. 182-*ter* della l.f. non richiede espressamente che l'attestazione in questione sia redatta separatamente dalla relazione di accompagnamento al piano e ai documenti allegati alla proposta di cui all'articolo 161, terzo comma, della l.f. e dalla relazione giurata sancita dall'articolo 160 della l.f.. Il professionista, in ogni caso, può redigere un solo documento al cui interno sia effettuato il confronto tra l'ipotesi di concordato e quella liquidatoria e da cui emerga che dalla prima ipotesi l'Amministrazione finanziaria sia soddisfatta in misura superiore rispetto alla seconda.

E bene sottolineare che l'attestazione che investe il professionista sulla convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria non vincola l'Amministrazione ad esprimersi favorevolmente. In maniera analoga agli altri creditori, l'Agenzia potrà comunque esprimersi con voto negativo, nel caso in cui i valori di liquidazione contenuti nella relazione del professionista appaiano incompleti o nel caso in cui il piano non appaia fattibile.⁵³

Da ultimo l'Agenzia delle entrate con la circolare n.34/E del 29.12.2020 ha fornito delle novità in merito alla valutazione delle proposte di trattamento

⁵³ La valutazione della proposta può essere esaminata nella circolare 16/ del 23 luglio 2018 dell'Agenzia delle entrate.

di credito tributario, presentate nel contesto delle procedure di gestione della crisi di impresa tenendo conto del momento di emergenza derivante dall'epidemia da COVID-19 e si incentra sulla funzione della relazione del professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali.

L'intervento si è reso necessario per via delle modifiche riguardanti la disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, così come intervenute dalle novità introdotte dall'art., comma 1-*bis*, del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2020, n. 159.

La circolare ricorda che la menzionata relazione costituisce uno degli elementi d cui può avvalersi il tribunale per omologare il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti, anche se privi del voto o dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria.

L'attestatore deve analizzare la veridicità dei dati accolti nel piano e di quelli contenuti nella documentazione allegata allo stesso, oltre gli elementi considerati necessari per la sua predisposizione. Emerge, così, la rinnovata ed ampliata importanza del ruolo dell'attestatore.

Nei principi di attestazione del CNDC, nella recente versione del 2020, in maniera più marcata nel caso di concordato in continuità aziendale, si fa riferimento all'attestatore che deve analizzare, in merito al termine di confronto rispetto al quale formulare il giudizio di comparazione, le ipotesi alternative di discontinuità praticabili; cioè la liquidazione del patrimonio del debitore, ove possibile, ed il fallimento, in caso di impossibilità di procedere con una liquidazione *in bonis* e la continuità ripristinata grazie al Tribunale.

La circolare sottolinea che la validazione delle informazioni patrimoniali, economiche e finanziarie che rappresentano i dati iniziali del programma di risanamento o liquidazione, rappresenta una garanzia finalizzata ad attestare che le stesse siano attendibili e capaci di fornire un quadro fedele della situazione aziendale e dell'evoluzione della gestione. In relazione, invece, alla fattibilità tecnico-finanziaria del piano, si precisa che l'attività di controllo deve iniziare dalla diagnosi delle cause della crisi di impresa.

In ogni caso le fondamenta del procedimento argomentativo che conduce ad accogliere una proposta si fonda sulla generale regola della valutazione in merito alla maggiore o minore convenienza economica della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria.⁵⁴

⁵⁴ A. FERRI, *L'alternativa della liquidazione con esercizio provvisorio nel concordato in continuità diretta rafforzata dal cram down ex L.159/2020*, Il fallimentarista.

CAPITOLO II

AMBITO DI OPERATIVITA DELLA TRANSAZIONE FISCALE

1. - Il concordato preventivo

Prima di analizzare l'istituto della transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo è utile, ai fini della presente trattazione, delineare i caratteri generali di detta procedura concorsuale.

A tale riguardo si rappresenta che il concordato preventivo è disciplinato dall'art. 160, comma 1, della Legge Fallimentare ai sensi del quale *“L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo”*; si tratta una procedura “giudiziale” e “di massa” in quanto (i) deve perfezionarsi nel contesto di una procedura che richiede la presenza necessaria di organi giurisdizionali e (ii) ai sensi dell'art. 184 l.f., la proposta è produttiva di effetti per tutti i creditori anteriori al deposito del ricorso.

I requisiti di accesso si distinguono in soggettivo ed oggettivo.

Quanto al primo si osserva che si applicano anche a detta procedura le disposizioni previste per il fallimento: l'accesso al concordato è, infatti, riservato all'imprenditore commerciale (*ex art 1, comma 1, l.f.*) non piccolo ossia a colui che oltrepassa anche solo uno dei limiti dimensionali fissati dall'art. 1, comma 2, l.f..

Quanto invece a requisito oggettivo, si osserva che la legge di riforma del 2005 lo ha identificato nello “stato di crisi”. Tale concetto è più labile di quello d'insolvenza tant'è che ricorre anche quando si presenti una situazione di difficoltà temporanea e reversibile.

Secondo il disposto dell'articolo 161 legge fallimentare, la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, indirizzata al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sua sede principale.

A corredo del ricorso il debitore deve presentare i documenti elencati dal secondo e terzo comma dell'art *de quo* e segnatamente:

- (i) la aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- (ii) lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- (iii) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore;
- (iv) ove sia applicabile, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- (v) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga a ad assicurare a ciascun creditore.

Il piano e la documentazione sopra menzionati devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Al sesto comma dell'articolo 161 l. fallimentare è tuttavia attribuita all'imprenditore la facoltà di depositare un ricorso c.d. "in bianco", corredato dai soli bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione di cui all'art. 161, comma 2 e 3 l. fall., entro un termine fissato dal giudice, compreso tra 60 e 120 giorni e prorogabile, nel caso siano presenti giustificati motivi, di non oltre 60 giorni, per un totale potenziale di 180 giorni.⁵⁵

Con apposito decreto, il Tribunale (i) assegna al debitore il termine per la presentazione di una proposta di concordato preventivo ovvero di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.f.,

⁵⁵ G. MARIACARLA, *Le procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, II ed, 2017, pp. 252-253.

(ii) nomina l'organo di vigilanza che, ove sia necessario in considerazione dell'ammontare del passivo e dell'attivo concordatario, avrà forma collegiale.

L'Organo commissariale svolge una funzione di fondamentale importanza per il controllo della gestione dell'impresa, in quanto vigila sull'operato del debitore in pendenza di procedura a tutela della *par condicio creditorum*, pur non potendo ingerire sull'attività di ordinaria amministrazione della società debitrice.

Con il medesimo provvedimento, il Tribunale onera il debitore di taluni obblighi informativi (che ex art. 161, ottavo comma, l.f. dovranno essere assolti dal ricorrente con cadenza almeno mensile); dette relazioni da depositare nel fascicolo telematico della procedura e da trasmettere all'organo di vigilanza avranno ad oggetto la gestione finanziaria dell'impresa e le attività compiute dal debitore per la presentazione della proposta e dei relativi documenti.

Il Tribunale, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato se risulta che l'attività compiuta dal debitore è inidonea alla predisposizione della proposta e del piano.

Allo scadere del termine il debitore deposita una proposta di concordato ovvero una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.f.*

Il Tribunale, letto il parere non vincolante del Commissario Giudiziale e del Pubblico Ministero, valuta la fattibilità giuridica ed economica della proposta e, con decreto *ex art. 163 l.f.*⁵⁶, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo e conferma o nomina il commissario giudiziale.

⁵⁶ Con il decreto correttivo è stata rimodulata l'espressione normativa, secondo la quale il Tribunale avrebbe dovuto effettuare una verifica circa la completezza e la regolarità della documentazione, e si è stabilito che, ove il Tribunale non abbia provveduto secondo il disposto dell'articolo 162, primo e secondo comma, dichiara aperta la procedura.

Il tutto avrebbe comportato che il Tribunale avesse dovuto verificare l'esistenza dei presupposti indicati dall'art. 160, comma 1 e 2, e dall'art. 161, ossia lo *status* di imprenditore, la presentazione di un qualsiasi piano di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti, la sussistenza di uno stato di crisi ecc.

L'evoluzione interpretativa ha generato una serie di incertezze, ed oggi anche in seguito ai numerosi interventi della Suprema Corte non si può dire che si è giunti ad una soluzione, decidendo, da una parte, che il giudice debba limitarsi ad una verifica formale dei presupposti di legge e, dall'altro che si tratta, invece, di un giudizio esteso al merito della fattibilità del piano, del soddisfacimento dei creditori assistiti da prelazione.

Secondo altre indicazioni, tra i presupposti per l'ammissibilità del concordato, il Tribunale non deve effettuare un controllo sulle scritture contabili, bensì sulla veridicità dei dati aziendali, allo scopo di consentire ai creditori la valutazione della convenienza.

Con il decreto il tribunale ordina altresì la convocazione dei creditori non oltre centoventi giorni e stabilisce il termine per la comunicazione nei loro confronti da parte del Commissario Giudiziale.

Il nuovo testo dell'art. 163 l. fall. prevede, tra l'altro, che il tribunale stabilisca un termine, non superiore a quindici giorni, entro il quale l'istante deve depositare nella propria cancelleria una somma pari al cinquanta per cento delle spese che si presumono necessarie per il complesso della procedura o una somma minore, non inferiore al venti per cento di tali spese, determinata dal giudice.

Il tribunale ordina al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie.

Tale ultima indicazione è stata introdotta dal legislatore per chiarire il dubbio riguardante la tenuta della documentazione da parte del debitore e sull'esigenza del commissario di poterne disporre in qualsiasi momento per eseguire le verifiche a lui demandate dall'art. 171 l.f..

Con il provvedimento di cui al comma 1, dell'articolo in commento il tribunale delega un giudice alla procedura di concordato. Tra le competenze ad esso assegnate possiamo ricordare:

- (i) l'autorizzazione a compiere gli atti di straordinaria amministrazione, salvo la deroga contenuta nella medesima disposizione;
- (ii) l'annotazione del decreto di ammissione alla procedura sui libri contabili dell'imprenditore;
- (iii) la nomina di uno stimatore per assistere il commissario giudiziale;
- (iv) la presidenza dell'udienza di adunanza dei creditori;
- (v) l'ammissione provvisoria in tutto od in parte dei crediti contestati ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze.⁵⁷

Tra i provvedimenti immediati successivi all'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo importante rilievo assume la redazione dell'inventario ad opera del commissario giudiziale, la quale deve riguardare

⁵⁷G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano Giuffrè, 2017, p. 260 ss

l'intero patrimonio del debitore e non soltanto i cespiti coinvolti dalla proposta concordataria.

Il commissario giudiziale su richiesta dello stesso può valersi di uno stimatore nominato dal giudice.

La nomina dello stimatore, si precisa, non lede il diritto di difesa del debitore, che può corredare la domanda di ammissione con perizie di parte e presentarle sino a quando il tribunale non decida dell'ammissibilità dell'istanza. La liquidazione del compenso dello stimatore spetta al giudice delegato.

La funzione dell'inventario e la nuova fisionomia del concordato inducono a ritenere che la possibilità di nomina dello stimatore vada estesa a tutte le ipotesi di concordato e non soltanto a quelle che prevedano la cessione dei beni.

Emerge quindi in maniera chiara la natura estimativa e valutativa oltre che descrittiva dell'inventario; il commissario giudiziale non può adempiere l'obbligo di redigere l'inventario richiamando *per relationem* l'inventario allegato dall'imprenditore a corredo della domanda di ammissione al concordato.

Si ammette, inoltre, la possibilità di disporre consulenze tecniche per accertamenti di particolare complessità.

L'inventario è propedeutico alla redazione della relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori che, a norma dell'art. 172, il commissario giudiziale deve depositare almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori, termine elevato a quarantacinque giorni dal d.l. n. 83/2015.

In sede di conversione del d.l. n. 83/2015, ad opera della l. n. 132/2015, si è arricchito il contenuto della relazione, che deve contenere altresì l'illustrazione delle utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi, al fine di ridurre il più possibile il margine d'ignoto per i creditori.

La riforma, che ha determinato l'eliminazione del potere di direzione della procedura di concordato preventivo in precedenza conferito al giudice delegato e lo svuotamento dei poteri del tribunale, ridotti perlopiù controllo di legalità, orienta la relazione del commissario giudiziale ad arricchire le conoscenze dei creditori ed a fornire loro una gamma il più possibile ampia di informazioni, idonee dapprima alla formazione del giudizio sulla convenienza e sulla fattibilità del piano concordatario e successivamente all'esercizio del diritto di voto in sede di adunanza.

La struttura della relazione del commissario è, peraltro, radicalmente mutata, in quanto essa deve necessariamente essere calibrata sulla valutazione di convenienza e fattibilità del piano concordatario e sulle attestazioni concernenti tale piano operate dal professionista, divenuti punti di riferimento per le valutazioni del commissario, in quanto su di essi si articola la domanda di ammissione alla procedura e dei dati dedotti a suo fondamento.

In ogni caso, la delicatezza e la complessità delle valutazioni che il commissario deve svolgere per poi trasfonderle nella relazione hanno indotto la dottrina, in passato ad evidenziare l'eccessiva brevità, da un lato, del termine di complessivi ventisette giorni assegnatogli per il deposito della relazione e, dall'altro, di quello appena tre giorni prima dell'adunanza concesso ai creditori per prenderne visione.

Lo strumento indubbiamente più vantaggioso per consentire ai creditori la conoscenza in tempo reale della proposta e dell'evolversi della procedura è dato dalla previsione introdotta con la normativa citata della comunicazione a mezzo di posta elettronica certificata a tutti i creditori.

Per ogni altro riferimento nella specie alle modalità di applicazione del mezzo informatico poc'anzi menzionato si richiama quanto rappresentato nell'art. 171 l.f..

Da ultimo, il d.l. n. 83/2015 ha aggiunto, novellando la norma, che qualora nel termine di cui al c. 4 dell'art. 163 siano depositate proposte concorrenti, il commissario giudiziale riferisce in merito ad esse con relazione integrativa da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori, con le modalità di cui all'art. 171, c. 2, almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori.

La relazione integrativa contiene, di regola, una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate.

Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori.⁵⁸

Come anticipato, l'approvazione del concordato preventivo avviene in apposita adunanza dei creditori dei creditori, presieduta dal giudice delegato ex art. 174 l. fallimentare.

In occasione dell'adunanza dei creditori:

- (i) il commissario giudiziale espone il contenuto della propria relazione e delle proposte definitive del debitore e quelle eventualmente presentate dai creditori ai sensi dell'art. 163, quarto comma;
- (ii) ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o fattibili le eventuali proposte concorrenti (art. 175, comma 3, l. fall.) e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti;
- (iii) il debitore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o fattibili le eventuali proposte concorrenti;
- (iv) il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti;
- (v) sono sottoposte alla votazione dei creditori tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori, seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale del loro deposito (art. 175, comma 5, l. fall), e i creditori possono chiedere i chiarimenti necessari od esprimere pareri sulla proposta concordataria.

Il debitore ha facoltà di rispondere alle osservazioni delle parti interessate e di contestare i crediti dei partecipanti, il giudice delegato procede ad una valutazione sommaria dei crediti, potendo ammettere al voto, in tutto od in parte, quelli contestati senza pregiudizio di successive azioni di accertamento e salva la possibilità di successiva opposizione all'omologazione, e la proposta del debitore viene posta in votazione.

⁵⁸G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento: normativa Comunitaria, normativa transfrontaliera, normativa tributaria, sovraindebitamento*, Wolters Kluwer, III edizione, 2015, pp. 2030 ss.

All'adunanza possono partecipare tutti i creditori, i cui diritti trovino titolo e causa anteriore alla pubblicazione della domanda di concordato, anche se non convocati dal commissario giudiziale e purché alleghino, in questo caso, i documenti giustificativi delle proprie ragioni.

La partecipazione non richiede un'assistenza tecnica e può avvenire tramite mandatario speciale, con procura che può essere scritta, senza formalità, sull'avviso di convocazione.

Il debitore, od il suo rappresentante se trattasi di ente collettivo, deve invece intervenire personalmente; solo in caso di assoluto impedimento verificato come tale dal giudice delegato, il debitore può farsi rappresentare da un mandatario speciale; tutto ciò però senza che l'eventuale assenza ingiustificata del debitore possa consentire l'adozione d'un provvedimento ai sensi dell'art. 173 l. fall. oppure una dichiarazione d'improcedibilità della domanda per sua rinuncia implicita, spettando unicamente ai creditori di valutare la condotta del debitore e di tenerne conto ai fini della votazione.

All'adunanza possono, infine, intervenire i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso, quali soggetti interessati nella prospettiva di cui all'art. 184l. fall.⁵⁹

Pertanto laddove, una volta decorsi i venti giorni successivi all'adunanza dei creditori di cui all'ultimo comma dell'art. 178 l. fall. non siano state raggiunte le maggioranze previste per l'approvazione del concordato, non potendo più il debitore modificare la proposta, il giudice delegato riferirà il tutto immediatamente al tribunale.

La norma non indica le modalità attraverso le quali il giudice delegato debba riferire al tribunale, né se l'accertamento del mancato raggiungimento delle maggioranze debba essere in qualche modo ufficializzato.

Ci si è quindi domandati se sia necessario un provvedimento formale con il quale il giudice delegato dichiari l'esito della verifica effettuata in ordine al mancato raggiungimento delle maggioranze e chiedi la convocazione del collegio, oppure se possa essere sufficiente una qualsiasi informativa del tutto

⁵⁹ L. JEANTET, Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa, Giuffrè, 2021, pp. 178 ss.

deformalizzata, oppure ancora se sia possibile che il giudice delegato si limiti a riferire al collegio nel corso di una riunione in camera di consiglio già fissata.

In ogni caso, pare indubbio che l'attività compiuta dal giudice delegato in ordine alla verifica sul raggiungimento delle maggioranze e alla informativa da rivolgere al tribunale, rivesta rilevanza meramente interna e che, quindi, l'eventuale provvedimento pur essendo reclamabile, non abbia natura decisoria e non rivesta carattere definitivo e non sia pertanto ricorribile in Cassazione ex art. 111 Cost.

A sua volta, il tribunale, adito dal giudice delegato, dovrà provvedere ai sensi del comma 2 dell'art. 162 l. fall. e cioè dovrà sentire il debitore in camera di consiglio e, con decreto, una volta verificata tutta la fase procedimentale delle votazioni, nel caso in cui confermi, il venir meno delle maggioranze rilevato dal giudice delegato, dovrà pronunciare l'improcedibilità della proposta concordataria. La norma in questione dispone che il tribunale su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall., dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto.

Qualora invece siano raggiunte le maggioranze di cui all'art. 177 l.f. il Tribunale fissa, ai sensi dell'art. 180 l.f., l'udienza per l'omologazione del concordato preventivo ed onera la proponente di notificare il decreto al Commissario Giudiziale e ai creditori dissenzienti (per tali intendendosi quelli che hanno manifestato espressamente voto negativo).

Attraverso l'esercizio della facoltà di opposizione, i soggetti a ciò legittimati possono investire il tribunale dell'accertamento di circostanze in fatto e in diritto che, sulla base dei motivi dedotti, ostano all'omologazione del concordato preventivo.

L'art. 180 l. fall., se da un lato individua nei creditori dissenzienti gli unici legittimati al *cram down*, dall'altro lato non individua espressamente i soggetti titolari della facoltà di opposizione.

Nel novero dei legittimati ad opporsi all'omologazione debbono essere anzitutto inclusi i creditori dissenzienti.

Devono parimenti ritenersi legittimati all'opposizione il commissario giudiziale e il pubblico ministero, la cui facoltà di partecipare a tutte le fasi della procedura concordataria implica anche la facoltà di opporsi all'omologazione a tutela dell'interesse pubblico.

La facoltà di opposizione è poi attribuita a qualunque "interessato", e cioè a *"chiunque sia portatore di un interesse giuridico, e non di mero fatto, che possa ricevere pregiudizio per effetto dell'omologazione"*⁶⁰.

Il riferimento all'interesse giuridicamente qualificato quale sola condizione di legittimazione all'opposizione consente di ricomprendere nella categoria degli "interessati", oltre ai soggetti terzi, anche i creditori concorsuali non dissenzienti.

Più in particolare, la locuzione "qualunque interessato", prevista dall'art. 180, comma 2, l. fall., non è necessariamente riferibile soltanto a soggetti diversi dai creditori, essendo invece suscettibile di ricomprendere anche i creditori che non abbiano votato favorevolmente alla proposta perché non convocati o, ancora, perché non ammessi al voto o perché astenuti.

Tali soggetti, infatti, prospettano un interesse diretto e attuale al giudizio per contrastare l'omologazione, in riferimento al trattamento loro riservato, al di là e in aggiunta a chiunque altro, a qualunque titolo, abbia interesse ad opporsi.

In ogni caso, la categoria degli "interessati" è suscettibile di comprendere ulteriori soggetti, quali i fideiussori dell'imprenditore, l'assuntore del concordato, i terzi che abbiano prestato garanzie per l'esecuzione del concordato e i soci illimitatamente responsabili della società in procedura.

Quanto alle modalità e ai tempi di proposizione dell'opposizione, è richiesto il deposito presso la cancelleria di una memoria di costituzione recante la manifestazione della volontà contraria all'omologazione. L'opposizione deve inoltre essere motivata, con specificazione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto sulle quali essa si fonda.

⁶⁰A. AUDINO, *Commentario breve alla legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 1196 ss.

Il giudizio di omologazione si conclude con un decreto motivato avente alternativamente ad oggetto: l'omologa del concordato, il diniego dell'omologa o la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo nei casi di cui all'art. 173 l. fall.

Differentemente rispetto a quanto previsto per i procedimenti camerale ordinari, il decreto deve essere motivato.

La motivazione deve dare adeguatamente conto delle verifiche e valutazioni svolte dal tribunale e delle risultanze dei mezzi di prova assunti e non può prescindere dal contenuto delle eventuali opposizioni motivando anche in relazione alle ragioni del loro rigetto.

Con riferimento all'ipotesi in cui sussistano i presupposti per l'omologa, ci si chiede se il tribunale sia o meno titolare del potere di modificare/integrare il piano e/o la proposta concordataria.

Al riguardo, parte della giurisprudenza di legittimità ha affermato che *“nel caso in cui i criteri dell'esecuzione proposti dal debitore concordatario non siano compatibili con la normativa vigente (...) il tribunale dispone del potere di integrare e modificare le modalità di esecuzione. In caso contrario, infatti, si verrebbe a codificare la possibilità di introdurre da parte del debitore modalità di esecuzione concordataria contra legem”*⁶¹

Al riguardo, può obiettarsi che il tribunale, in presenza di modalità esecutive del concordato che contrastino con norme inderogabili di legge, dovrebbe rigettare la domanda di omologa per il difetto del requisito della fattibilità giuridica senza esercitare alcun potere modificativo e/o integrativo dell'accordo intercorso tra il debitore proponente e i creditori assenzienti.

Il decreto ha dunque contenuto vincolato, in modo che il tribunale può omologare o meno il concordato, ma non può modificare e/o integrare la proposta concordataria o il piano recante le modalità esecutive della stessa ove vi siano incluse previsioni *contra legem*.⁶²

⁶¹ Cass. 15.7.2011, n. 15699, in Giust. civ., 2012, 9, I, 2020.

⁶² O. CAGNASSO – L. PANZANI, Crisi d'impresa e procedure concorsuali, 2016, Utet giuridica, pp.

Il decreto è comunicato al debitore e al commissario giudiziale, il quale provvede a sua volta a comunicarlo ai creditori ed è pubblicato a norma dell'art. 17 l. fall.

Per quanto concerne l'efficacia del decreto di omologa, è necessario distinguere a seconda che siano state o meno proposte opposizioni: ove non siano state proposte opposizioni, il decreto è definitivo in quanto non soggetto a gravame e diviene immediatamente efficace a decorrere dalla data del deposito in cancelleria; ove invece siano state proposte opposizioni, il decreto è provvisoriamente esecutivo, seppure non definitivo in quanto soggetto a reclamo.

Fermo quanto si dirà nel prosieguo in merito agli effetti del provvedimento di omologa e alla loro decorrenza, si rileva sin d'ora che la provvisoria esecutività del decreto è senz'altro riferibile all'effetto della chiusura della procedura, mentre analoga conclusione non appare ipotizzabile per quanto concerne gli effetti esdebitatori di cui all'art. 184, l. fall., stante il loro carattere costitutivo.

La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione il quale, ai sensi dell'art. 180, comma 6, l. fall. è provvisoriamente esecutivo.

Ne deriva che tutti gli effetti sostanziali e processuali del concordato si producono immediatamente, salvo che la proposta del debitore disponga diversamente in relazione a taluni di essi, ma si stabilizzano soltanto a seguito del decorso dei termini per l'impugnazione.

Dopo l'omologazione, occorre dare esecuzione al concordato preventivo secondo le previsioni formulate dal proponente e le modalità poste dal tribunale nel decreto di omologazione; il commissario giudiziale ha il compito di sorvegliare l'adempimento del concordato e di riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Se il concordato consiste nella cessione di beni e non è stato previsto diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione, determinando le altre modalità della liquidazione.

A seguito dell'adempimento del concordato, il debitore è liberato dei suoi debiti.

Nel caso, invece, di inadempimento che non sia di scarsa importanza, ciascuno dei creditori può chiederne la risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l. fall.

La pronuncia di risoluzione elimina retroattivamente gli effetti del concordato, compreso quello esdebitatorio dell'accordo. Il tribunale può dichiarare il fallimento del debitore, purchè, anche in tal caso, si accerti lo stato di insolvenza e sussista l'istanza di uno dei soggetti legittimati.

Il concordato omologato può essere anche annullato nei casi e con le forme previste dall'art. 138 l.f. per l'annullamento del concordato fallimentare.

L'istanza di annullamento, in particolare, può essere proposta, dal commissario giudiziale o da un creditore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo ovvero che si è sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.⁶³

La fase di esecuzione è l'ultima fase del concordato preventivo, durante la quale vengono posti in essere gli atti e i negozi necessari per adempiere agli impegni assunti dal debitore con il concordato.

Gli aspetti della fase di esecuzione comuni a tutte le tipologie di concordato preventivo sono essenzialmente i seguenti:

- (i) l'individuazione del momento iniziale della fase esecutiva;
- (ii) la disciplina di taluni organi della procedura;
- (iii) il trattamento dei creditori condizionali, contestati o irreperibili;
- (iv) la determinazione del momento in cui viene completata l'esecuzione del concordato.

La dottrina è divisa sull'individuazione del momento iniziale della fase di esecuzione del concordato: parte di questa ritiene che la fase di esecuzione del concordato inizi con il deposito in cancelleria del decreto di omologazione di cui all'art. 180 l. fall.11; altra parte della dottrina, facendo leva sul testo dell'art.

⁶³ V. TRIPALDI, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Giuffrè, 2011, pp. 357 ss.

181 l. fall. secondo cui “*la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell’articolo 180*”, sostiene che il momento iniziale della fase esecutiva del concordato coincida con il passaggio in giudicato del decreto di omologazione, che si verifica a seguito del mancato reclamo del suddetto decreto ovvero dell’esaurimento dei mezzi di impugnazione verso di esso.⁶⁴

La prima tesi appare preferibile, anche in ragione del fatto che il decreto di omologazione è espressamente definito “provvisoriamente esecutivo” dall’art. 180, comma 5, l. fall., sicché dal momento del deposito in cancelleria del decreto di omologazione sorge l’obbligo per il debitore di adempiere al concordato.

Gli organi deputati all’esecuzione di qualsiasi concordato sono: il tribunale, il giudice delegato e il commissario giudiziale.

Il ruolo del tribunale e del giudice delegato nella fase di esecuzione è piuttosto limitato.

Bisogna sottolineare come momento in cui si conclude la fase di esecuzione del concordato preventivo non è individuato dalla legge fallimentare, tuttavia il concordato può dirsi eseguito una volta soddisfatti i creditori nella misura indicata nella proposta, con le modalità e nelle tempistiche descritte nel piano concordatario.

In concreto, l’individuazione del momento conclusivo della fase di esecuzione può non essere agevole a causa dell’assenza di un apposito procedimento per accertare la compiuta esecuzione del concordato.

⁶⁴ S AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Le altre procedure concorsuali, Torino, 2014, pag. 382.

1.1. - La transazione fiscale nel concordato preventivo

La dottrina si è in più occasioni interrogata in merito alla natura della transazione fiscale, ed in particolare se questa sia concepita come un autonomo istituto oppure, al contrario integri una sorta di sub-procedimento.

Come analizzato in precedenza, in merito al primo orientamento l'Amministrazione finanziaria, tramite la risoluzione n. 3/E del 5 gennaio 2009, ha sottolineato che la presentazione della proposta di transazione, con la documentazione ad essa annessa, ha come fine quello di offrire all'Ufficio dell'Agenzia la possibilità di pronunciarsi sull'adesione o sul diniego della proposta, con ciò offrendo la possibilità di esprimere un dissenso autonomo e non rimanere vincolata al c.d. "principio di maggioranza" e agli atti esdebitatori del concordato.

In dottrina si è sostenuta la tesi secondo la quale, dal disposto letterale della norma, si evincerebbe l'autonomia e l'eventualità della transazione fiscale nel concordato preventivo.

Contrariamente alla soluzione prospettata quindi dall'Amministrazione finanziaria, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la transazione fiscale non costituisca un autonomo accordo con il Fisco, ma un sub-procedimento interno al concordato preventivo; tant'è che in caso di voto contrario alla proposta omologata, la posizione del credito fiscale rimarrebbe legata alle sorti del concordato.

In caso di omologa, la falcidia contenuta nella proposta diventerebbe vincolante sia per l'Erario che per gli altri creditori.

Seguendo la tesi della natura dipendente della transazione si giunge alla conclusione che l'accordo dividerà in un certo senso gli effetti e le sorti del concordato nelle sue fasi e l'Amministrazione resterà soggetta all'esito finale della votazione concordataria, anche se questa contrasti con il proprio voto.

In determinati casi però, alcuni effetti della transazione, come ad esempio il consolidamento del debito fiscale si realizzano solo dal momento in cui l'Amministrazione finanziaria presta un'adesione espressa.

Nel caso di voto contrario nel concordato preventivo l'Amministrazione finanziaria avrà facoltà di proporre solo opposizione in sede di omologazione del concordato secondo quanto disposto dall'art 180, quando sia stato presentato un concordato con classi.⁶⁵

Quest'ultima soluzione è stata confermata dalla giurisprudenza, la quale ha sostenuto che *“la transazione fiscale inserita in un piano di concordato preventivo è priva di autonoma rilevanza e la sorte dei crediti tributari privilegiati resta legata alla volontà della maggioranza dei creditori e prescinde dalla adesione dell'Amministrazione finanziaria”*⁶⁶.

Bisogna sottolineare il fatto di come si siano susseguite nel tempo una serie di orientamenti sulla opzionalità della transazione fiscale.

Nelle note sentenze gemelle nn. 22931 e 29932 del 4 novembre 2011 enunciate dalla Suprema Corte, la proposta veniva inquadrata come una sorta di opzione attivabile dal contribuente debitore.

Dette sentenze hanno enunciato in un certo senso la non necessarietà dell'istituto, non solo per l'indicazione fornitaci dall'art 182-ter quando fa riferimento alla possibilità del debitore per il pagamento parziale o dilazionato dei debiti tributari, ma anche in merito ad altre considerazioni, quali ad esempio il fatto che si dovrebbe ritenere che tutti i crediti con privilegio anteriore rispetto a quelli fiscali dovrebbero essere soddisfatti per intero, e per il fatto che non sia stata attribuita all'Erario una posizione distinta e privilegiata rispetto agli altri creditori.

La posizione della dottrina maggioritaria⁶⁷ tendeva a qualificare la transazione fiscale come un procedimento endoconcorsuale facoltativo, eventuale ed accessorio rispetto alla procedura concorsuale, per la ragione che era rimessa al debitore la possibilità di presentare l'istanza di transazione per conseguire gli effetti di stabilizzazione del debito tributario.

⁶⁵ G. BERDANI, *L'ambito di operatività della transazione fiscale nel concordato preventivo: rassegna ragionata di dottrina e giurisprudenza*, il fisco n.43 del 2012, pag. 6908.

⁶⁶ Cfr. Trib. di Pescara, 2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. 1630.

⁶⁷ Cfr. F. MARELLI, *Approvazione della proposta e transazione fiscale*, in *Il Fallimento*, 2011, pp. 1211 ss.

Una giurisprudenza minoritaria, prendendo le mosse dall'imperatività delle regole di carattere speciale inserite nell'art 182-ter sosteneva invece l'obbligatorietà dell'instaurazione della transazione fiscale.

La Corte di Cassazione ha invece fatto proprio il primo dei due orientamenti, sancendo così la natura non necessaria della transazione fiscale concepita, invece, come facoltà del debitore. La facoltatività della transazione può desumersi dalle peculiarità dell'istituto stesso ed in particolar modo dal ruolo che, ad avviso della Corte, il legislatore avrebbe inteso offrire all'Erario nella partecipazione alla procedura di concordato.

La Cassazione rileva come nel concordato con transazione si ottiene il vantaggio della "certezza" sull'ammontare del debito e della maggior "trasparenza" della proposta di concordato con la possibilità di ottenere il voto favorevole del Fisco e degli altri creditori, con lo svantaggio, però, di dover accogliere le pretese erariali come chieste dagli Uffici.

Nel caso di concordato privo di transazione invece, il debitore ha facoltà di contestare la pretesa tributaria e di definire la percentuale soddisfattiva in base alle regole del concordato preventivo, ma con la eventualità di non avere la certezza del consenso del Fisco. La Corte ritiene che tale consenso non risulti indispensabile né decisivo per l'approvazione e per l'omologazione del concordato.

Qualora si optasse per l'obbligatorietà della procedura transattiva, secondo i giudici di legittimità potrebbero presentarsi delle difficoltà per l'accesso alla procedura di concordato per il debitore che non abbia intenzione di conformarsi alle condizioni dell'Erario.

Inoltre, riteneva che il principio di infalciabilità dell'IVA derivasse dalla disposizione contenuta nell'art 182-ter l.f., poiché in relazione a tale imposta, la proposta di transazione può ricomprendere solo la dilazione del pagamento.

Si riteneva che tale regime dell'imposta derivasse dalla specifica matrice del tributo, nel senso che dovesse essere ricompreso tra i tributi che costituiscono risorse proprie dell'Unione Europea.

Si sosteneva che, in virtù della natura dell'IVA, la disposizione che ne esclude la falcidiabilità non poteva ritenersi altro che norma sostanziale, e come tale capace di esplicare la propria efficacia anche all'esterno del contesto procedimentale della transazione, e quindi tale da vincolare il trattamento del credito, a prescindere dalla presentazione di proposte di transazione con il Fisco.

68

La Corte sottolineava che la disposizione di natura sostanziale in merito all'esclusione della sua falcidia, dovesse ritenersi di natura eccezionale. Veniva garantito così all'IVA un trattamento inderogabile e peculiare si specificava che i crediti con privilegio anteriore non dovessero tutti ricevere un trattamento analogo.

Quindi ne consegue che il trattamento peculiare offerto dal legislatore al credito Iva non deve essere in un certo senso individuato nell'ambito della disciplina della graduazione dei crediti, con riferimento all'articolo 160, comma, secondo il quale, nel caso di concordato suddiviso in classi, il trattamento di ciascuna classe "non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Per quel che riguarda il concordato con suddivisione in classi, la soddisfazione integrale del credito IVA non presuppone la piena soddisfazione dei crediti con ordine di privilegio preferibile: i giudici sembravano consapevoli del fatto che il processo concordatario non sarebbe stato attuabile poiché dovevano essere soddisfatti la totalità dei crediti anteposti al grado dell'IVA.

In conclusione, dalle sentenze esaminate, si rileva che da un lato i giudici di legittimità avevano affermato la facoltatività della transazione fiscale, e dall'altro avevano sancito l'intangibilità dell'IVA; cioè l'inammissibilità della presentazione di proposte di concordato senza la transazione fiscale in cui non sia individuata l'integrale soddisfazione di quest'ultima⁶⁹.

Con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 13 gennaio 2017, n. 760, si è trattato uno dei temi più complessi del nuovo ordinamento

⁶⁸ In tal senso, V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, pag. 263.

⁶⁹ Si veda *La natura "opzionale" della transazione fiscale e il necessario soddisfacimento dell'IVA nel concordato preventivo* di Francesco Nicoletti, "il fisco" n. 9 del 2012, pag. 1-1289.

concorsuale, cioè quello della falcidiabilità dell'IVA nel contesto del concordato preventivo di cui ne abbiamo discusso nel primo capitolo, ma è doveroso soffermarci nuovamente per comprendere appieno l'evoluzione della transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo.

In seguito alla rimodulazione dell'art 182-ter, dovuta all' art 1, comma 81, L. 11 dicembre 2017, n. 232 (c.d. legge di stabilità 2017) è stata prevista l'obbligatorietà del procedimento.

L'orientamento seguito dalla Corte nelle sopra menzionate sentenze gemelle oltre ad avere indotto parte della dottrina a criticare il tutto, aveva riscontrato una consistente resistenza da parte dei giudici di merito ed aveva suscitato dei dubbi in merito alla copertura costituzionale.

Infatti il Tribunale di Verona, con ordinanza del 10 aprile 2013, dopo aver espresso in commento la propria condivisione di pensiero con la tesi della cassazione sulla natura sostanziale della disposizione che escludeva l'IVA da quelli che possono formare oggetto di falcidia ed alla inammissibilità di una domanda di concordato preventivo senza transazione fiscale che prevedesse il pagamento in misura parziale del tributo in questione⁷⁰, aveva rilevato che dalla lettura del combinato disposto degli articoli 160 e 182-ter potesse emergere un contrasto con il principio del buon andamento ex art. 97 Cost. sia con il principio di uguaglianza ex. art. 3 Cost, investendo della questione la Consulta.

La Corte, con sentenza del 25 luglio 2014, n. 225, in seguito ad una analisi attenta delle norme dell'ordinamento comunitario, anche in materia di IVA, nonché delle sentenze della Corte di Giustizia Europea, che si sono pronunciate sulla legittimità delle norme riguardanti i condoni tributari, rigettava la censura di incostituzionalità scorta dal giudice remittente.

Affermava di non ravvisare “profili di intrinseca irragionevolezza” nella disciplina dettata dal disposto degli artt. 160 e 182-ter della legge fallimentare, la quale, ai fini dell'ammissibilità del piano di concordato contenente una proposta di transazione fiscale, regola diversamente il

⁷⁰ Cass. 4 novembre 2011, n. 22931 e 22932, cit.; Cass. 16 maggio 2012, n. 7667, cit.; Cass. 30 aprile 2014, n. 9541

credito erariale IVA, riservando ad esso un trattamento necessariamente differenziato, non solo rispetto ai crediti privilegiati in generale, ma anche nei confronti degli altri crediti tributari assistiti da privilegio.

Oltre che sull'inammissibile raffronto tra fattispecie normative eterogenee - che riflette, come si è detto un'opzione del legislatore interno necessitata dalla peculiare disciplina dell'IVA derivante dalle regole comunitarie - la non fondatezza della questione riposa, altresì, sul rilievo che la norma interna, in materia di transigibilità del credito IVA è, di per sé, disciplina eccezionale rispetto al principio dell'indisponibilità della pretesa erariale.

Come affermato da questa Corte *“non costituisce fonte di discriminazione costituzionalmente rilevante il fatto che il legislatore abbia delimitato l'ambito di applicazione della norma, in quanto [...] non è fonte di illegittimità costituzionale il limite all'estensione di norme che, come quelle in esame, costituiscono deroghe a principi generali”*.

Anche questa decisione non era sembrata molto convincente, per il fatto che la pronuncia di infondatezza riguardava la falciatura dell'Iva nel contesto della proposta di concordato con connessa transazione fiscale, della cui copertura costituzionale nessuno aveva mai avuto dubbi.

La questione fu sottoposta al vaglio della Corte di Lussemburgo, che anche sulla base dei principi enunciati nella Comunicazione n. 2007/C272/05 del 15 novembre 2007 della Commissione europea sul recupero degli aiuti di Stato illegali presso imprese beneficiarie che si trovino in stato di crisi, con la sentenza del 7 aprile 2016, causa C-564/14, si esprimeva favorevolmente sulla compatibilità della falciatura dell'IVA, nell'ambito del concordato preventivo con il diritto dell'Unione Europea.

Nello specifico i giudici della Corte di Lussemburgo, hanno sancito il principio in base al quale *“l'art. 4, paragrafo e, TUE nonché gli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto, non ostano a una normativa nazionale [...] interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante*

la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento".

La Corte una volta risolto il problema legato al primo postulato si è soffermata sulla natura sostanziale ed eccezionale della previsione dell'infalciabilità del credito IVA di cui all'art. 182-ter ed alla sua applicabilità ad ogni ipotesi di concordato preventivo con debiti tributari.

Tale pronuncia, una volta ricostruito la normativa di riferimento e dopo aver sottolineato la facoltatività del ricorso alla transazione quale elemento eventuale della proposta di concordato, risolve anche questo problema, mettendo in risalto l'illogicità di tale ragionamento.

Le Sezioni Unite affermano che, chi sostiene la tesi dell'infalciabilità del credito Iva in qualsiasi ipotesi di concordato preventivo rivela immediatamente la fragilità delle sue basi, se si consideri da un canto la nota relatività della distinzione tra norme processuali e norme sostanziali, dall'altro la inafferrabilità di un concetto di norma eccezionale ancorato al solo rapporto tra regola ed eccezione, che renderebbe eccezionali pressoché tutte le norme giuridiche, tanto in rapporto di eccezione le une con le altre.

Processuale o sostanziale che sia, infatti, la regola dell'infalciabilità del credito IVA è inclusa nella disciplina speciale del concordato preventivo con transazione fiscale. E non si può pretendere di estenderla ai casi regolati dalla disciplina generale del concordato preventivo senza transazione.

Certo, nell'ambito della disciplina speciale del concordato con transazione fiscale, la infalciabilità del credito Iva rappresenta un'eccezione alla regola della falciabilità dei crediti privilegiati anche tributari. Ma questa eccezione non può estendersi automaticamente oltre l'ambito di applicazione della disciplina speciale in cui è inclusa, come dimostra il fatto che la sua applicazione al procedimento di composizione della crisi da sovra indebitamento ne ha richiesto l'espressa previsione nell'art. 7 della legge 27 gennaio 2012 n. 3.

È un argomento retoricamente efficace, ma logicamente scorretto, quello che presume di applicazione “universale” una norma qualificata eccezionale solo perché prevede un’eccezione nell’ambito di una disciplina di per sé speciale. Un simile ragionamento - prosegue la Cassazione - potrebbe avere un fondamento logico solo se si ipotizzasse l’obbligatorietà della transazione fiscale, ma allorché si escluda che essa debba necessariamente accompagnare ogni ipotesi di concordato preventivo con debiti tributari, deve conseguentemente riconoscersi che la regola dell’infalciabilità operi solo per la transazione fiscale.

Il quadro normativo come detto più volte è cambiato. La legge di stabilità 2017 ha riformulato nel complesso l’articolo 182-ter l.f., che si intitola “Trattamento dei debiti tributari e contributivi” in luogo della precedente “Transazione fiscale”, rendendo obbligatorio, invece che facoltativo, il procedimento nel caso in cui la proposta di concordato avesse ad oggetto debiti tributari e/ o contributivi, come sancito dal comma 1 della disposizione aggiornata.⁷¹

1.2 - La classificazione obbligatoria del debito fiscale e previdenziale

I giudici di legittimità in una nota sentenza⁷² hanno posto le basi per una tesi secondo la quale, il concordato alle volte viene utilizzato per perseguire dei fini fraudolenti ed il rimedio utilizzato in questo contesto sarebbe quello dell’abuso di diritto.

Questo tema è stato trattato dalle corti di merito più volte e lo si è evocato per offrire nuovamente ai giudici un controllo di merito sulla proposta che le regole formali forse ne escluderebbero l’applicazione.

Se ne è parlato in relazione all’istituto delle classi di creditori. La decisione di suddividere i creditori in classi omogenee per tutelare le garanzie dei creditori di minoranza si è evoluta in un metodo per eludere la *par condicio*,

⁷¹E. STASI, *La transazione fiscale secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, Il Fallimento n. 3/2017.

⁷² Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in Foro.it., 2011, I, 2118.

in quanto la costituzione di classi fittizie potrebbe condurre alla formazione di maggioranze, e così facendo si limiterebbero i diritti dei creditori di minoranza.

Nel caso si percorra la via dell'abuso di diritto, bisogna rispettare le conseguenze da esso derivanti.

Può essere oggetto di abuso tanto il comportamento del debitore che propone un concordato a danno dei creditori, quanto l'espressione del voto favorevole del creditore. Non si può escludere pertanto che la condotta abusiva sia riconducibile a chi abbia espresso il suo dissenso per motivi strumentali e che invece non riguardano l'interesse comune dei creditori.

La proposta contenente una suddivisione del ceto creditorio per classi esprime una deroga al principio di cui all'art 2741 c.c.⁷³ che enuncia il principio della "*par condicio creditorum*", fatte salve le cause di prelazione.

Tale principio è espressione di una deroga anche in relazione ai motivi processuali, come si verifica nella esecuzione singolare quando un creditore tardivo è posposto agli altri.

Anche dal punto di vista processuale possiamo rilevare come si verifichi un trattamento differenziato tra creditori di uguale grado.

Nelle ipotesi delle classi di creditori, il beneficio deriva da un riparto asimmetrico delle risorse in quanto non vi è una relazione intercorrente tra vantaggio e patrimonio. Il frazionamento del patrimonio indica la volontà di rendere diseguale il principio generale della responsabilità patrimoniale universale, si pensi al *trust* anche se è un istituto che ha poco a che vedere con la previsione di cause legittime di prelazione.

La suddivisione in classe dei creditori è riservata a coloro i quali fruiscono della stessa posizione giuridica.

Classi e privilegi sono entità distinte, anche se la concessione di un privilegio non esclude la possibilità di suddividere i creditori in classi. Il divieto di pagamento di crediti di rango inferiore non esclude una proposta che preveda un pagamento sino ad una certa soglia della graduazione. E quindi si può fare

⁷³ Art. 2741 c.c.: "*I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche*".

presente che a ciascun creditore sia riservato un trattamento differente rispetto agli altri.

Il rischio di un contrasto tra l'art 160 l. fall e l'art 2741 c.c. è presente e non va esclusa un problema di costituzionalità della prima norma, se la classe non può essere sullo stesso piano della causa di prelazione.

È probabile che la formazione delle classi si ponga come una scelta del legislatore di eguale valore sostanziale rispetto alla immissione di un nuovo privilegio, ed in tal caso si accetta la deroga all'art 2741 c.c., ma allo stesso tempo sorge un ulteriore problema.

Scegliere un creditore rispetto ad un altro, sempre che non irragionevole, è sicuramente una previsione legittima ma è suscettibile di sindacato. Non essendovi una disciplina di riferimento sulla formazione delle classi, la scelta del debitore sull'indirizzo dei creditori nelle rispettive classi renderebbe in un certo senso irragionevole il trattamento dei creditori o comunque renderebbe sindacabile sempre questo trattamento.

Le classi vengono create nella fase satisfattiva, quando le scelte di valore sono compiute, e le alterazioni successive inciderebbero negativamente sui principi di eguaglianza sostanziale.

La suddivisione dei creditori in classi, da un lato fa sì che le posizioni relative al consenso risultino omogenee, dall'altro è utile ai fini del valore del funzionamento dell'accordo. Il fine dell'accordo lo si raggiunge tramite la classe; parliamo di un istituto che non può essere assimilato ai privilegi.

Il legislatore ha consentito al proponente di offrire trattamenti differenziati ai creditori purchè l'accettazione di tali trattamenti avvenga con la regola della maggioranza.

Il concordato in sostanza è una procedura concorsuale che mira alla risoluzione della crisi d'impresa e si persegue con misure differenti rispetto alle altre procedure poiché si ispira alla funzionalizzazione del concorso al miglior soddisfacimento dei creditori, anziché alla tecnica della *par condicio creditorum*.

Il *vulnus* negli accordi di ristrutturazione dei debiti, invece, risiede nella natura stragiudiziale di tali accordi poiché è probabile che non si verifichi il raggiungimento dell'accordo con la totalità dei creditori; questo sia sotto il

punto di vista della revocazione sia nell'ipotesi di mancato successo del piano di ristrutturazione.

Ad esempio, l'obbligo di pagamento integrale si rivolge solo ai creditori non aderenti, di contro l'adesione degli altri ha fatto ritenere anche che non sia necessario, nell'effettuazione del pagamento di questi ultimi, il rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

Successivamente alla riforma del 2005, vi era chi sosteneva che nell'accordo fosse non solo possibile dividere i creditori in classi, ma che fosse possibile tra i creditori un trattamento differenziato.

L'accordo, tra i creditori finanziari, può individuare una o più categorie che abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei; i creditori finanziari così potranno o costituire una macro-categoria, oppure, possono essere ripartiti in più categorie in ragione della omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici. In relazione all'operatività del criterio dell'omogeneità che deve caratterizzare la formazione della classe, pare che si possa fare riferimento al metodo di formazione delle classi adottate nel concordato preventivo ai sensi dell'art. 163, comma 1, l. fall.

La formazione delle classi è strumentale alla produzione degli effetti che derivano da tali accordi: cioè la possibilità di estendere, a determinate condizioni, anche ai creditori finanziari non aderenti.⁷⁴

Come già detto, l'art. 16, comma 5, D.gs. n. 169 del 2007, decreto correttivo emesso in attuazione della legge delega, ha inserito alcune modifiche riguardanti l'art. 182-ter, tra cui possiamo menzionare l'applicabilità della transazione fiscale, oltre che nel concordato preventivo, anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Bisogna osservare come l'art. 32, comma 5, D.L. 29 novembre 2008, n.185, abbia previsto l'applicabilità della transazione fiscale anche per i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; il divieto del trattamento differenziato del credito tributario rispetto a quello degli altri creditori chirografari, ovvero, nel caso di

⁷⁴ L. DEL FEDERICO, *La transazione fiscale*, in *Le riforme di procedure concorsuali*, A. Didone, Milano 2016, pag. 1961

suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è sancito un trattamento più favorevole.

Inoltre, in virtù delle modifiche apportate dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, “Misure urgenti di stabilizzazione finanziaria e competitività economica”, hanno in un certo senso stabilizzato la salvaguardia degli interessi erariali.

Per quel che concerne invece il trattamento dei crediti assistiti da prelazione, l’art. 182-ter l. fall. sancisce che nel caso di proposta di pagamento di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota degradata del credito al chirografo debba essere inserita in una classe apposita. Quindi si dispone un classamento obbligatorio e che il credito erariale o previdenziale degradato debba essere inserito in una apposita classe, che deve essere distinta dalle altre.

Il fine di tale classamento è quello di evitare fenomeni di neutralizzazione del voto degli enti interessati e di rinvigorirne la posizione, considerando la precisa natura di detti crediti.

Soffermandoci sull’ultimo periodo del comma 1 dell’art. 182-ter l. fall.; va inserita in una apposita classe la quota intera di credito munito di privilegio degradato al chirografo, senza che si consideri il possibile differente grado di privilegio che assiste le corrispondenti ragioni di credito soddisfatte in maniera integrale dalla amministrazione finanziaria e/o dagli enti previdenziali ed assistenziali.

Uniformandoci sempre alla lettera della norma, il classamento sembra avere ad oggetto la sola quota di credito degradata al chirografo e non invece il credito chirografario *ab origine*, che dovrebbe avere una diversa collocazione.

Si rileverebbe in tal caso, però, una duplicazione delle classi che fanno capo agli stessi soggetti (erario ed enti contributivi) che finirebbe così per assegnare a questi ultimi una posizione che li possa condizionare per il raggiungimento della maggioranza delle classi ed un tutela, che potrebbe rivelarsi esagerata.

Risulta chiaro, invece, se il complessivo credito per tributi e contributi degradato debba essere inserito in una classe apposita o se il classamento autonomo debba riferirsi anche a ciascuna tipologia di credito, con la

costituzione di una classe per il credito erariale degradato ed una classe per il credito previdenziale degradato.

Risulta di straordinaria importanza il contributo apportato dal legislatore che ha fatto riferimento all'aggettivo "apposita" e non "unica" per definire la classe dove circoscrivere tali crediti. Questa soluzione permetterebbe di differenziare i trattamenti senza incidere sul fine ultimo della norma.

Con riferimento al trattamento dei crediti muniti di privilegio degradati al chirografo, nonostante la loro parificazione con i crediti chirografari *ab origine* disposta dall'art. 177, comma 3, 1. fall. dovrebbe applicarsi il regime sancito dallo stesso art. 182 ter 1. fall. per quest'ultimi, e quindi, il trattamento non dovrebbe essere differenziato rispetto a quello dei creditori cui è offerto un trattamento più favorevole.

In merito al trattamento dei crediti chirografari previsto già dall'art 182 ter 1. fall. nulla è cambiato, tranne il fatto che, disciplinando la nuova disposizione esclusivamente il trattamento dei tributi gestiti dalle agenzie fiscali ed i contributi gestiti dagli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria, ai menzionati crediti dovranno essere garantite condizioni non oggetto di differenziazione rispetto a quelle degli altri creditori chirografari, ovvero, nell'ipotesi di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.⁷⁵

2 - Gli accordi di ristrutturazione

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex 182-bis*, è stata rimodulata dalla riforma del 2012, anche se rimane dubbia l'ipotesi secondo la quale questi possano essere annoverati nel contesto delle procedure concorsuali.

In generale per potersi parlare di procedura concorsuale è necessaria la compresenza di una serie di elementi tra cui:

⁷⁵ M. SPADARO, *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il nuovo art. 182 ter 1. fall.*, Il Fallimento.

- (i) un provvedimento giudiziale di apertura che indichi la nomina di un organo a cui affidare la gestione della procedura;
- (ii) l'universalità degli effetti, tanto sul lato attivo, quanto sul lato passivo;
- (iii) l'apertura del concorso fra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari;
- (iv) il principio della parità di trattamento tra i creditori;
- (v) l'esistenza di una collettività di creditori globalmente intesa e sostenuta dal principio maggioritario.

Nonostante le opinioni dissenzienti di alcuni⁷⁶, si dovrebbe ritenere condivisa la conclusione secondo cui vi sia un difetto in relazione ai requisiti di concorsualità, anche se tutt'ora vi sono delle dispute giurisprudenziali e dottrinali in merito.

In ogni caso, l'accordo di ristrutturazione si fonda sull'assenso di tanti creditori che rappresentino almeno il 60% del totale.

Nell'ambito dell'art. 182-bis l.f. il legislatore tutela anche i creditori estranei, cioè quelli che non hanno aderito all'accordo, prevedendo che debbano essere soddisfatti integralmente entro centoventi giorni dall'omologazione dell'accordo ovvero, se non ancora scaduti, entro centoventi giorni dalla loro scadenza.

Nel caso in cui sia raggiunta l'anzidetta soglia, l'attestatore dovrà accertare che il debitore sia in grado di soddisfare i creditori estranei all'accordo, nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge.

Sin dalla sua introduzione, l'art 182-*bis* ha riscontrato poco successo pratico, poiché la previsione al primo comma prevedeva il cosiddetto "regolare pagamento" dei debiti; tale indicazione era ritenuta una delle cause principali di incertezza.

Risultava molto raro, che un imprenditore in stato di crisi fosse in grado di pagare per intero ed alla scadenza fino al 40% dei debiti contratti.

⁷⁶ E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, pag. 82.

La riforma è intervenuta per rendere di più facile applicazione l'istituto, introducendo nella parte finale del primo comma, che l'accordo deve risultare idoneo *“ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione”*.⁷⁷

Ci si chiede inoltre se sia contemplabile un accordo di ristrutturazione che abbia natura meramente dilatoria, e quindi che non preveda la risoluzione della crisi attraverso l'estinzione delle obbligazioni, naturalmente con i creditori aderenti, ma semplicemente la dilazione di adempimento delle obbligazioni.

Bisognerebbe in un certo senso distinguere la previsione o meno della liquidazione dell'azienda; e quindi osservare se l'attività d'impresa si estingua oppure se l'azienda venga ceduta a terzi, e quindi valutare di prendere in considerazione anche solo la ristrutturazione dei debiti.

Nel caso in cui, invece, sia prevista la continuazione dell'attività di impresa, l'accordo, per ritenersi valido, dovrebbe avere ad oggetto l'estinzione dei debiti in presenza di un piano che individui le cause della crisi ed i rimedi che si intendono porre in essere per evitare che si ripresenti.

Non dilungandoci troppo sulla questione in merito, è importante segnalare che il termine *“ristrutturazione”* non deve trarre in inganno, in quanto la finalità principe dell'istituto non è mirata al conseguimento di un riequilibrio finanziario, bensì alla ristrutturazione *“dei debiti”*, che è cosa diversa dal concetto di azienda e di impresa.

Gli accordi presentano, quindi, un indefettibile elemento negoziale che ne rappresenta il presupposto indispensabile, ma anche degli aspetti procedurali; pur essendo in un certo senso validi ed efficaci tra debitore e creditore sono comunque soggetti ad una valutazione del provvedimento omologatorio.

Uno degli aspetti caratteristici di tale procedura è rappresentato dalla possibilità di porre al riparo dall'azione revocatoria fallimentare, gli atti

⁷⁷ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, il Fallimento 10/2012.

compiuti in esecuzione degli accordi, nel caso in cui la crisi non sia superata e si sfoci nel fallimento. Ciò si verifica nel caso in cui gli accordi siano pubblicati nel registro delle imprese vengano omologati dal Tribunale.

Dalla pubblicazione dell'accordo sorge il divieto per i creditori anteriori di perseguire azioni cautelari o esecutivi individuali per un lasso di tempo pari a 60 giorni.

Quanto alla risoluzione invece sono sorti una serie di problemi inerenti alla disciplina da applicare.

Occorre constatare come non si registri unanimità di vedute in dottrina in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata esecuzione dell'accordo.

Tale mancanza di unanimità, almeno per una parte, è l'evidente riflesso della non univocità di indirizzi relativamente alla ricostruzione della natura dell'accordo di ristrutturazione omologato.

In relazione al quadro normativo anteriore al "correttivo" del 2007, i sostenitori della natura concordataria dell'istituto affermavano l'applicabilità degli artt. 137 e 138 della legge fallimentare, in tema di risoluzione e di annullamento del concordato preventivo salvo poi a riconoscere la "stabilità degli effetti" degli atti compiuti nel frattempo in esecuzione del piano omologato.

Anche tra i sostenitori della "concorsualità" dell'accordo, seppur non della riconducibilità dello stesso al concordato, non pare esservi uniformità di opinioni in merito alle conseguenze della mancata esecuzione.

Da un lato, si assume che i creditori aderenti potrebbero trovare la propria tutela nei mezzi negoziali, mentre resterebbe aperta ai creditori non aderenti la strada della istanza di fallimento, la cui eventuale declaratoria peraltro non inficierebbe l'efficacia degli atti esecutivi dell'accordo.

Dall'altro, si ritiene che neppure l'annullamento e la risoluzione dell'accordo inteso come "contratto" potrebbero essere utilmente invocati una volta intervenuta l'omologa: in questa situazione il possibile azionamento dell'art. 137 resterebbe sostanzialmente privo di una ragione di interesse poiché resterebbero salvi gli effetti degli atti compiuti nell'eventuale successivo fallimento, potendosi allora ipotizzare unicamente la proposizione di una

istanza di fallimento, salva la facoltà per il debitore di presentare una domanda di concordato preventivo.

Sempre nella prospettiva di una non illimitata applicabilità della disciplina generale dei contratti, si è talora ritenuto non proponibile il ricorso a strumenti di autotutela preventiva, quali la decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.* e la sospensione della prestazione *ex art. 1461 c.c.*

I sostenitori della natura puramente negoziale degli accordi ritengono pienamente operativo lo strumento risolutivo *ex artt. 1453 ss. c.c.* e anche, ricorrendo vizi del consenso, l'annullamento dell'accordo, per quanto riguarda ovviamente la posizione dei creditori aderenti per i quali è stata in dottrina sostenuta anche la possibilità di ricorrere in sede camerale per la revoca dell'omologazione; i creditori non aderenti potrebbero promuovere un'azione di cognizione volta ad ottenere l'accertamento dell'inadempimento, ed anche l'istanza volta ad ottenere la dichiarazione di fallimento.

In dottrina si è ipotizzato anche il caso della risoluzione parziale dell'accordo da parte di uno soltanto dei creditori in caso di inadempimento di non scarsa importanza: si è al riguardo ritenuto che, in questo caso, il creditore dovrà essere trattato come tutti gli altri non aderenti (beninteso per l'ipotesi in cui il "venir meno" di quell'aderenti non comporti riduzioni della percentuale degli aderenti al di sotto del limite del 60% dei crediti e che il pagamento integrale del receduto non comporti conseguenze sul trattamento degli altri creditori "originariamente non aderenti").

Con riferimento, invece, alle eventuali controversie nascenti dalla esecuzione dell'accordo, si è ritenuto non sussistere la competenza del tribunale fallimentare avendo allora il giudizio oggetto diritti di obbligazione.

Si è infine sostenuto che, quali che siano le vicende successive alla definitività del decreto di omologazione risoluzione dell'accordo, dichiarazione di fallimento, comunque non potrebbe venir meno l'effetto della esenzione dell'azione revocatoria.⁷⁸

⁷⁸A. DIDONE, *Le riforme delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2016, pp. 2022 ss.

2.1 - La transazione fiscale negli Accordi di ristrutturazione dei debiti

La riforma fallimentare del 2007 ha conferito al debitore la possibilità di ricorrere alla transazione fiscale anche nel contesto degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Dal punto di vista oggettivo, l'ambito di applicazione è lo stesso previsto per la proposta nel concordato preventivo di cui all' art 182-ter, comma 1, l. fall.

La proposta deve rispettare gli stessi criteri in merito al trattamento dei crediti tributari e contributivi trattati al comma 1 nel contesto del concordato preventivo, solo in relazione al trattamento previsto per gli altri creditori che aderiscono all'accordo.

Equivalente è anche l'obbligo di allegazione alla proposta dei documenti elencati nel più volte menzionato comma 1.⁷⁹

Secondo quanto previsto dal quinto comma dell'art. 182-ter il debitore ha la facoltà di presentare la proposta di transazione fiscale anche nell' ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art 182-bis.

Con la riforma del 2010, l'istanza deve essere corredata, come previsto nell'ambito della proposta di concordato preventivo nella transazione fiscale, dall'ingente documentazione risultante dall'art 161 della legge fallimentare.

L'aspetto di maggior rilievo va riscontrato nel fatto che la dilazione o la remissione del credito da parte dell'erario nell'ambito della proposta transattiva non dipendono dalla volontà della maggioranza, bensì dall'espresso consenso del titolare del diritto.⁸⁰

Come previsto per il concordato preventivo, anche in questo caso, al fine della valutazione positiva della proposta, si effettua una distinzione tra la

⁷⁹ G. SGARAVATO - E. SGARAVATO, *Diritto e Pratica Tributaria* n. 1 del 2019, pag. 378.

⁸⁰ M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, 2017 Padova, CEDAM pp, 178 ss.

generalità del credito e gli oneri di riscossione di cui all'art. 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n.112.

In merito agli effetti processuali, si sostiene che l'omologazione dell'accordo da parte del tribunale faccia scaturire la cessazione delle liti che hanno ad oggetto i tributi che rientrano nella transazione.

La manovra del 2010 aveva introdotto la "revoca" automatica della transazione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, nell'ipotesi in cui il debitore, entro il termine di 90 giorni dalle scadenze stabilite, non effettui i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali ed agli enti gestori delle forme di previdenza ed assistenza obbligatorie.

Questa "revoca", è stata sostituita dalla "risoluzione" a seguito delle novità introdotte dalla novella del 2016.⁸¹ Quindi a seguito di inadempimento, l'accordo eventualmente concluso con l'Agenzia delle entrate viene risolto di diritto.

È frequente, tuttavia, che passi un lasso di tempo consistente tra la sottoscrizione della transazione fiscale con l'Agenzia delle entrate e l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art 182-bis, da parte del competente Tribunale.

È probabile che si verifichi l'inadempimento durante quel periodo di incertezza ed è preferibile inserire nella proposta di transazione una clausola che preveda che tutti i pagamenti verranno eseguiti.

Per regolamentare il caso in cui la definitività del provvedimento di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dovesse verificarsi in un momento successivo rispetto alle scadenze previste dalla proposta transattiva, sarebbe preferibile prevedere che il pagamento delle rate precedenti alla data di omologazione definitiva dell'accordo verrà corrisposto entro uno specifico termine da tale data, senza che il tutto provochi alcuna modifica per le successive scadenze.

Il nuovo art. 182-ter presenta delle novità rilevanti in merito alle trattative che precedono la stipulazione dell'accordo di ristrutturazione.

⁸¹ M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, op. cit., p. 184

L'attestazione di cui all'art 182-*bis* 1. fall., comma 1, riguardante i crediti fiscali, deve valutare anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alle potenziali alternative. La norma fa riferimento al fatto che ciò costituisce oggetto di valutazione da parte del tribunale.

L'attestazione riguardante la convenienza del trattamento per i crediti fiscali giunge dopo la conclusione dell'accordo con il fisco ed in occasione dell'omologazione, con la valutazione del professionista ed un controllo del tribunale sulla fattibilità del trattamento stabilito tra le parti che si concretano in una verifica *ex post* dell'operato della Amministrazione finanziaria che ha accettato l'accordo.

Non è improbabile che l'Amministrazione finanziaria rimanga inerte negando l'adesione e inibendo il ricorso allo strumento quando si abbia il timore di vedere censurate le proprie decisioni dal professionista attestatore o dal tribunale.

Inoltre, bisogna sottolineare che l'attestazione di convenienza debba avere ad oggetto solo i "crediti fiscali" e non anche i crediti contributivi.

Nell'ambito del concordato preventivo, il professionista dovrebbe verificare ed indicare che la misura di soddisfazione prevista per i crediti fiscali sia pari o superiori a quella che i detti crediti potrebbero rilevare in una diversa procedura liquidatoria concorsuale o individuale.

L'attestazione deve essere oggetto di una precisa valutazione da parte del tribunale. Tale valutazione dovrebbe interessare solamente il giudizio espresso dal professionista, con un controllo consistente circa la correttezza di metodo, la logicità, la coerenza, la completezza, la analiticità e la non contraddittorietà delle assunzioni, delle motivazioni e delle conclusioni, escludendo però un controllo da parte del tribunale sulla convenienza, il che implica una sorta di valutazione che sfocia nel merito.

In merito agli effetti della transazione fiscale, il disposto attuale dell'art 182-ter, comma 6, non fa riferimento né al consolidamento della situazione debitoria del contribuente, né alla cessazione delle liti fiscali in corso.

Neppure l'art.182-ter, comma 6, nel testo anteriore alla rimodulazione della L. n. 232/2016 non ha mai generato né la “cristallizzazione” del debito, né la chiusura “automatica” delle controversie pendenti.

In relazione a quest'ultimo aspetto, i criteri generali previsti dal D.Lgs. 31 dicembre 1992, n.546 erano ben fissati: è pertanto onere delle parti attivarsi per la cessazione della materia del contendere una volta che l'accordo di ristrutturazione che contiene la proposta di transazione fiscale sia stato omologato, venendo così meno l'interesse delle parti al prosieguo del contenzioso.

Tant'è che il deposito di un'istanza congiunta con cui le parti dicano dell'intervenuto accordo che abbia regolamentato la materia contesa fa in modo che non vi sia la necessità di alcuna adesione riguardo il contenuto della controversia.⁸² In tal caso l'organo giudicante, in primo luogo prende atto dell'intervenuta composizione della lite, dichiarando cessata la materia del contendere senza il ricorso di nessun'altra attività giudiziale.⁸³

Bisogna però sottolineare che la pronuncia di cessazione della materia del contendere non produca alcun giudicato in merito alla pretesa oggetto della controversia, producendo efficacia esclusivamente in merito alla carenza di interesse delle parti alla prosecuzione del giudizio.

In sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione non vi è un indirizzo uniforme sul perimetro del vaglio giurisdizionale.

Il giudice secondo alcuni, anche in mancanza di opposizioni, può esercitare un controllo di merito a tutela degli interessi in considerazione. Secondo questo orientamento potrebbe ritenersi che il tribunale sia predisposto per verificare la convenienza del trattamento offerto ai crediti fiscali, rispetto a soluzioni alternative attuabili.

Nel caso in cui si presentino delle opposizioni, il tribunale ha il potere/dovere di investigare sugli aspetti oggetto di contestazione.

Rimane fermo il contenuto della dichiarazione di cui all'art 182-bis, comma 6, l. fall., che deve affiancarsi al ricorso del debitore, sul divieto di

⁸² Cass. Civ., sez. un., 11 aprile 2018, n. 8980.

⁸³ L. GAMBI, *Gli effetti della transazione fiscale*, Il tributario.it, 18 gennaio 2021.

iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive nell'ambito delle trattative e prima dell'accordo di ristrutturazione formalizzato.

Come prima accennato la transazione fiscale conclusa con l'accordo di ristrutturazione può essere oggetto di risoluzione di diritto nel caso in cui il debitore non esegue entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. La risoluzione dell'accordo, nel caso in cui non si effettuino i pagamenti nei termini previsti, farebbe in un certo senso rivivere l'obbligazione secondo gli originari atti impositivi.

Anche in relazione alle liti è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere.

Tale modifica ha introdotto uno schema che sembra richiamare la clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 1457 c.c., da ritenersi valida in tutti gli accordi intercorrenti tra debitore, agenzie fiscali ed enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

L'inadempimento dell'obbligazione oggetto della clausola non genera in maniera automatica la risoluzione di diritto che si verifica invece quando la parte, nel cui interesse è stata stabilita la clausola risolutiva, riferisce all'altra la volontà di avvalersene con dichiarazione negoziale recettizia.

Quando si verifica così l'inadempimento del debitore proponente, dovrà seguire una formale dichiarazione di volontà, da parte dell'amministrazione finanziaria e degli enti interessati, di ritenere risolto l'accordo pattuito con il debitore.

Resta invece fermo il diritto degli stessi soggetti creditori di agire per l'adempimento seguendo le regole del diritto comune.⁸⁴

⁸⁴ M. SPADARO, *Il trattamento dei debiti tributari e contributivi secondo il nuovo art. 182 ter l. fall.*, il Fallimento n. 1 del 2018, pag. 7

3 Il procedimento

Nonostante l'esauriente relazione sulla natura della transazione fiscale nell'ambito delle due procedure analizzate, ci soffermeremo nel trattare quello che è il procedimento che deve essere avviato contestualmente alla presentazione di concordato preventivo ai fini di mostrare un quadro d'insieme utile per una più facile comprensione, anche se alcune questioni sono state affrontate sfumatamente nel primo capitolo.

Per quel che concerne il trattamento dei crediti erariali, i crediti Inps ed i crediti Inail può risultare sufficiente quanto segue.

- (i) la domanda di transazione fiscale deve essere presentata dal debitore come parte del piano di ristrutturazione dei debiti e/o di attribuzione delle relative attività all'assuntore il cui contenuto può riguardare solo i crediti tributari e contributivi muniti di privilegio, in relazione ai crediti chirografari della stessa natura; come analizzato nel primo cap, se il credito è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a coloro che detengono una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, mentre se è accertata la natura chirografaria del credito tributario o contributivo, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari, ovvero, nel caso di suddivisioni in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole;
- (ii) come si è ricordato, il D.M. 4.8.2009 ha stabilito le percentuali di pagamento che possono essere accettate dagli enti previdenziali per transigere i crediti contributivi: per i crediti privilegiati di cui al n. 1 dell'art. 2778 c.c. e per i crediti per premi il 100%, per i crediti privilegiati di cui al n. 8 dell'art. 2778 il 40%, per i crediti chirografari il 30 %. In ogni caso la proposta che preveda una dilazione di pagamento

non può eccedere le sessanta rate mensili con l'applicazione degli interessi al tasso legale, nel tempo, vigenti;

- (iii) vanno comunicati, altresì, i dati riguardanti i redditi realizzati nel precedente periodo d'imposta per i quali non sia scaduto il termine di presentazione della dichiarazione, sia i dati riguardanti i debiti IVA risultanti dalle liquidazioni periodiche non ancora inseriti nelle dichiarazioni annuali;
- (iv) la domanda di transazione deve essere sottoscritta dal debitore e copia della stessa e della relativa documentazione va indirizzata al competente concessionario della riscossione ed ai competenti uffici dell'Agenzia delle entrate e degli enti territoriali; ad avviso dell'amministrazione finanziaria⁸⁵ il termine "contestualmente" non sta ad indicare che la proposta debba essere presentata nello stesso giorno in cui viene depositata in Tribunale la domanda di ammissione al concordato preventivo;
- (v) nel termine di 30 giorni dal ricevimento della domanda l'agente deve trasmettere al debitore una certificazione che abbia ad oggetto l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso, mentre il Tribunale deve liquidare i tributi che risultano dalle dichiarazioni e notificare eventuali avvisi di irregolarità;
- (vi) sulla base dei principi di correttezza e buona fede di cui alla l. 27.7.2000, n.212, l'Amministrazione finanziaria e gli Enti previdenziali sono investiti del potere/dovere di svolgere l'attività istruttoria, anche per mezzo di controlli e sanzioni, e se del caso anche chiudere la procedura con espressione di un voto;
- (vii) quanto alla competenza a sindacare le legittimità del provvedimento che ha ad oggetto il diniego della transazione sono emerse opinioni discordanti su cui non ci dilungheremo. Nel vigore della transazione sui ruoli, alcuni sostenevano la giurisdizione del giudice amministrativo, altri ritengono che appartenga al giudice ordinario.

⁸⁵ Risoluzione n.3/E del 5.1.2009.

Insomma, si sono susseguite diverse correnti di pensiero in merito, ma importante è il contributo fornito da Stasi nel sostenere che la competenza appartenga alle Commissioni tributarie quando la richiesta sia respinta per motivi attinenti alle singole pretese fiscali e/o alle modalità del loro soddisfacimento.⁸⁶

3.1 - La votazione dell'Amministrazione finanziaria e degli Enti

Seguendo il comma 3 del novellato art. 182-ter, in relazione al credito tributario complessivo, il voto sulla proposta concordataria è espresso dall'ufficio sulla parte incapiente, previo parere conforme della direzione regionale competente, in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi sanciti dall'art. 178, comma 4, l.fall.

Il voto è espresso dall'agente della riscossione, in relazione agli oneri di riscossione di cui all'art. 17 del D.lgs. n. 112/1999.

Rimane saldo, invece, il sindacato del giudice delegato prima e del tribunale in seguito in merito alla validità formale della dichiarazione di voto espressa dall'Amministrazione finanziaria e degli Enti analizzando la sussistenza dei requisiti o dei presupposti stabiliti dalla legge a baluardo della sussistenza e conseguente esercizio del potere.

Bisogna segnalare che, in ordine alla attivazione della proposta di concordato ex art.182-ter, il voto dell'Amministrazione finanziaria e degli Enti sembra rivestire una valenza duplice: di approvazione o non approvazione della proposta di concordato e di approvazione o non approvazione della transazione fiscale e previdenziale.

In ogni caso, nell'ipotesi di falcidia del credito tributario o contributivo privilegiato, la legge esige che relativamente alla quota di credito degradata al chirografo sia costituita una specifica classe; considerando l'ipotesi di classamento obbligatorio, si ritiene che, in caso di espressione di voto negativo,

⁸⁶ E. STASI, Art. 182 *ter* R.D. 16-03-1942, n. 267 – *Trattamento dei crediti tributari e contributivi*, Wolters Kluwer, pp. 20 ss.

l'ufficio è sempre legittimato ad opporsi all'omologazione del concordato contestando la convenienza della proposta.

Ne deriva che nel caso in cui lo scrutinio avesse esito positivo, il concordato potrà essere oggetto di omologazione anche contro la volontà del Fisco e/o degli Enti previdenziali, i quali ne subiranno gli effetti.

Si esclude invece che il voto contrario dell'Amministrazione finanziaria possa costituire oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo⁸⁷

Si sostiene, che la dilazione per il pagamento dei tributi e degli accessori non possa superare i sei anni previsti dall'art. 19, primo comma, d.P.R. n. 602/1973. E accaduto che l'Agenzia delle entrate abbia recepito dilazioni anche più notevoli dopo aver rilevato che, mediante il ricorso ad un'altra procedura concorsuale, l'impresa debitrice non sarebbe stata in grado di assolvere il debito in misura corposa ed in tempi più celeri di quelli proposti nella transazione.

Nel caso di voto contrario degli uffici o del concessionario non si verificherà l'effetto del consolidamento del debito fiscale e del debito contributivo, con la possibilità in capo agli uffici di esercitare i poteri di accertamento sui progressi rapporti e sulla prosecuzione delle liti pendenti.

In maniera analoga, quando il debitore non dovesse fruire dello strumento della transazione fiscale, comunque saranno applicabili le regole generali del concordato preventivo.

Inoltre, ai sensi dell'art. 184, l'omologazione del concordato non mette in discussione i diritti dei creditori nei confronti di coobbligati, fideiussori del debitore ed obbligati in via di regresso, che continuano a rispondere nei confronti del Fisco.

Gli effetti derivanti dalla transazione fiscale sono condizionati dall'omologazione del concordato.

Quest'ultima implica anche come conseguenza la cessazione della materia del contendere nelle liti pendenti relativi ai tributi oggetto di transazione fiscale, il tutto si verifica anche in relazione alle controversie relative ai contributi previdenziali, nonostante il legislatore non ne faccia menzione, ma di

⁸⁷ E. STASI, *Transazione fiscale e contributiva nel risanamento imprenditoriale*, Il Fallimento 10/2017.

ciò se ne parlerà in maniera più approfondita nel prosieguo del presente elaborato.⁸⁸

3.2 - Questioni inerenti alla giurisdizione sulla proposta di transazione

Sin dall'introduzione nel nostro ordinamento della transazione, sono sorti copiosi dubbi in merito alla giurisdizione dinanzi alla quale impugnare l'eventuale diniego dell'Amministrazione finanziaria alla proposta effettuata dal debitore, tanto nel concordato preventivo, quanto negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Giurisprudenza e dottrina hanno dibattuto su tale tema, ma non risolvendo il problema poiché le ferme divergenze di pensiero erano dovute a delle lacune normative.

L'opinione maggioritaria⁸⁹ sostiene che la giurisdizione avente ad oggetto il diniego erariale alla proposta di transazione fiscale sia riservata alle Commissioni tributarie, in quanto i crediti trattati nell'ambito delle procedure concorsuali hanno il proprio titolo nel rapporto di imposta.

Nel vigore della previgente normativa, si è osservato come non fosse presente nella transazione fiscale l'eventualità di un atto di diniego suscettibile di impugnazione, e come, l'espressione del voto contrario non fosse indirizzata al debitore, ma fosse ricompresa nella procedura concorsuale, come un elemento di partecipazione del volere dei creditori in merito alla approvazione della proposta.

Si sosteneva, così, che non fosse presente un interesse legittimo del debitore necessario per l'accesso alla giurisdizione avverso gli atti discrezionali.

Alcuni autori affiancati da una modesta giurisprudenza di merito, ritenevano che la giurisdizione ad impugnare il diniego dell'Amministrazione spettasse al giudice amministrativo. Le motivazioni a sostegno di tale tesi erano

⁸⁸O. CAGNASSO – L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, UTET giuridica, 2016, pp. 3866 ss..

⁸⁹R. BOGONI - E. ARTUSO, "Transazione fiscale: quando il diniego è impugnabile", in *Dir. prat. trib.*, 2019, pag. 745 ss,

da intravedersi nel fatto che l'atto di diniego fosse estrinsecazione di un potere discrezionale tipico della Amministrazione finanziaria per il semplice fatto che quest'ultima avrebbe potuto adottare delle decisioni in merito senza alcun tipo di interferenza; quindi il debitore sarebbe stato titolare di un vero e proprio interesse legittimo all'accoglimento della richiesta.

La ricostruzione qui esaminata, tra l'altro potenzialmente condivisibile, ha ad oggetto un atto riferibile ad un credito di matrice tributaria, ma il diniego erariale all'avanzamento della proposta formulata dal debitore faceva riferimento ad un rapporto di natura tributaria, ma questo rapporto era definito.

Perciò l'atto di rigetto avrebbe scaturito l'inizio di una nuova fase che non riguardava più l'accertamento e la quantificazione dell'obbligazione tributaria, ne si riferiva alla fase di riscossione, ma riguardava una differente e nuova valutazione del Fisco.

Non sono mancate opinioni sull'appartenenza della giurisdizione in questione al giudice ordinario.

La Sezioni unite della Cassazione, con ordinanza n. 8504, 25 marzo 2021, successivamente ad una disamina circa gli interventi del legislatore sull'istituto della transazione fiscale, sembra aver sciolto il nodo riguardante il tema della giurisdizione.

Nell'ambito della transazione sui ruoli, introdotta dall'art. 3, comma 3, del D.L. n. 138/2002, era pacifica l'opinione secondo la quale la giurisdizione appartenesse alle Commissioni tributarie per il fatto che l'istituto aveva come obbiettivo la definizione agevolata dei tributi sulla base di una valutazione unilaterale e discrezionale dell'Agenzia entrate improntata ai principi di economicità e proficuità della riscossione dei tributi.⁹⁰

Ma con la disciplina introdotta dalla riforma del 2006 prima, e del 2016 in seguito, non c'è dubbio che il legislatore abbia offerto una sorta di nuovo ordine alla disciplina, privilegiando una struttura unica a favore delle procedure concorsuali capace in ogni caso di valutare positivamente "gli interessi del Fisco

⁹⁰ F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario. Parte generale*, Wolters Kluwer, 2021 pp. 319 ss.

in una logica endoconcorsuale nel rispetto del principio di massimo realizzo e dell'ordine gerarchico dei titoli di preferenza"⁹¹

In altri termini, l'istituto della transazione fiscale viene collocato nel perimetro della legge fallimentare con la conseguenza che tale procedura non è più orientata alla regolazione degli aspetti tributari intercorrenti tra Fisco e contribuente, ma tende perlopiù a soddisfare una esigenza correlata alla soluzione della crisi d'impresa per la quale le norme di diritto tributario ordinarie costituivano un onere eccessivo.

Se a ciò si aggiunge che la transazione rispetto al concordato non gode di una propria autonomia rispetto a quest'ultimo, si può comprendere come l'eventuale diniego alla proposta transattiva non implichi una controversia sul tributo, che rappresenta invece il criterio di riferimento per la giurisdizione tributaria.

Viene concepito come un "incidente" interno alla procedura concorsuale stessa, per cui l'intervento del giudice tributario sulla questione, comporterebbe sì un ritardo nella procedura, ma coinvolgerebbe un soggetto estraneo alle questioni interne alla procedura concorsuale.

La legge n. 232/2016 ha accentuato il ruolo della transazione fiscale all'interno delle procedure concorsuali, grazie alla previsione dell'obbligatorietà del sub-procedimento di "trattamento dei crediti tributari" di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Pertanto, nell'ordinanza delle Sezioni unite menzionata poc'anzi possiamo sostenere che emerge il concetto di prevalenza della *ratio* concorsuale su quella fiscale dell'istituto in esame. In altre parole, la transazione fiscale "obbligatoria" costituisce l'esigenza di bilanciare l'interesse al prelievo fiscale con quello della definizione dei debiti che il soggetto rientrante nella procedura ha con i suoi creditori.

Come dicevamo, ciò si rinviene non solo in relazione alla riforma del 2016/2017 ma anche rispetto alla normativa che entrerà in vigore a breve. Ci riferiamo al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza attraverso la

⁹¹ F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario. Parte generale*, op., cit., pag. 319.

previsione per cui il tribunale può procedere con l'omologa, pur a fronte della "mancata adesione" determinante dell'Amministrazione; ma di questo ce ne occuperemo nel prosieguo.

Tornando alla questione sulla giurisdizione, in passato vi furono dei tentativi per ricomprenderla nel bacino di interesse del giudice fallimentare, e sulla base di quanto esaminato sino ad ora potrebbe a vista sembrare opinabile come soluzione.

Tali orientamenti non hanno riscontrato il successo previsto perché l'eventuale tutela del debitore si poneva in ogni caso sempre a valle dell'intera procedura concorsuale, in quanto gli si attribuiva unicamente il potere di avvalersi del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento.

In conclusione, possiamo valorizzare il contenuto dell'ordinanza della Cassazione, secondo cui la ragione della proposta transattiva non trova riferimento in una lite tributaria, ma nell'interesse concorsuali delle procedure che hanno come obiettivo ultimo quello della conservazione dell'impresa.

Per questa ragione è corretto l'inquadramento della disciplina nel contesto concorsuale e quindi sarà il giudice ordinario, quindi il tribunale Fallimentare, ad essere investito delle ragioni sull'eventuale diniego che l'Amministrazione finanziaria dovesse opporre alla proposta di transazione fiscale.⁹²

4 - Rapporti intercorrenti tra debitore ed Erario

Esaminati gli aspetti rilevanti della transazione fiscale, che offrono, in deroga al tradizionale principio di indisponibilità del credito tributario, di esaminare il contenuto della domanda presentata dal debitore, bisogna porre l'attenzione sulla posizione che intenda assumere il Fisco.

Questi, sulla base delle risultanze documentali presentate dal debitore unitamente alla domanda di concordato preventivo o di ristrutturazione dei

⁹² *Spetta al giudice fallimentare la giurisdizione sul diniego alla proposta di transazione*, Rivista di Giurisprudenza Tributaria n. 6/2021, il fisco

debiti, dovrà effettuare una verifica riguardante la convenienza economica della proposta al fine di pronunciarsi sull'adesione o meno alla proposta di transazione fiscale.

Tra gli elementi da valutare, suscita particolare attenzione nell'esaminare quale sia il rapporto fra le entrate che potenzialmente potrebbero essere riscosse mediante la proposta di transazione fiscale, rispetto a quelle che potrebbero ottenersi a seguito dell'istaurarsi di una procedura concorsuale come il fallimento.

Nello specifico, occorre effettuare una comparazione tra il minor gettito scaturente dall'eventuale istaurazione di una procedura concorsuale quale il fallimento dell'impresa, ovvero una valutazione prognostica incentrata sui parametri di economicità e proficuità dell'accordo. In altri termini, la valutazione dovrà basarsi sul principio di economicità dell'azione amministrativa rilevando, in aggiunta, gli effetti positivi, la convenienza e l'opportunità derivanti dalla procedura in esame.

Ed è qui che entra in gioco, come più volte richiamata nel primo capitolo, la valutazione dell'Agenzia delle entrate che senza dilungarci troppo si sostanzia nell'analisi dell'esposizione debitoria dell'impresa, delle diverse componenti positive di bilancio, della consistenza immobiliare e della tipologia di attività svolta. Quindi, interverrà attivamente nella procedura ed inciderà su di essa, attraverso l'accettazione espressa di un pagamento in misura ridotta e/o dilazionata e sull'esito della soluzione contrattuale propinata.⁹³

L'istituto in commento inasprisce le condizioni ed i termini della procedura con il Fisco, seppure con lungimiranza, facendo riferimento a misure volte a contrastare, anche con sanzioni penali, un utilizzo inappropriato ed abusivo della transazione.

La transazione fiscale, sostanzialmente, rappresenta lo strumento giuridico attraverso il quale viene offerto all'impresa in crisi la possibilità di coinvolgere anche l'Erario nel piano di risanamento proposto ai creditori, in accordanza con un principio di rilevante importanza: consentire la

⁹³ S. NASTA, *Transazione fiscale: un'opportunità per l'imprenditore in crisi*, Corriere Tributario n. 10 del 2015, pag. 779.

conservazione dell'impresa nel caso in cui si presentino delle possibilità per il suo risanamento.

A tal fine, per mezzo dell'accettazione di una riduzione, ovvero di una dilazione del proprio credito, l'Erario offrirebbe un apporto fondamentale ai fini della ripresa dell'attività in crisi, considerando sempre che i debiti accumulati verso l'Amministrazione finanziaria hanno spesso un'incidenza rilevante sull'esposizione debitoria complessiva delle imprese, anche in conseguenza delle sanzioni stringenti e degli interessi nel caso di omesso versamento o tardivo versamento delle imposte.⁹⁴

4.1 - Effetti della transazione fiscale: consolidamento del debito e cessazione della materia del contendere

Quanto agli effetti scaturenti dalla transazione fiscale, si sono susseguite nel tempo una serie di problematiche inerenti alla cessazione della materia del contendere ed al consolidamento del debito. Occorre, quindi, fare un passo indietro per comprendere appieno le indicazioni forniteci su questo tema.

Con la riforma del 2005, nell'asserire che la chiusura della procedura di concordato preventivo attraverso la definitività del decreto di omologazione determinasse, in relazione alle liti aventi ad oggetto i tributi compresi nel contesto della transazione fiscale, la cessazione della materia del contendere, l'art 182-ter introduceva, così, al quinto comma della l. fallimentare, una fattispecie originale rispetto alla previgente disciplina.

In tal modo, si è dato origine, in ambito tributario, ad uno degli strumenti deflativi del contenzioso tributario di maggior caratura.

Nell'abrogata disciplina, l'assenza di una indicazione precisa al riguardo, aveva indotto l'Agenzia delle entrate a chiarire che la transazione esattoriale non poteva avere come effetto la chiusura delle controversie di cognizione dinanzi alle Commissioni tributarie o ad altro giudice.

⁹⁴ M. ZANNI - G. REBECCA, *La disciplina della transazione fiscale: un "cantiere" sempre aperto*, il Fisco n. 39 del 2010, pag. 629.

La novella del 2005, così, ha subordinato la definizione delle controversie al passaggio in giudicato del decreto di omologazione di cui all'art. 181 l.f. e non anche quale effetto dell'accordo, alla adesione dell'Agenzia in merito alla proposta.

Ciò significava, in un certo senso, che indipendentemente dalla circostanza che la transazione potesse essere o meno accolta dal Fisco, l'art. 182.ter, quinto comma, sembrava disporre la definitiva cessazione della materia del contendere in relazione alle liti pendenti dinanzi al Tribunale in virtù della sola omologazione del concordato e quindi anche nel caso di mancata adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria, espressa mediante un voto contrario alla proposta, a cui non rimaneva come strumento la eventualità di presentare opposizione in sede di giudizio di omologazione ex art. 180 l. fall.⁹⁵

Prima dell'entrata in vigore della Legge di bilancio 2017, l'art 182-ter del R.D. n. 267/1942 (c.d. Legge fallimentare) sanciva che la conclusione di una transazione fiscale comportasse due effetti tipici: il consolidamento del debito e la cessazione della materia del contendere.

Si riteneva pacifico che, non era necessario avvalersi della transazione fiscale per richiedere, nella proposta, la previsione del pagamento non integrale dei crediti indirizzati all'Erario.

L'eventualità di soddisfacimento non integrale dei crediti privilegiati, era espressamente prevista dall'art. 160 l.f., invece, si riteneva che l'effetto della transazione fiscale mirasse a consolidare il debito e a pervenire ad una definizione del contenzioso tributario.

Una volta espresso il voto favorevole alla proposta concordataria ai fini transattivi, anche quando l'adesione alla proposta fosse priva del parere conforme della Direzione Regionale delle entrate l'adesione si riteneva non più revocabile.

In merito al credito IVA, nel caso in cui non sia stata raggiunta una transazione non implicava che il contribuente si dovesse conformare, senza eventuali opposizioni, alle pretese dell'Agenzia delle entrate.

⁹⁵ S. BONIFATTI – L. PANZANI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, 2008, pag. 761-762.

Nel caso in cui si fosse verificato il mancato raggiungimento della transazione, le somme eventualmente necessarie per l'adempimento del credito oggetto di contestazione andavano accantonate.

In sintesi, si sosteneva fermamente che l'effetto derivante da tale procedura fosse l'incontestabilità del credito dichiarato e accettato attraverso l'adesione alla transazione; quindi, una volta raggiunta la transazione, si riteneva che le pretese tributarie non potessero essere formulate in maniera più estesa rispetto a quella formulata con la transazione proposta ed accettata.

In ogni caso l'approvazione e l'omologazione del concordato erano indipendenti rispetto alla transazione fiscale, il cui raggiungimento era indifferente a tali finalità.⁹⁶

Il consolidamento del debito ⁹⁷ è stato definito in termini di definitiva ed irretrattabile determinazione dell'esposizione debitoria verso il Fisco.

Il disposto normativo è stato oggetto di una serie di interpretazioni.

La "diatriba" giurisprudenziale e dottrina si soffermò sulle ricadute che la conclusione di una transazione aveva sui poteri ordinari di accertamento dell'Amministrazione finanziaria.⁹⁸

Alcuni ritenevano che per mezzo della transazione fiscale l'Ufficio sarebbe stato svuotato del successivo esercizio riguardante i poteri di accertamento sui tributi; si sarebbe sostanziato in una sorta di effetto preclusivo, in relazione anche ai controlli di natura sostanziale e non solo di natura formale.

L'istituto avrebbe perso efficacia dal momento in cui gli Uffici, con una successiva attività di accertamento, avessero contestato i risultati derivanti dalla transazione fiscale. Il debitore non avrebbe usufruito dei vantaggi derivanti dalla procedura in questione.

Sotto lo stesso profilo, si osservava come il fine della transazione fosse quello di giungere ad una ristrutturazione definitiva, e quindi non suscettibile di modifica. Sarebbe stato idoneo concepire la disposizione di cui al comma 2

⁹⁶C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Giuffrè editore, 2014, pp. 545 ss.

⁹⁸G. ANDREANI - A. TUBELLI, "Come rendere più efficace la transazione fiscale", *il Fisco*, 13/2016, pp. 1256 ss..

come una imposizione all'Amministrazione finanziaria di rinunciare all'utilizzo degli strumenti di controllo.

Secondo altro orientamento, che ha visto l'adesione dell'Agenzia delle entrate⁹⁹, i controlli di merito sarebbero stati ritenuti ammissibili.

La Corte di cassazione nell'ambito di tali orientamenti, si è soffermata sulla formulazione del legislatore, analizzando come il consolidamento del debito fiscale riguardasse il carico tributario già esistente alla data di presentazione della proposta di concordato, avendo la funzione di offrire, agli organi della procedura ed agli altri creditori a cui spetta l'esercizio del voto, un prospetto attendibile della esposizione debitoria dell'impresa nei confronti dell'Erario.

Recentemente la Corte di cassazione si è avvicinato al contribuente, ed in virtù del consolidamento, l'Amministrazione non può più emettere atti impositivi nei confronti del contribuente in relazione ad obbligazioni tributarie precedenti al deposito della proposta di concordato.

Il dettato normativo riferibile all'art 182-ter prima della riforma del 2017, al comma 5, statuiva che dal punto di vista la processuale, l'esito positivo della procedura transattiva comportasse la cessazione della materia del contendere delle liti pendenti riguardanti i debiti oggetto di transazione.¹⁰⁰

La previsione esprimeva una deroga alla regola contenuta nel comma 1 dell'art. 176 l.f. che, prevede invece la continuazione degli ordinari giudizi di cognizione che hanno ad oggetto crediti contestati ma, comunque, inseriti al passivo della procedura per l'espressione del voto e per il calcolo delle maggioranze previste all'art. 177 della menzionata legge.

L'imprenditore preponente con la cessazione delle liti pendenti pagava il "prezzo" in cambio del consolidamento del debito d'imposta. Le indicazioni forniteci dal comma 5, non solo non consideravano l'iscrizione a ruolo dell'imposta oggetto della contesa da transigere, ma erano favorevoli a ricomprendere quasi tutti i giudizi di cognizione che pendevano dinanzi al

⁹⁹ cfr. circolare 18 aprile 2008, n. 40/E.

¹⁰⁰ Il testo normativo previgente stabiliva quanto segue: *"La chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'art. 181, determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma"*.

giudice tributario, in cui l'oggetto del contendere era ad esempio tratteggiato dalla fondatezza o meno della pretesa fiscale.

Ci si chiedeva invece quale fossero i contorni dell'effetto. Si doveva in un certo senso stabilire se l'estinzione ricomprendesse tutte le pretese impositive "nelle mani del giudice" al momento della transazione, oppure solamente alcune delle liti pendenti, dove le altre avrebbero potuto proseguire in base al loro percorso ordinario.

La dottrina maggioritaria, prevenendo la attuabilità di una transazione soltanto parziale, optava per la seconda soluzione alternativa, offrendo al debitore la possibilità di individuare una serie di giudizi da definire, e quelle controversie al cui prosieguo egli fosse stato interessato sulla base di una valutazione personale.

La giurisprudenza di legittimità, invece, riconduceva alla conclusione di una transazione fiscale la cessazione di qualunque lite tributaria pendente, sempre che ricomprendesse i tributi oggetto della proposta transattiva. Sosteneva che nel caso in cui l'imprenditore non avesse concordato con la quantificazione del carico tributario inserita nella certificazione rilasciata dall'Ufficio, questi potesse essere libero di non rimodulare la proposta e comunicare la volontà di proseguire il contenzioso in atto.¹⁰¹

La legge di bilancio del 2017 ha eliso il riferimento agli effetti derivanti dall'accoglimento della proposta di transazione fiscale. La non espressione del legislatore induce a pensare che la nuova forma della transazione fiscale non produca più gli effetti della cristallizzazione del debito.

Tale procedura consente all'imprenditore, per mezzo di un pagamento dei debiti fiscali concordato con l'Amministrazione finanziaria, di fronteggiare la crisi senza ricorrere alla liquidazione dell'impresa.

Si ritiene necessario se non fisiologico, che l'accettazione della proposta da parte dell'Agenzia delle entrate sia affiancata dall'effetto del consolidamento del debito fiscale. In questi termini parliamo di una preclusione che incombe sulla Agenzia nel revisionare i debiti rientranti nella proposta, poiché solo nel

¹⁰¹ Cass., Sez. I civ., 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932.

caso in cui non gravi sull'imprenditore una pretesa ulteriore sarà intenzionato a concludere l'accordo in merito a quella obbligazione tributaria.

In tal senso la previsione del consolidamento del debito diviene un incentivo per il ricorso all'istituto della transazione.

Nel caso in cui non vi siano deroghe espresse, si seguono i principi generali dell'ordinamento civile; per cui l'accordo sancito tra le parti è vincolante.

L'Amministrazione finanziaria in caso di violazione verrebbe meno agli impegni assunti, valorizzando la mancata presenza di un riferimento normativo al consolidamento del debito, nel caso in cui ritenesse, successivamente alla conclusione della transazione, di poter effettuare una revisione sul *quantum* del debito rientrante nell'accordo.

Non appare possibile mettere in discussione una certa considerazione sulla base del principio di indisponibilità del credito tributario.

La Corte costituzionale, in merito alla transazione fiscale, ne aveva sancito il carattere derogatorio rispetto al principio generale di indisponibilità ed irrinunciabilità del credito da parte dell'Amministrazione finanziaria. Anche questo argomento non sembra essere un problema in relazione alla tesi che ritiene attuabile il consolidamento fiscale anche in assenza di una previsione normativa.

Si aggiunge che la recente giurisprudenza di legittimità¹⁰² ha ritenuto che all'Agenzia delle entrate sia precluso il potere di accertamento.

Si ritiene che si possa pervenire alle stesse conclusioni in merito alla cessazione della materia del contendere. L'originario comma 6 (attualmente comma 5) dell'art. 182-ter non conduceva alla transazione definita nel contesto degli accordi di ristrutturazione lo scaturirsi di effetti tipici, al contrario di quanto si verificava invece nell'ambito della proposta concordataria.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la cessazione della materia del contendere non possa essere richiamata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione perché non è presente una previsione normativa simile a quella del precedente dettato normativo per la transazione prevista per il concordato.

¹⁰² Cass., Sez. I civ., ord.22 settembre 2016, n. 18558.

È esplicito come in mancanza di una espressione normativa, la transazione stabilisca l'estinzione dei giudizi che abbiano ad oggetto i debiti fiscali rientranti nell'accordo.¹⁰³

5 - Compatibilità della transazione fiscale con la normativa sugli aiuti di Stato

In virtù dell'art. 107 comma 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, *“Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*.

In relazione agli aiuti di Stato nel contesto fiscale ci si è soffermati sul perimetro degli stessi, i quali possiedono una portata molto ampia ed hanno ad oggetto qualsiasi trattamento fiscale favorevole selettivo indirizzato alle imprese senza che sia necessaria un'attività comparativa tra le vari situazioni poste in essere.

In relazione alle aziende in difficoltà, i giudici comunitari si sono soffermati sull'enunciazione di alcuni principi generali in base ai quali si può effettuare una valutazione sulla compatibilità delle misure agevolative.

Alla luce dell'obbligatorietà, nel contesto del concordato preventivo, da parte del debitore nel denunciare la sua reale situazione debitoria nei confronti del Fisco e nell'offrire ai creditori un trattamento rispettoso della previsione di cui al comma 2 dell'art. 160, l. f., sembra ragionevole escludere un qualsivoglia contrasto con il divieto di erogazione di aiuti di Stato.

Quanto, invece, alla transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sembra convenire nello stesso in relazione a quanto detto nell'ambito del concordato.¹⁰⁴

¹⁰³ cfr. C. FALCONE, *Effetti della transazione fiscale: cristallizzazione del debito?*, il fisco, n.27 del 2017, pag. 1-2658

¹⁰⁴ O. CAGNASSO – L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, UTET Giuridica, 2016, pp. 38721 ss.

CAPITOLO III

LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLA PROPOSTA DI TRATTAMENTO DEI DEBITI FISCALI E PREVIDENZIALI

1 - Le novità introdotte dal decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125

L'art. 5 del D.L. liquidità ha previsto il differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, anche se alcuni interventi hanno anticipato in un certo senso le disposizioni previste dal Codice.

Con l'espressa finalità di agevolare l'esito delle procedure di soluzione concordata della crisi, il legislatore si è cimentato nella rivisitazione del travagliato istituto della transazione fiscale, con un emendamento al D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, introdotto dalla legge di conversione 27 novembre 2020, n. 159, anticipando parzialmente alcune prescrizioni contenute nel Codice della crisi e specificatamente con riferimento agli artt. 63 e 88, introducendo novità significative.

Attraverso una norma di portata sostanziale sindacabile, che incide in maniera significativa sul procedimento di omologazione sia del concordato preventivo sia degli accordi di ristrutturazione, è stata messa in luce una propensione alla volontà di agevolazione della ricerca del consenso dei creditori volta alla formazione dei menzionati accordi.

Le norme in commento, anticipatorie del Codice della crisi e dell'insolvenza, sono entrate in vigore il 4 dicembre del 2020. Il correttivo si è dimostrato di fondamentale importanza ridimensionando il ruolo che l'amministrazione finanziaria e gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria, spesso rivestono nell'ambito delle procedure concorsuali in cui l'espressione del voto risulta determinante.

In ogni caso la *ratio* dell'intervento mira ad agevolare il più possibile durante il periodo di crisi l'omologazione dei concordati o di accordi di

ristrutturazione dei debiti, cercando di superare gli ostacoli che spesso nella prassi si vengono a creare a causa dell'inerzia dell'Amministrazione finanziaria.

Questa disciplina più favorevole risulta essere applicabile alle procedure in corso ed in tutti i casi in cui l'omologazione di accordi di ristrutturazione o di concordati preventivi non siano ancora avvenuti.¹⁰⁵

Entrando più nel merito delle novità introdotte dal legislatore, si rappresenta che con l'art. 3, comma 1-bis, del D.L. del 7 ottobre 2020, n. 125, sono stati modificati gli artt. 180 e 182-bis della legge fallimentare.

A seguito di dette modifiche, il Tribunale ha oggi facoltà di procedere, sulla base di una valutazione di maggiore convenienza della proposta avanzata dall'imprenditore rispetto ad una alternativa liquidatoria, all'omologazione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti anche nel caso in cui si rilevi: (i) la mancanza di voto, ovvero la mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione e/o da parte degli enti di gestione di forme e di previdenza o assistenza obbligatorie e (ii) che l'assenso di quest'ultima sia necessario ai fini del perfezionamento della procedura.

Il Tribunale nel compiere tale valutazione deve fare riferimento alle risultanze della relazione redatta dall'asseveratore, il quale dovrà specificamente pronunciarsi in relazione alla convenienza del trattamento offerto ai debiti tributari e previdenziali in luogo della liquidazione giudiziale.

Indubbiamente tali interventi normativi hanno come fine quello di favorire la conservazione dell'impresa, la salvaguardia dei livelli occupazionali e la tutela dei creditori, attribuendo una responsabilità non indifferente ai professionisti investiti dell'attestazione riguardante la veridicità dei dati aziendali che offrono un supporto all'attuazione del piano di risanamento.¹⁰⁶

Tornando all'omologazione, questa sarà effettuata dal Tribunale anche se non è presente il voto ovvero l'adesione dell'Erario o degli enti previdenziali rispettivamente per conseguire le maggioranze dell'art. 177 l. fall., o la percentuale del 60% dell'art. 182-bis, comma 1, l.f.,

¹⁰⁵ A. FERRI, *L'alternativa della liquidazione con esercizio provvisorio nel concordato in continuità diretta rafforzata dal cram down ex L. 159/20*, 22 Aprile 2021, il Fallimentarista.

¹⁰⁶P. PARISI- P. MAZZA, *Transazione fiscale e contributiva: le modifiche per le imprese*, Pratica Fiscale e Professionale n. 17 del 2021, p. 39, il fisco

All'art. 180, comma 4, l. fall. è stato inserito il periodo seguente: “ *Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto al fallimento.*”

È stato integrato anche l'attuale art. 182-ter l. fall., prevedendo che “*Il tribunale omologa l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto al fallimento.*”.

Alle suddette condizioni, il Tribunale può dunque omologare il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, anche nel caso di mancanza di voto ovvero adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie.

In tale contesto è interessante una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che, pronunciandosi in merito al regolamento di giurisdizione, hanno ripercorso il quadro normativo dell'istituto della transazione fiscale.¹⁰⁷

In tale sede la Suprema Corte ha infatti osservato che la prima forma di “transazione fiscale”, risalente al 2002, prevedeva una “transazione sui ruoli”, riferita esclusivamente ai tributi erariali iscritti a ruolo e la cui definizione necessitava l'accertamento della sua convenienza rispetto alla riscossione coattiva.

¹⁰⁷ Cass. Civ., Sez.UN., 35 marzo 2021, n. 8504

L'accertamento in questione era demandato all'agenzia fiscale ed il procedimento aveva natura tributaria senza fare riferimento alle procedure concorsuali.

Il cambio di rotta lo si è avuto con le riforme del d.lgs. del 2006 e con l'art. 1, comma 81, l. n. 232/2016 (legge di bilancio 2017).

Mentre la prima novella ha concepito la vera e propria transazione fiscale all'interno delle procedure concorsuali, la seconda ha operato delle modifiche sull'istituto rinominandolo "trattamento dei crediti tributari e contributivi".

Nell'ambito del concordato preventivo la posizione dell'ente impositore, come più volte richiamato, si sostanzia con un voto sulla proposta concordataria, mentre nell'accordo di ristrutturazione dei debiti si prevede l'adesione alla proposta in questione.

La Suprema corte ha inoltre rilevato che questa la disciplina applicabile *ratione temporis* alla controversia intercorrente tra le parti era quella di cui al RD del 1942; non essendo applicabili né il d.lgs. 14/2019 (CCII) né le modifiche apportate del d.l. 125/2020 che ne hanno anticipato alcune disposizioni.

Le Sezioni Unite hanno tuttavia ritenuto che tali disposizioni possano essere richiamate come strumento interpretativo degli istituti della legge fallimentare e di valutazione in ambito di continuità tra il regime attuale e quello futuro.

Gli Ermellini hanno infatti rilevato che l'art. 63 d.lgs. n. 14/2019 prevede la transazione e gli accordi sui crediti contributivi ed ha un contenuto vicino a quello dell'art. 182-ter., comma 5, l.f.¹⁰⁸

In aggiunta, con le modifiche apportate dall'art. 182-ter l. fall., il regime privilegiato di cui ha goduto l'INPS in applicazione del D.M. attuativo del 4 agosto del 2009 è venuto meno, e non essendo stato conformato ai principi giurisprudenziali consolidatisi, ha permesso agli uffici delle previdenza di vedere soddisfatti interamente i propri crediti, con la eventualità di dilazionamento sino a cinque anni, con un trattamento, però, favorevole rispetto ai tributi erariali e ponendo obbiettive difficoltà alle procedure di

¹⁰⁸ A. PAGANINI, *Transazione fiscale: il sindacato sulle mancate adesioni dell'amministrazione finanziaria*, 30 marzo 2021, il Fallimentarista.

ristrutturazione delle imprese, le quali, tra le passività, comprendevano anche i debiti contributivi.

Le modifiche agli artt. 180 e 182- ter l. fall. sono entrate in vigore il 4 dicembre 2020 e indirizzate a tutti i procedimenti pendenti che hanno ad oggetto accordi concordati e non ancora omologati.¹⁰⁹

Soffermandoci su alcune novità discendenti dal nuovo Codice, i Giudici della Suprema Corte hanno inoltre rammentato che secondo il disposto dell'art 48, comma 5, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non è necessaria l'approvazione del Fisco nel caso in cui gli effetti derivanti dalla proposta di transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti siano più vantaggiosi per l'erario rispetto alla liquidazione giudiziale, anche se occorre per l'approvazione il raggiungimento da parte dell'Amministrazione finanziaria delle percentuali del 60%, o del 30 % in alcuni casi, dei crediti richiesti per omologare gli accordi.

Il fine di tale disposizione è quello di elidere un consistente problema applicativo riguardante la transazione fiscale, fatto proprio dall'interpretazione dell'Agenzia delle entrate con una nota circolare¹¹⁰.

Quest'ultima esprimeva che il soddisfacimento del Fisco dovesse essere più conveniente rispetto alla liquidazione giudiziale.

Per oltrepassare tali criticità, il comma 5 dell'art 48 del Codice, ha sancito che il Tribunale ha facoltà di omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti anche nel caso in cui manchi l'adesione dell'amministrazione finanziaria in merito alle proposte di transazione collegate ai relativi accordi, quando:

- (i) l'adesione è decisiva al fine del raggiungimento delle percentuali del 60% (o del 30% in taluni casi) dei crediti previste per la omologabilità degli accordi stessi ed;
- (ii) il soddisfacimento dei crediti fiscali offerto dall'impresa debitrice sia, anche sulla base delle risultanze dell'attestazione resa da un professionista indipendente (in genere, ma non necessariamente, lo stesso attestatore del piano o il redattore della relazione di cui all'art.

¹⁰⁹ G. PAOLO MACAGNO, *Covid-19: il diritto della crisi alla ricerca di una nuova normalità*, il Fallimento 3/2021.

¹¹⁰ Circolare n. 16/2018.

160, comma2, l.f.), più conveniente di quello derivante dall'alternativa liquidazione.

Prima di esaminare la disposizione è bene rilevare l'impostazione in ordine alla mancata adesione alla proposta di transazione da parte dell'Agenzia fiscale; tale competenza rientra nell'ambito della giurisdizione del tribunale fallimentare, anche se la proposta ha ad oggetto degli elementi riconducibili sia a questioni che rientrano nell'ambito delle procedure concorsuali sia a questioni riguardanti le procedure di attuazione dei tributi.

Il tutto è la conseguenza di un bilanciamento tra gli interessi fiscali e concorsuali.

Ad ogni modo gli Ermellini hanno osservato che la riforma del codice della crisi aiuti l'inserimento della transazione nel campo del diritto fallimentare, sicché è necessario valorizzare la prevalente e assorbente finalità concorsuale dell'accordo transattivo, con la conseguenza che il rifiuto dell'agenzia fiscale non è riconducibile in una delle fattispecie dell'art. 19 d.lgs. 546/1992 sussistendo al contrario la giurisdizione del giudice ordinario fallimentare.¹¹¹

La disposizione in commento ha sicuramente introdotto degli aspetti innovativi riguardanti la possibilità del Tribunale di omologare l'accordo anche senza l'adesione del Fisco, ma non ha inciso negativamente sul rispetto dei principi cui l'amministrazione finanziaria deve attenersi.

In questo senso, non ha fatto altro che rinvigorire la portata del vigente art. 182-ter, l. fallimentare.

Le novità introdotte dal decreto 7 ottobre 2020, n. 125 hanno inciso anche sulla discrezionalità della Pubblica Amministrazione.

Infatti, nell'ambito della transazione fiscale ed in relazione alla discrezionalità della Amministrazione finanziaria, si sono susseguiti una serie di pareri che non le hanno mai attribuito una discrezionalità vera e propria e segnatamente:

¹¹¹A. PAGANINI, *Transazione fiscale: il sindacato sulle mancate adesioni dell'amministrazione finanziaria*, 30 marzo 2021, il Fallimentarista.

- (i) una parte della dottrina ha sostenuto che non vi è alcun potere discrezionale esercitabile dall'Amministrazione finanziaria quando *“la decurtazione opera in relazione alla funzione prettamente soddisfattoria propria dell'attività di riscossione, ed a seguito del necessario compromesso tra fiscalità e regole concorsuali, in conseguenza della impossibilità della piena soddisfazione di tutti i creditori per lo stato di crisi in cui versa l'imprenditore – contribuente”*;¹¹²
- (ii) un'altra parte della dottrina ha ritenuto che il potere esercitabile dall'Amministrazione finanziaria nell'accettare o respingere le proposte di transazione fiscale, implichi delle valutazioni dai margini indefiniti, che non interessano la portata della “discrezionalità amministrativa, tantomeno quello della “discrezionalità tecnica”. Perciò *“la decisione da assumere ai sensi dell'art. 182-ter è ascrivibile, sul piano logico, all'indisponibilità rovesciata perché, se c'è 'stato di crisi', la previsione sull'effettivo incasso futuro del tributo è sempre una questione controvertibile all'infinito”* e deve essere assunta in base all' assunto del “male minore” considerando la situazione di effettiva incertezza che la sostanzia;¹¹³
- (iii) altra dottrina, invece, scorge dei margini di discrezionalità nell'esercizio dei poteri conferitigli quando *“l'Amministrazione sia chiamata ad effettuare una complessa serie di valutazioni, tra cui la comparazione del risultato ottenibile all'esito della transazione con il minor gettito che deriverebbe dal fallimento dell'impresa”, considerando, in rispetto del principio di buon andamento di cui all'art. 97, “ad una ricostruzione quanto più oggettiva possibile della dimensione qualitativa e quantitativa del presupposto onde garantire il giusto riparto”*.¹¹⁴

Queste ultime osservazioni rilevano come nell'esercizio di tale potere, l'amministrazione debba tenere in considerazione il bilanciamento tra l'interesse primario pubblico relativo alla corretta applicazione del tributo ed

¹¹² *Crisi dell'impresa e debito tributario: riflessioni sulla transazione fiscale*, in *Rass trib.*, 2008, n. 5, pp. 1329-1331.

¹¹³ M. VERSIGLIONI, *Transazione fiscale e principio generale di “indisponibilità rovesciata”*, in *Diritto e processo tributario*, 2015, n. 1, pp. 107-113.

¹¹⁴ M. MARTIS, *Contributo allo studio della discrezionalità nel diritto tributario*, Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari, 2018, pp. 193-195.

altri interesse che esulano dall'ambito fiscale, come l'occupazione o l'esercizio d'impresa.

Una nota circolare¹¹⁵ dell'Agenzia delle entrate ha fornito maggiori informazioni a riguardo.

Da quanto suesposto è possibile stabilire che all'Amministrazione finanziaria compete una sorta di "discrezionalità controllata" o "discrezionalità vincolata" che implica anche la possibilità da parte della stessa di rinunciare alla proposta di transazione fiscale da parte dell'imprenditore- debitore dal momento in cui questa non sia ritenuta soddisfacente, oppure di accettarla nel caso in cui la proposta, invece, oltre a rispettare le previsioni contenute nell'art. 182-ter della l. fallimentare, sia più proficua rispetto alle alternative in gioco.

In relazione, invece, alla transazione fiscale attuata nel contesto del concordato preventivo non è stata prevista nel nuovo Codice una disposizione simile, anche se non emergono delle motivazioni che giustifichino una disciplina diversa.

È indubbio che i due istituti presentano delle divergenze; infatti, mentre l'accordo di ristrutturazione dei debiti vincola esclusivamente i creditori che lo sottoscrivono, il concordato è obbligatorio nei confronti della generalità dei creditori, anche quando dissenzienti; quindi se il concordato è approvato dagli altri creditori con le maggioranze di cui all'art 177 l. f., il Fisco subirà il trattamento previsto dalla proposta di transazione, anche se ha espresso voto negativo.

Il tutto è vero solo in alcuni casi, ma non lo è ogni volta in cui il voto del Fisco sia decisivo per via della sua entità, poiché rappresenta di per sé più del 50% del valore dei crediti ovvero in quanto, pur non raggiungendo la suddetta rilevanza, è tale da consentire od impedire il raggiungimento le maggioranze poc'anzi menzionate.

¹¹⁵Circolare 16 aprile 2010, n. 20/E: *"in presenza di situazioni di crisi aziendale, sia prodromiche alla dichiarazione di fallimento sia evidenziate in una proposta di concordato preventivo, lo strumento transattivo può infatti rivelarsi decisivo per garantire l'effettivo introito di somme dovute all'Erario in misura certamente superiore (ed in tempi ovviamente ben più rapidi) rispetto a quanto potrebbe avvenire con le ordinarie modalità di riscossione, in caso di fallimento del contribuente"*.

Il dissenso dell’Agenzia delle entrate nell’ambito della proposta legata alla transazione fiscale può impedire la buona riuscita del concordato, anche nel caso in cui il soddisfacimento derivante dalla proposta è più conveniente per il Fisco stesso rispetto a quello derivante da altra soluzione alternativa.

La disparità di trattamento derivante dal comma 5 dell’art 48 non ha fondamento, e quindi è stata elisa dal decreto correttivo del Codice pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 5 novembre 2020, che ha revisionato tale norma, sancendo che il Tribunale può omologare il concordato preventivo, anche quando manca l’adesione dell’amministrazione finanziaria, se vi sono i presupposti sopra menzionati.

La revisione concilia il trattamento dei due istituti richiamati in relazione a delle proposte che hanno la stessa natura e funzione, tant’è che si è evidenziata la rimozione di una disparità di trattamento poco giustificabile.

Una corrente di pensiero sostiene che i due presupposti di applicazione della norma recata dal comma 5 dell’art 48 del D.lgs. n. 14/2019 per l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti anche senza l’assenso dell’Agenzia delle entrate, sarebbero alternativi e non cumulativi.

Si esclude invece che l’accordo di ristrutturazione dei debiti possa essere omologato dal Tribunale con una sorta di funzione di supplenza ai sensi del comma 5 dell’art 48 solo perché l’adesione dell’amministrazione finanziaria è determinante per raggiungere la soglia del 60%, anche nel caso in cui la proposta di transazione non sia favorevole per l’Erario, poiché renderebbe di difficile comprensione la disposizione in commento e la farebbe divenire uno strumento capace di determinare danni erariali e non di tutela dei relativi interessi.

Nel caso in cui invece, si reputi la proposta conveniente, ma il consenso dell’Agenzia non sia decisivo, senza quest’ultimo non si può imporre l’omologazione della transazione, per il fatto che l’accordo di ristrutturazione sia già stato concluso con altri creditori che rappresentino il 60% dei crediti totali. In tale direzione non risulta essere determinante l’adesione dell’Amministrazione

La tesi del doppio presupposto non sembra essere condivisibile, perché entra in contrasto tanto con la lettera della norma quando menziona la congiunzione “e”, quanto con la ratio della stessa che si desume dalla relazione illustrativa al decreto correttivo, ove si sostiene che la possibilità di omologare gli accordi di ristrutturazione anche senza il consenso del Fisco è stata prevista “ al fine di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi”, ma nel presupposto che “l’adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di legge”.

Si segnala che la “sostituzione d’ufficio” della mancata adesione del Fisco con l’approvazione del Tribunale comporta una deroga ai principi generali sulla conclusione di un negozio bilaterale e non sembra praticabile estenderla a situazioni non previste dalla legge, alla luce della sua natura non ordinaria.

Nell’ambito del concordato preventivo invece, il Fisco nel caso in cui il suo voto non sia decisivo, deve sottostare alla decisione della maggioranza dei creditori anche quando si rigetta la proposta di transazione fiscale e gli effetti della medesima si producono comunque; se invece il voto risulta essere determinante e la proposta conveniente, la disposizione in commento trova applicazione.¹¹⁶

2 - Interpretazione estensiva della giurisprudenza

La legge 27 novembre 2020, n.159, di conversione del decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, ha anticipato, mediante le modifiche riservate agli artt. 180, 182-bis e 182-ter., l’entrata in vigore delle disposizioni riguardanti la transazione fiscale e contributiva previste dall’art. 48, comma 5, del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

Prima di effettuare una analisi riguardante il recepimento del legislatore in relazione alla cosiddetta “interpretazione estensiva” è necessario fare riferimento ad una serie di pronunce di merito che hanno esteso la portata normativa della disposizione che tratta la mancanza di voto e di adesione.

¹¹⁶ G. ANDREANI, *Le novità del Codice della crisi sulla transazione fiscale*, 30 novembre 2020, il Fallimentarista.

Infatti, con riferimento al concordato preventivo, il novellato comma quarto dell'art. 180, L. fall., attribuisce al Tribunale il potere di omologare il concordato preventivo anche in “mancanza di voto” da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali e assistenziali quando l'adesione da parte dei predetti enti è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 L. fall., e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione dell'attestatore, la proposta di soddisfacimento del Fisco e/o degli Enti previdenziali è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

Analogamente, per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione, al comma quarto dell'art. 182 *bis*, L. fall., è stata inserita la possibilità per il Tribunale di omologare l'accordo in “mancanza di adesione” dell'Erario e degli enti di previdenza obbligatoria quando la predetta adesione sia decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti, richiesta dal primo comma del medesimo art. 182-bis ai fini della conclusione degli accordi.

Le nuove disposizioni sono applicabili anche alle procedure di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione pendenti non omologate alla data di entrata in vigore della legge di conversione.

Uno dei profili che ha suscitato numerose perplessità operative sull'applicazione del *cram down* fiscale e previdenziale riguarda il significato delle espressioni in “mancanza di voto” e in “mancanza di adesione” dell'Erario e degli enti di previdenza obbligatoria inserite, rispettivamente, nel comma 4 dell'art. 180, L. fall., per il concordato preventivo, e nel comma 5 dell'art. 182 *bis*, L. fall., per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Sul punto si sono sviluppate due differenti posizioni dottrinali¹¹⁷: una interpretazione più “estensiva”, secondo cui, fermi tutti gli altri requisiti richiesti dalla norma, il *cram down* fiscale e previdenziale sarebbe ammissibile non solo in caso di silenzio, bensì anche nell'ipotesi di diniego espresso da parte dei creditori pubblici; una interpretazione più “restrittiva”, secondo la quale

¹¹⁷ G. ANDREANI, *Le nuove norme della L. fallimentare sulla transazione fiscale*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021

l'omologazione "coattiva" da parte del Tribunale potrebbe essere disposta unicamente quando l'amministrazione finanziaria e gli enti previdenziali non si pronunciano sulla proposta formulata dal debitore/contribuente.

Secondo il citato orientamento più "estensivo", il *cram down* fiscale e previdenziale è ammesso non soltanto in caso di silenzio da parte dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali, bensì anche nell'ipotesi di diniego espresso dai creditori pubblici qualificati.

Il Tribunale di La Spezia, è stato chiamato ad esprimersi nell'ambito dell'omologazione di un accordo di composizione della crisi, ai sensi degli artt. 11 e 12 della L. 3/2012, ove il voto dell'Agenzia delle Entrate e dell'agente della riscossione era decisivo per raggiungere la maggioranza prescritta ai fini dell'approvazione della proposta.

Nella sentenza in commento i Giudici spezzini si sono orientati positivamente riguardo all'estensione degli effetti dell'accordo all'Agenzia delle Entrate, la quale non rimaneva inerte di fronte alla proposta del debitore, bensì esprimeva voto negativo alla stessa.

Nella pronuncia in comma si reputa raggiunto l'accordo di composizione della crisi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, L. 3/2012, e va quindi comunicata ai creditori la relazione del gestore della crisi sull'esito del voto ai fini delle eventuali contestazioni e della successiva omologazione, quando non sia stata raggiunta la maggioranza del 60% dei creditori aventi diritto al voto, ma il voto negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate debba ritenersi convertito *ipso iure* in voto positivo ai sensi dell'art. 12, comma 3 quater L. 3/2012, come introdotto dall'art. 4-ter comma 1 lett. f, d.l. 137/2020, convertito in L. 176/2020, quando tale voto sia:

- (i) decisivo ai fini dell'approvazione della proposta;
- (ii) la proposta di accordo consenta una soddisfazione maggiore dell'Agenzia rispetto a quella ricavabile dalla procedura di liquidazione del patrimonio ai sensi degli artt. 14 ss. L. 3/2012.

Il Tribunale di La Spezia fa applicazione dell'art. 12, comma 3 quater, L. 3/2012 come introdotto dall'art. 4-ter, comma 1, lett. f, D.L. 137/2020, convertito in L. 176/2020, in un caso in cui alcuni creditori avevano votato

contro la proposta di accordo di composizione della crisi presentata nell'ambito della procedura di sovraindebitamento, con la conseguenza che non era stata raggiunta la maggioranza minima del 60% dei crediti ammessi.

Il Tribunale accerta che risultano soddisfatte le condizioni previste dalla norma, di recentissima introduzione, perché il voto dell'Agenzia era determinante ai fini dell'approvazione della proposta e perché la proposta di soddisfacimento risultava più conveniente dell'alternativa liquidatoria.¹¹⁸

Il Tribunale di Forlì si è espresso, in coerenza rispetto alla precedente sentenza del Tribunale di La Spezia, positivamente circa l'applicazione del *cram down* anche nel caso in cui l'amministrazione finanziaria non aderisca alla proposta di trattamento fiscale formulata dal debitore in sede di accordo di composizione della crisi *ex art. 8, L. 3/2012*.

Nel caso di specie, il debitore presentava un accordo di composizione della crisi che prevedeva, oltre al pagamento integrale delle spese in prededuzione del compenso spettante all'O.C.C., il pagamento degli unici due creditori, nella misura del 5%, mediante la liquidità messa a disposizione da un terzo.

Il gestore dell'O.C.C. depositava la prova delle comunicazioni effettuate ai creditori, dando atto che i predetti creditori avevano espresso voto negativo, impendendo quindi, quantomeno prima delle recenti modifiche legislative, l'omologazione dell'accordo di composizione della crisi.

I Giudici, dando atto dell'applicabilità delle modifiche apportate dalla L. 176/2020 anche alle procedure pendenti, verificavano il rispetto delle condizioni per l'estensione forzata dell'accordo all'amministrazione finanziaria.

Da un lato, i Giudici rilevavano che la mancata adesione di quest'ultima era decisiva essendo l'unico creditore e, dall'altro, accertavano la convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria.

Per quanto concerne il dubbio attinente alla "mancanza di adesione", i Giudici optavano per l'interpretazione estensiva, ritenendo il voto espresso

¹¹⁸L. PANZANI, *L'omologazione dell'accordo di composizione della crisi in caso di voto contrario dell'Agenzia delle Entrate*, 17 marzo 2021, il Fallimentarista

negativo dell'amministrazione finanziaria del tutto equivalente alla mancata adesione da parte della stessa.

In particolare, il Tribunale statuiva che *“Va innanzitutto chiarito che per mancata adesione dell'amministrazione finanziaria nelle procedure di sovraindebitamento deve chiaramente intendersi il voto negativo espresso, posto che vigendo in questo ambito il meccanismo del silenzio-assenso il mero “non voto” equivarrebbe a voto positivo”*.¹¹⁹

Il Tribunale di Bari sez. I, 11/01/2021, con sentenza n. 2921 si soffermava sull'ipotesi della mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie e non includeva l'ipotesi dell'espressione di un voto contrario. La tesi contraria non è condivisibile, sia in considerazione del noto principio *in claris non fit interpretatio*, sia perché propugnatrice di un trattamento differenziato irragionevole per i creditori concordatari ammessi al voto.

Nel caso di specie il debitore, il cui concordato non è stato approvato dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto, si oppone all'istanza di fallimento richiamando la disposizione di cui al comma 1-bis, lett. a), d.l. n. 125 del 2020.

Il Collegio, avendo l'Agenzia delle entrate espresso voto contrario, ritiene la proposta di concordato inammissibile essendo la novella applicata all'ipotesi della mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria e non includendo l'ipotesi dell'espressione del voto contrario.

La novella attribuisce al Tribunale il potere di omologare anche *“in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di previdenza o assistenza obbligatorie”*.

Il decreto del Tribunale di Bari del 18 gennaio 2021, secondo cui le modifiche apportate dalla novella (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) alla l.fall. si riferiscono *“all'ipotesi della mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria, non includendo quindi (...) l'ipotesi della espressione di un voto contrario”*.

¹¹⁹ D. GIUFFRIDA – A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, Dottori commercialisti in Milano, 20 maggio 2021

La tesi estensiva non è condivisa dai giudici pugliesi “*sia in considerazione del noto principio in claris non fit interpretatio, in ragione dell'univoco tenore letterale della norma, sia perché propugnatrice di un trattamento differenziato irragionevole per i creditori concordatari ammessi al voto, in quanto solo il voto contrario dell'amministrazione finanziaria [...] sarebbe superabile dal Collegio con la valutazione di cui all'art. 180 l.fall. e non invece il voto contrario di un altro creditore*”.

Per i giudici pugliesi, quindi, l'intervento valutativo del tribunale in surroga si giustificerebbe unicamente sul presupposto dell'inerzia del titolare del credito nel manifestare espressamente la sua posizione di adesione o contrarietà rispetto alla proposta concordataria.

La tesi dell'interpretazione “estensiva”, sulla quale si erano poggiate le prime pronunce giudiziali, non è quindi condivisa dal Tribunale di Bari.¹²⁰

In primo luogo, secondo l'interpretazione “restrittiva”, il “voto negativo” non può configurare una “mancanza di voto” essendo esso stesso un voto espresso, in base al combinato disposto di cui agli artt. 177 e 178, L. fall., non incisi dalla novella.¹²¹

Ne discende la necessità di un consenso espresso della maggioranza per addivenire alla proposta. Come noto, l'art. 178, L. fall., è stato oggetto del ripristino della regola tradizionale del silenzio – dissenso ad opera della riforma del 2015, richiedendo pertanto il consenso espresso della maggioranza per addivenire all'approvazione della proposta.

Dunque, se l'intervento suppletivo del Tribunale trovasse applicazione di fronte ad una manifestazione di voto negativo, si arriverebbe ad ipotizzare una sorta di “ammissione di ufficio” della proposta concordataria, seppur priva del requisito del raggiungimento della maggioranza dei voti stabilita *ex lege*.

D'altra parte, attenendosi al dato letterale dell'art. 179, L. fall., parte della dottrina, riterrebbe a tal fine necessario un intervento del legislatore per

¹²⁰A. ILACQUA, L'omologa del Tribunale di Bari anche in mancanza di “voto” o di “adesione” dell'amministrazione finanziaria, GiustiziaCivile.com, De Jure.

¹²¹ MONTELEONE - PACCHI, *Il nuovo “cram down” del tribunale nella transazione fiscale*, in www.ilcaso.it febbraio 2021, pp. 9 ss.

consentire la fissazione di un'udienza di omologa anche in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte *ex lege*, in caso di equiparazione del voto espresso contrario alla mancata espressione del voto da parte del creditore pubblico.

Il Tribunale di Teramo, in merito all'applicazione del *cram down* di cui all'art. 180, comma 4, l. fall, come modificato dal d.l. n. 125/2020, conv., con mod., nella l. 159/2020, ha ritenuto opportuno specificare che il Tribunale ha il potere/dovere di omologare in via sostitutiva la transazione fiscale e contributiva anche nel caso di voto negativo o di rigetto dell'adesione da parte dell'erario, e non solo nel caso di "mancanza di voto" (nel cordato preventivo) o in caso di "mancanza di adesione" (nell'accordo di ristrutturazione dei debiti) dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali.

Il suddetto tribunale ha aderito, con riguardo all'applicazione del *cram down* disciplinato dal comma 4 dell'art. 180 l. fall., novellato dalla legge 27 novembre 2020, n. 159, alla "tesi estensiva"; tesi secondo la quale il Tribunale ha il potere-dovere di omologare in via sostitutiva la transazione fiscale e contributiva non solo in assenza di una pronuncia dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali, come ritiene la "fazione" della tesi restrittiva, ma anche a seguito del rigetto espresso della proposta di transazione da parte dei rispettivi enti creditori.

La "tesi estensiva" fatta propria dal Tribunale di Teramo non dovrebbe contrastare con la lettera della norma, poiché l'adesione ed il voto "mancano" non solo quando non vi è stata la pronuncia da parte dei creditori coinvolti, ma anche nel caso in cui la prima non è stata concessa e sul secondo ci si è espressi negativamente.

Il decreto del 19 aprile 2021 si fa apprezzare anche in relazione ad un altro motivo: il Tribunale di Teramo ha sancito che, essendo una norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica, il comma 4 dell'art. 180 l. fall. reca una disposizione di fondamentale importanza che disciplina durevolmente il trattamento dei debiti tributari e contributivi e fa riferimento ad un diritto comune dei creditori pubblici.

Lo scopo della novella non è quello di tutelare i presidi produttivi e la salvaguardia dei livelli occupazionali, bensì evitare che l'approvazione delle proposte di transazione conveniente per l'Erario sia ostacolata da resistenze prive di giustificazione.

La *ratio* sottintesa dalla pronuncia del Tribunale è comune, nonostante le divergenze che intercorrono tra le due discipline.

Il decreto del Tribunale di Teramo ha offerto degli spunti notevoli per il concepimento di una riforma sistematica del regime fiscale delle procedure concorsuali e degli effetti che da queste ne derivano.¹²²

Il Codice della crisi di impresa ha introdotto una norma che permette di omologare in maniera forzosa la transazione fiscale e contributiva, la quale è stata inserita negli artt. 180 e 182-bis l.f. seppure con alcune imprecisioni, sollevando dei dubbi interpretativi.

Il legislatore accoglie, come avevano fatto i tribunali principali, la c.d. interpretazione "estensiva" delle menzionate norme. Non mancano, però, delle incertezze riguardanti il controllo giudiziale che il Tribunale deve avanzare per la buona riuscita dell'omologazione forzosa.¹²³

Il *cram down* fiscale e previdenziale rappresenta uno strumento di composizione della crisi che ha la potenzialità di supportare un numero molto elevato di imprese in difficoltà.

Il fine del legislatore è stato infatti quello di eliminare una delle più rilevanti criticità applicative dell'istituto della transazione fiscale, costituita da posizioni particolarmente intransigenti da parte delle pubbliche amministrazioni.

Queste ultime portavano alla bocciatura *tout court* di proposte di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione anche quando le alternative concretamente praticabili, quali il fallimento, si presentano palesemente meno convenienti.

¹²² G. ANDREANI, *Transazione fiscale: tesi "estensiva sul cram down e applicazione analogica al concordato fallimentare*, il Fallimentarista.

¹²³ G. FAUCEGLIA, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, Giurisprudenza Commerciale, fasc. 3, 1 giugno 2021, pag. 431, De Jure

Il disposto normativo, tuttavia, si presta ad alcuni dubbi interpretativi, uno dei quali è rappresentato dal significato delle espressioni in “mancanza di voto” e in “mancanza di adesione” dell’Erario e degli enti di previdenza obbligatoria previste dalle norme di riferimento.

A livello operativo tali dubbi potrebbero avere ricadute negative sulla risoluzione della crisi di imprese in difficoltà, riducendo sensibilmente l’utilità e potenzialità del nuovo istituto della transazione fiscale.

Le prime sentenze emesse dai giudici di merito oscillano anch’esse tra le differenti posizioni dottrinali assunte in merito al significato della locuzione in “mancanza” di voto/adesione degli enti pubblici.

La recente ordinanza delle Sezioni Unite, tuttavia, risulta chiara ed univoca nello statuire che la decisione circa il diniego sulla proposta di trattamento dei crediti tributari sia riconducibile al giudice fallimentare, e non a quello tributario, come invece ritenuto nel precedente provvedimento del 2016.

La posizione assunta dalle Sezioni Unite, a parere di chi scrive, avvalorata la tesi “estensiva”, poiché di fatto attribuisce al Tribunale concorsuale il potere di decidere in merito al rigetto, eventualmente illegittimo, dei creditori pubblici qualificati, sostituendosi ad essi.

Così la cognizione sul diniego, sia tacito che espresso, verrebbe ricondotta, in modo sostanzialmente esclusivo, in seno al procedimento concorsuale e quindi alla competenza del giudice fallimentare.

Ciò consentirebbe non soltanto di risolvere la *vexata quaestio* circa la cognizione al diniego dell’Erario, ma soprattutto permetterebbe la mancata proliferazione del contenzioso tributario e/o previdenziale, con maggiore celerità dei processi risanatori, oggi più che mai resa necessaria dal contesto economico sfavorevole nel quale si trovano ad operare le imprese.¹²⁴

Recentemente, il decreto legge 24 agosto 2021 n. 118 sulla crisi d’impresa ci ha fornito delle delucidazioni che attendevamo.

¹²⁴D. GIUFFRIDA – A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, Dottori commercialisti in Milano, 20 maggio 2021

Ha chiarito che disciplina transazione fiscale, quindi, riguarda anche i casi in cui gli enti fiscali e previdenziali bocchino la proposta¹²⁵, ma ha statuito che nel caso di omologazione forzata si faccia riferimento alle sanzioni previste per i reati fallimentari.

L'art 20 del d.l. 118/2021, attualmente oggetto di esame in parlamento per la relativa conversione in legge, ha apportato delle modifiche all'art. 180, comma 4 della legge fallimentare, modificando l'espressione "in mancanza di voto" in quella di "mancanza di adesione".

Dato che per "mancanza di adesione" bisogna intendersi, nell'ambito del concordato preventivo, anche la mancanza di adesione derivante dall'espressione di un voto negativo, la novità in questione ha come fine quello di precisare la competenza del Tribunale, secondo cui quest'ultimo ha facoltà di omologare anche forzosamente la transazione fiscale e contributiva anche nel caso in cui sia stata rigettata la proposta, mediante voto contrario.

La medesima regola, si ritiene possa essere applicata anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti, nel cui ambito la lettera dell'articolo 182-bis della legge fallimentare, comma 4, già ricomprendeva l'espressione mancanza di adesione.

L'articolo 20, così, permette di oltrepassare le incertezze normative sorte sulla scorta delle norme riguardanti l'omologazione forzata della transazione, avallando la cosiddetta "interpretazione estensiva", secondo la quale, il giudice detiene il potere-dovere di omologare forzosamente l'accordo, non solo quando si è dinanzi all'assenza di un'espressione di voto o di adesione da parte del Fisco e degli enti previdenziali, ma anche a seguito del voto contrario o del rigetto della proposta da parte dei creditori pubblici, contrariamente ad un orientamento più restrittivo.

Si potrebbe avere qualche obiezione nei confronti di coloro che aderisco a questo orientamento.

¹²⁵ E non solo quelli in cui manchi il voto.

Si ritiene che l'articolo 20 non possieda un impianto tipico della norma interpretativa e che il legislatore abbia voluto adeguare il testo della legge fallimentare a quello del Codice della crisi.

Si esclude, invece, che la revisione legislativa, intervenuta in un periodo in cui la diatriba giurisprudenziale e dottrinale era accesa, non abbia avuto una finalità chiarificatrice.

Così come è da escludere che l'espressione "mancanza di adesione" abbia lo stesso significato di quella di "mancanza di voto": sia perché non sono coincidenti, sia perché, se lo fossero state, l'intervento del legislatore sarebbe considerarlo non utile alla causa, ritenendolo così sbagliato dal punto di vista interpretativo.

E indubbio che quest'intervento avrebbe potuto avere una portata più chiarificatrice, sancendo in maniera espresa che l'omologazione forzosa si ritenga applicabile anche in presenza del voto negativo e del rigetto manifestati in maniera palese dal Fisco e dagli enti previdenziali.

Il tutto avrebbe potuto generare una divaricazione tra previste dalla legge fallimentare e quelle previste dal Codice della crisi poiché avrebbero potuto dare adito ad ulteriori incertezze interpretative.

In definitiva, tale opera di chiarificazione è stata resa tenendo in considerazione l'esigenza di evitare troppe modifiche.

E comunque, allo stesso tempo, l'articolo 20 del d.l. 118 ha inserito una integrazione della norma penale prevista dal comma 3 dell'articolo 236 della legge fallimentare.

Si tratta di disposizioni, secondo le quali le sanzioni relativi ai reati fallimentari (comma 2, numeri 1, 2 e 3) dell'articolo 236 trovano fondamento anche nell'ipotesi di omologazione forzosa della transazione fiscale e contributiva nel contesto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.¹²⁶

¹²⁶ G. ANDREANI, *Transazione fiscale più facile ma arriva il rischio penale*, Il Sole 24 ore, 20 settembre 2021 pag. 24

3 La transazione fiscale nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza

La composizione negoziale dell'insolvenza è stato da sempre un fenomeno noto alla prassi ed ha suscitato una notevole attenzione da parte degli interpreti, che, dalla legge fallimentare del 1942, hanno interpretato l'espressione "ristrutturazione dei debiti", di derivazione aziendalistica.

Quest'ultima viene intesa nel senso di una rinegoziazione da parte del debitore delle proprie esposizioni, al fine di raggiungere una modificazione volta a prevenire o a rimuovere lo stato di decozione, per attuare un piano di risanamento dell'impresa che versa in una situazione di incertezza.

Prima dell'odierno assetto normativo si sono susseguite una pluralità di riforme in merito, tra cui possiamo menzionare il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con alcune modificazioni dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, con cui sono stati introdotti, per la prima volta nell'ambito della transazione fiscale, gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Successivamente ad una serie di interventi legislativi, un'altra revisione di fondamentale importanza dell'istituto in questione si è avuta con il disegno di legge n. 3671, presentato alla Camera dei deputati l'11 marzo 2016 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, è stato approvato in data 1 febbraio 2017.¹²⁷

In tempi abbastanza recenti, invece, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio 2019, il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, che, in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155, introduce il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza".

Nel Codice citato, in relazione al trattamento dei debiti tributari e contributivi, emerge una sorta di sdoppiamento rispetto all'attuale sostanza dell'art. 182-ter.

L'art. 88, nella sua formulazione non ci offre sostanziali novità rispetto all'art. 182-ter, l.f., anche in ragione del fatto che tale norma era stata ampiamente oggetto di rimodulazione ad opera dell'art.88, comma 1, l.

¹²⁷ S. DELLA ROCCA – F. GRECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*: primo commento al d.lgs. n. 14/2019, CEDAM, 2019, pp.129 ss..

232/2016. Nella versione del CCII non è più previsto che la quota di credito fiscale degradata a chirografo debba essere inserita in una classe apposita, essendo questa previsione rilevabile nell'art. 85, comma 5.

Differentemente da quanto disciplinato precedentemente dall'art. 182-ter, l'art. 88 non ha più ad oggetto l'istituto della transazione fiscale all'interno degli accordi di ristrutturazione del debito; questi rientrano, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 63 che si esaminerà successivamente.

Come dicevamo, la transazione fiscale riguardante la procedura di concordato preventivo è espressamente disciplinata dall'art. 88 del Codice, rubricato "trattamento dei debiti tributari e contributivi", ed espone alcune novità, seppur minime, rispetto all'attuale art. 182-ter:¹²⁸

- (i) la relazione in merito alla convenienza rispetto alla soddisfazione dei crediti in uno scenario liquidatorio e l'attestazione sono regolate in due commi diversi (comma 1 e 2);
- (ii) l'attestatore è investito dell'onere di operare un ulteriore termine di confronto rispetto al valore di mercato per la determinazione dell'importo massimo della riduzione; inoltre, quest'ultimo sarà anche incaricato del compito di valutare la convenienza rispetto all'esito di una probabile liquidazione giudiziale;
- (iii) è stata eliminata la previsione (attualmente presente nel comma 1) secondo la quota di credito fiscale degradato a chirografo debba essere inserita in una apposita classe, ma in realtà si tratta solamente di una traslazione poiché la stessa è prevista nell'art 85, comma 5; ciò potrebbe implicare delle problematiche di interpretazione dato che il contenuto non è stato innovato;
- (iv) al comma 3 (attuale comma 2), invece, si fa riferimento alla proposta, piuttosto che alla domanda.

Le correzioni apportate dalla Relazione all'art. 88 che disciplina il trattamento dei crediti tributari e contributivi sono minime e riguardano perlopiù l'aspetto lessicale; mirano a rendere più scorrevole ed esplicita la lettura.

¹²⁸ D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Salvatore Sanzo e Diana Burroni, Zanichelli, 2019, p. 143.

Al comma 1 si chiarisce che l'oggetto della proposta è il pagamento, parziale o dilazionato, anche dei contributi amministrati dagli enti di gestori di forme di assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie; al comma 2 per uniformità al comma 1 troviamo le parole "tributario o contributivo" anziché "fiscale o previdenziale"; al comma 3, primo periodo, notiamo il riferimento agli uffici competenti per il deposito della proposta, considerando che non vi è un unico ente impositore, ma una serie di enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione obbligatorie.

La transazione fiscale, invece, disciplinata dall'art. 63 del nuovo Codice rispetto alla normativa attualmente in vigore, all'art. 182-ter comma 5 e 6, presenta le seguenti differenze:

- (i) l'attestazione del professionista avente ad oggetto la convenienza del trattamento presentato, non riguarda più i soli crediti fiscali, bensì anche quelli previdenziali;
- (ii) l'attestazione non si riferisce più alle alternative in concreto attuabili, ma alla liquidazione giudiziale¹²⁹, precisamente come stabilito come per la procedura da avanzare nel contesto del concordato preventivo;
- (iii) è stata confermata, invece, la necessità della valutazione specifica, da parte del Tribunale, in merito alle conclusioni dell'attestazione sul giudizio di convenienza;
- (iv) l'eventuale adesione deve giungere entro il termine di sessanta giorni dal deposito della proposta di transazione.

Riesaminando l'evoluzione della disciplina degli accordi di ristrutturazione nell'ambito della transazione fiscale, con la riforma organica del 2006 nell'ambito della procedura qui menzionata, è stata offerta all'Amministrazione finanziaria la possibilità di partecipare agli accordi mediante l'accettazione di una proposta di transazione.

Il fine era quello di definire il dovuto dei tributi, interessi e sanzioni, nonché i tempi di pagamento.

¹²⁹ Procedura che andrà a sostituire il fallimento

La disciplina è stata rimodellata più volte, anche per via dell'intervento della Corte di giustizia dell'UE, e lo strumento, come disciplinato dalla l.f. si fonda su una dichiarazione di accettazione o rifiuto della proposta del debitore il cui esito consiste in una dichiarazione di accettazione o rifiuto della proposta del debitore, che, in caso di "assenso", equivale a sottoscrizione dell'accordo.

Evitando digressioni sull'evolversi della disciplina, sono state poche le modifiche introdotte dal Codice in relazione ai debiti erariali, poiché l'art. 63 replica il testo dell'art. 182.ter l.f.

In ogni caso l'art. 63 del Codice della crisi e dell'insolvenza ripropone come detto i commi 5 e 6 dell'art. 182 ter, riferiti agli accordi di ristrutturazione.

Particolare interesse suscita l'ipotesi in cui il Fisco decida di non dare la propria approvazione nel termine stabilito dalla legge.

La disciplina in questione è contenuta nell'art. 48, comma 5 del Codice, che, in virtù della rilevanza che riveste, merita di essere esaminato attentamente.

Il legislatore del 2019 ha stabilito che la proposta di transazione fiscale produca in ogni caso effetto anche nel caso di mancata approvazione da parte del Fisco stesso nel termine di sessanta giorni, quando risulti più vantaggiosa per l'Erario rispetto, invece, alla liquidazione giudiziale.

Come richiamato, la norma in commento attribuisce al Tribunale la possibilità di omologare gli accordi di ristrutturazione anche quando non vi sia l'adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria, quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57, comma 1, e 60, comma 1 e anche quando sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento dell'amministrazione è conveniente di fronte all'alternativa liquidatoria.

A fronte di tale previsione innovativa vi è la possibilità di intervenire in merito a due criticità derivanti dall'applicazione dell'istituto transattivo, nello specifico per quel che concerne la convenienza della proposta da un lato, ed i tempi di attuazione dall'altro.

In relazione al primo aspetto, l'Agenzia delle entrate ha sempre sostenuto il sussistere di tale convenienza non fosse sufficiente per addivenire all'approvazione della proposta; di conseguenza ha rigettato sempre tutte le

proposte che, pur essendo ritenute dall'Erario più utili rispetto ad altre soluzioni, prevedevano un soddisfacimento inferiore ad alcune soglie, da essa fissate, prive di un fondamento oggettivo.

Con la riforma, in linea con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, richiamato dall'art. 97 della Costituzione, se per il Fisco la proposta è conveniente, l'accordo di ristrutturazione viene comunque omologato.

La seconda questione che viene risolta con tale novità è quella legata ai tempi di approvazione della transazione fiscale.

Prima della riforma, l'amministrazione finanziaria impiegava un lasso di tempo considerevole per pronunciarsi in merito alla proposta di transazione¹³⁰, atteggiamento tra l'altro non rispondente alle esigenze di celerità proprie del risanamento aziendale.¹³¹

Le novità che stravolgono completamente l'impostazione consensualistica precedente riguardano la consapevolezza delle difficoltà tratteggiate da una prassi caratterizzata da tempi lunghi ed incompatibili con un coordinamento con l'adesione dei creditori.

Il testo dell'art. 63 CCII., in linea con la rubrica, si riferisce anche ai crediti contributivi trattati dalla legge fallimentare in modo identico a quelli tributari, mentre il Codice sembra avere scelto un'altra soluzione.

Il comma 1 dell'art. 63 D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 recita in tal modo: *“Nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 il debitore può proporre una transazione fiscale. In tali casi l'attestazione del professionista indipendente in possesso dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera o), relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale”*.

¹³⁰ In caso di concordato preventivo, invece, i tempi erano scanditi dal Tribunale

¹³¹ L. RIZZI, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Salvatore Sanzo e Diana Burrioni, Zanichelli, 2019, pp. 119 ss.

In continuità con l'art. 182-ter, comma 5, possiamo notare che il debitore ha facoltà di presentare una proposta di transazione fiscale, da riferirsi sia ai crediti tributari che contributivi, nel contesto delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi.

In questi casi, l'attestazione in relazione ai crediti oggetto della proposta dovrà riguardare anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale questione rientra nell'ambito dell'oggetto di specifica valutazione del Tribunale.

Il Correttivo è intervenuto in merito all'art. 63 al fine di offrirgli una maggiore chiarezza e linearità.

Il comma 1 è stato così revisionato: “*. Nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 il debitore può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori. In tali casi l'attestazione del professionista, relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale*”.

Possiamo notare che è stata elisa l'ambigua e non esplicita ricomprensione dei crediti contributivi nel contesto della transazione fiscale anche attraverso delle precisazioni contenute nell'art. 88 del Codice; il debitore ha facoltà di proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, non solo dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, ma anche dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori.

Al di là delle diverse formulazioni utilizzate nel disciplinare i crediti contributivi negli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo, va *in primis* sottolineato il poco apprezzabile riferimento – nel primo periodo del primo comma dell'art. 63 – alla sola “transazione fiscale” senza la benché

minima indicazione degli “accordi sui crediti contributivi”, di cui fa menzione, distinguendoli rispetto alla prima, la rubrica della norma.

L’art. 63, comma 2, si riferiva esclusivamente alla transazione fiscale; non viene fatto alcun riferimento ai crediti contributivi, e sembra che il rinvio all’art. 88, comma 3, voglia confermare l’idea secondo cui la norma si interessi solo dei crediti fiscali.¹³²

Si tratta di un silenzio che non trova contropartita in un’altra disposizione destinata a stabilire, la legittimità di una proposta di “accordi su crediti contributivi”; ha come conseguenza quella di chiedersi se il Codice preveda uno strumento giuridico per raggiungere una sorta di intesa sul loro pagamento.

Una tale conclusione, però, è da rigettare perché non avrebbe senso che l’attestazione del professionista indipendente si debba soffermare sulla convenienza del trattamento proposto anche in relazione ai crediti previdenziali; né lo avrebbe la previsione della risoluzione di diritto della transazione fiscale quando il debitore “*non esegua integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti (...)agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie*” come sancito dall’art. 63, comma 2.

Si rileva così la poca precisione definitoria che riguarda la disciplina degli “accordi su crediti contributivi”, poiché questi si confondono nella “transazione fiscale”, nonché le insufficienze della stessa disciplina poiché sono dubbie le indicazioni che riguardano l’accettazione delle proposte di accordi da parte degli Uffici.

Per il motivo di cui sopra riguardante l’ambiguità del comma 1, ai commi 2 e 3, viene eliminata l’espressione “transazione fiscale”, per il fatto che, secondo la Relazione, “*l’accordo può avere ad oggetto anche i crediti per contributi obbligatori di natura previdenziale, assistenziale e assicurativa*”.¹³³

Il Correttivo esegue una inversione dei termini ai commi 2 e 3, prevedendo un aumento del primo, riguardante l’adesione eventuale degli enti alla proposta del debitore, che varia da sessanta a novanta giorni dal deposito della proposta

¹³² L’art. 88, 3° comma, infatti, anch’esso fa riferimento ai soli crediti tributari e nessun cenno viene offerto ai contributi o all’attività di uffici degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

¹³³ F. LAMANNA – D. GALLETTI, *Il primo correttivo al Codice della crisi d’insolvenza: commento analitico al testo approvato dal CdM il 13 febbraio 2020 con tavola sinottica*, Giuffrè, 2020, pp. 82 ss.

di transazione¹³⁴, e diminuendo il secondo, riguardante la risoluzione di diritto, che varia da novanta a sessanta giorni.

Riguardo quest'ultima variazione, è bene segnalare che, in continuità con la previsione dell'art. 182-ter, comma 6, l.f., la transazione fiscale ultimata nel contesto degli accordi di ristrutturazione è risolta di diritto se il debitore non esegue in maniera integrale, entro novanta giorni dalle scadenze prefissate (secondo il testo previgente), i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Il Correttivo riduce, al comma 3, tale termine, che varia da 90 a 60, decorso il quale, nell'ipotesi in cui il contribuente non abbia rispetto delle scadenze concordate, la transazione è risolta di diritto, ciò perché, secondo la Relazione *“nei casi di rateizzazione, un termine di novanta giorni riferito alla scadenza di ciascuna rata comporterebbe che, in caso di inadempimenti ripetuti, il creditore pubblico possa avvalersi della risoluzione solo quando il debito arretrato ha raggiunto importi consistenti”*.

Le incertezze a cui abbiamo fatto riferimento si riverberano anche sulla questione riguardante l'applicazione dei crediti contributivi al *cram down*, previsto espressamente, invece, dall'art. 48 per i crediti tributari.

Tornando al quinto comma dell'art.48, nella formulazione originaria, era prevista l'opzione di omologare gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria.

Il Correttivo ha rimodulato tale comma, offrendo la possibilità di omologare gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo (come la Relazione suggerisce) *“oltre che in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria, anche quando non vi è l'adesione degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie e così ponendo rimedio ad una disparità di trattamento difficilmente giustificabile”*, effettuando una sostituzione riguardante l'aggettivo “decisiva” con l'aggettivo “determinante” in riferimento all'adesione che consentirebbe di raggiungere le percentuali

¹³⁴ La Relazione specifica che la finalità è *“per assicurare un adeguato spatium deliberandi anche in presenza di un flusso ingente di domande”*.

indicate dall'art. 57, comma 1, 60 comma 1 e 109, comma 1 del Codice della crisi d'impresa.

In verità, fermo restando la contestazione riguardo al fatto che la norma non contemplasse espressamente la possibilità del *cram down* anche quando non ci fosse l'adesione degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, questa possibilità poteva considerarsi anche implicita, quanto meno con attraverso interpretazione adeguatrice, tanto che non erano sorti dubbi in relazione a questa possibilità¹³⁵, proprio perché non ci sarebbe stato alcun ragionevole motivo per una valutazione disparitaria della convenienza a seconda che si fosse trattato di una transazione avente ad oggetto crediti fiscali o una transazione avente ad oggetto crediti contributivi.

E stato accolto il suggerimento di inserire espressamente il riferimento anche agli enti previdenziali.

Sarebbe stato utile anche prevedere una forma di procedimento camerale standard, tramite la fissazione di un'udienza del Tribunale in camera di consiglio in ogni caso di deposito di una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, così da consentire il contraddittorio tra debitori e oppositori, o quanto meno tra debitore e commissario giudiziario se nominato, dal momento che deve acquisirsi il parere di quest'ultimo.¹³⁶

Come già detto e per evidenziare il nuovo precetto, il Codice stabilisce un termine entro il quale l'amministrazione finanziaria dovrebbe esprimere il proprio assenso in merito alla proposta di transazione fiscale, e in caso di mancata adesione, attribuisce al tribunale chiamato all'omologazione il potere di sostituirsi e vincolare l'Amministrazione fiscale all'accordo, quando accerti che quest'ultimo offra i ai crediti erariali un trattamento più favorevole rispetto a quello che otterrebbero in sede di liquidazione giudiziale e l'inclusione dei crediti tributari sia decisiva per il raggiungimento del 60% di cui all'art. 57 e del 30% di cui all'art.60.

¹³⁵ F. LAMANNA – D. GALLETTI, *Il primo correttivo al Codice della crisi d'insolvenza: commento analitico al testo approvato dal CdM il 13 febbraio 2020 con tavola sinottica*, Giuffrè, op. cit., 2020, pag. 95.

¹³⁶ F. LAMANNA – D. GALLETTI, *Il primo correttivo al Codice della crisi d'insolvenza: commento analitico al testo approvato dal CdM il 13 febbraio 2020 con tavola sinottica*, Giuffrè, 2020, op. cit., pp. 55 ss..

Si parla naturalmente di *cram down*, una soluzione che consente di oltrepassare le resistenze propinate nel tempo da alcuni Uffici.

Al tribunale è concesso, altresì, di sostituirsi all'Amministrazione finanziaria non solo nel caso in cui l'assenso non sia stato reso, ma addirittura anche quando venga esplicitamente negato.

Potremmo trovarci dinanzi a un sistema in cui i crediti erariali possono essere falciati e riscadenzati, entro i limiti della proposta offerta dal debitore e contro la volontà dell'amministrazione finanziaria, se tale proposta si ritenga più agevole dell'alternativa liquidatoria.

Ci troviamo così di fronte ad un giudizio strettamente oggettivo in merito al contenuto della proposta di transazione in comparazione con l'eventuale effetto di liquidazione giudiziali su tali crediti.

Un'altra questione a cui si deve offrire riguardo l'utilizzazione dell'istituto in commento per rinegoziare i crediti per tributi non solo dello Stato, ma anche degli enti locali; una novità non di poco conto dato che precedentemente non erano ricompresi nell'ambito della procedura ad eccezione dell'IRAP che pur essendo un'imposta regionale devolve indirettamente il suo gettito all'Erario.¹³⁷

Una disposizione che merita attenzione è sicuramente quella del più richiamato art. 48, comma 5, cioè: *“Il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 57, comma 1, e 60 comma 1 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria”*.

Tale previsione ha come obiettivo ultimo quello di valicare l'ostacolo cui cade il procedimento concordatario dinanzi al diniego che l'Amministrazione finanziaria avanza sul trattamento dei crediti dalla stesa vantati.

¹³⁷ L. BOGGIO, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza *Gli strumenti di regolazione concordataria della crisi o dell'insolvenza*, Giurisprudenza italiana n. 8, 2019, p. 1976, il fisco.

Il legislatore pare abbia voluto agire in tal modo per offrire spazio ad un intervento giudiziale che si stabilisca in una posizione sovraordinata rispetto alle determinazioni dell'Ente erariale.

Una impostazione simile dovrebbe essere vista positivamente in quanto genererebbe un bilanciamento utile tra le ragioni della procedura e le ragioni dei creditori tributari.¹³⁸

¹³⁸ R. BOGONI – E. ARTUSO, Rassegna di giurisprudenza, *La “transazione fiscale”*: profili tributari e processuali, Diritto e pratica tributaria 1/2020, il fisco.

CONCLUSIONI

Dall'analisi svolta si può comprendere come l'istituto della proposta di trattamento del debito fiscale e contributivo è stato sin dall'origine oggetto di numerose critiche e, le novità apportate dal legislatore, hanno continuato ad alimentare le già esistenti diatribe giurisprudenziali e dottrinali.

L'approccio all'esame dell'istituto della transazione fiscale implica delle problematiche rilevanti dato che, nella materia in questione si possono rinvenire sia degli aspetti tipicamente tributari, sia degli aspetti prettamente concorsuali che hanno generato confusione anche in merito alla collocazione dell'istituto.

In un primo momento, all'epoca della cosiddetta transazione esattoriale, si riteneva, che la giurisdizione appartenesse alla Commissioni tributarie, per il fatto che l'istituto aveva come fine la definizione agevolata dei tributi sulla base di una valutazione unilaterale e discrezionale dell'Agenzia delle entrate, improntata a principi di economicità e proficuità della riscossione dei tributi.

Con il tempo, invece, si è sostenuto che la ragione della proposta transattiva risiedeva non in una lite tributaria, bensì nell'interesse concorsuale delle procedure che hanno come fine quello della conservazione dell'impresa.

Perciò è corretto l'inquadramento della disciplina nel contesto concorsuale, offrendo così al giudice ordinario, quindi al Tribunale fallimentare la competenza in questione.

La disposizione di cui all'art. 182-ter della legge fallimentare, originariamente introdotta dal d.lgs. 9 gennaio 2006 è stata rimodulata più volte ed è risultata una delle norme più discusse e di difficile applicazione nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Da un lato, le critiche mosse all'istituto erano generate dalle lacune normative, che hanno dato adito ad innumerevoli interpretazioni e che, non sono state capaci di offrire un assetto più ordinato, ma che invece ci hanno condotto ad un disorientamento.

Dall'altro lato, invece, le critiche hanno messo in luce la dubbia convenienza della proposta transattiva da parte dell'imprenditore in crisi.

Gli aspetti più dibattuti e controversi sono stati quelli legati alla natura dell'istituto, alla sua facoltatività od obbligatorietà, allorquando il proponente volesse offrire un pagamento parziale o dilazionato dei debiti tributari o contributivi, alla intangibilità o meno dell'IVA, agli effetti del consolidamento del debito e della cessazione della materia del contendere.

La riforma del 2016, seppur non avendo inciso in maniera sostanziale sulla disciplina previgente, è riuscita a chiarire delle problematiche non indifferenti che erano di ostacolo alla corretta applicazione e alla scarsa fruizione dell'istituto della transazione fiscale.

Gli interventi normativi susseguitisi nel tempo hanno comunque, seppur con alcune incertezze interpretative, offerto all'istituto una maggiore dignità ai fini della sua fruizione.

Un aspetto che ha inciso in maniera significativa sulla materia in questione è il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, che ha assemblato in un unico testo normativo la trattazione degli istituti previsti attualmente dalla legge fallimentare e da una serie di leggi speciali.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza rappresenta l'espressione di agire in maniera sistematica ed organica nel campo dell'insolvenza e delle procedure concorsuali.

L'entrata in vigore del Codice è stata più volte rimandata, ma data la situazione pandemica, il legislatore si è fatto carico di recepire alcune formulazioni, anticipandone di fatto l'entrata in vigore e offrendo alle imprese una maggiore celerità per la risoluzione della procedura.

In concreto l'essenza della riforma è costituita dalla opzione di negoziare debiti erariali e previdenziale senza attendere necessariamente il voto o l'adesione dell'Amministrazione finanziaria e degli Enti previdenziali.

In sostanza tale strumento anticipatorio, ha risolto numerosi problemi che ostacolavano, seppure parzialmente, l'incedere della procedura a causa del comportamento ostativo degli Enti.

Il legislatore ha attribuito al Tribunale il potere di oltrepassare le opposizioni degli Enti di tali crediti e procedere all'omologazione anche nel caso in cui si presentasse un voto contrario alla proposta.

Abbiamo assistito, perciò, ad una farraginoso ma continua estensione dell'ambito applicativo dell'istituto della transazione fiscale, *in primis* riservata ai soli soggetti coinvolti nella procedura di concordato preventivo e poi estesa anche a coloro i quali avevano presentato una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.f.*

In conclusione, possiamo sostenere che l'istituto della transazione fiscale pare che abbia completato il suo *iter* cominciato anni fa.

Le recenti riforme del 2016 e quella più attuale del Codice della crisi d'impresa, sembrerebbero consentire all'istituto in commento di perseguire i fini per i quali era stato concepito dal legislatore ed introdotto nel nostro ordinamento, cioè la varietà di benefici che implica, non solo per l'imprenditore-debitore, ma anche per il sistema in generale.

Infatti, la finalità sottesa all'istituto si è evoluta nel corso degli anni, da strumento finalizzato alla tutela degli interessi dell'Erario, a procedimento cardine orientato alla ricerca di un corretto bilanciamento fra gli interessi intercorrenti tra imprenditori-debitori ed Erario.

Nello specifico l'intento era quello di effettuare una comparazione tra il minor gettito scaturente dall'eventuale istaurazione di una procedura concorsuale quale il fallimento dell'impresa, ovvero una valutazione prognostica fondata su parametri di economicità e proficuità dell'accordo. La valutazione, quindi, dovrà basarsi sul principio di economicità dell'azione amministrativa desumendo, gli effetti positivi, la convenienza e l'opportunità derivanti dalla procedura in esame.

Nonostante le più riforme susseguitesi, si spera che l'istituto possa finalmente divenire un punto di riferimento tanto per l'imprenditore quanto per l'Erario.

BIBLIOGRAFIA

- S.AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli – Luiso-Gabrielli, IV, Le altre procedure concorsuali, Torino, 2014, pag. 382.
- A. AUDINO, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 1196 ss.
- A. DIDONE, *Le riforme delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2016, pp. 2022 ss.
- A. FERRI, *L'alternativa della liquidazione con esercizio provvisorio nel concordato in continuità diretta rafforzata dal cram down ex L. 159/20*, 22 Aprile 2021, il Fallimentarista.
- A. ILACQUA, *L'omologa del Tribunale di Bari anche in mancanza di "voto" o di "adesione" dell'amministrazione finanziaria*, GiustiziaCivile.com, De Jure.
- A. LA MALFA, *L'Agenzia delle entrate illustra l'estensione della transazione fiscale all'IVA*, Corriere tributario, Corriere tributario n. 24 del 2009, p. 1946.
- A. LA MALFA, *Il divieto di falcidia dell'IVA, specialità dell'art.182 ter e riflessi su consolidamento dei debiti e cessazione delle liti*, Il Fallimento n. 4/2015.
- A. PAGANINI, *Transazione fiscale: il sindacato sulle mancate adesioni dell'amministrazione finanziaria*, 30 marzo 2021, il Fallimentarista.
- A. PAGANINI, *Transazione fiscale: il sindacato sulle mancate adesioni dell'amministrazione finanziaria*, 30 marzo 2021, il Fallimentarista.
- A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Giuffrè Editore, XXII edizione, pp. 477 e ss..
- C. FALCONE, *Effetti della transazione fiscale: cristallizzazione del debito?*, il fisco, n.27 del 2017, pag. 1-2658.
- C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Giuffrè editore, 2014, pp. 545 ss.
- Cfr. F. MARELLI, *Approvazione della proposta e transazione fiscale*, in *Il Fallimento*, 2011, pp. 1211 ss.
- Crisi dell'impresa e debito tributario: riflessioni sulla transazione fiscale*, in *Rass trib.*, 2008, n. 5, pp. 1329-1331.
- D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Salvatore Sanzo e Diana Burroni, Zanichelli, 2019, p. 143.
- D. GIUFFRIDA – A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, Dottori commercialisti in Milano, 20 maggio 2021
- D. GIUFFRIDA – A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, Dottori commercialisti in Milano, 20 maggio 2021
- E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, 82.
- E. MATTEI, *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, trattato delle procedure concorsuali, a cura di L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI 2011, Wolters Kluwer, 720-721.
- E. STASI, *Art. 182 ter R.D. 16-03-1942, n. 267 – Trattamento dei crediti tributari e contributivi*, Wolters Kluwer, pp. 18-19
- E. STASI, *Il nuovo diritto fallimentare-novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, a cura di A. Jorio – M. Fabiani, ed. I, Zanichelli, 2010, Bologna, pagg. 1179-1180
- E. STASI, *Transazione fiscale e contributiva nel risanamento imprenditoriale*, il Fallimento 10/2017.
- F. LAMANNA – D. GALLETTI, *Il primo correttivo al Codice della crisi d'insolvenza: commento analitico al testo approvato dal CdM il 13 febbraio 2020 con tavola sinottica*, Giuffrè, 2020, pp. 55 ss., 82 ss., 95.

- F. MEROLA - M.CAROLI - C.IAIONE - P.FERSINI, *Le casse di previdenza tra autonomia e responsabilità*, LUISS University Press, 2017, pp.51-73.
- F. NICOLETTI, *La natura "opzionale" della transazione fiscale e il necessario soddisfacimento dell'IVA nel concordato preventivo*, "il fisco" n. 9 del 2012, pag. 1-1289.
- F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario. Parte generale*, Wolters Kluwer, 2021 pp. 319 ss.
- G. ANDREANI - A. TUBELLI, "Come rendere più efficace la transazione fiscale", *il Fisco*, 13/2016, pag. 1256 ss..
- G. ANDREANI, *Le novità del Codice della crisi sulla transazione fiscale*, 30 novembre 2020, *il Fallimentarista*.
- G. ANDREANI, *Le nuove norme della L. fallimentare sulla transazione fiscale*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021.
- G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Transazione fiscale, indisponibilità dell'obbligazione tributaria e discrezionalità dell'Amministrazione*, *il fisco* n.29, 2020, pag. 1-2850.
- G. ANDREANI, *Transazione fiscale più facile ma arriva il rischio penale*, *Il Sole 24 ore*, 20 settembre 2021 pag. 24
- G. ANDREANI, *Transazione fiscale: tesi "estensiva sul cram down e applicazione analogica al concordato fallimentare*, *il Fallimentarista*.
- G. BERDANI, *L'ambito di operatività della transazione fiscale nel concordato preventivo: rassegna ragionata di dottrina e giurisprudenza*, *il fisco* n.43 del 2012, pag. 6908.
- G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Wolters Kluwer, 2016
- G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Parte Generale, Padova, 2015, pp. 15 e ss.
- G. FAUCEGLIA, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 3, 1 giugno 2021, pag. 431, *De Jure*.
- G. LO CASCIO, *Codice commentato del Fallimento*, Ipsoa, 2017, 2443 ss.
- G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento: normativa Comunitaria, normativa transfrontaliera, normativa tributaria, sovraindebitamento*, Wolters Kluwer, III edizione, 2015, pp. 2030 ss.
- G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano Giuffrè, 2017, pp. 260 ss
- G. LO CASCIO, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182 ter l.f.*, in *Fallimento* 1/2009, 6.
- G. MARIACARLA, *Le procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, seconda ed, 2017, pp. 252-253.
- G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, VI ed., Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 440-444.
- G. PAOLO MACAGNO, *Covid-19: il diritto della crisi alla ricerca di una nuova normalità*, *il Fallimento* 3/2021.
- G. ROCCA - A. DI FALCO, *il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi*, Fondazione commercialisti ODCEC di Milano, pp. 19-22.
- G. SGARAVATO - E. SGARAVATO, *Diritto e Pratica Tributaria* n. 1 del 2019, pag. 378.
- L. BOGGIO, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza Gli strumenti di regolazione concordataria della crisi o dell'insolvenza*, *Giurisprudenza italiana* n. 8, 2019, p. 1976, *il fisco*.
- L. DEL FEDERICO, *La transazione fiscale*, in *Le riforme di procedure concorsuali*, A. Didone, Milano 2016, pag. 1961
- L. GAMBI, *Gli effetti della transazione fiscale*, *Il tributario.it*, 18 gennaio 2021.
- L. JEANTET, *Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, Giuffrè, 2021, pp. 178 ss.
- L. MANDRIOLI, *La transazione dei tributi iscritti a ruolo nel fallimento e nell'esecuzione individuale*, *il fallimento*.
- L. SALVINI, *Diritto tributario delle attività economiche*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, pagg. 61-90.
- L. PANZANI, *L'omologazione dell'accordo di composizione della crisi in caso di voto contrario dell'Agenzia delle Entrate*, 17 marzo 2021, *il Fallimentarista*
- L. RIZZI, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Salvatore Sanzo e Diana Burrone, Zanichelli, 2019, pp. 119 ss.

- M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, 2017 Padova, CEDAM pp. 75-77, 178 e ss.
- M. BEGHIN, *Diritto tributario*, V ed, Agosto 2020, pp. 112-114.
- M. MARTIS, *Contributo allo studio della discrezionalità nel diritto tributario*, Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari, 2018, pp. 193-195.
- M. MONTELEONE, *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, Wolters Kluwer Marzo 2021 pp. 176-177.
- M. SPADARO, *Il trattamento dei debiti tributari e contributivi secondo il nuovo art. 182 ter l. fall.*, il Fallimento n. 1 del 2018, pag. 7
- M. VERSIGLIONI, *Transazione fiscale e principio generale di "indisponibilità rovesciata"*, in *Diritto e processo tributario*, 2015, n. 1, pp. 107-113.
- M. ZANNI - G. REBECCA, *La disciplina della transazione fiscale: un "cantiere" sempre aperto*, il Fisco n. 39 del 2010, pag. 629.
- MONTELEONE - PACCHI, *Il nuovo "cram down" del tribunale nella transazione fiscale*, in www.ilcaso.it febbraio 2021, pp. 9 ss.
- O. CAGNASSO – L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet giuridica, 2016 pp. 3855 ss.
- O. CAGNASSO – L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet giuridica, 2016, pp. 3866 ss..
- O. CAGNASSO – L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet giuridica, 2016, pp. 38721 ss.
- O. CAGNASSO- L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet giuridica, 2016, 2016, pp. 312-315
- P. CENDON, *Commentario al codice civile artt. 2740-2906*, Giuffè Editore, Milano 2009, pp. 247-248, 298, 394
- P. PARISI– P. MAZZA, *Transazione fiscale e contributiva: le modifiche per le imprese*, Pratica Fiscale e Professionale n. 17 del 2021, p. 39, il fisco.
- P. RUSSO - G. FRANSONI - L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, II ed., Milano, 2016, Giuffrè editore, pp. 130-133.
- R. BOGONI - E. ARTUSO, *"Transazione fiscale: quando il diniego è impugnabile"*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, pag. 745 ss..
- M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, Milano, 2017, pag. 180 ss..
- R. BOGONI – E. ARTUSO, *Rassegna di giurisprudenza, La "transazione fiscale": profili tributari e processuali*, *Diritto e pratica tributaria* 1/2020, il fisco.
- 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*, *il fallimento*, 7/2015.
- R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, VIII ed., CEDAM, 2014, pp., 211-216.
- S.AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli – Luiso-Gabrielli, IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, pag. 382.
- S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, *il Fallimento* 10/2012.
- S. BONIFATTI – L. PANZANI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, 2008, pag. 761-762.
- S. DELLA ROCCA – F. GRECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, CEDAM, 2019, pp.129 ss..
- S. LOCONTE, *Manuale di diritto tributario*, I ed., CEDAM, febbraio 2020, pp. 250 ss
- S. NASTA, *Transazione fiscale: un'opportunità per l'imprenditore in crisi*, *Corriere Tributario* n. 10 del 2015, pag. 779.
- V. TRIPALDI, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Giuffrè, 2011, pp. 357 ss.
- V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, Wolters Kluwer, 2010, pag. 263.
- V.FERRANTE - T.TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, III ed., Wolters Kluwer, 2016, pp. 207-208.