

Il trattamento dei crediti tributari e contributivi alla luce della Legge 27 Novembre 2020 n.159: alcuni spunti di riflessione¹

Vincenzo Stuppia - Claudio Corsetti

Premessa

La legge 27 Novembre 2020 n.159 - che ha convertito con modificazioni il d.l. 7 Ottobre 2020 n.125 - prevede attraverso il comma 1-*bis* dell'art. 3 sostanziosi interventi nella materia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione. Sul punto il legislatore ha di fatto riformato gli artt. 180, 182-*bis* e 182-*ter* del R.D. 267/1942 (la c.d. 'Legge Fallimentare'), anticipando alcune disposizioni contenute nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019) altrimenti destinate ad entrare in vigore dal 1° Settembre 2021.

La ragioni sottese tanto all'introduzione anticipata di siffatte previsioni, quanto alla procrastinazione della vigenza del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, risiedono soprattutto nella situazione di crisi economica determinata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Difatti, da un lato si è ritenuto di implementare gli strumenti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, elaborati al fine di consentire all'imprenditore commerciale il superamento dello stato di crisi o di insolvenza attraverso la continuità aziendale ed evitando la liquidazione giudiziale; dall'altro lato, invero, si è optato per il temporaneo innesto delle

modifiche ai citati istituti nel tessuto della vigente e "rodata" Legge fallimentare così da scongiurare che nelle more di un momento economicamente eccezionale le imprese e le amministrazioni si trovino a doversi confrontare con una materia radicalmente innovata.

Più nello specifico i menzionati interventi sono riassumibili come segue:

- ad ambedue gli artt. 180 e 182-*bis* della Legge fallimentare è stato aggiunto un periodo al quarto comma, ove si stabilisce che il tribunale omologhi rispettivamente il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione anche in mancanza dell'adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, nel caso in cui l'adesione sia decisiva ai fini del conseguimento delle maggioranze di cui all'art. 177 per il concordato o della percentuale del 60% dei crediti per l'accordo di ristrutturazione. In entrambi i casi è altresì richiesto che l'accordo o la soluzione concordataria siano più convenienti per l'amministrazione rispetto all'alternativa liquidatoria sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente e designato dal debitore, prevista dall'art. 161 comma 3 e dall'art. 182-*bis* comma 1.

- All'art. 182-*ter* comma 5 della Legge

¹ Agli Autori corre il dovere di esprimere i più vivi ringraziamenti al Prof. Guglielmo Fransoni e al Dott. Matteo Golisano per aver costituito un prezioso stimolo alle presenti riflessioni.



fallimentare, il secondo periodo è stato sostituito, prevedendo che la attestazione del professionista che accompagna la proposta di transazione fiscale - *rectius* di ‘trattamento dei crediti fiscali e contributivi’ - abbia ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e che tale specifico punto costituisca oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale.

Come risulta evidente già ad un sommario sguardo alla novella legislativa, quanto introdotto, nell’ottica del privilegiare, ove possibile, che l’imprenditore superi lo stato di crisi\insolvenza attraverso la continuità aziendale, si traduce all’atto pratico nella possibilità di ottenere l’omologazione del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione da parte del tribunale, nell’ipotesi in cui manchi l’adesione decisiva² da parte dell’amministrazione ed il piano proposto sia più vantaggioso rispetto alla liquidazione giudiziale.

Come spesso accade le novità predisposte dal legislatore determinano conseguenze che travalicano il dato sensibile, contribuendo a ridefinire i contorni dell’istituto in oggetto di modo da delineare un rapporto circolare tra ermeneutica giuridica e prassi. In altri termini le modificazioni introdotte dall’art. 3 comma 1

² Nulla, invece, è detto riguardo al caso in cui la mancanza di adesione non sia “decisiva”. In tali casi, pertanto, è escluso un intervento del giudice ex art. 182-*bis* comma 4 (o 180-*bis* comma 4). La scelta del legislatore, che prevedibilmente sarà oggetto di dibattito dottrinale, è quindi orientata a legittimare l’intervento del tribunale sulla base del peso relativo del debito fiscale in relazione all’intero. L’obiettivo che si vuol perseguire, presumibilmente, è quello di rimediare a quelle situazioni nelle quali il contegno o comunque l’inerzia dell’Agenzia risulti “ingiustificatamente” ostativo all’omologazione dell’accordo; di contro, se si fosse prevista la possibilità per il giudice di esaminare la proposta del contribuente in qualsiasi caso di mancanza di adesione, ciò sarebbe verosimilmente risultato un appesantimento della procedura di omologazione: benché in via di principio

bis della L.159/2020 incidono tanto sulla qualificazione del rapporto tra contribuente-debitore ed amministrazione, quanto sull’inquadramento del potere che si pone alla base dell’azione di quest’ultima nell’ambito della transazione fiscale.

Le risultanze interpretative così conseguite, inoltre, non si rivelano fini a se stesse, ma sono a loro volta foriere di conseguenze pratiche e contribuiscono alla precisazione di concetti assiomaticamente aperti cui il legislatore ha dovuto necessariamente fare ricorso nella redazione delle novelle elaborate. A livello sistematico si possono adombrare i caratteri di un rapporto dialettico e triadico tra norma e interpretazione, in cui dalla reciproca inferenza si determinano sostanziali conseguenze nella prassi e nell’assetto dei poteri tra amministrazione e contribuente sul punto.

Pertanto, l’analisi che segue si propone di fornire alcuni spunti di riflessione sull’istituto della transazione fiscale, così come risultante dopo l’intervento ex art. 3 comma 1-*bis* L.159/2020: per questioni di economia espositiva ci si propone in questa sede di limitare l’indagine agli accordi di ristrutturazione poiché, come noto, risultano essere la cornice nella quale la transazione stessa risulta, per dottrina pressoché costante³,

non possa escludersi che in un secondo momento - e se le innovazioni apportate daranno buona prova di sé - il legislatore potrebbe intervenire ricomprendendo espressamente anche la mancanza di adesione “non decisiva”.

³ A proposito del carattere più spiccatamente contrattuale degli accordi di ristrutturazione si rimanda a: G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 2008, 705 ss.; M. ORLANDI, *Piano di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo*, in *Il Fisco*, 2011, 4458 ss.; C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: questioni varie e in par condicio creditorum*, in *Il Fallimento*, 2012, 457 ss.; G. BUCCARELLA, *I “nuovi”*



godere della maggiore autonomia ontologica, non essendo ivi riducibile ad un passaggio procedimentale o sub-procedimentale. Inoltre, ai fini delle questioni che si è deciso di affrontare non può essere trascurata la recente circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 34/E del 29 Dicembre 2020, che contiene alcune prime indicazioni interpretative con le quali è doveroso confrontarsi.

La qualificazione delle attribuzioni dell’amministrazione nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi negli accordi di ristrutturazione

Come in parte già anticipato e come sussumibile dalla nuova formulazione dell’art. 182-*bis*, la previsione di un intervento del tribunale al fine di omologare l’accordo anche in mancanza dell’adesione dell’amministrazione, costituisce esercizio di un potere - da definirsi - e che non può a sua volta non avere ricadute anche sulla natura delle attribuzioni dell’amministrazione stessa.

Per tentare di formulare alcune ipotesi che auspicabilmente possano chiarire i suddetti punti, è doveroso riallacciarsi rapidamente all’elaborazione della dottrina precedente in merito al potere di cui è titolare l’amministrazione nell’ambito della transazione fiscale sia in generale, sia negli accordi di ristrutturazione⁴, avendo riguardo ai concetti di discrezionalità pura, discrezionalità

tecnica e potere vincolato⁵. Gli interrogativi riguardo la qualificazione della potestà dell’amministrazione a fronte della richiesta transattiva del contribuente, nascono con l’introduzione nell’ordinamento della c.d. ‘transazione sui ruoli’ ad opera dell’art. 3 comma 3 D.L. 138/2002, istituto che costituisce un prodromo diretto dell’odierno trattamento dei crediti fiscali e contributivi.

La dottrina maggioritaria si era allora orientata a riconoscere una discrezionalità pura in ordine alla funzione esercitata dall’amministrazione fiscale: in quel caso, il dato normativo altresì lacunoso si riverberava in un notevole potere decisionale dell’Agenzia delle entrate.

Difatti, tanto in virtù dei criteri aperti e non ulteriormente circostanziati della “maggiore proficuità ed economicità” della transazione rispetto alla liquidazione, quanto di una costruzione legislativa attributiva di una mera facoltà in capo all’amministrazione («L’Agenzia delle entrate può procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo [...]»), appariva quasi inevitabile che l’attività dell’Agenzia si articolasse attraverso le tradizionali due fasi di raccolta degli interessi ipoteticamente coinvolti dalla transazione e di ponderazione\scelta dell’interesse da perseguire.

In altre parole l’amministrazione, a fronte della richiesta di transazione da parte del contribuente, avrebbe dovuto in primo luogo individuare gli interessi e le posizioni

accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2013, 227 ss.; G. ANDREANI, A. TUBELLI, *Trattamento “speciale” per i crediti tributari nel concordato preventivo*, in *Il Fisco*, 2017, 432 ss.

⁴ Analoga operazione non può farsi quanto al tribunale, poiché, come è evidente il cennato intervento del giudice costituisce, nella materia, una novità di carattere assoluto.

⁵ Sulla articolazione ed i caratteri delle note attribuzioni menzionate, a titolo esemplificativo si rimanda a: E.

PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, IV, 10 ss.; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 66 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, IV, 1984, 463 ss.; F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero del Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblica*, 2000, 1045 ss.



direttamente e indirettamente coinvolte - si pensi, oltre alla comparazione con la liquidazione, ai risvolti produttivi e occupazionali dell'eventuale fallimento - e sulla base di un esame ponderato giungere ad una determinazione di carattere volitivo.

In siffatto percorso decisionale, inoltre, l'agire amministrativo risultava significativamente libero, poiché nonostante la necessaria «*accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alla attività di riscossione coattiva*» l'amministrazione 'poteva' - e non 'doveva' - aderire alla transazione.

Il legislatore, quindi, si limitava a prevedere che fosse ricompresa la ponderazione del suddetto interesse alla transazione ovvero alla liquidazione in termini di economicità e proficuità, senza però escludere che l'amministrazione potesse valutare altri fattori e senza, invero, orientarne la decisione in senso positivo.

L'introduzione dell'art. 182-ter all'interno della Legge fallimentare - che ha coinciso con il definitivo superamento della transazione sui ruoli -, non ha invero comportato sensibili modificazioni sulla configurazione del potere dell'amministrazione, stante, nella sua prima formulazione, l'assenza di precisi e cogenti criteri che costituissero un vincolo per l'Agenzia: ne è conseguita, ancora una volta, una qualificazione della potestà a questa attribuita in termini di discrezionalità pura ed il mantenimento di notevoli margini decisionali e di ponderazione degli interessi.

Si noti, inoltre, che tale qualifica non risultava essere accordata dalla dottrina in ragione di indicazioni positive da parte del Legislatore, bensì residualmente, a causa della estrema vaghezza del dato normativo e dell'assenza di sufficienti appigli che, di contro, potessero far propendere per la vincolatività.

Ciò, tanto più che dal potere discrezionale deriva, in linea teorica, la presenza di un correlativo potere dispositivo, esito costituzionalmente inconciliabile con il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria⁶.

I rilievi *supra* adombrati risultano essere stati - almeno parzialmente - sciolti a seguito della riforma del 2016 che, intervenendo sull'art. 182-ter ha fornito quell'appiglio legislativo cui si è fatto riferimento. Difatti, ad un sostanzioso ripensamento dell'istituto - non più denominato 'transazione fiscale' bensì 'trattamento dei crediti tributari e contributivi'⁷ - è coincisa l'indicazione di alcuni criteri cardine che hanno consentito interpretativamente di orientare, sebbene solo in linea tendenziale, il potere dell'Agenzia verso una maggiore vincolatività. Più nel particolare, ci si riferisce all'introduzione del parametro della convenienza, attestata da un professionista indipendente, di quanto proposto mediante transazione fiscale rispetto all'alternativa liquidatoria nel concordato preventivo e a «tutte le alternative concretamente praticabili» nell'accordo di ristrutturazione, stante la minore fungibilità di questo con il fallimento.

⁶ Sul quale, per economia espositiva, si rimanda a: M. GOLISANO, *La nuova "transazione fiscale" dell'art. 63 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: fra nuove difficoltà interpretative, inediti poteri sostitutivi e definitive conferme circa la vincolatezza della funzione esercitata*, in *RTDT*, 3/2019, 512 ss. e ivi ulteriore bibliografia.

⁷ Il mutamento del *nomen* indicato in rubrica e l'assenza di qualsivoglia riferimento al termine 'transazione fiscale' nell'articolo, suggerisce all'interprete la necessità di ripensare l'istituto con la più ampia autonomia concettuale possibile dalla corrispondente figura ex art. 1965 c.c.



Suddetto criterio, inoltre, costituisce oggetto di specifica valutazione del tribunale e, *a fortiori*, deve ritenersi vincolante per l'amministrazione: per gli ordini di motivi che seguono, la elaborazione del parametro della maggior convenienza ed il suo inserimento nel previgente ecosistema normativo ha contribuito a rimodulare le attribuzioni dell'Agenzia.

In primo luogo occorre considerare la funzione della transazione fiscale alla luce della relazione illustrativa al d.lgs. 5/2006, che ne ha accompagnato l'introduzione nell'ordinamento. Da quanto ivi affermato, risulta difatti che l'istituto in esame è, nell'ottica del legislatore, espressione di un mutamento di prospettiva nell'ambito delle procedure concorsuali, da essenzialmente liquidatoria a spiccatamente conservativa. Si legge difatti che *«L'attuale disciplina si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, [...] si tratta di una procedura che non risulta più adeguata alle finalità che la evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale: finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali).»*

In considerazione di ciò, non appare peregrino interpretare ove possibile le disposizioni inerenti alla transazione fiscale in conformità con la funzione che l'istituto dovrebbe rivestire: nel caso di specie, l'integrazione del parametro della maggior convenienza risulterebbe quindi vincolare l'Agenzia ad aderire alla proposta del debitore, in ragione di una sorta di *favor conservationis* nell'ambito delle procedure concorsuali.

L'argomentazione di per sé non è però determinante e necessita di essere

accompagnata da ulteriori rilievi. Una indicazione può provenire dalla tecnica di redazione della norma: si è detto che, in precedenza, la lacunosità della formulazione legislativa, unita all'assenza di qualsivoglia criterio, avesse orientato necessariamente la dottrina a propendere per la discrezionalità pura.

A fronte del novellato art. 182-ter, al contrario, si assiste ad una sostanziosa precisazione dell'ambito applicativo dell'istituto e soprattutto alla posizione di un criterio, benché sia assente qualsivoglia indicazione che qualifichi espressamente il potere dell'Agenzia. In tali casi, però, il principio di legalità contribuisce ad orientare l'attribuzione verso la vincolatività, imponendo all'amministrazione di attenersi alla mera attuazione del dato legislativo: dato un potere e indicato un parametro, l'unico modo per configurare una discrezionalità pura sarebbe stato quello di una sua previsione espressa, che qui non si rinviene. Questo a maggior ragione che la disponibilità dell'obbligazione tributaria che ne deriverebbe, solleverebbe le già menzionate criticità a livello costituzionale.

Infine, non può sottacersi che il criterio in parola e il carattere "conservativo" dell'istituto abbiano contribuito ad una riflessione anche sulla funzione dell'Agenzia stessa, arricchendo la tutela del credito tributario di nuove sfumature di significato.

Difatti, a fronte della menzione legislativa del parametro della convenienza, può argomentarsi che la relazione tra Agenzia delle Entrate e tutela del credito tributario non possa ulteriormente tradursi in un monolitico e aprioristico perseguimento dell'intero, ma debba considerare quanto possibile il caso



concreto⁸. Ciò avviene, nel caso di crisi d'impresa o insolvenza, attraverso il necessario perseguimento di soluzioni di *second best*, poiché in tali fattispecie l'adempimento integrale è ontologicamente e materialmente impossibile da conseguire. Inoltre, nell'esercizio della funzione pubblica attribuita all'Agenzia, non può tralasciarsi quel *favor conservationis* di cui si è fatto menzione ed i suoi risvolti produttivi ed occupazionali. In considerazione di ciò, nel caso in cui sia attestata una maggior convenienza della transazione fiscale rispetto alla liquidazione giudiziale, l'unica decisione che sia conforme alla tutela del credito tributario e, più in generale, alla cura del pubblico interesse, risulta essere l'adesione.

Pertanto, a differenza della sua originaria formulazione, già l'art. 183-*ter* così come riformato nel 2016 offriva la possibilità di rintracciare una sostanziosa vincolatività per l'amministrazione, non essendo questa libera nella ponderazione degli interessi da tutelare.

Segue: La portata delle innovazioni della L.159/2020

Prima di qualificare più precisamente detta attribuzione, però, occorre considerare il recente intervento di cui all'art. 3 comma 1-*bis* d.l. 125/2020, inserito dalla L. 159/2020, le cui previsioni incidono sull'equilibrio e la qualificazione dei poteri dell'amministrazione. Una prima notazione coinvolge il rapporto tra accordo di ristrutturazione e liquidazione giudiziale, che viene posto sullo stesso piano di alternatività precedentemente riservato al solo

binomio 'concordato preventivo'\ 'liquidazione'.

Difatti l'espressione "alternative concretamente praticabili" - termine sul quale si misurava precedentemente la convenienza della transazione fiscale nell'accordo di ristrutturazione - viene sostituito con la liquidazione giudiziale. In secondo luogo, ed è la innovazione più consistente, si prevede che il giudice del fallimento omologhi l'accordo di ristrutturazione - così come il concordato preventivo - anche in mancanza dell'adesione dell'amministrazione, a condizione che questo sia determinante per il raggiungimento della maggioranza e che sia integrato il già esaminato criterio della convenienza.

Siffatta previsione, ai sensi degli artt. 180 comma 4 e 182-*bis* comma 4, integra per il giudice l'esercizio di un potere sicuramente vincolato, poiché è la stessa formulazione della norma ad indicarlo chiaramente. Invero, l'utilizzo dell'indicativo presente («il giudice omologa») in luogo di locuzioni che lascino qualsivoglia margine di apprezzamento - quali "può omologare" o "ha la facoltà di omologare" - preclude nettamente la percorribilità di altre strade. Conseguentemente, al ricorrere dei presupposti di natura tecnica - *i.e.* l'attestazione del professionista - ed in mancanza dell'adesione decisiva dell'Agenzia, il tribunale dovrà omologare l'accordo o il concordato.

Nel merito, occorre inoltre rilevare che, benché la norma contempli l'omologazione dell'accordo e del concordato, deve considerarsi ricompresa anche l'efficacia del trattamento dei crediti tributari e contributivi

⁸ Già il Falsitta, nel contesto dell'inquadramento della previgente transazione sui ruoli, aveva considerato l'istituto come uno strumento che poteva inserirsi in un più ampio contesto di tutela dell'obbligazione tributaria da parte dell'Agenzia delle Entrate, in cui la

considerazione ed il riallineamento al caso concreto risultavano esigenze determinanti. G. FALSITTA, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intrasigibilità del tributo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, 1066 ss.



proposto⁹. Difatti, se diversamente ci si limitasse a sostenere che l'intervento del tribunale sia solo diretto al raggiungimento delle maggioranze indicate, escludendo l'efficacia della transazione fiscale, perderebbe di qualsiasi senso la verifica del criterio della convenienza, espressamente richiesta al giudice.

Inoltre, dai caratteri dell'attività del giudice, quando agisce in mancanza dell'adesione dell'amministrazione, può essere mutuata la sostanza dell'attività dell'amministrazione stessa: non avrebbe parimenti senso logico richiedere una diversa modalità di apprezzamento al giudice o all'amministrazione, considerato che il primo agisce in mancanza dell'adesione della seconda.

Se così fosse, inoltre, si profilerebbe un importante *vulnus* in termini di parità di trattamento, costituzionalmente rilevante, nella misura in cui il contribuente vedrebbe arbitrariamente esaminata in modo diverso la propria proposta di transazione a seconda che l'Agenzia si esprima o meno o che il suo voto risulti determinante.

In conclusione sul punto, quindi, bisogna considerare perfettamente speculari le modalità e la qualificazione dei poteri in capo all'Agenzia delle Entrate e al giudice, nel caso in cui questo agisca ex artt. 180 comma 4 o 182-bis comma 4. Nello specifico emerge pertanto la natura vincolata del potere dell'amministrazione: le conclusioni cui si è precedentemente pervenuti, possono però costituire la base per una ulteriore circostanziazione.

Difatti, si è visto come l'agire vincolato dell'amministrazione, così come del giudice del fallimento, sia in rapporto di dipendenza con il verificarsi di una condizione di carattere tecnico, ovvero l'esito della relazione ad opera del professionista indipendente incaricato dal debitore.

In considerazione di questo elemento può meglio precisarsi la tipologia del vincolo cui è soggetta l'Agenzia: l'accertamento, di natura economico-scientifica, costituisce una condizione tanto essenziale quanto 'esterna' all'amministrazione.

In considerazione di ciò appare doveroso un migliore inquadramento all'interno della categoria della c.d. 'discrezionalità tecnica'¹⁰, che, a dispetto del nome, costituisce comunque una categoria del potere vincolato.

Difatti, ove operi tale forma di attribuzione, il presupposto tecnico ed esterno all'amministrazione costituisce un requisito che, se integrato, vincola irrimediabilmente questa a conformarvisi.

Il *quantum* di vincolatività, inoltre, dipende dal grado di opinabilità della materia oggetto di accertamento tecnico, in altri termini dalla "esattezza" della scienza o della disciplina alla quale, nel caso concreto, si deve ricorrere.

Nella fattispecie oggetto di esame, trattandosi di una previsione di carattere economico, basata sul probabile ricavato di una liquidazione giudiziale in raffronto al piano o accordo presentato dal debitore, è evidente come presenti un elevato grado di attendibilità.

Ciò, però, non toglie che all'Agenzia permanga una certa quota di discrezionalità, ovvero una funzione - limitata - di controllo sia della

⁹ Del medesimo parere anche: M. GOLISANO, *La nuova transazione fiscale*, cit., 528 ss.

¹⁰ Sulla quale, più specificatamente anche: P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche

soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212 ss.; ID., (voce) *Discrezionalità tecnica*, in *Noviss. dig.*, 2010, 4 ss.



“affidabilità fiscale” del contribuente, sia dell’attendibilità della relazione.

Quanto alla prima ipotesi, difatti, la condotta del debitore può rilevare in casi specifici e tassativi influenzando la valutazione della proposta di trattamento dei crediti fiscali e contributivi. Le ipotesi, evidenziate anche dalla Circolare 34/E del 2020 sono le seguenti:

- aver simulato la cessione di asset aziendali a soggetti correlati;
- aver compiuto liberalità, anche in forma di remissione del debito, ingiustificate sulla base delle normali logiche di mercato;
- aver perfezionato operazioni di riorganizzazione aziendale, finalizzate al trasferimento dell’attivo nel proprio patrimonio personale, scaricando le passività in una *bad company* appositamente costituita e oggetto della procedura compositiva;
- avere utilizzato fatture per operazioni inesistenti, al fine di creare costi a carico dell’impresa;

¹¹ Nel particolare si tratta di: «*Ad esempio: i) una manifesta inattendibilità relativa alla determinazione del valore di realizzo dei beni immobili va motivata dagli Uffici ricorrendo a parametri pubblicamente disponibili, senza limitarsi all’utilizzo dei valori determinati dall’Osservatorio del mercato immobiliare, ma integrando questi ultimi, per ipotesi, con le informazioni desumibili dai borsini immobiliari, ovvero con i valori di vendita presenti nei siti on-line delle agenzie immobiliari. Inoltre, nei casi maggiormente complessi, gli Uffici si avvarranno del proprio personale esperto in materia di estimo, mettendo a disposizione del contribuente i risultati raggiunti e le metodologie utilizzate. Tale esigenza potrebbe manifestarsi, in special modo, con riferimento agli immobili di particolare pregio architettonico, storico o artistico, ovvero classificati in categorie catastali rispetto alle quali potrebbero non sussistere adeguati benchmark; ii) una manifesta inattendibilità concernente le variabili previsionali (come nel caso di ipotesi di crescita del fatturato palesemente incoerenti rispetto alla media dei trend storici) va motivata dagli Uffici richiamando anche eventuali studi settoriali predisposti dalle associazioni di categoria, ovvero da altri soggetti istituzionali impegnati nell’analisi del mercato di riferimento. In tali ipotesi*

Sono altresì rilevanti i precedenti fiscali del contribuente, ovvero la sistematica e deliberata violazione degli obblighi verso il fisco, nonché le condotte fraudolente, che indichino l’assenza, da parte del contribuente, di collaborazione e trasparenza nei confronti dell’Amministrazione finanziaria.

Per ciò che inerisce alla relazione, invece, l’amministrazione può rilevarne la sola manifesta inattendibilità, ovvero la manifesta infondatezza. In queste fattispecie, se utile e necessario, l’Agenzia può coinvolgere il contribuente al fine di meglio chiarire i termini della questione, in virtù di quella leale collaborazione che deve informare i rapporti tra amministrazione e cittadino.

Trattasi comunque di ipotesi piuttosto macroscopiche, delle quali la Circolare 34/E/2020 fornisce una casistica esemplificativa ¹¹. L’indicazione di tali fattispecie, inoltre, non è in sé esente da questioni, in quanto l’Agenzia rischierebbe

occorre garantire un adeguato contraddittorio, nell’ambito del quale il contribuente possa giustificare la sostenibilità delle sue previsioni in ragione di specifici elementi, quali: il recente, o prossimo, sviluppo di beni immateriali unici e di valore che possono fornire un vantaggio competitivo; la sottoscrizione di contratti conclusi a condizioni particolarmente vantaggiose; il possesso di titoli amministrativi necessari per operare nel settore di riferimento e non accessibili alla generalità degli operatori. Detti elementi devono comunque essere adeguatamente documentati e non meramente asseriti in base alla personale conoscenza del settore; iii) una manifesta inattendibilità riguardante i dati che, per loro natura, non possono essere assunti in maniera puntuale (come il tasso di attualizzazione dei flussi di cassa), va motivata dagli Uffici tenendo in considerazione che comunque gli stessi possono collocarsi in un intervallo di valori aventi un medesimo livello di attendibilità. Infatti, a seconda dei casi e delle circostanze specifiche, qualsiasi posizionamento all’interno di un intervallo può, in linea di massima, essere considerato corretto, a meno che il percorso metodologico seguito per la sua individuazione e delimitazione presenti evidenti carenze metodologiche. Un caso nel quale potrebbe



sovrapporsi a prerogative che, tecnicamente e giuridicamente, dovrebbero essere appannaggio della relazione del professionista attestatore, chiamata a rappresentare obbligatoriamente un quadro veritiero e fedele della situazione del contribuente. Sul punto, può presumersi che sarà determinante la prassi, ovvero le modalità concrete con le quali l'Agenzia deciderà di valutare le proposte di trattamento dei crediti tributari e contributivi assieme alla predetta relazione. Difatti, se la funzione di controllo che appare attribuirsi l'Agenzia si sostanzierà nella semplice rilevazione *ictu oculi* di ipotesi manifestatamente critiche, ciò potrebbe rientrare nelle funzioni di pubblico interesse e tutela del credito tributario a questa demandate, se invece, di contro, l'attività di controllo dovesse rivelarsi incisiva e penetrante nel merito, ciò sarebbe da ritenersi censurabile, poiché espressione di attribuzioni che la legge affida al professionista attestatore e non all'Amministrazione, che, per converso è tenuta ad aderire alle risultanze della perizia tecnica.

A latere di quanto esposto, a questo stadio della trattazione è necessario affrontare uno dei passaggi che, a parere dello scrivente, risultano più critici all'interno della più volte citata circolare: ovvero la possibilità di integrare il criterio della convenienza con altri parametri valutativi, in grado, concretamente, di restringerne la portata applicativa.

Nello specifico, la circolare 34/E/2020 afferma che: *«Gli Uffici, tanto nel concordato preventivo quanto nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, oltre ad operare un confronto con gli altri creditori per verificare il*

concretizzarsi tale ultima ipotesi si può avere nel caso in cui, in assenza di specifici accorgimenti relativi alla quantificazione dei flussi di cassa, vengano prospettati

rispetto del divieto di trattamento deteriore dell'erario, ai fini della valutazione della proposta di transazione fiscale che viene formulata e dell'espressione del voto, o dell'assenso, che ne consegue, sono chiamati ad esaminare il requisito della maggior convenienza economica di tale proposta rispetto all'alternativa liquidatoria.». Nello specifico, quindi, l'Agenzia considera il divieto di trattamento deteriore dell'erario un parametro operante, accanto al criterio della convenienza, tanto nel concordato preventivo, quanto negli accordi di ristrutturazione. Se nell'ipotesi concordataria la sua applicazione è pacifica, oltre che espressamente stabilita dal legislatore al comma 1 dell'art. 182-ter, più problematica appare la sua estensione anche agli accordi di ristrutturazione.

Difatti, tale intervento estensivo poggerrebbe sul comma 5 dell'art. 182-ter che così recita: *«Il debitore può effettuare la proposta di cui al comma 1 anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis.»*.

La disposizione riportata, apre quindi la questione relativa all'ampiezza del rimando al comma 1 dell'art. 182-ter, stante il fatto che sono ivi previste, accanto al divieto di trattamento deteriore dei crediti fiscali, disposizioni tanto di carattere generale e relative alla funzione della transazione fiscale - soprattutto nella prima parte del menzionato comma - e disposizioni che invece ontologicamente si riferiscono a peculiarità proprie del concordato preventivo, massimamente nell'ultima parte del comma in

dei tassi di sconto che non valorizzano il rischio di impresa, attestandosi al livello dei tassi riservati a investimenti privi di rischio (cosiddetti free-risk).»



esame, quale la suddivisione dei creditori in classi.

Su di un piano di astratta compatibilità, difatti, il divieto in oggetto, se da una parte risulta compatibile con il concordato preventivo, dall'altra mal si ataglia alla natura degli accordi di ristrutturazione, improntati all'autonomia negoziale e non vincolati al rispetto della *par condicio creditorum*. Di conseguenza, una interpretazione che sia sistematica e che tenga conto dell'essenza degli istituti, imporrebbe di considerare che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Agenzia, il divieto di trattamento deterioro dei crediti fiscali sia riferibile al solo concordato preventivo.

Tutto ciò però, si badi bene, a rigore non di una incompatibilità assoluta ed espressa, ma nell'ottica di rispettare la natura dell'istituto degli accordi di ristrutturazione: tale rilievo, difatti, non avrebbe una portata da tale da rivelarsi insuperabile per il legislatore.

L'ambiguità del dato legislativo, a fronte dell'interpretazione fornita dalla circolare 34/E/2020, risulta quindi tale da non consentire una interpretazione che sia assistita da un livello di cogenza sufficiente: le argomentazioni che possono essere allegare si baserebbero pressoché integralmente sulla - quantomai poco chiara - *voluntas legis* o sulla natura dell'istituto.

Su questo stato di cose, però, si innesta la novità costituita dal Codice della crisi d'impresa e

dell'insolvenza che, pur non essendo ancora in vigore - salvo che per le "anticipazioni" qui trattate - può fornire un dato interpretativo decisivo.

Difatti non può trascurarsi che l'art. 63 del d.lgs. 14/2019, dedicato al trattamento dei crediti tributari e contributivi negli accordi di ristrutturazione, non contenga alcun riferimento o rimando al divieto di trattamento deterioro dei crediti dell'amministrazione fiscale: difatti, l'unica disposizione richiamata risulta essere l'art. 88 d.lgs. 14/2019, che però si occupa delle modalità di presentazione della domanda.

Pertanto, appare inopinabile che dalla oramai prossima vigenza del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il divieto qui trattato non potrà essere più considerato per gli accordi di ristrutturazione, permanendo nel solo concordato preventivo. Tutto ciò, *a fortiori*, si reputa che avrebbe dovuto condurre l'Agenzia a ben diverse risultanze, poiché sarebbe stato preferibile, in una situazione di incertezza interpretativa quale l'estensione del rinvio al comma 1 dell'art. 182-ter, che si desse una lettura conforme all'art. 63 d.lgs. 14/2019 destinato ad entrare in vigore il prossimo 1° Settembre 2021¹².

Di conseguenza, in questa sede si ritiene preferibile discostarsi dalle indicazioni della Circolare 34/E/2020 e ritenere operante il divieto di trattamento deterioro dei crediti

¹² Indicazioni in tal senso, ovvero di interpretare la normativa vigente anche prendendo in considerazione la oramai prossima vigenza del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza provengono anche dalla recente ordinanza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 8504/2021. Nell'ambito del regolamento di giurisdizione ivi proposto dal ricorrente, la Corte opta per l'individuazione del Giudice Ordinario come organo deputato a conoscere sulle impugnazioni della transazione fiscale, in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario che, di contro,

riconosceva la giurisdizione della Commissione Tributaria. Alla base di tale *revirement* si argomenta sostenendo che, malgrado sulla base del principio '*tempus regit actum*' la normativa vigente e di prossima vigenza non sia precipuamente applicabile al procedimento oggetto dell'ordinanza, ciò non esclude che, ove tra la normativa applicabile alla fattispecie e la normativa vigente/di prossima vigenza non sussista soluzione di continuità, la seconda costituisca una chiave ermeneutica per la prima.



fiscali solo per la transazione fiscale all'interno del concordato preventivo.

La natura delle attribuzioni del giudice e relativa estensione

A questa fase dell'indagine è d'uopo dirigere il *focus* della ricerca sulla natura ed il fondamento del potere del giudice di omologare il concordato o l'accordo di ristrutturazione. Sciogliere la suddetta questione, difatti, contribuisce a dirimere una importante problematica teorica e pratica, ovvero l'accezione dell'espressione "mancanza di adesione dell'amministrazione"¹³, che, accanto al silenzio, potrebbe ricomprendere o meno anche il diniego, ovviamente nel caso in cui quest'ultimo sia espresso nonostante la presenza dei presupposti - come si è visto vincolanti - per l'adesione.

Se ad una interpretazione semanticamente restrittiva il lemma "mancanza" è da riconnettersi all'assenza di voto - ovvero al solo silenzio -, occorre vagliarne le conseguenze che si riverberano primariamente in sede processuale.

¹³ Sulla quale appare interrogarsi anche: G. FRANSONI, *La nuova disciplina della 'Transazione tributaria' e la successione della legge nel tempo*, pubblicato su <https://frasoni.it/argomenti/la-nuova-disciplina-della-transazione-tributaria-e-la-successione-della-legge-nel-tempo/>.

¹⁴ Nel merito e come in parte anticipato *supra*, occorre dar conto che la nuova disciplina contribuisce in maniera decisiva a ritenere che il sindacato sul diniego da parte dell'Agenzia sia indiscutibilmente da sottoporre al Giudice Ordinario, segnando un cambio di passo rispetto alla previgente disciplina, ove si riteneva che la giurisdizione fosse della Commissione Tributaria. Ripercorrendo la già citata ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 8504/2021, si ritiene che le modifiche introdotte con il d.l. 125/2020 e *a fortiori* la disciplina del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza accentuino la posizione sistematica della transazione fiscale all'interno delle procedure concorsuali - i.e. il sub-procedimento di trattamento dei crediti tributari nell'ambito della «procedura madre» di

Difatti, se si assumesse che l'intervento diretto del giudice del fallimento fosse ammissibile nella sola ipotesi del silenzio, in caso di diniego resterebbe quale unica possibilità per il contribuente, percorrere la strada dell'impugnazione presso il Tribunale Fallimentare¹⁴.

È evidente che il disegno così tratteggiato risulterebbe fortemente asimmetrico, in quanto nell'ipotesi di assenza di adesione si dovranno applicare gli artt. 180 comma 4 e 182-*bis* comma 4, e nell'ipotesi di diniego al contribuente residuerebbe la sola possibilità di impugnare il diniego dell'amministrazione.

Se risultano altrettanto evidenti le conseguenze, ove l'economia processuale incida ulteriormente sulla già complessa situazione economica del contribuente, tale sola argomentazione non è invero decisiva per far propendere con sufficiente certezza ad una interpretazione estensiva del concetto di "mancanza di adesione".

Indicazioni aggiuntive, tuttavia, potrebbero provenire da una riflessione sul fondamento del potere del giudice ex artt. 180 comma 4 e 182-*bis* comma 4.

concordato preventivo o accordo di ristrutturazione - determinando la prevalenza della *ratio* concorsuale su quella fiscale e quindi la competenza del Tribunale Fallimentare. In altri termini, con la ridefinizione dei poteri del Giudice del fallimento in relazione alla transazione fiscale, il legislatore avrebbe «incastonato la transazione fiscale con maggior chiarezza nel campo del diritto fallimentare, ancorché ne siano evidenti i riflessi di diritto tributario». Ciò sarebbe evidente, già nella normativa previgente, a cagione della «necessarietà (n.d.r. del trattamento dei crediti fiscali) nelle procedure di diritto fallimentare previste dalla legge». Pertanto, pur tenendo conto della natura tributaria delle obbligazioni oggetto di transazione fiscale, ciò non può ritenersi sufficiente ad applicare l'art. 2 d.lgs. 546/1992, ovvero la giurisdizione tributaria speciale, poiché occorre «valorizzare la prevalente/assorbente finalità concorsuale dell'accordo transattivo e quindi del suo mancato raggiungimento a causa del dissenso opposto dall'Ente impositore».



In dottrina¹⁵, si è già trattato a riguardo di potere sostitutivo ovvero concorrente: in questa sede si ritiene in primo luogo di escludere la seconda alternativa, poiché, soprattutto nell'istituto degli accordi di ristrutturazione, il silenzio da parte del creditore è perfettamente ammissibile e non corrisponde ad una "non decisione". In altri termini, potrebbe parlarsi di potere concorrente ove all'inerzia dell'amministrazione non fosse possibile attribuire un significato, ovvero nel caso in cui il silenzio corrispondesse ad una alternativa non contemplata dall'istituto: negli accordi in oggetto, tuttavia, al silenzio è da riconnettersi la volontà del creditore di rimanere estraneo all'accordo stesso.

L'operazione che compirebbe il giudice, omologando l'accordo in assenza di adesione dell'amministrazione, sarebbe quindi in grado di surrogare la decisione dell'Agenzia: vi è quindi il ribaltamento di una decisione, benché espressa attraverso il silenzio, e non la colmatatura di un vuoto, caso in cui sarebbe stato configurabile un potere concorrente.

Quanto all'eventuale tratto sostitutivo di tali attribuzioni, prima di tentare di tirare le fila del discorso è doveroso interrogarsi anche su quale possa essere, a livello sistematico, la cornice giuridica nella quale si innesta questo precipuo potere del giudice.

Utili indicazioni ritengo che possano provenire da alcune previsioni di carattere sistematico, ovvero l'art. 1 comma 2 bis della L.241/1990¹⁶ e l'art. 10 comma 1 della L.212/2000¹⁷ (il c.d. 'Statuto dei diritti del contribuente'). Entrambe le disposizioni affermano che i rapporti tra

pubblica amministrazione e cittadino, ovvero tra amministrazione finanziaria e contribuente, sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

Trattasi di norme di portata sì generale e programmatica, ma che ad una lettura sistematica possono assumere anche un carattere performativo, offrendo un efficace raccordo con la elaborazione, soprattutto civilistica, della buona fede contrattuale nei rapporti interprivati¹⁸.

Quindi, se da una parte le disposizioni riportate - ovvero l'art. 1 comma 2 bis della L.241/1990 e l'art. 10 comma 1 della L.212/2000 - devono regolare la condotta delle parti nei reciproci rapporti, dall'altra determinano che questi ultimi, se di natura contrattuale, devono necessariamente essere riguardati avendo a mente anche gli artt. 1337, 1358, 1360 e 1375 c.c., nonché il più ampio dovere di correttezza nei rapporti tra debitore e creditore di cui all'art. 1175 c.c.: gli articoli qui elencati determinano che la buona fede debba permeare in maniera persistente i rapporti tra le parti, fin dalla formazione del contratto, durante le trattative, in pendenza di una condizione sospensiva o risolutiva, nell'esercizio dell'eccezione di inadempimento e durante l'esecuzione del contratto.

Perciò, in considerazione della natura contrattuale della proposta di trattamento dei crediti fiscali e contributivi, ancor più spiccata negli accordi di ristrutturazione, appare necessario reputare pienamente operativi i citati obblighi, tanto per le parti quanto per il giudice.

¹⁵ G. FRANSONI, *La nuova disciplina*, cit.; M. GOLISANO, *La nuova transazione fiscale*, cit., 531.

¹⁶ «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

¹⁷ «I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede.»

¹⁸ Sull'argomento si rimanda all'esaustivo volume di: F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, *passim*.



In considerazione di ciò, l'attribuzione del tribunale ex artt. 180 comma 4 e 182-*bis* comma 4, potrebbe astrattamente ritenersi espressione particolare dei suddetti doveri, che ne costituiscono la cornice giuridica.

In altri termini, il giudice, omologando l'accordo o il concordato in mancanza di adesione dell'amministrazione attraverso la verifica dei presupposti giuridici che ne vincolerebbero l'accoglimento, altro non farebbe che esercitare, in via integrativa e nel caso concreto, quei doveri di correttezza e buona fede cui devono essere improntati i rapporti tra Agenzia e contribuente, a maggior ragione che risulterebbero applicabili le ancor più precise disposizioni del Codice Civile.

Ciò spinge a ritenere che, innestandosi tale potere nella estrinsecazione dei doveri in parola, il giudice eserciti un potere né sostitutivo, né concorrente, bensì integrativo-correttivo e coadiuvato dalla sfaccettatura performativa della buona fede 'integrativa' e della leale collaborazione. Da questo angolo visuale, che vuole che al giudice sia attribuito il potere\dovere degli artt. 180 comma 4 e 182-*bis* comma 4, appare naturale, logico e inevitabile ricomprendere nella "mancanza di adesione" tanto il silenzio, quanto un diniego decisivo¹⁹ che, alla luce del parametro della convenienza, si rivela contrario ai doveri di buona fede e

correttezza degli artt. 1 comma 2 bis della L.241/1990 e 10 comma 1 della L.212/2000.

L'analisi qui prospettata, tuttavia, porge ipoteticamente il fianco ad ulteriori obiezioni che si collegano più o meno direttamente alla natura degli accordi di ristrutturazione.

Sul tema, soprattutto in relazione alla "collegabilità" della normativa civilistica in tema di buona fede agli accordi di ristrutturazione, non può tralasciarsi di sottolineare come possa costituire un ostacolo l'orientamento più recente della Corte di Cassazione²⁰, che sembrerebbe considerare tale istituto quale avente natura concorsuale e non negoziale.

Difatti, l'estensione per via interpretativa che in questa sede si è tentato di percorrere, poggerebbe, oltre che sul *medium* costituito dall'art. 1 comma 2 bis della l. 241/1990 e sull'art. 10 dello Statuto dei Diritti del Contribuente, anche su una assimilabilità in principio dell'accordo di ristrutturazione ad un istituto dal carattere negoziale.

Il punto qui toccato abbraccia una *vexata quaestio* che anima la dottrina e la giurisprudenza da oltre un decennio e che, per ragioni di economia espositiva, non è possibile qui affrontare con il livello di approfondimento che meriterebbe; pertanto e per ciò che specificatamente interessa il tema qui trattato,

¹⁹ Riguardo l'estensione, qui sostenuta, del significato di "mancanza di adesione" anche alle fattispecie di diniego si segnala come, alla data di redazione del presente contributo, un primo apporto della prassi giurisdizionale che avvalorò le suddette ipotesi possa essere rintracciato nella recente sentenza del Tribunale di La Spezia del 14 Gennaio 2021. La pronuncia, pur riguardando il *cram down* fiscale e previdenziale non negli accordi di ristrutturazione, bensì nella composizione della crisi da sovraindebitamento, contiene preziosi spunti di riflessione utili anche al nuovo 182-*bis* comma 4, poiché basata sull'analogo e corrispondente art. 12 della L. 3/2012. Più nel particolare, il ragionamento dei giudici spezzini muove dal principio di buon andamento della

Pubblica Amministrazione, che imporrebbe all'Agenzia di aderire alla proposta del contribuente ove determini in concreto la migliore soddisfazione possibile del credito erariale, in raffronto all'alternativa giudiziale concorsuale. Da questo punto di vista, infatti, non rilevarebbe che l'Agenzia si sia espressa negativamente o sia rimasta silente davanti alla proposta del contribuente, essendo in ogni caso venuta meno ai suoi doveri. Sulla menzionata pronuncia, si veda anche: A. TURCHI, *Cram down fiscale anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 12 Febbraio 2021, 1 ss.

²⁰ Ci si riferisce a Cass. 9087/2018.



occorre prendere le mosse dall'analisi della menzionata pronuncia della Suprema Corte.

Difatti, nonostante la sentenza Cass. n. 9087/2018 sia stata salutata, e tendenzialmente a ragione, come una decisa presa di posizione verso la concorsualità degli accordi di ristrutturazione, il quadro che questa tratteggia è oltremodo sfaccettato, ed è ben rappresentato dal passaggio che segue: *«la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria [...] Restano all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo omologatorio».*

Come è evidente, l'immagine rappresentata della concorsualità è quella di una serie di cerchi concentrici, di orbite, al cui punto più esterno vengono posti proprio gli accordi di ristrutturazione qui trattati, a voler sottolineare come, pur appartenendo all' "universo" della concorsualità, questo carattere sia invero decisamente affievolito.

Non può sottacersi difatti, che la loro posizione nell' "orbita più esterna" del prisma delle procedure concorsuali sia indice di una loro spiccata negozialità, che pur non essendo dominante al fine di determinarne nettamente la natura, contribuisce a caratterizzarne il funzionamento e ad influenzarne la regolamentazione. In altre parole, la posizione della Corte, sembrerebbe non voler accantonare definitivamente la pur autorevole dottrina che negli anni ha sostenuto la negozialità degli accordi di ristrutturazione²¹, ma elaborando questa costruzione multilivello, ad ombreggiere un sistema che, nella concorsualità, ammette tuttavia importanti deroghe che ne sfumano inevitabilmente i caratteri.

Vi è più che, innegabilmente alcuni tratti oggettivamente allontanano l'istituto in esame da una concorsualità 'pura', quali: l'assenza della nomina di un commissario, di un giudice delegato o la costituzione di un comitato di creditori, il mantenimento in capo al debitore della gestione dell'impresa, dalla quale non viene estromesso né vincolato o controllato negli atti che pone in essere.

Inoltre non può sottacersi il fatto che i creditori, in questa fattispecie, non sono organizzati sulla base dell'omogeneità dei propri interessi, non abdicando alla propria individualità.

Tutti questi elementi, seppur probabilmente non soverchiando la natura degli accordi, è evidente come costituiscano parte non secondaria del relativo 'patrimonio genetico'.

E' difatti proprio la considerazione di tali tratti di specialità, negli anni posti in risalto da quegli studiosi che hanno sostenuto la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione, che verosimilmente hanno influenzato la Corte nell'elaborazione di un sistema tanto sfaccettato.

²¹ Riguardo la quale si veda, *supra*, nt. 3.



In considerazione di ciò, sono proprio le sottolineate sfaccettature che possono, a parere dello scrivente, costituire un appiglio sufficiente per considerare la natura concorsuale “speciale” degli accordi di ristrutturazione non ostativa all’applicazione della c.d. buona fede civilistica, anche al fine di riempire di significato il concetto di buona fede e collaborazione nei rapporti tra amministrazione e contribuente.

Tornando al punto focale della questione, in sintesi, pertanto, al giudice in tale fattispecie è attribuito il compito di integrare e correggere l’operato dell’Agenzia su più livelli, dal più particolare venir meno alla funzione di tutelare il credito tributario e al mancato esercizio di un potere di discrezionalità tecnica - ovvero vincolato -, fino alla inottemperanza ai menzionati doveri ex artt. 1 comma 2 bis L.241/1990 e 10 comma 1 L.212/2000.

Di converso, dal panorama tratteggiato emerge la posizione del contribuente che, per l’istituto in esame, appare collocarsi a metà strada tra l’interesse legittimo ed il diritto soggettivo.

Difatti, non appare perfettamente inquadrabile come interesse legittimo, per la ragione che vede l’amministrazione soggetta ad un potere tecnicamente vincolato e per l’incisivo intervento *ad corrigendum* del tribunale, ma, allo stesso tempo, i pur ridotti margini di cui l’Agenzia dispone in sede di ponderazione determinano che non possa parlarsi di quella assolutezza propria del diritto soggettivo.

A tale proposito, appare realistico proporre di considerare il contribuente come titolare di un interesse legittimo ‘forte’, che è possibile collocare a metà strada tra i poli dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo. Vi è pertanto una tensione verso quest’ultimo concetto, allo stesso modo in cui si è descritto il correlativo potere dell’amministrazione quale fortemente tendente alla vincolatività, pur con dei

circoscritti residui di discrezionalità nella ponderazione.

In conclusione, dagli spunti che si è tentato di offrire, può delinearsi un profilo della c.d. ‘nuova’ transazione fiscale che, pur necessitando di un sostanzioso apporto interpretativo, risulta essere stata designata dal legislatore quale strumento “ordinario” per coniugare il perseguimento e la massimizzazione del pubblico interesse con la possibilità per il contribuente di superare la situazione di crisi o insolvenza mediante la continuità aziendale, improntando i rapporti tra questi due soggetti sulla base di modalità collaborative, al fine più ampio di tutelare quanto possibile anche i livelli produttivi ed occupazionali.

Segue. Osservazioni critiche e considerazioni sistematiche

Quanto *supra* considerato, stante la novità delle modifiche apportate all’istituto e stante l’assenza di qualsivoglia prassi consolidata, costituisce null’altro che una proposta esegetica, con la ragionevole certezza che il dibattito sul trattamento dei crediti tributari e contributivi sia ben lungi dall’essere sopito.

In primo luogo, la ricostruzione adombrata potrebbe porgere il fianco ad una doverosa obiezione sulla natura delle attribuzioni del giudice, o, più correttamente, in relazione all’atto sul quale il potere integrativo-correttivo si innesta.

Si può evidenziare, difatti, che l’intervento del tribunale, nel caso della ‘mancanza di adesione’ - ovvero tanto di provvedimento negativo quanto di assenza di decisione - non si attaglia sull’atto o sul ‘non atto’ dell’Agenzia delle Entrate che assume, nel caso di specie, una semplice rilevanza interna. In altri termini,



l'attività del tribunale non si configura quale attività di controllo sul risultato del procedimento dell'Amministrazione, ma come un intervento autonomo, benché, in ragione delle motivazioni esposte nel paragrafo precedente, vincolato sia dal lato dell'attivazione da parte del giudice, sia dal lato degli esiti. Ciò è di palese evidenza nella misura in cui la norma non considera quale oggetto di valutazione il 'silenzio-diniego' dell'Agenzia o il suo rifiuto, seppur motivato, ma si focalizza esclusivamente sulla proposta del contribuente accompagnata dalla relazione del professionista, non rilevando in alcuna fase gli atti compiuti dall'Amministrazione.

Da questa prospettiva, risulta ulteriormente chiara l'azione integrativa del giudice, che, pur traducendosi indirettamente in una attività correttiva, non si lega all'incontro di volontà non perfezionatosi, ma alla sola proposta di una delle due parti.

Dalla base di queste osservazioni, emerge un altro tratto dell'equilibrio dei poteri tra Agenzia delle Entrate e giudice: il potere dell'Agenzia, seppur vincolato, è sostituibile nella funzione, ove non segua la linea tracciata dalla discrezionalità tecnica.

La sostituibilità nella funzione, inoltre, apre la via al predetto impiego delle considerate attribuzioni integrativo-correttive del tribunale. L'architettura così costruita dal legislatore appare quindi esplicitarsi su due livelli, ove il mancato perfezionarsi della proposta operata dal contribuente – anche in presenza dei presupposti che richiederebbero l'adesione da parte dell'Amministrazione –, legittima

l'intervento del tribunale nel medesimo procedimento.

Tale struttura bidimensionale è inoltre specchio del fatto che il legislatore, sul punto, sembrerebbe aver declinato la ben nota 'prospettiva rimediale'²², che, si affaccia sempre più negli ordinamenti nazionale e sovranazionale quale categoria trasversale del diritto.

L'ottica assunta è difatti non quella della semplice tutela, ma del conseguimento effettivo del risultato e della protezione attiva di quell'interesse che l'ordinamento riconosce in capo al contribuente. Trattasi di un approccio incardinato sul concetto di effettività della tutela, sia sul piano dei risultati, sia del suo funzionamento, che permetterebbe di ovviare celermente e proficuamente all'inerzia o ad un diniego ingiustificati da parte dell'Amministrazione, lesivi dell'interesse legittimo del contribuente.

Tale approccio prevede invero che, considerata la mancata osservanza da parte dell'Agenzia di un procedimento a carattere vincolato (discrezionalità tecnica), il debitore fiscale possa ottenere la tutela non 'per mezzo' del processo, ma 'nel' processo e che tale protezione consista nell'immediata attribuzione del "bene della vita" al contribuente. L'azionabilità del "rimedio", pur costruito come potere-dovere del giudice (come già ricordato, "il tribunale *omologa*..."), risulta saldamente tra le mani del debitore fiscale, nella misura in cui la relativa istanza di attivazione è implicita nella presentazione di una domanda di omologazione che presenti i requisiti di cui all'art. 182-*bis* comma 4 della Legge fallimentare, ovvero il fatto che la

²² L'assunto è da intendersi in maniera estremamente lata, soprattutto in considerazione altresì della natura di volontaria giurisdizione, e non contenziosa, del giudizio camerale di omologa dell'accordo di ristrutturazione. La "rimedialità" di quanto disposto dal legislatore è difatti

da rintracciarsi nell'aver elaborato uno strumento che dispiega la sua efficacia all'interno del processo ed è solo e soltanto in tale accezione che quanto affermato nel corpo del testo è da recepirsi.



manca di adesione dell'Amministrazione sia determinante e che la soluzione proposta dal contribuente sia più vantaggiosa dell'alternativa liquidatoria.

Il punto di vista che qui si tenta di rappresentare, inoltre, spinge a riflettere nuovamente sulle attribuzioni dell'Agenzia, o meglio, sul valore della sua espressione di volontà, guidata saldamente ed in via piuttosto restrittiva dalle previsioni del legislatore e da una stringente discrezionalità tecnica. Invero si è sempre ragionato considerando l'espressione volitiva dell'amministrazione quale tendenzialmente dispositiva, seppur con dei ben noti limiti anche di ordine costituzionale, mentre l'equilibrio tracciato dalla sostituibilità nella funzione in caso di inerzia o diniego, da questa prospettiva latamente rimediabile, sembrerebbe degradare ulteriormente la volontà dell'Agenzia che, nei citati casi di silenzio o rifiuto, appare sempre più assumere i contorni di una semplice indicazione, quasi di un atto interno, irrilevante nella misura in cui automaticamente ed autonomamente il giudice deve procedere a verificare i presupposti e a conferire efficacia alla proposta del contribuente presentatagli per l'omologazione. In questo senso, se da una parte appare proficuo spendere la categoria della discrezionalità tecnica, dall'altra, nelle ipotesi di diniego "ingiustificato" e inerzia, emerge con particolare forza come il legislatore abbia inteso rimarcare la differenza, per quanto riguarda l'Agenzia, tra il tutelare l'obbligazione tributaria e il disporre, al punto che le sue determinazioni negative (o il silenzio) siano talmente irrilevanti da non entrare neanche nell'esame del tribunale in sede di omologazione ex art. 182-bis comma 4, ove autonomamente si procede all'omologazione nei casi previsti dalla norma. Qui, l'azione vincolata del giudice, è sì in via di principio sostitutiva, correttiva ed integrativa, ma non

della decisione dell'Agenzia, bensì della relativa funzione, ed è anche lo specchio attraverso il quale possiamo vedere come in quei medesimi casi la determinazione dell'amministrazione non possieda già *ex ante* qualsivoglia rilevanza.

L'impostazione che qui si assume, inoltre, contribuisce ad inquadrare le innovazioni in parola all'interno della dimensione processuale e procedurale dell'omologazione, la quale è e rimane un giudizio di volontaria giurisdizione, incompatibile strutturalmente con qualsivoglia sindacato sui poteri dell'Agenzia, che difatti, anche alla luce del nuovo art. 182 bis comma 4, non avviene.

Malgrado però non sia oggetto di un sindacato diretto da parte del giudice, l'indagine effettuata sul potere vincolato dell'Agenzia, benché non rilevante in sede processuale, risulta un passaggio obbligato per l'interprete poiché, come ampiamente desumibile da quanto esposto nei paragrafi che precedono, i recenti interventi normativi sono destinati ad incidere anche sul contegno e sul comportamento dell'amministrazione in rapporto al contribuente.

Inoltre, sempre nell'ottica di questa prospettiva "pseudo-rimediabile" dalla quale parrebbe aver mosso il legislatore, l'assunzione di un angolo visuale così prettamente sostanzialistico da parte della costruzione normativa, se da un lato può essere considerato espressione di un efficace approccio rimediabile alle criticità del sistema, dall'altro rischia di delineare sempre più ipotesi '*sui generis*', ovvero assetti inediti di poteri che diradano la sistematicità dell'ordinamento poiché episodicamente modellati sulla base di singole fattispecie. Al fine di minimizzare il predetto rischio, compito dell'interprete, a sommo parere dello scrivente, appare essere anche quello di individuare in funzione 'anticiclica' quelle



ipotesi in cui sia possibile rintracciare analoghe o simili previsioni da parte del legislatore.

Riguardo al tema oggetto del presente contributo può a questo fine considerarsi la 'estensione dell'efficacia degli accordi di ristrutturazione' di cui all'art. 61 del d.lgs. 14/2019²³ - di prossima vigenza - in cui il giudice appare destinatario di attribuzioni per molti versi simili.

L'istituto prevede che il contribuente possa richiedere, mediante la domanda di omologazione, che il giudice estenda l'efficacia dell'accordo di ristrutturazione anche ai creditori non aderenti al ricorrere delle seguenti condizioni:

- tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti;
- l'accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84, comma 2, e che i creditori vengano soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale,
- i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;

- i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale;
- il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

Per espressa previsione normativa, l'estensione opera in deroga agli artt. 1372 e 1411 del c.c. e può avvenire solo nell'ambito di creditori che appartengano alla medesima classe, ovvero abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Inoltre, nei confronti di banche ed intermediari finanziari, è stabilita una disciplina parzialmente speciale poiché, nel caso in cui l'imprenditore abbia debiti verso questi soggetti in misura non inferiore al 50% del proprio indebitamento complessivo, può richiedere, a determinate condizioni, l'estensione dell'efficacia dell'accordo di ristrutturazione nei loro confronti anche nel caso in cui questo abbia carattere liquidatorio. Come è evidente, gli effetti dell'intervento del giudice appaiono essere gli stessi rispetto a quanto osservato per l'art. 182-*bis* comma 4, benché i presupposti e la *ratio* ne divergano sensibilmente.

In questo caso, difatti, la condizione che legittima la richiesta del debitore non è il mancato raggiungimento delle soglie a cagione della mancanza di adesione dell'Amministrazione, ma, all'opposto, il

²³ Il prodromo dell'art. 61 d.lgs. 14/2019 è da rinvenirsi nell'art. 182-*septies* della Legge fallimentare, riservato però a banche ed istituti di credito e rifiuto nella sostanza nel comma 5 dell'art. 61 d.lgs. 14/2019. Le previsioni del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di contro,

compiono una importantissima estensione soggettiva dell'istituto a tutti i creditori residualmente non aderenti, sulla base dei criteri e delle soglie indicate nel corpo del testo.



‘possesto’ di una percentuale di adesione particolarmente elevata (almeno il 75%).

Ne consegue un carattere *lato sensu* ‘premile’ dell’intervento del tribunale, che si traduce in un ulteriore incentivo alla continuità e alla ripresa aziendale nella misura in cui il debitore non sarà tenuto per l’intero neanche rispetto ai creditori non aderenti.

Ciò che rileva ai fini dell’economia del presente contributo è però il potere, in capo al giudice, di estendere, su richiesta del debitore, l’efficacia dell’accordo anche ai non aderenti. Questa attribuzione seppur mediata dalla disapplicazione degli artt. 1372 e 1411 c.c. e nonostante orientata a diverse finalità, condivide anche uno dei principi cardine che si sono potuti osservare in merito all’art. 182-*bis* comma 4, ovvero la maggior convenienza dell’accordo rispetto all’alternativa liquidatoria.

Questo permette di ragguagliare sia l’azione del giudice, sia in senso più ampio gli accordi di ristrutturazione, nell’alveo della ricerca di una soluzione che riesca a coniugare continuità aziendale e livelli di soddisfazione dei creditori più elevati rispetto alla liquidazione giudiziale. Il fulcro di tale meccanismo appare rappresentato dal tribunale, che interpreta un ruolo eminente in sede di omologa, orientando l’efficacia dell’accordo sia nel caso di mancanza di adesione determinante da parte dell’Amministrazione, sia nell’ipotesi in cui i creditori aderenti costituiscano una percentuale qualificata dell’indebitamento complessivo.

Riguardato in questo senso, l’intervento realizzato con le recenti novelle legislative, perde buona parte della sua asistematicità, inserendosi in un coerente disegno che vede l’imprenditore in stato di crisi ed i creditori, ivi compresi l’amministrazione e gli istituti di credito, contemperare i propri interessi

particolari con quelli più generali del sistema economico e sociale.

In questa prospettiva rileva l’attenzione verso la continuità aziendale ed il mantenimento dei livelli occupazionali, così come rileva la maggior soddisfazione dei creditori, anche tributari, in raffronto all’alternativa liquidatoria. Al vertice del quadro tracciato dal legislatore si pone il giudice, chiamato a rivestire un ruolo attivo e delicato, in grado di rimediare tanto all’inefficienza dell’amministrazione, quanto ad incentivare ed implementare l’efficacia di quegli accordi che siano in grado di coniugare convenienza per i creditori e continuità aziendale.

