

**TRANSAZIONE E ACCORDI SU CREDITI CONTRIBUTIVI:
LA MORTIFICAZIONE DELLA FUNZIONE PUBBLICA
E DEL LESSICO**

di

GIOVANNI LA CROCE

in ricordo

di mio padre Francesco

funzionario dello Stato

Sommario: *I. Introduzione al tema. – II. Spigolature lessicali. – III. La (in)disponibilità della pretesa tributaria e contributiva, limiti. – IV. La rateazione del credito tributario e contributivo: quid novi?. – V. L'impraticabilità di una transazione dei crediti tributari contenziosi. – VI. Il test di convenienza tra aporie, doti divinatorie e difetti di costituzionalità. – VII. Il cram down, tra dubbi interpretativi e nuovi profili di legittimità costituzionale. – VIII. Critica alla tesi del potere vincolato. – IX. Una riduttiva lettura alternativa: critica. – X. Le molteplici dissonanze con la Direttiva UE 2019/1023. – XI. Il pericolo di incentivare fenomeni di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, non sanzionabile ex d.lgs. 74/2000. – XII. De iure condendo. – XIII. Conclusioni e auspici.*

I. INTRODUZIONE AL TEMA.

Il coraggioso interprete che volesse tentare di districarsi nel labirinto lessicale e toponomastico del “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, ad un certo punto dell’impervio percorso s’imbatterebbe nell’art 63, rubricato “Transazione e accordi sui crediti contributivi”.

Il suo immaginario correrebbe subito alle disposizioni dell’art. 182^{ter} L. Fall., sennonché, dopo averne constatato le ampie estraneità, si accorgerebbe che la disposizione in questione è collocata nell’ambito del Capo I, Sezione II, corrente a sua volta sotto la rubrica “Strumenti negoziali stragiudiziali” e non più all’interno del perimetro delle norme che regolano attualmente la procedura di concordato preventivo.

Gli stessi accordi di ristrutturazione, di cui all’art 182^{bis} L. Fall. non ne fanno più parte, essendo stati allocati anch’essi al medesimo Capo I, Sezione II del nuovo codice, nonostante la Corte di Cassazione, nei suoi più recenti arresti, li avesse assimilati a una procedura concorsuale¹.

La titolazione medesima che nella normativa attualmente vigente era stata da non molto tempo modificata in “Trattamento dei crediti tributari e contributivi”² avrebbe suggerito al coraggioso lettore che nello sforzo interpretativo che stava per intraprendere avrebbe dovuto astrarsi da tre lustri di confusi dibattiti dottrinari e giurisprudenziali sorti intorno alla “vecchia” transazione fiscale.

Il lettore si sarebbe domandato, poi, se l’aver sganciato le regole della transazione fiscale degli accordi di ristrutturazione dei debiti da quelle del concordato preventivo potesse essere il preludio del superamento dell’antinomia, oggi esistente, tra le disposizioni del primo e quinto comma dell’art. 182^{ter} L. fall. e quelle del primo comma dell’art. 182^{bis}.

Infatti, la presenza negli accordi di ristrutturazione dei debiti dei creditori estranei – che devono essere pagati integralmente entro 120 giorni – non consente ontologicamente di

¹ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087 e Cass., 21 giugno 2018, n. 16347.

² Rubrica così modificata dall’art. 1, comma 81 della Legge dell’11 dicembre 2016, n. 232.

rispettare la regola del soddisfacimento anteriore, e non deteriore, dei crediti erariali e previdenziali rispetto ai crediti chirografari; cioè l'osservanza della regola della graduazione delle cause legittime di prelazione; regola che costituisce l'architrave portante di tutta la procedura di concordato preventivo e dell'art. 182ter³ l. Fall..

Come si annoterà in seguito, però, anziché risolvere l'antinomia, e le conseguenti incertezze interpretative, il nuovo codice – come per altro diffusamente emerge in tanti altri suoi punti qualificanti – ne aggiunge di nuove, causa l'assai discutibile scelta, sotto il profilo della tecnica legislativa, di normare, non tramite l'enunciazione di principi, bensì tramite prescrizioni regolamentari di estremo dettaglio.⁴

II. SPIGOLATURE LESSICALI.

La precisione e l'adeguatezza del linguaggio giuridico costituiscono – è noto – uno dei fondamenti della certezza del diritto, sicché più imprecise sono le formulazioni lessicali della norma, maggiori sono le incertezze riguardo alla sua applicazione concreta⁵.

Già in apertura di questo contributo abbiamo parlato del “labirinto lessicale” all'interno del quale l'interprete del nuovo diritto fallimentare – ci sia consentito chiamare ancora così il nuovo codice – è costretto a orientarsi.

³ Art. 182ter l. fall., primo comma, secondo periodo: “Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, 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”.

⁴ Per un inquadramento generale del tema: S. Pugliatti, *Sistema Grammaticale e Sistema Giuridico*, in *Scritti Giuridici V 1965-1996*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 1059; G. Amato, *Principi di tecnica della Legislazione*, in M. D'Antonio (a cura di) *Corso di studi superiori legislativi*, 1988-1989, Cedam, Padova, 1990, 48; G. Pastore, *Il valore delle regole di tecnica legislativa nel discorso del legislatore*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione*, 2009, 11.

⁵ *Ibidem*.

Anche l'art. 63 non si sottrae a questo grave *vulnus*. La sua rubricazione, infatti, originariamente declinava: “*Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi*”, e lasciava preludere al fatto che ci si sarebbe trovati di fronte alla regolamentazione di due fattispecie diverse, non solo quanto a oggetto. Perché altrimenti l'uso di due diversi lessemi – transazione e accordi – per definirne il trattamento?

Con il “Correttivo” è scomparso dalla rubrica ogni riferimento al comparto tributario: “*Transazione e accordi contributivi*”, lasciando così supporre che dei debiti fiscali si sarebbe voluto trattare altrove e che riguardo ai crediti contributivi si potessero avanzare, alternativamente, proposte di transazione e accordi.

Così non è, giacché il dispositivo tratta anche dei debiti tributari, il che non può che lasciare attonito l'interprete di fronte a una scelta che, anziché fare tesoro dei precedenti errori, ponendovi rimedio, ne aggiunge di nuovi davvero implausibili.

La regolamentazione non solo è unitaria, ma nel corpo della norma il termine “transazione” è utilizzato sia in funzione della definizione dei tributi erariali, sia in funzione della definizione dei contributi. Col che la relativa rubricazione non trova alcuna logica giustificazione semantica; come se titolo e corpo fossero stati il frutto della stesura di tre mani diverse.

V'è poi da osservare come il pagamento rateale o parziale dei crediti tributari e contributivi s'inserisca a pieno titolo come componente del fascio degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui l'imprenditore in crisi può chiedere l'omologazione ai sensi dell'art. 48 CCII. Se così è – e non vediamo motivo di dubitarne – la rubrica avrebbe dovuto più correttamente titolare: “Accordi di ristrutturazione dei debiti fiscali e contributivi”, con ciò facendo chiarezza, sia riguardo al perimetro di operatività della disposizione, sia relativamente alla sua struttura unitaria, senza introdurre nuove locuzioni definitorie, qual è quella di “accordi su crediti contributivi”, nel contesto di un istituto che associa il termine “accordi” alla “ristrutturazione dei debiti” e non dei “crediti”.

Ma tant'è, l'approssimazione e l'inadeguatezza del lessico del legislatore della riforma connotano così diffusamente il nuovo codice che l'interprete se ne dovrà fare una ragione, assumendo su di sé il compito di andare oltre il significato semantico dei termini utilizzati, alla ricerca di un nuovo linguaggio giuridico ancora in formazione.

III. LA (IN)DISPONIBILITÀ DELLA PRETESA TRIBUTARIA E CONTRIBUTIVA, LIMITI.

Il primo comma dell'art. 63 del CCII, nel suo primo periodo stabilisce che “Nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione [...] 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”.

Vi si afferma, dunque, il principio secondo il quale è possibile proporre anche al creditore erariale e previdenziale, al pari di tutti gli altri creditori, il pagamento parziale o dilazionato del suo credito.

Tale possibilità, a mente del secondo periodo del medesimo primo comma, parrebbe vincolata unicamente alla circostanza che il professionista indipendente ne attesti la convenienza rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Preliminarmente occorre domandarsi se la novella ponga un limite di tipo procedimentale all'iniziativa del contribuente tesa ad ottenere la dilazione o la falcidia della pretesa erariale e previdenziale; ritendo, ossia, che dilazione e pagamento parziale dei tributi erariali e dei contributi previdenziali obbligatori siano possibili unicamente nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, oltre che ovviamente nelle procedure concorsuali ordinarie.

A latere, sempre come nodo preliminare da sciogliere, vi è la questione se la disposizione abbia natura tributaria/amministrativa o concorsuale⁶.

⁶ Per una disamina del tema ci si permette di rinviare a: G. La Croce, *La transazione fiscale*, IPSOA, Milano, 2011, 99 e segg., nel quale si concludeva per la natura tributaria della originaria formulazione

I due temi meriterebbero, invero, di essere affrontati in maniera più sistematica di quanto lo possa consentire questa sede, involgendo l'analisi dell'intera struttura del nostro sistema tributario⁷.

Valgano solo alcuni brevi cenni: autoliquidazione delle imposte sul reddito, riscossione tramite l'istituto della sostituzione, imposta sul valore aggiunto con il connesso obbligo di rivalsa sono i cardini del nostro ordinamento tributario.

Con l'introduzione del sistema di autoliquidazione e la generale rilevanza delle scritture contabili non è più lo Stato, tiranno e gabelliere, ad effettuare il prelievo direttamente, sulla base di una propria attività di determinazione dei redditi dei cittadini, ma sono costoro che sulla base di un complesso di leggi, determinano il proprio debito verso l'erario.

Il debito che sorge a seguito di questa attività rappresenta una sorta di auto-assolvimento del precetto dell'art. 53 della Costituzione, essendo – la determinazione che il contribuente stesso fa sulla base di precisi precetti legislativi – la “confessione” dell'entità del contributo da esso dovuto alla spesa pubblica.

A tale debito si affianca quello che può sorgere sulla base dell'attività di accertamento dell'agenzia delle entrate; debito questo che, sino alla sua definitiva ricognizione da parte del giudice tributario, si rappresenta, al contrario, come una determinazione unilaterale dello Stato di quella che dovrebbe essere la corretta contribuzione alla spesa pubblica del soggetto sottoposto a verifica ed accertamento.

Tramite l'istituto della sostituzione, invece, lo Stato delega ad imprenditori e professionisti la riscossione delle imposte dovute da altri contribuenti. Il sostituto non assolve ad un proprio obbligo di contribuzione alla spesa pubblica, bensì è il tramite per il quale altri lo

dell'art. 182ter, L. fall., stante la sua connotazione volontaristica, connotazione che, nell'art. 63 CCII, come si vedrà, qualche autorevole autore ha posto in discussione affermandone la natura vincolata. Si veda anche, per una ricostruzione sistematica, G. Andreani, A. Tubelli, *Transazione fiscale e crisi d'impresa*, IPSOA, Milano, 2020, 22.

⁷ Anche in questo caso per maggiori approfondimenti: G. La Croce, *cit.*, 19 e segg..

assolvono. Con la sostituzione, lo Stato incassa oltre il 71% del totale delle imposte dirette e oltre il 35% del gettito tributario complessivo⁸.

La sostituzione, quindi, è lo snodo centrale tramite il quale, grazie al conflitto di interessi tra sostituto e sostituito, i principi della capacità contributiva e della progressività sono concretamente applicati.

Ne consegue che qualsiasi norma agevolativa della riscossione, quale quella che ci accingiamo a commentare, deve inserirsi all'interno di questo complesso meccanismo di autoliquidazione-sostituzione-accertamento, senza scardinarne gli equilibri, pena la disgregazione dell'intero sistema della riscossione tributaria.

Infine, con l'imposta sul valore aggiunto si realizza, tramite l'istituto della rivalsa obbligatoria, il principio di non discriminazione della circolazione dei beni e dei servizi all'interno dell'Unione Europea⁹.

E così anche per l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, qualsiasi norma agevolativa della riscossione di tale tributo non potrà comportare una distorsione del commercio all'interno della Unione Europea, nel senso che non potrà essere consentito ad un operatore nazionale di meglio competere sui mercati ottenendo agevolazioni sul pagamento dell'imposta che altri contribuenti, in analoghe condizioni, residenti in altri stati membri della Comunità, non hanno.

Concludendo, se sino alla riforma dell'ormai lontanissimo 1973, l'obbligazione tributaria veniva ad esistere esclusivamente in relazione alla attività di accertamento degli uffici finanziari, da allora la stessa sorge sulla base della dichiarazione del contribuente, anzi, ancor prima, per via dell'obbligo di versamento in acconto.

Parlare, quindi, di disponibilità della pretesa tributaria da parte dell'erario relativamente a quanto oggetto di riconoscimento di debito da parte del contribuente medesimo appare un'aporia, seppure non siano mancate normative che hanno consentito ai contribuenti,

⁸ Fonte: Mef, Bollettino delle entrate tributarie 2017.

⁹ Il gettito tributario derivante dalla rivalsa iva, pesa, a sua volta, oltre il 27% del gettito complessivo; IVA e ritenute assicurano, dunque, oltre il 62% delle entrate tributarie complessive; Fonte: *Ibidem*.

per un periodo limitato ed al ricorrere di specifiche condizioni, di pagare solo parzialmente il proprio debito, pur riconosciuto¹⁰.

Ritenere che gli uffici finanziari (le agenzie delle entrate) possano disporre a proprio piacimento della pretesa, come avveniva in vigenza dell'art. 34 del T.U.I.D., quando l'obbligazione sorgeva con l'accertamento e le esigenze di bilancio imponevano di dare certezza al gettito tributario, vorrebbe dire minare alla radice le solide basi costituzionali su cui è formato, pur con tutti i suoi limiti, il nostro sistema di fiscalità.

Pensiamo solo all'irragionevolezza – sotto il profilo del principio dell'obbligatorietà della contribuzione alle spese pubbliche secondo capacità contributiva di ciascuno – della possibilità che un sostituto di imposta non versi le imposte che ha dichiarato avere trattenuto ad altri contribuenti (il debito per ritenute rappresenta una forte componente del debito tributario delle imprese in crisi) e di cui si è dichiarato debitore nei confronti dell'erario. In una simile ipotesi, il sacrificio imposto in base all'art. 23 della Costituzione a carico del contribuente sostituito non andrebbe a vantaggio della collettività, bensì del sostituto, o, in caso di procedura concorsuale, del piccolo universo dei suoi creditori.

Analogamente deve argomentarsi riguardo al debito riconosciuto per IVA, imposta che, è noto, non grava sull'imprenditore, bensì sul consumatore finale.

Dobbiamo, allora, domandarci se, in questo scenario, possa essere compatibile con i principi di derivazione costituzionale la negoziazione da parte dell'erario del debito riconosciuto dal contribuente e a quali condizioni, eventualmente, ciò possa essere consentito.

Va, infine, ricordato come il dettato dell'art. 23 della Costituzione disponga che nessuna prestazione patrimoniale possa essere imposta ai cittadini se non in base alla legge, dettato che letto *ad excludendum* consente di affermare che nessuna rinuncia al credito tributario non contestato può intervenire, ed essere riconosciuta dagli uffici finanziari, se non in base ad una specifica disposizione normativa.

¹⁰ Art. 12, L. 27 dicembre 2002, n. 289 “*Definizione dei carichi di ruolo pregressi*”.

In ogni caso un simile precetto, per non porsi in conflitto con gli artt. 3 e 53 della Costituzione: (i) dovrebbe essere fruibile dalla totalità dei contribuenti che si trovino in una determinata situazione; (ii) non dovrebbe essere suscettibile, nella determinazione della sua sussistenza, di valutazione soggettiva da parte degli uffici finanziari¹¹; (iii) l'unico criterio di orientamento cui l'ufficio dovrebbe ispirarsi dovrebbe essere costituito dal principio del buon funzionamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., ossia assicurare il miglior *recovery* possibile al credito tributario e previdenziale, senza che sia compromessa la tenuta del sistema della riscossione nel suo complesso.

Si potrebbe, allora, sostenere che le disposizioni dell'art. 63 del CCII si innestino proprio in questo solco, quali norme che consentono, al di fuori delle procedure concorsuali, ciò che altrimenti non sarebbe consentito.

Come vedremo, però, così non è, perlomeno non in assoluto.

IV. LA RATEAZIONE DEL CREDITO TRIBUTARIO E CONTRIBUTIVO: *QUID NOVI?*

La novella non è certamente una novità riguardo alla rateazione, istituto già conosciuto sia dal diritto amministrativo, sia da quello tributario.

Tramite la rateazione amministrativa¹² è possibile accedere al pagamento rateale dell'esposizione debitoria nei confronti delle gestioni amministrate dall'Inps a titolo di contributi e sanzioni.

La rateazione dei debiti contributivi in fase amministrativa può essere concessa dall'Inps fino a un massimo di 24 mesi.

Il contribuente può chiedere il prolungamento della rateazione fino a 36 rate che potrà essere autorizzato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali qualora il mancato o

¹¹ Sul punto E. De Mita, L'Accordo fiscale ha come arbitro solo l'Agenzia, in *Il Sole 24 Ore*, del 13 dicembre 2009.

¹² Fonte normativa sono le determinazioni presidenziali Inps del 14 dicembre 2012 n. 229 e 9 maggio 2013 n. 113, con le quali è stato approvato il "*Regolamento di Disciplina delle Rateazioni dei debiti contributivi in fase amministrativa*".

ritardato pagamento di contributi e sanzioni sia riconducibile, *inter alia*, a: (i) procedure concorsuali; (ii) carenza temporanea di liquidità finanziaria derivante da ritardato introito di crediti maturati nei confronti dello Stato, enti pubblici o pubblica amministrazione in genere ovvero da ritardata erogazione di contributi e finanziamenti pubblici previsti da legge o convenzione; (iii) crisi aziendale, riorganizzazione, ristrutturazione e riconversione aziendale; (iv) carenza temporanea di liquidità finanziaria legata a difficoltà economico-sociali, territoriali o settoriali. Inoltre, il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro dell'Economia e Finanze, può autorizzare in casi particolari il prolungamento fino a 60 rate.

Nel sistema di riscossione dei crediti tributari la dilazione dei pagamenti ha assunto un ruolo di ancora maggiore rilievo. La ricostruzione del quadro normativo evidenzia un rincorrersi di modifiche favorevoli al debitore, tanto che con l'art. 52 del d.l. n. 69/2013, si è addirittura introdotta la rateazione c.d. "straordinaria", con un massimo di 120 rate¹³.

Dunque, l'ordinamento consente di ottenere la rateazione del debito contributivo sino a 36/60 mesi e di quello fiscale sino a 120 mesi, senza la necessità di ricorrere all'istituto in commento.

Se così è, ci dobbiamo domandare quale possa essere la *ratio* della novella, laddove, appunto, la rateazione dei debiti tributari erariali e contributivi era già consentita anche al di fuori di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Si potrebbe ipotizzare che tramite il ricorso agli "accordi" al debitore sia consentito domandare una rateazione più ampia di quella prevista dalle norme speciali tributarie e amministrative.

Una simile conclusione si scontrerebbe ineluttabilmente, però, con la finalità stessa dello strumento, ossia con la sua idoneità a consentire il risanamento dell'impresa e ad

¹³ Inoltre, il d.l. n. 66/2014 ha riconosciuto, ai debitori decaduti dal beneficio della rateazione accordato precedentemente al 22 giugno 2013, la possibilità di richiedere una nuova rateazione, fino a un massimo di 72 rate mensili; infine, è intervenuto il d.lgs. n. 159/2015, estendendo, tra l'altro, la possibilità di riprendere la rateazione a beneficio dei decaduti nei 24 mesi antecedenti l'entrata in vigore del decreto.

assicurarne il riequilibrio della situazione economico-finanziaria, stante l'ontologica l'inconciliabilità esistente tra ipotesi di rateazione oltre 60/120 mesi e l'ottenimento del riequilibrio finanziario dell'impresa.

Si potrebbe sostenere, allora, che la disposizione vada letta *a contrariis*, ossia che gli uffici erariali e previdenziali non possano opporre al debitore richiedente un rifiuto alla rateazione basato sul suo stato di crisi. Certo che se questa fosse stata la vera *voluntas legis*, il precetto avrebbe dovuto essere formulato in modo ben diverso. Si sarebbe trattato, però, anche in questo caso, di una *voluntas* fondata su un equivoco, giacché sono le stesse norme fiscali e amministrative a collegare il diritto del contribuente alla rateazione a un suo stato di crisi¹⁴.

Difficile dubitare, ahinoi, che non si sia trattato di uno dei tanti banali infortuni in cui il legislatore è incorso causa una eccessiva fretta e una scarsa attenzione al sistema complessivo dell'ordinamento esistente, che lo hanno indotto a disciplinare ciò che già era, per altro con maggiore precisione, normato.

V. L'IMPRATICABILITÀ DI UNA TRANSAZIONE DEI CREDITI TRIBUTARI CONTENZIOSI.

Anche riguardo ai crediti erariali che non siano frutto di autoliquidazione delle imposte da parte del contribuente non pare che la novella apporti novità di rilievo, non trattandone, al contrario di quanto prevedeva la prima – e superata – formulazione dell'art. 182ter l. Fall..

Riteniamo, infatti, che esse non possano essere oggetto di transazione al di fuori del ricorso agli istituti dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale¹⁵.

¹⁴ Art. 19 d.P.R. 602/73; per approfondimenti sul tema vedasi M.S. Avi, L'indice di liquidità e la rateizzazione del debito fiscale fra normativa giuridica, direttive Equitalia e decisioni delle Commissioni Tributarie- problemi irrisolti e soluzioni, Cedam, Milano, 2016.

¹⁵ Istituti introdotti entrambi con il D.L. 18 luglio 1994, n. 452 e poi modificati con la L. 13 dicembre 2010, n. 220, che hanno sempre avuto più identità di materia e di esclusione: in tal senso si è espressa

In sostanza riteniamo che tramite il ricorso alla transazione fiscale non possa ottenersi la definizione dei crediti tributari contenziosi, ossia non riteniamo che la stessa possa considerarsi un surrogato alternativo agli istituti della conciliazione giudiziale e dell'accertamento con adesione¹⁶. E ciò per la semplice ragione che diversamente verrebbe meno la specialità stessa della norma tributaria e la riserva assoluta di competenza del giudice tributario nella determinazione dell'*an* e del *quantum* dei crediti fiscali contenziosi¹⁷.

la dottrina dominante: S. La Rosa, *Concordato, conciliazione e flessibilità dell'amministrazione finanziaria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1995, 1095; F. Gallo, *Ancora sul neoconcordato e sulla conciliazione giudiziale*, in *Rass. trib.*, 1994, 1493; R. Lupi, *Prime considerazioni sul nuovo regime del concordato fiscale*, in *Rass. trib.*, 4, 1997, 793; P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1999, 513; F. Tesauero, *Istituzione di diritto tributario. Parte generale*, Utet Giuridica, Milano, 1999, 372; G. Frasoni, *Osservazioni sui rapporti fra conciliazione giudiziale ed accertamento con adesione*, in *Rass. trib.*, 2000, 1803. Tuttavia non sono mancate voci di segno contrario: L. Tosi, *Il procedimento conciliativo*, in *Il nuovo processo tributario*, Cedam, Padova, 1999, 111; M. Miccinesi, *Accertamento con adesione conciliazione giudiziale*, in *Commenti agli interventi di riforma tributaria*, Cedam, Padova, 1999, 5; S. Menchini, *Conciliazione giudiziale*, in *Il nuovo processo tributario*, Giuffrè, Milano, 1997, 411, che ritengono di più ampia portata l'oggetto possibile della conciliazione giudiziale.

¹⁶ Tale posizione è stata espressa e condivisa dal Ministero dell'economia e delle finanze nella risposta all'interrogazione n. 5-05056/2020 avanzata da alcuni deputati della Lega con cui si sollecitavano misure strutturali per l'abbandono delle liti pendenti tramite l'istituto della transazione fiscale. Il MEF, infatti, ha sostenuto che allo scopo già: « ... sono previsti istituti che permettono il raggiungimento di un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria anche successivamente all'instaurazione del contenzioso tributario, come la conciliazione giudiziale ... » e che « l'introduzione della misura auspicata potrebbe, inoltre, provocare una disparità di trattamento nei confronti dei contribuenti che assolvono i tributi in maniera ordinaria, disincentivando l'adempimento spontaneo degli obblighi tributari e la compliance da parte dei contribuenti », per concludere che « ... l'introduzione di una definizione agevolata strutturale delle liti tributarie pendenti, ... [omissis] ..., appare contraddittoria, laddove si consideri che il modello di riferimento è per sua natura eccezionale e, per questo, incompatibile con l'ordinario presidio del dovere costituzionale di contribuzione (ai sensi dell'articolo 53 della Costituzione) e con lo stesso diritto alla tutela giurisdizionale verso gli atti della Pubblica Amministrazione. », senza considerare ulteriormente che una simile norma « ... paradossalmente potrebbe incentivare l'impugnazione dell'atto impositivo al fine di vederne caduca l'efficacia. ».

¹⁷ Occorre dare atto che G. Andreani ha sostenuto il contrario, in *Transazione fiscale ammessa anche in caso di liti pendenti*, in NT+ Fisco, 11 novembre 2020, dove da notizia di un atto di transazione ricomprendente anche debiti contenziosi. Non disponendo dei relativi atti, non è dato sapere se la transazione abbia previsto come fase esecutiva il ricorso alla conciliazione giudiziale.

Quello della specialità del diritto tributario e della sua giurisdizione è un tema che impatta antinomicamente su più fronti la novella, tanto, che, come vedremo in appresso, v'è da dubitare della sua costituzionalità.

Un'ulteriore ragione a sostegno della tesi che vuole che tramite la transazione fiscale non possano definirsi i tributi oggetto di accertamento la si rinviene nella diversa funzione della transazione fiscale rispetto a quella degli istituti deflattivi del contenzioso tributario.

Infatti, mentre tramite l'accertamento con adesione e la conciliazione giudiziale, erario e contribuente definiscono, secondo determinate regole, l'entità del tributo dovuto, tramite la transazione fiscale gli stessi soggetti concordano quanto di quel tributo può essere utilmente recuperato dallo Stato, stante le condizioni di crisi del contribuente.

La transazione mai potrà incidere sull'entità del tributo dovuto ai sensi dell'art. 53 Cost. o ai sensi della Direttiva IVA.

Che l'entità del tributo dovuto non possa essere oggetto di definizione transattiva, al di fuori dei percorsi offerti dal diritto tributario, lo ha spiegato assai bene la Corte di Giustizia UE, quando ha dichiarato non in contrasto con la Direttiva IVA l'art. 160, secondo comma, l. Fall., laddove lo stesso consente il pagamento parziale dell'imposta in caso d'incapienza del patrimonio del contribuente debitore¹⁸.

In discussione, a parere del Giudice europeo, non era infatti l'esistenza dell'obbligo tributario, bensì semplicemente il suo pagamento da parte di un singolo contribuente insolvente che avesse avuto accesso al concordato preventivo.

Altra ragione che milita a favore della tesi che si sostiene è che neppure tramite la conciliazione giudiziale possono trovare soluzione contenziosi tributari ove in discussione sia l'esistenza, l'*an*, dell'obbligazione tributaria e non solo il suo *quantum*. Di là della

¹⁸ C. Giustizia UE 7 aprile 2016, C-546714, cui immediatamente si sono adeguate le SS. UU. della Cassazione con pronuncia 27 dicembre 2016, n. 26988, seguite da Cass. 19 gennaio 2017, n. 1337; Cass., 15 settembre 2017, n. 21484; Cass., 12 marzo 2018, n. 5906; Cass., 18 giugno 2018, n. 16066; Cass., 21 giugno 2018, n.16364; Cass., 11 marzo 2019, n. 6922. Tale arresto definitivo era stato anticipato – si permetta l'autocitazione – come unico possibile da G. La Croce, *Il credito erariale IVA tra orientamenti U.E. e arresti della Cassazione*, in *Il Fallimento*, 2012, 153.

circostanza, infatti, che a fronte di una determinata fattispecie si possa legittimamente discutere se essa sia o meno imponibile – della quale questione deciderà il giudice tributario – non può essere certo consentito all’Ufficio disporne parzialmente, ossia accettare una proposta conciliativa per cui a fronte del medesimo insieme delle circostanze oggettive che interessano quello specifico rapporto giuridico, una parte sia imponibile e un’altra no; e ciò in ragione dell’ostacolo insormontabile costituito dagli artt. 53 e 97 Cost., nonché, in materia di IVA, dalla relativa Direttiva UE.

Ed ecco allora che, proprio osservata *vis a vis* ai crediti contenziosi, la transazione fiscale assume una chiara e autonoma fisionomia, nonché perimetrazione: concedere ai contribuenti che versino in condizioni di crisi la possibilità di soddisfare parzialmente (del fatto che la rateazione sarebbe ottenibile anche al di fuori dell’istituto in commento si è già detto) i crediti tributari e previdenziali tramite la proposizione di un accordo, vuoi all’agenzia delle entrate, vuoi all’Inps/Inail, purché nel più complessivo ambito di accordi di ristrutturazione dei debiti di cui agli artt. 57, 60 e 61 del C.C.I.

La transazione fiscale occupa, dunque, solo lo spazio della riscossione del tributo e non quello della sua esistenza.

In questo senso possiamo affermare che si tratti di un istituto che si pone a cavallo tra il diritto tributario e quello concorsuale, nel senso che solo al ricorrere dell’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti l’Agenzia delle entrate può derogare alle norme speciali tributarie in tema di riscossione, convenendo con il debitore un pagamento parziale in ragione del suo stato di crisi.

VI. IL TEST DI CONVENIENZA TRA APORIE, DOTI DIVINATORIE E DIFETTI DI COSTITUZIONALITÀ.

La transazione fiscale e l’accordo sui crediti contributivi – si è detto – sono ammissibili se e in quanto, il professionista indipendente – cioè colui che avrà attestato la veridicità dei

dati e la fattibilità del piano sottostante gli accordi – si sarà espresso positivamente anche sulla convenienza – per il creditore pubblico – della proposta rispetto alla liquidazione giudiziale.

La prima questione che il test di convenienza, cui è sottoposta l'ammissibilità della transazione in campo tributario e previdenziale, pone è quello della legittimità costituzionale della limitazione dello scenario alternativo alla sola liquidazione giudiziale, come se non possano costituire scenari alternativi il concordato in continuità indiretta o l'amministrazione straordinaria.

Il profilo di dubbia costituzionalità di una simile scelta è duplice. Da un lato, secondo quanto in precedenza argomentato riguardo agli assai stretti limiti entro i quali l'agenzia può disporre della pretesa tributaria, l'azione dell'amministrazione finalizzata al recupero del credito tributario ex art. 97 Cost. non dovrebbe trovare limiti che non siano compatibili con i principi enunciati dall'art. 53 Cost., coniugati con il sistema della riscossione tramite gli istituti della sostituzione e della rivalsa, di cui in precedenza si è accennato.

Se, infatti, è ormai opinione largamente condivisa che non confligga con i principi costituzionali e con il diritto unionale una disposizione che consenta, a giudizio della pubblica amministrazione, o a maggioranza dei creditori nel concordato preventivo, di accettare proposte di pagamento parziale, ove la garanzia patrimoniale del contribuente sia incapiante, altrettanto non vi dovrebbe essere dubbio sulla circostanza che il calcolo del limite della capienza patrimoniale del debitore non debba essere ancorato, come il primo comma della norma in commento, invece, impone, alla sola ipotesi della liquidazione giudiziale del suo patrimonio, stante l'esistenza di altre alternative legali concrete.

La disposizione pare, dunque, violare sia il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, sia di quello dell'obbligo di contribuzione alla spesa pubblica in ragione, ciascuno, delle proprie capacità, consentendo di considerare legittime anche proposte che per nulla potrebbero rappresentare la migliore soluzione per i

creditori erariali e previdenziali, giacché le altre soluzioni – il concordato con continuità indiretta e l'amministrazione straordinaria – pur potendo in astratto consentire un grado di soddisfazione superiore rispetto a quello offerto dalla proposta di transazione, non devono essere prese in considerazione ai fini del test di convenienza.

Ci si deve domandare, allora, se l'erario e gli enti previdenziali possano legittimamente respingere la proposta di transazione sulla base della motivazione che, in assenza di comparazione con tutti gli altri scenari alternativi, oltre a quello della liquidazione giudiziale prevista dalla norma, non consente loro di decidere nel rispetto del principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

Dal nostro punto di vista riteniamo che in assenza di una comparazione con ogni alternativa concretamente praticabile sia dovere della pubblica amministrazione, ex art. 97 Cost., rifiutare la proposta di transazione o di accordo, salvo che il debitore si faccia carico, esso stesso, di fornire ogni ulteriore elemento utile ai fini della conclusione positiva del processo amministrativo, integrando così le valutazioni di legge dell'attestatore.

Ai temi di rilevanza costituzionale si aggiunge, poi, quello, non risolto, dell'aporia costituita dal rapporto – ai fini del test di convenienza – tra creditori speciali aderenti, come sono i creditori erariali e previdenziali, portatori di crediti di rango privilegiato, e i creditori chirografari non aderenti, la cui soddisfazione deve essere integrale e in tempi brevissimi (120 gg).

Medesimo problema si pone anche riguardo alla possibile coesistenza di una transazione fiscale e un accordo previdenziale, atteso che i crediti previdenziali sono antergati rispetto a quelli erariali.

In entrambi i casi il test di convenienza reggerebbe solo in quei frangenti in cui la garanzia patrimoniale del debitore (misurata anche nell'ipotesi della continuità indiretta e dell'amministrazione straordinaria) non fosse sufficiente a soddisfare il privilegio, alternativamente, erariale o previdenziale e dove, dunque, il soddisfacimento degli altri

creditori chirografari aderenti e di quelli non aderenti avvenisse tutto per il tramite di nuova finanza.

Analogamente, un accordo a stralcio sul debito previdenziale sarebbe legittimo – in termini di mera convenienza – solo dove anche il credito erariale fosse soddisfatto con nuova finanza.

In ogni altro caso il test di convenienza si scontrerebbe inevitabilmente con il divieto di violazione della graduazione delle cause legittime di prelazione, se si vuole non solo, e non tanto, in termini processuali, quanto in termini più strettamente utilitaristici, nel senso che la convenienza esiste solo se non siano violate le regole sulla gradazione, essendo – convenienza e gradazione le due facce della stessa moneta.

Né varrebbe sostenere, per superare il problema, l'estraneità dei flussi di cassa futuri al patrimonio oggetto della garanzia ex art. 2740 c.c., giacché il pagamento dei creditori non aderenti non deriverebbe da tali risorse prospettiche.

Ne consegue che le possibilità che il test di convenienza si concluda positivamente – salvo che nei limitatissimi casi di apporto di nuova finanza in quantità utile a superare l'aporia – è esclusa all'origine dalla contemporanea necessità che non risultino violate le regole della graduazione delle legittime cause di prelazione, la cui esistenza costituisce la protezione di rango costituzionale che il legislatore ha accordato ai crediti erariali e previdenziali.

In altre parole, la transazione sarà conveniente solo se ed in quanto rispetterà rigorosamente la graduazione dei privilegi, rispetto che la stessa esistenza di creditori chirografari non aderenti esclude in partenza. Un'aporia davvero ineliminabile, che renderà assai complicato il ricorso all'istituto.

Altre nubi, però, si addensano sulla relazione di stima della “convenienza”. Il legislatore, pare, infatti, non avere considerato che, prima della convenienza della proposta, è l'utilità della prosecuzione dell'attività d'impresa che deve essere valutata ai fini del miglior soddisfacimento dei creditori, intesi, questi, come massa indistinta. Ed è proprio l'esistenza di quei creditori non aderenti – su cui già in precedenza ci siamo dilungati e che

saranno soddisfatti integralmente e che non assumono alcuna obbligazione futura di fornire beni, servizi e denaro a credito – che macchia d'irrazionalità costituzionale la scelta di far correre il rischio d'impresa, in quanto utile al soddisfacimento dei propri crediti, al solo creditore pubblico, per di più sulla base di null'altro che l'arte divinatoria del professionista indipendente.

Esaminata da questa angolazione, la convenienza del pubblico creditore potrebbe essere affermata – da un professionista davvero indipendente e competente – solo in quei casi in cui il credito erariale e contributivo fosse oggetto di soddisfacimento, pur parziale, ma immediato. Che i creditori, privati e pubblici, infatti, non siano obbligati a condividere il rischio d'impresa del proprio debitore al fine di conseguire il soddisfacimento dei propri crediti è postulato difficilmente revocabile in dubbio, salvo affermare che se ne possa mutare, con una misura legislativa di tipo eugenetico, la loro natura, da quella di creditori a quella di azionisti, pur privilegiati¹⁹.

Ciò che pare essere sfuggito all'estensore della novella è che il giudizio di convenienza di una proposta di soddisfacimento parziale e dilazionato nel tempo, comporta una valutazione del tutto soggettiva della componente di rischio che vi si collega. Mentre, infatti il giudizio di fattibilità di un piano economico e finanziario incorpora in sé, per definizione, la possibilità dell'errore connesso all'alea normale di qualsiasi intrapresa economica, lo stesso non può dirsi riguardo a un test di convenienza che dovrebbe fondarsi, invece, per essere attendibile, su dati certi o, almeno, aventi lo stesso grado di comparabilità quanto a componente di rischio.

¹⁹ Nel senso prospettato: App. Venezia, 28 settembre 2020, n. 2576, in *ilcaso.it*.

VII. IL *CRAM DOWN*, TRA DUBBI INTERPRETATIVI E NUOVI PROFILI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.

Novità assoluta, accolta con grande – ma poco meditato e attento – favore, rispetto all’attuale assetto normativo, è la possibilità per il tribunale di omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti *“anche in mancanza di adesione da parte dell’amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di assistenza obbligatorie”*.

Tale possibilità, espressa al quinto comma dell’art. 48 CCII, va letta in combinato con la previsione contenuta all’ultimo periodo del secondo comma dell’art. 63 che stabilisce che *“l’eventuale adesione [dell’erario e/o degli enti previdenziali] deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta”*.

Il quinto comma dell’art. 48 stabilisce, poi, che il tribunale possa esercitare il potere di *cram down* unicamente *“quando l’adesione [dell’erario e degli enti di previdenza] è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di*

cui agli articoli 57, comma 1 [60%], e 60, comma 1 [30%]”.

Occorre da subito segnalare come della necessità d’introdurre tale potere surrogatorio non vi fosse traccia alcuna nella legge delega²⁰ e come la sua statuizione costituisca, di conseguenza, un’evidente violazione dell’art. 76 Cost., integrando la tipica figura del vizio di eccesso di delega²¹.

Tale preliminare eccezione potrebbe, però, ritenersi superata dal fatto che il Parlamento ha, con il d.l. 7 ottobre 2020 n. 125, approvato una norma analoga, sanando, almeno così potrebbe ritenersi, il vizio di eccesso di delega sopra denunciato. Qualche dubbio, però, permane, giacché la *voluntas* del legislatore nella competente sede parlamentare si è espressa riguardo alla modificazione del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e non riguardo all’integrazione del nuovo codice, le cui direttive deleganti difficilmente potrebbero essere

²⁰ L. 19 ottobre 2017, n. 155.

²¹ C. Cost. 173/1981.

superate da una modifica di una legge diversa da quella delegata e che sarà definitivamente abrogata una volta che il nuovo codice entrerà in vigore.

Entrando nel merito, la prima questione che deve essere affrontata è quella che inerisce l'indefinita fase temporale che involge la negoziazione complessiva degli accordi, di cui sono parte anche quelli con l'erario e gli enti previdenziali.

Si tratta di una fase negoziale alla quale il legislatore non ha posto paletti, lasciando alla libera scelta delle parti, particolarmente di ogni singolo creditore coinvolto, giudicare quando sia venuto il momento di porre fine alle trattative. L'esperienza ci ha insegnato che tale fase negoziale può durare anche molto più di un anno.

Imperiosi e repentini si pongono, allora, alcuni dubbi, anche in relazione ai principi di eguaglianza (art. 3 Cost.) e del più volte richiamato buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.): (i) quale sia la ragione della disparità di trattamento tra creditori privati, che possono disporre di un termine indefinito per negoziare i loro singoli accordi, e quelli pubblici, che, al contrario, sono obbligati ad aderire o meno – con ciò negando loro di poter trattare soluzioni diverse da quelle proposte per lo stesso tempo concesso agli altri creditori – nel termine fisso di novanta giorni; (ii) come possa pretendersi l'adesione di soggetti che, come abbiamo annotato in precedenza, gestiscono crediti di rilevanza costituzionale, senza che gli stessi siano messi in condizione di poter conoscere il contributo che daranno gli altri creditori al piano di risanamento del loro debitore; (iii) come si possa attestare la fattibilità economica del piano sottostante gli accordi e la convenienza della proposta per erario e gli enti previdenziali, senza che tutti gli accordi con gli altri creditori siano stati sottoscritti.

Si tratta di temi di non certo poco momento che potrebbero essere affrontati e risolti positivamente solo tramite una lettura costituzionalmente orientata; ritenendo, cioè, che il termine di novanta giorni concesso all'erario e agli enti per aderire, o meno, alla proposta di accordo del debitore decorrano dal momento in cui tutti gli eventuali altri accordi siano

stati raggiunti, cristallizzando così anche i termini finanziari del piano di cui il professionista indipendente deve attestare la fattibilità.

Solo una simile lettura potrebbe, infatti, consentire a quest'ultimo di esprimersi sulla base di un quadro non più suscettibile di modificazioni salvo, appunto, che per l'adesione o meno del creditore pubblico, soggetta, però, a *cram down* da parte del tribunale.

Evidente l'errore concettuale che sottintende la problematica formulazione della novella: gli accordi di ristrutturazione non si consoliderebbero all'esito di complesse e lunghe trattative tra il debitore e taluni suoi creditori, come accade nel mondo reale, bensì, al pari del concordato preventivo, essi si realizzerebbero tramite una proposta unilaterale del debitore – non negoziabile – cui i creditori destinatari della medesima possono solo aderire o meno.

Gli stessi principi di attestazione ci dicono che solo a seguito della stipulazione di tutti i singoli accordi che il piano economico del debitore può essere positivamente attestato, non trovando spazio nel nostro ordinamento la c.d. attestazione condizionata, se non in casi estremamente residuali,²² senza contare che ogni piccola modifica *in itinere* di ogni singolo accordo renderebbe necessaria una nuova attestazione.

Non solo, nel mercato degli accordi di ristrutturazione vige la prassi di clausole che subordinano la validità del singolo accordo a che gli altri siano conformi a quanto prospettato nel piano economico, sicché ogni minima modificazione di questi richiederebbe un nuovo consenso da parte del creditore che avesse già sottoscritto il proprio accordo. Se l'attestazione fosse già intervenuta prima della stipulazione di tutti gli

²² Principio 8.4.7, Principi di attestazione dei piani di risanamento, CNDCEC 3 settembre 201: “Qualora la fattibilità del Piano dipenda da specifici eventi futuri circoscritti nel tempo (quali ad esempio la firma da parte dei creditori degli accordi esaminati dall'Attestatore in bozza o l'esecuzione entro un termine di un determinato contratto), l'attestazione è immediatamente efficace se l'Attestatore attesta che sussiste una elevata probabilità che essi si verifichino; è sospensivamente condizionata negli altri casi. Nel secondo caso, la condizione deve verificarsi perché l'attestazione produca i propri effetti. L'attestazione condizionata è da considerarsi ammissibile purché gli eventi iniziali siano specificamente individuati ed esplicitati dall'Attestatore che deve anche indicare l'orizzonte temporale entro il quale devono verificarsi.” [enfasi aggiunta].

accordi, come sembra far ritenere possibile la problematica formulazione della novella, assisteremmo a un rincorrersi di attestazioni, non certo utile, né produttivo.

Concludendo, anche a voler ammettere che la statuizione che i soli creditori pubblici siano soggetti a termine sia conforme al principio di costituzionale di eguaglianza, tale disparità di trattamento non potrebbe certo estendersi sino a pretendere che questi si debbano pronunciare quando gli altri creditori destinatari di proposte di accordo – analoghe o a contenuto diverso – non si siano ancora pronunciati e l’attestazione di fattibilità e di convenienza sia ancorata a uno scenario d’incertezza, in cui gli stessi dati di riferimento potrebbero considerarsi non veritieri, essendo costituiti in parte da fatti soggetti ad alea di verifica.

Quanto sin qui osservato può essere sintetizzato nel semplice concetto che l’attestazione del professionista indipendente negli accordi di ristrutturazione può venire ad esistere solo in costanza di accordi vincolanti tutte le parti coinvolte e non solo alcune.

A sostegno della tesi che si propugna depone il primo comma dell’art. 58 CCII, che prevede che in caso di modificazione del piano – e la modificazione di ogni singola ipotesi di accordo comporterebbe giocoforza una corrispondente sua modifica – necessita di una nuova attestazione, nonché, in termini meramente storico-ricostruttivi, la circostanza che nel vigente regime è prevista, al sesto comma dell’art. 182bis, che la concessione di misure protettive sia subordinata al rilascio di una *“dichiarazione del professionista...circa la idoneità della, proposta, se accettata, ad assicurare”* il pagamento dei creditori diversi da quelli con cui sono in corso di trattative. Da questo punto di vista sarebbe difficilmente revocabile in dubbio che l’attestazione richiesta dagli artt. 57 e 63 CCII al professionista indipendente abbia un contenuto semantico-sostanziale ben più pregnante di una valutazione d’idoneità allo scopo di presumibili futuri accordi.

I dubbi interpretativi non sono però terminati. Infatti, il quinto comma dell’art. 49 CCII dispone che il tribunale possa esercitare il potere di *cram down* *“in mancanza di adesione”* di erario ed enti previdenziali.

A riguardo ci si deve interrogare se per “mancanza di adesione” si debba intendere il semplice silenzio del creditore pubblico, oppure anche un suo eventuale espresso diniego. Anche in questo caso riteniamo che l’unica lettura costituzionalmente ammissibile sia la prima, giacché una previsione secondo la quale l’esercizio del potere amministrativo, in particolare in campo tributario, possa essere oggetto d’intervento coercitivo del giudice ordinario – oltretutto al di fuori di un giudizio a cognizione piena – pare contrastare sia con il più volte citato art. 97 Cost., sia con l’esclusività della giurisdizione tributaria, predicata a più riprese, ancora di recente, dal Giudice di legittimità riguardo tutti quegli atti in cui sia possibile intravedere una “pretesa tributaria completa e definita”²³. In tal senso non può dubitarsi che il diniego dell’agenzia delle entrate alla proposta di transazione fiscale costituisca un atto formale ricettizio con cui la stessa formalizza il proprio dissenso e come tale sia un atto impugnabile esclusivamente avanti il giudice tributario²⁴.

²³ Tra le tante Cass. 17 dicembre 2019, n. 33526; Cass., SS.UU., 27 marzo 2007, n. 7388; Cass., 11 maggio 2012, n. 7344; Cass., 8 aprile 2014, n. 8214; Cass., 20 novembre 2015, n. 23765; Cass., 2 dicembre 2014, n. 25524; Cass., 15 giugno 2012, n. 14373 e Cass., 6 luglio 2010, n. 15946.

²⁴ Cass., SS. UU., 14 dicembre 2016, n. 25632; Cons. Stato 28 settembre 2016, n. 4021; nella giurisprudenza di merito, da ultimo C.T.P. Salerno, 26 febbraio 2020, n. 240, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, con commento adesivo di S. Cacopardo, *Il diniego alla transazione fiscale: mezzi di tutela e ambito del giudizio*, 2020, 634; in dottrina, tra i tanti, G. e E. Sgaravato, *Brevi note in tema di transazione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, n. 1/2019, pag. 378; S. Capolupo, *Dubbi sulla impugnabilità del diniego nella transazione fiscale*, in *Il fisco*, n. 26/2019, pag. 2534; L. Del Federico, *Profili evolutivi della transazione fiscale*, in A. Jorio - M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario sistematico*, Zanichelli, Bologna 2010, pag. 1224 ss.; V. De Bonis, *Tutela giurisdizionale del contribuente avverso i provvedimenti della transazione fiscale in ambito fallimentare*, in *Boll. trib.*, 2013, pag. 1541; *contra*: F. Randazzo, *Il consolidamento del debito tributario nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, pag. 838; G. Gaffurri, *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2011, pag. 1124; L. Tosi, *La transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 1083; per la competenza del giudice amministrativo, L. Magnani, *La transazione fiscale*, in *Il Diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Cedam, Padova, 2007, pag. 773 ss.; E. Grassi, *Transazione fiscale e disponibilità dell’obbligazione tributaria*, in *Il fisco*, 2010, pag. 52.

Ogni diversa opinione finirebbe per scardinare il preciso confine di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice tributario tracciato dal diritto vivente in oltre quarantasette anni di giurisprudenza²⁵.

Abbiamo in precedenza affermato l'impraticabilità della transazione riguardo ai crediti contenziosi, ma ove tale tesi non fosse condivisa, affermare il potere del giudice ordinario di imporre all'erario di rinunciare alla statuizione da parte del giudice tributario dell'esistenza dell'obbligazione tributaria sarebbe davvero eversivo dell'ordinamento esistente.

Ci dobbiamo anche domandare, però, se, ai sensi del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, sia ammissibile che di fronte ad una proposta di stralcio, o rateazione, il pubblico funzionario possa rimanere agnostico, limitandosi semplicemente non rispondere e, quindi, non valutare i vantaggi o gli svantaggi che la proposta determinerebbe in capo all'interesse pubblico, giacché compito primario della pubblica amministrazione è quello di perseguire l'interesse collettivo nel rispetto delle norme e procedure che ne regolano la funzione. Astensione dall'esercizio del potere e buon esercizio del medesimo non possono coesistere.

È noto, infatti, come la condotta dannosa del pubblico dipendente, che può dare origine a una sua personale responsabilità amministrativa, possa essere, al pari di altre responsabilità, attiva o omissiva e come, ai sensi del primo comma dell'art. 1 della L. 20/1994, viga il principio della insindacabilità nel merito delle sue scelte discrezionali.

Ed allora, sotto questo profilo è indubbio che il funzionario dell'agenzia delle entrate o dell'ente previdenziale avrà sempre l'interesse a emettere il proprio provvedimento, piuttosto che ometterlo, così da non delegare al giudice civile la decisione che gli competerebbe.

²⁵ Così come di recente fissato da Cass., SS.UU., 24 dicembre 2019, n. 34447, commentata da G. La Croce, *Le Sezioni Unite riaprono, e chiudono definitivamente, con un revirement, la discussione sull'insinuazione al passivo dei crediti tributari iscritti a ruolo*, in *Il Fallimento*, 2020, 639 e segg..

Riteniamo, infatti, che l'esercizio del potere sostitutivo del giudice non possa costituire un'esimente da responsabilità per il responsabile del procedimento pubblico nel caso in cui le valutazioni del giudice si rivelassero, ex post, errate, giacché la responsabilità del funzionario pubblico si riconetterebbe alla mancata emissione del provvedimento che ha consentito l'intervento sostitutivo del giudice fallimentare.

È più che probabile, quindi, che gli effetti che la norma in commento produrrà nei comportamenti della pubblica amministrazione sarà esattamente opposto a quello sperato: un diniego espresso costituirà sempre – per il citato principio dell'insindacabilità delle scelte discrezionali – la soluzione foriera di minori responsabilità per il titolare del procedimento.

L'ultima insidia interpretativa da affrontare – anche riguardo a diversi profili di dubbia costituzionalità della scelta – risiede nella limitazione del potere d'intervento del tribunale ai soli casi in cui l'adesione del creditore pubblico sia essenziale per il raggiungimento delle soglie del 60% o del 30%, a seconda che il trattamento dei creditori non aderenti preveda o meno la moratoria e/o siano state richieste o meno le misure protettive temporanee.

Innanzitutto, all'attento, quanto coraggioso, interprete non sarà sfuggito, a questo punto, come tale frammento di disposizione sia connotato da marcati effetti regressivi, tratto che mal si concilia con l'opposto principio di progressività fiscale predicato dall'art. 53 Cost..

Più elevato sarà il peso del credito erariale e previdenziale, rispetto alla complessiva debitoria del proponente, e più invasivo sarà l'esercizio del *cram down* del tribunale sull'interesse pubblico.

La norma è formulata in modo tale che addirittura si potrebbe ipotizzare – dato e non concesso il superamento di tutte le problematiche legate al necessario rispetto della graduazione delle legittime cause di prelazione – che il credito erariale rappresenti da solo il 60% della complessiva massa debitoria e che dunque alla soddisfazione dei creditori non

aderenti si pervenga unicamente per il tramite del sacrificio della finanza pubblica imposto dal tribunale. Ipotesi che, per quanto abnorme, non può essere esclusa.

La disposizione produce effetti distorsivi anche, in senso opposto, laddove il piano del debitore prevedesse, sì, il sacrificio erariale, ma la soglia di legge fosse già raggiunta con l'adesione degli altri creditori. In questo specifico caso il debitore non potrebbe contare sull'esercizio del potere di *cram down* da parte del tribunale, nonostante il sacrificio richiesto all'erario e agli enti previdenziali, sia di gran lunga inferiore a quello in cui il potere di "riduzione" da parte del giudice ordinario è invece astrattamente ammesso.

All'effetto regressivo si accompagnerebbe in tali casi anche un'ingiustificata disparità di trattamento tra debitori, disparità difficilmente conciliabile con i principi espressi dall'art. 3 Cost., ancor più ove si consideri quell'effetto regressivo in precedenza descritto, a causa del quale sarebbero peggio trattati coloro che avessero richiesto un minor sacrificio erariale.

La condizione di cui si discute, pare difettare anche quanto a requisito di proporzionalità, giacché il mezzo impiegato per favorire una maggiore responsabilizzazione della pubblica amministrazione nella soluzione delle crisi d'impresa incide in maniera fortemente regressiva sull'interesse collettivo, alla cui difesa la pubblica amministrazione è chiamata ad agire anche in via preventiva.

Infine, non possiamo non evidenziare il pericolo, con la nostra personale preoccupazione, che la norma dia la stura a una grande quantità di ristrutturazioni a prevalente contributo pubblico, finendo per premiare quelle imprese meno virtuose che sopravvivono nella competizione commerciale solo appropriandosi delle imposte che gravano su altri contribuenti e di cui sono esattrici per conto dello Stato tramite gli istituti della rivalsa e della sostituzione. Tema questo che sarà affrontato in seguito.

Disancorata dal vaglio ex art. 97 Cost. il frammento di disposizione in commento potrebbe essere "contestato", potendovisi ravvisare un indiretto, ma non perciò legittimo,

anche come aiuto di Stato in favore di quel microcosmo costituito dalla collettività dei creditori di quello specifico debitore in crisi o insolvente.

VIII. CRITICA ALLA TESI DEL POTERE VINCOLATO.

Autorevole dottrina ha sostenuto che l'introduzione del requisito della convenienza, il cui accertamento è demandato al professionista indipendente, eliderebbe qualsiasi potere discrezionale in capo alla pubblica amministrazione, giacché non si potrebbe configurare una scelta in difesa del pubblico interesse amministrativo se l'alternativa fosse quella di un minor recupero²⁶.

In sostanza in assenza di un'alternativa più vantaggiosa il potere dell'amministrazione sarebbe vincolato dalla norma: in presenza dell'attestazione di convenienza l'erario e gli enti previdenziali dovrebbero – non, potrebbero che – aderire.

Ovviamente, se così fosse, molti dei dubbi e delle questioni di costituzionalità in precedenza sollevati potrebbero considerarsi superati.

La prima osservazione critica che sovvienne riguardo all'asserita natura vincolativa della disposizione in commento è che questa non afferma affatto che l'amministrazione debba esprimere un parere positivo in costanza di attestazione di convenienza, bensì che al ricorrere dell'ulteriore condizione della decisività del suo consenso al fine del raggiungimento delle soglie del 60/30% sia il giudice fallimentare ad assumere la decisione per suo conto.

Se, infatti, la *voluntas legis* fosse stata quella di imporre all'amministrazione pubblica il vincolo dell'adesione in ragione di un postulato, non discutibile, di convenienza lo

²⁶ G. Andreani, A. Tubelli, Transazione fiscale, indisponibilità dell'obbligazione tributaria e discrezionalità dell'Amministrazione, in *Il Fisco*, 2020, 2860; 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 *Rivista di Diritto Tributario*, 2019, 512.

avrebbe imposto senza subordinarlo al verificarsi di una condizione che nulla, con il requisito della convenienza, ha a che vedere.

Ove, infatti, l'assenso dell'erario, o dell'ente previdenziale, si ponesse oltre la soglia di legge, ma lo stesso fosse necessario ai fini della fattibilità del piano, non si comprenderebbe perché il creditore pubblico – pur di fronte all'attestazione di convenienza²⁷ – non dovrebbe essere vincolato nell'espressione del proprio parere, nonostante la sua mancata adesione determini, con un nesso eziologico incontestabile, la non fattibilità del piano sotteso agli accordi di ristrutturazione, esattamente come accade nel caso tipico regolato dalla norma con il *cram down*.

Ulteriormente possiamo osservare come l'interesse oggetto del potere amministrativo pubblico non sia coercibile nel ristretto alveo della convenienza economica, bensì esso si estenda al più ampio spazio della difesa – in funzione dei principi costituzionali espressi dagli artt. 3, 24 e 53 Cost. – del corretto generale funzionamento del delicato sistema di riscossione organizzato tramite gli istituti della sostituzione e della rivalsa²⁸.

La negazione del consenso da parte del pubblico creditore ad una proposta di transazione fiscale ben potrebbe trovare una giustificazione di rango costituzionale – per affermare la permanenza di un potere discrezionale in capo al medesimo – nella necessità di contrastare la diffusione di fenomeni di abusiva sottrazione all'obbligo di riversamento delle imposte riscosse da altri contribuenti per conto dello Stato tramite la sostituzione e la rivalsa obbligatoria.

Non va, infatti, dimenticato che l'ablazione del potere discrezionale dell'amministrazione, che i sostenitori della tesi contraria vorrebbero affermare, comporterebbe, non la rinuncia

²⁷ Sulla parzialità di tale attestazione che esclude *ex lege* le alternative dell'amministrazione straordinaria e del concordato in continuità indiretta, e sulle ricadute di tale parzialità, si è ampiamente detto in precedenza.

²⁸ A. Fedele, Concorso alle spese pubbliche e diritti individuali, in Riv. Dir. Trib., 2002, 31 e segg., il quale individua l'interesse fiscale come «interesse ordinamentale alla giusta configurazione e corretta attuazione del sistema tributario», per cui secondo E. De Mita, Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le garanzie costituzionali, Giuffrè, Milano, 2006, 101 e segg., l'interesse ad una rapida, ma certa, riscossione dovrebbe recedere ogni qualvolta la stessa metta a rischio l'equità nel riparto.

alla riscossione delle imposte “proprie” dovute dal contribuente insolvente, bensì la rinuncia alla riscossione dei tributi dovuti da altri contribuenti e finiti nelle casse del debitore in forza dei meccanismi connessi agli istituti della sostituzione e della rivalsa, con un effetto a cascata così non misurabile da introdurre una nuova questione di legittimità costituzionale per carenza di copertura della relativa spesa nel bilancio statale.

La necessità di porre un argine alla torsione del funzionamento del sistema della riscossione delle imposte all'interesse privato non può non essere riconosciuta come valida ragione da porre sul piatto della bilancia opposto a quello della mera convenienza economica, pena la disgregazione di tutto il complesso sistema tributario nazionale interno e unionale.

E, ancora, non potrebbe, poi, non pesare sulla complessiva scelta discrezionale dell'ufficio il *quantum* del recuperabile, i tempi del rimborso, nonché l'entità dell'alea.

Un'offerta transattiva che prevedesse la rinuncia alle sole sanzioni e agli interessi, con un incasso immediato delle imposte, non avrebbe alcuna incidenza negativa sulla tenuta del sistema della riscossione. Al contrario un'offerta di stralcio al 30% con un pagamento in 120 rate comporterebbe un sacrificio e un'alea che non giustificerebbero per nulla, da solo – come vorrebbe la tesi che predica la vincolatività della disposizione in commento – l'abbandono della difesa del sistema di riscossione, essendo la funzione della riscossione delle imposte la funzione vincolata²⁹.

Il che rende quanto mai ardito affermare l'introduzione di un contrario vincolo di ablazione: infatti, o è la riscossione a essere funzione vincolata o lo è la sua rinuncia, non certo lo possono essere entrambe³⁰. La rinuncia alla riscossione non potrà che essere,

²⁹ Per tutti, G. Falsitta, Funzione vincolata di riscossione e indisponibilità del tributo, in Riv. Dir. Trib., 2007, 1067.

³⁰ Emblematiche sotto questo profilo sono le parole di G. Falsitta: «indisponibilità e vincolatezza non sono attributi diversi del fenomeno tributario, ma sono lo stesso attributo o lo stesso carattere che muta sol perché da alcuni il tributo è concepito e costruito come rapporto giuridico e da altri come funzione giuridica» in Natura e funzione dell'imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua “indisponibilità”, in Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario (a cura di) S. La Rosa, Milano, Giuffrè, 2008, 66 e segg..

dunque, eccezione alla regola dell'indisponibilità; eccezione che non può non presupporre un momento volitivo in capo all'amministrazione, inteso come sintesi tra giudizio e volontà nell'ambito di una comparazione tra interessi contrapposti, quello primario dell'indisponibilità della pretesa tributaria, quello secondario, della realizzazione dell'interesse pubblico sul singolo caso concreto³¹.

A destituire di ogni fondamento la tesi della funzione amministrativa vincolata sovengono anche tre dati testuali: (i) la fissazione di un termine – novanta giorni – entro cui l'erario ed enti previdenziali debbono comunicare la loro “adesione”; (ii) il fatto che l'adesione sia “eventuale”; (iii) il fatto che l'adesione si perfezioni tramite “la sottoscrizione dell'atto negoziale”.

Infatti, la fissazione di un termine, l'aggettivo “eventuale” riferito all'adesione e la sottoscrizione di un atto a contenuto negoziale sono indici antinomici rispetto a una funzione pubblica che si vorrebbe vincolata.

La fissazione di un termine per l'espressione del consenso è ancor più decisiva a escludere la fondatezza della tesi avversa, se si consideri che il “Correttivo” ne ha elevato la durata da sessanta a novanta giorni; un allungamento che si giustificerebbe solo se si riconoscesse il carattere discrezionale del potere da esercitare nel termine fissato.

Inoltre, il significato etimologico dell'aggettivo “eventuale” è, secondo i migliori vocabolari, quello di evento che può accadere o non accadere, quindi “possibile”, “incerto”, “ipotetico”, qualificazione oggettiva che mal si adatta per definire una funzione vincolata.

La previsione della sottoscrizione dell'atto negoziale non può, infine, a sua volta, che essere il frutto di un'attività discrezionale, essendo forzatamente “l'atto negoziale” il risultato di una trattativa e non dell'accoglimento di una proposta unilaterale ricettizia.

³¹ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, 69 e segg.; M. Golisano, *cit.*, 517, il quale, però, partendo da tale constatazione giunge poi a conclusioni del tutto opposte a quelle qui prospettate.

Ove non bastasse quanto sino a questo momento argomentato, dirimente, per affermare che ci si trova di fronte a un potere discrezionale, è il diritto di ogni creditore – dunque, anche dell'erario e degli enti previdenziali, che non ne sono esclusi – di opporsi all'omologazione degli accordi, ai sensi del secondo comma dell'art. 48 CCII; diritto di opposizione che non potrebbe spettare se si vertesse nell'ambito di una funzione amministrativa vincolata a monte all'espressione di una adesione che scatta automaticamente alla sola presenza dell'attestazione di convenienza.

Da ultimo, non va dimenticato che il dissenso espresso dall'agenzia delle entrate è atto impugnabile – proprio perché espressione di una volontà discrezionale – avanti al giudice tributario, circostanza questa che depone anche a favore della tesi già illustrata della inoperatività del *cram down* in caso di dissenso espresso. Trattandosi di un provvedimento riguardante la riscossione dei tributi la sua eliminazione dal mondo giuridico può essere, infatti, frutto solo di una decisione del giudice tributario³².

Laddove, poi, si ritenesse, contrariamente a quanto abbiamo sostenuto, che la transazione fiscale possa ricomprendere anche la definizione dei tributi contenziosi, la pretesa di un potere vincolato sarebbe davvero irricevibile, giacché la rinuncia vincolata non riguarderebbe la riscossione di un tributo dichiarato come dovuto, bensì inerebbe l'esistenza stessa dell'obbligazione tributaria.

Taluna dottrina³³, poi, per giustificare l'esistenza di un vincolo all'azione dell'amministrazione pubblica ha fatto riferimento alla relazione illustrativa, laddove vi si afferma che la norma è stata pensata per “*superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi*”. Una tale *ratio*, però, dovrebbe presupporre, per giustificarsi sotto il profilo costituzionale, fenomeni comportamentali da parte della pubblica amministrazione così gravi da necessitare, non solo l'introduzione di una norma di indirizzo amministrativo, ma addirittura una deviazione del controllo giurisdizionale dal

³² Cfr. note 21 e 22.

³³ G. Andreani, A. Tubelli, *Transazione fiscale e crisi d'impresa*, cit., 201.

giudice costituzionalmente competente³⁴ a quello fallimentare. Gravità di comportamenti che non ci pare proprio si possa ravvisare nell'operato passato della pubblica amministrazione.

Certo, l'ordinamento amministrativo conosce da lungo tempo istituti di efficientamento della funzione pubblica come quello del silenzio assenso, ma nessun istituto è mai arrivato a privarla del proprio potere discrezionale e a sottrarre il vaglio del suo esercizio alla giurisdizione competente.

Non è tutto, però. I sostenitori della tesi del potere vincolato non hanno considerato che, nel caso in cui gli omessi versamenti IVA e ritenute superassero le soglie di cui all'art. 10ter del d.lgs. 74/2000, la condotta sarebbe punita anche con la confisca – cui è preordinato il relativo sequestro preventivo – dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo; sequestro e confisca che vanno conservati sino all'integrale pagamento del *quantum* impagato³⁵.

Ritenere, dunque, che il potere dispositivo della pubblica amministrazione sia vincolato in funzione di una rinuncia obbligata in presenza di fattispecie a così elevata pericolosità sociale da essere sanzionate con la confisca, appare più che una contraddizione in termini. Certo l'agenzia potrà, ex art. 97 Cost., valutare positivamente la proposta transattiva, ma non potrà, in modo altrettanto certo, essere vincolata ad accettarla. Si pensi, ad esempio, alla situazione in cui, a fronte del dissenso espresso dall'ufficio, il tribunale omologasse gli accordi, forzando il dissenso dell'erario, e successivamente intervenisse il sequestro da parte del GIP su richiesta del P.M.. Il buon fine del sequestro smentirebbe alla radice la bontà dell'attestazione di convenienza e, dunque, con essa la legittimità del *cram down* operato dal tribunale. Un corto circuito giudiziario che può essere superato unicamente aderendo alla tesi della non vincolatezza adesiva del potere dell'agenzia.

³⁴ Sulla competenza esclusiva del giudice tributario cfr. nota 22.

³⁵ Cass., sez. III, pen., 14 ottobre 2020, n. 28488.

Sgombrato il campo dal falso tema dell'esistenza di un potere amministrativo vincolato, tutti i limiti costituzionali e operativi della disposizione in commento ritornano in campo in tutta la loro intensa pienezza.

IX. UNA RIDUTTIVA LETTURA ALTERNATIVA: CRITICA.

Difronte a così tanti dubbi di costituzionalità, si legittima anche una lettura riduttiva che – partendo dalla constatazione che il legislatore ha fatto riferimento, non all'efficacia degli accordi, bensì alla loro omologazione – ritiene che il potere del giudice non si estrinsecherebbe in una sostituzione surrogatoria di quello del creditore pubblico, bensì nella molto più semplice e limitata possibilità di omologare gli accordi anche se la percentuale degli aderenti fosse inferiore alle soglie (60/30%) di legge, ove questa fosse raggiungibile conteggiando come positivo anche il voto dell'erario/ente previdenziale destinatario di una proposta, ma non aderente. Gli accordi sarebbero in tal caso omologati, ma non sarebbero vincolanti – efficaci, dunque – nei confronti degli uffici pubblici per la parte che li riguardasse.

Questa lettura riduttiva, pur risolutiva dei molti dubbi di costituzionalità sollevati, trova, però alcuni ostacoli davvero ardui da superare, per poterla accreditare come interpretazione decisiva allo scopo.

Due sono le eccezioni. La prima riguarda la ragione della necessità dell'attestazione di convenienza, la cui presenza condizionante sarebbe superflua se gli interessi dell'erario non fossero incisi dall'omologazione degli accordi in assenza di sua adesione.

La seconda è relativa sempre all'attestazione, ma nella parte che ha ad oggetto la fattibilità del piano, nel senso che ci si deve interrogare se il piano attestato debba essere quello che contiene i sacrifici richiesti alla pubblica amministrazione, oppure no.

Se, infatti, si potrebbe ragionevolmente ritenere che l'attestazione di convenienza sia stata pensata *ad provocandum* l' "eventuale" adesione del creditore pubblico – per quanto la sua

presenza sia prevista, come condizione, anche ai fini dell'omologazione "forzata" degli accordi da parte del tribunale – più complesso, se non impossibile, sarebbe giustificare la necessità del sacrificio erariale ai fini dell'attestazione di fattibilità del piano, per poi concludere che, in assenza di adesione esplicita dell'ufficio, questo non sarebbe vincolato a sopportarne gli effetti.

Insomma, questa lettura, pur suggestiva, in quanto risolutiva di molte delle aporie, antinomie e dei molti dubbi di legittimità costituzionale segnalati, non pare per nulla decisiva a superare l'opposta interpretazione che individua nel precetto del quinto comma dell'art. 48 CCII l'attribuzione al tribunale di un vero e proprio potere di *cram down* nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali³⁶.

X. LE MOLTEPLICI DISSONANZE CON LA DIRETTIVA UE 2019/1023.

Molte delle critiche che abbiamo sollevato in precedenza trovano conferma in una comparazione che, valicando i confini del provincialismo nazionale, si voglia spingere ad un confronto di compatibilità della novella con talune disposizioni/considerando della recente direttiva europea sulla ristrutturazione e sull'insolvenza.

La comprimibilità del diritto di "rifiuto" delle agenzie fiscali e degli enti di previdenza sociale, ad esempio, mal si concilia con il disposto del considerando (33) della direttiva, che ammette come legittimo motivo di rifiuto della proposta l'esistenza di una condotta che configuri un inadempimento sostanziale nei confronti dei suddetti creditori pubblici, consistente nell'incapacità strutturale dell'impresa di pagare quei debiti alla scadenza.

L'ablazione, poi, del diritto di dissenso pare confliggere anche con il successivo considerando (43), che sancisce che nessuna delle parti interessate al piano di ristrutturazione, dal novero delle quali nessun creditore inciso può essere escluso, possa essere privato dal diritto di voto.

³⁶ In questo concordiamo con M. Golisano, *cit*, 528, 529.

In tema di scenari comparativi, ancora, i considerando (49) e (52) impongono, ai fini dell'omologazione che la comparazione sia estesa a qualsiasi scenario alternativo e particolarmente a quello della vendita dell'impresa in funzionamento, il cui valore di raffronto dovrebbe coincidere con quello a "a lungo termine", ricomprendendo, dunque, anche il cd. *terminal value*.

Relativamente, infine, alla necessità che il piano di ristrutturazione non violi la graduazione delle legittime clausole di prelazione intervengono i considerando (54) e (55) della medesima direttiva.

Anche sotto il profilo, dunque, della possibile violazione del diritto transnazionale la novella presterà il fianco a eccezioni di omologabilità di quegli accordi di ristrutturazione dei debiti in cui il diritto di rifiuto del creditore pubblico sia stato, non solo pretermesso, ma lo sia stato sulla base di una comparazione parziale con il solo scenario della liquidazione giudiziale e non anche con il valore "a lungo termine" dell'impresa in funzionamento, o con il prezzo che un terzo sarebbe disponibile a pagare per il suo acquisto.

XI. IL PERICOLO DI INCENTIVARE FENOMENI DI SOTTRAZIONE FRAUDOLENTA AL PAGAMENTO DELLE IMPOSTE, NON SANZIONABILE EX D.LGS. 74/2000.

La disposizione dell'art. 63 CCIII, con il collegato potere di *cram down* da parte del tribunale ex art. 48, regolato esclusivamente dalla sussistenza o meno dell'attestazione di "convenienza", come abbiamo accennato, si presta a facili pratiche abusive, non contrastabili se non con il riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione di un potere discrezionale di diniego.

Valga il seguente esempio, replicabile all'infinito da tutti gli imprenditori che si venissero a trovare nelle medesime condizioni. Immaginiamo che un imprenditore con un patrimonio garantuale insufficiente se valutato con criteri liquidatori, inizi a trovarsi in difficoltà nel

finanziare il proprio circolante e al contempo evidenzi squilibri strutturali tali da non consentirgli di generare utili in futuro.

L'imprenditore conosce l'esistenza dell'art. 63 CCII e sa che potrà richiedere la falcidia del credito erariale e previdenziale nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, purché in misura non inferiore a quanto l'erario potrebbe recuperare in sede di liquidazione giudiziale del suo patrimonio.

Abbiamo visto, però, che il valore garantuale – in termini liquidatori – di questo non sarebbe sufficiente a garantire il soddisfacimento integrale del credito tributario.

L'imprenditore inizia così a finanziarsi non versando più IVA e ritenute, nella prospettiva che al momento opportuno potrà ricorrere all'istituto della transazione fiscale con una proposta che il fisco non potrà rifiutare, giacché formulata, in termini di convenienza, appositamente al di sopra del valore di liquidazione del suo patrimonio, detratto quanto spettante ai creditori antergrati e alle spese di giustizia.

Così quell'imprenditore avrà potuto ristrutturare il proprio debito avendone semplicemente preordinato il trasferimento di una sua parte consistente alla collettività.

Per di più, si tratterebbe di una condotta i cui effetti, essendo previsti come possibili – e a titolo di sanatoria – da una norma positiva, non potrebbe neppure essere sanzionata ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 74/2000 come sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte.

Il grave pericolo per le pubbliche finanze è evidente, data, appunto, la replicabilità della descritta condotta da parte di tutti gli imprenditori in crisi, talmente è semplice il meccanismo da porre in atto.

Sottrarre all'amministrazione il potere di opporsi alla transazione fiscale, in ragione dello specifico comportamento tenuto dal debitore nei suoi confronti, rispetto a quello tenuto nei confronti degli altri creditori, vorrebbe dire legittimare tutti i contribuenti in crisi a finanziare le proprie deficitarie attività commerciali tramite il mancato versamento delle

imposte riscosse da altri, con ciò minando alla radice l'intero sistema tributario nazionale³⁷.

Si tratta di un necessario contemperamento di interessi che la norma, o meglio, talune interpretazioni della medesima, paiono ignorare del tutto allorquando predicano la natura vincolata dell'adesione, giacché la questione va ben oltre il confronto tra quanto ricavabile dalla transazione e quanto ritraibile in sede di liquidazione giudiziale, bensì involge anche la necessità di evitare che gli imprenditori siano incentivati a finanziarsi tramite il mancato versamento di IVA e ritenute.

In questo senso è intervenuto recentemente il MEF in risposta a un'interrogazione parlamentare nella quale ben chiarisce i limiti entro cui l'agenzia può derogare al presidio del controllo del dovere costituzionale di contribuzione da parte dei cittadini ex art. 53, cui si contrappone, come rovescio della stessa medaglia, la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione; limiti che non possono «... *paradossalmente...*» arrivare sino a disincentivare «... *l'adempimento spontaneo degli organi tributari e la compliance dei contribuenti.*»³⁸

XII. DE IURE CONDENDO.

Continuando a limitare l'osservazione al solo campo della transazione fiscale e previdenziale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, l'obiettivo di favorire le ristrutturazioni delle imprese sane avrebbe potuto essere colto molto più semplicemente esercitando la delega sulla razionalizzazione dei privilegi, ad esempio cancellando il diritto di prelazione riconosciuto alle sanzioni e agli interessi erariali e contributivi, nonché

³⁷ Sulla necessità di una valutazione del comportamento del debitore CTR Salerno, *cit.*, che ha affermato come l'Ufficio debba evitare «di favorire soggetti che hanno sistematicamente e volontariamente omesso nel corso degli anni il versamento delle imposte dovute accrescendo l'importo dei debiti tributari a vantaggio di altri creditori, così come occorre evitare di concedere stralci a favore di soggetti che hanno compiuto atti distrattivi».

³⁸ Cfr. nota 16.

introducendo nell'ambito delle norme tributarie e amministrative che regolano la riscossione delle imposte e dei contributi previdenziali obbligatori il precetto secondo cui, in caso di proposte di ristrutturazione soggette ad omologazione da parte del tribunale che prevedano il pagamento integrale delle imposte e dei contributi entro termini di dilazione ordinari, sanzioni e interessi siano automaticamente rinunciati, ora per allora, all'esito dell'integrale soddisfazione del credito tributario e previdenziale originario.

Si sarebbe trattato di misure assai semplici e dall'impatto certamente più efficace, ma la struttura di tutto il nuovo codice fallimentare, a partire dalla sua toponomastica e dal suo lessico, mostrano l'assoluta estraneità dei canoni della semplicità, della razionalità e, dunque, della precisione e della certezza all'attitudine del riformatore.

XIII. CONCLUSIONI E AUSPICI.

Alla luce delle superiori considerazioni l'intrepido interprete avrà compreso come ci si trovi di fronte ad una disposizione fortemente connotata da ambiziose, quanto velleitarie, finalità dirigistiche, che vorrebbero lo Stato farsi carico dell'onere di riequilibrare i conti di tutte le imprese in crisi o insolventi, senza neppure consentirgli una distinzione alcuna, tra soggetti industrialmente meritevoli, o meno, nell'ambito di una puntuale programmazione di politica economica.

Una norma che – violando ogni più elementare regola di separatezza dei poteri – eleva il giudice fallimentare ad arbitro assoluto delle sorti della finanza pubblica.

Di contro, il potere amministrativo ne esce mortificato ben oltre i demeriti che gli si possano attribuire, mentre il principio del buon andamento della pubblica amministrazione è sacrificato all'altare del falso mito della “continuità d'impresa” da perseguire sempre e comunque. Gli istituti del diritto della crisi piegati ai fini di un'amministrazione straordinaria generalizzata ed estesa anche alle imprese minori.

È sfuggito, anche, al legislatore, che ne ha voluto anticipare l'entrata in vigore, come le risorse pubbliche, ancor più in questo momento pandemico, debbano essere destinate a investimenti strutturali e che il sistema della riscossione tramite gli istituti della sostituzione e della rivalsa debba essere fortemente difeso ad evitare che i suoi introiti si tramutino in un bancomat senza limiti di spesa nella libera disponibilità di ogni imprenditore in crisi.

Fortunatamente l'inviolabilità della graduazione delle legittime cause di prelazione costituirà un valido argine, nell'ambito del giudizio di convenienza, all'abuso dell'istituto, così forte da relegarlo ad un utilizzo davvero residuale, legato alla sola ipotesi di apporti di nuovo *equity*.

Unico auspicio possibile in questo caotico rapporto tra pubblico, privato e giurisdizione è che la pubblica amministrazione, così mortificata nelle proprie prerogative costituzionali, in un sussulto d'orgoglio in difesa del corpo dei propri funzionari, inizi ad esercitare il proprio potere discrezionale con quella responsabile fermezza, quel discernimento e quel garbo istituzionale che le sono propri per Costituzione.