

---

# Rivista di Dottrina Fiscale

---

**1/2022**

Editoriale Scientifica

## LA NUOVA TRANSAZIONE FISCALE: PROBLEMATICHE OPERATIVE IN UNA PROSPETTIVA EUROPEA

di Rosy Virzi\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'evoluzione storica della cd. transazione fiscale. – 2.1. I dibattiti circa la natura giuridica dell'istituto in esame e la compatibilità con il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria. – 3. La disciplina giuridica attualmente vigente. – 3.1. Il cd. *cram down* e la valutazione dell'Amministrazione finanziaria. – 3.2. La giurisprudenza di merito in relazione al cd. *cram down* dell'Amministrazione finanziaria. – 4. La compatibilità del *cram down* con la giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti di stato. – 4.1. Il criterio del creditore privato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 4.2. La compatibilità dell'istituto del *cram down* e il principio del creditore privato. – 5. Considerazioni conclusive.

**Abstract:** Le recenti modifiche apportate dal legislatore all'istituto della transazione fiscale generano perplessità in ordine alla compatibilità con la disciplina europea degli aiuti di Stato. In particolare, l'introduzione del cd. *cram down* nell'ordinamento interno rischia di porsi in contrasto con la giurisprudenza europea, in quanto, prevedendo la possibilità di omologa della transazione fiscale da parte del Tribunale in assenza di adesione dell'Amministrazione finanziaria, contravverrebbe al principio del cd. creditore privato. Si tratta di un principio di origine giurisprudenziale, utilizzato come parametro di riferimento per valutare la conformità di una specifica transazione fiscale, e più in generale di ogni rinuncia ad un credito, alla disciplina in materia di aiuti di Stato.

**Abstract:** The recent changes made by the legislator to the institution of the tax settlement give rise to perplexities as to its compatibility with the European State aid rules. In particular, the introduction of the so-called '*cram down*' in the domestic legal system runs the risk of being at odds with European case law, in that, by providing for the possibility of approval of the tax settlement by the Court in the absence of adherence by the tax authorities, it would contravene the principle of the so-called private creditor. This is a principle of jurisprudential origin, used as a reference parameter to assess the conformity of a specific tax settlement, and more generally of any waiver of a claim, with the State aid discipline.

### 1. Premessa

L'istituto della transazione fiscale rappresenta uno dei rimedi utilizzabili per la composizione della crisi d'impresa nell'ambito del concordato pre-

\* Dottoranda di ricerca in «Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale» presso l'Università Sapienza di Roma; Avvocato in Roma.

ventivo<sup>1</sup> e degli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>2</sup>, al fine di ottenere una riduzione e/o una dilazione di pagamento dei crediti tributari amministrati dalle agenzie fiscali e dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie nonché dei relativi accessori.

Trattasi di un istituto inquadrabile tra le fattispecie consensuali di attuazione del tributo che, attenuando il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria<sup>3</sup>, tende a garantire all'Amministrazione finanziaria la soddisfazione, seppur parziale, del proprio credito in tempi celeri.

L'istituto della transazione fiscale, oggi denominato trattamento dei crediti tributari e contributivi, originariamente disciplinato dall'art. 182 *ter* del regio decreto n. 267/42 (c.d. legge fallimentare) trova oggi regolamentazione negli artt. 63 e 88 del nuovo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)<sup>4</sup>.

Nell'ambito dei recenti interventi normativi apportati dal legislatore, la novità più rilevante (recepita dall'art. 48, comma 5, del nuovo Codice della crisi d'impresa) ha ad oggetto il cd. *cram down*<sup>5</sup> fiscale e contributivo che attribuisce al Tribunale il potere di omologare il concordato preventivo e

<sup>1</sup> Il concordato preventivo è disciplinato dagli artt. 160 e ss. della legge fallimentare e rappresenta una procedura concorsuale a disposizione del contribuente sia per superare lo stato di crisi (c.d. concordato in continuità) sia ai fini liquidatori (c.d. concordato liquidatorio). La procedura si basa sull'approvazione della proposta del debitore da parte dei creditori, i quali manifestano la loro volontà secondo il criterio della maggioranza, determinata ai sensi dell'articolo 177 della legge fallimentare.

<sup>2</sup> L'accordo di ristrutturazione del debito è disciplinato dall'articolo 182 *bis* della legge fallimentare e rappresenta uno strumento volto a consentire agli imprenditori in possesso dei requisiti di fallibilità di far fronte ad uno stato di difficoltà. In particolare, l'istituto in esame permette all'imprenditore di concordare con i creditori (purché rappresentanti almeno il 60% del totale) le modalità attraverso le quali riportare l'attività aziendale ad una condizione di normalità, fermo restando che l'accordo non può incidere sulle situazioni soggettive dei creditori non aderenti, i quali devono essere soddisfatti in maniera integrale.

<sup>3</sup> Cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2005, 283 ss., per il quale "mentre in diritto privato il creditore può sempre rinunciare al credito, il Fisco non può farlo perché è titolare di un credito che rappresenta una quota, una percentuale e, nei confronti di ciascun contribuente, è indispensabile che il concorso pro quota di tutti i coobbligati sia correttamente effettuato e adempiuto".

<sup>4</sup> La disciplina normativa dell'istituto in esame ha subito un iter normativo complesso ed articolato ed è stata oggetto di molteplici interventi, attuati da ultimo con la L. 27 novembre 2020, n. 159 di conversione del D.L. n. 7 ottobre 2020, n. 125 che ha introdotto importanti novità alla legge fallimentare, anticipando, attraverso le modifiche apportate agli articoli 180, 182 *bis* e 182 *ter* L.F., l'entrata in vigore (avvenuta solo in data 15 luglio 2022) delle disposizioni relative al trattamento dei crediti tributari e contributivi. Tali modifiche sono state recepite dal nuovo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

<sup>5</sup> Nella prassi il sintagma *cram down* viene utilizzato per indicare il fenomeno giuridico che consente l'approvazione di una procedura ovvero l'omologa della stessa nonostante il dissenso di un creditore qualificato laddove la proposta sia più conveniente rispetto alle alternative liquidatorie prevedibili.

l'accordo di ristrutturazione anche in "mancanza di voto" da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali e assistenziali<sup>6</sup>.

Come si avrà modo di osservare nel presente contributo, il Tribunale – in presenza dei requisiti indicati dal legislatore – è tenuto a sostituirsi all'Ufficio dell'Amministrazione finanziaria compiendo valutazioni di norma riservate a quest'ultima.

Tale *modus operandi* determina una svalutazione del ruolo dell'Amministrazione finanziaria creditrice e, di fatto, una sostituzione della stessa con l'organo giudicante.

Si tratta di un meccanismo che potrebbe, in astratto, essere considerato non conforme alla normativa europea in materia di aiuti di Stato.

In particolare, la mancata valutazione da parte del creditore nell'ambito della transazione fiscale suscita talune perplessità in ordine alla compatibilità con la giurisprudenza europea in tema di aiuti di Stato che, ormai da tempo, ha sancito il principio del creditore privato come criterio per valutare la compatibilità della rinuncia, seppur parziale, ad un credito tributario con la disciplina prevista dall'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito anche "TFUE").

Al fine di valutare se una transazione omologata in assenza di adesione dell'ente creditore (a seguito dell'introduzione del suddetto *cram down*) sia conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza sovranazionale, pare opportuno procedere ad una ricostruzione giuridica dell'istituto in esame e della normativa europea in tema di aiuti di Stato.

A tal proposito, si analizzerà l'istituto della transazione fiscale vagliandone la natura giuridica e procedendo alla ricostruzione dell'evoluzione della relativa disciplina normativa, avendo riguardo ai più recenti orientamenti della giurisprudenza in materia di *cram down*<sup>7</sup>.

Solo dopo aver fornito un inquadramento sistematico della disciplina prevista in tema di transazione fiscale, si potranno effettuare alcune conside-

---

<sup>6</sup> L'introduzione di tale norma ha *ictu oculi* l'intento di eliminare una delle più rilevanti criticità applicative dell'istituto della transazione fiscale. Si tratta di criticità operative espresse altresì dalla stessa Agenzia delle Entrate con la circ. 23 luglio 2018, n. 16/E secondo cui il soddisfacimento dell'Erario deve essere più conveniente di quello derivante dalla liquidazione giudiziale ed evitare il fallimento delle imprese. Ed invero, nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 14/2019, si afferma che l'obiettivo delle modifiche sia quello di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi e non vi è dubbio che tali resistenze possono concretizzarsi sia qualora l'ente creditore dilazioni oltre misura la risposta alla proposta di transazione, sia qualora esso la rigetti espressamente.

<sup>7</sup> Nella pratica, con il termine "*cram down*" ci si riferisce al fenomeno giuridico in base al quale il Tribunale omologa la procedura intrapresa, nonostante un creditore appartenente ad una classe dissenziente, contesti la convenienza della proposta, se ritiene che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente percorribili.

razioni in ordine alla compatibilità di quest'ultima con la materia degli aiuti di Stato e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia avente ad oggetto il principio del creditore privato.

## 2. L'evoluzione storica della cd. transazione fiscale

La disciplina del trattamento dei crediti tributari e contributivi è stata oggetto di molteplici interventi normativi<sup>8</sup> che hanno modificato l'istituto in esame e ciò al fine di superare sia le difficoltà operative riscontrate nella prassi che le numerose incertezze interpretative<sup>9</sup>.

In origine, l'istituto è stato introdotto dall'art. 3, comma 3, della L. 178/2002 ed era denominato "transazione sui ruoli". Si trattava di un archetipo del modello di transazione oggi vigente.

In particolare, la suddetta norma prevedeva che l'Agenzia delle entrate, dopo l'inizio dell'esecuzione coattiva, potesse procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo<sup>10</sup> dai propri uffici, il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello Stato in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alle attività di riscossione coattiva, quando nel corso della procedura esecutiva emergeva l'insolvenza del debitore o questi fosse assoggettato a procedure concorsuali<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione esaustiva dell'istituto in esame si veda: L. Tosi, *La transazione fiscale*, in Riv. dir. trib., 2006; L. Tosi, *La transazione fiscale: profili sostanziali*, in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, a cura di F. Paparella, Milano, 2013; L. Del Federico, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in Riv. dir. trib., 2008; V. FICARI, *Riflessioni su "transazione" fiscale e "ristrutturazione" dei debiti tributari*, in *Rass. trib.*, 2009; D. STEVANATO, *Transazione fiscale*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010; G. GAFFURI, *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2011.

<sup>9</sup> Sul punto di veda M. SPADATO, *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il nuovo art. 182 ter l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2018, 7 ss.

<sup>10</sup> La ratio della disciplina della transazione dei ruoli può essere rinvenuta nella possibilità di incassare con elevato margine di probabilità somme, sia pure ridotte, rispetto al debito originario risultante dal ruolo. Si trattava di uno strumento idoneo, per la prima volta, a superare la nozione di indisponibilità assoluta della pretesa erariale. Sul tema si veda, cfr., F. BRIGHENTI, *La Transazione dei tributi: nuovo corso o stravaganza normativa* (appunti a margine dell'art.3, comma 3, della legge n. 178/2002), in *Boll. trib.*, n.18/2002, p.1301; A. MERCATALI, *La transazione, in sede esecutiva, sulle somme iscritte a ruolo per imposte statali*, in *Boll. trib.*, n. 20/2004, p. 1467; M. BASILAVECCHIA, *La transazione dei ruoli*, in *Corr. trib.* n. 15/2005, p.1217.

<sup>11</sup> L'istituto aveva ad oggetto solamente i tributi iscritti a ruolo e riguardava soltanto i contribuenti che si fossero mostrati insolventi nel corso di una procedura di esecuzione coattiva, oppure fossero stati assoggettati a procedure concorsuali. Nella prassi operativo l'istituto, tuttavia, non ha goduto di particolare fortuna, essendo stato utilizzato in poche occasioni. Cfr. G. DRAGONI, *Calcio, la Lazio evita il fallimento*, in *Il Sole 24 - Ore* del 25 marzo 2005; S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 373.

Con l'introduzione dell'art. 182 *ter* da parte del D.lgs. n. 5/2006<sup>12</sup>, modificata in modo sostanziale dalla L. n. 232/16 (cd. legge di stabilità 2017), si è addivenuti per la prima volta a disciplinare la transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo, consentendo di attivare una procedura transattiva con il Fisco.

Tuttavia, l'applicazione dello strumento in esame mostrava molteplici difficoltà operative tali da indurre il legislatore ad intervenire nuovamente con il comma 2 dell'art. 160 L.F., prevedendo la possibilità di soddisfare parzialmente i creditori muniti di diritti di prelazione anche nell'ambito del concordato preventivo.

Le problematiche maggiormente avvertite in ordine all'applicazione dell'istituto in esame riguardavano l'ipotesi di falcidiabilità dell'imposta sul valore aggiunto (e delle ritenute operate non versate) originariamente esclusa *ex lege* e la facoltatività o meno dell'istituto<sup>13</sup>.

Per quanto attiene al primo profilo critico relativo alla falcidia dell'IVA occorre precisare che si è trattato di un dibattito particolarmente rilevante sia per la sua importanza pratica, sia per la rilevanza sovranazionale dell'imposta<sup>14</sup>.

Secondo l'originaria formulazione della norma, il debitore poteva pro-

<sup>12</sup> L'art. 183 *ter* è stato introdotto nell'ordinamento attraverso l'art. 146 del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, avente ad oggetto la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, a sua volta emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 5, della L. 14 maggio 2005, n. 802. In tal modo il legislatore, adeguandosi altri Stati membri dell'Unione europea, ha introdotto una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza, finalizzata a tutelare in modo agile sia l'impresa che i creditori.

<sup>13</sup> La riforma della legge fallimentare, iniziata con il D.L. n. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, e proseguito con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 prevedeva che la proposta di concordato preventivo "può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d)" (art. 160, co. 2, l. fall.). L'art. 182 *ter* l. fall. previgente disponeva, inoltre, la possibilità di un pagamento parziale, salvo per i tributi costituenti risorse proprie della UE, mentre per ciò che concerne l'IVA (e successivamente anche per le ritenute operate e non versate), veniva prevista – a seguito delle prime modifiche apportate alla disposizione in commento dall'art. 32, co. 5, lett. a), D.L. n. 29.11.2008, n. 185, conv. con modif. dalla l. 28.1.2009, n. 2 – esclusivamente la dilazione di pagamento.

<sup>14</sup> Con le sentenze del 4.11.2011, n. 22931 e n. 22932 la Corte di Cassazione stabiliva il principio secondo il quale il credito IVA non è mai falcidiabile, pena l'inammissibilità della domanda, e ciò indipendentemente dal fatto che la proposta concordataria sia o meno accompagnata dalla transazione fiscale. Sul punto si veda, P. VELLA, *Transazione fiscale facoltativa e trattamento Iva inderogabile*, in *Fall.*, 2012, 17; M. FABIANI, *La falcidiabilità di tutti i crediti tributari e l'equivoco della lettura della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, 270.

porre il pagamento non integrale dei crediti fiscali a condizione che gli stessi non avessero costituito risorse proprie dell'UE. Tuttavia, la norma non faceva alcun riferimento espresso all'IVA.

L'Agenzia delle entrate, con circolare n. 40/E/2008, al fine di colmare il vuoto normativo, chiarì che il gettito relativo all'IVA rientrava fra le risorse comunitarie, escludendone, così, la possibilità di pagamento falcidiato.

L'*impasse* in cui si trovavano dottrina e giurisprudenza<sup>15</sup> è stato superato grazie all'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea che si è pronunciata in favore della compatibilità della falcidia dell'IVA con l'ordinamento sovranazionale in sede di concordato preventivo<sup>16</sup>.

Tale orientamento è stato in seguito recepito sia dalla giurisprudenza di legittimità nazionale sia dallo stesso legislatore.

Ed invero, a seguito della introduzione dell'art. 1, comma 81, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Legge di Bilancio del 2017), il legislatore ha recepito le istanze emerse in sede giurisprudenziale e, dopo aver previsto la falcidiabilità di IVA e ritenute alla fonte non versate nell'ambito della transazione fiscale, ha disposto che la transazione fiscale fosse obbligatoria in tutti i casi in cui il debitore, nell'ambito della proposta di concordato preventivo, intendesse proporre all'Agenzia delle entrate o agli enti previdenziali il pagamento parziale o dilazionato del debito tributario o previdenziale<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Il principio di infalciabilità delle passività IVA e delle ritenute effettuate non era stato condiviso da alcuni Giudici di merito (Trib. Pistoia 26.4.2017, Trib. Torino 7.8.2017 e Trib. Pescara 19.10.2017), anche in relazione alle statuizioni della Corte di Giustizia UE nella sentenza del 7.4.2016, causa C-546/14, secondo cui: *“un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito IVA attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento”*.

<sup>16</sup> Si tratta della storica sentenza della Corte di Giustizia del 7.4.2016, C546/14, Degano Trasporti s.a.s. di Ferruccio Degano & C. in liquidazione, nella quale i giudici hanno statuito che *“l'art. 4, paragrafo e), TUE nonché gli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto, non ostano a una normativa nazionale interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento”*. Per maggiori approfondimenti sul tema si rinvia a: L. Del Federico, È incostituzionale l'infalciabilità dell'IVA nell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento: riflessioni a margine, in Riv. Dir. trib., 6/2020, 2, pp. 329-34; V. Ficari, Falcidia dell'IVA e transazione fiscale: la sentenza “Degano trasporti” è “tamquam non esset”?, in Corr. Trib., n. 3/2017, pp. 181-184; P. Boria, La pronuncia europea sulla falcidia dell'Iva, in Riv. dir. trib., 4/2016, 1, pp. 461-479.

<sup>17</sup> Il credito IVA può essere pagato in misura non integrale, sempreché il soddisfacimento

In tal modo, veniva altresì superata la *querelle* giurisprudenziale in ordine alla facoltatività della transazione fiscale, prevedendo nell'ambito dell'art. 182 *ter* L.F. che l'istituto della transazione dovesse trovare applicazione ogni qualvolta tra le passività da soddisfare con il concordato figurino i crediti erariali o contributivi<sup>18</sup>.

In ogni caso, il merito maggiore della Legge di bilancio 2017 è stato quello di adeguare l'ordinamento nazionale alla giurisprudenza europea ed alle istanze degli operatori del diritto<sup>19</sup>.

---

non sia inferiore a quanto realizzabile in sede liquidatoria, tenuto conto del valore degli assets su cui insista la prelazione, previa attestazione ex art. 67, comma 3, lett. d), L.F. Il trattamento non può dunque essere “peggiorativo” rispetto a quanto offerto ai creditori con un grado di privilegio inferiore, né a quelli che abbiano posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei. La parte di credito privilegiato non soddisfatta per effetto della falcidia degrada in chirografo, con correlato inserimento obbligatorio in un'apposita classe. Il credito fiscale chirografario non può ricevere un trattamento diverso rispetto a quello offerto agli altri creditori chirografari, né può ricevere – in caso di formazione di classi – un trattamento diverso rispetto a coloro per i quali sia previsto un regime più favorevole.

<sup>18</sup> Sul punto, si veda G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La posizione dell'Agenzia sulla 'transazione fiscale': pregi e difetti*, in *il fisco* n. 34/2018, p. 3241.

<sup>19</sup> L'eliminazione del divieto di falcidiabilità dell'IVA dall'ordinamento nazionale ha rappresentato un intervento doveroso da parte del legislatore alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE del 7 aprile 2016, causa C-546/14, Degano Trasporti S.a.s. di Ferruccio Degano & C. in liquidazione, con la quale è stata definitivamente affermata la piena legittimità della falcidia del credito IVA vantato dallo Stato nei confronti del debitore sottoposto a procedura concorsuale. Il particolare, la CGUE con la sentenza del 7 aprile 2016 (Degano trasporti) ha reso un'interpretazione innovativa dell'art. 182 *ter* previgente e ha precisato che quest'ultimo non contrasta con gli artt. 2 e 22 della VI Direttiva e con l'art. 10 del trattato CEE laddove consente ad una falcidia dell'IVA subordinandola all'ottenimento di un risultato maggiormente favorevole al verificarsi del fallimento. Nello specifico, la Corte ha precisato che la falcidia dell'IVA non costituisce una rinuncia generale ed indiscriminata alla riscossione del tributo, essendo soggetta a presupposti di applicazione rigorosi che garantiscono la massima soddisfazione possibile del credito tributario. Alla luce di tale innovativa pronuncia, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribaltato il loro precedente orientamento (sent. gemelle 2016-2017) e hanno statuito che l'infalcidiabilità dell'IVA non è considerabile alla stregua di un principio generale di carattere nazionale ma soltanto una prerogativa presente nelle domande di concordato affiancate alla transazione. Sul tema si vedano P. BORIA, *La pronuncia europea sulla falcidia dell'Iva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 4/2016, I, p. 465; V. FICARI, *Transazione fiscale e disponibilità del "credito" tributario: dalla tradizione alle nuove "occasioni" di riduzione "pattizja" del debito tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 4/2016, p. 481; P. VELLA, *La (in)disponibilità dei crediti tributari nelle procedure concorsuali tra diritto interno e principi dell'Unione europea*, A. ALBANO, *Iva, concordato preventivo e transazione fiscale: profili procedurali e (auspicabili) sviluppi della normativa nazionale*, tutti pubblicati in questa Rivista; Cfr. F. PAPARELLA, *Il nuovo regime dei debiti tributari di cui all'art. 182-ter L.F.*, in *Rass. Trib.*, 2018, 2, 323 ss.; M. Allena, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, 2017, pp. 101 ss.; V. FICARI, *Falcidia dell'IVA e transazione fiscale: la sentenza "Degano trasporti" e "tamquam non esset"?*, in *Corr. trib.*, 181 ss.; E. STASI, *Transazione fiscale – La transazione fiscale secondo le Sezioni Unite della cassazione*, in *Il Fallimento*, 2017, 267 ss.; D. PEZZELLA, *IVA falcidiabile in concordato anche per le Sezioni Unite*, in *Corr. trib.*, 2017, 516 ss.; S. MORRI, S. GUARINO, *La fine del "dogma" dell'infalcidiabilità del credito IVA*, in *Corr. trib.*, 2016, 3009 ss.



Il suddetto testo legislativo non soltanto ha superato definitivamente la progressa disciplina della “transazione dei ruoli” (introdotta nel 2006) ma ha altresì abbandonato la denominazione di “transazione fiscale” (prevista dalla l. n. 232/2016), optando per la denominazione più generica di trattamento dei crediti tributari e contributivi.

### **2.1. I dibattiti circa la natura giuridica dell’istituto in esame e la compatibilità con il principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria**

Come anticipato, l’istituto in esame si colloca nell’ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti e ciò, in passato, ha determinato l’instaurazione di un ampio dibattito in dottrina circa la sua natura giuridica e la compatibilità con il principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria<sup>20</sup>.

Al fine di trovare una giustificazione a tali incertezze interpretative in dottrina si sono susseguite diverse tesi.

Per quanto concerne la natura della transazione fiscale sono rinvenibili tanto tesi di tipo pubblicistico quanto di tipo privatistico<sup>21</sup>.

In particolare, le tesi di stampo privatistico – sebbene minoritarie – trarrebbero origine dal *nomen iuris* attribuito all’istituto.

<sup>20</sup> Per ogni approfondimento in merito al principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria si rinvia, *ex multis*, a A.D. GIANNINI, *Circa l’inderogabilità delle norme regolatrici dell’obbligazione tributaria*, in *Rivista di diritto finanziario*, 1953, p. 291; F. GALLO, *Ancora sul neoconcordato e sulla conciliazione giudiziale*, in *Rass. trib.*, n. 10/1994, p. 1483; P. BORIA, *Diritto tributario*, 2016, p. 273; M. ALLENA, *La transazione fiscale nell’ordinamento tributario*, 2017, pp. 14 ss.; M. REDI, *Appunti sul principio di indisponibilità del credito tributario*, in *Dir. prat. trib.*, n. 2/1995, I, p. 429; M. MICCINESI, *Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale*, in AA.VV., M. Miccinesi (a cura di) *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, p. 7; A. CUA, *Conciliazione giudiziale e indisponibilità dell’obbligazione tributaria*, Padova, 2007, p. 3; F. CROVATO, R. LUPI, *Indisponibilità del credito tributario, contabilità pubblica e giustizia tributaria*, in *Dialoghi dir. trib.*, n. 6/2007, p. 853; A. FANTOZZI, *La teoria dell’indisponibilità dell’obbligazione tributaria*, in AA.VV., M. Poggioli (a cura di) *Adesione, conciliazione e autotutela: disponibilità o indisponibilità dell’obbligazione tributaria?*, Padova, 2007, p. 49; G. FALSITTA, *Natura e funzione dell’imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua ‘indisponibilità’*, in AA.VV., S. La Rosa (a cura di) *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008, p. 56; P. RUSSO, *Imponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie*, in *Rass. trib.*, n. 3/2008, p. 614; A. LA MALFA, *Rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in *Corr. Trib.*, n. 9/2009, p. 706; A. GUIDARA, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano, 2010, p. 61; S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, 2020, p. 239.

<sup>21</sup> In tal senso, cfr., L. DEL FEDERICO, *Articolo 182 ter. Transazione fiscale*, in A. Jorio, M. Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 2007, p. 2561 e ss.; V. ZANICHELLI, *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, in *il fallimento*, 2007, p. 580 e ss.; G. LA CROCE, *Autonomia endoconcorsuale e non obbligatorietà della transazione fiscale nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, p. 146 e ss.; G. MARINI, *Commento all’art. 182 ter legge fallimentare – Transazione fiscale*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2011, pp. 1110 e ss.

Si tratterebbe di un orientamento minoritario che, seppur con opportune cautele dettate dalla natura indisponibile dell'obbligazione tributaria, è volto ad inquadrare la transazione fiscale nello schema privatistico transattivo di cui all'art. 1965 c.c.

Tale interpretazione, benché avvalorata da un remoto parere del Consiglio di Stato<sup>22</sup>, omette di valutare che la transazione fiscale non presenta affinità rispetto all'omonimo contratto civilistico.

Invero, la transazione *ex art.* 1965 c.c. è un contratto consensuale ed a prestazioni corrispettive, con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già insorta o potenziale.

Tuttavia, in ambito fiscale non è possibile riscontrare concessioni reciproche tra le parti (Amministrazione finanziaria e contribuente), risolvendosi l'istituto in una remissione di una quota del debito fiscale (*pactum minus solvatur*) in considerazione della crisi economica e finanziaria dell'impresa debitrice né tanto meno la normativa fiscale richiede la sussistenza di una lite in atto o potenziale<sup>23</sup>.

Secondo altra impostazione<sup>24</sup>, invece, si tratterebbe di una figura di tipo pubblicistico-procedimentale, come sembrerebbe suggerire la collocazione della norma prima nella Legge fallimentare ed ora nel Codice della crisi d'impresa, qualificando in tal modo l'istituto alla stregua di una procedura endoconcorsuale nell'ambito del concordato preventivo ovvero come una mera clausola nell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, Parere n. 526/2004, ove si legge che “*la norma lascia emergere con chiarezza le linee portanti del nuovo istituto che consente – al verificarsi delle condizioni date – di concludere un ragionevole accordo transattivo che, senza incidere sulla materia imponibile ma in deroga al tradizionale principio della indisponibilità del credito tributario, rende possibile per l'Amministrazione Finanziaria conseguire un più proficuo introito rispetto a quello ottenibile dallo sviluppo delle procedure esecutive. L'interesse pubblico perseguito induce pertanto a ritenere che il peculiare accordo, con effetti transattivi, introdotto dalla norma sia idoneo ad esplicare i suoi effetti non solo nel caso di sussistenza di liti attuali, instaurate in tema di rapporti tributari sfociati nella iscrizione a ruolo, ma, in attuazione del principio di economicità dell'azione amministrativa, estenda la sua portata a tutti i crediti tributari derivanti da iscrizioni a ruolo nei confronti di contribuenti rivelatisi insolventi, evitando in tal modo la stessa insorgenza di episodi contenziosi?*”.

<sup>23</sup> In questa prospettiva l'originario istituto della transazione dei ruoli veniva inquadrato nell'ambito di una rinuncia unilaterale alla riscossione coattiva dei ruoli o, in alternativa, equiparato al “*pactum ut minus solvatur*”, ossia ad un negozio solutorio con il quale il creditore, per ottenere soddisfazione, concorda con il debitore una riduzione dell'importo. Sul punto, si veda F. BRIGHENTI, *Transazione dei tributi: nuovo corso o stravaganza normativa?*, in Boll. trib., 2002, p. 1301; M. BASILAVECCHIA, *La transazione dei ruoli*, in Corr. Trib., 2005, p. 1217.

<sup>24</sup> M. CARDILLO, *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in Dir. e Prat. Trib. n. 5/2012; G. GAFFURI, *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in Rass. Trib., n. 5/2011; G. ROCCO, *I privilegi tributari e il riparto dell'insolvenza, tra interpretazione estensiva, eccesso di delega e transazione fiscale*, in Diritto e pratica tributaria n. 3/2010; Id., *La natura inscindibile della transazione fiscale. Profili applicativi*, in Il Dir. Fall. e delle Soc. Comm. n. 1/2015.

<sup>25</sup> L. MANDRIOLI, *Transazione fiscale e concordato preventivo tra lacune normative e principi del concorso*,

L'attuale formulazione letterale della norma pare propendere a favore di una natura procedimentale nell'ambito concordatario; mentre nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti si ritiene ancora possibile rinvenire una natura transattiva come suggerisce l'espresso riferimento alla stipula di un atto negoziale ai sensi del comma 5 dell'art. 182 *ter* L.F.

In ogni caso, a prescindere dall'adesione ad un'ipotesi ricostruttiva piuttosto che all'altra, l'analisi sulla natura giuridica dell'istituto coinvolge necessariamente la questione della compatibilità della transazione fiscale con il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, trattandosi di un istituto che consente all'Amministrazione finanziaria di "concordare" con il contribuente l'ammontare del tributo e le modalità di adempimento.

Come noto, infatti, nella materia tributaria vige il principio di indisponibilità<sup>26</sup> dell'obbligazione il cui fondamento è rinvenibile, secondo la dottrina più autorevole, nel dettato costituzionale (artt. 23, 53, 2 e 3 Cost.)<sup>27</sup>.

Il fondamento del principio di indisponibilità, invero, si ravvisa innanzitutto nel principio della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.<sup>28</sup>, in ragione del

---

in *Giur. comm.*, 2008, 296; M. VITIELLO, *L'istituto della transazione fiscale*, in S. Ambrosini, P. G. Demarchi e M. Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 267 e ss.; cfr. Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 40 del 18 aprile 2008 e Risoluzione n. 3/E del 5 gennaio 2009.

<sup>26</sup> È possibile individuare diversi orientamenti in dottrina che tendono a riconoscere la fonte del principio di indisponibilità del credito tributario alternativamente in norme costituzionali ovvero in norme di rango ordinario. Cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Parte generale, 2010; F. PAPARELLA, *Le situazioni giuridiche e le loro vicende*, in AA.VV., A. Fantozzi (a cura di) *Diritto tributario*, 2014, p. 484 ss.; E. STASI, *La transazione fiscale, in il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2008, p. 735; M. CARDILLO, *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Dir. prat. trib.*, n. 5/2012, p. 1148; M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, op. cit., 2017; M.T. MOSCATELLI, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria*, Roma, 2007, pp. 121 ss., che incentra il concetto di indisponibilità del credito tributario sul principio di capacità contributiva sancito dall'art. 53 Cost. Sul punto si veda P. BORIA, *Diritto Tributario*, Torino, 2019, p. 354 per il quale "l'indisponibilità si risolve nella limitazione di una o più facoltà e poteri relativi al contenuto di una determinata situazione giuridica soggettiva e, principalmente, della facoltà di cessione, rinuncia, rifiuto, transazione o compensazione; pertanto, con riferimento alla potestà d'imposizione e all'obbligazione tributaria, il vincolo dell'indisponibilità esprime l'incompatibilità di qualsiasi manifestazione di poteri dispositivi con la disciplina del tributo e, quindi, l'irrinunciabilità all'esercizio dei propri poteri da parte del soggetto attivo del rapporto d'imposta".

<sup>27</sup> Cfr. V. FICARI, *Transazione fiscale e disponibilità del "credito" tributario: dalla tradizione alle nuove "occasioni" di riduzione "pattizia" del debito tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, 498: "La transazione fiscale è, quindi, dotata di una chiara copertura legislativa in ordine, quantomeno, all'an e quando (ma non al quantum, però) e senza dubbio la sua perfezione, da collocarsi nella fase della riscossione del tributo, garantisce la soddisfazione di esigenze sia private che pubbliche di rango costituzionale". Sul punto si veda altresì P. BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2016.

<sup>28</sup> Per approfondimenti in materia di riserva di legge si veda: A. FANTOZZI, *Riserva di legge e nuovo riparto della potestà normativa in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, 9; A. FEDELE, *Art. 23 Cost.*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1978; A. FEDELE, *La riserva di legge*, in *Trattato di diritto tributario diretto* da A. Amatucci, vol. I, tomo I, Padova, 1994, pp.157 ss.; L. CARPENTIERI, *Le fonti del diritto tributario*, in *Il diritto tributario*, a cura di A. Fantozzi, Torino, 2012, pp. 139 ss.; S. CIPOLLINA, *La*

quale l'*an* e il *quantum* del tributo devono essere determinati solo dalla legge. Ne consegue che in questa prospettiva è esclusa ogni possibile ingerenza amministrativa volta alla definizione del prelievo e alla rinuncia di un credito sorto e disciplinato *ex lege*<sup>29</sup>.

La vigenza di tale principio limita fortemente l'agire dell'Amministrazione finanziaria in quanto quest'ultima dovrebbe limitarsi ad applicare rigorosamente le norme sostanziali e procedurali a tutela dell'interesse fiscale dello Stato-comunità, senza poter rinunciare ai propri crediti.

Ove così non fosse, infatti, risulterebbe leso il principio costituzionale in virtù del quale tutti devono contribuire alla spesa pubblica in quanto il mancato o ridotto pagamento delle imposte da parte di un contribuente determina automaticamente un ingiusto aggravio del carico fiscale per gli altri consociati<sup>30</sup>. In questa prospettiva, dunque, la rinuncia totale o parziale dell'Amministrazione finanziaria ai propri crediti determinerebbe una traslazione della quota rimasta insoddisfatta sugli altri contribuenti e una violazione del principio di capacità contributiva *ex art. 53 Cost.*<sup>31</sup>.

Il corollario preminente di tale impostazione è individuabile nell'as-

---

*riserva di legge in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di L. Perrone, C. Berliri, Napoli, 2006, pp. 163 ss.

<sup>29</sup> A. FEDELE, *La riserva di legge*, in *Comm. Cost. Branca*, Roma, 1978; A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972, pp. 78 e ss.

<sup>30</sup> Per approfondimenti sul principio di capacità contributiva si rinvia a: I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1966, *passim*; E. DE MITA, *Capacità contributiva*, in *D. disc. priv.*, sez. comm., II, Torino, 1987, *passim*; F. MOSCHETTI, *Capacità contributiva*, in *Enc. giur.*, vol. V, Roma, 1988, 2; Id., *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973, *passim*; G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, 4 ss.; G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di L. Perrone, C. Berliri, Napoli, 2006, p. 27. Per una analisi del principio di capacità contributiva come limite "relativo" in quanto oggetto di bilanciamento con altri valori costituzionali egualmente meritevoli di tutela quali, in particolare, l'interesse fiscale dello Stato comunità ad apprendere le risorse necessarie al suo funzionamento ed il principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, c. 2, Cost., si veda: A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di L. Perrone e C. Berliri, Napoli, 21 ss.; P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, *passim*; Id., *I principi costituzionali dell'ordinamento fiscale*, in AA.VV., *Diritto tributario*, a cura di A. Fantozzi, Milano, 2012, p. 77; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, *passim*; G. FALSITTA, *Art. 53*, in *Commentario breve alle leggi tributarie*, a cura di G. Falsitta, A. Fantozzi, G. Marongiu, F. Moschetti, Tomo 1, Milano, 2011, p. 189.

<sup>31</sup> Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, parere n. 15/2007 in cui i Giudici precisano che "il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria trova fondamento nei principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53, comma 1) ed imparzialità nell'azione della Pubblica amministrazione (art. 97), espressione entrambi del più generale principio di eguaglianza nell'ambito dei rapporti tributari. Il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria risulta dunque derogabile soltanto in forza di disposizioni di legge eccezionali (come tali da interpretarsi restrittivamente) che, nel rispetto del principio di legalità e operando un bilanciamento fra esigenze contrastanti, sacrificano gli interessi tutelati dagli artt. 53 e 97 della Costituzione, in favore di altri interessi, costituzionalmente garantiti, di rango pari o superiore?".

senza di discrezionalità dell'agire dell'Amministrazione pubblica, potendosi quest'ultima limitare ad applicare ed interpretare le norme tributarie<sup>32</sup>.

Secondo altro orientamento, invece, il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria troverebbe la propria fonte normativa solo in una disposizione di rango ordinario<sup>33</sup> e pertanto sarebbe superabile da successive disposizioni normative di pari rango<sup>34</sup>.

Tuttavia, in dottrina<sup>35</sup> si è tentato di trovare una valida giustificazione alla deroga del principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria ritenendo che l'art. 182 *ter* L.F. prevede in capo all'Amministrazione finanziaria una discrezionalità limitata e vincolata alle condizioni previste *ex lege* e, inoltre, opererebbe un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente tutelati, quali l'effettività della pretesa fiscale, l'efficienza della pubblica amministrazione nonché la tutela dei livelli occupazionali<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Sul tema della discrezionalità dell'Amministrazione si rinvia a M. MARTIS, *Contributo allo studio della discrezionalità nel diritto tributario*, Napoli, 2018, p. 18; G. DI TOMA, *La discrezionalità dell'azione amministrativa in ambito tributario*, 2012.

<sup>33</sup> Il fondamento della indisponibilità dell'obbligazione tributaria sarebbe rinvenibile nell'art. 49, R.D. n. 827/1924. Tale impostazione sarebbe stata, peraltro, avallata dalla Suprema Corte di cassazione con la sentenza 16 marzo 2001, n. 12314. Cfr. l'Agenzia delle entrate, Circolari 4 marzo 2005, n. 8/E, e 18 aprile 2008, n. 40/E.

<sup>34</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto, si rinvia a S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, p. 238; E. MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini (a cura di) *Trattato delle procedure concorsuali*, 4, 2011, pp. 718 e 719; G. VERNA, *La transazione fiscale quale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo, in il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 6/2010, p. 714; A. LA MALFA, *Rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in *Corr. Trib.*, n. 9/2009, p. 706; D. STEVANATO, *Conferme sull'indisponibilità del credito tributario come regola di contabilità pubblica*, in *Dialoghi Tributarî*, n. 3/2008, p. 7 ss.; L. MANDRIOLI, *Transazione fiscale e concordato preventivo tra lacune normative e principi generali del concorso*, in *Quaderni di giurisprudenza*, 2007, p. 26.

<sup>35</sup> Si veda G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p. 436: la transazione fiscale costituisce "il banco di prova del principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria". Per una completa analisi della nozione del principio di indisponibilità si veda ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, Milano, 2017, p. 37 e ss., il quale conclude, infine, che esso è derogabile da legge ordinaria, perché detta legge, in quanto procedurale, assicura la discrezionalità "tecnica" dell'Amministrazione sufficiente per escludere che essa possa rinunciare interamente al credito.

<sup>36</sup> Sui vincoli costituzionali che pongono un limite al legislatore si rinvia a S.F. COCIANI, *Attualità e declino del principio di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, n. 7-8/2004, p. 823; G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, n. 7-8/2004, p. 889; G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. Perrone, C. Berliri), 2006, p. 31; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. Perrone, C. Berliri), 2006, p. 11; F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. Perrone, C. Berliri), 2006, p. 46; P. BORIA, *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nell'apprezzamento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. Perrone, C. Berliri), 2006, p. 64; F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, 2007, p. 82; I. MANZONI, G. VANZ, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, 2007, p. 40.

Difatti, si ritiene che la legittimità costituzionale della transazione fiscale discenda dalla *ratio* dell'istituto, essendo quest'ultimo uno strumento in grado di attuare un prelievo commisurato all'effettiva capacità contributiva dell'impresa in crisi ed evitarne il fallimento.

Tale ricostruzione è altresì avvalorata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, con riguardo alle disposizioni in materia di condoni, ha riconosciuto la legittimità della rinuncia al credito tributario da parte dell'Amministrazione finanziaria, purché si tratti di situazioni eccezionali disposte sulla base di procedure e condizioni predefinite *ex lege*<sup>37</sup>.

L'art. 182 *ter* L.F., pertanto, è stato considerato costituzionalmente legittimo in quanto lo stato di crisi dell'imprenditore rappresenterebbe una situazione eccezionale in forza della quale gli Uffici sono chiamati a bilanciare l'esigenza di attuazione di un prelievo fiscale con quelle di efficienza del proprio operato e di tutela del complesso aziendale, all'interno del quale coesistono interessi sociali ed economici.

Alla luce di queste osservazioni, si è tentato di superare i sospetti di illegittimità costituzionale della transazione fiscale connessi all'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, elaborando la teoria della cd. "disponibilità controllata"; in ragione della quale, l'Amministrazione finanziaria sarebbe legittimata ad operare una valutazione solo sulle effettive possibilità di riscossione del credito in relazione alla concreta situazione economica e finanziaria dell'impresa in crisi e sulla convenienza della proposta per l'Erario<sup>38</sup>.

In considerazione di quanto esposto, pare dunque che siano stati superati i profili dubbi sulla legittimità costituzionale della normativa, attribuendo

---

<sup>37</sup> Cfr., *ex multis*, C. cost., 23.7.1980, n. 119; C. cost., 26.2.1981, n. 33; C. cost., 7.7.1986, n. 172; C. cost., 23.7.1992, n. 361; C. cost., 13.7.1995, n. 321; C. cost., 16.12.2004, n. 433; C. cost., 7.7.2005, n. 305; C. cost., 13.7.2007, n. 270. In dottrina si rinvia a G. FALSITTA, *I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e violazioni comunitarie*, in *Il fisco*, 2003, 794; FANTOZZI, A., *Concordati, condoni e collette*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, 200; M. BASILAVECCHIA, *Principi costituzionali e provvedimenti di condono*, in *Riv. dir. fin.*, 1988; E. DE MITA, *Il condono fiscale tra genesi politica e limiti costituzionali*, in *Il fisco*, 2003.

<sup>38</sup> Secondo autorevole dottrina la novella del 2016 ha introdotto una regola endofallimentare che ha parificato il creditore Erario a tutti gli altri creditori ipotecari e privilegiati ed in proposito è sufficiente ribadire che la modifica ha scolpito un criterio legislativo che orienta le valutazioni dell'Amministrazione finanziaria in base ad un criterio oggettivo, preclude valutazioni discrezionali in senso stretto – trasformando il relativo potere Amministrazione finanziaria da discrezionale a vincolato – e che è valso altresì a ridimensionare i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nel passato, F. Paparella, *L'esperienza infinita della transazione fiscale tra natura giuridica dei rapporti e successione delle leggi nel tempo: le Sezioni Unite si esprimono anche sul riparto di giurisdizione tra giudice tributario e giudice fallimentare*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1/2022, 20. Cfr. G. Falsitta, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 1047, nonché i contributi di M. ALLENA, *Profili costituzionali della transazione fiscale*, e G. MARINI, *Indisponibilità e transazione fiscale*, compresi nel volume AA.VV., *Studi in onore di Enrico De Mita*, Napoli, 2012, pp. 1 e 566.



rilievo al bilanciamento tra interesse fiscale e i valori economico-sociali costituzionalmente tutelati dalla transazione fiscale; e ciò sembrerebbe confermato altresì dalla attuale disciplina che, seppur innovativa, non incide sugli elementi essenziali dell'istituto, risultando caratterizzata da una limitata disponibilità dell'obbligazione tributaria e da una vincolata attività amministrativa, a tutela degli interessi costituzionali suesposti.

### 3. La disciplina giuridica attualmente vigente

Alla luce di quanto sopra esposto, superata la diatriba circa la legittimità costituzionale dell'istituto e la compatibilità con il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, occorre fornire un inquadramento sistematico della transazione fiscale sulla base del quadro normativo attualmente vigente<sup>39</sup>.

La disciplina normativa, recepita nel Codice della crisi e dell'insolvenza, prevede che l'impresa in crisi possa presentare all'Amministrazione finanziaria una proposta di transazione fiscale per il pagamento, in misura parziale o in forma dilazionata, dei tributi nell'ambito di un concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

La procedura in esame impone all'Amministrazione finanziaria di svolgere un procedimento istruttorio, esaminando la proposta e la documentazione presentata dall'imprenditore, in qualità di soggetto attivo del rapporto tributario.

È, infatti, noto che non soltanto l'Amministrazione finanziaria sia titolare dell'obbligazione tributaria ma sia altresì investita del potere di operare per la gestione e la tutela della funzione fiscale. Si tratta di una attività improntata essenzialmente al perseguimento dell'interesse pubblico primario (interesse fiscale dello Stato comunità) ed eventuali margini di scelta nella attuazione dei poteri conferiti non esprimono valutazioni discrezionali, bensì soltanto modalità di esercizio del potere della pubblica amministrazione, coerentemente con quanto esposto nel paragrafo precedente in relazione alla natura dell'obbligazione.

Ne consegue che, in ragione di tale attività, al ricorrere di una serie di condizioni di soddisfacimento minimo, l'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate può esprimere il proprio consenso o diniego alla proposta di transazione attraverso la sottoscrizione di un apposito atto.

In particolare, l'art. 182 *ter* L.F. dispone che nel caso in cui il credito

---

<sup>39</sup> Per una ricostruzione esaustiva dell'evoluzione dell'istituto, si rinvia a M. ALLENA, *La transazione fiscale dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, in *Accordi e azione amministrativa nel diritto tributario*, 2020, pp. 161 e ss.

erariale sia assistito da privilegio, il piano concordatario deve prevederne la soddisfazione in misura non inferiore a quella ottenibile in sede di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni e ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, sulla base di una attestazione di un professionista terzo e indipendente<sup>40</sup>.

In ogni caso, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori rispetto agli altri crediti che vantino una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli dell'Agenzia.

Diversamente per i crediti chirografari la norma stabilisce che il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

In sostanza, l'Agenzia delle Entrate ed il concessionario alla riscossione non pongono in essere un atto di accettazione della proposta ma si limitano ad esprimere il proprio voto favorevole o contrario in sede di adunanza dei creditori ove, al pari di tutti gli altri creditori, concorrono alla formazione della maggioranza concordataria<sup>41</sup>.

Sul punto, occorre precisare che l'art. 3, comma 1 *bis*, D.L. n. 7 ottobre 2020, n. 125, disposizione inserita in sede di conversione dalla L. 27 dicembre 2020, n. 159, ha apportato rilevanti modifiche agli artt. 180, comma 4, e 182 *bis*, comma 4, della Legge fallimentare, introducendo la possibilità di omologa da parte del Tribunale (cd. *cram down*), rispettivamente, della domanda

<sup>40</sup> Il legislatore ha attribuito un ruolo di primario rilievo all'attestazione dei professionisti. Si tratta di professionisti chiamati ad attestare la veridicità dei dati aziendali forniti e l'attuabilità dell'accordo, al fine di rafforzare la credibilità degli impegni assunti dal debitore nei confronti dei propri creditori e dei terzi. In considerazione dell'importanza dell'attestazione, il professionista deve essere dotato di particolari competenze tecniche ed essere indipendente per assolvere con trasparenza e terzietà al proprio ruolo, in ossequio a quanto previsto ai sensi dell'art. 2399 c.c. per i membri del collegio sindacale delle società di capitale. Dal punto di vista soggettivo, è richiesto che l'attestatore non abbia rapporti personali e/o professionali con l'impresa contribuente che presenta il piano o l'accordo. Nella circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020 l'Amministrazione finanziaria chiarisce che per quanto concerne i rapporti personali "devono ritenersi ostativi, oltre a quelli previsti dal suddetto articolo 2399, c.c., anche le ulteriori situazioni che presentano con gli stessi profili di sostanziale identità. In tale ambito può, ad esempio, ricomprendersi la sussistenza di rapporti professionali abituali con il consulente dell'imprenditore che ha predisposto il piano", dovendo intendersi l'indipendenza in senso sostanziale, così da garantire l'autonomia di giudizio e l'indipendenza economica dell'attestatore rispetto al debitore.

<sup>41</sup> Tale nuova disciplina, in gergo conosciuta come *cram down*, anticipa di fatto l'entrata in vigore di un istituto inizialmente previsto, nell'ambito del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolenza, a far data dal 1° settembre 2021. Tuttavia, in considerazione della situazione di crisi economica per le imprese determinata dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre anche nella Legge fallimentare, e sino all'entrata in vigore del nuovo codice, una norma procedimentale avente analogo ratio e finalizzata a superare ingiustificate resistenze, opposte talvolta dagli enti impositori (agenzie fiscali e enti di previdenza) alle proposte dei debitori di soluzioni concordate alla crisi di impresa.



di concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti anche in "mancanza di voto" e in "mancanza di adesione" dell'Amministrazione finanziaria o dagli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie<sup>42</sup>.

Ne consegue che il legislatore ha inteso superare eventuali reticenze dell'Amministrazione finanziaria, traslando i poteri e le valutazioni a quest'ultima attribuiti dalla legge in capo al Tribunale che, in sede di omologa, deciderà in modo autonomo e indipendentemente dalla posizione del creditore.

### 3.1. Il cd. *cram down* e la valutazione dell'Amministrazione finanziaria

L'evoluzione del trattamento dei crediti fiscali nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione (dall'originaria transazione dei ruoli alle ultime modifiche introdotte dal legislatore con il nuovo Codice della crisi d'impresa) evidenzia la costante preoccupazione del legislatore di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto in esame e di incentivarne l'utilizzo da parte del contribuente, modificando nel tempo il ruolo assunto dall'Amministrazione finanziaria creditrice.

In tale ottica, il legislatore ha introdotto la possibilità di procedere all'omologa dell'accordo anche in assenza di una esplicita valutazione da parte dell'Erario<sup>43</sup>.

Trattasi di una previsione che è destinata a configurarsi quale omologazione forzata da parte del Tribunale, al verificarsi di una duplice condizione che ricorre laddove l'adesione del Fisco sia decisiva al fine del raggiungimento del 60% dei crediti e, allo stesso tempo, il soddisfacimento dei crediti sia più conveniente rispetto all'eventuale alternativa liquidatoria, sulla base delle risultanze della relazione di un professionista indipendente.

In tale senso, l'istituto sarebbe qualificabile come strumento di composizione della crisi volto a tutelare l'interesse concorsuale alla conservazione dell'attività d'impresa, a discapito dell'interesse fiscale dello Stato<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> La L. 27 novembre 2020, n. 159, di conversione del D.L. n. 125/2020, ha introdotto importanti novità alla legge fallimentare, anticipando, attraverso le modifiche apportate agli articoli 180, 182-bis e 182-ter, L.F., l'entrata in vigore delle disposizioni relative alla transazione fiscale e contributiva previste dall'art. 48, comma 5, del Codice della crisi d'impresa.

<sup>43</sup> È bene evidenziare che l'art. 48 del Codice della crisi d'impresa, avente ad oggetto l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, al comma 5 stabilisce che *"il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57, comma 1, 60 comma 1, e 109, comma 1, e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta Amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria"*.

<sup>44</sup> Cfr. Cass., SS.UU., 25 marzo 2021, n. 8504; A. CARINCI, *Il diniego di transazione fiscale nel prisma del nuovo Codice sulla crisi di impresa*, in *Il fisco*, n. 23/202, p. 2243.

In sostanza, la disposizione normativa in commento introduce la possibilità che il Tribunale proceda all'omologa anche in mancanza di voto dell'Amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali ed assistenziali laddove l'adesione da parte dei predetti enti sia determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 L.F., e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione dell'attestatore, la proposta di soddisfacimento del Fisco e/o degli enti previdenziali è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria<sup>45</sup>.

Parimenti, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il comma quarto dell'art. 182 *bis*, L.F. (oggi trasfuso nell'art. 88 del Codice della crisi) prevede la possibilità per il Tribunale di omologare l'accordo in "mancanza di adesione" dell'Erario e degli enti di previdenza obbligatoria quando la predetta adesione sia decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti, richiesta dal primo comma del medesimo art. 182 *bis* L.F. ai fini della conclusione degli accordi.

Stante l'assenza di un dettato normativo chiaro ed esaustivo, l'ambito di applicazione del suddetto intervento legislativo è stato oggetto di differenti orientamenti giurisprudenziali ritenendo, alternativamente, che il *cram down* fosse ammesso soltanto laddove l'Amministrazione non avesse espresso il proprio voto ovvero anche in caso di diniego espresso da parte del creditore pubblico.

La diversità di orientamenti ha trovato origine da un'analisi testuale della disposizione che in materia di concordato preventivo fa espressamente riferimento ad una ipotesi di "mancanza di voto" mentre, nel caso di accordi di ristrutturazione dei debiti, il legislatore utilizza il sintagma "mancanza di adesione".

Al riguardo, occorre precisare che il legislatore è nuovamente intervenuto il legislatore sul tema del *cram down* fiscale e previdenziale. In particolare, il D.L. n. 118 del 24 agosto 2021 ha previsto, all'art. 20, comma 1, lett. a), che le parole "il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza

---

<sup>45</sup> L'introduzione di tale norma ha avuto l'intento di eliminare una delle più rilevanti criticità applicative dell'istituto della transazione fiscale. Si tratta di criticità operative espresse altresì dalla stessa Agenzia delle Entrate con la circ. 23 luglio 2018, n. 16/E secondo cui il soddisfacimento dell'Erario deve essere più conveniente di quello derivante dalla liquidazione giudiziale ed evitare il fallimento delle imprese. Ed invero, nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 14/2019, si specifica che l'obiettivo delle modifiche sia quello di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi e non vi è dubbio che tali resistenze possono concretizzarsi sia qualora l'ente creditore dilazioni oltre misura la risposta alla proposta di transazione, sia qualora esso la rigetti espressamente. In tale contesto, il c.d. *cram down* fiscale e contributivo è stato introdotto con l'intento di evitare che l'inerzia dell'ente creditore (Fisco) possa ostacolare il raggiungimento di soluzioni alternative alla liquidazione dell'impresa, laddove queste ultime possano essere considerate maggiormente convenienti.

di voto” siano sostituite con “il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione”.

Tuttavia, nonostante tale intervento legislativo abbia posto fine all’accesso dibattito circa l’applicazione del nuovo istituto soltanto in caso di mancanza di voto ovvero anche in caso di diniego espresso da parte del creditore pubblico, derivante, come osservato, dalla differente formulazione della norma prevista per il concordato preventivo (“*mancanza di voto*”) rispetto agli accordi di ristrutturazione dei debiti (“*mancanza di adesione*”), la giurisprudenza di merito ha registrato orientamenti interpretativi oscillanti.

### 3.2. La giurisprudenza di merito in relazione al cd. *cram down* dell’Amministrazione finanziaria

L’introduzione della disciplina sul *cram down*, come anticipato, ha determinato una serie di interventi giurisprudenziali in ordine al corretto ambito di applicazione della stessa.

Secondo l’orientamento più restrittivo, l’omologa del Tribunale avverrebbe solo in assenza di voto da parte dell’Amministrazione finanziaria e non anche in caso di voto contrario<sup>46</sup>. In altri termini, la *ratio* della novella sarebbe quella di introdurre una norma parasanzionatoria, volta a condannare l’inerzia dell’Amministrazione finanziaria.

Dottrina e giurisprudenza, invero, hanno ritenuto in taluni casi che si potesse procedere all’omologa soltanto in assenza di votazione da parte dell’Amministrazione finanziaria e, in altri casi, anche ove sussista un giudizio negativo da parte del medesimo ente<sup>47</sup>.

Secondo un orientamento, che possiamo qualificare estensivo, il potere/dovere di omologa da parte del Tribunale sussiste anche a seguito del voto

<sup>46</sup> Si veda Tribunale di Bari, decreto del 18/1/2021 ove è stato statuito che “*deve evidenziarsi che nel caso di specie la novella non possa ritenersi applicabile, riferendosi la norma all’ipotesi della mancanza di voto da parte dell’amministrazione finanziaria e non includendo quindi –in modo chiaro ed univoco e senza che possano sorgere dubbi interpretativi sul punto– l’ipotesi della espressione di un voto contrario, come appunto avvenuto in questo caso. La tesi contraria, propugnata in alcuni scritti dottrinali, non è condivisa dal Collegio, sia in considerazione del noto principio in claris non fit interpretatio, in ragione dell’univoco tenore letterale della norma, sia perché propugnatrice di un trattamento differenziato irragionevole per i creditori concordatari ammessi al voto, in quanto solo il voto contrario dell’amministrazione finanziaria (o dell’ente gestore di forme di previdenza o assistenza obbligatorie) sarebbe superabile dal Collegio con la valutazione di cui all’art. 180 l.f. e non invece il voto contrario di un altro creditore*”.

<sup>47</sup> Sul punto si veda, Tribunale di Venezia, decreto del 11/7/2019 in virtù del quale è pacifico che perfino il voto favorevole dei creditori sulla proposta è inidoneo a vincere l’impedimento all’omologa, costituito dalle eventuali condotte decettive poste in essere dal debitore in corso di procedura, o anche prima di questa, se già pianificate e programmate per produrre i loro effetti, se già pianificate e programmate per produrre i loro effetti in occasione o in funzione della procedura: cfr. Cass. nn. 15695/2018, 25165/2016, 14552/2014.

negativo e del rigetto dell'adesione da parte del Fisco e degli altri enti<sup>48</sup>. Il *cram down* fiscale e previdenziale sarebbe quindi ammesso anche nell'ipotesi di diniego espresso manifestato dai creditori pubblici. Tale orientamento risulta maggioritario sia in dottrina<sup>49</sup> che in giurisprudenza<sup>50</sup>.

A sostegno di tale interpretazione, occorre rappresentare che la Relazione Illustrativa al D.Lgs. n. 14/2019 evidenziava come la predetta norma fosse stata introdotta “*al fine di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrare nella prassi*” dall'Amministrazione finanziaria e dagli enti previdenziali.

Il nuovo istituto della transazione fiscale è stato, infatti, introdotto con un duplice obiettivo di: *i.* evitare che i creditori pubblici continuino ad impiegare tempi irragionevoli ed incompatibili con il percorso risanatorio del debitore per pronunciarsi sulle proposte di transazione; *ii.* impedire che alcune di queste vengano rigettate sebbene convenienti per l'Erario.

Ne consegue che soltanto una interpretazione estensiva consente di garantire l'utilità della nuova norma<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. A. DANOVÌ, D. GIUFFRIDA, *Cram down fiscale e previdenziale*, in *Nuova transazione fiscale*, a cura di A. Danovì, G. Acciari, Milano, 2021, pp. 41 e ss.; G. ANDREANI, *Le nuove norme della L. fallimentare sulla transazione fiscale*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021. Sul punto si è altresì espresso il Tribunale di Milano con decreto del 3/6/2021 con cui ha omologato una transazione fiscale con la quale una società aveva offerto di soddisfare i crediti tributari, pari al 99% dei debiti complessivi, nella misura del 5,4%, percentuale comunque maggiore da quella ottenibile dalla liquidatoria fallimentare. Si veda, inoltre, Tribunale di Genova, decreto del 13/5/2021; Tribunale di La Spezia, decreto del 14 gennaio 2021.

<sup>49</sup> L. GAMBÌ, *Questioni aperte sul cram down nella transazione fiscale*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021; L. CALÒ, *La transazione fiscale e contributiva in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle entrate e degli istituti previdenziali*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021; L. GAMBÌ, *Alcune note sul nuovo cram down nella transazione fiscale e contributiva*, 13 gennaio 2021, in *ilcaso.it*; A. DANOVÌ, D. GIUFFRIDA, *Cram down fiscale e previdenziale*, in *Nuova transazione fiscale*, a cura di A. Danovì, G. Acciari, Milano, 2021, 41 e ss.; E. DE MITA, *Con la nuova transazione al centro l'interesse fiscale*, in *Il Sole 24 ore*, febbraio 2021; G. ANDREANI, F. CESARE, *Il voto espressamente negativo come presupposto del cram down fiscale*, in *www.ilcaso.it*, 2 marzo 2021; D. GIUFFRIDA, A. TURCHI, *Cram down fiscale e voto negativo dell'amministrazione finanziaria: Tribunale di Forlì, 16 marzo 2021*, in *ilcaso.it*; F. SANTANGELI, *Note sul nuovo ruolo del tribunale come giurisdizione di merito nel trattamento dei crediti tributari e contributivi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ed in più recenti disposizioni legislative*, 18 marzo 2021, in *ilcaso.it*; D. GIUFFRIDA, A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, in *Diritto della crisi*, maggio 2021.

<sup>50</sup> Cfr., in particolare, Trib. La Spezia del 14 gennaio 2021; Trib. di Forlì del 15 marzo 2021; Trib. di Teramo del 19 aprile 2021; Trib. La Spezia, del 25 novembre 2021; Trib. di Genova del 13 maggio 2021; Trib. di Pescara del 27 maggio 2021; Trib. di Roma del 31 maggio 2021; Trib. di Roma del 30 giugno 2021.

<sup>51</sup> Sul punto, si veda il Tribunale di Como che con decreto del 1° dicembre 2021 ha superato il voto negativo dell'Agenzia delle entrate (anche in virtù delle modifiche e della *ratio legis* della novella del D.L. n. 118/2021) ed ha omologato il concordato preventivo di una società. In primo luogo, i giudici si sono interrogati circa l'applicabilità dell'art. 180, quarto comma, L.F., come modificato dal legislatore, alle procedure in corso alla data di entrata in vigore della legge di

Assecondando tale orientamento, ogni diversa interpretazione della locuzione “mancanza di voto” o “mancanza di adesione” annullerebbe la portata riformatrice del nuovo precetto normativo, introdotto con l'intento specifico di superare le resistenze mostrate dall'Amministrazione finanziaria in sede di approvazione della transazione fiscale.

Pertanto, qualora il trattamento dei crediti erariali oggetto della proposta sia considerato maggiormente favorevole rispetto all'alternativa liquidatoria e il voto dell'Amministrazione sia determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza qualificata richiesta, l'organo giudicante può procedere alla omologazione.

Orbene, in considerazione dell'innovazione introdotta nell'ordinamento dal cd. *cram down*, è evidente che al Tribunale è attribuito in sede di omologa un ruolo di notevole rilievo, essendo chiamato ad effettuare una valutazione della fattispecie concreta ed assumere la medesima funzione che spetterebbe ai soggetti contraenti<sup>52</sup>.

In altri termini, in caso di mancata adesione del creditore erariale – al ricorrere delle circostanze previste *ex lege* – il Tribunale d'ufficio opera una valutazione autonomo e distinta rispetto a quella che avrebbe dovuto essere

---

conversione del D.L. n. 118/2021 e soprattutto alla sua applicabilità in relazione alla fase in cui si trova la procedura, essendo nel caso di specie iniziata nel 2018, ossia molto prima dell'entrata in vigore, avvenuta il 25 agosto 2021, dell'art. 20, comma 1, lett. a), del D.L. n. 118/2021. I giudici ritengono che con riferimento alla novella siano molteplici le considerazioni per ritenere la norma come processuale e, pertanto, applicabile anche alle procedure pendenti in cui sia esaurita la fase dell'omologazione. Successivamente, il collegio ha ritenuto preferibile l'interpretazione estensiva sull'applicazione del *cram down*, in quanto “*più conforme non solo al dato letterale ma anche alla ratio legis della novella del D.L. n. 118/2021, che è quella di agevolare l'accesso delle imprese alle procedure concorsuali e favorire l'approvazione (...) dei concordati preventivi (...) nonostante l'inerzia o il voto negativo dell'Erario/Ente previdenziale che, tra i maggiori creditori delle imprese in difficoltà, ha assunto solitamente un ruolo di ingiustificato veto alle soluzioni concordate?*”.

<sup>52</sup> Il Tribunale esprime una valutazione di merito attinente alla convenienza dell'adesione che certa dottrina accosta alla giurisdizione di merito di cui all'art. 7, comma 6, del codice del processo amministrativo, nel quale si stabilisce che laddove “*esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito...il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*”. Dunque, “*al giudice ordinario viene attribuito, in sede di omologa degli accordi di ristrutturazione o del concordato preventivo, un potere di intervento sostitutivo delle determinazioni amministrative che, peraltro, non invade insindacabili sfere di discrezionalità amministrativa, venendo qui in rilievo valutazioni vincolate o, tutt'al più, di carattere tecnico. Qui ci troviamo di fronte a vicende talmente delicate che ben si giustifica la scelta del legislatore di disinnescare ogni possibile rischio derivante da atteggiamenti dilatori o da rigidi ed immotivati dinieghi*”. F. SANTANGELI, *Note sul nuovo ruolo del tribunale come giurisdizione di merito nel trattamento dei crediti tributari e contributivi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ed in più recenti disposizioni legislative*, *Judicium*, 19/3/2021, p. 2.

di competenza dell'Amministrazione creditrice<sup>53</sup>, in deroga ai principi generali in materia di negozi bilaterali<sup>54</sup>.

#### 4. La compatibilità del *cram down* con la giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti di stato

In considerazione della ricostruzione normativa operata, l'introduzione del *cram down* desta alcuni dubbi circa la compatibilità di una specifica transazione fiscale, omologata dal Tribunale in assenza di adesione dell'Amministrazione creditrice, con l'ordinamento europeo e, nello specifico, con la disciplina prevista in tema di un aiuto di Stato<sup>55</sup>.

L'omologa del concordato o dell'accordo in assenza di voto da parte dell'Ufficio, in astratto, potrebbe configurare un vantaggio per l'impresa, in assenza di una presa di posizione dell'Amministrazione finanziaria che, invece, in qualità di creditore deve valutare la convenienza della proposta sotto molteplici aspetti.

Come noto, l'esercizio della funzione fiscale nazionale risulta spesso condizionato al rispetto di taluni principi propri dell'Unione europea, sulla base di una integrazione giuridica ormai consolidata, che impone al diritto interno di adeguarsi ai modelli giuridici sovranazionali, finalizzati ad una crescita economica ed espressivi dei principi posti a tutela della libera concorrenza<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> L'Autorità giudiziaria dovrà effettuare una valutazione in ordine alla maggior convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, da valutarsi sulla base delle risultanze della relazione del professionista attestatore e di ogni altro elemento acquisito al procedimento, in primo luogo la relazione *ex art.* 172 L. Fall. del Commissario Giudiziale. Si tratta di un sindacato che si sviluppa a partire dall'esame del voto negativo espresso e dalla sua motivazione nella considerazione che le scelte dell'Erario, diversamente da ogni altro creditore privato, sono soggette al sindacato giurisdizionale, in quanto non sono espressione di mere scelte egoistiche, ma di tutela di interessi collettivi e nel rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione. Cfr. Tribunale di Genova, decreto del 13/5/2021.

<sup>54</sup> GIULIO ANDREANI, ANGELO TUBELLI, *Transazione fiscale e crisi d'impresa*, 2020, p. 200.

<sup>55</sup> Per una ricostruzione completa ed esaustiva in materia di aiuti di Stato si rinvia a R. MICELI, *The Role of State Aid in the European Fiscal Integration*, 2022.

<sup>56</sup> R. MICELI, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi Tributari Europei* n. 11/2021, pp. 22 e ss. In particolare, l'Autore rileva come "con la disciplina degli aiuti di Stato si regola un tema centrale per un progetto economico: il rapporto Stato – mercato. In tale formula di sintesi si racchiudono riflessioni molto profonde che qualificano – secondo diversi paradigmi, emersi nell'evoluzione del pensiero economico moderno – la relazione tra l'economia e il diritto sulla base degli obiettivi che ogni sistema intende raggiungere. Attraverso la declinazione della disciplina degli aiuti di Stato si esprime, conseguentemente, la scelta che l'Unione europea ha effettuato in merito al tema generale dell'intervento dello Stato nell'economia (il noto tema Stato/mercato). Al contempo, con riferimento alla struttura normativa, la disciplina europea degli aiuti di Stato si presenta in grado di contenere al suo interno una serie di soluzioni che l'evoluzione del pensiero ha reso possibili sulla base della disciplina esistente".

In ragione di ciò, sebbene la disciplina degli aiuti di Stato di cui agli artt. 107, 108 e 109 TFUE non sia rivolta esclusivamente alla materia tributaria, quest'ultima ne risulta fortemente condizionata in quanto idonea ad incidere sulle scelte di politica fiscale dei singoli Stati.

Invero, negli ultimi vent'anni la disciplina degli aiuti di Stato ha gradualmente assunto il ruolo preminente di fonte giuridica dell'integrazione europea in materia di imposte dirette, evitando l'introduzione di forme selettive di vantaggio fiscale da parte degli Stati membri a favore dei singoli contribuenti.

In quest'ottica, la disciplina degli aiuti di Stato rappresenta uno strumento di integrazione e di controllo dell'operato del singolo Stato membro in materia fiscale, ponendo dei limiti idonei a condizionare fortemente le procedure di rinuncia ai crediti tributari e le relative modalità di riscossione (in virtù del principio secondo il quale la rinuncia ad un tributo equivale alla erogazione diretta di un aiuto/fondo).

Ed invero, non soltanto la disciplina degli aiuti di Stato è rivolta alle normative nazionali sostanziali ma trova altresì applicazione in relazione alle discipline procedimentali, che determinano – seppur indirettamente – una riduzione del carico fiscale e un conseguente vantaggio per il contribuente beneficiario.

Ne consegue che la materia degli aiuti di Stato non è riferibile unicamente alle fattispecie agevolative e incide sia sulla disciplina dei singoli tributi sia sugli istituti preposti all'attuazione<sup>57</sup> degli stessi nonché sugli effetti che la normativa e il procedimento possono determinare sul mercato<sup>58</sup>.

Tale ultimo aspetto consente di precisare che, al fine di evitare una violazione della disciplina europea in esame, occorre valutare la procedura di attribuzione di un beneficio e l'atto finale conseguente. Quest'ultimo, invero, può essere idoneo a determinare un vantaggio economico per un'impresa contribuente qualificabile alla stregua di un aiuto di Stato.

Di talché, assume rilievo l'ipotesi della transazione fiscale – inquadrabile nell'ambito delle procedure di attuazione del prelievo tributario – che, seppur dal punto di vista normativo, non determina una violazione della disciplina

---

<sup>57</sup> A tal proposito assumono rilievo tutte le procedure che incidono sulla fase di attuazione del tributo alterando il paradigma ordinario. Si tratta di una fattispecie che si verifica sia nell'ambito della transazione fiscale sia in materia di condoni.

<sup>58</sup> Per una analisi completa del fenomeno in esame si rinvia a R. MICELI, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi Tributari Europei* n. 11/2021, p. 27, ove è precisato che “i diversi modi in cui è stata costruita la selettività (di diritto, di fatto, materiale e territoriale) hanno conferito alla disciplina degli aiuti la funzione di paradigma generale. In relazione alla funzione tradizionale (la difesa della concorrenza nel mercato nazionale) la disciplina degli aiuti di Stato è stata rivolta principalmente alle discipline (nazionali) sostanziali e procedimentali che definivano una ingiustificata sottrazione dall'ordinario onere impositivo. Il paradigma in esame è stato pertanto riferito non solo alle agevolazioni fiscali, ma anche a diversi aspetti della disciplina dei tributi, con particolare riferimento ai tributi di scopo, alla disciplina del presupposto ed alle esclusioni”. Si veda altresì A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, 2020, p. 88.



prevista dal TFUE in materia di aiuti di Stato, potrebbe generare un atto finale (omologa da parte del Tribunale) incompatibile con la suddetta disciplina.

In altri termini, l'esito della procedura di transazione può determinare un risultato contrario alla disciplina degli aiuti di Stato.

La materia degli aiuti di Stato (disciplinata ai sensi dell'art. 107 TFUE) prevede invero quale regola generale, che tali aiuti siano, in linea di principio, incompatibili con il mercato interno, fatte salve specifiche eccezioni e deroghe definite dai paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo, introducendo in tale modo un divieto di introdurre trattamenti selettivi ingiustificati.

Stante l'assenza di una nozione generale di aiuto di Stato, la Commissione Europea ha emanato una comunicazione<sup>59</sup> in cui ha indicato che la *conditio sine qua non* per la sussistenza di un aiuto di Stato ricorre laddove sussistano simultaneamente i seguenti requisiti: (i) esistenza di un'attività economica; (ii) origine statale della misura; (iii) vantaggio; (iv) selettività; (v) alterazione degli scambi e idoneità a falsare la concorrenza.

Pertanto, la disciplina di cui all'art. 107 TFUE è riferibile ad aiuti concessi da parte dello Stato a talune imprese, conferendo a queste ultime un vantaggio nel mercato in cui operano che sia idoneo a falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

La *ratio* di tale divieto rivolto agli Stati membri è quella di evitare che il supporto economico a determinate imprese o produzioni nazionali possa alterare il mercato e falsare la concorrenza.

La casistica relativa agli aiuti di Stato e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno individuato nel cd. criterio del creditore privato il *discrimen* da valutare ai fini della configurazione di un aiuto di Stato nell'ambito della transazione fiscale, e più in generale della rinuncia ad un credito.

La Corte di giustizia ha più volte affrontato la tematica in esame e ha statuito che laddove la scelta dell'Amministrazione finanziaria risulti essere difforme rispetto a quella che avrebbe compiuto un creditore privato<sup>60</sup> in una fattispecie analoga è possibile che si configuri un aiuto di Stato.

<sup>59</sup> Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01).

<sup>60</sup> Cfr. Commissione europea, Decisione 2002/935/CE (*Grupo de Empresas Alvarez*), par. 49 ove è precisato che "il criterio del creditore privato non deve essere confuso con quello, più classico nella giurisprudenza della Corte, dell'investitore privato. La Commissione deve piuttosto verificare se lo Stato si è comportato come un diligente creditore privato che cerca di massimizzare le possibilità di recuperare il suo credito".



#### 4.1. Il criterio del creditore privato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La giurisprudenza del Tribunale e della Corte di Giustizia europea hanno introdotto gradualmente un criterio per individuare il *modus operandi* che l'Amministrazione finanziaria di ogni Stato membro deve utilizzare qualora si adoperi per riscuotere crediti di propria spettanza e, nello specifico, hanno precisato che quest'ultima deve operare alla stregua di un creditore privato.

Tale criterio è altresì considerato essenziale nell'ambito della valutazione che la Commissione europea è chiamata a compiere per valutare se la fattispecie sottoposta al suo vaglio possa configurare o meno un aiuto di Stato<sup>61</sup>.

Come noto, invero, alla luce della finalità perseguita dall'art. 107 TFUE, per poter valutare se una misura è suscettibile di essere qualificata quale aiuto di Stato occorre considerare la possibilità che l'impresa beneficiaria avrebbe potuto ottenere il vantaggio conseguito anche in condizioni di mercato normali, ossia senza l'interferenza dello Stato. Proprio in relazione a tale considerazione assume rilievo il criterio dell'operatore privato in economia di mercato.

Il suddetto criterio risponde ad esigenze di razionalità economica ed è espressione del principio di parità di trattamento tra settore pubblico e privato<sup>62</sup> in quanto impone all'Amministrazione finanziaria, nell'ambito della riscossione dei propri crediti, di valutare tutte le informazioni che un creditore privato prudente e diligente, alle stesse condizioni, avrebbe valutato.

Ne consegue che l'Amministrazione finanziaria, in qualità di creditore dell'impresa in crisi, è chiamata ad effettuare un'analisi economica fondata sulle circostanze concrete, sulle possibilità effettive di riscossione e sulle tempistiche necessarie, confrontando la fattispecie in esame con situazioni comparabili (in relazione ad imprese di dimensioni paragonabili che agiscono in condizioni normali di mercato)<sup>63</sup>.

In assenza di valide ragioni economiche, l'Amministrazione – rinunciando al proprio credito – finirebbe per concedere un notevole vantaggio sul mercato all'impresa debitrice beneficiaria tale da poter essere considerato un aiuto ai sensi dell'art. 107, par. 1 TFUE<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Si vedano, *ex multis*, Corte di giustizia: sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, par. 84; sentenza del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, par. 59.

<sup>62</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*, par. 20, e Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 12 dicembre 2000, causa T-296/97, *Alitalia c. Commissione*, par. 80.

<sup>63</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, par. 60; Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*, par. 14 e Conclusioni dell'AG Jacobs presentate il 23 marzo 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, par. 28.

<sup>64</sup> Sul punto, la Corte di Giustizia, Corte giust. 8 settembre 2011, in cause riunite da C78/08

Pertanto, pare evidente che in tale ambito assume rilievo l'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria sia chiamata a valutare la proposta di transazione fiscale di un'impresa, dovendo compiere una istruttoria e valutare non soltanto l'adeguatezza della documentazione prodotta ma altresì la convenienza della procedura per il fisco<sup>65</sup>.

Sul punto, la Commissione europea, intervenuta con la Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE, ha chiarito che si configura un aiuto vietato anche laddove lo Stato ammetta una riduzione dell'imposta dovuta senza una giustificazione effettiva o in maniera sproporzionata. Proprio in relazione a tale fattispecie la giurisprudenza europea ha precisato i confini dell'applicazione del criterio del creditore privato in merito agli istituti di transazione fiscale previsti nei diversi ordinamenti nazionali<sup>66</sup>.

Tale orientamento, ormai consolidato, è stato chiaramente espresso nel celebre caso *Frucona Kosice*, avente ad oggetto una transazione fiscale, nell'abito di un concordato, proposta da una società di diritto slovacco e accolta dall'Amministrazione finanziaria competente.

In tal fattispecie, la Commissione europea ha ritenuto che non fossero stati rispettati i parametri previsti in ordine all'applicazione del criterio del creditore privato, determinando a favore della società un beneficio idoneo ad alterare il mercato in quanto alle medesime condizioni nessun altro creditore avrebbe accettato<sup>67</sup>.

La Commissione ha, inoltre, evidenziato che l'applicazione del criterio del creditore privato presuppone che lo Stato debba agire alla stregua di un soggetto privato (*iure privatorum*) e dimostrare, sulla base di elementi oggettivi e verificabili, che la misura adottata sia ascrivibile al medesimo in quanto

---

a C80/08, *Paint Graphos*, punto 78 ha precisato che: "per qualificare una misura nazionale come aiuto di Stato [...] basta esaminare se tale aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza". Cfr. Corte giust.: 29 aprile 2004, in causa C372/97, Italia c. Commissione, ECLI:EU:C:2004:234, in Racc. 2004, I-3679, punto 44; 15 dicembre 2005, in causa C148/04, Unicredito Italiano, punto 54; 10 gennaio 2006, in causa C222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, punto 140; 15 giugno 2006, in cause riunite C393/04 e C41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, punto 34; 30 aprile 2009, in causa C494/06 P, *Wam*, in Racc. 2009, I-3639, punto 50.

<sup>65</sup> L'Amministrazione finanziaria è tenuta a verificare il requisito della maggiore, o minore, convenienza economica della proposta stessa rispetto all'alternativa liquidatoria, non soltanto confrontando l'importo che l'Erario percepirebbe sulla base della proposta rispetto a quello realizzabile attraverso la liquidazione giudiziale dell'impresa, ma tenendo altresì conto dei valori dei beni aziendali, dell'ammontare conseguibile in sede di assegnazione ai creditori delle somme realizzate mediante la liquidazione stessa, in forza delle legittime cause di prelazione, delle condizioni di mercato in cui opera l'impresa.

<sup>66</sup> Corte di giustizia, 20 settembre 2017, in causa C300/16 P, *Frucona II*.

<sup>67</sup> Si veda la decisione della Commissione del 16 ottobre 2013 (2014/342/UE).

operatore privato in un'economia di mercato<sup>68</sup>, ritenendo sussistente un aiuto di Stato *ex art.* 107 TFUE.

In ragione di ciò, la società contribuente ha instaurato un contezioso che ha condotto ad una pronuncia del Tribunale e della Corte di Giustizia, entrambe favorevoli al contribuente.

La Corte di Giustizia, invero, ha precisato che la “*scelta del creditore privato è influenzata da una serie di fattori, come ad esempio la sua qualità di creditore ipotecario, privilegiato o ordinario, la natura e la portata delle eventuali garanzie che detiene, la sua valutazione delle possibilità di risanamento dell'impresa nonché il beneficio di cui godrebbe in caso di liquidazione [...], e pure dei rischi di un ulteriore aumento delle perdite [...]. Il processo decisionale del creditore privato può parimenti essere influenzato, in maniera non trascurabile, dalla durata dei procedimenti che rimandano nel tempo il recupero delle somme dovute e possono così incidere, in caso di procedimenti di durata significativa, in particolare, sul loro valore [...]*”<sup>69</sup> e che “*per individuare l'alternativa più vantaggiosa, la Commissione doveva ponderare i vantaggi e gli svantaggi di ciascuna di dette procedure, in funzione degli interessi di un creditore privato*”<sup>70</sup>.

In altri termini, dalla giurisprudenza citata emerge che l'indagine della Commissione europea in ordine alla valutazione del criterio del creditore privato, deve essere concreta ed approfondita, riguardando non soltanto tutta la documentazione fornita dallo Stato membro ma altresì ogni informazione utile reperibile mediante l'uso di poteri investigativi, incluse le tempistiche previste per la riscossione del credito.

Si tratta, invero, di un controllo di merito pervasivo e completo, volto ad indagare ogni aspetto della fattispecie concreta<sup>71</sup>.

Alla luce di quanto esposto, per evitare che l'omologa di una transazione fiscale sia qualificata alla stregua di un aiuto di Stato, non pare sia sufficiente una valutazione quantitativa in ordine alla soddisfazione del credito in misura non inferiore rispetto alla alternativa liquidatoria – come richiesto dal legislatore nazionale in tema di *cram down* – ma si ritiene necessario indagare anche ulteriori circostanze di ordine qualitativo.

La preferenza per la procedura concordataria a discapito di quella esecutiva impone una valutazione concreta e complessiva che non può che essere rimessa all'Ente creditore.

<sup>68</sup> Cfr. Corte di giustizia, 5 giugno 2012, C-124/2010, *European Commission v. EDF*.

<sup>69</sup> In senso conforme si veda Corte di Giustizia sentenze *HAMS/A/Commissione*, punto 96, punto 168, e *Buczek Automotive/Commissione*, punto 96, punto 84; v. parimenti, in tal senso, sentenza *Rousse Industry/Commissione*, punto 85, punto 61; sentenza *Frucona Kosice/Commissione*, punto 21, punto 81; (v., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissione*, T68/03, punto 283).

<sup>70</sup> Cfr. Tribunale, sentenza causa T-103/14.

<sup>71</sup> Per una ricostruzione esaustiva, si veda: R. MICELI, *The Role of State Aid in the European Fiscal Integration*, 2022, *passim*.

#### 4.2. La compatibilità dell'istituto del *cram down* e il principio del creditore privato

In ragione dell'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza sovranazionale, sorgono ragionevoli dubbi circa la compatibilità di una transazione fiscale – adottata in applicazione del cd. *cram down* – in relazione al principio del cd. creditore privato.

Dalla ricostruzione effettuata nei precedenti paragrafi emerge che nell'ambito di una transazione fiscale l'Amministrazione creditrice debba svolgere in concreto una analisi della fattispecie, valutando tutte le circostanze che un creditore potrebbe prendere in considerazione, compresi i costi della procedura nonché le tempistiche necessarie per la riscossione del credito.

Non pare essere sufficiente la circostanza che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente percorribili, dal momento che l'applicazione del principio del creditore privato richiede ulteriori valutazioni in merito all'opportunità o meno di rinunciare al credito e alle modalità di riscossione dello stesso.

In altri termini, tale principio impone che le Amministrazioni finanziarie, che operano in qualità di creditore e sono impegnate a riscuotere somme nei confronti di imprese contribuenti, debbano agire al pari di un soggetto privato che opera nel libero mercato e si adopera in ogni modo per riscuotere quanto è di propria spettanza<sup>72</sup>.

Orbene, la disciplina del *cram down*, consentendo al Tribunale di omologare in maniera forzosa la transazione fiscale laddove l'Amministrazione finanziaria non esponga la propria posizione o manifesti parere contrario, non garantisce il rispetto del suddetto principio di origine sovranazionale, determinando effetti idonei ad alterare la concorrenza nel mercato a beneficio dell'impresa debitrice.

Nel caso di inerzia dell'Ufficio, l'assenza di una valutazione da parte dell'Amministrazione creditrice e la conseguente omologa del Tribunale si porrebbe in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale europeo, in quanto l'organo giudicante, deputato di norma ad effettuare valutazioni di diverso genere, non disponendo di una cognizione completa circa le dinamiche d'impresa e di mercato, si limiterebbe a considerare la convenienza della proposta in termini economici e procederebbe alla omologa nel caso in cui l'accordo risulti maggiormente favorevole rispetto alla alternativa liquidatoria.

Al contrario, nel caso di una valutazione negativa da parte dell'Amministrazione finanziaria il Tribunale, al fine di non violare il principio del credi-

---

<sup>72</sup> Tale principio è stato elaborato per la prima volta dalla Corte di Giustizia, 29 aprile 1999, in Causa C 342/96, *Tubacex*.

tore privato, dovrebbe omologare soltanto ove riscontrasse che le valutazioni effettuate dal creditore siano errate.

A ciò si aggiunga che, per sua natura, il Tribunale è organo terzo ed imparziale dotato del potere giurisdizionale e privo, invece, di strumenti che garantiscano lo svolgimento di una istruttoria completa ed effettiva del caso prospettato.

Tal organo, al fine di evitare di incorrere nella violazione del principio del creditore privato, dovrebbe svolgere attività che esulano dalla propria competenza e valutare la convenienza della proposta transattiva sulla base delle condizioni del mercato, delle contingenze economiche del momento storico nonché delle tempistiche e dei costi necessari per la procedura.

Peraltro, in considerazione della natura indisponibile dell'obbligazione tributaria, si dubita altresì che l'organo giudicante sia legittimato ad assumere decisione spettanti unicamente all'Amministrazione finanziaria, che opera sia in veste di creditore/soggetto attivo sia di responsabile del funzionamento del sistema tributario, della gestione degli adempimenti fiscali nonché della conseguente riscossione.

Pare, pertanto, che una transazione fiscale omologata dal Tribunale, in applicazione dell'istituto del *cram down*, non garantisca il rispetto del principio del creditore privato, inducendo gli organi europei a qualificare la suddetta misura come un aiuto di Stato, in ossequio al consolidato orientamento giurisprudenziale in materia<sup>73</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra esposto, è possibile affermare quanto segue.

L'illustrazione dell'*iter* normativo che ha condotto all'attuale disciplina in tema di trattamento dei crediti tributari e contributivi (cd. transazione fiscale) consente di comprendere, da un lato, la complessità della materia<sup>74</sup> e, dall'altro, la necessità avvertita dal legislatore di incrementarne l'utilizzo in un momento storico caratterizzato da una forte crisi economica e finanziaria<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> M. ORLANDI, *Quando l'accettazione di un concordato comportante una transazione fiscale può costituire un aiuto di Stato: l'applicazione del criterio del creditore privato*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2017, p. 147.

<sup>74</sup> Come espresso nei precedenti paragrafi la disciplina della transazione fiscale è stata oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in quanto considerata, dapprima, contraria al principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, poi contraria all'ordinamento europeo e, infine, poco attraente nei confronti delle imprese in difficoltà.

<sup>75</sup> Nel momento storico attuale caratterizzato da una forte crisi economica, incrementata dagli effetti della pandemia da Covid-19, il legislatore ha riconosciuto il ruolo essenziale dell'istituto a tal punto da introdurre uno strumento considerato idoneo a superare l'eventuale inerzia dell'Amministrazione finanziaria (*cram down*), anticipandone l'entrata in vigore rispetto al codice della crisi.

Tuttavia, se è vero che la recente modifica normativa, che consente al Tribunale di omologare l'accordo indipendentemente dalla posizione assunta dall'Amministrazione creditrice, determina effetti positivi per l'impresa in crisi, rischia al contempo di determinare una violazione dei principi europei.

Da un lato, si ritiene di poter accogliere favorevolmente l'attuale formulazione normativa, essendo idonea a determinare un maggiore *appeal* nei confronti delle imprese in crisi.

Diversamente da ciò che avveniva in passato – ove la buona riuscita della transazione fiscale era spesso ostacolata dall'inerzia dell'Amministrazione – oggi le reticenze dell'ente creditore possono essere superate dalla valutazione del Tribunale in sede di omologa.

Dall'altro, tuttavia, è possibile che le singole transazioni fiscali, oggetto di omologa del Tribunale (in assenza di una valutazione dell'Amministrazione creditrice), siano incompatibili con il consolidato orientamento della Corte di Giustizia in materia di aiuti di Stato.

In particolare, sebbene l'introduzione del *cram down* nell'ordinamento interno non determini di per sé una violazione della normativa europea, alla luce degli effetti in concreto prodotti, potrebbe dar vita ad una ipotesi di aiuto di Stato.

Il *cram down*, infatti, consentendo al Tribunale di omologare la proposta, laddove l'esito della procedura sia maggiormente favorevole rispetto alla procedura liquidatoria, impone una valutazione in termini di mera convenienza economica.

In questi termini, una valutazione compiuta dal Tribunale circa la convenienza della proposta di transazione rischia di condurre la Commissione europea a considerare violato il principio del creditore privato e a qualificare la transazione omologata nell'area degli aiuti di Stato vietati.

Alla luce di tali considerazioni, ci si domanda se i Tribunali abbiano in concreto la possibilità di svolgere simili analisi in considerazione del carico di lavoro loro richiesto, delle tempistiche necessarie alla loro effettuazione e dei poteri loro attribuiti.

Pare improbabile che l'omologa forzata da parte del Tribunale possa supplire alle valutazioni dell'ente creditore, atteso che viene richiesto, dalla norma, soltanto un giudizio di tipo quantitativo per valutare la convenienza della proposta di transazione rispetto allo scenario liquidatorio.

Diversamente, il criterio del creditore privato presenta dei margini di applicazione necessariamente più ampi e soggetti alla discrezionalità (seppur tecnica) del creditore, basata su valutazioni non solo di tipo economico ma anche di opportunità, tenendo conto delle tempistiche richieste per la riscossione, delle condizioni del mercato di riferimento e delle contingenze del momento storico.

La valutazione circa la convenienza della proposta, allo stato attuale, è stata rimessa – in mancanza di adesione dell'Amministrazione – al Tribunale che difficilmente avrà la possibilità di effettuare una analisi complessiva della fattispecie.

Al fine di evitare di incorrere nel costante giudizio della Commissione europea, volto a identificare le procedure di transazione come aiuti di Stato vietati, si auspica pertanto che i Tribunali – chiamati ad omologare le suddette procedure – analizzino quanti più elementi possibili della fattispecie concreta e non si limitino ad una mera analisi di tipo economico.

Rivista semestrale  
**ANNO 1 - N. 1/2022 - GENNAIO-GIUGNO**  
Registrazione presso il Tribunale di Roma n. 87/2022 del 25 maggio 2022

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai 39  
80138 Napoli  
Tel. (39) 081.5800459  
[editoriale.abbonamenti@gmail.com](mailto:editoriale.abbonamenti@gmail.com)  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

**ISSN 2974-6280**