

# Transazione fiscale tra criticità superate e dubbi sul controllo del Tribunale ai fini dell'omologazione forzata

di Giulio Andreani e Angelo Tubelli

*La norma che consente di omologare forzosamente la transazione fiscale e contributiva, introdotta dal Codice della crisi d'impresa, è stata trasfusa negli artt. 180 e 182-bis della Legge fallimentare con qualche imprecisione, ingenerando dubbi interpretativi, ora risolti in via legislativa dall'art. 20 del D.L. n. 118/2021, con cui viene chiarito che: (i) l'omologazione forzata della transazione è possibile anche in presenza di un rigetto della proposta transattiva da parte del Fisco e degli enti previdenziali; (ii) in assenza di pronuncia dei creditori pubblici entro novanta giorni dal ricevimento della proposta di transazione depositata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, tale inerzia si configura quale mancata adesione. Il legislatore avalla così, come intanto avevano fatto i principali tribunali, la c.d. interpretazione "estensiva" delle suddette norme. Restano tuttavia ancora alcune incertezze in merito all'ampiezza del controllo giudiziale che il Tribunale deve eseguire ai fini della omologazione forzata.*

## 1. Premessa

Il D.L. 24 agosto 2021, n. 118, contenente misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia, da un lato, ha disposto il rinvio dell'entrata in vigore del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" o "CCIP")<sup>1</sup> dal 1° settembre 2021 al **16 maggio 2022**<sup>2</sup> e, dall'altro, ha introdotto nella Legge fallimentare ulteriori disposizioni previste dal CCII, tra le quali alcune norme relative alla transazione fiscale e contributiva.

Sono stati infatti oggetto di modifica anche gli artt. 180 e 182-bis l.f., che disciplinano la "**omologazione forzata**" della transazione fiscale (o "*cram down* fiscale"), al fine di risolvere alcuni dubbi interpretativi sollevati dalle modifiche in precedenza recate dalla Legge 27 novembre 2020, n. 159. Restano tuttavia ancora alcuni aspetti controversi in ordine alla "latitudine" del controllo giudiziale che il Tribunale deve eseguire ai fini dell'omologazione forzata.

---

<sup>1</sup> Come spiegato nella Relazione illustrativa al D.L. 24 agosto 2021, n. 118, le misure contenute nel CCII, a causa della loro natura fortemente innovativa e della complessità dei meccanismi ivi previsti, "non consentirebbero quella necessaria gradualità nella gestione della crisi che è richiesta dalla situazione determinata dalla pandemia e rischierebbero di creare incertezze e dubbi applicativi in un momento in cui si invoca, da più parti, la massima stabilità nella individuazione delle regole". Nello stabilire la data di posticipazione dell'entrata in vigore del CCII si è però tenuto conto del rischio di apertura di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano per la difformità di talune disposizioni contenute nella Legge fallimentare rispetto alla Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha a propria volta modificato la Direttiva UE 2017/1132 (Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, da recepire entro il termine del 17 luglio 2022.

<sup>2</sup> L'entrata in vigore delle disposizioni contenute nel Titolo II del D.Lgs. n. 14/2019, concernenti le procedure di allerta e la composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI, viene invece rinviata al 31 dicembre 2023, per poter sperimentare l'efficienza e l'efficacia del nuovo strumento di tipo negoziale e stragiudiziale per le imprese in difficoltà rappresentato dalla composizione negoziata, rivedere i meccanismi di allerta contenuti nel CCII e per allineare l'entrata in vigore dell'allerta esterna ai tempi di entrata in vigore delle altre misure ad essa connesse.

## 2. “Mancata adesione” quale presupposto per il *cram down* fiscale

L’art. 48 del CCII, disciplinante l’omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, al comma 5 stabilisce testualmente quanto segue: “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”.

Al dichiarato scopo di anticipare l’applicazione di detta disposizione per favorire una veloce composizione della crisi d’impresa e scongiurare il rischio di fallimento, con la citata Legge n. 159/2020 sono stati aggiunti:

a) all’art. 180, comma 4, della Legge fallimentare il seguente periodo: “Il Tribunale omologa il concordato preventivo anche in **mancanza di voto** da parte dell’Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l’adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all’art. 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all’art. 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta Amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all’alternativa liquidatoria”;

b) al successivo art. 182-*bis*, comma 4, il seguente periodo: “Il Tribunale omologa l’accordo anche in **mancanza di adesione** da parte dell’Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l’adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta Amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all’alternativa liquidatoria”.

Nell’anticipare l’entrata in vigore delle disposizioni del CCII sul punto, con la Legge n. 159/2020, di conversione del D.L. n. 125/2020, sono state dunque utilizzate **due locuzioni diverse** per indicare il presupposto da cui discende l’**attribuzione al Tribunale del potere di decidere** - in luogo dell’Erario - in merito alla **convenienza** della transazione fiscale ai fini dell’omologazione del concordato preventivo oppure dell’accordo di ristrutturazione dei debiti: infatti, sempre che - come le medesime norme richiedono - l’adesione dell’Erario sia “determinante” ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all’art. 177 o “decisiva” ai fini del raggiungimento della soglia del 60% prevista dall’art. 182-*bis*, il “**cram down fiscale**” scatta “in mancanza di voto” con riferimento al concordato preventivo e “in mancanza di adesione” con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>3</sup>.

Le diverse locuzioni usate hanno però ingenerato un rilevante contrasto interpretativo:

1) secondo un primo indirizzo (restrittivo) il Tribunale avrebbe il potere/dovere di omologare forzatamente l’accordo solo quando non vi sia **alcuna espressione di voto o di adesione** da parte del Fisco<sup>4</sup>;

---

<sup>3</sup> Identiche considerazioni, chiaramente, valgono anche per la proposta presentata agli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie.

<sup>4</sup> In giurisprudenza la tesi restrittiva è stata in particolare propugnata dal Tribunale di Bari, 18 gennaio 2021, secondo cui la norma che prevede l’omologazione forzata della transazione fiscale si riferirebbe “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”.

2) in base a un secondo indirizzo (estensivo), invece, tale potere/dovere dovrebbe ricorrere anche a seguito del **voto negativo** o del **rigetto** dell'adesione<sup>5</sup>;

3) una terza tesi (intermedia) attribuirebbe, infine, al Tribunale il potere di omologare nell'ambito dell'**accordo di ristrutturazione** dei debiti sia in caso di **mancata pronuncia** sia in caso di **rigetto** espresso, mentre nel **concordato preventivo** il suddetto potere sussisterebbe solo in caso di **mancata espressione del voto** (poiché non potrebbe essere considerato mancante il voto negativo).

Con il D.L. n. 118/2021 la formulazione del comma 4 dell'art. 180 l.f. (riferito al concordato preventivo) è stata uniformata a quella del citato art. 48, comma 5, del CCII, venendo l'espressione "in mancanza di voto" modificata in quella di "**mancanza di adesione**". Come precisato nella Relazione illustrativa allo schema del D.L. n. 118/2021, la sostituzione della suddetta locuzione è stata operata "al fine di risolvere le problematiche applicative derivate dalla modifica apportata a tale disposizione dall'art. 3, comma 1-*bis*, lettera a), del Decreto-Legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla Legge 27 novembre 2020, n. 159".

L'indicazione è dunque chiara: poiché per "mancanza di adesione" deve intendersi, nel concordato preventivo, anche la mancanza di adesione dovuta all'espressione di un **voto negativo**, il Tribunale può omologare forzosamente la transazione fiscale e contributiva anche a seguito del **rigetto** della relativa proposta manifestata attraverso il **voto contrario**. La precisazione è utile anche con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti, poiché conferma, indirettamente, che la medesima regola trova applicazione, a maggior ragione, in tale contesto, relativamente al quale la lettera dell'art. 182-*bis*, comma 4, già prevedeva l'espressione "mancanza di adesione", con ampiezza sufficiente per ricomprendervi il diniego. Se così non fosse, infatti, il legislatore avrebbe dovuto modificare sul punto il testo del comma 4 dell'art. 182-*bis*, anziché quello del comma 4 dell'art. 180.

### **3. *Dies a quo* ovvero data dalla quale si considera mancante l'adesione**

V'era però un altro aspetto per cui le modifiche apportate all'art. 182-*bis* in tema di *cram down* fiscale dalla Legge n. 159/2020, al dichiarato fine di consentire l'anticipata entrata in vigore di alcune novità recate dal CCII, hanno ingenerato dubbi applicativi. Ci riferisce al fatto che la norma come riformulata dalla Legge n. 159/2020, nel ricalcare quella recata dal comma 5 dell'art. 48 del CCII, non dispone (va) alcunché circa la **data** a partire dalla quale l'**adesione** può essere considerata "**mancante**", a differenza di quanto prevede il comma 2 dell'art. 63 del CCII, ai sensi del quale "ai fini del comma 5 dell'art. 48 l'eventuale adesione deve intervenire entro sessanta giorni dal deposito della proposta di transazione", elevati a novanta dal D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, contenente disposizioni integrative e correttive del Codice della crisi d'impresa (c.d. Decreto correttivo).

Si trattava di una lacuna di non poco conto, perché mancava l'indicazione del *dies a quo*, a decorrere dal quale, nel caso in cui il Fisco e gli enti previdenziali/assistenziali non si pronuncino, l'impresa debitrice può chiedere l'**omologazione dell'accordo** nonostante il silenzio di tali creditori (il medesimo problema non si poneva se la proposta fosse stata rigettata, perché in questo caso è chiaro quando la mancata adesione si è manifestata).

In altra occasione si era evidenziata la necessità di colmare in via legislativa questa lacuna, rilevando tuttavia che, fino a tale momento, sarebbe stato errato ritenere inapplicabile la disposizione di cui trattasi a causa della omessa indicazione del *dies a quo* in parola, il *dies a*

---

<sup>5</sup> In tal senso si vedano Tribunale di Milano, 3 giugno 2021; Tribunale di Roma, 31 maggio 2021 e 30 giugno 2021; Tribunale di Pisa, 18 giugno 2021; Tribunale di Genova, 18 maggio 2021; Tribunale di Teramo, 19 aprile 2021.

quo si sarebbe potuto/dovuto individuare, in via interpretativa, nel termine di **novanta giorni dal deposito della proposta di transazione** stabilito dal citato art. 63, comma 2, del CCII. Essendo chiara l'intenzione del legislatore di consentire la omologazione dell'accordo anche in difetto dell'adesione, ad avviso di chi scrive tale termine avrebbe infatti potuto comunque costituire, anche in assenza di una disposizione in merito, un utile riferimento per individuare il *dies a quo* dell'omologazione forzata della proposta di transazione fiscale presentata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>6</sup>. Non erano mancati tuttavia orientamenti differenti, come quello espresso dal Tribunale di Milano con decreto del 3 giugno 2021.

È perciò da salutare con favore l'intervento legislativo che ha colmato la citata lacuna normativa con l'art. 20 del D.L. n. 118/2021, introducendo nel comma 4 dell'art. 182-*bis* della Legge fallimentare la disposizione secondo cui l'**adesione del Fisco e degli enti previdenziali** alla proposta di transazione formulata nell'ambito di un accordo di ristrutturazione deve intervenire **entro novanta giorni** dal deposito della relativa domanda. Ne discende che, trascorso inutilmente tale termine, il Tribunale può omologare forzosamente la transazione. Ne dovrebbe ulteriormente discendere che, ove il Fisco e gli enti comunichino successivamente a tale termine il loro rigetto, quest'ultimo è da considerarsi tardivo e quindi *tamquam non esset*.

#### **4. Oggetto della valutazione del Tribunale negli a.d.r. ai fini della omologazione forzata**

Una questione interpretativa (non toccata dal D.L. n. 118/2021) concerne l'oggetto della valutazione che il Tribunale è chiamato a esprimere (in luogo dell'Amministrazione finanziaria) ai soli effetti dell'omologazione forzata della proposta di transazione fiscale o contributiva nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Infatti, in tale ipotesi la procedura di omologazione presenta profili certamente peculiari in tema di **controllo giudiziale** rispetto a quello che il Tribunale deve svolgere nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti non contenga una proposta di transazione fiscale o contributiva.

##### **4.1. Sindacato giudiziale ordinario negli a.d.r.**

A quest'ultimo riguardo si rammenta che, con riguardo all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la giurisprudenza prevalente tende a distinguere a seconda che sia stata o meno proposta **opposizione alla omologazione**<sup>7</sup>. In ambedue i casi l'elemento centrale della valutazione del giudice, circa la sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge (adesione dei creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti; veridicità dei dati aziendali; attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei), è costituito dall'**analisi dell'attestazione rilasciata dal professionista indipendente**, al fine di verificare, da un lato, che essa presenti tutte le caratteristiche richieste dall'art. 182-*bis* e che quindi risulti in grado di informare compiutamente i creditori aderenti e (soprattutto) quelli non aderenti circa i contenuti del piano di risanamento e la sua idoneità ad assicurare l'integrale soddisfazione di questi ultimi; dall'altro, che l'attestazione sia del pari in grado di fornire al Tribunale tutti gli elementi di giudizio necessari per procedere all'omologazione dell'accordo e si presenti, in quanto tale,

---

<sup>6</sup> Analoga esigenza non sussisteva invece relativamente al concordato preventivo, perché in questo caso il termine dal quale l'adesione alla proposta di transazione si deve intendere "mancante" è necessariamente costituito dal ventesimo giorno successivo a quello della chiusura del processo verbale dell'adunanza dei creditori, la cui data è stabilita dal Tribunale con il decreto di ammissione alla procedura.

<sup>7</sup> In dottrina si vedano *ex multis* G. Falcone, "Gli accordi di ristrutturazione", in G. Didone (a cura di), *Le riforme della Legge fallimentare*, \*\*, Torino, 2009, pag. 1999; G. Buccarella, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.

“provvista dei requisiti di analiticità motivazionale, esaustività, coerenza logica e non contraddittorietà”<sup>8</sup>.

Ciò posto, nel caso in cui non sia proposta opposizione, si ritiene che il controllo del Tribunale sia “limitato alla **verifica degli adempimenti** prescritti dalla legge e alla **adeguatezza e coerenza logica dell’iter argomentativo** seguito dal professionista attestatore”<sup>9</sup>, poiché egli se ne assume la responsabilità, atteso che la legge gli demanda il compito di affermare in maniera assertiva sotto la propria responsabilità che gli accordi sono attuabili.

In particolare, secondo il Tribunale di Milano (Decreto 25 marzo 2010, Presidente F. Lamanna e giudice relatore M. Vitiello), in assenza di opposizione il Tribunale deve fermare la propria cognizione alla **mera questione di legittimità**, omettendo un controllo nel merito delle affermazioni dell’attestatore. Infatti, “in presenza di una relazione che si presenti provvista dei requisiti di analiticità motivazionale, esaustività, coerenza logica e non contraddittorietà”, il Tribunale deve recepirne l’esito, non potendo duplicare l’accertamento affidato all’attestatore, pur potendo “valutare l’idoneità dei flussi prospettati a garantire l’esecuzione degli accordi o il pagamento dei dissenzienti, ma solo sulla base delle affermazioni” dello stesso attestatore. Se l’attestazione del professionista indipendente rispetta i suddetti requisiti, il controllo del Tribunale diventa dunque di legittimità. Nella sostanza, tale orientamento “esclude pertanto che sia ammissibile un **controllo ‘forte’**, sempre qualora non si sia in presenza di una opposizione, salvo il caso in cui l’attestazione sia inconsistente”; a seguito dell’opposizione alla omologazione, invece, si verifica una “**potente estensione cognitoria del Tribunale**”, il quale può affrontare “ogni profilo di dubbio in ordine alla fattibilità che gli opposenti sollevano”<sup>10</sup>.

Il *thema decidendum* del giudizio di omologazione subisce infatti un’inevitabile estensione cognitoria in due ipotesi: nel caso in cui la **relazione** sia **incompleta o incoerente e inadeguata**, o vi sia, processualmente, la sollecitazione di un interessato, attraverso il meccanismo dell’**opposizione**, potendo allora il Tribunale investigare gli specifici aspetti di (non)fattibilità derivanti dalle critiche concrete e specifiche sollevate dagli opposenti.

In questo secondo caso il Tribunale deve vagliare gli specifici motivi di opposizione<sup>11</sup> e, pur non mutando l’oggetto della decisione, si amplia la sfera della cognizione (non diversamente da quanto accade in un giudizio ordinario in cui, in presenza di eccezioni, il Tribunale deve farsi carico di esaminarle). In altri termini, il **controllo di regolarità** si estende inevitabilmente, in caso di opposizione, alle **questioni sollevate**<sup>12</sup> (riguardanti, per esempio, l’incertezza circa la sussistenza di risorse finanziarie sufficienti per soddisfare integralmente i creditori estranei, il conseguimento dei ricavi previsti o la capacità dell’impresa di realizzare la prospettata riduzione di costi, e dunque la stessa attuabilità del piano); infatti, “il controllo del Tribunale non può non estendersi agli aspetti specificamente evidenziati negli atti di opposizione, che possono inerire non soltanto all’astratta idoneità degli accordi raggiunti a liberare risorse sufficienti al pagamento integrale dei creditori estranei, ma alla fattibilità più in generale del piano di ristrutturazione o di liquidazione sottostante agli accordi”<sup>13</sup>. Pertan-

---

<sup>8</sup> Così Tribunale di Milano, 25 marzo 2010.

<sup>9</sup> Così Corte d’Appello di Napoli, 1° dicembre 2014. In tal senso si vedano anche Tribunale di Udine, 20 maggio 2021 e 15 ottobre 2015; Tribunale di Milano, 31 luglio 2014 e 25 marzo 2010; Tribunale di Ancona, 20 marzo 2014; Tribunale di Bergamo, 19 dicembre 2013; Corte d’Appello di Roma, 11 agosto 2012 e 1° giugno 2010.

<sup>10</sup> Così A. Paluchowski, “L’accordo di ristrutturazione ed il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 1/2011, pag. 105.

<sup>11</sup> Cfr. Tribunale di Reggio Calabria, 24 gennaio 2012; Tribunale di Milano, 25 marzo 2010.

<sup>12</sup> Cfr. Tribunale di Piacenza, 2 marzo 2011.

<sup>13</sup> Così sempre Tribunale di Milano, 25 marzo 2010.

to, in presenza di opposizioni, il controllo del Tribunale deve essere “penetrante e improntato a criteri di **prudenza prognostica**, costituendo l’ultimo ed unico baluardo del creditore, del terzo o degli interessi collettivi e generali rappresentati dal Pubblico ministero per trovare tutela” e lo stesso dovrebbe poter valere anche in assenza di opposizioni, se *prima facie* “vi sono riscontri evidenti della inattendibilità della attestazione”<sup>14</sup>.

Invero l’illustrata distinzione non risulta condivisa da una parte della giurisprudenza<sup>15</sup>, secondo cui la **non attuabilità dell’accordo** sarebbe **rilevabile d’ufficio**, anche in assenza di opposizioni, posto che l’attuabilità dell’accordo costituisce requisito esiziale per l’omologazione, dovendo perciò restare identica la profondità del controllo giudiziale. A sostegno di tale tesi in dottrina è stato osservato come “le evidenti difficoltà che il giudice incontra in assenza di strumenti che gli consentano di accertare le criticità che l’accordo manifesta, e che spesso esulano dalle conoscenze che il giudice possiede, non sono motivo per il quale il Tribunale, in assenza di opposizioni, debba arrestarsi sulla soglia di un controllo sulla persuasività motivazionale della relazione, non rilevando che vi sia qualcuno che si dolga esplicitamente della lesione della propria posizione soggettiva”<sup>16</sup>.

A questa seconda posizione ha in particolare aderito il Tribunale di Bologna (Decreto 17 novembre 2011, G. Colonna, Presidente; A. Rossi, giudice; M. Atzori, giudice relatore), rilevando (i) che, con riferimento al tema dell’**attuabilità** e dell’**idoneità al pagamento dei creditori estranei**, “l’oggetto della valutazione del Tribunale è del tutto indifferente alla proposizione o meno delle opposizioni” e (ii) che, in presenza di profili in grado di mettere seriamente in discussione l’attuabilità del piano, “indipendentemente dalla sollecitazione contenuta nell’opposizione, il Collegio non potrebbe esimersi dal prenderli in considerazione (...). Il controllo del Tribunale, quanto alla attuabilità, sarà, pertanto, diretto soltanto a verificare se la serietà del piano, avuto riguardo alle risorse liberate dagli accordi, lo renda idoneo, in un giudizio prognostico, al **superamento della crisi**, che è l’unica ragione che giustifica l’accettazione del rischio che il patrimonio dell’insolvente subisca riduzioni non più ripristinabili, laddove quel piano, contrariamente alle previsioni, non riuscisse a realizzare il salvataggio. In tale prospettiva il Tribunale non potrà limitarsi a verificare, con funzione meramente certificativa di fatto, che sia stata depositata la relazione prevista dall’art. 182-bis, ma dovrà sondare attuabilità e idoneità del piano. Appare evidente che tale sondaggio sarà mediato dalla **relazione dell’esperto** su cui si appunterà l’attenzione del giudice chiamato a verificare che le analisi e le valutazioni svolte siano accurate, logiche, esaustive e coerenti e che esse mostrino un’adeguata tenuta rispetto alle eventuali opposizioni”.

Le parole utilizzate dai giudici bolognesi sono utili per comprendere come i confini tra le due posizioni siano in realtà più sfumati di quanto non possano apparire, riconoscendo entrambe il **diritto/dovere del giudice di negare l’omologazione degli accordi** (anche in assenza di opposizione) in presenza di evidenti lacune nell’attestazione rilevabili *prima facie*<sup>17</sup>. E quest’ultima è proprio la locuzione utilizzata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nell’ambito della sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, con la quale è stata sancita la nota di-

---

<sup>14</sup> Così ancora A. Paluchowski, cit., pagg. 103 e 104.

<sup>15</sup> Cfr. Tribunale di Modena, 19 novembre 2014; Tribunale di Asti, 25 giugno 2014. In tal senso anche il Tribunale di Bologna, 17 novembre 2011.

<sup>16</sup> Così I. Pagni, “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti - Profili processuali”, in A. Jorio - B. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, V, Milano 2017, pagg. 379 e 380. Nello stesso senso si esprime G. Frasoni, “Trattamento dei debiti tributari e concordato preventivo: dal procedimento al processo”, in *Rass. trib.*, n. 2/2021, pag. 313.

<sup>17</sup> È infatti lo stesso Tribunale di Milano, nel citato Decreto 25 marzo 2020, ad aver riconosciuto che, in assenza di opposizioni, il Tribunale è tenuto ad operare un controllo di legittimità senza entrare nel merito di specifici aspetti problematici, a eccezione dei “casi in cui la relazione dell’attestatore non abbia i requisiti sopra indicati”.

stinzione tra “**fattibilità giuridica**” e “**fattibilità economica**” del concordato preventivo<sup>18</sup>. Infatti, la Suprema Corte, nel limitare il perimetro di intervento assegnato al giudice nella procedura concordataria alla valutazione della fattibilità giuridica (ovverosia al rispetto delle norme inderogabili e della causa concreta del tipo di concordato), ha riconosciuto che entra certamente nell’ambito del sindacato giudiziale “la rilevazione del dato, se emergente ‘*prima facie*’, da cui poter desumere l’inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati, nel rispetto dei termini di adempimento previsti”.

Con la sentenza 8 maggio 2019, n. 12064 (Presidente A. Didone, giudice relatore F. Terrusi), i giudici di legittimità hanno al riguardo chiarito che, in ragione della loro natura di procedura concorsuale, i limiti del sindacato giurisdizionale sulla fattibilità del piano delineati per il concordato preventivo valgono anche nel giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione, per il che “il giudice, nella sede dell’**omologa**, non è limitato dalla sola verifica di regolarità formale degli adempimenti previsti per legge, ma è tenuto a verificare tutti gli **aspetti di legalità sostanziale** e tra questi anche quelli inerenti la **effettiva garanzia di soddisfacimento dei creditori estranei all’accordo** nei tempi previsti per legge. Tale verifica va fatta in termini di plausibilità e ragionevolezza, cosicché è ben possibile negare l’omologazione ove l’accordo, per come formulato, renda di per sé irragionevole e irrealistica l’affermazione di integrale pagamento in quei termini”.

Come evidenziato in dottrina<sup>19</sup>, in coerenza con i dettami della citata sentenza n. 1521/2013, il controllo degli aspetti di legalità sostanziale riguardano sempre (oltre alla ricorrenza dei presupposti di legge per l’omologazione degli accordi) la completezza dell’attestazione e la correttezza dell’*iter* logico seguito, ovverosia un controllo - per così dire - “di secondo grado” o “mediato”, “destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla **completezza e congruità logica dell’attestato**” dell’esperto indipendente<sup>20</sup>; e, al pari di quanto accade nel concordato preventivo, le **risultanze** di tale attestazione ben possono essere **disattese dal giudice** quando questa si rivela inattendibile sotto uno o più profili, in ragione della tutela accordata ai creditori non aderenti<sup>21</sup>, ovvero quando gli accordi appaiano, *prima facie*, di impossibile attuazione<sup>22</sup>; così come “il Tribunale potrà disattendere l’attestazione formalmente positiva, quando essa in concreto contenga le motivazioni di un giudizio sfavorevole oppure si risolva in un’attestazione condizionata”<sup>23</sup>.

Tuttavia, poiché i medesimi dettami stabiliscono che il controllo del giudice sulla proposta debba essere effettuato (anche) “valutando l’effettiva idoneità di quest’ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura”, con riguardo agli accordi di ristrutturazione

---

<sup>18</sup> Per una critica alla distinzione operata dalle Sezioni Unite e per una disamina circa le modalità di osservanza della stessa da parte dei giudici, si veda P. Vella, “La giurisprudenza della Cassazione sul controllo di fattibilità del concordato preventivo dopo le Sezioni Unite”, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) del 10 marzo 2015.

<sup>19</sup> Cfr. C. Trentini, “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una ‘procedura concorsuale’: la Cassazione completa il percorso”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8-9/2018, pag. 994; L. Lucchetti, “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, pag. 703 ss.

<sup>20</sup> Così Cass., 22 maggio 2014, n. 11423. In altri termini, secondo l’indirizzo ricavabile dalla sentenza n. 1521/2013, il giudizio di fattibilità giuridica deve essere espresso in via diretta, mentre quello sulla fattibilità economica (risolvendosi in un giudizio prognostico che fisiologicamente presenta margini di opinabilità e implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per i creditori interessati che devono farsene carico ai fini della rispettive valutazioni) diventerebbe un giudizio mediato, in quanto basato sulle risultanze dell’attestazione.

<sup>21</sup> Il Tribunale di Roma, 5 novembre 2009, osserva perciò che l’attestazione in tanto può considerarsi validamente prestata in quanto l’attuabilità del piano, con particolare riferimento alla soddisfazione dei creditori non aderenti, sia rappresentata non come semplicemente possibile, ma come, quanto meno, probabile; così, va escluso che possano essere omologati accordi il cui piano si basi su finanziamenti per i quali non vi è certezza della erogazione.

<sup>22</sup> Cfr. Corte di Appello di Torino, 3 agosto 2015.

<sup>23</sup> Così Tribunale di Udine, 20 maggio 2021.

dei debiti ciò potrebbe appunto sottendere la sussistenza di un vero e proprio **dovere di verificare** (in maniera diretta, e non solo mediata) la loro effettiva idoneità (o inidoneità) ad assicurare l'**integrale soddisfacimento dei creditori non aderenti**, i quali non sono soggetti - a differenza di quanto accade nel concordato preventivo - alla volontà della maggioranza qualificata dei creditori aderenti<sup>24</sup>.

Ad ogni modo, per quanto qui interessa, indipendentemente dalla correttezza o meno della (prevalente) posizione che, in assenza di opposizioni, attribuisce al giudice un potere di controllo di legittimità (sostanziale) nella procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, risulta pacifico che nella ordinarietà dei casi l'oggetto dell'omologazione non attiene la convenienza economica del trattamento proposto e accettato dai creditori aderenti (quanto ai creditori non aderenti, non c'è alcuna necessità di valutare la convenienza economica della proposta, visto il loro diritto di essere soddisfatti integralmente). La discussione sui limiti di sindacabilità nel merito, infatti, concerne esclusivamente la latitudine delle **indagini** da esperire circa l'**attuabilità del piano di risoluzione della crisi**, e non il merito delle scelte adottate dai creditori. Lo ricordano le Sezioni Unite al punto 12.4 della più volte citata sentenza n. 1521/2013, secondo cui "la fattibilità non va confusa con la **convenienza** della proposta, vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al Tribunale". Orbene, la preclusione di ogni valutazione da parte del Tribunale sul merito delle opzioni negoziate tra le parti aderenti vale tanto più nell'ambito degli **accordi di ristrutturazione dei debiti**, i cui aspetti privatistici sono ancora più marcati<sup>25</sup>.

#### 4.2. Sindacato giudiziale ai fini della omologazione forzosa della transazione fiscale

Per l'omologazione della proposta transattiva e la produzione dei relativi effetti in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli altri enti, invece, il Tribunale viene chiamato proprio a valutare l'aspetto della **convenienza economica** di tale proposta rispetto all'alternativa liquidatoria (è questo infatti, insieme alla decisività dell'adesione ai fini del raggiungimento della maggioranza prevista, il presupposto imprescindibile per l'omologazione forzosa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti contenente la proposta di transazione fiscale)<sup>26</sup> e tale attività è **svolta in via surrogatoria** rispetto all'Amministrazione finanziaria o agli altri enti destinatari della proposta.

---

<sup>24</sup> Val la pena comunque osservare che i limiti al sindacato giudiziale in ordine alla valutazione della fattibilità economica, rilevati dalle Sezioni Unite con la citata sentenza, sono intrinsecamente connessi con la valutazione della convenienza economica, posto che "è evidentemente rimessa ai creditori la valutazione in ordine alla convenienza economica della proposta, mentre spetta al Tribunale il compito di controllare la corretta proposizione ed il regolare andamento della procedura, presupposto indispensabile al fine della garanzia della corretta formazione del consenso": dunque il divieto di indagare sulla fattibilità economica del piano non sarebbe da intendersi in senso assoluto. Lo riconoscono espressamente gli stessi giudici di legittimità al punto 14 della medesima sentenza n. 1521/2013, ove si afferma testualmente quanto segue: "non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria"; tant'è che il citato divieto è ottenuto in via soltanto derivata con riguardo alla proposta concordatizia con cessione dei beni (ove la percentuale di soddisfazione prospettata non è vincolante). Secondo le Sezioni Unite infatti: "Deve dunque concludersi, su questo punto, che i destinatari della proposta di concordato sono i creditori; che ad essi soltanto, pertanto, spetta formulare un giudizio in ordine alla convenienza economica della soluzione prospettata, che a sua volta presuppone una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità del piano; che conseguentemente a quest'ultima valutazione resta del tutto estraneo il giudice, nelle varie fasi in cui è potenzialmente chiamato ad intervenire".

<sup>25</sup> Se ne trova conferma anche nel citato Decreto 19 novembre 2014 del Tribunale di Modena, secondo cui "al Tribunale resta preclusa solo la valutazione di convenienza economica dell'accordo per i creditori".

<sup>26</sup> In dottrina è stato osservato che la condizione di convenienza potrebbe essere elusa nel caso in cui si proponga il pagamento integrale e con la mera moratoria legale del credito fiscale e contributivo. Cfr. G. D'Attorre, "La ristrutturazione 'coattiva' dei debiti fiscali e contributivi negli a.d.r. e nel concordato preventivo", in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 2/2021, pag. 155; A. Zorzi, "Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi", *ivi*, n. 8-9/2019, pag. 1004.

A questo riguardo occorre considerare che l'art. 182-ter attribuisce all'Amministrazione finanziaria il potere di disporre - attraverso l'adesione alla proposta formulata dal debitore - la **riduzione di crediti tributari** precedentemente sorti, purché ciò sia necessario per conseguire il miglior recupero degli stessi, in considerazione della situazione di crisi finanziaria in cui si trova il contribuente-debitore. A ben vedere non si tratta, quindi di una vera e propria discrezionalità, ma di una "**discrezionalità vincolata**" ovvero di una "**discrezionalità controllata**", da cui deriva, a seconda del contenuto della proposta di transazione e dello stato del contribuente che la formula, non una libertà di scelta, ma l'obbligo del Fisco di respingere tale proposta, quando essa non è conveniente, e di accettarla quando invece lo è. Del resto la stessa Agenzia delle entrate, con la circolare 26 aprile 2010, n. 20/E, ha da tempo affermato che, "in presenza di situazioni di crisi aziendale, sia prodromiche alla dichiarazione di fallimento sia evidenziate in una proposta di concordato preventivo, lo strumento transattivo può rivelarsi decisivo per garantire l'effettivo introito di somme dovute all'Erario in misura certamente superiore (ed in tempi ovviamente ben più rapidi) rispetto a quanto potrebbe avvenire con le ordinarie modalità di riscossione, in caso di fallimento del contribuente". Sulla base di siffatta discrezionalità, una **proposta di transazione** che sia conveniente per l'Erario deve dunque essere necessariamente **approvata dall'Amministrazione finanziaria** e, in difetto della sua approvazione, compete al **Tribunale** provvedervi forzatamente ai sensi del comma 4 del più volte citato art. 182-bis, ove l'adesione del Fisco sia "decisiva" (ovverosia determinante per il raggiungimento della maggioranza richiesta). L'oggetto e il campo di applicazione della omologazione forzata non possono infatti essere diversi da quelli dell'approvazione "spontanea" da parte dell'Amministrazione finanziaria, posto che la legge attribuisce al Tribunale proprio la funzione di porre rimedio alle decisioni che l'Agenzia delle entrate adotta in contrasto con l'art. 182-ter ovvero di provvedere in via surrogatoria in merito a quelle su cui il creditore pubblico omette di pronunciarsi<sup>27</sup>.

Poiché ordinariamente la convenienza della proposta non è oggetto di valutazione da parte del Tribunale (come illustrato nel precedente paragrafo), nel silenzio della legge occorre chiedersi secondo quali modalità e sulla base di quale latitudine detta valutazione debba essere eseguita. In considerazione della funzione surrogatoria assunta sul punto da tale organo, è da ritenere che il **giudizio sulla convenienza** vada svolto secondo i medesimi **criteri** che diligentemente avrebbero dovuto applicare l'**Amministrazione finanziaria** o gli **enti previdenziali**. Costituiscono pertanto un riferimento le indicazioni fornite in merito dalla stessa Agenzia delle entrate con la circolare 29 dicembre 2020, n. 34/E. In particolare, con riguardo al **concordato preventivo**, l'Agenzia ha stabilito che, laddove il commissario giudiziale renda un parere favorevole alla proposta di concordato e, conseguentemente, alla connessa proposta di trattamento dei crediti tributari, l'eventuale diniego da parte dell'Ufficio deve necessariamente essere corredato da una **puntuale motivazione**, capace di confutare analiticamente le argomentazioni e le conclusioni del commissario medesimo. Del pari, gli Uffici, tanto nel concordato quanto negli accordi di ristrutturazione dei debiti, se intendono disattendere le risultanze dell'attestazione avente a oggetto il piano di risanamento e la convenienza della proposta di transazione fiscale, devono corredare il loro giudizio con una pun-

---

<sup>27</sup> Sono questi sostanzialmente i termini che anche il Tribunale di Milano ha ritenuto di utilizzare nel Decreto adottato in data 3 giugno 2021, affermando testualmente che l'accertamento della maggior convenienza della proposta di accordo rispetto all'alternativa liquidatoria "consente di ritenere sfavorevole il diniego (immotivato) dell'Amministrazione finanziaria e dunque di disapplicarlo, con l'effetto di operare, surrogandosi all'Erario, una valutazione invece di convenienza (...). Il principio affermato dal citato art. 182-ter è quello per cui, in presenza della convenienza della proposta per il Fisco, quest'ultimo è tenuto ad approvarla, alla luce della *ratio* di tale norma e del principio del buon andamento della Pubblica amministrazione stabilito dall'art. 97 Cost., disponendo l'Amministrazione finanziaria, in tale ambito, di discrezionalità per così dire 'vincolata' al maggior soddisfacimento e convenienza tra i due termini di comparazione".

tuale motivazione, idonea a individuare in maniera analitica le ipotesi, le valutazioni e i dati ritenuti non attendibili.

Inoltre, posto che - come hanno confermato le modifiche recate agli artt. 180 e 182-*bis* l.f. dal D.L. n. 118/2021 - la valutazione surrogatoria cui è chiamato il Tribunale scatta “in mancanza di adesione”, vale a dire sia in assenza di un **espresso rigetto** ovvero di un **rigetto privo di motivazione**, sia in caso di **rigetto motivato** della proposta, è necessario chiedersi ulteriormente se l’oggetto della valutazione debba atteggiarsi diversamente a seconda che si tratti dell’uno o dell’altro caso.

Al riguardo occorre preliminarmente evidenziare l’**illegittimità della mancanza di motivazione del diniego** espresso dall’**Amministrazione finanziaria**, come peraltro rilevato dall’Agenzia stessa nell’ambito della circolare sopra citata, con la quale sono state impartite disposizioni alle direzioni provinciali e regionali di motivare adeguatamente i provvedimenti di rigetto delle proposte di transazione fiscale. Lo ha espressamente ricordato il Tribunale di Milano (A. Paluchowski, Presidente; G. Pascale, giudice; L. Vasile, giudice relatore) con il citato Decreto 3 giugno 2021, rilevando che l’atto dell’Amministrazione finanziaria deve “essere motivato, a pena di invalidità, e pertanto l’atto amministrativo dovrà indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche a base dell’atto stesso, sulla base delle risultanze dell’istruttoria; l’obbligo di motivazione dell’atto amministrativo è infatti escluso solo per atti di portata generale ed astratta (come i regolamenti amministrativi)”. Dunque, un rigetto della proposta non motivato va considerato *tamquam non esset*, dovendo tale fattispecie essere equiparata a quella dell’assenza di diniego.

Occorre considerare, inoltre, che l’opposizione alla omologazione dell’accordo è da ritenersi inammissibile ove difetti la **legittimazione dell’opponente** (ipotesi che peraltro è da escludere con riguardo ai creditori pubblici che abbiano rigettato la proposta di transazione fiscale e contributiva)<sup>28</sup> ovvero a causa del **mancato rispetto del termine perentorio** entro cui l’opposizione deve essere presentata. In questi casi il Tribunale non può tener conto delle specifiche ragioni critiche di merito introdotte dall’opponente oltre il termine stabilito dalla legge, né dei documenti volti a sorreggerle.

Ciò posto, il diniego del Fisco e degli enti previdenziali, anche quando è adeguatamente motivato, non comporta, in assenza di una (motivata) opposizione, un ampliamento dell’oggetto del giudizio di omologazione. Nel caso in cui il **rigetto** sia **motivato** e ricorrano i presupposti del “**cram down fiscale**”, il Tribunale deve (solo) verificare, anche in base alle motivazioni espresse dai creditori pubblici, se la proposta di transazione è conveniente per l’Erario e se l’adesione dei creditori pubblici è “decisiva”, potendo valutare criticamente il giudizio espresso su tali aspetti dall’attestatore, nonostante la mancanza di un’opposizione; il **diniego non motivato** “costringe” invece il Tribunale a compiere quelle analisi e quelle valutazioni, imposte dall’art. 182-*ter* l.f., che i creditori pubblici dovrebbero eseguire per pronunciarsi sulla proposta di transazione e che, in assenza di una qualsiasi motivazione del provvedimento di rigetto, non è dato sapere se siano state effettuate e, se sì, in che cosa siano consistite e quali elementi di giudizio da esse siano emersi. L’attività surrogatoria del Tribunale dovrebbe quindi avere a oggetto, in assenza di opposizione, soltanto la sussistenza dei presupposti richiesti ai fini della omologazione forzata della transazione e dunque la **reale convenienza della proposta di transazione** e la sua natura decisiva dell’adesione dell’Amministrazione

---

<sup>28</sup> Infatti, come rilevato da G. D’Attorre, cit., pagg. 159-161, l’omologazione forzata della proposta di transazione fiscale non “trasforma” il Fisco in un creditore aderente, benché la sua mancata adesione venga figurativamente computata come assenso ai soli fini del calcolo della maggioranza e si producano ugualmente gli effetti della transazione pur in assenza di accettazione della proposta. Quale creditore non aderente, all’Amministrazione va dunque riconosciuta la possibilità di proporre opposizione all’omologazione in tale qualità.

finanziaria e degli enti previdenziali ai fini del raggiungimento di una **soglia di adesione dei creditori** pari ad almeno il 60% dei crediti complessivi prevista dal citato art. 182-*bis*<sup>29</sup>. Diversamente è a dirsi, invece, nel caso in cui l’Agenzia delle entrate, oltre ad avere rigettato la proposta di transazione fiscale, abbia presentato anche **opposizione alla omologazione** della stessa. In questa ipotesi, infatti, alla luce di quanto già rappresentato in ordine al sindacato giurisdizionale ordinario, al Tribunale competerà anche il compito di valutare i profili di criticità eventualmente rilevati dall’Agenzia in ordine alla **effettiva attuabilità** del piano di risoluzione della crisi, e non solo quelli attinenti alla convenienza della proposta rispetto alla liquidazione fallimentare.

---

<sup>29</sup> Nello stesso senso si veda G. Frasoni, cit., nota 16, con riguardo al giudizio di omologazione nel concordato preventivo, il quale rileva che da parte del Tribunale “l’accertamento della maggiore convenienza della proposta concordataria non approvata dall’Amministrazione finanziaria deve aver luogo anche d’ufficio e finanche nel caso (forse remoto, ma astrattamente non impossibile) in cui non vi siano opposizioni”.