

# La portata “retroattiva” dei limiti al *cram down* fiscale negli ADR

di Giulio Andreani e Angelo Tubelli

*Le limitazioni alla omologazione forzata della transazione fiscale e contributiva introdotte dall'art. 1-bis del D.L. n. 69/2023, entrato in vigore dal 12 agosto 2023, operano “retroattivamente” anche con riguardo alle proposte depositate dal 15 giugno 2023; tale applicazione “retroattiva” appare peraltro legittima, in considerazione dell'esigenza di tutela erariale che connota le norme introdotte dal citato Decreto legge. Attesa la natura anti-abusiva del citato art. 1-bis, le disposizioni da esso introdotte producono effetto in una duplice direzione: da un lato, stabiliscono, se non vengono rispettate le condizioni da essa previste, che la proposta di transazione è abusiva, ma, dall'altro lato, escludono, se tali condizioni sono rispettate, che la transazione possa essere considerata abusiva, impedendo in questo caso censure da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali diverse da quelle concernenti la convenienza economica della proposta di transazione, quali, ad esempio, quelle relative alla eventuale mancanza di meritevolezza del debitore. Inoltre, tale norma, avendo introdotto un limite decennale alla dilazione dei pagamenti solo con riguardo alle transazioni attuate nell'ambito di accordi di ristrutturazione dei debiti e se i creditori aderenti (diversi dal Fisco e dagli enti previdenziali) sono titolari di crediti per importi inferiori a un quarto dell'intera esposizione debitori dell'impresa debitrice, conferma la piena legittimità, negli altri casi, delle transazioni che prevedono dilazioni di pagamento di durata ultra-decennale.*

## 1. Premessa

In un precedente intervento in questa *Rivista*<sup>1</sup> sono stati esaminati i presupposti richiesti, ai fini dell'**omologazione forzata della transazione fiscale**, dall'art. 1-bis del D.L. 13 giugno 2023, n. 69<sup>2</sup>, con cui, fino all'entrata in vigore di un apposito Decreto legislativo integrativo e correttivo del Codice della crisi, è stata temporaneamente sospesa l'applicazione delle disposizioni recate dall'ultimo periodo del comma 2 e dal comma 2-bis dell'art. 63 di tale Codice, che disciplinano l'omologazione forzata della **proposta di transazione e contributiva** presentata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che il Tribunale può disporre in caso di mancata adesione dell'Amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali alla proposta formulata loro dal debitore nel suddetto ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>3</sup>.

Tale disamina prosegue con riguardo agli ulteriori aspetti meritevoli di approfondimento, quali:

- la misura dell'adesione degli altri creditori agli accordi di ristrutturazione dei debiti;
- la durata della dilazione di pagamento consentita e gli interessi da dilazione;
- la modulazione delle rate ai fini del rispetto della durata massima decennale della dilazione di mora;
- il rispetto del termine di novanta giorni per l'omologazione forzata della proposta di transazione fiscale;
- l'efficacia temporale delle limitazioni introdotte in sede di conversione del D.L. n. 69/2023;
- l'irrelevanza del diverso trattamento previsto rispetto alla procedura concordataria quale strumento alternativo per la soluzione della crisi d'impresa;
- la rilevanza della norma *anti-abuso* rispetto al principio di meritevolezza talvolta invocato dall'Amministrazione finanziaria ai fini dell'approvazione delle proposte di transazione fiscale.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. Andreani - A. Tubelli, “Negli ADR transazione fiscale limitata dalla norma *anti-abuso*”, in *il fisco*, n. 42/2023, pag. ??.

<sup>2</sup> Convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 agosto 2023, n. 103.

<sup>3</sup> Nel prosieguo il riferimento ai soli debiti tributari e all'Amministrazione finanziaria va inteso anche, rispettivamente, ai debiti contributivi e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

## 2. Adesione degli “altri creditori”

L’art. 1-*bis* del D.L. n. 69/2023 non prevede alcuna qualificazione degli “altri creditori”, che dovrebbero aderire (almeno nella misura di un quarto dell’intera esposizione debitoria) agli accordi di ristrutturazione per consentire la riduzione al trenta per cento della soglia di soddisfacimento dei crediti tributari, ma è di tutta evidenza che deve trattarsi di **creditori diversi dall’Amministrazione finanziaria e dagli enti di previdenza e assistenza**. Ne discende che, ai fini della determinazione della suddetta quota di adesione di un quarto, rilevano tutti gli “altri creditori” esistenti al momento della omologazione degli accordi (o a una data assai prossima a tale momento), inclusi quelli che sono legati all’impresa proponente da **rapporti di controllo o collegamento**.

Del resto, l’esclusione di questi ultimi si porrebbe in evidente contrasto con la *ratio* della norma, che, in presenza dell’adesione qualificata di altri creditori, prevede una **riduzione della soglia di soddisfacimento** dal quaranta al trenta per cento, consentendo un pagamento inferiore in presenza di una non trascurabile adesione di altri creditori e quindi di una ripartizione del sacrificio fra più soggetti; sacrificio che è del tutto naturale richiedere innanzitutto ai creditori legati al debitore da rapporti di controllo e collegamento.

Non viene precisato quale debba essere il **sacrificio dei creditori diversi da quelli pubblici**, ma è da escludere che debba essere corrispondente a quello dell’Amministrazione finanziaria e degli enti di previdenza e assistenza, posto che la norma non lo dispone e il divieto di trattamento deterioro dei crediti di tali soggetti non trova applicazione nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, pur essendo applicabile nel concordato preventivo.

L’effetto dell’adesione di tali creditori non può in ogni caso essere privo di **rilievo sostanziale**, seppur tenendo conto anche solo dell’effetto riduttivo derivante dall’attualizzazione del credito conseguente a una rinegoziazione dei tempi di pagamento dello stesso, ove significativo.

## 3. Durata della dilazione di pagamento e interessi di mora

L’art. 1-*bis* del D.L. n. 69/2023 incide anche sulla durata della dilazione di pagamento delle somme dovute in dipendenza della transazione fiscale.

Il comma 3, infatti, stabilisce che, quando l’ammontare complessivo dei **crediti vantati dagli altri creditori** aderenti agli accordi di ristrutturazione è **inferiore a un quarto dell’importo complessivo** dei crediti, la disposizione di cui al comma 2 può trovare applicazione (ricorrendo le altre condizioni poste dal comma 2), se la percentuale di soddisfacimento dei crediti dell’Amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie non è inferiore al quaranta per cento dell’ammontare dei rispettivi crediti (inclusi sanzioni e interessi) e “la dilazione di pagamento richiesta non eccede il periodo di dieci anni, fermo restando il pagamento dei relativi interessi di dilazione in base al tasso legale vigente nel corso di tale periodo”.

Quest’ultima limitazione relativa alla **durata della dilazione** non è invece prevista dal comma 2 nella diversa ipotesi in cui il credito complessivo vantato dagli altri creditori aderenti agli accordi di ristrutturazione è pari ad **almeno un quarto** dell’importo complessivo dei crediti, nel qual caso è sufficiente (sotto l’aspetto del *quantum* da versare) che la percentuale di soddisfacimento dei crediti dell’Amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie sia non inferiore al trenta per cento dell’ammontare dei rispettivi crediti (inclusi sanzioni e interessi). Deve perciò reputarsi pienamente legittimo prevedere, in tale contesto, **dilazioni di pagamento superiori a dieci anni**, venendo così, da un lato, implicitamente suffragata la condotta di alcuni Uffici dell’Agenzia delle entrate che in passato, seppur non frequentemente, hanno approvato proposte di transazione che prevedevano una dilazione di pagamento di quindici o anche vent’anni, e, dall’altro, implicitamente smentita quella degli Uffici che hanno considerato il decennio come un limite insuperabile ai fini della dilazione da concedere.

Sia l’art. 56 del Codice della crisi, richiamato dal successivo art. 57, sia l’art. 87 del medesimo Codice richiedono che nel piano siano indicati, rispettivamente, “i **tempi delle azioni da compiersi**” e “i **tempi di adempimento della proposta**”, ma non quantificano l’ampiezza di tali tempi. I principi di attestazione approvati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti prevedono (punto 6.5.12) che l’arco temporale oggetto di considerazione deve comunque attestarsi a data non anteriore al momento in cui, in base al piano, è previsto che siano **soddisfatti i creditori**, o, nel caso di continuità aziendale, siano **ripristinate le normali condizioni di finanziamento** (e di fido) ovvero, nel caso di prosecuzione di contratti pubblici, siano ripristinate condizioni che consentano un regolare adempimento degli stessi.

Anche quando il pagamento di alcuni creditori va oltre il quinquennio, come normalmente avviene, ad esempio, relativamente a taluni debiti finanziari e ai debiti fiscali, non è quindi indispensabile che il piano abbia una durata pari a quella della dilazione concordata (o anche solo richiesta, se l’approvazione della proposta di accordo ha luogo mediante *cram down* fiscale), a patto che il riequilibrio patrimoniale, finanziario ed economico sia previsto nell’arco temporale del quinquennio. Ciò che rileva è infatti che, grazie alle falcidie previste, alle dilazioni quinquennali e a quelle *ultra*-quinquennali, entro l’arco di piano di **cinque anni** venga recuperato tale equilibrio. Ciò non toglie l’opportunità che il piano copra l’**intero arco temporale** oggetto dell’intera dilazione di pagamento, ma non ne discende la necessità che il professionista indipendente attesti la fattibilità del piano con riguardo a tale intero periodo, se non su basi inerziali. Considerazioni diverse devono essere naturalmente espresse con riguardo al caso in cui l’equilibrio economico-finanziario e patrimoniale venga recuperato solo alla fine dell’arco temporale.

Occorre inoltre considerare che la **durata della dilazione di pagamento** costituisce al tempo stesso sia un fattore di va-

lutazione della convenienza della proposta di transazione, sia un fattore che determina tale convenienza, ogniquale volta il soddisfacimento dei debiti tributari derivi dalla produzione dei flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività. Tale **soddisfacimento** è, infatti, tanto maggiore quanto più ampia è la dilazione di pagamento e, pertanto, a parità dell'importo dei flussi gestionali prodotti annualmente, il soddisfacimento dell'Erario è direttamente proporzionale alla durata della dilazione. Non vi è dubbio che l'affidabilità delle previsioni che costituiscono il contenuto del piano è inversamente proporzionale all'arco temporale oggetto delle stesse, ma ciò non significa che la dilazione di pagamento non possa avere una **durata superiore a cinque anni**, poiché gli organi chiamati a valutare la proposta (ovverosia l'Amministrazione finanziaria e, in caso di mancata adesione, il Tribunale in sede di omologazione) dovrebbero verificare se la somma di cui viene offerto il pagamento rende la proposta di per sé conveniente per l'Erario rispetto all'alternativa liquidatoria, anche in considerazione del pagamento previsto, seppur con minore probabilistica certezza, negli anni successivi ai primi cinque.

La norma introdotta dal D.L. n. 69/2023, consentendo - persino con riguardo all'ipotesi meno favorevole al debitore - una dilazione di pagamento di **dieci anni**, aiuta a superare le criticità emerse nella giurisprudenza in merito alle dilazioni di maggior durata.

Infine, riguardando tale norma anche l'omologazione forzata della **transazione contributiva** con un soddisfacimento non inferiore al trenta o al quaranta per cento, viene ribadita dal legislatore l'illegittimità della prassi degli enti previdenziali, che sistematicamente rigettano le proposte che escludono il pagamento integrale dei crediti destinati al trattamento pensionistico dei lavoratori, anche se invero non si tratta del primo intervento legislativo che sconfessa tale prassi.

In un'evidente ottica di riequilibrio dei rapporti e di equivalenza rispetto al pagamento "immediato" dei creditori pubblici, oltre agli interessi calcolati sino alla data di presentazione della proposta di transazione o a quella di esposizione della situazione debitoria a cui essa si riferisce, sugli importi discendenti dalla proposta di transazione si rendono dovuti anche gli **interessi di dilazione** in base al **tasso legale applicabile tempo per tempo**.

La debenza di tali interessi è peraltro espressamente prevista solo con riguardo al caso di mancata adesione di creditori diversi da quelli pubblici per un importo pari almeno a **un quarto dei debiti complessivi** dell'impresa debitrice, a cui corrisponde un soddisfacimento minimo del quaranta per cento; tuttavia, non vi è motivo per adottare una diversa disciplina anche relativamente all'ipotesi in cui il soddisfacimento minimo sia quello del trenta per cento.

#### **4. Modulazione delle rate ai fini del rispetto della durata massima decennale della dilazione di pagamento**

Un particolare profilo su cui l'art. 1-*bis* del D.L. n. 69/2023 non interviene espressamente concerne la **strutturazione del piano di rateizzo**, sia nel caso in cui la dilazione può essere superiore a dieci anni, sia quando non può eccedere tale durata. Tuttavia, l'assenza di puntuali e circoscritte indicazioni conduce a ritenere che tale piano possa essere legittimamente **modulato in maniera libera** da parte dell'impresa debitrice, attraverso il pagamento di rate mensili, trimestrali, semestrali e financo annuali, incidendo la periodicità dei pagamenti sulla maturazione degli interessi. Per la medesima ragione deve ritenersi legittimo un piano di rateizzo che prevede **rate crescenti o decrescenti**, verosimilmente in maniera coerente con i flussi finanziari previsti dal piano di ristrutturazione e quindi con le possibilità di pagamento ivi ammesse con riguardo alle consistenze di cassa che si generano grazie alla prosecuzione dell'attività.

Se ne trova conferma indiretta anche nella risposta a interpello n. 443 del 2 ottobre 2023, con cui l'Agenzia delle entrate ha riconosciuto come legittima la previsione del pagamento a **rate variabili di importo crescente** dei debiti tributari non iscritti a ruolo nell'ambito della composizione negoziata della crisi, conclusasi positivamente con un contratto sottoscritto tra l'impresa debitrice e alcuni creditori, pubblicato nel Registro delle imprese insieme alla relazione resa dall'esperto nominato per attestare l'idoneità di tale accordo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni ovvero la coerenza rispetto al superamento della crisi.

Occorre in proposito rammentare che l'art. 25-*bis*, comma 4, del Codice della crisi contempla una "**misura fiscale premiale**", consistente nel diritto di richiedere all'Agenzia delle entrate, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di **settantadue rate** mensili delle imposte dovute e non versate non ancora iscritte a ruolo, nonché dei relativi accessori, applicandosi, "in quanto compatibili", le disposizioni di cui all'art. 19 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602; la norma da ultimo citata stabilisce, al comma 1-*ter*, che il piano di rateazione possa prevedere, in luogo di rate costanti, rate variabili di importo crescente per ciascun anno<sup>4</sup>. Poiché per espressa previsione del testé citato art. 25-*bis*, comma 4, le condizioni disciplinate dall'art. 19 del D.P.R. n. 602/1973 si applicano solo "in quanto compatibili", non essendo stata disciplinata espressamente la tipologia di rate da versare (costanti o variabili), e dunque in assenza di diversa previsione *ad hoc*, l'Agenzia ha concluso che non v'è ragione per l'Ufficio creditore di rifiutare la richiesta di pagare i **debiti IVA non iscritti a ruolo in rate variabili** di importo crescente per ciascun anno, magari correlando l'importo di ciascuna rata da versare (la cui determinazione è ad esso rimessa) con i flussi derivanti

<sup>4</sup> L'art. 38, comma 1, del D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, dispone che, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 25-*bis*, comma 4, del Codice della crisi, l'Agenzia delle entrate può concedere un piano di rateazione fino a centoventi rate se è rappresentata nell'istanza una comprovata e grave situazione di difficoltà dell'impresa e questa è confermata dall'esperto, indipendentemente dall'origine della crisi.

dal prosieguo dell'attività<sup>5</sup>. In assenza di alcuna disposizione che disciplini la determinazione delle rate di pagamento relativamente alla transazione fiscale, non vi è motivo di escludere la possibilità di una dilazione di pagamento a rate variabili anche in quest'ultimo contesto, come peraltro la prassi conferma.

## 5. Avviso della omologazione ai creditori pubblici e *dies a quo* di novanta giorni

A tutela dei creditori pubblici, la nuova norma introduce, in caso di richiesta di omologazione, anche non forzosa, degli accordi di ristrutturazione con annessa transazione fiscale, l'onere del debitore di darne **avviso alle Agenzie fiscali e agli enti previdenziali**, disponendo che il termine di trenta giorni di cui questi ultimi dispongono per opporsi alla omologazione decorre dalla ricezione di tale avviso.

Scopo della previsione di tale onere è, con tutta evidenza, quello di rendere edotti i creditori pubblici della richiesta di omologazione, al fine di consentire loro di **interporre tempestiva opposizione alla omologazione richiesta dal debitore**, ove la ritengano necessaria, colmando una lacuna delle norme previgenti, le quali, non prevedendo un'analogha comunicazione, hanno di fatto talvolta impedito alle Agenzie fiscali e agli enti previdenziali di potersi opporre tempestivamente alla omologazione di transazione oggetto di diniego, non avendo avuto conoscenza della richiesta di omologazione forzosa formulata dall'impresa debitrice; con la ulteriore conseguenza di non poter presentare reclamo avverso l'omologazione eventualmente pronunciata dal Tribunale, per difetto di legittimazione attiva per non aver promosso opposizione avverso tale omologazione nel termine a tal fine previsto. Infatti, come ha affermato la Corte d'Appello di Milano con Decreto n. 464 emesso in data 2 febbraio 2022, il **procedimento di reclamo** ha "natura di gravame e [costituisce] acquisizione pacifica in giurisprudenza che la **qualità di parte** [...], e quindi di soggetto legittimato all'impugnazione, si determina, nei gradi e nelle fasi ulteriori del giudizio, anche nei procedimenti disciplinati dagli artt. 737 e seg. c.p.c., esclusivamente **per relationem** rispetto alla qualità di parte assunta formalmente nei gradi e nelle fasi anteriori [...]. Ne consegue che, secondo i principi generali, il rimedio previsto dal citato art. 182-bis L. Fall., certamente ascrivibile al novero dei procedimenti in Camera di consiglio, è esperibile solo dai creditori oppositori".

La menzionata disposizione, tuttavia, non incide, ad avviso di chi scrive, sul **termine** a decorrere dal quale il debitore acquisisce il **diritto di richiedere l'omologazione forzosa** della transazione fiscale, sul presupposto della mancata adesione dei creditori pubblici dovuta alla loro inerzia. Infatti, anche se, da un lato, l'art. 1-bis del D.L. n. 69/2023 ha sospeso l'applicazione dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 63 del Codice della crisi (a norma del quale, ai fini della omologazione forzosa della transazione, l'eventuale adesione dei creditori pubblici doveva intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di transazione), dall'altro lato il comma 5 dello stesso art. 1-bis ha reintrodotta la medesima disposizione, sicché nessuna modifica è al riguardo intervenuta.

Inoltre, le due norme assolvono funzioni differenti. L'omologazione forzosa da parte del Tribunale presuppone che il debitore abbia precedentemente e tempestivamente dato all'Amministrazione finanziaria la **possibilità di esprimersi sulla proposta di transazione** che le ha formulato e che l'**adesione** sia "**mancante**", circostanza che ricorre solo a seguito del rigetto espresso della proposta o solo dopo che sia inutilmente decorso il termine di novanta giorni previsto attualmente dal comma 5 del citato art. 1-bis e, precedentemente, dall'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 63 del Codice della crisi. Conseguentemente, poiché la domanda di omologazione forzosa può essere presentata solo in caso di "mancanza" dell'adesione del Fisco, essa non può essere depositata se il suddetto termine di novanta giorni non è ancora spirato, non potendo l'accordo, sino a quel momento, essere ancora considerato "mancante".

Infine, l'Agenzia delle entrate deve essere messa in condizione di potersi opporre alla omologazione forzosa e ciò le è consentito solo se può disporre di un **congruo periodo** per esaminare la proposta di transazione che le è stata presentata; e tale periodo è stato fissato dal legislatore in **novanta giorni**.

Ciò posto, occorre considerare che, a norma del comma 4 dell'art. 48 del Codice della crisi, l'opposizione deve intervenire **entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda di omologazione** nel Registro delle imprese, che è eseguita contestualmente al deposito di tale domanda. Pertanto, se quest'ultima è coeva alla proposta di transazione fiscale, il diritto di opposizione delle Agenzie fiscali verrebbe sostanzialmente escluso, perché l'opposizione dovrebbe essere proposta in trenta giorni e tale periodo non è mai sufficiente per valutare una proposta di transazione fiscale.

Ad avviso di chi scrive, quindi, la disciplina che deriva da queste disposizioni rimane la seguente:

- 1) a seguito dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria, il debitore può richiedere la **omologazione ordinaria** della transazione fiscale, depositando l'accordo di ristrutturazione sottoscritto dall'Agenzia delle entrate e dall'agente della riscossione, senza dover attendere alcun termine;
- 2) l'**omologazione forzosa** della transazione può essere richiesta solo a seguito del **rigetto della proposta**, e in questo caso senza dover attendere alcun termine<sup>6</sup>, ovvero, in mancanza di un provvedimento dell'Amministrazione finanziaria, solo trascorsi inutilmente novanta giorni dalla data di deposito della proposta. In entrambe le fattispecie il debitore deve

---

<sup>5</sup> Infatti l'impresa istante aveva fatto richiesta di applicare il criterio delle rate variabili di importo crescente previsto dall'art. 19, comma 1-ter, del D.P.R. n. 602/1973 e l'Agenzia ha ritenuto logico correlare l'importo delle stesse all'ammontare crescente dei flussi finanziari derivanti dalla continuazione dell'attività per rispettare il criterio prescelto.

<sup>6</sup> Il termine è perciò definito come meramente acceleratorio da G. Mercuri, "Il *cram down* fiscale alla ricerca di nuovi limiti: varietà dei presupposti e varietà di soluzioni", in Rivista Telematica di Diritto Tributario, 14 ottobre 2023, pag. 2.

depositare, non un accordo sottoscritto, ma il testo dell'accordo proposto al Fisco oggetto di mancata adesione.

## 6. Data di efficacia delle disposizioni antiabusive

Il comma 6 dell'art. 1-*bis* prevede che le norme stabilite da tale articolo si applicano alle proposte di transazione fiscale depositate "in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto". La formulazione della suddetta disposizione è dunque diversa da quella originariamente prevista quando, nella seduta del 15 giugno 2023, le medesime norme erano state esaminate dal Consiglio dei Ministri, che aveva però deciso di disporre l'introduzione successivamente, mediante un provvedimento diverso da quello oggetto del suo esame in tale seduta: in tale contesto, infatti, esse avrebbero dovuto applicarsi "alle proposte depositate in data successiva a quella di entrata in vigore della legge" in cui queste erano destinate a essere inserite. Poiché il D.L. n. 69/2023 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 giugno 2023 ed è entrato in vigore il giorno successivo, ne discende che - in base alla disposizione del citato comma 6 - le **norme sancite per il periodo transitorio** dall'art. 1-*bis* si applicano alle **proposte depositate dal 15 giugno 2023**, sebbene siano state introdotte nell'ordinamento giuridico solo a seguito della pubblicazione della legge di conversione del D.L. n. 103/2023, e dunque dal 12 agosto 2023.

Ciò posto, poiché l'emendamento contenente tali norme è stato presentato il 17 luglio 2023, nel corso dell'*iter* parlamentare avente a oggetto la conversione del D.L. n. 69/2023, ne deriva un'**applicazione in senso lato retroattiva**, dovuta alla manifesta volontà di ostacolare gli effetti della "corsa" alla presentazione di proposte di transazione fiscale al fine di sottrarsi alle limitazioni dapprima esposte, originata dalle notizie di stampa circolate a metà giugno. Lo si può ritenere nel merito più o meno opportuno, ma pare difficile privare il legislatore della facoltà di stabilire l'efficacia temporale del nuovo regime. Vero è che il **principio di irretroattività** costituisce un fondamento dello Stato di diritto, un elemento essenziale di civiltà giuridica e un fattore di certezza delle norme, e inoltre non è escluso che, anche al di fuori della materia penale, una legge retroattiva possa porsi in contrasto con specifiche norme costituzionali; tuttavia, esso ha rango non costituzionale e la sua osservanza è rimessa alla prudente valutazione del legislatore.

Occorre infatti ricordare che, in base ai principi sanciti dalla Corte costituzionale, è ammessa la possibilità per il legislatore di attribuire rilevanza retroattiva a una disposizione aggiunta al termine dell'*iter* di conversione in legge di un Decreto legge, in quanto essa come tutte le altre norme approvate secondo la procedura ordinaria deve soggiacere al rispetto del principio generale di **ragionevolezza** e di **legittimo affidamento**<sup>7</sup>.

Dai precetti della giurisprudenza della Corte costituzionale potrebbe invece emergere un diverso vizio, atto a colpire invero, non solo il profilo specifico della portata retroattiva delle disposizioni in commento, ma la **legittimità in toto** delle stesse, trattandosi di norme inserite nell'ordinamento giuridico attraverso la particolare procedura d'urgenza prevista dall'art. 77 della Costituzione, vale a dire in sede di **conversione in legge** di un Decreto legge. Orbene i giudici delle leggi hanno più volte avuto modo di ribadire la necessità di rispettare la **connessione funzionale** tra il contenuto del Decreto legge e la legge di conversione, poiché il potere di conversione non può "considerarsi una mera manifestazione dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere, in quanto la legge di conversione ha natura 'funzionalizzata e specializzata' (sentenza n. 22 del 2012 e ordinanza n. 34 del 2013). Essa presuppone un decreto da convertire, al cui contenuto precettivo deve attenersi, e per questo non è votata articolo per articolo, ma in genere è composta da un articolo unico, sul quale ha luogo la votazione - salva la eventuale proposizione di emendamenti, nei limiti sopra ricordati - nell'ambito di un procedimento *ad hoc* (art. 96-*bis* del Regolamento della Camera; art. 78 del Regolamento del Senato), che deve necessariamente concludersi entro sessanta giorni, pena la decadenza *ex tunc* del provvedimento governativo. Nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere. In tali casi, in base alla giurisprudenza di questa Corte, l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento"<sup>8</sup>.

Nel caso di specie il principio di "**omogeneità funzionale**", successivamente ribadito più volte<sup>9</sup>, il cui mancato rispetto comporterebbe la reviviscenza delle disposizioni contenute nel comma 2, ultimo periodo, e nel comma 2-*bis*, dell'art. 63 del Codice della crisi<sup>10</sup>, sembra essere soddisfatto dalle esigenze di **tutela della finanza pubblica** di cui era permeato l'insieme delle norme introdotte con il D.L. n. 69/2023, che - come detto - connotano anche quelle previste dall'art. 1-*bis*, sebbene le norme ivi contenute non fossero andate a integrare, modificare o sostituire disposizioni già in esso presenti. Quanto al rispetto del principio del **legittimo affidamento**, occorre inoltre considerare che la possibilità dell'introduzione delle misure di cui trattasi è nota, poiché ne ha dato ampia notizia la stampa economico-finanziaria, dal 14 giugno scorso, cioè da una data anteriore a quella del 15 giugno da cui tali misure trovano applicazione in base al comma 6 dell'art. 1-*bis* di cui trattasi.

<sup>7</sup> In ordine al rispetto di tali principi si veda la sentenza n. 103 del 29 maggio 2013, riguardante l'introduzione di una norma di interpretazione autentica destinata a incidere sui rapporti in corso vanificando il legittimo affidamento.

<sup>8</sup> Così testualmente la Corte cost. n. 32 del 25 febbraio 2014.

<sup>9</sup> In tal senso da ultimo cfr. Corte cost. n. 245 del 9 dicembre 2022, n. 210 del 5 novembre 2021, n. 226 del 29 ottobre 2019.

<sup>10</sup> Sugli effetti conseguenti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione e sulla conseguente reviviscenza della disciplina dalla stessa *medio tempore* sostituita, si veda da ultimo Cass. n. 3592 del 4 febbraio 2022.

In ogni caso, sulla base della suddetta disposizione transitoria, le norme di cui trattasi sono irrilevanti rispetto alle proposte di transazione depositate prima del 15 giugno 2023, anche se il procedimento di omologazione forzata delle stesse è iniziato successivamente a tale data ed è tuttora pendente, così come nel caso in cui il procedimento venga avviato successivamente alla data di entrata in vigore della Legge n. 103/2023. Per forza di cose tali norme non possono quindi trovare applicazione con riguardo alle **proposte di transazione**, ancorché contenenti un soddisfacimento inferiore a quello corrispondente alle soglie introdotte, di cui sia stata richiesta la omologazione forzata entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 69/2023 (cioè entro l'11 agosto 2023), perché:

- se riguardano proposte **presentate anteriormente al 15 giugno 2023**, ne è espressamente esclusa l'applicazione dalla disposizione transitoria;

- se riguardano proposte depositate **dal 15 giugno 2023**, è impossibile che la richiesta di omologazione forzata possa essere stata efficacemente presentata entro la data di entrata in vigore della legge di conversione (11 agosto 2023), non essendo ancora decorso in tale momento il termine di novanta giorni previsto, prima, dal comma 2-*bis* dell'art. 63 e, ora, dal comma 5 del citato art. 1-*bis*, per richiederne l'omologazione forzata (a meno che non si ritenga, contrariamente a quanto sostenuto nelle pagine precedenti e all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che il *cram down* fiscale possa essere richiesto anche anteriormente allo spirare del novantesimo giorno successivo a quello di deposito della proposta di transazione).

Ciò precisato, considerato che, in base alla disposizione transitoria, le nuove norme "si applicano alle proposte di transazione fiscale depositate ai sensi all'art. 63, commi 1 e 2, del Codice di cui al Decreto legislativo n. 14 del 2019 in data successiva a quella di entrata in vigore del presente Decreto legge" (cioè, come detto, dal 15 giugno 2023), resta da chiedersi quali atti debbano essere stati depositati anteriormente a tale data, per escludere l'applicazione di dette norme. Il richiamo (anche) del citato comma 2 indurrebbe a ritenere che il **deposito della proposta** debba avere avuto a oggetto anche la **documentazione** indicata negli artt. 57, 60 e 61 del Codice della crisi, vale a dirsi tutta la documentazione prevista dall'art. 39, commi 1 e 3, del medesimo Codice. Tuttavia, tenuto conto della *ratio* della predetta disposizione, ciò che dovrebbe rilevare è che anteriormente al 15 giugno 2023 sia stata formulata la proposta di transazione, sebbene non corredata da tutta la documentazione di cui all'art. 39, parte della quale - come spesso accade nella prassi - sia stata successivamente **trasmessa** ai competenti Uffici, senza che questi ne abbiano precedentemente contestato la mancanza. A maggior ragione, è da escludere che il deposito, eseguito dal 15 giugno 2023 in poi, della modifica di una proposta di transazione presentata anteriormente a tale data, possa comportare l'applicazione delle nuove norme.

## 7. Alternativa del concordato

La nuova disciplina trova applicazione solo con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti e non tocca pertanto la regolamentazione del **cram down fiscale** nel concordato preventivo. Non ne deriva, tuttavia, una sorta di **disparità di trattamento** fra i due istituti: sia perché si tratta di strumenti fondati su principi differenti, giacché uno coinvolge tutti i creditori e vede l'applicazione del principio maggioritario, mentre l'altro può essere rivolto anche a pochi creditori ed è efficace esclusivamente per chi vi aderisce; sia perché nel concordato in continuità è ancora tutto da accertare se il *cram down* fiscale è consentito<sup>11</sup>.

## 8. Riflessi della norma sul diniego alla transazione fiscale dovuto a fattori diversi dalla convenienza della proposta

Secondo la prassi seguita da alcuni Uffici dell'Agenzia delle entrate anche in tempi non recenti, le eventuali condotte evasive poste in essere dall'impresa che presenta una proposta di transazione fiscale sarebbero idonee a inficiarne l'attendibilità e l'apprezzamento, perché tali azioni renderebbero palese la **mancanza in radice di collaborazione e trasparenza** nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. In assenza di detto implicito presupposto, in virtù del principio di legalità cui deve attenersi l'operato di quest'ultima (la quale non può esercitare la propria funzione con una logica meramente imprenditoriale), la proposta non potrebbe nemmeno aspirare ad essere valutata in base ai criteri espressamente sanciti dal citato art. 63, sebbene risulti altrettanto palesemente conveniente per l'Erario. In altri termini la stipula di un accordo in presenza di grave inadempimento del contribuente rischierebbe di trasformarlo in una sorta di "**condono**" non ammesso dalla legge.

Tuttavia, a non apparire conforme alla legge, e segnatamente all'art. 63 del Codice, è proprio la preclusione per cui l'**accertato compimento di atti di frode**, magari riferiti a molti anni prima della presentazione della proposta, ne giustificherebbe di per sé il **rigetto** senza nemmeno dover entrare nel merito della stessa. Lo ha del resto escluso proprio la Divisione Contribuenti dell'Agenzia delle entrate nell'ambito della circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020, laddove ha precisato che la presenza delle condotte di cui trattasi rende necessario, in sede di valutazione della proposta, l'**ampliamento dell'ambito oggettivo** delle attività in quanto occorre "ritenere le esigenze di tutela dell'interesse erariale prevalenti rispetto alla speditezza della procedura", così esplicitamente ammettendo che l'accertamento di prece-

---

<sup>11</sup> Si veda, indipendentemente dal fatto che la si possa condividere o meno, la sentenza 18 luglio 2023 del Tribunale di Lucca, che lo ha appunto escluso. Cfr. G. Andreani, "Il *cram down* fiscale nel concordato preventivo in continuità", in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it) del 3 ottobre 2023.

denti atti fraudolenti non costituisce in sé un ostacolo all'approvazione della proposta: semplicemente induce l'Amministrazione finanziaria a eseguire analisi più ampie e approfondite di quelle ordinarie, dal cui espletamento potrebbero emergere elementi aspetti incidenti sulla valutazione della convenienza della proposta (quali l'individuazione di "riserve occulte" nel patrimonio dell'impresa debitrice, la possibilità di promuovere in maniera fondate azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori o azioni revocatorie nell'ipotesi della liquidazione giudiziale dell'impresa proponente), rafforzando così la **tutela dell'interesse erariale**.

Premesso che, ai fini della valutazione della convenienza della proposta, le suddette più approfondite analisi devono tendere all'individuazione della consistenza di un **patrimonio occulto** ancora aggredibile, occorre altresì considerare che alcuni **illeciti fiscali** si manifestano **inconferenti** sotto questo profilo: ad esempio, al contrario di quanto accade per l'utilizzo di fatture per acquisti oggettivamente inesistenti da cui discende inevitabilmente una distrazione dell'attivo, l'utilizzo di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, così come l'emissione di fatture per operazioni oggettivamente inesistenti dirette a coprire acquisti del pari inesistenti (tecnica tipicamente adottata per accedere abusivamente al mercato del credito), non consentono la distrazione di attivo né, in assenza del pagamento di "commissioni" per la loro emissione (peraltro generalmente a tal fine corrisposte), concorrono di per sé ad arrecare un danno all'impresa debitrice.

In altri termini, l'emersione di condotte fraudolente commesse anteriormente alla presentazione della proposta non è *ex se* idonea a sorreggere il rigetto della stessa, ma lo è quando mette in luce l'esistenza di un **maggior patrimonio** che renda **più conveniente per il Fisco la liquidazione giudiziale rispetto alla transazione**; viceversa il rifiuto automatico della proposta di transazione presentata da un'impresa debitrice, rea di condotte fraudolente in passato, tradisce l'intento di comminare una punizione al debitore, che però (in mancanza di un maggior patrimonio aggredibile) si traduce a ben vedere solo in una scelta autolesionista per l'Erario. All'esito dell'analisi resta dunque la **valutazione della convenienza** l'unico criterio che gli Uffici dell'Agenzia delle entrate devono applicare per giudicare in ordine all'approvazione di transazioni fiscali a cui corrispondano distrazioni perpetrate in danno dell'Erario; lo dimostrano, inequivocabilmente, il comma 2-*bis* dell'art. 63 del Codice della crisi e ora l'art. 1-*bis* del D.L. n. 69/2023, nello stabilire che sul criterio della convenienza economica deve incentrarsi la valutazione del Tribunale per l'adozione del *cram down* fiscale ricorrendone i relativi presupposti (tra cui ora rientra il rispetto di determinate soglie di soddisfacimento).

Il compito di punire spetta ad altri e non a chi ha invece il compito di recuperare quanto più efficacemente possibile i crediti erariali, in virtù della chiara separazione sancita dal legislatore tra il **profilo sostanziale** dell'istituto della transazione fiscale, volto al più conveniente recupero del credito erariale, e il profilo delle **responsabilità**, da accertare con strumenti diversi e in altre sedi. Lo conferma l'art. 341, comma 3, del Codice, che estende l'applicazione dei **reati fallimentari** all'accordo di ristrutturazione con omologazione forzosa, proprio per evitare che chi si sia reso responsabile delle suddette condotte rimanga impunito, beneficiando, grazie all'accordo, del mancato assoggettamento dell'impresa al fallimento e al concordato, nel cui ambito prima di tale estensione i reati fallimentari erano confinati. Si tratta di un contrappeso senza il quale sarebbe sufficiente, per neutralizzare la sanzione penale prevista per le condotte fraudolente, proporre "all'Agenzia delle entrate o all'ente previdenziale il pagamento di una frazione minima del debito, dovendo in ogni caso il Tribunale, secondo la giurisprudenza allo stato prevalente, procedere all'omologazione anche a fronte del rigetto da parte dell'ente della domanda di adesione"<sup>12</sup>.

Contro il suddetto indirizzo negativo assunto da alcuni Uffici dell'Agenzia delle entrate, criticabile per le ragioni susposte, l'art. 1-*bis* del D.L. n. 69/2023 non prende invero una posizione diretta, ma può consentire il superamento di altri fattori in considerazione della sua **ratio di norma anti-abuso**, che è proprio quello di evitare, attraverso la previsione di limitazioni e condizioni, uno scrutinio concernente la fisiologicità dell'operazione, stabilendo una sorta di **presunzione ex lege** per cui essa è da considerarsi "**non anomala**" se ed in quanto rispetti tali limitazioni e soddisfi tali condizioni, prescindendo da un giudizio nel merito sulla natura abusiva della transazione da esprimere caso per caso, che è ciò che una norma avente la struttura di quella di cui trattasi intende evitare. Ne discende che la **condotta progressa** del contribuente, da cui non fosse conseguito un occultamento di una parte del patrimonio dello stesso incidendo sulla valutazione della convenienza della proposta, avrebbe già dovuto essere considerata irrilevante ai fini dell'approvazione e della omologazione della transazione fiscale; dovrebbe esserlo, a maggior ragione, a seguito dell'entrata in vigore della disposizione di cui trattasi.

Non vi è dubbio, infine, che le soglie quantitative potrebbero comportare il rischio di escludere a priori imprese comunque meritevoli dell'opportunità rappresentata dalla transazione fiscale per il risanamento dell'impresa e che, in luogo di esse, si sarebbe potuto prevedere come presupposto di accesso che l'aumento dei debiti verso i creditori pubblici fosse accompagnato da un aumento (più o meno proporzionale) anche dei debiti verso gli altri creditori<sup>13</sup>, ovvero che la convenienza della proposta di transazione fiscale dovesse essere valutata con riferimento al momento di insorgenza della crisi, anziché al momento della presentazione. Tuttavia, a quanto consta, questo tipo di soluzione è stata effettivamente vagliata per poi essere accantonata perché avrebbe spostato l'indagine sul momento di effettiva insorgenza della crisi e delle complicazioni che ne sarebbero conseguite sotto il profilo operativo, il che sarebbe stato presumibilmente fonte di contenzioso. Il paventato rischio di lasciare fuori imprese meritevoli, la cui condotta non è connotata dall'intento abusi-

<sup>12</sup> Così testualmente R. Fontana, "Bancarotta fraudolenta e *cram down*", in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), del 29 settembre 2021.

<sup>13</sup> Cfr. G. Mercuri, cit., pagg. 11 e 12.

vo sopra indicato, si sarebbe potuto comunque evitare prevedendo soglie minime d soddisfacimento più basse rispetto a quelle poi stabilite dal legislatore, come in effetti era stato previsto nelle bozze del decreto-legge 22 giugno 2023, n. 75, nella cui versione definitiva non hanno poi trovato posto<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. G. Andreani, "Transazione fiscale, limitata l'omologazione forzosa", in *Il Sole 24 Ore* del 17 giugno 2023.