

---

## Trattamento dei debiti tributari e concordato preventivo: dal procedimento al processo

Guglielmo Fransoni

**Estratto:** Questo saggio cerca di dimostrare che la modifica dell'art. 180, comma 4, l.f., non ha determinato la trasformazione del giudizio di omologazione in un sistema nel quale conviverebbero una giurisdizione essenzialmente volontaria e una giurisdizione contenziosa sul corretto esercizio del potere amministrativo. Piuttosto, il giudizio di omologazione resta un giudizio rivolto all'accertamento dei fatti che legittimano la definizione concordataria, fra i quali adesso è inclusa anche la maggiore convenienza della proposta rispetto alle possibilità di soddisfazione del credito erariale.

**Abstract:** This essay is aimed at demonstrating that the recent amendment of art. 180, par. 4, of the Italian Bankruptcy Law has not transformed the judicial validation of an arrangement with creditors in a hybrid system in which a form of voluntary jurisdiction is joined with a proper judicial review of the legitimate use of the Tax Agent's power of denying the acceptance of the arrangement proposal. Instead, the judicial validation remains a judgment concerning only the ascertainment of those facts upon whose occurrence the arrangement with creditors is valid, and the advantage of the arrangement proposal in respect of the Tax Agent's receivables is nothing else than one of those facts.

**SOMMARIO:** **1.** La necessità di ripensare complessivamente il trattamento dei debiti tributari nel concordato preventivo - **2.** Dalla proposizione del ricorso al voto - **3.** Dal voto al giudizio di omologazione dopo la modifica di cui all'art. 180, comma 4, l.f. - **4.** Il giudizio di omologazione: a) in assenza di opposizioni - **5.** Segue: b) in presenza di opposizioni: diversità e ordine delle questioni (e loro riflessi in tema di impugnazioni) - **6.** Inconfigurabilità dell'accertamento della maggiore convenienza come giudizio sull'azione amministrativa - **7.** Alcune conseguenze dell'interpretazione proposta - **8.** La giustificazione del sistema.

**1.** - *La necessità di ripensare complessivamente il trattamento dei debiti tributari nel concordato preventivo* - La formulazione originaria dell'art. 182-ter l.f. unitamente alla sua intitolazione orientavano in modo abbastanza deciso l'interprete verso la configurazione di ciò che, fino alla modifica del 2016, prendeva il nome di "transazione fiscale" come uno specifico

procedimento amministrativo<sup>1</sup> collocato a fianco del (o finanche innestato nel) processo concordatario<sup>2</sup>. E ciò, beninteso, non solo nel senso - che risulterebbe, in definitiva, ovvio - che l'agire dell'Amministrazione finanziaria nella valutazione della posizione da assumere circa la proposta riveste (o rivestisse) necessariamente (e in modo inevitabile) la forma del procedimento<sup>3</sup>. Ma nel senso che tale procedimento rilevi (o rilevasse) proprio in quanto tale anche nella prospettiva del processo concordatario.

<sup>1</sup> Si tratta di una concezione condivisa, prima ancora che dalla dottrina, dalla stessa Amministrazione finanziaria: cfr. la circolare n. 40/E del 18 aprile 2008. La formulazione dell'art. 182-ter l.f., effettivamente assai diversa da quella oggi vigente non foss'altro che per la presenza della disciplina del consolidamento del debito, era ritenuta "prevalentemente incentrata sugli aspetti procedurali" da L. Tosi, "La transazione fiscale", in questa *Rivista*, 2006, pag. 1071 ss. (si tratta, verosimilmente, del contributo "seminale" sull'argomento che ha aperto la strada alle successive indagini e posto sul tappeto i principali temi del dibattito). In proposito, non sono tuttavia mancate tesi già volte, sia pure senza trascurare alcuni dati normativi non perfettamente collimanti, a non enfatizzare i caratteri di autonomia procedimentale propri dell'originaria "transazione". La negazione dell'esistenza di un procedimento volto alla realizzazione di uno specifico accordo trova compiuta espressione, fra i primi, in F. Randazzo, "Il 'consolidamento' del debito tributario nella transazione fiscale", in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, pag. 825 ss. - la cui posizione è largamente convergente con le (e anticipatrice delle) idee espresse in questa sede - nonché, in termini sostanzialmente coincidenti, A. Guidara, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano 2010, pag. 334 ss. Analogamente orientati, sia pure in termini più sfumati e problematici, L. del Federico, "La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali", in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, pag. 216 e M. Basilavecchia, "L'azione impositiva nelle procedure concorsuali: il caso della transazione fiscale", in *Studi in onore di Enrico De Mita*, Napoli 2012, pag. 71 ss. In termini di "subprocedimento" si esprime tuttora la recentissima Cass., SS.UU., sent. 25 marzo 2021, n. 8504.

<sup>2</sup> Qualifica espressamente (ma criticamente) l'inquadramento proposto dall'Agenzia in termini di "innesto" F. Randazzo, *Il "consolidamento" del debito tributario nella transazione fiscale*, cit., pag. 829. Peraltro, le effettive modalità dell'ipotizzato raccordo fra il "procedimento" della transazione e il processo concordatario hanno formato oggetto di interpretazione molto differenziate, come si conviene là dove si è in presenza di una disciplina normativa particolarmente "rarefatta" e frutto di scelte solo progressivamente sedimentate. Cfr., ad esempio, V. Ficari, "La 'transazione fiscale' nella 'ristrutturazione' dei debiti tributari e nel concordato preventivo", in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, I, Padova 2010, pag. 628 il quale prospetta la tesi secondo cui il predetto raccordo sarebbe avvenuto mediante l'inserzione del giudice nel procedimento amministrativo di transazione; diversamente, G. Marini, "Commento all'art. 182-ter", in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, pag. 438, che sembra prospettare un mero affiancamento delle due procedure. Il rapporto è configurato in termini svolgimento parallelo anche da M. Basilavecchia, *L'azione impositiva nelle procedure concorsuali: il caso della transazione fiscale*, cit., pag. 72 il quale ne ipotizza, però, una confluenza finale e un riassorbimento nel concordato secondo una prospettiva, come vedremo, in alcuni sensi anticipatoria (pur a fronte a un tessuto normativo sensibilmente diverso) di quella qui indicata.

<sup>3</sup> Come giustamente sottolineato da L. del Federico, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., pag. 234 secondo il quale "nell'atto concretante la determinazione amministrativa, che poi va espressa mediante voto nell'adunanza dei creditori, resta ineludibile la ponderazione di interessi, basata sui consueti e sempre immanenti parametri della economicità e della proficuità dell'accordo".

La novella di cui all'art. 1, comma 81, della l. 11 dicembre 2016, n. 232, modificando la rubrica dell'art. 182-ter l.f., ha solo in parte determinato un diverso approccio<sup>4</sup>, anche perché l'esordio della nuova formula, nel prescrivere che la presentazione di una proposta di definizione del debito tributario dovesse avvenire "esclusivamente ... ai sensi del presente articolo", poteva effettivamente legittimare almeno l'impressione di trovarsi dinanzi a una fase del concordato ancora dotata di una qualche autonomia. E chi si trovi al cospetto di una vicenda in cui è coinvolta l'Amministrazione finanziaria non può sottrarsi né all'idea di ricondurre la materia nell'ambito degli istituti propri del diritto amministrativo, né alla conseguente necessità di colmare le scarse indicazioni normative mediante il richiamo ai principi generali di tale settore<sup>5</sup>.

Tuttavia, come diremo fra breve, nella sua attuale formulazione e ancor più dopo la recente modifica dell'art. 180, comma 4, l.f., la disciplina relativa al trattamento dei debiti tributari nel concordato preventivo<sup>6</sup> sembra suscettibile di essere interamente ricondotta nell'ambito del processo concordatario (almeno nei termini e per gli effetti che cercheremo di precisare).

Ed è da tale punto di vista che ci pare quindi necessario prenderla in esame.

Invero, le modifiche apportate all'art. 180, comma 4, l.f. dall'art. 3, comma 1-bis, lett. c), n. 1), del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125 hanno

---

<sup>4</sup> Da questo punto di vista, sembrano registrare più adeguatamente la novità F. Paparella, "Il nuovo regime dei debiti tributari di cui all'art. 182-ter: dalla transazione fiscale soggettiva e consensuale alla retrogradazione oggettiva", in questa *Rivista*, 2018, pag. 317 ss., nonché P. Rossi, "La transazione fiscale tra Codice della crisi e legislazione di emergenza", in AA.VV., *Saggi in memoria di Augusto Fantozzi*, Pisa, 2021, pag. 441 ss. i quali, tuttavia, ne colgono un corretto e preciso riflesso nell'integrale applicazione delle regole concorsuali sostanziali sulle modalità di realizzazione della falcidia senza rinunciare fino in fondo all'inquadramento in termini procedurali (cfr. F. Paparella, op. cit., pag. 331, nt. 46 e, analogamente, P. Rossi, op. cit., pag. 466, nt. 82) secondo un approccio che, come diremo, presenta certamente profili condivisibili, ma rilevanti su piani diversi da quello del processo aperto dal ricorso *ex art.* 161 l.f.

<sup>5</sup> Esemplare, in questo senso, ci sembra l'approccio di M. Allena, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, Milano, 2017, il quale del tutto perspicuamente, per un verso, coglie assai bene le relazioni fra il processo concordatario e l'art. 182-ter l.f. (cfr. pag. 166 ss.), ma, anche in ossequio alla necessità fortemente avvertita da tale Autore di collocare la disciplina nel quadro dei principi generali dell'ordinamento tributario, riafferma vigorosamente l'autonomia procedimentale dell'istituto (cfr. pag. 220 ss.).

<sup>6</sup> Merita fin da subito evidenziare che il discorso che svolgeremo in queste pagine non può essere automaticamente esteso agli accordi di ristrutturazione relativamente ai quali, peraltro, il comma 6, dell'art. 182-ter l.f. conserva la denominazione di "transazione". In senso conforme, cfr. P. Rossi, "La transazione fiscale tra Codice della crisi e legislazione di emergenza", cit., pag. 441 ss. Sull'argomento, anche in considerazione dell'evidente prossimità della disciplina degli accordi di ristrutturazione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con quella recata dalla legge fallimentare secondo la nuova disciplina, cfr. M. Golisano, "La nuova transazione fiscale dell'art. 63 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: fra nuove difficoltà interpretative, inediti poteri sostitutivi e definitive conferme circa la vincolatezza della funzione esercitata", in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, pag. 499 ss.

immediatamente (ri)aperto la discussione sul tema - che ovviamente è centrale tanto da un punto di vista teorico, quanto da quello pratico - della qualificazione del “potere” dell’Amministrazione finanziaria che si esprime nella mancata approvazione del piano concordatario.

Ma gli interrogativi che si affacciano a tale riguardo non possono essere sciolti in modo metodologicamente corretto se, concentrando l’attenzione sul solo art. 182-ter l.f., si assume (o si continua ad assumere) aprioristicamente di essere di fronte a un autonomo procedimento amministrativo rilevante come tale nel processo concordatario.

È necessario, invece, muovere da una ricognizione della disciplina nel suo complesso e solo all’esito di tale operazione tentarne l’inquadramento traendone tutte le necessarie conseguenze.

**2. - Dalla proposizione del ricorso al voto** - Come accennavamo, l’art. 182-ter l.f. - almeno nella sua formulazione attuale - non autorizza di per sé l’interprete ad affermare che al trattamento dei debiti tributari nell’ambito del concordato preventivo sia riservato un distinto procedimento.

La parte di gran lunga preponderante della disciplina contenuta nei primi 4 commi di tale disposizione è rappresentata, invero, da disposizioni di natura “sostanziale”<sup>7</sup>, per tale intendendo quelle dirette a fissare i limiti entro i quali deve iscriversi il contenuto della proposta concordataria per ciò che attiene ai debiti tributari e al loro trattamento<sup>8</sup>.

Tuttavia, sia pure articolata entro i predetti limiti, la proposta resta sempre - e non può che restare - unitaria nel senso che essa: è il riflesso dell’unico piano predisposto ai sensi dell’art. 160 l.f.; riguarda, in termini ovviamente diversificati a seconda del debito considerato, la complessiva esposizione debitoria dell’imprenditore<sup>9</sup> e, in conseguenza di ciò, è diretta nei confronti della totalità del ceto creditorio.

---

<sup>7</sup> Ci sembra di cogliere un rilievo analogo in M. Golisano, *La nuova transazione fiscale dell’art. 63 del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: fra nuove difficoltà interpretative, inediti poteri sostitutivi e definitive conferme circa la vincolatezza della funzione esercitata*, cit., pag. 504. Un’assai pertinente sottolineatura della carenza della disciplina procedimentale, invece, in F. Randazzo, *Il “consolidamento” del debito tributario nella transazione fiscale*, cit., pag. 830.

<sup>8</sup> In termini assai persuasivi è stato rilevato come tali regole sostanziali configurino, non tanto e non solo dei limiti all’agire dell’Amministrazione finanziaria, quanto, piuttosto, una protezione dell’interesse erariale impedendo che, nelle ipotesi in cui l’amministrazione non possa condizionare l’esito del voto, essa resti eccessivamente penalizzata dalle determinazioni della maggioranza: cfr., F. Randazzo, *Il “consolidamento” del debito tributario nella transazione fiscale*, cit., pag. 832. Il rilievo sistematico di questo profilo sarà sottolineato più oltre.

<sup>9</sup> Convincentemente, sul punto, F. Paparella, *Il nuovo regime dei debiti tributari di cui all’art. 182-ter: dalla transazione fiscale soggettiva e consensuale alla retrogradazione oggettiva*, cit., pag. 333. Analogamente, in precedenza, cfr., L. del Federico, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., pag. 224 e F. Randazzo, *Il “consolidamento” del debito tributario nella transazione fiscale*, cit., pag. 831.

Certamente, l'art. 182-ter l.f. prescrive che, a differenza di quanto avviene per gli altri creditori, l'imprenditore che dà avvio al processo di concordato preventivo con la presentazione del ricorso di cui all'art. 161 l.f.<sup>10</sup> ha, nei confronti delle Agenzie fiscali, un onere aggiuntivo consistente nella presentazione diretta del piano e della domanda - unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali - alle medesime Agenzie.

Ma neppure questo dato appare in alcun modo idoneo a legittimare l'illazione che, in tal modo, si dia avvio a un distinto procedimento<sup>11</sup>.

Anzi, da questo punto di vista, è significativo il fatto che, ai sensi della disciplina vigente, successivamente all'invio di tale specifica comunicazione, non è previsto alcun ulteriore confronto fra il debitore e le Agenzie, ma solo l'espletamento di una attività di ricognizione, da parte delle Agenzie stesse, dell'effettiva entità del debito (da comunicarsi, comunque, al debitore).

Cosicché, la previsione di un'autonoma comunicazione del piano specificamente diretta all'Amministrazione finanziaria può trovare un'agevole spiegazione in una chiave diversa da quella consistente nella sua qualificazione come atto di impulso (di parte) di uno specifico procedimento amministrativo. Spiegazione consistente nella attribuzione all'autonoma comunicazione della duplice funzione di (a) impedire che, in considerazione delle ordinarie forme di pubblicità del ricorso *ex art. 161 l.f.* (cioè la pubblicazione nel registro delle imprese), l'Amministrazione finanziaria

---

<sup>10</sup> Crediamo di poter dire, infatti, che la tesi secondo la quale il concordato è un processo che inizia già con la domanda presentata ai sensi dell'art. 161 l.f. corrisponde alla visione largamente prevalente: in senso conforme, per tutti, I. Pagni, "Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze", in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, I, Padova, 2010, secondo la quale - specie a seguito dell'immediata consecuzione del giudizio di omologazione alla approvazione, mediato solo della pubblicazione della data dell'udienza *ex art. 171 Legge fall.* - la domanda di cui all'art. 161 l.f. "segnala in modo più evidente che in passato l'inizio di un *iter* procedimentale unico che si svolge dinanzi al tribunale in camera di consiglio ed è aperto dal ricorso *ex art. 161*"; nel medesimo senso, M. Fabiani, "Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione", in *NLCC*, 2014, pag. 599.

<sup>11</sup> Sui termini, si veda la correttamente problematica posizione di L. del Federico, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., pag. 227 ss. La tesi che più rigorosamente riconduce la disciplina di cui all'art. 182-ter l.f. a un procedimento autonomo che si affianca al processo concordatario perviene alla conclusione, coerente con le sue premesse, secondo cui l'omessa presentazione della domanda all'Agenzia delle entrate si risolverebbe in una causa di inammissibilità della proposta di concordato (cfr. M. Allena, op. cit., pag. 171). Senza voler entrare nel merito della questione - per la cui soluzione non esistono indici normativi decisivi - non possiamo fare a meno di rilevare che la possibilità, ammessa dal medesimo Autore in ossequio a un condivisibile canone di ragionevolezza, di una presentazione "tardiva" (anche) su indicazione del giudice, per un verso costituisce un'evidente attenuazione della rilevanza "procedimentale" di tale adempimento (e, quindi, della "procedimentalizzazione" *tout court*) e, per altro verso, concorre a dimostrare come, nella prospettiva del processo concordatario, l'adempimento stesso appaia destinato ad essere "riassorbito" nell'ambito degli oneri documentali integrabili *ex art. 162 l.f.*

possa venire a conoscenza della domanda solo in una fase avanzata dalla procedura, cioè a seguito della comunicazione di cui all'art. 171 l.f. che, peraltro, potrebbe essere data mediante pubblicazione sui quotidiani nazionali; (b) conseguentemente, riservare alle Agenzie un sufficiente *spatium deliberandi* per l'assunzione delle proprie determinazioni.

D'altra parte, anche i più recenti documenti di prassi attestano che, nei fatti, fino al decreto che, eventualmente, dichiara l'ammissibilità della domanda e, anzi, fino al deposito della relazione dei commissari non vi sono, a prescindere dalla predetta ricognizione del debito fiscale, altre attività che assurgano a rango di fasi procedimentali in senso proprio<sup>12</sup>.

A ben vedere, infatti, a valle della presentazione del ricorso *ex art.* 161 l.f. e della contestuale comunicazione della domanda alle Agenzie, vi è solo lo svolgimento dell'ordinario processo concordatario, nel corso del quale le Agenzie svolgono attività a rilevanza esclusivamente "interna" che si conclude con il parere della direzione regionale (atto certamente "interno")<sup>13</sup> e, infine, con il voto.

Vale quanto dire che, in definitiva, se si prescinde dalle predette regole sostanziali, l'art. 182-*ter* l.f. si limita a prescrivere che, al fine di preparare il compimento di un atto tipico del processo concordatario, qual è il voto, il debitore deve comunicare la domanda concordataria alle Agenzie nello stesso momento in cui presenta il ricorso ai sensi dell'art. 161 l.f., imponendo così l'assolvimento di un onere meramente informativo ed esclusivamente funzionale a un agire delle Agenzie - ossia l'espressione del loro voto - che, riguardato nella prospettiva concordataria, in nulla si distingue da quello degli altri creditori.

Soprattutto, l'art. 182-*ter* l.f. non sembra in alcun modo idoneo - ed è questo un punto fondamentale - a smentire la tesi secondo la quale "La proposta si rivolge ai creditori ma ciascuno di loro non manifesta una adesione o un dissenso individuale dal momento che la volontà di ognuno è destinata a confluire nella volontà dell'intero ceto dei creditori. Ciò significa che l'incontro di volontà sulla proposta concordataria è asimmetrico: da un lato il debitore e dall'altro lato un gruppo, non organizzato, di tutti i creditori che esprimono la loro volontà secondo le regole del principio di maggioranza"<sup>14</sup>.

In effetti, la configurazione del trattamento dei debiti tributari come oggetto di un autonomo procedimento richiederebbe che analoga

---

<sup>12</sup> Cfr., la circolare n. 34/E/2020.

<sup>13</sup> Ci sembra convergere, in questa opinione, M. Basilavecchia, *L'azione impositiva nelle procedure concorsuali: il caso della transazione fiscale*, cit., pag. 81. Di opinione opposta, nel vigore della disciplina precedente alla riforma del 2016, L. del Federico, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., pag. 228 che inclinava per l'impugnabilità del parere.

<sup>14</sup> In questo senso, M. Fabiani, "Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione", in *NLCC*, 2014, pag. 590.

autonomia fosse riservata, in fin dei conti, anche alla manifestazione di volontà dell'Amministrazione finanziaria. Tuttavia, già prima della recente novella (soprattutto a decorrere dalla riforma del 2016) l'estraneazione delle Agenzie fiscali dal "gruppo, non organizzato, di tutti i creditori" poteva essere posta in discussione. Successivamente alla modifica dell'art. 180, comma 4, l.f., una simile conclusione appare ancora più ardua da sostenere specie se si considera che, come ci apprestiamo a dire, l'approdo della proposta al giudizio di omologazione si realizza anche in difetto del voto determinante dell'Amministrazione finanziaria.

Il che condurrebbe a escludere la possibilità di ricondurre il voto dell'Amministrazione finanziaria a un "accordo" in senso tecnico, in quanto l'accordo, anche per ciò che riguarda il trattamento dei debiti tributari, si realizza e si esprime solo secondo la struttura asimmetrica precedentemente indicata: fra debitore e la maggioranza dei creditori<sup>15</sup>.

E ciò, peraltro, con l'ulteriore particolarità, introdotta proprio nella recente novella, di cui occorre dare immediatamente conto.

**3.** - *Dal voto al giudizio di omologazione dopo la modifica di cui all'art. 180, comma 4, l.f.* - Fino alla votazione, pertanto, il concordato che veda coinvolte le Agenzie fiscali in nulla si distingue da ogni altro concordato se non per l'onere di previa comunicazione disciplinato dall'art. 182-ter, comma 2, l.f.

Non è così, però, una volta che si sia conclusa la fase della votazione e sia spirato il termine di cui all'art. 178 l.f. per l'espressione del voto postumo.

E ciò in quanto la recente modifica dell'art. 180, comma 4, l.f. introduce, sia pure implicitamente, una modifica assai significativa all'andamento del processo.

Anteriormente alla novella, infatti, il combinato disposto degli artt. 179 e 180 l.f. indicava chiaramente che, a seguito della votazione della proposta concordataria, si apriva un'alternativa secca: o "[...] non sono state raggiunte le maggioranze di cui all'art. 177" (così dispone l'art. 179, comma 1, l.f.) e allora il Tribunale dichiara l'inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 162, comma 2, Legge fall.; oppure (secondo quanto recita l'art. 180, comma 1 l.f.)

---

<sup>15</sup> Sulla base di queste premesse, ci permettiamo di ritenere che si possa portare alle estreme conseguenze l'affermazione, fondata sulla considerazione della disciplina anteriore alla riforma del 2016, secondo la quale, muovendosi nella prospettiva della svalutazione dell'accordo fra Amministrazione finanziaria e debitore, "l'accordo è un obiettivo tendenziale, che non ha valore di per sé, quanto piuttosto nella misura in cui, attraverso il voto favorevole del fisco, concorre a determinare l'approvazione del concordato" (così M. Basilavecchia, *L'azione impositiva nelle procedure concorsuali: il caso della transazione fiscale*, cit., pag. 76). Invero, come si indica nel testo, l'ulteriore sviluppo di tale corretto rilievo consiste nel ritenere che l'obiettivo tendenziale non si configura neppure, in senso tecnico, come un accordo "bilaterale", ma quale concorso della volontà dell'amministrazione alla formazione della volontà "del gruppo, non organizzato, dei creditori" nell'ambito e ai fini del predetto accordo asimmetrico.

“[...] il concordato è stato approvato a norma del primo comma dell’art. 177”, e allora si apre il giudizio di omologazione.

Secondo la disciplina previgente, quindi, il giudizio di omologazione non poteva che riguardare un piano approvato ai sensi dell’art. 177.

Questa affermazione, tuttavia, non corrisponde all’attuale disciplina perché l’art. 180, comma 4, l.f. dispone che “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”. Se, allora, l’adesione dell’Amministrazione finanziaria è “determinante” al fine del raggiungimento delle maggioranze, ma essa è mancata, non può che conseguire che la proposta non è stata approvata e, ciononostante, forma oggetto del giudizio di omologazione.

A seguito della novella - partendo dal presupposto a nostro avviso incontestabile che l’art. 180, comma 4, l.f. riguarda un’ipotesi di proposta non approvata per “mancanza” di un voto favorevole e “determinante” per il raggiungimento della maggioranza - fra le due soluzioni alternative prima indicate si inserisce, allora, quella della proposta non approvata, ma che sarebbe stata suscettibile di raggiungere la maggioranza se avesse ricevuto il voto favorevole da parte dell’Amministrazione finanziaria. In questo caso, il Tribunale non dichiarerà più l’inammissibilità della domanda, ma aprirà comunque - e nonostante la mancata approvazione - la fase del giudizio di omologazione ponendo in essere gli adempimenti previsti dal comma 1, dell’art. 180 l.f.

Il che costituisce una modifica nient’affatto trascurabile rispetto all’assetto previgente. Una modifica la cui portata non è attenuata dall’essere la nuova previsione affiancata al c.d. *cram down* disciplinato dal secondo periodo del medesimo art. 180, comma 4, l.f.

Invero, l’istituto del *cram down* propriamente detto opera comunque in relazione a una proposta approvata ai sensi dell’art. 177 l.f. (peraltro richiamato proprio dal secondo periodo del citato comma 4, dell’art. 180 l.f.) dal quale, infatti, si trae la regola sostanziale relativa alla formazione della volontà e all’espressione del consenso della maggioranza dei creditori (e delle classi), limitandosi l’art. 180 l.f. a disciplinare, sul piano processuale, gli effetti di un residuo (e qualificato) dissenso da parte di quei creditori che si siano costituiti nel giudizio di opposizione<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Come rileveremo fra breve, peraltro, il *cram down* si differenzia dal giudizio relativo alla maggiore convenienza della proposta concordataria non approvata dall’Amministrazione finanziaria per il fatto che il primo trova applicazione solo nel caso in cui vi sia un’espressa domanda di parte e, quindi, presuppone la costituzione, come opposenti, dei creditori dissenzienti (cfr., G. Carmellino, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, Napoli, 2018, pag. 157); viceversa, l’accertamento della maggiore convenienza della proposta concordataria non approvata dall’Amministrazione finanziaria deve aver luogo anche d’ufficio



Viceversa, la proposta di cui si occupa l'ultima parte dell'art. 180, comma 4, l.f. è certamente una proposta non approvata essendo mancato il voto favorevole di uno specifico e "determinate" creditore, cioè l'Amministrazione finanziaria.

Sembrirebbe lecito affermare, pertanto, che all'ipotesi della proposta non approvata (disciplinata dall'art. 179 l.f.) e a quella della proposta approvata *tout court* (del quale, fino all'ultima riforma, si occupava l'art. 180 l.f.), si aggiunge l'ulteriore fattispecie della proposta assistita da una *ficta probatio*, ossia da un'equiparazione legale fra proposta approvata ai sensi dell'art. 177 l.f. e proposta non approvata là dove i voti determinanti per la mancata approvazione siano quelli dell'Amministrazione finanziaria.

Come ci sembrano confermare alcune considerazioni che svolgeremo fra breve, infatti, non appare possibile nemmeno parlare di approvazione "con riserva" o *sub condicione*, perché un simile inquadramento renderebbe necessario che lo scioglimento della riserva in senso negativo (o, a seconda dell'opzione preferita, il mancato accertamento della sussistenza dell'elemento condizionante) faccia regredire la proposta al rango di quella non approvata con conseguente applicazione dell'art. 179 l.f., con tutte le implicazioni del caso (anche sul piano delle impugnazioni, come vedremo).

Al contrario, invece, la disciplina vigente pare univocamente indicare che la proposta per cui manca il voto favorevole e determinante dell'Amministrazione finanziaria accede (nonostante tale mancanza) definitivamente (e non precariamente) al giudizio di omologazione.

**4. - Il giudizio di omologazione: a) in assenza di opposizioni** - In assenza di altre deroghe espresse, non si può fare a meno di ritenere, quindi, che - anche nel caso di una proposta *ficta probata* - le fasi del giudizio di omologazione restano quelle previste dai primi due commi dell'art. 180 l.f.

Quindi, avremo: il giudice delegato che riferisce al Tribunale; la fissazione da parte del Tribunale della data per l'udienza in camera di consiglio; la pubblicazione del decreto e la notificazione ai creditori dissenzienti fra i quali deve intendersi compresa, ovviamente, l'Agenzia delle entrate; nonché la costituzione in giudizio del debitore, del commissario, dei creditori dissenzienti e di ogni altro interessato.

Quest'ultimo dato deve essere sottolineato per i motivi che saranno chiariti più oltre: l'Agenzia delle entrate sarà parte del giudizio di omologazione solo se si costituirà tempestivamente ai sensi del comma 2, dell'art. 180 l.f.

Pur se non è espressamente previsto, ci sembra quasi banale rilevare che la novella incide anche sull'art. 180, comma 3, l.f.

---

e finanche nel caso (forse remoto, ma astrattamente non impossibile) in cui non vi siano opposizioni.

Nella sua formulazione testuale, in mancanza di opposizioni, il Tribunale dovrebbe limitarsi alla verifica delle maggioranze per poi omologare il concordato in caso di esito positivo. Ma, come sappiamo, nell'ipotesi in cui l'Agenzia delle entrate non abbia votato positivamente, pur in assenza di opposizioni (circostanza che potrebbe ben realizzarsi in caso di omessa o tardiva costituzione ai sensi dell'art. 182, comma 2, l.f.), la verifica delle maggioranze condurrebbe per definizione a un esito negativo. Cosicché, si deve ritenere che la previsione dell'ultimo periodo dell'art. 180, comma 4, l.f. si applichi pure nell'ipotesi di mancanza di opposizioni.

Anche ove non vi siano opposizioni, in altri termini, il giudice, contrariamente a quanto previsto dall'art. 180, comma 3, l.f., non potrà procedere all'omologazione, ma dovrà quindi estendere il proprio sindacato, al di là delle verifiche testualmente prescritte dall'art. 180, comma 3, l.f., anche all'accertamento della maggiore convenienza della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare<sup>17</sup>.

Né, d'altra parte, ciò deve sorprendere se si considera che, come sottolineato dalla migliore dottrina, il giudizio di omologazione non è strutturalmente diverso a seconda che siano state presentate, o meno, opposizioni<sup>18</sup>. La presenza di opposizioni può determinare una modifica dell'insieme dei fatti sui quali il giudice deve portare la propria cognizione, ma questo è, evidentemente, un dato non strutturale. La diversa estensione quantitativa dei fatti che il Tribunale deve accertare a seconda che vi siano, o meno, opposizioni non qualifica diversamente il giudizio di omologazione.

In effetti, la formulazione del terzo e del quarto comma dell'art. 180 non dovrebbe far velo al fatto che essi recano la complessiva disciplina di una medesima fase giudiziale<sup>19</sup>. Cosicché, ad esempio, le iniziative istruttorie, pur essendo espressamente menzionate nell'art. 180, comma 4, l.f., devono ritenersi assumibili anche in mancanza di opposizioni<sup>20</sup>.

Conseguentemente, è perfettamente coerente con la disciplina vigente, ma pure necessario sul piano della coerenza giuridica, concludere che il

---

<sup>17</sup> Per alcune interessanti considerazioni sul giudizio di convenienza, cfr. M. Golisano, *La nuova transazione fiscale dell'art. 63 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: fra nuove difficoltà interpretative, inediti poteri sostitutivi e definitive conferme circa la vincolatezza della funzione esercitata*, cit., pag. 511.

<sup>18</sup> In questo senso, ampiamente, I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, cit., pag. 583.

<sup>19</sup> Unitarietà ulteriormente rafforzata nel nuovo Codice secondo quanto puntualmente segnalato da I. Pagni, "Codice della crisi e dell'insolvenza", in *Corr. giur.*, 2019, pag. 1168.

<sup>20</sup> Cfr., ancora, I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, cit., pag. 593; V. Giorgi, "Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione", in *Dir. fall.*, 2015, I, pag. 415 e M. Fabiani, "L'omologazione del nuovo concordato preventivo", in *Fall.*, 2020, pag. 1315 dove anche la segnalazione che la soluzione predetta, implicita nella legge fallimentare, è ora espressamente affermata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (v. art. 48, comma 3).

Tribunale, anche nel giudizio di omologazione che si svolge in assenza di opposizioni, deve conoscere i fatti rilevabili d'ufficio ed emergenti direttamente dal fascicolo processuale - qual è, senza tema di smentita, l'assenza del voto determinante dell'Amministrazione finanziaria - e subordinare l'omologazione al positivo accertamento della maggiore convenienza della soluzione concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria.

**5.** - *Segue: b) in presenza di opposizioni: diversità e ordine delle questioni (e loro riflessi in tema di impugnazioni)* - La presenza di opposizioni - mentre non produce effetti, come si è detto, sull'oggetto del giudizio - determina la necessità per il giudice di prendere in considerazione anche i fatti e le questioni che, nella prospettiva del processo di concordato preventivo complessivamente considerato, sono attratte alla cognizione giudiziale solo per il tramite dell'esercizio dei poteri e delle iniziative di parte.

In sé, questo dato non rappresenterebbe una particolarità rilevante ai fini del tema che qui si sta indagando - costituito dalle specificità del concordato preventivo riguardante i debiti fiscali - se non fosse che esso sollecita un interrogativo che può essere d'ausilio per mettere meglio a fuoco i termini del problema.

L'interrogativo è se la questione attinente all'esistenza della fattispecie alternativa al voto determinante dell'amministrazione (ossia quella maggiore convenienza che rende possibile l'omologazione anche del piano non approvato equiparato *ex lege* a quello approvato) debba essere trattata secondo un ordine prestabilito e diverso rispetto alle altre.

Riguardato da un punto di vista esclusivamente logico, questo interrogativo sembrerebbe destinato a una risposta necessariamente affermativa, essendo chiaro che la delibazione della regolarità della procedura e dell'esito della votazione sono logicamente pregiudiziali rispetto alle altre e che la decisione della maggiore convenienza della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare è, a sua volta, logicamente pregiudiziale rispetto a ogni altra questione di merito. È palese, infatti, che se il predetto giudizio di maggiore convenienza si dovesse concludere negativamente non avrebbe senso accertare la fondatezza delle opposizioni.

Questa progressione logica non trova riscontro, però, sul piano normativo. Anzi, l'art. 180, comma 4, l.f. sembra invertire il predetto ordine logico e considerare il momento dell'accertamento della maggiore convenienza quale passaggio conclusivo del giudizio di omologazione.

E in effetti, a ben considerare, la sequenza suggerita dalla logica appare in qualche misura fuorviante per motivi che attengono, da un lato, alla struttura del giudizio e, dall'altro, verosimilmente, al suo oggetto.

Quanto alla struttura del giudizio, la delineata astratta successione logica delle questioni potrebbe risultare con essa non pienamente compatibile, perché si è dinanzi a un processo che si svolge nelle forme del rito camerale, le quali si caratterizzano proprio per la loro essenzialità

funzionale alla celerità e snellezza del giudizio<sup>21</sup>. Cosicché sarebbe perfettamente congruente rispetto alle regole processuali proprie del giudizio in camera di consiglio che il giudice, assunte le necessarie iniziative istruttorie ed espletato il contraddittorio strettamente indispensabile, assuma la decisione in merito all'omologabilità della proposta valutando simultaneamente e nel loro complesso le questioni a tale fine rilevanti, ivi inclusa quella relativa alla maggiore convenienza, senza dover rispettare alcun ordine predeterminato.

Come detto in precedenza, l'inesistenza di un carattere giuridicamente preliminare proprio della questione relativa all'omologabilità di quei concordati per i quali non consti il voto favorevole e determinante dell'Amministrazione finanziaria, oltre che dai motivi strutturali ai quali si è accennato, potrebbe farsi discendere, poi, da una considerazione relativa all'oggetto del giudizio di omologazione.

È noto che - semplificando al massimo i termini di una questione assai più complessa - le soluzioni prospettate a tale proposito gravitano intorno a due poli occupati, rispettivamente, (i) dalla tesi secondo cui il giudizio di omologazione avrebbe come oggetto la conformità ai propri parametri di legalità dell'accordo raggiunto fra debitore e (gruppo dei) creditori in ordine alla soluzione negoziata della crisi al fine di conferire efficacia all'accordo medesimo e (ii) dalla tesi per la quale l'oggetto dell'omologazione è l'accertamento del potere di ottenere la regolazione della crisi secondo determinate regole e, in particolare e secondo una recente prospettiva, l'accertamento negativo del potere dei creditori di ottenere la regolazione della crisi secondo le modalità fallimentari del concordato (e con conseguente conformazione delle posizioni soggettive dei creditori)<sup>22</sup>.

Ora, come abbiamo più volte rilevato, la formula dell'art. 180, comma 4, l.f., consentendo di omologare anche una proposta non approvata, implica, evidentemente, la possibilità che si abbia un concordato omologato, ma senza accordo negoziale.

Conseguentemente, in questa ipotesi, siamo posti al cospetto di una fattispecie che, almeno in prima battuta, sembra meno agevolmente riconducibile all'interno dello schema in cui l'omologazione serve a dare efficacia a un negozio, secondo la prima delle due alternative teoriche sommariamente richiamate.

Viceversa, nella prospettiva della seconda tesi il primato è attribuito al potere del debitore di regolare in termini concordatari la crisi e il consenso gioca, in definitiva, un ruolo meno decisivo in quanto, come è stato detto, il potere del debitore "preesiste alla prestazione del consenso ed il consenso è

---

<sup>21</sup> Cioè le caratteristiche che inducono il legislatore all'adozione di quel "contenitore neutro" delineato dai giudici di legittimità fin da Cass. 19 giugno 1996, n. 5626.

<sup>22</sup> Cfr. M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, cit., *passim* e G. Carmellino, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, cit., pag. 153.

solo un mezzo di attuazione del potere”. Cosicché, è forse più agevole ricondurre a tale ordine d’idee il giudizio di omologazione della proposta non approvata per assenza del voto favorevole e determinante dell’Amministrazione finanziaria. E ciò in quanto si potrebbe sostenere che, anche in tale ipotesi, l’oggetto del giudizio resti sempre il diritto potestativo di regolazione in chiave concordataria della crisi con la sola (ma certo tutt’altro che trascurabile!) peculiarità che si tratterebbe di un diritto potestativo per la cui attuazione non sarebbe indispensabile la manifestazione del consenso da parte dell’Amministrazione finanziaria.

Ciò che, tuttavia, occorre rimarcare ai nostri fini è che, testualmente, l’art. 180, comma 4, l.f. non sembra legittimare una lettura secondo la quale, come fase preliminare del giudizio di omologazione in senso proprio, il Tribunale debba conoscere della maggiore convenienza della soluzione concordataria al mero fine di accertare se la proposta può assumersi come approvata (sia pure per l’operare di una fattispecie alternativa ed equiparata *ex lege* al voto favorevole). Se, invero, questa fosse la sequenza dell’accertamento giudiziale sul piano giuridico, ne deriverebbe anche che all’esito negativo del primo accertamento dovrebbe conseguire la qualificazione della proposta come (definitivamente) non approvata ai sensi dell’art. 179 l.f. Ma di tutto questo non vi è traccia nella disciplina vigente che, come abbiamo detto in precedenza, non consente di supporre che la proposta non approvata per carenza del voto favorevole e determinante dell’Amministrazione finanziaria sia ammessa al giudizio di omologazione “con riserva” o sotto condizione.

Il che, a ben vedere, si coordina pienamente con la (e trova conferma nella) disciplina delle impugnazioni.

È noto, infatti, che, secondo l’interpretazione della Suprema Corte di Cassazione<sup>23</sup>, il decreto emesso ai sensi dell’art. 180 l.f. che nega l’omologazione senza dichiarare il fallimento è sempre - sia pure per diverse vie - suscettibile di ricorso per cassazione, mentre, al contrario, il decreto che conclude il giudizio ai sensi dell’art. 179 l.f. (ove all’inammissibilità non consegua il fallimento) non lo è mai.

Il differente regime non dipende evidentemente dal contenuto dei due provvedimenti, ma dal fatto che, secondo la Suprema Corte di Cassazione, il decreto emesso ai sensi dell’art. 180 l.f., diversamente da quello di cui all’art. 179 l.f., concluderebbe un giudizio contenzioso, là dove tale carattere è fatto discendere non dall’incidenza del provvedimento sui diritti, ma dalla sola struttura del procedimento, ossia dal suo svolgersi in contraddittorio, anche potenziale, con altri controinteressati.

---

<sup>23</sup> Cfr. Cass., SS.UU., sent. 28 dicembre 2016, n. 27703, in *Fall.*, 2017, pag. 537 con nota di I. Pagni, “Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato e accordi nella prospettiva delle Sezioni Unite”.

Questa soluzione, in disparte ogni considerazione sulla sua condivisibilità, è palesemente improntata a un certo grado di formalismo, proprio perché la natura contenziosa del giudizio è fondata sul solo dato strutturale - la presenza, cioè, del contraddittorio - e prescindendo dagli aspetti sostanziali - ossia l'esistenza di una controversia risolta da un provvedimento che decide sui diritti oltre a incidere sugli stessi<sup>24</sup>.

Come tutte le soluzioni formali, la sua tenuta è comunque condizionata alla sussistenza di un minimo livello di congruenza fra forma e sostanza. E, a nostro avviso, tale congruenza verrebbe in larga misura pregiudicata ove si configurasse l'accertamento negativo della maggiore convenienza della soluzione concordataria come lo scioglimento negativo della riserva con la quale la proposta era stata ammessa al giudizio di omologazione. Se, infatti, il decreto emesso ai sensi dell'art. 180 l.f. si limitasse a dichiarare l'inammissibilità della proposta per effetto di una decisione preliminare (o di un giudizio incidentale) in ordine alla sua mancata approvazione unitamente alla mancata integrazione della fattispecie alternativa della maggiore convenienza esso non riuscirebbe a differenziarsi, sostanzialmente, dal decreto di analogo contenuto emesso ai sensi dell'art. 179 l.f.

Viceversa, la distinzione di regime delle impugnazioni si spiega più agevolmente se, per un verso, si ammette che il giudizio di omologazione prende le mosse, comunque, da una proposta approvata (*strictu senso* o *ficta*) e che, correlativamente, l'accertamento della maggiore convenienza non è funzionale allo scioglimento dell'ammissione al giudizio di omologazione con riserva, ma è solo l'accertamento di uno dei fatti rilevanti (senza altre qualificazioni) per l'omologazione.

Diversamente detto, ci sembra che l'indagine velocemente svolta - i cui risultati dovranno essere necessariamente confermati, oltre che dall'ulteriore riflessione teorica, anche e soprattutto dall'esperienza giurisprudenziale - conferma che, anche nell'economia del giudizio di omologazione, la questione della maggiore convenienza - da delibarsi in caso di assenza del voto favorevole e determinante dell'Amministrazione finanziaria - non si distingue, in termini processualmente qualificati, dalle altre questioni oggetto di cognizione in fase di omologazione.

**6. - Inconfigurabilità dell'accertamento della maggiore convenienza come giudizio sull'azione amministrativa** - La conclusione cui siamo appena pervenuti sembrerebbe dunque attestare che il giudizio sulla "maggiore

---

<sup>24</sup> Rileva, infatti, criticamente I. Pagni, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato e accordi nella prospettiva delle Sezioni Unite*, cit., pag. 549 che, in effetti, "per stabilire la natura della giurisdizione si deve guardare all'oggetto del procedimento e non alla sua struttura".

convenienza” si colloca pienamente ed esclusivamente nel contesto di un giudizio camerale<sup>25</sup>.

Un giudizio, cioè, potenzialmente privo di parti diverse dal debitore e dal commissario o, viceversa, con una ampia platea di effettivi partecipanti<sup>26</sup> i quali, però, secondo un convincimento largamente diffuso, non introducono domande in senso tecnico, in quanto le opposizioni si risolvono nell'allegazione di meri fatti che il giudice deve valutare al fine di decidere circa l'omologabilità della convenzione<sup>27</sup> e che non possono probabilmente configurarsi neppure come eccezioni in senso proprio.

Un giudizio, peraltro, che sfocia in provvedimenti rispetto ai quali l'Amministrazione finanziaria, come logica conseguenza del fatto che la qualità di parte si acquista solo per effetto della costituzione in giudizio (e non, quindi, in quanto soggetto potenzialmente destinatario degli effetti della domanda), è legittimata a proporre reclamo solo ove si sia costituita ai sensi dell'art. 180, comma 2, l.f. (e non per il semplice fatto di avere espresso voto contrario alla proposta).

L'insieme di questi dati indica, a nostro avviso, la mancanza delle condizioni minime per poter ipotizzare che, nell'ambito del giudizio di omologazione, la cognizione del Tribunale in ordine alla maggiore convenienza della soluzione concordataria si traduca, in termini giuridici, in un giudizio sul corretto esercizio del potere<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Sarebbe chiaramente un fuor d'opera diffondersi, sia pure in una nota a piè di pagina, sui caratteri del giudizio camerale nei suoi rapporti con la giurisdizione non contenziosa o volontaria, specie considerando che nel secolo scorso il confronto su tali temi ha impegnato i massimi studiosi della disciplina processuale. Ci sembra, allora, sufficiente richiamare, per il suo altissimo valore metodologico e concettuale nonché per la sua idoneità a fornire anche un perfetto quadro di sintesi di quel dibattito, l'imprescindibile contributo di A. Cerino Canova, "Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria", in *Riv. dir. civ.*, I, pag. 431 ss.

<sup>26</sup> È opinione pacifica che, insieme al debitore e al commissario, sia litisconsorte necessario la *collettività dei creditori*. I singoli creditori, invece, divengono parti solo se e nella misura in cui si oppongono e si costituiscono: cfr. G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda alla omologazione*, Padova, 1988, pag. 454 e G. Carmellino, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, cit., pag. 148.

<sup>27</sup> Cfr. M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, cit., pag. 609; G. Carmellino, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, cit., pag. 154.

<sup>28</sup> È da questo punto che la nostra tesi si discosta da quella sostenuta dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 8504/2021. Correttamente, infatti, la Corte di Cassazione afferma che, in caso di voto negativo, il debitore non può trovare tutela dinanzi alle commissioni tributarie dovendosi tutto risolvere nell'ambito della procedura concorsuale. Ma, poi, configura l'intervento del giudice fallimentare come "tutela". Conclusione che si può anche accogliere nella prospettiva di una nozione amplissima e atecnica di "tutela", ma che non può significare che al giudice fallimentare sia affidata, nell'ambito di un giudizio che dovrebbe avere struttura necessariamente contenziosa, la controversia fra debitore e Amministrazione finanziaria circa il corretto esercizio del potere. E questo, semplicemente perché tale controversia non esiste. La posizione della Cassazione, peraltro, appare ancora più problematica nella misura in

Un simile giudizio dovrebbe essere conformato, al contrario di quello disciplinato dall'art. 180 l.f., come contenzioso in senso stretto, quindi:

- retto dal principio della domanda;
- con parti necessarie, ossia qualificate come tali per effetto dell'esistenza di una domanda il cui accoglimento è destinato a produrre effetti nei loro confronti;
- con conseguente legittimazione all'impugnazione la cui titolarità non sarebbe condizionata all'effettiva costituzione;
- con l'impossibilità di partecipazione di altre parti che non siano quella titolare del potere eventualmente oggetto di giudizio e quella direttamente incisa dall'esercizio del potere medesimo.

L'assenza di questi elementi minimi depone univocamente, a nostro avviso, per una soluzione che, a ben vedere, non deve neppure sorprendere eccessivamente<sup>29</sup>. Ed è che la modifica dell'art. 180, comma 4, l.f., sebbene certamente e grandemente innovativa, non ha trasformato il giudizio di omologazione in una sorta di ornitorinco in cui conviverebbero una giurisdizione essenzialmente volontaria e una giurisdizione contenziosa sul corretto esercizio del potere amministrativo.

Il giudizio di omologazione - anzi, più correttamente, l'intero giudizio che si apre con il ricorso *ex art. 161 l.f.* - resta un giudizio che "incide" sui diritti, ma non "decide" sui diritti (anche se, evidentemente, il grado di incisività è tanto elevato da giustificare ampiamente anche il ricorso per cassazione).

Sul punto è necessario essere ancora più specifici.

Il dato che ci preme evidenziare è che, se si riguarda l'agire dell'Amministrazione finanziaria in quello che, per mutuare un'espressione tanto celebre, quanto abusata, potremmo definire il "prisma" del giudizio di omologazione, non si può sfuggire alla considerazione che esso regredisca a mera *quaestio facti*.

---

cui essa, per un verso, esclude che nel caso in decisione potesse applicarsi la disciplina riformata nel 2020, per altro verso, come abbiamo detto, ritiene "giustiziabile" il corretto esercizio del potere sia pure nell'ambito delle ordinarie fasi del giudizio concorsuale. Il che pone il difficile interrogativo di quale sia la fase in cui tale controversia possa essere realizzata: se questa è la fase dell'omologazione, allora si dovrebbe ammettere che già con la previgente disciplina sarebbe stato omologabile un piano non approvato, conclusione assai opinabile e che escluderebbe quindi ogni valore innovativo all'intervento che qui si sta commentando. Se, viceversa, si ritenesse che questa fase deve precedere il giudizio di omologazione, si dovrebbe comunque operare una ricostruzione - per via di interpretazione giudiziale - della disciplina del procedimento in modo da accogliere al suo interno un vero e proprio giudizio contenzioso fra alcune delle parti del processo concordatario secondo un modulo che, in linea di principio, è estraneo al giudizio camerale ivi delineato.

<sup>29</sup> Anche perché, come abbiamo indicato fin dall'esordio di questo breve saggio, si tratta di conclusione già perspicuamente anticipata con la massima chiarezza da F. Randazzo, *Il "consolidamento" del debito tributario nella transazione fiscale*, cit., pag. 836 ss.



Ai fini dell'omologazione rileva esclusivamente il fatto che l'Agenzia abbia espresso o non abbia espresso voto favorevole: nel primo caso la proposta è comunque approvata, nell'ipotesi opposta la proposta è approvata *ex lege* (ove il voto sia determinante) ed è omologata se, unitamente agli altri fatti che normalmente condizionano l'omologazione, risulta provato un fatto ulteriore costituito dalla maggiore convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria (come risultante dalla specifica attestazione).

Questo non esclude, naturalmente, che i temi della qualificazione della posizione dell'Agenzia delle entrate, della natura del potere, del rilievo del principio di indisponibilità non abbiano più alcun significato.

Si tratta di temi certamente fondamentali, pur tuttavia essi restano estranei al giudizio di omologazione che, lo ripetiamo, non è destinato a decidere una lite fra il titolare del potere e il suo destinatario, ma si svolge al fine di risolvere le questioni di fatto incidenti sull'adozione del provvedimento di omologazione.

**7.** - *Alcune conseguenze dell'interpretazione proposta* - Ove si accolga la soluzione che qui prospettiamo - in quanto ci sembra l'unica coerente, non tanto con le categorie generali, quanto e soprattutto con il dato normativo - è agevole risolvere anche alcune questioni che la prassi, specie quella amministrativa, non ha affrontato con la necessaria chiarezza.

In primo luogo, si pone il tema della motivazione il quale non può che riflettere l'approccio più generale alla problematica. Se, come ci sembra di dover preferire, si considera che l'istruttoria compiuta dall'Amministrazione finanziaria è funzionale all'assunzione di una decisione rilevante, nella prospettiva del processo concordatario, come un mero fatto, al quale non si collega un giudizio sull'atto o sull'esercizio del potere, bensì il mero accertamento dell'esistenza di una fattispecie alternativa (quella della maggiore convenienza), è palese, allora, che la presenza della motivazione diventa, in questa prospettiva, del tutto irrilevante. Semmai, essa sarà rilevante in altri contesti e ad altri fini - per esempio quello del giudizio di responsabilità erariale - che, come tali, non escludono la sua presenza ma ne impongono una conformazione del tutto diversa da quella che risulterebbe propria nella logica del sindacato sul corretto esercizio del potere<sup>30</sup>.

La circolare n. 34/E/2020 fa riferimento, poi, ad una serie di valutazioni che l'Agenzia dovrebbe porre in essere nell'ambito della propria attività conoscitiva e valutativa. A questo riguardo, ci sembra che - ove si adotti la

---

<sup>30</sup> Per un'ipotesi della possibile rilevanza dei vizi dell'agire amministrazione su piani diversi da quelli del giudizio sull'atto, cfr., ad esempio, M. Basilavecchia, *L'azione impositiva nelle procedure concorsuali: il caso della transazione fiscale*, cit., pag. 82, il quale prospetta esemplificativamente la possibilità di un'azione risarcitoria.

chiave interpretativa qui suggerita - non sia particolarmente proficuo interrogarsi in ordine alla pertinenza di siffatte valutazioni rispetto alla decisione sul voto. Posto, infatti, che in sede di giudizio di omologazione il Tribunale si dovrebbe limitare a constatare che vi è la mancanza del voto determinante dell'Amministrazione finanziaria e, quindi, ad accertare la maggiore convenienza del concordato rispetto alla soluzione liquidatoria, il vero tema attiene a quale sia il momento e la forma nella quale le ulteriori valutazioni dell'Amministrazione finanziaria potranno fare ingresso nel giudizio di omologazione.

La risposta a questo dubbio risulta, in fin dei conti, abbastanza scontata. Come abbiamo ricordato, l'Amministrazione finanziaria è sicuramente legittimata a costituirsi parte del giudizio di omologazione e sarà quindi in veste di opponente costituito che avrà il potere processuale e l'onere di introdurre nel processo tutte le ulteriori questioni di fatto che possano essere ritenute pertinenti rispetto all'oggetto del giudizio<sup>31</sup>.

Ed è evidente che, in tale prospettiva, oltre alle questioni che attengono alla convenienza della proposta, potranno ben farsi valere anche le questioni che riguardano la fattibilità del piano o i vizi dell'*iter* concordatario e così via.

Infine, una volta che si rifugga dalla tentazione di considerare l'intervento del Tribunale *ex art.* 180, comma 4, l.f. alla stregua di un intervento giudiziale in senso stretto (ossia rivolto alla soluzione di una controversia avente ad oggetto il corretto esercizio del potere) o comunque in chiave rimediata rispetto a un'inerzia negativamente valutata dall'ordinamento, l'inquadramento dell'assetto complessivo si presta ad essere alquanto semplificato.

Nel senso che, in definitiva, l'intervento del Tribunale (*ex art.* 180, comma 4, u.p., l.f.) risulta essere sostanzialmente la conseguenza di una scelta dell'Amministrazione finanziaria la quale - mentre gestisce in autonomia il credito ove la sua posizione non sia determinante ai fini dell'approvazione della proposta e pure nei casi in cui il suo voto sia determinante a tal fine, ma il giudizio di convenienza si presenta agevole - è consapevole che, nelle ipotesi in cui il suo voto sia determinante e il giudizio di convenienza si appalesi complesso, può omettere il voto favorevole senza impedire che la proposta sia soggetta al medesimo regime delle proposte approvate e, così, provocare l'intervento del Tribunale.

Da questo punto di vista, si potrebbe anzi ipotizzare che la scelta del legislatore di non fare espressamente riferimento all'ipotesi del voto contrario, ma solo a quella del voto mancante, sia da interpretare alla stregua di un'indicazione secondo la quale là dove l'Amministrazione finanziaria non

---

<sup>31</sup> Sulle modalità di esercizio della facoltà di opposizione e delle contestazioni che l'amministrazione può sollevare in tale occasione, cfr. Cass. civ., Sez. I, sent. 30 gennaio 2017, con nota di M. Ratti, "L'opposizione all'omologazione del creditore irregolare", in *Fall.*, 2017, pag. 652 ss.

ravvisi essa stessa gli estremi per il voto favorevole, può optare per rimettere la decisione al Tribunale e, quindi, astenersi dal voto senza esprimere, invece, il voto contrario.

A sua volta, l'intervento del Tribunale reso necessario dalla scelta dell'Amministrazione finanziaria sarebbe del tutto in sintonia con l'esercizio della funzione di volontaria giurisdizione come attività sostanzialmente amministrativa di gestione di interessi<sup>32</sup>.

**8.** - *La giustificazione del sistema* - Ci si deve chiedere, a questo punto, se il sistema che emerge da questa ricostruzione risulti nel complesso ragionevole e giustificato.

È bene provare, in primo luogo, a sintetizzare i tratti essenziali della nostra proposta interpretativa, secondo la quale il "Fisco creditore":

a) già prima e indipendentemente dal concordato preventivo è titolare di crediti normalmente assistiti da privilegio;

b) riceve nel concordato un trattamento preferenziale per quanto riguarda i limiti massimi (relativamente agli altri creditori) della falcidia cui il suo credito può essere sottoposto;

c) è destinatario di regole speciali per quanto riguarda le modalità di conoscenza della proposta al fine di determinare - e comunicare - l'esatto ammontare del proprio credito;

d) quando il suo voto non è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza, è posto su un piano di assoluta parità, per il resto, rispetto agli altri creditori nel senso che esso se, per un verso, può concorrere o meno ad esprimere la volontà collettiva, per altro verso, al pari degli altri creditori dissenzienti, subirà gli effetti della volontà collettiva medesima e, tuttavia, non sarà arbitrariamente soggetto a tale maggioranza, perché questa non potrà comunque realizzare una falcidia del suo credito eccedente i limiti di contenuto che l'art. 182-ter l.f. stabilisce per il piano;

e) quando il suo voto è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza, esso concorre, in definitiva, alla formazione della volontà del gruppo con l'assistenza, per così dire, del Tribunale nei casi in cui il giudizio di convenienza si palesa di maggiore complessità.

Se questi, come sembrerebbe, sono gli essenziali profili caratterizzanti il trattamento dei crediti tributari nel concordato preventivo, si potrebbe concludere che la tutela dell'interesse fiscale, in una circostanza così particolare com'è quella del concordato nel quale esso (interesse) "concorre" con altri plurimi interessi, è, di fatto, realizzata senza coinvolgere il piano soggettivo, cioè quello della funzione attribuita all'amministrazione e dei vincoli cui essa soggiace (ossia il piano, per intenderci, della indisponibilità della funzione o del credito), restando, invece, interamente collocata sul

---

<sup>32</sup> Per un quadro generale e anche per i rinvii bibliografici, si rinvia a E. Fazzalari, "Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)", in *Enc. dir.*, Milano, pag. 331 ss.

piano oggettivo delle tutele normative rappresentate dai privilegi propri del credito tributario e dai limiti di contenuto del piano per quel che concerne il trattamento dei crediti, da un lato, e dall'intervento giudiziale, dall'altro lato.

I primi due profili della tutela dell'interesse erariale (carattere privilegiato del credito e limiti di contenuto del piano) non assicurano, ovviamente, che il credito sia interamente soddisfatto, perché questo è un obiettivo non ragionevolmente perseguibile visto che nessuna legge può garantire in ogni caso al creditore di ottenere dal debitore una somma eccedente il suo patrimonio. Essi garantiscono, piuttosto, che tale soddisfazione non sia soggetta integralmente alle regole del concorso con gli altri creditori e ciò in quanto escludono, a monte del concordato, la *par conditium* attraverso le legittime cause di prelazione e, in sede di processo concordatario, l'assoluta soggezione del Fisco alla "tirannia" delle maggioranze.

Il terzo profilo (quello dell'intervento giudiziale) assicura la miglior valutazione della convenienza della soluzione concordataria la quale, nel caso dell'impresa in crisi, presenta un'evidente peculiarità determinata da ciò che il valore del patrimonio aziendale - sempre di per sé di complessa quantificazione, perché non può che essere operata in una logica "prospettica" - assume una accentuata variabilità (e opinabilità) quando si deve tener conto di un complesso di elementi futuri (continuità della gestione, valore dell'attivo liquidato *in bonis* o in sede fallimentare, esito delle azioni revocatorie o dei giudizi di responsabilità ecc.). Ed è allora in questa prospettiva che la "gestione degli interessi" operata in sede di volontaria giurisdizione può legittimamente considerarsi come la sede più opportuna per operare la valutazione comparativa suddetta e, proprio perché la decisione è orientata a individuare cosa consente di ottenere il risultato migliore, conferma il sostanziale dissolversi dei caratteri di effettiva disposizione del credito, almeno nella prospettiva potenzialmente in conflitto con il principio di indisponibilità, relativamente alle decisioni favorevoli alla soluzione concordataria<sup>33</sup>.

A sua volta, l'interesse del debitore - o, se si vuole, il suo diritto alla regolazione della crisi secondo determinate modalità - trova, nei confronti del "creditore Fisco" e delle sue determinazioni, le medesime "tutele" alle quali il medesimo può aspirare nei confronti della generalità dei creditori - giacché quell'interesse è sempre attuato per il tramite di un accordo con la maggioranza dei creditori che il debitore deve persuadere sulla base di oggettivi riscontri numerici e della qualità economica e finanziaria del

---

<sup>33</sup> Secondo il puntuale rilievo di G. Falsitta, "Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo", in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, pag. 1066, puntualmente ripreso da M. Golisano, *La nuova transazione fiscale dell'art. 63 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: fra nuove difficoltà interpretative, inediti poteri sostitutivi e definitive conferme circa la vincolatezza della funzione esercitata*, cit., pag. 526.

piano - con, in più, la possibilità che il giudizio di convenienza, cui devono essere improntate le scelte dell'Amministrazione finanziaria, sia operato dal Tribunale, non in veste di giudice di una controversia sul corretto esercizio del potere, ma nell'ambito dell'attività di "gestione degli interessi" tipicamente pertinente alla giurisdizione volontaria e che dovrebbe assicurare una valutazione scevra dai condizionamenti inevitabilmente incombenti su un apparato amministrativo titolare di una funzione orientata alla massimizzazione del gettito.

In conclusione, fermo restando che le criticità delle soluzioni riflesse dal sistema normativo devono necessariamente valutarsi alla luce della concreta esperienza applicativa, sembrerebbe, allora (e fino a quando tale esperienza non contraddica, eventualmente, l'analisi teorica), che il trattamento dei debiti tributari nel concordato preventivo abbia raggiunto, al termine di un percorso piuttosto tortuoso, un punto di equilibrio del tutto ragionevole<sup>34</sup>.

GUGLIELMO FRANSONI

---

<sup>34</sup> E destinato a trovare continuazione a seguito dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza posto che, per un verso, le soluzioni introdotte dalla novella del 2020 rappresentano un'anticipazione delle formule già presenti nel Codice e, per l'altro verso, la struttura del procedimento di omologazione del concordato preventivo non muta, in quel contesto, in modo sostanziale essendo volte a "rendere più coerente e più lineare il procedimento, ma non sono dotate di rilievo sistematico significativo" ancorché, forse, il fatto che l'omologazione sia pronunciata con sentenza possa rafforzare la tesi favorevole a individuare l'oggetto del giudizio nel potere del debitore di chiedere l'accertamento del diritto potestativo alla regolazione della crisi in forma concordataria (sul punto cfr. M. Fabiani, "L'omologazione del nuovo concordato preventivo", in *Fall.*, 2020, pag. 1314) ciò che, come si è detto, non sarebbe incompatibile con la soluzione proposta (per una impostazione diversa, ma a nostro avviso non contrapposta, rispetto a quella dell'autore prima citato, cfr. I. Pagni, *Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., pag. 1161 ss.).