

## Crisi e risanamento n. 47/2021

# Il trattamento delle perdite su crediti ai fini delle imposte dirette e il recupero dell'Iva sui crediti non riscossi nelle procedure concorsuali. Conferme e novità introdotte con il Decreto Sostegni-*bis*

di Alessandro Solidoro – dottore commercialista e revisore legale

*La deducibilità fiscale delle perdite sui crediti e le note di variazione Iva come strumenti per limitare gli effetti negativi per le imprese della incapienza delle procedure concorsuali dei debitori – La competenza economica temporale corretta per la deduzione delle perdite: la definizione della finestra utile – La nota di variazione Iva: anticipazione all'apertura delle procedure, ma non per tutti.*

### Premessa

Sebbene l'entrata in vigore del Codice della crisi sia oramai imminente, è doveroso sottolineare come lo stesso non affronti o, quantomeno, non presenti soluzioni interpretative a specifici temi fiscali inerenti alle procedure concorsuali: per i medesimi occorrerà infatti rimandare alle normative già vigenti alla data del 1° settembre 2021<sup>1</sup>.

Tra i temi tributari che meritano particolare interesse, sostanziando di fatto la possibilità per i creditori aventi natura di imprenditori di limitare la perdita nella quale incorrono per l'incapienza degli attivi di debitori in procedura concorsuale al fine di soddisfarne integralmente i crediti, vi è il trattamento delle perdite su crediti a fini Ires e il recupero dell'Iva fatturata, ma non incassata.

### **Il trattamento delle perdite su crediti nei confronti di debitore in procedura concorsuale ai fini della imposizione diretta**

Il tema rilevante di questa fattispecie è l'individuazione del momento temporalmente corretto in cui rilevare la perdita e quindi imputarla ai fini della deduzione fiscale nell'esatto periodo di imposta.

---

<sup>1</sup> Data in cui, allo stato, entrerà in vigore il Codice della crisi.

Il riconoscimento della deduzione è subordinato alla presenza di elementi certi e precisi dai quali poter desumere la definitiva inesigibilità del credito.

La deducibilità fiscale della perdita deve essere supportata da elementi accuratamente documentati (da ultimo, Cassazione con l'ordinanza n. 743/2021)<sup>2</sup>, venendo richiesta (evidentemente da parte del contribuente che vuole fare valere la deducibilità della perdita) la prova della esistenza di elementi "certi e precisi" di cui è cenno nell'[articolo 101](#), comma 5, Tuir.

Anche l'Amministrazione finanziaria, ha chiarito da tempo che non è sufficiente il mero inadempimento del debitore affinché ricorrano gli elementi di certezza e precisione, ma è necessario che la difficoltà di adempiere sia frutto di una "*... situazione oggettiva di insolvenza non temporanea del debitore, riscontrabile qualora la situazione di illiquidità finanziaria e incapienza patrimoniale del debitore sia tale da fare escludere la possibilità di un futuro soddisfacimento della posizione creditoria*" ([circolare n. 13/E/2013](#)).

Fattispecie di certa deducibilità per norma di legge, è quella dei crediti di "modesto" importo, per i quali una volta decorso il termine di 6 mesi rispetto alla scadenza di pagamento si presumono esistenti gli elementi certi e precisi per la deduzione della relativa perdita. A tal fine, si considerano di modesta entità i crediti di importo non superiore a 2.500 euro (ovvero 5.000 per le grandi imprese, intendendosi per tali quelle con un volume d'affari o ricavi non inferiori a 100 milioni di euro).

Gli elementi certi e precisi sussistono inoltre quando il diritto alla riscossione del credito è prescritto e in caso di cancellazione dei crediti dal bilancio operata in applicazione dei principi contabili.

Sono, poi, certamente deducibili, a norma di legge, le perdite su crediti vantati nei confronti di debitori soggetti a:

- procedure concorsuali;
- accordi di ristrutturazione del debito;
- piani di risanamento attestati.

Il comma 5-*bis* del medesimo articolo delinea una specifica modalità applicativa, prevedendo infatti come la suddetta deduzione sia ammessa, nel periodo di imputazione in bilancio, anche qualora tale iscrizione avvenga in un periodo di imposta successivo a quello in cui il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale. Si sottolinea altresì come tale imputazione non possa avvenire in un periodo di imposta successivo a quello in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si sarebbe dovuto procedere alla cancellazione<sup>3</sup> del credito dal bilancio.

---

<sup>2</sup> [www.commercialistatelematico.net](http://www.commercialistatelematico.net).

<sup>3</sup> I § da 71 a 77 dell'Oic 15 prevedono specifiche regole per poter procedere alla cancellazione dei crediti dal bilancio d'esercizio. In particolare, il § 72 del suddetto documento riporta come: "*I diritti contrattuali si estinguono per pagamento, prescrizione, transazione, rinuncia al credito, rettifiche di fatturazione e ogni altro evento che fa venire meno il diritto ad esigere determinati ammontari di disponibilità liquide, o beni/servizi di valore equivalente, da clienti o da altri soggetti*".

A norma dell'[articolo 101](#), comma 5, Tuir, le perdite su crediti nei confronti di debitori assoggettati a procedure concorsuali sono sempre deducibili dalla data:

- della sentenza dichiarativa del fallimento;
- del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa;
- del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi;
- del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'[articolo 182-bis](#), L.F.;
- di iscrizione nel Registro Imprese dei piani attestati di risanamento di cui all'[articolo 67](#), comma 3, lettera d), L.F.;
- di ammissione alla procedura estera, se il debitore è assoggettato a procedure estere equivalenti a quelle interne, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni.

La suddetta disposizione normativa è stata oggetto di interpretazione autentica da parte dell'[articolo 13](#), comma 3, D.Lgs. 147/2015, che ha introdotto il comma *5-bis* dell'articolo 101, Tuir, sopra commentato.

Prima di detta norma, il tema del momento in cui procedere all'imputazione della perdita sul credito è stato oggetto di diverse interpretazioni, tra le quali le principali erano:

- svalutazione integrale del credito alla sola condizione e nell'esercizio in cui era dichiarato il fallimento;
- possibilità di deduzione anche in esercizi successivi, sulla base della non necessità del rispetto dei principi contabili per determinare la perdita ai fini fiscali.

A tale proposito, nella [risposta a interpello n. 12/E/2018](#) l'Agenzia delle entrate ha ribadito che la competenza fiscale della perdita su crediti decorre dalla data di apertura della procedura e sino al momento in cui il credito deve essere cancellato dal bilancio.

In particolare, è stato affermato che il corretto periodo temporale di competenza della perdita su crediti è compreso tra la data di apertura della procedura di concordato preventivo e l'esercizio in cui sarebbe dovuta avvenire la cancellazione in bilancio del credito medesimo che, coerentemente con quanto indicato dal contribuente istante, sarebbe coinciso con l'anno in cui il giudice delegato della procedura ha autorizzato il riparto finale, incapiante, dell'attivo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> S. Cerato, "[Perdite su crediti: periodo di competenza](#)" in Ecnews del 10 agosto 2019.

La [Cassazione n. 15218/2021](#)<sup>5</sup> ha nuovamente ribadito che ove il debitore sia assoggettato a procedure concorsuali, la deduzione della perdita su crediti è ammessa, ai sensi dell'[articolo 101](#), comma 5, Tuir, - da interpretare alla luce del successivo comma 5-*bis*, introdotto dall'[articolo 13](#), comma 1, lettera d), D.Lgs. 147/2015, (c.d. Decreto Internazionalizzazione) - e dell'articolo 13, comma 3, D.Lgs. 147/2015, in tema di svalutazione contabile dei crediti, entro la "finestra temporale" che va dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento al periodo d'imposta in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si deve procedere alla cancellazione del credito dal bilancio.

Si tratta di una pronuncia nel solco mai abbandonato della consueta giurisprudenza della sezione tributaria della Corte, che ha sempre letto l'articolo 101, comma 5, Tuir, quale presidio del rigoroso rispetto del criterio di competenza della perdita, da imputare al reddito del periodo di imposta in cui abbiano acquistato consistenza gli "elementi certi e precisi", e quindi né prima né dopo, al fine di contrastare possibili manovre elusive, dirette a registrare la perdita nel momento fiscalmente più conveniente.

Orientamento che poi ha dovuto necessariamente tenere conto della novella normativa del citato comma 5-*bis* portando la Suprema Corte ad affermare nella sentenza citata che:

*"Per effetto della cennata modifica, pertanto, la deduzione fiscale può avvenire soltanto se e nella misura in cui la perdita su crediti trovi copertura in componenti di reddito imputati al Conto economico; con la precisazione, però, che al contribuente è lasciata la libertà di (imputare e) dedurre la perdita senza dovere assolvere a particolari oneri probatori, e, quanto al profilo cronologico, entro una "finestra temporale" che va dal momento di apertura della procedura concorsuale a quello in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si deve procedere alla cancellazione del credito dal bilancio. Come si evince dalla Relazione illustrativa al "decreto internazionalizzazione", l'intervento normativo mira a introdurre criteri chiari e coerenti con la disciplina di redazione del bilancio per risolvere, in maniera definitiva, (per quanto qui rileva) "il nodo dell'individuazione dell'esercizio di competenza fiscale della perdita", al fine di eliminare le diverse soluzioni adottate dalla prassi dell'Amministrazione e le incertezze della giurisprudenza. La ratio della modifica - prosegue la Relazione - è quella, da un lato, di ridurre "il notevole aggravio procedurale per l'operatore economico, tenuto ai fini della redazione della dichiarazione a dover monitorare costantemente l'iter delle procedure (spesso per migliaia e migliaia di posizioni)" e, dall'altro, di eliminare le notevoli incertezze (della prassi amministrativa) sulla corretta quantificazione della perdita imputabile a bilancio, quale possibile causa di future contestazioni".*

---

<sup>5</sup> Il Caso.it.

## La nota di variazione Iva per mancato pagamento a causa di procedura concorsuale

Fattispecie più attuale risulta quella relativa alle imposte indirette, in cui il Legislatore concede la facoltà<sup>6</sup> al creditore, insoddisfatto al termine di una procedura di gestione della crisi, di emettere una nota di variazione per recuperare l'Iva in rivalsa addebitata al cliente (debitore) e non incassata.

Una volta appurato il principio, risulta imprescindibile definire il momento dal quale è possibile emettere la suddetta nota di variazione Iva: la normativa di riferimento prima del 2021 era costituita dal D.P.R. 633/1972 e dalle numerose circolari dell'Agenzia delle entrate<sup>7</sup>, le quali riconoscevano nell'infruttuosità della procedura il presupposto cardine per poterla operare. Nel corso del 2020 però, a seguito dei prolungati e ripetuti *lockdown*, gli effetti derivanti dalla pandemia hanno provocato rilevanti conseguenze finanziarie ed economiche per le realtà imprenditoriali nazionali. Nell'ottica di supportare e sostenere le stesse durante questo complicato periodo storico, lo Stato ha varato numerosi Decreti Legge che si sono alternati durante gli ultimi 12 mesi. Ultimo - in ordine cronologico - è il c.d. Decreto "Sostegni-bis", il quale ha modificato in maniera rilevante - attraverso l'articolo 18<sup>8</sup> - il presupposto per l'emissione della nota di variazione: il creditore, infatti, non sarà più vincolato ad attendere la conclusione della procedura (e il relativo riscontro della sua infruttuosità) per poter attuare la variazione in diminuzione, potendo infatti agire dalla stessa data in cui il debitore è assoggettato a una procedura concorsuale. Ciò detto consente di includere nel perimetro dell'[articolo 26](#), D.P.R. 633/1972 quelle fattispecie recanti:

- l'assoggettamento del debitore a una procedura concorsuale<sup>9</sup> o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (ex [articolo 182-bis](#), L.F.) o la pubblicazione nel Registro Imprese di un piano attestato (ex [articolo 67](#), comma 3, lettera d), L.F.);
- la sottoposizione del debitore a procedure esecutive individuali<sup>10</sup>.

Da quanto appena detto discende che i *dies a quo* da tenere in considerazione per operare le suddette rettifiche Iva sono:

---

<sup>6</sup> Articolo 26, D.P.R. 633/1972 in materia di Iva.

<sup>7</sup> Circolari maggiormente rilevanti emesse dall'Agenzia delle entrate nel corso degli anni: [n. 77/E/2000](#), [n. 89/E/2002](#), [n. 31/E/2014](#) e [n. 8/E/2017](#).

<sup>8</sup> Articolo 18 "Recupero Iva su crediti non riscossi nelle procedure concorsuali".

<sup>9</sup> Al comma 1, lettera f) dell'articolo 18, Decreto Sostegni-bis il Legislatore definisce compiutamente le operazioni che rientrano nel perimetro delle procedure concorsuali, individuando così la procedura di fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Al successivo capoverso dell'articolo sono riportate le date a partire dalle quali i creditori potranno compiere le suddette variazioni in diminuzione.

<sup>10</sup> In questa particolare fattispecie il recupero dell'Iva rimane subordinato all'infruttuosità della procedura. Ciò significa che il creditore, per poter procedere con la suddetta variazione in diminuzione, dovrà attendere il verbale di pignoramento da cui risulti che presso il terzo pignorato non vi sono beni/crediti da pignorare, o infine se si decida di interrompere la procedura esecutiva per eccessiva onerosità dopo che per 3 volte l'asta per la vendita del bene pignorato sia andata deserta.

– per le procedure concorsuali di cui al comma 10-*bis* dell'[articolo 26](#), D.P.R. 633/1972, in materia di Iva:

- la data della sentenza dichiarativa di fallimento;
- la data del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa;
- la data del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- la data che dispone l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi;

– per l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex [articolo 182-bis](#), L.F. la data di riferimento è quella in cui si verifica l'omologazione dell'accordo;

– per il piano attestato ex [articolo 67](#), comma 3, lettera d) L.F. la data di riferimento è quella in cui avviene la pubblicazione del piano nel Registro Imprese.

Si allega di seguito una tabella riepilogativa di confronto tra la normativa previgente e quella attuale circa il momento da cui il creditore ha la facoltà di emettere la nota di variazione Iva:

Procedura	Normativa previgente	Normativa attuale
Fallimento/Liquidazione giudiziale	i) Data di scadenza del termine per la presentazione delle osservazioni al piano di riparto finale ii) Data di scadenza del termine entro il quale è possibile proporre reclamo avverso il decreto di chiusura della procedura	Data della sentenza dichiarativa di fallimento
Liquidazione coatta amministrativa	Data dell'autorizzazione al deposito del piano di riparto da parte dell'autorità preposta	Data del provvedimento di apertura della procedura
Concordato preventivo	Data della chiusura della procedura	Data del decreto di ammissione alla procedura
Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi	Suddetta procedura non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 26 DPR 633/72	Data di apertura della procedura
Accordo di ristrutturazione dei debiti	Data di omologazione dell'accordo	Data di omologazione dell'accordo
Piano attestato	Data in cui avviene la pubblicazione del piano nel Registro delle Imprese	Data in cui avviene la pubblicazione del piano nel Registro delle Imprese

Quanto sopra evidenzia come il Decreto Sostegni-*bis* abbia anticipato notevolmente la data a partire dalla quale è possibile emettere la nota di variazione Iva, consentendo ai creditori di realizzare importanti guadagni in un'ottica di tempistiche operative.

Se, da un lato, l'[articolo 18](#), Decreto Sostegni-*bis* permette al creditore di recuperare l'imposta con il meccanismo della variazione in diminuzione a partire dalla data di apertura della procedura concorsuale, dall'altra comporta l'anticipazione del termine entro il quale il suddetto recupero potrà essere effettuato. Appare quindi opportuno attuare un combinato disposto tra il suddetto articolo e l'[articolo 19](#), D.P.R. 633/1972. Quest'ultimo prevede infatti la facoltà per il creditore di beneficiare della detrazione - al più tardi - con la dichiarazione relativa all'anno in cui il diritto stesso è sorto. Sulla base

di quanto appena detto, è possibile quindi affermare come la variazione in diminuzione possa aver luogo – al più tardi - con la dichiarazione relativa al periodo d'imposta in cui la procedura viene avviata<sup>11</sup>.

Il lettore dovrà inoltre prestare particolare attenzione alla lettera d) del comma 1<sup>12</sup> in cui il Legislatore prevede che, qualora il creditore abbia già operato la suddetta variazione in diminuzione e gli venga poi riconosciuto (in tutto o in parte) il corrispettivo dovuto, allora lo stesso dovrà provvedere a emettere la corrispondente “*nota di variazione in aumento*” e versare la relativa imposta (come viene infatti stabilito dall'[articolo 21](#), D.P.R. 633/1972). Di riflesso, il cessionario avrà la possibilità di detrarre la corrispondente imposta derivante dal pagamento: il meccanismo di liquidazione/detrazione appena enunciato potrà così rispettare il principio della neutralità dell'Iva previsto dalla Direttiva del 2006<sup>13</sup>. Tutto ciò tende a modificare notevolmente quanto previsto dal comma 5 dell'[articolo 26](#), D.P.R. 633/1972: in questo caso infatti il debitore assoggettato a procedura concorsuale non risulterebbe più obbligato a versare l'imposta - come veniva previsto prima del Decreto Sostegni-*bis* - al fine di non alterare il piano di riparto già approvato. La procedura concorsuale, quindi, dovrà esclusivamente registrare la nota di variazione ricevuta dal cedente/prestatore, senza contabilizzare il relativo debito Iva: lo stesso rimarrà infatti a carico dell'Erario. Quanto introdotto dall'[articolo 18](#), D.L. 73/2021, al comma 5-*bis*, dovrebbe avere lo scopo di uniformare la disciplina del recupero dell'Iva con quella dettata dall'[articolo 101](#), comma 5, Tuir ai fini delle imposte sul reddito. Ciò detto si traduce - a livello operativo - nella corrispondenza temporale tra le deduzioni delle perdite su crediti ai fini delle imposte sui redditi e il recupero dell'Iva non incassata riferibile ai crediti stessi.

Occorre, infine, sottolineare come il contenuto del Decreto Sostegni-*bis* abbia iniziato a produrre i propri effetti dal 26 maggio 2021, data dell'entrata in vigore del D.L. 73/2021. Da ciò consegue che tale meccanismo agevolativo (previsto dall'articolo 18, Decreto Sostegni-*bis*) risulta essere temporalmente limitato alle procedure avviate dopo l'entrata in vigore della suddetta normativa, escludendo così dal perimetro applicativo tutti quei corrispettivi non riscossi relativi a procedure iniziate, anche da molto tempo, e non ancora concluse. Non rientrerebbero quindi all'interno del regime di favore tutti quei recuperi d'imposta per le situazioni di crisi innescate dall'emergenza Covid-19 che rappresentano, invece, proprio quelle situazioni che avrebbero dovuto beneficiare di un regime agevolativo.

---

<sup>11</sup> La disposizione previgente, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 18, Decreto Sostegni-*bis*, prevedeva che il recupero dell'Iva sarebbe stato possibile -al più tardi - con la dichiarazione relativa al periodo d'imposta in cui veniva riscontrata l'infruttuosità della procedura concorsuale (dovendo quindi il creditore attendere un notevole lasso di tempo prima di poter operare la variazione erariale in diminuzione).

<sup>12</sup> Articolo 18, comma 1, lettera d), Decreto Sostegni-*bis*.

<sup>13</sup> Direttiva 2006/112/CE.

## Crisi e risanamento n. 47/2021

# Codice della crisi, sequestri e confische

di Giovanbattista Tona – Consigliere della Corte di Appello di Caltanissetta

*Il Codice della crisi contiene norme di coordinamento tra le procedure di liquidazione giudiziale e i provvedimenti di sequestro e confisca di beni emessi nell'ambito dei procedimenti penali ordinari, ma disciplina solo il rapporto tra le disposizioni che sostituiranno la Legge Fallimentare (R.D. 264/1972) e quelle del c.p.p.. Manca tuttavia un esplicito coordinamento con le norme del Codice antimafia che, in mancanza di ulteriori interventi di riforma, continueranno a richiamare le disposizioni della Legge Fallimentare destinata all'abrogazione.*

### Una nuova disciplina dei rapporti tra procedure concorsuali e sequestri

Salvo ulteriori proroghe, è imminente l'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 14/2019) che, oltre a contenere una riforma organica delle procedure concorsuali, cancellando locuzioni e categorie concettuali correlate al fallimento, introduce norme di raccordo tra la liquidazione giudiziale e i provvedimenti di sequestro e di confisca dei beni dell'imprenditore insolvente.

La disciplina che ne viene fuori risulta tuttavia assai articolata e ciononostante incompleta e con qualche lacuna, suscettibile di provocare incertezze interpretative.

La Legge delega 155/2017, che aveva dato mandato al Governo di riformare la disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza, era stata in realtà preceduta dal D.Lgs. 159/2011, il c.d. Codice antimafia, nel quale, agli articoli [63](#) e [64](#), erano stati regolati i rapporti tra le procedure concorsuali e i sequestri e le confische disposte nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniale. E quelle regole erano state ulteriormente ritoccate, con l'obiettivo di renderle più funzionali, con la L. 161/2017, entrata in vigore proprio appena pochi giorni prima della Legge delega 155/2017, nella quale di nuovo si ponevano criteri direttivi per raccordare i procedimenti di liquidazione giudiziale con quelli in cui fossero stati disposti sequestri o confische di beni nei confronti del debitore insolvente.

O il Legislatore esprimeva così una chiara insoddisfazione rispetto alla regolamentazione contenuta nel Codice antimafia appena modificato oppure riteneva necessario che in un quadro normativo innovativo, nel quale la Legge Fallimentare doveva essere sostituita dal Codice della crisi, anche le previgenti regole del Codice antimafia dovesse essere raccordate agli istituti di nuovo conio.



Il tenore dell'[articolo 13](#), comma 2, L. 155/2017 sembra legittimare la seconda interpretazione di questa veloce successione di disposizioni.

### Le promesse (non mantenute) della Legge delega

Il Governo veniva invitato ad adottare “disposizioni di coordinamento” con il Codice antimafia, *“stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza”*.

Il Codice della crisi avrebbe dovuto sostituire la “liquidazione giudiziale” al “fallimento”, mentre in luogo del procedimento prefallimentare che conduce alla dichiarazione di fallimento avrebbe dovuto introdurre *“un procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza, disciplinando distintamente i diversi esiti possibili, con riguardo all'apertura di procedure di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria”*. E il D.Lgs. 14/2019 in effetti così ha fatto.

Le disposizioni di cui agli articoli [63](#) e [64](#), Codice antimafia contenevano riferimenti lessicali e procedurali al R.D. 267/1942. Venendo meno questo testo normativo, cancellato il “fallimento” e introdotta una nuova procedura per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza, le norme del Codice antimafia andavano adattate, perché in tutta evidenza si raccordavano a una procedura concorsuale che non ci sarebbe stata più. E ci si poteva attendere che quelle norme, proprio gli articoli 63 e 64, D.Lgs. 159/2011, sarebbero state anzitutto modificate dal Legislatore delegato, chiamato a redigere il Codice della crisi.

Tanto più che le logiche del procedimento di prevenzione e del procedimento (che non sarebbe stato più fallimentare ma che diventava) di accertamento dello stato della crisi e dell'insolvenza sembravano adesso avvicinarsi; anche nella procedura concorsuale di nuovo conio, come in quella di prevenzione, alla liquidazione dei beni doveva giungersi solo se non vi erano margini favorevoli alla prosecuzione dell'attività e quindi il soddisfacimento delle domande dei creditori così come l'interesse dello Stato alla confisca dei patrimoni e alla loro destinazione sociale dovevano essere perseguiti, per quanto possibile, conservando i beni e l'azienda.

In realtà il Legislatore delegato non ha fatto questo.

D'altronde la rubrica del citato [articolo 13](#), Legge delega parlava di *“rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali”*; a rigore di lessico le misure penali non sono quelle di prevenzione ma i provvedimenti assunti nei procedimenti penali ordinari. E anche nell'enunciare la necessità di stabilire condizioni e criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale, la disposizione faceva riferimento alle *«misure cautelari adottate in sede penale»*, e non a quelle emesse nell'ambito del procedimento di prevenzione disciplinate

dal Codice antimafia. L'uso scambievolmente di riferimento ai sequestri ordinari e ai sequestri di prevenzione poteva legittimare una duplice aspettativa e cioè che il Codice della crisi procedesse al coordinamento dell'innovativa disciplina con quella già esistente nel Codice antimafia, al momento applicabile solo ai procedimenti di prevenzione, e che poi introducesse delle specifiche norme che regolassero i rapporti tra la procedura concorsuale con le ipotesi di sequestri e di confische nei procedimenti penali ordinari, ai quali, secondo la giurisprudenza di legittimità prevalente, le norme del Codice antimafia non si potevano applicare in mancanza di uno specifico richiamo.

Il Legislatore ha invece preso a riferimento le regole già dettate dal Codice antimafia per i sequestri di prevenzione, lasciandole inalterate anche nella formulazione letterale, e poi ha modulato i criteri di prevalenza, contenuti negli articoli 63 e 64, Codice antimafia, per estenderli – entro certi limiti – anche ai sequestri penali emessi nei procedimenti ordinari.

### **La regola generale della prevalenza del sequestro sulla liquidazione giudiziale**

Frutto della scelta al ribasso nell'attuazione dell'[articolo 13](#), comma 1, L. 155/2017 è il Titolo VIII della parte prima del D.Lgs. 14/2019 che reca la formula “*liquidazione giudiziale e misure cautelari penali*”. È chiaro quindi che il coordinamento con il Codice antimafia deve servire a stabilire condizioni e prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle sole misure cautelari adottate in sede penale.

In sintonia con il dettato degli articoli [63](#) e [64](#), Codice antimafia, anche per i sequestri disposti nell'ambito dei procedimenti penali ordinari, l'ottica privilegiata torna a essere in maniera esclusiva quella della prevalenza, peraltro accompagnata dal convincimento – espresso con chiarezza dalla Relazione illustrativa – di dover comunque assicurare l'ablazione finale dei beni e la loro confisca. Quindi tutto l'ulteriore novella contenuta nel Codice della crisi sembra orientata a stabilire quando la procedura concorsuale deve cedere il passo ai procedimenti penali e di prevenzione e quando invece possa impedire che gli effetti di questi si riverberino sui cespiti aggrediti dai creditori per soddisfare le loro pretese.

Gli orientamenti giurisprudenziali riguardo l'applicabilità, anche ai sequestri penali ordinari, delle disposizioni del Titolo IV che, unitamente a tutta la disciplina della tutela dei terzi, ricomprende gli articoli 63 e 64, Codice antimafia, non avevano fornito indicazioni soddisfacenti.

Alcune decisioni avevano escluso che potesse darsene applicazione ai sequestri penali, neanche a quelli funzionali alla confisca *ex* articolo 12-*sexies*, D.L. 306/1992 convertito con L. 356/1992 (ora [articolo 240-bis](#), c.p.), ritenendola un'applicazione analogica, asseritamente inammissibile per il carattere di

specialità della diversa materia della tutela dei diritti vantati sui beni dai terzi (così, ad esempio, Cassazione, [n. 36092/2017](#)).

Tra i giudici di merito si registravano invece prassi differenti, ma la maggior parte degli organi giurisdizionali che avevano emesso il sequestro e che, in forza del comma 1-ter dell'[articolo 104-bis](#), disposizioni attuative c.p.p. (così modificato dall'[articolo 30](#), L. 161/2017) svolgevano la funzione di giudice delegato per tutto il corso del procedimento, si attenevano al dato testuale del precedente comma 1-bis dove era previsto che essi nominassero un amministratore giudiziario e che dessero applicazione al (solo) Titolo III del Codice antimafia.

Altri orientamenti affermavano che la previsione cardine del Titolo IV, quella dell'[articolo 52](#), D.Lgs. 159/2011, secondo cui la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi e i diritti reali di garanzia anteriori al sequestro, sebbene riferita alla c.d. confisca di prevenzione, esprimeva un principio generale, valido anche per gli altri tipi di confisca, diretta o per equivalente, per i quali venga in rilievo la posizione del terzo titolare di diritti di credito o di garanzia, ivi compresa la confisca prevista come sanzione accessoria ai reati tributari e di cui all'[articolo 12-bis](#), D.Lgs. 74/2000 ([Cassazione n. 38608/2019](#)).

Il Codice della crisi con l'[articolo 317](#) in linea generale stabilisce che le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari sulle cose indicate dall'[articolo 142](#) sono regolate dal Titolo IV del Codice antimafia; operano quindi i meccanismi fissati dagli articoli [63](#) e [64](#), Codice antimafia e il sequestro penale e la confisca prevalgono con conseguente esclusione dalla massa attiva della procedura di liquidazione dei beni sequestrati o confiscati e obbligo di consegna dei medesimi all'amministratore giudiziario, nominato dal giudice penale.

### L'ambito di applicazione delle nuove regole

La regola vale per i beni del debitore descritti dall'articolo 142, Codice della crisi, cioè *"i suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale"* (comma 1), nonché *"i beni che pervengono al debitore durante la procedura, dedotte le passività"* (comma 2). Per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale il debitore viene privato della disponibilità di questi beni, ma in forza del disposto dell'articolo 317, comma 1, Codice della crisi risulta chiaro che su di essi può essere applicata la misura cautelare reale; restano superate così le petizioni di principio (affermate dalla giurisprudenza ad esempio in procedimenti per reati tributari), secondo le quali il sequestro preventivo finalizzato alla confisca non può essere adottato sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno in capo al fallito del potere di disporre del proprio patrimonio, che passa invece nelle mani del curatore ([Cassazione n. 45574/2018](#)).

La disposizione anzi con il rinvio così ampio all'articolo 142, sia al comma 1 sia al comma 2, evidenzia la possibilità di estendere il sequestro anche ai beni che pervengano al debitore (e quindi siano appresi dal curatore) dopo la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

Queste considerazioni aprono delicate questioni in ordine agli obblighi del curatore di comunicare all'amministratore giudiziario e, per suo tramite, al PM il pervenimento di ulteriori beni, che potrebbero essere utili a riattivare la liquidazione giudiziale. Nei casi in cui la misura cautelare reale comunque prevale e ne sono stati ritenuti i presupposti nonostante la disponibilità dei beni il debitore sia transitata dal debitore al curatore, il richiamo onnicomprensivo all'intero [articolo 142](#), Codice della crisi implica la necessità che il curatore informi i soggetti competenti a verificare se anche sui nuovi beni pervenuti il potere di confisca dello Stato debba essere esercitato con prevalenza rispetto alle procedure a tutela della sola *par condicio creditorum*.

Il comma 2 dell'[articolo 314](#), Codice della crisi spiega cosa debba intendersi per “*misure cautelari reali di cui al comma 1*” (quelle cioè destinate sempre a prevalere sulla procedura concorsuale) attraverso il richiamo a 2 parametri normativi, uno definitorio e uno disciplinare. Sono i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'[articolo 321](#), comma 2, c.p.p. e la cui attuazione è disciplinata dall'[articolo 104-bis](#), disp. att. c.p.p.; norma quest'ultima più volte riformata negli ultimi anni e che il Codice della crisi ulteriormente modifica, sostituendone due commi attraverso la novella contenuta nell'[articolo 374](#) che persegue dichiarati fini di coordinamento con le norme attuazione del c.p.p..

Giova ricordare che l'articolo 321, c.p.p. prevede al comma 1 l'ipotesi di sequestro comunemente detto “impeditivo”, quello cioè che viene emesso per sottrarre all'indagato la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato e impedire così che si possano aggravare o protrarre le conseguenze di esso o ancora che si possa agevolare la commissione di altri illeciti. Questa tipologia di sequestri non rientra tra quelli per i quali trovano applicazione le norme del Titolo IV del Codice antimafia. La prevalenza della misura cautelare è quindi limitata alle ipotesi in cui il sequestro trovi ragione nel fatto che esso sia funzionale alla confisca.

È chiaro quindi che, al pari di quanto in passato già aveva affermato la giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cassazione n. 9/1999), poi seguita dalle successive decisioni di legittimità, vi si devono fare rientrare le ipotesi di c.d. confisca obbligatoria; si tratta dei casi previsti in via generale dall'[articolo 240](#), comma 2, c.p., di quelli ulteriori e specificamente contemplati da numerose singole fattispecie delittuose e infine quelli di c.d. confisca allargata previste dall'[articolo 240-bis](#) (aventi a oggetto tutte quelle utilità di valore sproporzionato rispetto ai redditi leciti dei soggetti condannati per taluni illeciti dettagliatamente elencati); tutte queste disposizioni sono accomunate dal fatto che, in presenza di

un'accertata responsabilità penale dell'imputato, impongono al giudice di irrogare come statuizione sanzionatoria accessoria la confisca dei beni.

Vi sono poi le ipotesi in cui la confisca è consentita ma è facoltativa e che sono previste dall'[articolo 240](#), comma 1, c.p.; potrà essere infatti disposta con la sentenza di condanna ma il giudice deve svolgere una valutazione discrezionale e motivata sul pericolo che possano essere reiterati altri illeciti laddove il bene fosse lasciato nella disponibilità del reo ([Cassazione n. 10091/2020](#)). In tali casi già la richiamata giurisprudenza delle Sezioni Unite aveva pure affermato che era sì legittimo disporre il sequestro di beni per i quali era prevista la confisca facoltativa, ma mentre i sequestri funzionali alla confisca obbligatoria dovevano restare insensibili rispetto alla procedura fallimentare, in quelli funzionali alla confisca facoltativa era necessario che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, desse motivatamente conto delle ragioni prevalenti sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nel procedimento concorsuale.

A fronte di questo orientamento che attiene alle valutazioni cui è tenuto il giudice chiamato a emettere il sequestro, non pare che la disposizione di cui all'[articolo 317](#), Codice della crisi possa far affermare che, anche in presenza di un procedimento aperto di liquidazione giudiziale, la misura cautelare sulle cose di cui è consentita la confisca possa essere comunque giustificata; è da ritenersi che in questi casi il giudice debba formulare una specifica valutazione motivata sulle ragioni per le quali, pur in pendenza del procedimento liquidatorio, il debitore potrebbe comunque disporre dei beni facoltativamente confiscabili prima che con la sentenza il giudice possa valutare la sussistenza dei presupposti di cui all'[articolo 240](#), comma 1, c.p..

### La disciplina del sequestro impeditivo

Un sottosistema compiuto è stato creato per i sequestri diversi da quelli per i quali l'articolo 317, Codice della crisi ha stabilito la prevalenza rispetto alla liquidazione giudiziale. L'[articolo 318](#) disciplina l'ipotesi del sequestro preventivo di cui all'[articolo 321](#), comma 1, quello c.d. "impeditivo", che tende a evitare che la libera disponibilità della cosa consenta di reiterare il reato o di aggravarne le conseguenze.

Se è stata già aperta la procedura di liquidazione giudiziale, i beni a essa sottoposti non possono essere oggetto di sequestro "impeditivo". A questo divieto sono sottratti i beni la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituiscano reato e non possano comunque essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

La sopravvenuta indisponibilità di questi beni da parte del loro titolare, perché transitati nelle mani del curatore, costituisce quindi presunzione assoluta di insussistenza delle esigenze cautelari. Tale presunzione non opera per i beni la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisca reato e non sia consentita ad alcuno (quindi nemmeno al curatore fallimentare o al soggetto cui potrà essere aggiudicata in sede di vendita) nemmeno mediante autorizzazione amministrativa.

Tuttavia le ipotesi così contemplate riconducono in linea di massima ai beni da ritenersi intrinsecamente illeciti (finisce anche per ammetterlo la Relazione illustrativa), e che, come tali, sono già soggetti a confisca obbligatoria ai sensi dell'[articolo 240](#), comma 2, n. 2, c.p.; sicché questa prevista eccezione risulta sul piano pratico superflua perché tali beni potranno sempre essere attinti da sequestro ai sensi dell'[articolo 321](#), comma 2, c.p.p..

Restano comunque esclusi dal divieto di applicazione del sequestro preventivo impeditivo – del tutto coerentemente – i beni che, ai sensi dell'[articolo 146](#), Codice della crisi, non vengono compresi nella liquidazione (cioè beni personali, assegni alimentari, stipendi, pensione e salari entro i limiti di quanto occorre al mantenimento proprio e della propria famiglia, frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, beni costituiti in fondo patrimoniale e frutti di essi, cose impignorabili), nonché quelli non suscettibili di liquidazione per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura.

Può ritenersi che in via ordinaria l'[articolo 318](#), Codice della crisi preveda un'ipotesi di improcedibilità della richiesta di sequestro preventivo ex articolo 321, comma 1, c.p.p. avente a oggetto i beni sottoposti a procedura di liquidazione giudiziale, perché tale procedura è ritenuta sul piano sostanziale essa stessa un fatto impeditivo della reiterazione del reato e sul piano processuale un fatto preclusivo del provvedimento cautelare penale con finalità impeditive. E siccome quindi lo scopo che avrebbe voluto perseguire la misura cautelare può essere perseguito con lo spossamento operato dal curatore, a questo punto si può dare prevalente tutela alle ragioni dei creditori nel rispetto del principio della *par condicio*.

Questa conclusione trova conferma nel comma 2 del citato articolo 318, che si occupa dell'ipotesi in cui la liquidazione giudiziale venga aperta dopo che è stato disposto il sequestro sugli stessi beni sui quali la procedura si potrà rivalere. In questi casi il curatore richiede al giudice di revocare il decreto di sequestro e di disporre in suo favore la restituzione delle cose.

I margini di valutazione del giudice dinanzi alla richiesta del curatore sono assai limitati, se effettivamente le motivazioni del suo provvedimento poggiavano sulle condizioni previste dall'articolo 321, comma 1, c.p.p.; egli deve verificare solo se effettivamente è stata aperta la liquidazione giudiziale e se i beni oggetto del sequestro rientrano effettivamente tra quelli che, ai sensi dell'[articolo 142](#), Codice della crisi, devono essere affidati al curatore.

Né può rigettarla sulla base della rivalutazione dei presupposti del sequestro e la sua riqualificazione ai sensi dell'articolo 321, comma 2, c.p.p.. Si tratterebbe di un aggravamento del provvedimento cautelare che non potrebbe essere consentito in assenza di una richiesta del PM.

Tuttavia la legge non prevede espressamente l'intervento del PM né del difensore dell'indagato sulla richiesta del curatore, anche se nel comma 3 dell'articolo 318, Codice della crisi si stabilisce che il curatore debba comunicare la dichiarazione di insolvenza e di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, nonché tutti gli atti successivi, all'Autorità giudiziaria che aveva disposto o richiesto il sequestro.

Tenendo conto quindi del fatto che, in forza di questa norma, può affermarsi l'obbligatorietà della trasmissione degli atti presupposti alla richiesta di revoca del sequestro non solo al giudice che lo ha disposto ma anche al PM che lo ha richiesto, la ravvisata lacuna può dirsi colmata con una riconduzione di questa istanza, di natura cautelare, al sistema processuale che prevede comunque l'interlocuzione anche in forma sommaria e cartolare con le parti, che in tal modo risultano entrambe edotte della sussistenza degli elementi in base ai quali il curatore ha proposto questa istanza. Il giudice quindi dovrà interpellare le parti perché esprimano un loro parere e in questa fase il PM potrà, ove ritenga che ve ne siano i presupposti, inoltrare nuova richiesta di sequestro ai sensi dell'[articolo 321](#), comma 2, c.p.p., che, se accolta, possa così paralizzare gli effetti della richiesta del curatore e far prevalere il provvedimento cautelare sulla liquidazione giudiziale.

Il curatore dovrà poi comunicare alle Autorità giudiziarie interessate anche il provvedimento di revoca o di chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro. Ciò all'evidente fine di rendere noto il venir meno della condizione preclusiva per l'emissione del sequestro e di informare le Autorità procedenti in sede penale su quali beni torneranno nella disponibilità del debitore. Ove ancora sussistenti le esigenze cautelari, essi potranno essere sottoposti a provvedimento cautelare penale.

Funzionale a questa possibilità è la previsione normativa di un termine di 90 giorni a decorrere da tali comunicazioni, nell'arco del quale il curatore deve astenersi dall'operare le cancellazioni di iscrizioni e trascrizioni sui beni residui, che potrebbero rilevarsi pregiudizievoli, al fine di consentire eventuali ulteriori iniziative di natura penale sugli stessi beni.

### **La disciplina del sequestro conservativo**

L'[articolo 319](#), Codice della crisi si occupa invece del sequestro conservativo, previsto dall'[articolo 316](#), c.p.p. Esso ha lo scopo di assicurare alla parte civile e all'Erario i beni dell'imputato o del responsabile

civile che possano soddisfare i rispettivi crediti relativi al risarcimento del danno per la prima e al pagamento delle sanzioni pecuniarie e delle spese processuali per il secondo, crediti che potrebbero essere riconosciuti alla conclusione del processo a seguito dell'accertamento del reato; il sequestro conservativo si trasforma in pignoramento quando la sentenza penale diventa irrevocabile, consentendo quindi l'esecuzione forzata nelle forme del c.p.c. e i relativi crediti si considerano privilegiati rispetto a tutti gli altri non privilegiati.

Proprio perché destinato a convertirsi in pignoramento, il sequestro conservativo ha la stessa funzione dell'analogo strumento cautelare previsto dall'[articolo 671](#), c.p.; e già nel sistema ancora vigente, in caso di fallimento dell'obbligato, scatta il divieto di cui all'[articolo 51](#), L.F., in base al quale l'azione esecutiva individuale non può essere iniziata o proseguita dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, divieto esteso dall'[articolo 48](#), D.Lgs. 5/2006 (che ha recepito peraltro un consolidato orientamento giurisprudenziale) anche alle azioni di natura cautelare (i sequestri conservativi appunto).

Questo significa che, già prima che entri in vigore il Codice della crisi, se l'obbligato è stato dichiarato fallito il sequestro conservativo non può essere emesso; se la dichiarazione di fallimento interviene dopo l'emissione di tale provvedimento, la parte civile o il creditore erariale che lo ha richiesto e ottenuto dal giudice penale può chiedere l'ammissione al passivo del fallimento in via privilegiata ai sensi dell'[articolo 2768](#), cod. civ., che riconosce il diritto alla prelazione sui beni formanti oggetto di sequestro penale.

In tal caso il bene torna comunque nella massa fallimentare e, secondo la giurisprudenza di legittimità (in proposito si vedano le pronunce della Cassazione n. 21722/2010 e [n. 3683/2020](#)), l'ammissione può essere disposta, in via provvisoria, in attesa del passaggio in giudicato della sentenza penale relativa al procedimento in cui la misura cautelare è stata disposta, a condizione che l'istante provi l'esistenza di un processo penale in corso, la qualità giuridica di imputato e di responsabile civile da reato del fallito, la costituzione di parte civile della parte offesa istante e, se il bene è del responsabile civile, la citazione e la partecipazione di costui al giudizio penale.

In perfetta continuità con il sistema sin qui delineato l'[articolo 318](#), Codice della crisi prevede allora che in pendenza della procedura di liquidazione non può essere disposto il sequestro conservativo sugli stessi beni oggetto della procedura. Se invece è stato già disposto e successivamente viene dichiarata aperta la liquidazione giudiziale sulle medesime cose si applica l'[articolo 150](#), Codice della crisi, che contiene una norma di divieto delle azioni esecutive individuali, sostanzialmente sovrapponibile a quella di cui all'[articolo 51](#), L.F.. Anche in questo caso il curatore si rivolge al giudice che ha emesso il decreto per chiederne la revoca e ottenere la restituzione delle cose in suo favore.



La disposizione non prevede gli stessi adempimenti stabiliti dall'articolo 318 Codice della crisi a carico del curatore che chieda e ottenga la revoca del sequestro preventivo.

Non può tuttavia revocarsi in dubbio, anche nel silenzio della legge, che il curatore dovrà trasmettere al giudice che ha disposto il sequestro conservativo anche la documentazione relativa alla dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della procedura in mancanza della quale non potrebbe nemmeno essere verificata la sussistenza dei presupposti della revoca.

Certamente invece il mancato richiamo all'[articolo 318](#), comma 2, Codice della crisi, è agevolmente spiegabile perché nelle fasi successive alla revoca del sequestro conservativo non vi è alcuna necessità di comunicare al giudice e al PM l'eventuale successiva revoca o chiusura della liquidazione o l'elenco delle cose non liquidate è già sottoposte a sequestro, poiché le ragioni sottese al sequestro conservativo potranno essere fatte valere nel procedimento penale, se lo ritengono ancora necessario, a opera delle parti interessate.