







SAPIENZA  
UNIVERSITÀ DI ROMA

DOTTORATO DI RICERCA IN AUTONOMIA PRIVATA, IMPRESA, LAVORO E TUTELA  
DEI DIRITTI NELLA PROSPETTIVA EUROPEA ED INTERNAZIONALE

DIRITTO COMMERCIALE E DELL'ECONOMIA  
XXXI CICLO

La compensazione nelle procedure concorsuali

GIANLUCA PIGNOTTI

A.A. 2018/2019



# INDICE SOMMARIO

*Abstractr* ..... ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.

## CAPITOLO I

### **LA COMPENSAZIONE LEGALE NEL FALLIMENTO. IL POTERE DI OPPORRE LA COMPENSAZIONE**

#### SEZ. I– LA TUTELA GENERALE DEGLI INTERESSI DEI CREDITORI RECIPROCI.

1. Obbligazioni reciproche ed interessi dei creditori..... - 1 -
2. Interessi tutelati nella disciplina del codice abrogato. .... - 5 -
3. Struttura e funzione della compensazione legale nella  
disciplina vigente. .... - 9 -
4. (segue) La funzione della compensazione alla luce del secondo  
comma dell’art. 1242 c.c. .... - 14 -

#### SEZ II. - LA TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CREDITORI RECIPROCI NEL FALLIMENTO.

5. Interessi dei creditori reciproci in caso di insolvenza. .... - 18 -
6. Insolvenza e alterazione della garanzia patrimoniale, tra  
codice civile e legge fallimentare. .... - 20 -
7. La compensazione fallimentare. .... - 25 -
8. Compensazione anteriore o contestuale. .... - 27 -
9. Le influenze del concorso sui presupposti della  
compensazione. .... - 35 -
10. La *ratio* dell’art. 56 l. fall. .... - 38 -
11. Le innovazioni introdotte dall’art. 155 del Codice della crisi  
d’impresa e dell’insolvenza. .... - 41 -

#### SEZ. III - ANTERIORITÀ GENETICA DELLE OBBLIGAZIONI E COMPENSAZIONE SOPRAVVENUTA.

12. Compensazione sopravvenuta. .... - 44 -
13. Critiche. Piano letterale. .... - 48 -
14. (Segue) L’interpretazione dell’art. 1248 c.c. .... - 50 -

15. (Segue) Il vincolo di destinazione fallimentare.....	- 53 -
16. (Segue) Esecuzione individuale e fallimento. ....	- 55 -
17. (Segue) La <i>ratio</i> della compensazione fallimentare alla luce del rapporto con la compensazione volontaria. ....	- 58 -
18. Conclusioni circa la compensazione sopravvenuta.....	- 61 -

## CAPITOLO II

### DELIMITAZIONE DEL POTERE DI COMPENSARE

#### SEZ. I. - IL LIMITE AL POTERE DI OPPORRE LA COMPENSAZIONE.

1. L'acquisto volontario di crediti che non siano scaduti prima del fallimento. ....	- 65 -
2. Acquisti involontari di crediti scaduti o non scaduti alla data del fallimento. ....	- 67 -
3. L'acquisto volontario successivo all'apertura del concorso di crediti scaduti alla data del fallimento. ....	- 69 -
4. L'acquisto volontario nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento di crediti scaduti. ....	- 76 -
5. La formulazione del limite al potere di opporre la compensazione secondo il futuro art. 155, comma 2, c.c.i. .	- 78 -
6. Le deduzioni ricavabili dalla nuova formulazione della norma.....	- 81 -
7. Conclusioni circa la compensazione fallimentare, alla luce del limite al potere di opporre la compensazione. ....	- 83 -

#### SEZ. II - COMPENSAZIONE FALLIMENTARE E CADUCAZIONE DEGLI EFFETTI ESTINTIVI.

8. Premessa.....	- 84 -
9. Azione revocatoria e compensazione fallimentare.....	- 84 -
10. Atti presupposti e limite al potere di compensare. ....	- 86 -
11. Atti presupposti che implicano la partecipazione del debitore poi fallito. ....	- 88 -
12. Atti che non prevedono la partecipazione del fallito. ....	- 91 -
13. Revocatoria fallimentare e art. 155 c.c.i. ....	- 93 -

CAPITOLO III

**ULTERIORI ASPETTI DELL'ESTINZIONE PER  
COMPENSAZIONE NEL FALLIMENTO**

SEZ. I – LE ALTRE FORME DI COMPENSAZIONE.

1. Compensazione giudiziale. .... - 95 -
2. Compensazione volontaria. .... - 97 -
3. (Segue). *Pactum de compensando*. .... - 98 -

SEZ. II - MODALITÀ DI ATTUAZIONE DELLA COMPENSAZIONE LEGALE  
IN CORSO DI PROCEDURA.

4. Premessa. .... - 102 -
5. Insinuazione al passivo del credito compensando. .... - 102 -
6. Compensazione fallimentare e *vis atractiva*. .... - 104 -

CAPITOLO IV

**LA COMPENSAZIONE NELLE ALTRE PROCEDURE  
CONCORSUALI**

1. Premessa. .... - 107 -
  2. Funzione soddisfattoria del concordato preventivo, falcidia e  
compensazione legale. .... - 108 -
  3. Procedura in senso stretto e compensazione legale. .... - 110 -
  4. (Segue) Nel concordato in continuità. .... - 117 -
  5. Compensazione legale ed esecuzione del concordato. .... - 120 -
  6. Compensazione giudiziale e volontaria. .... - 127 -
  7. Compensazione e consecuzione delle procedure. .... - 129 -
  8. Liquidazione coatta amministrativa e compensazione  
legale. .... - 134 -
  9. La compensazione nella l.c.a. bancaria ..... - 137 -
  10. Il comma 3-*bis* dell'art. 83, testo unico bancario. .... - 139 -
  11. La rilevanza sistematica della disposizione. .... - 142 -
  12. Il secondo periodo del comma 3-*bis* e la compensazione  
volontaria. .... - 144 -
  13. La compensazione nella amministrazione straordinaria. . - 147 -
- Bibliografia* ..... - 149 -





## Abstract

Il presente studio si prefigge lo scopo di indagare le interferenze che l'apertura delle procedure concorsuali spiega nei confronti del potere di estinguere le obbligazioni reciproche mediante compensazione.

L'analisi si articola in quattro capitoli.

Il primo capitolo si occupa della compensazione legale nel fallimento. La trattazione prende le mosse dall'esame del concreto atteggiarsi degli interessi dei debitori obbligati reciprocamente, per poi verificare quale sia il loro assetto e la tutela apprestata ad essi dall'ordinamento.

Qualora entrambi i creditori reciproci siano *in bonis*, la compensazione attua l'interesse a *non solvere* sia in relazione alla semplificazione dei pagamenti, che alla copertura dal rischio dell'altrui inadempimento. Questa seconda componente dell'interesse, al contrario, diviene del tutto prevalente al manifestarsi della crisi ed in particolare dello stato di insolvenza di uno degli obbligati reciproci, che concretizza il rischio del condebitore *in bonis*, chiamato al pagamento del proprio debito, di rimanere esposto all'altrui inadempimento.

Proprio tramite l'istituto della compensazione l'ordinamento seleziona gli interessi giuridicamente rilevanti tra quelli coinvolti nelle fattispecie descritte e gli fornisce tutela, attribuendo al condebitore il diritto di provocare l'estinzione delle obbligazioni reciproche dal momento in cui si verificano i requisiti di compensabilità di cui all'art. 1243 c.c. La compensazione, dunque, non estingue i crediti dal momento della loro coesistenza qualificata e ad insaputa dei creditori, così come era espressamente previsto nel codice abrogato, ma per produrre i suoi effetti necessita della dichiarazione di uno dei creditori reciproci di volersene avvalere.

Nonostante l'interesse ad avvalersi della compensazione sia massimo nel momento in cui si verifica l'insolvenza di uno degli obbligati, gli effetti prodotti dalla dichiarazione di fallimento

sarebbero in astratto preclusivi della possibilità di opporre la compensazione.

In particolare la destinazione dei beni dell'attivo alla soddisfazione paritaria di tutti i creditori, l'apertura del concorso ed il divieto di esperire azioni esecutive individuali, comporterebbero l'inesigibilità individuale del credito del soggetto *in bonis*, facendo venir meno il potere di profittare della compensazione non opposta anteriormente all'apertura della procedura.

La funzione dell'art. 56 l. fall. consiste, allora, nella conservazione in capo al creditore *in bonis* del potere di opporre la compensazione nonostante la dichiarazione di fallimento. La *ratio* della disposizione, quindi, è quella di conservare uno strumento di autotutela in funzione *latu sensu* di garanzia in capo al debitore-creditore *in bonis* nei confronti del debitore insolvente. Risulta così superata la tesi per la quale l'art. 56 l. fall. avrebbe funzione meramente equitativa.

Ciò posto, in chiusura del capitolo, si critica la tesi della cd. anteriorità genetica delle obbligazioni, secondo la quale affinché sia ammissibile la compensazione in pendenza di fallimento è necessario e sufficiente che l'origine delle obbligazioni contrapposte sia anteriore all'apertura della procedura. In conclusione, quindi, si ritiene che essa sia opponibile solo allorché le obbligazioni contrapposte siano compensabili già anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Il secondo capitolo si occupa di delineare i limiti del potere di compensare attribuito dall'art. 56 l. fall., nonché di analizzare le ipotesi di caducazione degli effetti estintivi della compensazione opposta.

L'analisi si concentra sul secondo comma della disposizione, il quale nella sua formulazione vigente ha dato adito a diversi contrasti interpretativi. Esso stabilisce che la compensazione non ha luogo se il credito opposto è stato acquistato per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore.

A seguito dell'analisi dei vari orientamenti emersi sul punto, si sostiene che la norma rappresenti una limitazione oggettiva del potere di compensare attribuito dalla disposizione di cui al primo

comma. Anche nelle ipotesi non espressamente contemplate dalla lettera dell'articolo, e cioè quelle dell'acquisto successivo l'apertura della procedura di crediti scaduti e dell'acquisto di crediti *mortis causa* avvenuto nello stesso frangete temporale, la compensazione deve comunque ritenersi inopponibile, in quanto tali fattispecie configurerebbero ipotesi di compensabilità sopravvenuta.

Successivamente vengono esaminati i casi in cui gli effetti estintivi della compensazione vengono meno in ragione dell'esercizio di azioni revocatorie.

L'effetto estintivo non è per sé revocabile. Infatti, è la legge stessa ad attribuire il diritto di opporre la compensazione in deroga agli effetti prodotti dalla dichiarazione di fallimento.

Tuttavia, se l'effetto estintivo della compensazione si produce in virtù della legge, ciò non toglie che esso possa essere conseguenza di atti pregiudizievoli per i creditori posti in essere nel cd. periodo sospetto. A seconda dei casi, dunque, saranno gli atti preparatori pregiudizievoli a poter essere revocati, e a determinare di conseguenza la caducazione dell'effetto estintivo realizzato attraverso la compensazione.

Nel terzo capitolo ci si occupa della compensazione giudiziale e di quella volontaria, nonché delle modalità attraverso le quali è possibile rendere la dichiarazione di volersi avvalere dell'effetto estintivo in corso di procedura.

Alla compensazione giudiziale, in quanto specie della compensazione legale, è applicabile la disciplina dettata per quest'ultima. Al contrario, la compensazione volontaria esorbita dall'ambito di applicazione dell'art. 56 l. fall., proprio in quanto l'effetto estintivo è il risultato di un atto di autonomia privata, mentre la disposizione risulta esclusivamente riferibile alle ipotesi di compensazione legale.

L'accordo compensativo, dunque, se concluso successivamente alla dichiarazione di fallimento dovrà essere ritenuto inefficace ai sensi dell'art. 44 l. fall, in quanto atto di disposizione del fallito. Mentre qualora sia stato concluso nel periodo sospetto, potrebbe essere ritenuto revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 1, ovvero comma 2.

Discorso a parte vale per il *pactum de compensando*, e cioè per l'accordo con il quale le parti stabiliscono le modalità e le condizioni del verificarsi di un futuro effetto estintivo.

Se concluso anteriormente alla dichiarazione di fallimento e non revocabile, il *pactum de compensando* dovrebbe essere considerato alla stregua di un contratto ineseguito, con conseguente applicazione dell'art. 72 l. fall. Dunque, starà al curatore valutare la possibilità di sciogliersi dal patto, così da evitare la produzione dell'effetto estintivo non ancora verificatosi.

Per quanto riguarda le modalità attraverso le quali far valere l'effetto estintivo, si ritiene che la dichiarazione di voler compensare possa essere resa indifferentemente tramite la domanda di ammissione al passivo, come attraverso atti stragiudiziali.

Nel quarto capitolo si prendono in esame le altre procedure concorsuali.

Rispetto al concordato preventivo, ci si occupa di definire la possibilità di opporre la compensazione sia durante la procedura, che nella successiva fase di esecuzione.

In particolare si ritiene che dal momento della presentazione della domanda di concordato sino alla sua omologazione, valgano le medesime conclusioni raggiunte in riferimento alla procedura fallimentare, stante il richiamo dell'art. 169 l. fall all'art. 56 l. fall.

Durante la fase dell'esecuzione, al contrario, l'art. 169 l. fall. Non è applicabile e i crediti del soggetto *in bonis* saranno compensabili secondo le norme del codice civile via via che riacquistino i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. in ragione dell'attuazione del piano.

Attenzione particolare viene riservata anche al tema della consecuzione delle procedure, secondo il quale gli effetti della dichiarazione di fallimento sopravvenuta retroagiscono sino alla presentazione della domanda di concordato. In questo caso la validità dell'effetto estintivo rispetto al fallimento successivo dovrà essere valutata secondo le norme che regolano il fallimento, applicate facendo riferimento al momento in cui retroagiscono gli effetti della procedura in base al principio della consecuzione.

Una menzione particolare merita il tema della compensazione nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, affrontato in chiusura del quarto capitolo.

La recente introduzione del comma 3 bis dell'art. 83 TUB, infatti, sembra confermare sul piano sistematico le tesi sostenute nello studio condotto. Dopo aver trattato della genesi della norma, ci si concentra sulla sua interpretazione e sui rilievi di carattere sistematico che comporta.

La disposizione stabilisce che in deroga all'art. 56, primo comma, della legge fallimentare la compensazione ha luogo solo se i relativi effetti siano stati fatti valere da una delle parti anteriormente all'apertura della liquidazione coatta amministrativa.

In primo luogo, la disposizione sembra confermare che la dichiarazione di volersi avvalere della compensazione legale costituisce un elemento essenziale della fattispecie compensativa, e che l'effetto estintivo non si produce di diritto per la sola coesistenza qualificata delle obbligazioni reciproche. Diversamente opinando, infatti, dovrebbe ritenersi che in base alla disposizione *de qua* il credito del soggetto *in bonis* già estinto per effetto della compensazione possa essere sottoposto a falcidia o comunque che possa essere preteso l'adempimento del debito gravante sul medesimo soggetto parimenti estinto per la parte corrispondente.

In secondo luogo, l'innovazione legislativa conferma le conclusioni raggiunte nel primo capitolo circa la funzione dell'art. 56 l. fall., e cioè che la disposizione è dettata al fine di attribuire il potere di estinguere per compensazione le obbligazioni reciproche già compensabili anteriormente all'apertura della procedura, nonostante l'instaurazione del concorso. La disposizione del TUB impone che la compensazione sia opposta anteriormente all'apertura della liquidazione coatta amministrativa derogando espressamente all'art. 56 l. fall., ne risulta che la funzione della disposizione derogata è proprio quella di consentire di opporre la compensazione di crediti reciproci, divenuti compensabili già anteriormente all'apertura del concorso.



# Capitolo I

## La compensazione legale nel fallimento.

### Il potere di opporre la compensazione

SOMMARIO: Sez. I – La tutela degli interessi dei creditori reciproci. 1. Obbligazioni reciproche ed interessi dei creditori. 2. Gli interessi tutelati nella disciplina del codice abrogato. 3. Struttura e funzione della compensazione legale nella disciplina vigente. 4. (segue) La funzione della compensazione alla luce del secondo comma dell’art. 1242 c.c. Sez. II - La tutela degli interessi dei creditori reciproci nel fallimento. - 5. Interessi dei creditori reciproci in caso di insolvenza. 6. Insolvenza e alterazione della garanzia patrimoniale, tra codice civile e legge fallimentare. 7. La Compensazione fallimentare. 8. Compensazione anteriore o contestuale. 9. Le influenze del concorso sui presupposti della compensazione. 10. La *ratio* dell’art. 56 l. fall. 11. Le innovazioni introdotte dall’art. 155 del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Sez. III - Anteriorità genetica delle obbligazioni e compensazione sopravvenuta. - 12. Compensazione sopravvenuta. 13. Critiche. Piano letterale. 14. (Segue) L’interpretazione dell’art. 1248 c.c. 15. (Segue) Il vincolo di destinazione fallimentare. 16. (Segue) Esecuzione individuale e Fallimento. 17. (Segue) La *ratio* della compensazione legale nel fallimento alla luce del rapporto tra compensazione legale e volontaria. 18. Conclusioni circa la compensazione sopravvenuta.

SEZ. I– LA TUTELA GENERALE DEGLI INTERESSI DEI CREDITORI RECIPROCI.

#### **1. Obbligazioni reciproche ed interessi dei creditori.**

Per trattare a ragion veduta le particolarità dell’istituto oggetto del presente studio, non si può fare a meno di muovere dall’analisi del concreto atteggiarsi degli interessi coinvolti dalla compensazione in generale.

L’elemento essenziale che caratterizza tutte le fattispecie compensative contemplate dall’ordinamento è quello della sussistenza di reciproci rapporti obbligatori<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La contemporanea esistenza di obbligazioni reciproche, ossia di una serie di rapporti per i quali due soggetti di diritto si trovino ad essere obbligati l’uno verso

La coesistenza di biunivoci diritti di credito interferisce con la circostanza per la quale ciascun creditore è portatore di un autonomo interesse all'attuazione del vincolo obbligatorio.

A ben vedere, per il creditore a sua volta obbligato verso il debitore potrebbe risultare indifferente ottenere esattamente quanto gli è dovuto, rimanendo a sua volta debitore verso il *solvens*.

Anzi, qualora le obbligazioni reciproche fossero entrambe omogenee, liquide ed esigibili, l'adempimento delle stesse comporterebbe un'inefficiente moltiplicazione dei pagamenti, con il conseguente aumento dei costi a carico delle parti.

In questo senso, si delinea l'interesse alla semplificazione dei traffici commerciali che, in ossequio al principio di economicità<sup>2</sup>,

---

l'altro, rappresenta l'essenza stessa del fenomeno compensativo. Con esso si intende indicare la fattispecie estintiva dell'obbligazione dell'uno, che trova la sua ragione nella simultanea estinzione del vincolo obbligatorio a cui è soggetto l'altro. Tale affermazione, a mio sommesso avviso, non è smentita da quanto disposto dall'art. 1248 c.c., il quale fornisce in via eccezionale uno strumento di tutela contro manovre speculative non meritevoli di tutela, sul punto vedi ampiamente oltre p. 48 e ss.

Che la coesistenza di reciproci rapporti obbligatori sia elemento essenziale e caratterizzante del fenomeno è già stato fatto notare in maniera efficace da illustre dottrina. In proposito cfr. P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli e Soc. ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 257 «La reciprocità non è un requisito qualsiasi, occasionale o marginale della compensazione, ma presupposto essenziale e qualificante [...]». Nello stesso senso cfr. L. Mezzasoma, *Della compensazione*, in *Commentario del codice civile. Vol. III. Delle obbligazioni*, diretto da E. Gabrielli, UTET, Torino, 2013, 536.

A ciò basti aggiungere che il dato sembra essere confermato dall'assetto delle disposizioni normative che regolano la compensazione. Di per sé, infatti, l'art. 1241 c.c. nel ricollegare l'effetto giuridico alla fattispecie astratta idonea a produrlo fa riferimento a «due persone obbligate l'una verso l'altra», rinviando alle disposizioni successive la disciplina del *modus* dell'effetto estintivo. Proprio quest'ultimo, d'altra parte, si produce ai sensi dell'art. 1242 c.c. «dal giorno della loro [delle obbligazioni] coesistenza». Viene così in evidenza il valore essenziale e caratterizzante della sussistenza di reciproche obbligazioni, che si declina in modalità diverse nella compensazione legale ed in quella volontaria.

<sup>2</sup> Da questo punto di vista la compensazione consente che un medesimo risultato economico, in determinate circostanze, sia ottenuto evitando il compimento di una pluralità di atti. Cfr. G. Angeloni, *La compensazione*, in *Le obbligazioni. Trattato di Diritto Civile.*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Giuffrè,



trova soddisfazione nella facoltà di evitare l'esecuzione delle prestazioni reciproche<sup>3</sup>.

D'altra parte, tale interesse non esaurisce il campo delle aspettative proprie dei creditori rispettivamente obbligati l'uno verso l'altro.

I vincoli che legano debitore e creditore esprimono un dover essere la cui attuazione non è necessaria. Ogni diritto di credito incorpora in sé il rischio dell'inesatto adempimento, sia esso legato all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, oppure alle condizioni economiche o alla volontà antiggiuridica del debitore<sup>4</sup>.

Si profila, allora, un ulteriore interesse in capo ai creditori biunivoci. La loro particolare condizione, infatti, li pone astrattamente in grado di soddisfarsi autonomamente, non rimanendo passivamente esposti al rischio dell'inesatto adempimento del proprio debitore<sup>5</sup>. Anche questa particolare

---

Milano, 2009, 286 s.s. Nello stesso senso, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. 4 l'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1991, 479 ss., il quale sottolinea l'inutilità delle attività solutorie volte a «realizzare un risultato economico direttamente realizzabile mediante il venir meno delle reciproche pretese».

<sup>3</sup> In questo senso cfr. E. Redenti, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, 10, secondo il quale « se i due debiti-crediti siano ambedue omogenei liquidi ed esigibili l'interesse al non solvere appare senz'altro manifesto, attuale ed eguale per ambedue le parti [...]». Cfr. P. Schlesinger, *Compensazione*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. 3, Torino, Utet, 1984, 722, ove espressamente si riconducono le esigenze di semplicità all'evitare «un inutile circuito di comportamenti solutori o, peggio ancora, di attività esecutive giurisdizionali».

<sup>4</sup> Tale rischio non attiene esclusivamente al caso in cui la controparte versi in condizioni economiche prossime all'insolvenza. Esso si manifesta in tutti i rapporti umani di dare e avere, che rimangono pur sempre soggetti alle circostanze oggettive in cui si svolgono e alla volontà dei soggetti coinvolti. D'altra parte l'inesatto adempimento implica la sopportazione di costi ingenti anche nel caso in cui l'attuazione forzata dei vincoli giuridici si riveli fruttuosa.

<sup>5</sup> Cfr. P. Schlesinger, (nt. 3), 722, ove l'autore riconduce alle esigenze di equità la necessità di evitare «a carico della parte più sollecitata ad adempiere, il rischio della insolvenza della controparte». La valutazione appena espressa, tuttavia, si discosta leggermente dalla prospettiva assunta in questa sede. Sulla base di quanto fin qui affermato, sembra potersi sostenere che l'interesse del creditore a *non solvere* sussiste anche al di fuori del solo rischio di insolvenza della controparte. In questo senso cfr. F. Nappi, *Contributo alla teoria della compensazione: per una rivisitazione dell'istituto in una prospettiva transnazionale*, Giappichelli, Torino, 1999.

esigenza trova soddisfazione nella possibilità di estinguere le obbligazioni evitando l'adempimento attraverso la compensazione<sup>6</sup>.

Se l'interesse alla semplificazione rileva sul piano delle modalità attraverso le quali ottenere la soddisfazione delle proprie legittime aspettative, il secondo interesse riguarda direttamente la sfera patrimoniale del debitore-creditore. Esso, infatti, coinvolge l'*an* della prestazione dovuta, dal momento che attiene al rischio di rimanere passivamente esposto all'inadempimento della controparte. Per questa ragione sembra potersi affermare che è proprio l'esigenza di evitare il rischio di inadempimento, tra le due, ad assumere una rilevanza preminente.

Entrambi gli aspetti di cui si è dato conto si compongono nell'interesse individuale a *non solvere*<sup>7</sup>, direttamente imputabile agli obbligati reciproci.

D'altra parte, incidendo positivamente sui costi ed i rischi connessi all'adempimento, l'elisione delle reciproche posizioni creditorie è in grado di soddisfare anche interessi di carattere generale, riguardanti la certezza e la fluidità degli scambi<sup>8</sup>, nonché la potenziale riduzione delle liti<sup>9</sup>.

Proseguendo l'analisi del rapporto di fatto che lega i creditori reciproci, occorre includere nel dibattito un'ulteriore e contraria ipotesi.

Posto che i crediti liquidi ed esigibili producono interessi di pieno diritto, qualora il saggio degli stessi sia tale da coprire il rischio di inadempimento potrebbe darsi che il creditore-debitore abbia interesse ad eseguire la propria prestazione, non

---

<sup>6</sup> Cfr. R. Peleggi, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Jovene, Napoli, 2009, 208.

<sup>7</sup> In maniera simile cfr. A. Gorassini e F. Tescione, *Della compensazione, in Il codice civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016, 23 ss., ove l'autore riconduce l'interesse concreto dei creditori a quello ad ottenere la reciproca liberazione dai propri obblighi.

<sup>8</sup> Cfr. R. Peleggi, (nt. 6), 208., ove l'autrice evidenzia gli effetti della compensazione con particolare riguardo alla stabilità del mercato.

<sup>9</sup> Cfr. E. Redenti, (nt. 3). In senso contrario, cfr. D. Maffei, *La compensazione, in Modi di estinzione delle obbligazioni. Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, UTET, Torino, 2012, 118.

estinguendo l'obbligo reciproco, per lucrare gli interessi del proprio credito. Un comportamento di tal guisa risulterebbe ancor più razionale nel caso in cui l'estinzione del proprio debito mediante pagamento, lì dove fosse possibile opporre la compensazione, non determinasse l'estinzione delle garanzie prestate da terzi in favore del proprio credito<sup>10</sup>.

In circostanze speculari, al contrario, il debitore-creditore potrebbe ricevere il pagamento senza adempiere la propria prestazione o sopportando i costi del ritardo o profittando di una eventuale dilazione gratuita<sup>11</sup>. In questo modo, infatti, egli potrebbe avvantaggiarsi della liquidità ottenuta.

Una tale evenienza, per quanto rara, può manifestarsi anche all'infuori di fenomeni patologici, che trovano sanzione, ad esempio, nelle disposizioni inerenti alla mora del debitore o del creditore.

Chiudendo la riflessione sul punto, può ritenersi che nel caso in cui due soggetti siano titolari di biunivoci diritti di credito l'interesse a *non solvere* è affiancato in particolari circostanze dall'opposto interesse alla attuazione del rapporto obbligatorio.

## **2. Interessi tutelati nella disciplina del codice abrogato.**

Per ricostruire la funzione svolta dalla compensazione legale disciplinata dal codice civile occorre individuare quali tra gli interessi di fatto coinvolti siano ritenuti prevalenti dalla legge, tanto da trovare tutela attraverso le sue disposizioni.

Nel caso in cui un ordinamento si astenesse dal regolare la fattispecie della coesistenza di crediti reciproci, ciascuna obbligazione dovrebbe essere esattamente adempiuta attuandone il contenuto. Dunque, un credito sopravviverebbe alla coesistenza con l'altro, così come le obbligazioni ad esso accessorie<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Eventualità esclusa dalla vigente normativa, ove all'art. 1251 c.c. la legge espressamente prescrive che colui che non si sia avvalso della compensazione non può avvalersi in pregiudizio dei terzi delle garanzie a favore del suo credito.

<sup>11</sup> Non a caso si cita questa eventualità. La dilazione gratuita concessa dal creditore non impedisce l'operare della compensazione. Così è secondo le vigenti disposizioni di legge, e così era ai sensi dell'art. 1288 dell'abrogato codice civile.

<sup>12</sup> Con ciò si vuole sottolineare la circostanza forse ovvia, ma che è utile non perdere di vista, che ogni ordinamento è libero di disciplinare i rapporti tra privati

Questo ipotetico assetto è espressione di una sostanziale indifferenza dell'ordinamento rispetto ai particolari interessi suscitati dalla coesistenza di obbligazioni reciproche. Un esempio di tale approccio è offerto, secondo le fonti, dal diritto formulare romano<sup>13</sup>. Esso, probabilmente in ragione della sua struttura rigida<sup>14</sup>, non predispose una fattispecie generale ed astratta di compensazione. Al contrario in casi specifici e limitati, conferiva al giudice il compito di computare l'eventuale credito che spettasse al debitore ai fini della quantificazione della somma da questi dovuta<sup>15</sup>.

Tuttavia, l'indifferenza degli ordinamenti rispetto alla fattispecie *de qua* non è un dato costante. Anzi, nell'ambito dello stesso diritto romano, già in epoca giustiniana la fattispecie compensativa fu tipizzata, quale modo di estinzione generale delle obbligazioni operante *ipso iure*<sup>16</sup>.

---

secondo i suoi valori di riferimento. Non vi è alcuna necessità nella risposta normativa fornita della legge nel regolare gli eventi fattuali, se non quella dettata dalla coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento.

<sup>13</sup>Dall'interpretazione delle Istituzioni gaiane, risulta che solo in tre casi, per altro esclusivamente nell'ambito giudiziale, le azioni erano strutturate in maniera idonea a consentire, e tal volta obbligare, la computazione di eventuali crediti del debitore ai fini di determinare il *quantum* o *l'an* della condanna. Ciò avveniva in materia di *iudicia bonae fidei* ma solo qualora i crediti reciproci avessero origine *ex eadem causa*, cfr. Gaio, 4, 61-63; in materia di azioni dell'*argentarius* verso i propri clienti cfr. Gaio, 4., 64; e nel caso del *bonorum emptor*, il quale era chiamato a compensare i crediti facenti parte del patrimonio acquistato con gli eventuali debiti vantati dai creditori del fallito, cfr. Gaio, 65-68.

<sup>14</sup>In un rito basato sull'enunciazione di formule rigide, ove il giudice emette la condanna in base alla fondatezza delle medesime, la compensazione può trovare spazio solo nel caso in cui l'*intentio* della formula sia strutturata in modo di consentire il ricorso alla compensazione. Sul Punto cfr. B. BIONDI, *Compensazione*, in *Novissimo digesto Italiano. Vol. 3*, Torino, Utet, 1984, 719.

<sup>15</sup>In proposito vale la pena porre in evidenza alcuni punti. Come accennato, nei *iudicia bonae fidei* la compensazione operava solo nel caso in cui le opposte pretese avessero fonte nel medesimo rapporto. Dunque, obbligazioni autonome originate da autonomi rapporti non potevano estinguersi per reciproca elisione. In secondo luogo, le compensazioni operate all'interno del processo avvenivano tra crediti che potevano presentarsi del tutto eterogenei ed anche illiquidi. B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Stab. tip. Commerciale, Cortona, 1927.

<sup>16</sup>«Compensazione *ex omnibus actionibus ipso iure fieri*», cfr. l. 14, C, *de comp.*, 4, 31, 551 d. C.

Da questa elaborazione, ha preso le mosse l'evoluzione dell'istituto nel senso attribuitole dal diritto moderno<sup>17</sup>.

Le prime disposizioni dell'Italia unitaria in argomento risalgono al codice civile del 1865. Si tratta delle norme di cui agli artt. 1285 ss. collocate nella sezione IV, capo IV, libro III.

Il legislatore storico fu influenzato dalla legislazione francese e dalle prassi commerciali più diffuse, tanto che ne accolse le istanze dando loro una veste giuridica tipica<sup>18</sup>.

Le disposizioni di legge non contemplavano i casi di compensazione giudiziale e volontaria, ma disciplinavano esclusivamente l'effetto estintivo prodotto «di diritto, in virtù della legge, ed anche senza saputa dei debitori»<sup>19</sup>. Dunque, dal momento in cui i crediti assumevano le caratteristiche dell'omogeneità, esigibilità e liquidità automaticamente aveva luogo la loro estinzione reciproca per compensazione.

In questa sede è interessante osservare riguarda proprio le modalità attraverso cui aveva luogo l'estinzione dei debiti. L'effetto estintivo si determinava per imperio della legge<sup>20</sup>, in

---

<sup>17</sup> La veste giuridica da fornire all'elisione delle opposte pretese che un soggetto vanta nei confronti di un altro è stata elaborata tenendo a mente l'esempio giustiniano. Tuttavia, intorno al modo in cui la coesistenza dovrebbe produrre i suoi effetti vi è stata discordia tra gli studiosi. L'interpretazione a lungo prevalente è stata quella proposta da Pothier, secondo la quale la compensazione giustiniana operava di diritto, per il solo fatto obiettivo della coesistenza degli obblighi e senza intervento umano. Proprio questa impostazione, sebbene non indiscussa, influenzò la tipizzazione dell'istituto secondo le forme assunte anche dal codice civile italiano del 1865.

<sup>18</sup> La contrattualizzazione delle esigenze dei commercianti sotto forma di clausole standard aventi ad oggetto il funzionamento della compensazione si diffuse a tal punto da divenire prassi. D'altra parte gli usi diffusi furono via via accolti dai Tribunali e finirono per imporre il modello della compensazione legale, quale istituto operante *ope legis*. Cfr. T. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Società Editrice Libreria Milano, 1909.

<sup>19</sup> Art. 1286 c.c. abr.

<sup>20</sup> I tratti distintivi della compensazione legale erano rappresentati, da un lato, dall'enunciato «senza saputa dei debitori» e dall'altro dall'assenza di alcuna disposizione che ne escludesse la rilevabilità d'ufficio. Entrambi gli elementi, pur nei dubbi interpretativi posti da parte della dottrina dell'epoca, portavano la maggior parte degli studiosi a ritenere che il vecchio codice avesse fatto propria l'impostazione per la quale la compensazione dovesse operare *sine facto hominis*. In

particolare, l'ordinamento connetteva l'elisione reciproca delle obbligazioni al semplice evento della loro coesistenza nelle forme individuate dalla legge. I creditori-debitori non avevano la facoltà di scegliere o meno di avvalersi dell'effetto estintivo della compensazione. La coesistenza qualificata estingueva le obbligazioni a tutti gli effetti, tanto che il debitore che avesse adempiuto, pur manifestando implicitamente la volontà di non avvalersi della compensazione, non poteva comunque agire contro il rispettivo debitore per ottenere la soddisfazione del suo credito. Non gli restava che agire per la ripetizione dell'indebito, avendo adempiuto ad un obbligo già estinto<sup>21</sup>.

L'assenza di rilievo della volontà del debitore rispetto alla produzione degli effetti estintivi denotava un diverso approccio dell'ordinamento<sup>22</sup>. In questo senso, sembra corretto sostenere che la legge privilegiasse, tra quelli coinvolti, l'interesse generale alla semplificazione ed alla certezza dei traffici commerciali.

D'altra parte, la conclusione sembra coerente con l'interpretazione in chiave prettamente solutoria dell'istituto, maggioritaria tra gli interpreti del tempo<sup>23</sup>, che ne metteva in ombra la funzione di garanzia contro l'inadempimento. Se la compensazione si risolve in una forma di pagamento ne consegue quasi *de plano* che essa debba operare *sine facto hominis*, in virtù

---

questo senso cfr. T. Cuturi, (nt. 18); A. Gagliano, *Della compensazione in materia di fallimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1902, IV, 31.

<sup>21</sup> In modo puntuale sulla questione cfr. E. Redenti, (nt. 3).

<sup>22</sup> È chiaro che la genesi della norma in questione, come accennato, era stata determinata da lunghi e risalenti dibattiti circa il significato da attribuire alla produzione *ipse iure* degli effetti della compensazione. Tuttavia, le circostanze storiche che hanno influenzato la genesi delle norme devono essere poste in secondo piano rispetto all'indagine del significato letterale e sistematico nonché di quello dalla volontà della legge intesa in senso oggettivo.

<sup>23</sup> La realizzazione contestuale degli interessi dei creditori tramite l'estinzione delle obbligazioni reciproche, ha storicamente condotto alcuni studiosi a ritenere che la compensazione fosse assimilabile ad una forma di pagamento e che ad essa fossero applicabili le disposizioni ad esso riferibili. A ben vedere, come ritiene ormai la dottrina maggioritaria, non vi è equivalenza tra compensazione ed adempimento. Essa, infatti, realizza l'interesse del creditore proprio interrompendo l'attuazione del vincolo obbligatorio, quando invece l'adempimento ne è espressione, cfr. tra tutti P. Perlingieri, (nt. 1), L. Mezzasoma, (nt. 1).

della semplificazione che produce evitando doppi pagamenti inutili.

### **3. Struttura e funzione della compensazione legale nella disciplina vigente.**

Nell'intento di superare i dubbi interpretativi ed i problemi di ordine pratico posti dall'istituto<sup>24</sup>, il codice del '42 ne ha innovato profondamente la disciplina, rispetto a quella previgente.

L'art. 1241 c.c. stabilisce: «Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono.».

Le modalità attraverso le quali si realizza l'estinzione sono definite dall'art. 1242 c.c. unitamente all'art. 1243 c.c, che fissa le caratteristiche di cui devono essere dotati i crediti per essere compensabili, ossia omogeneità, liquidità ed esigibilità.

La prima delle due disposizioni prescrive che la compensazione estingue le obbligazioni dal giorno della loro coesistenza e che «il giudice non può rilevarla d'ufficio».

È proprio quest'ultimo enunciato normativo a segnare una differenza di sicuro rilievo, rispetto al regime giuridico della compensazione definito dal codice abrogato.

Infatti, l'eccezione di parte implica necessariamente la volontà del soggetto che la solleva di far valere gli effetti della compensazione. La dichiarazione del soggetto che intende avvalersi della compensazione, dunque, non può essere considerata alla stregua di una mera dichiarazione di scienza, avente la funzione di accertare un evento estintivo già verificatosi. Affinché la compensazione venga dichiarata è necessario che la parte abbia manifestato la propria volontà di avvalersene e l'ingresso dell'elemento della volontà del creditore nella fattispecie compensativa ne modifica la struttura rispetto a quella delineata dalle norme abrogate.

Altrimenti detto: oltre l'elemento oggettivo, costituito dalla coesistenza dei crediti, assume rilevanza anche un elemento soggettivo, e precisamente l'intenzione di uno dei due creditori di

---

<sup>24</sup> Cfr. E. Redenti, (nt. 3) e T. Cuturi, (nt. 18).

avvalersi della compensazione, che assurge ad elemento essenziale della fattispecie<sup>25</sup>.

Fin tanto che non sia pervenuta la dichiarazione di volontà della parte, dunque, la coesistenza dei crediti non produce alcun effetto estintivo. Questa tesi è condivisa dalla dottrina maggioritaria e sembra aver trovato accoglimento nella giurisprudenza di legittimità più recente<sup>26</sup>, che interpreta l'espressione della volontà di compensare alla stregua di un diritto potestativo, da cui dipende il prodursi dell'effetto estintivo retroattivo.

La conclusione, tuttavia, non è del tutto pacifica, ed anzi parte della giurisprudenza tende ancora oggi a ritenere che l'effetto estintivo si determini *ope legis* in ragione della mera coesistenza, secondo un orientamento che trova riscontro nella dottrina, sia pure minoritaria<sup>27</sup>. In particolare, si sostiene che la non rilevabilità d'ufficio della compensazione non abbia altro significato se non

---

<sup>25</sup> In questo senso cfr. L. MEZZASOMA, (nt. 1); P. PERLINGIERI, (nt. 1); P. SCHELESINGER, (nt. 3), E. GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955; U. NATOLI, *In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile*, in *Il foro italiano*, 1948, IV, 55.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 2 ottobre 2018, n. 23948: «la dichiarazione di volersi avvalere della compensazione costituisce l'esercizio di un diritto potestativo e postula che la parte, valutando il suo interesse all'adempimento, decida se esercitare o meno il potere di determinare l'estinzione dei debiti contrapposti dal giorno della loro coesistenza. In definitiva, la formula, per cui la compensazione avviene *ope legis*, altro non significa se non che la dichiarazione compensativa di una parte vincola l'altra, con l'ulteriore conseguenza che gli effetti della dichiarazione retroagiscono sino al momento della coesistenza dei controcrediti.» In senso conforme cfr. Cass. civ., sez. I, 13 maggio 2014, n. 10335, secondo la quale la dichiarazione di avvalersi della compensazione «costituisce l'esercizio di un diritto potestativo e postula che la parte, valutando il suo interesse all'adempimento, decida se esercitare o meno il potere di determinare l'estinzione dei debiti contrapposti dal giorno della loro coesistenza.».

<sup>27</sup> Cfr. C.M. BIANCA, (nt. 2), 493 ss., il quale sostiene che la compensazione operi di diritto per il solo manifestarsi delle circostanze di fatto previste dalla legge. A sostegno della sua posizione, adduce che, opinando altrimenti, il sistema risulterebbe incoerente, sia per quanto attiene alla disciplina dei diritti potestativi, sia per quanto attiene alle disposizioni sulla prescrizione di cui al secondo comma dell'art. 1242 c.c.



quello di stabilire che il suo «effetto giuridico sia nella disponibilità del debitore che se ne avvale»<sup>28</sup>.

A me sembra che tale asserzione equivalga ad affermare che l'effetto, se pur prodottosi, non determina alcuna modificazione dei rapporti giuridici sostanziali, a meno che il debitore non esprima la propria volontà di avvalersene.

Tuttavia, dal punto di vista logico, o un effetto si produce, ed allora si ha una modificazione dei rapporti giuridici sostanziali, oppure esso è subordinato all'intenzione della parte, ed allora finché essa non si esprime non muta la realtà sostanziale, il che in concreto equivale a dire che nessun effetto si è prodotto.

La conclusione trova poi conferma nell'intera disciplina della compensazione legale, ove diverse disposizioni si curano di coordinare le interferenze tra gli effetti giuridici prodottisi *medio*

---

<sup>28</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22324, ove la corte espressamente afferma che «la compensazione legale, a differenza di quella giudiziale, opera di diritto per effetto della sola coesistenza dei debiti, sicché la sentenza che la accerti è meramente dichiarativa di un effetto estintivo già verificatosi, e tale automatismo non resta escluso dal fatto che la compensazione non possa essere rilevata di ufficio, ma debba essere eccepita dalla parte, poiché tale disciplina comporta unicamente che il suddetto effetto sia nella disponibilità del debitore che se ne avvale»; in senso conforme cfr. Cass. civ., sez. I, n. 22 gennaio 2009, n. 1610; Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 206.

Tuttavia, in senso contrario, cfr. la già citata Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2014, n. 10335, ove la corte espressamente afferma: «se è vero che la compensazione legale estingue *ope legis* i debiti contrapposti in virtù del solo fatto oggettivo della loro coesistenza, sicché la pronuncia del giudice si risolve in un accertamento della avvenuta estinzione dei reciproci crediti delle parti fino dal momento in cui sono venuti a coesistenza, è altrettanto vero che il giudice non può rilevarla d'ufficio, soggiacendo l'effetto estintivo della compensazione ad uno specifico onere di dichiarazione dell'opponente. Ed invero, ai fini del perfezionamento della fattispecie estintiva, è necessario che la compensazione sia eccepita dalla parte che intende avvalersene, non occorrendo peraltro, giusta il consolidato orientamento di questa Corte, che la relativa manifestazione di volontà sia espressa mediante l'uso di formule sacramentali, essendo sufficiente che dal comportamento della parte risulti univocamente la volontà di ottenere la dichiarazione dell'estinzione del credito. Ciò, in quanto l'eccezione di compensazione costituisce l'esercizio di un diritto potestativo e postula che la parte, valutando il suo interesse all'adempimento, decida se esercitare o meno il potere di determinare l'estinzione dei debiti contrapposti dal giorno della loro coesistenza.»

*tempore* e il perfezionamento successivo della fattispecie compensativa<sup>29</sup>.

A fronte delle innovazioni introdotte nel codice del '42, quindi, sembra potersi affermare che la coesistenza di obbligazioni reciproche, omogenee, esigibili e liquide determini esclusivamente l'esistenza di uno stato di compensabilità<sup>30</sup>, e che solo a partire da questo momento l'ordinamento tuteli l'interesse a *non solvere* dei creditori.

In ogni caso, tanto che si aderisca all'una ovvero alla altra tesi, è indiscusso che nella attuale struttura della compensazione, gli interessi privati del creditore assumano una rilevanza fondamentale, a differenza di quanto accadeva sotto la vigenza del vecchio codice.

In questo senso, l'interesse generale alla semplificazione sfuma, lasciando maggior spazio alle valutazioni individuali degli obbligati<sup>31</sup>. Il giudizio dei creditori-debitori, quindi, atterrà

---

<sup>29</sup> Almeno tre disposizioni del codice civile confermano la struttura a formazione progressiva della fattispecie considerata. In primo luogo, l'art. 1248 c.c. nel comporre gli effetti della cessione del credito reciproco con quelli della coesistenza dei rapporti obbligatori, implicitamente nega che la compensazione avvenga di diritto. Per l'ordinamento, infatti, sarebbe del tutto irragionevole ammettere la cedibilità di un credito estinto. In secondo luogo, l'art. 1251 c.c., ove dispone l'estinzione delle garanzie prestate a favore del credito nel caso che adempia il proprio debito non avvalendosi della compensazione, ammette che il pagamento estingue il debito anche se eseguito in seguito alla coesistenza. Da ultimo, l'art. 1249 c.c. richiamando i criteri legali di imputazione dei pagamenti per definire quale credito si estingua per compensazione in presenza di più obbligazioni compensabili, ammette che tra tutti possa estinguersi un credito divenuto compensabile successivamente, confermando dunque che la compensazione non opera di diritto per la sola coesistenza. Nello stesso senso cfr. P. Perlingieri, (nt. 1), nonché P. Schlesinger, (nt. 3).

Ad ulteriore sostegno di quanto argomentato può addursi che numerosi enunciati normativi subordinano, oltre quelli già ricordati, menzionano espressamente la necessità di ricorrere al compimento di un atto positivo di "opposizione" al fine di modificare le fattispecie sostanziali. In proposito si vedano gli art. 1247 e 1302 c.c.

<sup>30</sup> In proposito cfr. P. Perlingieri, (nt. 1), 277, che descrive efficacemente questa situazione come «stato di fatto giuridicamente rilevante di estinzione potenziale».

<sup>31</sup> Espungendo dall'ordinamento l'automatismo cui era strettamente legato l'effetto estintivo sulla base dell'art. 1286 c.c. abr., la legge valorizza l'intenzione della parte. Questo elemento si riconnette alla libera valutazione degli interessi

inevitabilmente alla ponderazione dei loro interessi, ossia quello alla attuazione del vincolo obbligatorio contrapposto all'interesse a *non solvere*, che si declina nelle esigenze di economicità degli scambi e di copertura dal rischio di altrui inadempimento.

In questo quadro, l'art. 1243, comma 1, c.c. conferisce rilevanza giuridica ai fini della compensazione ad alcuni elementi dei crediti contrapposti, individuando la situazione di fatto nella quale sorge in capo al creditore-debitore la facoltà di determinare la produzione dell'effetto estintivo. Non è in altri termini sufficiente la mera coesistenza di obbligazioni affinché esso si produca, ma occorre che tale coesistenza sia qualificata dalla sussistenza delle caratteristiche individuate dalla disposizione.

La liquidità e l'omogeneità escludono che sia necessaria una valutazione comparativa delle utilità economiche oggetto delle prestazioni contrapposte, che non attenga meramente ad una differenza aritmetica. L'esigibilità, invece, attiene alla sussistenza del potere del creditore di pretendere l'adempimento.

Qualora sussistano questi requisiti, quindi, l'interesse a *non solvere* non contrasta con alcuna situazione meritevole di maggiore tutela, è di immediata attuazione e garantisce l'eguale soddisfazione di entrambi i creditori. Proprio per questa ragione, con l'integrazione dei requisiti legali in capo al creditore-debitore sorge una situazione giuridica tutelata.

Dal momento in cui i crediti reciproci sono liquidi, omogenei ed esigibili, il creditore-debitore ha nella sua disponibilità quanto gli è necessario per soddisfarsi, ossia l'utilità economica corrispondente al credito che il proprio debitore vanta nei suoi confronti. Dunque, la legge gli attribuisce la facoltà di agire autonomamente evitando l'adempimento, proprio al fine di tutelare l'interesse alla economicità dei rapporti e alla copertura dal rischio di inadempimento.

In questa chiave si intravede la funzione di garanzia svolta dall'istituto, nell'ottica della soddisfazione delle reciproche pretese. La compensazione legale, infatti, conferisce a ciascuna

---

individuali, che si riflette nella facoltà di attuare uno strumento di autotutela. Sul punto Cfr. L. MEZZASOMA, (nt. 1), 552.

parte il potere di ottenere in via di autotutela l'utilità economica che gli spetta, sciogliendosi dal rischio dell'altrui inadempimento.

#### **4. (segue) La funzione della compensazione alla luce del secondo comma dell'art. 1242 c.c.**

Quanto sostenuto circa la tutela della posizione giuridica assunta dai coobbligati nell'ottica della soddisfazione reciproca, trova conferma nel precetto di cui al secondo comma dell'art. 1242 c.c.

La norma esprime un *favor* per la compensazione rispetto alla estinzione per prescrizione.

In primo luogo, la disposizione conferma che l'effetto estintivo della compensazione non si produce *ipso iure*, e che la coesistenza qualificata determina il sorgere di uno stato di compensabilità<sup>32</sup>. Infatti, ha senso parlare di prescrizione di un diritto solo qualora questo non si sia già estinto per altra causa, come dovrebbe essere se la compensazione operasse di diritto per il sol fatto della coesistenza delle obbligazioni<sup>33</sup>.

Solo in questa chiave, quindi, è possibile riconoscere alla norma una portata precettiva propria, di cui sarebbe priva se si ritenesse che la compensazione opera *ipso iure*, e che si giustifica nell'ottica della retroattività dell'effetto estintivo<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup>Come già esposto, il punto non è pacifico. Gli autori che propendono per la tesi della operatività *ipso iure* della compensazione considerano la disposizione come il portato necessario del principio in base al quale gli effetti della compensazione si producono automaticamente. In questo senso cfr. C.M. BIANCA, (nt. 2); E. REDENTI, (nt. 3), 20: «perfettamente coerente a questo sistema mi sembra l'aver mantenuta la regola che la compensazione, se opposta ed accertata, opera *ex tunc* [...] non è che una conseguenza che se una parte invochi in compensazione un proprio credito, l'altra non possa opporle, a sua volta, che questo è estinto per una prescrizione maturata solo dopo la coesistenza».

<sup>33</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, (nt. 1), 276.

<sup>34</sup> Cfr. L. MEZZASOMA, (nt. 1); P. PERLINGIERI, (nt. 1), 290, «La norma [...] è un'opportuna specificazione della retroattività dell'effetto estintivo, enunciato in linea di principio nel I comma dello stesso articolo». Nello stesso senso cfr. E. GIULIANO, (nt. 25) Per la medesima conclusione, ma in maniera difforme, cfr. U. NATOLI, (nt. 25), secondo il quale la struttura della fattispecie compensativa sarebbe assimilabile a quella di una fattispecie sospensivamente condizionata.

La coesistenza qualificata, come visto, produce uno stato di compensabilità, che pone l'esigenza di disciplinare il suo rapporto con le modificazioni delle situazioni giuridiche, che si producono fin tanto che la fattispecie compensativa non si perfezioni tramite la dichiarazione di volersene avvalere.

Nel caso *de quo*, da un lato, è logico che prevalga l'effetto compensativo in virtù della sua retroattività, che lo colloca in un momento anteriore all'effetto della prescrizione. D'altro canto, è altrettanto logico ritenere che l'effetto già prodottosi - quello della prescrizione - escluda la possibilità di integrare successivamente la fattispecie non ancora perfezionata.

L'art. 1242 c.c. risolve l'interferenza tra i due istituti giuridici facendo prevalere l'effetto compensativo. Attraverso una  *fictio iuris*, la disposizione ignora gli effetti della prescrizione, come se non si fossero mai prodotti, consentendo il perfezionamento successivo della compensazione.

La scelta operata dalla legge non è una scelta necessaria, infatti, si può banalmente osservare che i medesimi effetti non si producono qualora l'estinzione di uno dei due debiti avvenga in ragione dell'adempimento. In questa seconda ipotesi, l'effetto estintivo del pagamento impedisce il successivo perfezionarsi della fattispecie compensativa.

Il creditore-debitore che paga sua sponte, anche ignorando l'esistenza del contro credito e quindi non rinunciando tacitamente alla compensazione, non potrà agire per la ripetizione dell'indebito, ma dovrà agire nei confronti del proprio debitore per pretenderne l'adempimento.

Dunque, mentre l'estinzione dell'obbligazione mediante il pagamento impedisce il successivo perfezionamento della fattispecie compensativa, l'estinzione per prescrizione non osta alla facoltà di avvalersene.

Il titolare del credito prescritto, dunque, conserva il potere di soddisfarsi attraverso l'estinzione compensativa del proprio debito. La posizione di garantito rispetto al rischio dell'altrui inadempimento<sup>35</sup> assunta nel momento in cui le obbligazioni

---

<sup>35</sup> Si noti, banalmente, che la prescrizione decorre dal momento in cui è possibile far valere il diritto, così come la compensazione legale ha luogo nel

divengono compensabili, quindi, sopravvive al mutamento della realtà giuridica sostanziale prodotto dal decorso del termine prescrizionale. L'ordinamento, altrimenti detto, impedisce al contro creditore di avvalersi della facoltà di non adempiere maturata con il decorso del tempo, durante il periodo di compensabilità.

Tutelando la posizione assunta dal creditore prescritto anteriormente allo spirare del termine per la prescrizione, l'ordinamento realizza la soddisfazione reciproca degli obbligati biunivoci, altrimenti non più perseguibile.

Differentemente, nel caso in cui uno dei due creditori-debitori abbia adempiuto la prestazione, la soddisfazione di entrambi i soggetti rimane ancora possibile, tuttavia il rischio è allocato interamente sul soggetto che ha adempiuto. Ciò è dovuto al fatto che, adempiendo alla sua prestazione, egli non ha conservato presso di sé l'utilità economica sulla quale soddisfarsi.

La ragione della prevalenza dell'effetto retroattivo della compensazione rispetto alla prescrizione sembra cogliersi, allora, proprio sul piano della funzione di tutelare il creditore esposto all'inadempimento, al fine di realizzare la soddisfazione reciproca degli obbligati<sup>36</sup>.

---

momento in cui il credito è esigibile, dunque la fattispecie disciplinata dall'art. 1242, comma 2, c.c. riguarda l'ipotesi in cui uno dei due obbligati reciprochi non si sia reso inadempiente.

<sup>36</sup> La dottrina maggioritaria usa distinguere tra scopo pratico e funzione astratta della compensazione. Il primo atterrebbe alla copertura dai rischi legati all'inadempimento. Dunque, lo scopo di garanzia e la facoltà di agire in autotutela costituirebbero le ragioni pratiche alla base dell'istituto. La sua funzione astratta, viceversa, consisterebbe nell'estinzione reciproca delle obbligazioni. Questa distinzione si fonda sull'assunto che le medesime esigenze pratiche trovano riposta anche in istituti che svolgono funzioni differenti dalla compensazione e che non hanno nulla a che vedere con il suo effetto estintivo. Sul punto cfr. L. Mezzasoma, (nt. 1), 552; ancor prima P. Perlingieri, (nt. 1), 270.

L'interesse privato della parte riguarda esclusivamente la sua sfera individuale e non il risultato finale dell'estinzione soddisfattiva e reciproca delle obbligazioni, questa semmai si pone in chiave generale come fine pubblico che la legge può conseguire attraverso l'istituto *de quo*. Tuttavia, la rimessione della produzione degli effetti estintivi alla volontà delle parti ne suggerisce una lettura strettamente privatistica. Da questo punto di vista, si potrebbe sostenere che la funzione della compensazione sia quella di tutelare l'interesse individuale del creditore-debitore

Inoltre, nel caso *de quo*, l'unica componente dell'interesse a *non solvere* che trova tutela è quella della eliminazione del rischio di inadempimento. Infatti, il creditore prescritto non può esigere l'adempimento, pertanto non sussiste alcun interesse alla semplificazione degli adempimenti.

---

e che il risultato finale, estinzione soddisfattiva reciproca, sia il parametro che consente l'uso legittimo dell'autotutela.

### 5. Interessi dei creditori reciproci in caso di insolvenza.

La prospettiva descritta muta necessariamente qualora la garanzia patrimoniale offerta da uno dei due debitori diminuisca, fino a rendere incerta la possibilità che il creditore riceva l'adempimento.

In tal caso, l'interesse a *non solvere* diviene del tutto attuale. Infatti, posta la crisi di liquidità del debitore, la parte *in bonis* avrà tutto l'interesse ad ottenere l'equivalente dell'utilità economica dovutale mediante l'estinzione soddisfattiva delle reciproche posizioni debitorie<sup>37</sup>.

La componente dell'interesse a *non solvere* riferibile alla semplificazione sfuma quasi del tutto, dal momento che si concretizza il rischio che il creditore-debitore rimanga soggetto all'inadempimento della controparte.

Dunque, il credito che il debitore decotto vanta nei confronti del creditore *in bonis* diviene un valore patrimoniale attivo sul quale quest'ultimo ha un interesse particolare a soddisfarsi. Infatti, il creditore-debitore è nella posizione di attuare la soddisfazione delle reciproche pretese senza la collaborazione del debitore, mediante l'estinzione del proprio credito per la parte corrispondente al contro credito vantato dal debitore insolvente<sup>38</sup>.

Si può quindi affermare che, in caso di insolvenza di uno degli obbligati reciproci, l'interesse del creditore *in bonis* a coprirsi dal rischio dell'altrui inadempimento assume un rilievo predominante.

Ciò vale sia per il caso in cui le obbligazioni reciproche siano compensabili, sia per quello differente in cui l'obbligazione del

---

<sup>37</sup> Su questo piano si coglie appieno la differenza che intercorre tra adempimento e compensazione. Mentre l'uno attua il rapporto obbligatorio, l'altra realizza un'utilità equivalente ma non coincidente, nonché alternativa all'adempimento. Sulla funzione soddisfattiva e non solutoria della compensazione cfr. ampiamente P. PERLINGIERI, (nt. 1), 268.

<sup>38</sup> Proprio questo elemento caratterizza la fattispecie, e si pone come presupposto della facoltà di agire in autotutela attribuita dalla legge al creditore-debitore.



creditore *in bonis* non sia ancora esigibile. In tale circostanza, infatti, egli ha tutto l'interesse a compensare mentre il suo debitore conserverebbe l'interesse ad attuare il proprio diritto avvantaggiandosi della liquidità ottenuta.

D'altra parte, se è vero che l'interesse del creditore ad avvalersi dell'autotutela per mezzo della compensazione si massimizza qualora il debitore versi in stato di insolvenza, è pur vero che qualora questi sia un imprenditore fallibile è necessario introdurre nel ragionamento un ulteriore elemento.

Mentre fin tanto che il decotto è un debitore "civile" la tutela dell'interesse a *non solvere* è affare che riguarda prevalentemente se non esclusivamente, gli obbligati reciproci, all'interno delle procedure concorsuali la fattispecie si arricchisce degli interessi dei creditori concorrenti.

È noto che ai sensi dell'art. 2740 c.c. il patrimonio del debitore costituisce garanzia generica per tutti i creditori, ed inoltre l'art. 2741 c.c. stabilisce che essi hanno eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore, salvo le legittime cause di prelazione. Tali principi assumono una rilevanza del tutto peculiare all'interno del fallimento, tanto che la procedura liquidatoria concorsuale è designata proprio al fine di attuare la garanzia patrimoniale nel rispetto, del ricordato principio.

Consentire al debitore-creditore di attuare una forma di autotutela opponendo la compensazione all'insolvente dichiarato fallito significa, in termini concreti, ridurre l'attivo destinato ad essere ripartito tra tutti i creditori in base alle norme che regolano il concorso, sacrificandone gli interessi.

Il debitore-creditore avvalendosi della compensazione successivamente all'apertura della procedura, ottiene piena soddisfazione delle sue ragioni, almeno per la parte di credito che concorre con il suo debito attraverso l'estinzione di un elemento dell'attivo, destinato come tale, in linea di principio, alla soddisfazione di tutti i creditori.

Il conflitto che la legge è chiamata a comporre, in questo caso, non riguarda più gli interessi del creditore e del suo reciproco debitore. Ad essi si aggiunge anche l'interesse dei creditori

concorrenti a soddisfarsi sul credito che il fallito vanta nei confronti del creditore-debitore *in bonis*.

Di fronte a tali circostanze l'ordinamento ha dinanzi due alternative: tutelare l'interesse a *non solvere* dell'obbligato reciproco, consentendo che la compensazione sia opposta anche nei confronti del fallimento; oppure imporgli di soddisfarsi all'interno della procedura.

La scelta dell'una o dell'altra soluzione varia al variare del modo in cui i diversi interessi di volta in volta coinvolti, trovano composizione nella legge. Questo, come si approfondirà nel corso della trattazione, comporta un diverso atteggiarsi e una diversa disciplina della compensazione legale a seconda della tipologia di procedura concorsuale, come avviene nello specifico nella liquidazione coatta amministrativa delle banche.

## **6. Insolvenza e alterazione della garanzia patrimoniale, tra codice civile e legge fallimentare.**

L'ordinamento non è indifferente alle ragioni del creditore che rimanga esposto all'inadempimento del proprio debitore, in ragione della sua insolvenza. Anzi, definisce una nutrita serie di strumenti di cui si può avvalere colui che resti soggetto alla contrazione della garanzia patrimoniale prestata dalla controparte<sup>39</sup>.

Allo stesso tempo, è possibile individuare soluzioni predisposte dalla legge sul piano sostanziale al fine di tutelare il creditore, che a ragione perda la fiducia nel debitore<sup>40</sup>. Per quanto qui interessa, tra di essi, viene in evidenza la norma di cui all'art. 1186 c.c. La disposizione in questione rende *ex lege* esigibile il credito sottoposto a termine, qualora si manifesti l'insolvenza del debitore o comunque diminuiscano le garanzie da questi prestate o promesse.

---

<sup>39</sup> Con ciò si intende riferirsi ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale tipici, quali il sequestro conservativo, l'azione surrogatoria e l'azione revocatoria.

<sup>40</sup> Sono espressione specifica di questa particolare esigenza le disposizioni dettate nell'ambito della disciplina dei singoli rapporti contrattuali, quali ad esempio gli artt. 1626 c.c. (Affitto); 1868 c.c. (rendita perpetua); 1943 c.c. (fideiussione), oltre al diritto di ritenzione.

Posto che il debitore risponde delle obbligazioni contratte con tutti i suoi beni presenti e futuri, la scelta del legislatore non può considerarsi “necessaria” e dev’essere valutata adeguatamente. Su di un piano meramente formale, la legge avrebbe potuto lasciare che il termine spirasse secondo quanto originariamente pattuito e che il creditore agisse successivamente, sperando in una persistente, per quanto incerta, capienza patrimoniale del debitore<sup>41</sup>.

Al contrario, la disposizione di cui all’art. 1186 c.c. seleziona come rilevante l’interesse del creditore ad ottenere la prestazione dovuta e predispone delle forme di tutela che intervengono nel momento in cui tale interesse subisce una lesione attuale. La norma, quindi, tutela le ragioni del creditore solvente esposto all’inadempimento della controparte ed in ciò si palesa la sua funzione cautelare<sup>42</sup>.

Dunque, fermo il termine di scadenza pattizio dell’obbligazione, essa diviene immediatamente esigibile. Quindi, dalla lettura combinata degli artt. 1186 e 1243 c.c. risulta che l’insolvenza del debitore comporta l’integrazione di uno dei requisiti della compensazione legale.

L’interesse del creditore, che sia al contempo parte passiva di un’obbligazione non scaduta, ad ottenere l’esecuzione risulta soccombente nel caso in cui egli versi in stato di insolvenza. D’altra parte, la compensazione rappresenta uno strumento di autotutela del creditore, ed è del tutto coerente che la legge ne anticipi l’esercizio nel caso in cui divenga attuale l’incapacità di adempiere del debitore.

---

<sup>41</sup> Come correttamente affermato dalla dottrina, si comprende che questa eventualità rappresenterebbe una tutela del tutto inidonea a garantire le ragioni del creditore, del tutto meritevoli di tutela.

<sup>42</sup> Questa conclusione è generalmente riconosciuta dalla dottrina, tra tutti sul punto cfr. A. Di Majo, *Dell’adempimento in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli e Società ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 222; R. FADDA, *Decadenza dal termine sub art 1186 c.c.*, in *Commentario del codice civile. Delle Obbligazioni*, diretto da E. Gabrielli, UTET, Torino, 2012.

In questo caso, quindi, il creditore-debitore *in bonis* può ricorrere alla compensazione, proprio al fine di evitare di rimanere esposto all'altrui inadempimento.

Come esposto nel paragrafo precedente, questa fattispecie si arricchisce di ulteriori sfaccettature qualora a fallire sia un imprenditore commerciale. Il primo elemento da chiarire in proposito, quindi, è proprio quello del rapporto tra insolvenza così detta civile ed insolvenza commerciale.

Secondo un orientamento autorevole<sup>43</sup>, l'insolvenza di cui all'art. 1186 c.c. attiene al mero pericolo di inadempimento del singolo rapporto obbligatorio, relativo ad uno squilibrio patrimoniale anche non definitivo, sostanziandosi nell'insolvibilità<sup>44</sup>. L'insolvenza dell'imprenditore, al contrario, rappresenterebbe l'irrimediabile incapacità di far fronte al complesso dei propri rapporti patrimoniali attinenti all'esercizio dell'impresa.

Non si vuole negare in questa sede che il riferimento all'insolvenza possa assumere sfumature differenti, a seconda che venga riferita al cd. debitore civile o all'imprenditore. Tuttavia,

---

<sup>43</sup> La funzione cautelare e non direttamente satisfattoria della disposizione di cui all'art. 1186 c.c., presupporrebbe un concetto di insolvenza differente da quello di cui alla legge fallimentare. Esso dovrebbe ritenersi legato alla semplice incapacità momentanea e non al definito collasso economico dell'imprenditore. Sul punto cfr. M. Bocchiola, *La nozione di insolvenza dell'art. 1186 c.c.*, in Riv. dir. civ., 1978, I, 205; A. Di Majo, *Le modalità dell'obbligazione*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 689.

<sup>44</sup> Questa conclusione è accolta dalla giurisprudenza che estende l'ambito di applicazione della norma a circostanze meno gravi e definitive di quelle tipiche dell'insolvenza cd. commerciale. Sul punto Cfr. Cass. civ., sez. II, 18 novembre 2012, n. 24330: «dato che la finalità perseguita dalla norma di cui all'art. 1186 cod. civ. è quella di tutelare il creditore contro il pericolo di perdere le garanzie patrimoniali del proprio debitore, lo stato di insolvenza cui si fa riferimento non può che essere costituito da una situazione di dissesto economico, sia pure temporaneo, in cui il debitore venga a trovarsi, e la quale rende verosimile l'impossibilità da parte di quest'ultimo di far fronte ai propri impegni. Ciò significa che l'insolvenza ivi prevista non postula necessariamente un collasso economico, ma, solo l'impotenza, reale ed oggettiva, a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Non deve neppure rivestire i caratteri di gravità e irreversibilità, come previsto in materia di fallimento, ma può conseguire anche ad una situazione di difficoltà economica e patrimoniale reversibile purché idonea ad alterare, in senso peggiorativo, le garanzie patrimoniali offerte dal debitore».

sembra corretto ritenere che l'art. 1186 c.c. sia espressione di un principio per il quale l'incapacità di adempiere determina l'immediata esigibilità del credito non scaduto.

Tale principio, dovrebbe trovare applicazione anche qualora la diminuzione della garanzia offerta dal debitore si traduca in una vera e propria insolvenza ai sensi dell'art. 5 l. fall. Tanto più che la legge fallimentare si mantiene coerente con tale principio, ed anzi vi dà specifica attuazione sia sul piano procedurale con l'art. 55.

L'art. 55 l. fall. Stabilisce, infatti, che «i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.».

I dati testuali da evidenziare in questa sede sono due. Il primo è quello secondo il quale i crediti si considerano scaduti «agli effetti del concorso». Questo inciso sta a significare che l'efficacia della disposizione attiene all'ambito endofallimentare, e cioè che essa rientra tra le disposizioni dettate al fine di disciplinare le modalità di partecipazione dei creditori alla attuazione collettiva della garanzia patrimoniale. Il secondo, è quello relativo al momento in cui il credito sottoposto a termine si considera scaduto, che fa riferimento «alla data della dichiarazione di fallimento». Tale locuzione connette l'esigibilità infraconcorsuale del credito sottoposto a termine al momento in cui viene accertata e dichiarata la sussistenza dello stato di insolvenza e di conseguenza si apre il concorso tra creditori. Proprio tale dato testuale evidenzia il rapporto che intercorre sul piano logico tra i due elementi, che è attuazione del principio per il quale l'insolvenza determina l'esigibilità del credito<sup>45</sup>.

A fronte dell'analisi proposta, è possibile affermare che la relazione che intercorre tra riduzione della garanzia patrimoniale ed esigibilità immediata del credito sottoposto a termine si ripresenta anche nel caso dell'insolvenza dell'impresa

---

<sup>45</sup> In questo senso, cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2017, n. 24296: «L'art. 55 L. Fall., comma 2, costituisce la specificazione, in sede concorsuale, della regola posta dall'art. 1186 c.c., a mente del quale la prestazione diviene immediatamente esigibile, benché sia previsto un termine, se il debitore è divenuto insolvente.».

commerciale non piccola, e per espressa volontà della legge è regolata dal medesimo principio di cui è espressione l'art. 1186 c.c.

La dichiarazione di fallimento, nel momento in cui accerta l'insolvenza dell'imprenditore con efficacia *erga omnes*, dunque, determina l'esigibilità immediata del credito<sup>46</sup>. Tanto che sembra legittimo ritenere che, ove non diversamente stabilito, l'art. 1186 c.c. trovi applicazione anche ai rapporti che vedono protagonista l'imprenditore commerciale insolvente, così come espressamente ritenuto dalla giurisprudenza<sup>47</sup>.

Questo passaggio è particolarmente rilevante, e giova sottolinearlo. La corte di cassazione ha avuto modo di esprimersi sulle modalità di applicazione dell'art. 1957 c.c. (che disciplina la decadenza dal diritto di esigere la prestazione del fideiussore) in caso di fallimento dell'obbligato principale.

A ben vedere, non si tratta di una ipotesi direttamente disciplinata dall'art. 55 l. fall. La prima disposizione infatti, come già sottolineato, è dettata ai fini del concorso e non dovrebbe trovare applicazione oltre la procedura. Nel caso oggetto del giudizio citato, la Corte ha stabilito che il termine di decadenza di cui all'art. 1957 c.c. decorre dalla dichiarazione di fallimento, in quanto: l'insolvenza del fallito determina la scadenza anticipata delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1186 c.c.<sup>48</sup>.

Dunque, in caso di fallimento l'interesse del creditore *in bonis*, esposto all'inadempimento del debitore, trova tutela una specifica tutela sul piano concorsuale. A questo punto, occorre verificare se e come venga tutelato l'interesse a *non solvere* del creditore *in bonis* che sia al contempo debitore del fallito.

---

<sup>46</sup>E. GIULIANO, (nt. 25).

<sup>47</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2017, n. 2429; Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1968, n. 2393. In dottrina cfr. G. Terranova, Stato di crisi e stato di insolvenza, Giappichelli, Torino, 2007, 240.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2017, n. 24296: «la dichiarazione di fallimento costituisce una causa evidente e oggettiva di insolvenza conclamata, che determina l'opponibilità anche al fideiussore della scadenza anticipata dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1186 c.c.».

## 7. La compensazione fallimentare.

La legge fallimentare al primo comma dell'art. 56 stabilisce testualmente che «i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento»<sup>49</sup>.

La disposizione regola i casi in cui la compensazione legale non sia stata ancora fatta valere al momento dell'apertura della procedura.

Questa affermazione può ritenersi pacifica.

L'enunciato normativo attribuisce il «diritto di compensare» ma non ne esplicita il contenuto, in quanto non individua esattamente né l'effetto estintivo che ne discende, né tanto meno le modalità ed il momento di produzione. Inoltre, la stessa disposizione, tramite l'inciso «ancorché non scaduti», si riconnette implicitamente ma necessariamente alla disciplina generale della compensazione, facendo riferimento ad uno dei suoi requisiti<sup>50</sup>.

D'altra parte, qualora la compensazione sia stata opposta anteriormente alla dichiarazione di fallimento, il creditore-debitore si è già avvalso dei suoi effetti trovando piena soddisfazione in una fase preconcorsuale. I problemi posti da questa fattispecie, quindi, attengono alla stabilità dell'effetto estintivo prodotto dalla compensazione, e dunque al piano della disciplina dell'azione revocatoria<sup>51</sup> e non a quello della compensazione fallimentare.

---

<sup>49</sup> Occorre sin da subito evidenziare che il Dlgs. attuativo della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, recante il nuovo Codice della crisi di impresa, ha trasposto l'art. 56 l. fall. all'art. 155, riformulando il testo come segue: «I creditori possono opporre in compensazione dei loro debiti verso il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale i propri crediti verso quest'ultimo, ancorché non scaduti prima dell'apertura della procedura concorsuale».

<sup>50</sup> In proposito per tutti cfr. M. FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Morano, Napoli, 1965. Nella giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. II, 30 dicembre 2014, n. 27441 del 30 dicembre 2014; Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2011, n. 15562; Cass. civ., sez. I, 13 marzo 1982, n. 1634.

<sup>51</sup> Del tutto simile è la regola dettata dall'art. 155 c.c.i., nella parte in cui testualmente stabilisce che «i creditori possono opporre in compensazione». Il riferimento diretto alla facoltà di far valere la compensazione mette in luce il fatto che la norma si riferisce proprio alle ipotesi in cui essa non sia ancora stata opposta.

Questo inquadramento implica che per individuare compiutamente le modalità operative della norma *de qua*, nonché la sua funzione, è imprescindibile fare riferimento all'istituto della compensazione legale così come disciplinato dal codice civile agli artt. 1241 e ss. c.c.

Vengono, quindi, in evidenza gli artt. 1242 e 1243 c.c., che, come già ricordato, definiscono la struttura della fattispecie compensativa, il momento di produzione dell'effetto estintivo, nonché i suoi requisiti.

In particolare, l'art. 1243 c.c. stabilisce che la compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno ad oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili e che sono egualmente liquide ed esigibili.

Ebbene, anche in costanza di fallimento non potrà aversi compensazione se non per crediti che siano attualmente dotati dei caratteri individuati dalla norma, salvo il caso di inesigibilità causata dalla pendenza di un termine a favore del debitore.

La disposizione, infatti prescrive che il creditore può opporre in compensazione il suo credito «ancorché non scaduto alla data del fallimento».

L'enunciato normativo dev'essere interpretato alla luce della rilevanza giuridica che l'ordinamento riconosce al rapporto tra esigibilità e deterioramento della garanzia patrimoniale. Come visto, infatti, l'art. 1186 c.c. è espressione di un principio per il quale l'incapacità di adempiere determina la decadenza dal beneficio del termine, lo stesso principio trova cittadinanza all'interno della legge fallimentare per il tramite dell'art. 55.

Dunque, mentre tale disposizione lo rende espressamente applicabile sul piano procedurale, l'art. 56 l. fall. lo attua dal punto di vista extraconcorsuale, pur in costanza di concorso.

Quindi l'insolvenza dell'imprenditore commerciale non piccolo, comporta l'esigibilità immediata del debito sottoposto a termine per espressa previsione dell'art. 56 l. fall<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> In questi termini cfr. App. Firenze, 11 gennaio 2017, n. 35; Cass. civ., sez. II, 30 dicembre 2014, n. 27441, in cui la Corte ritiene che espressamente che: «la speciale compensazione tra crediti e debiti del fallito prevista dalla L. Fall., art. 56, costituisce una particolare ipotesi di compensazione legale, soggetta come tale alla



Quanto sin qui affermato ci porta a concludere che per aversi compensazione i crediti reciproci dovranno essere dotati dei caratteri della omogeneità, liquidità ed esigibilità, escluse la carenza nel caso di credito sottoposto a termine<sup>53</sup>. Tuttavia, l'art. 56 l. fall. non si esprime sul tempo in cui devono verificarsi i requisiti della compensazione legale.

Il principale problema interpretativo diviene, allora, proprio quello di delimitare l'ambito di applicazione della compensazione fallimentare in relazione al momento in cui i suoi presupposti vengono ad esistenza.

Da un lato, si pone il caso in cui tutti i requisiti della compensazione ricorrano antecedentemente o contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento; dall'altro quello in cui essi maturino successivamente.

## **8. Compensazione anteriore o contestuale.**

Nessun interprete dubita che la compensazione possa essere opposta al fallimento, qualora i suoi presupposti preesistano o vengano in essere contestualmente alla sentenza che lo dichiara.

Tuttavia, alcuni escludono che l'art. 56 l. fall. abbia una portata precettiva propria per il caso in cui il creditore si limiti a far valere la compensazione i cui requisiti siano anteriori all'apertura della procedura.

Questa impostazione non pare condivisibile.

In proposito, occorre ribadire che, se gli effetti della compensazione legale – di cui quella fallimentare è una specie - retroagiscono al giorno della coesistenza qualificata dei crediti, essi si producono solo con la dichiarazione di parte, che perfeziona la fattispecie compensativa<sup>54</sup>. Fin tanto che la compensazione non

---

disciplina propria di questa, ma con esclusione, in aderenza ai principi del diritto fallimentare (L. Fall., art. 55) e del diritto delle obbligazioni (art. 1186 c.c.), del requisito della esigibilità del credito, relativamente ai soli crediti nei confronti del fallito (che si considerano scaduti alla data del fallimento)».

<sup>53</sup> Giova sottolineare che l'esigibilità corrisponde al potere del creditore di pretendere l'adempimento, che può essere condizionato da elementi ulteriori rispetto alla sola apposizione di termine in favore del debitore. In questo senso cfr. P. SCHLESINGER, (nt. 3); P. PERLINGIERI, (nt. 1); C.M. BIANCA, (nt. 2).

<sup>54</sup> Cfr. *supra* par. 3.

sia stata fatta valere vige un mero stato di compensabilità, e le modificazioni della realtà giuridica sostanziale intervenute *medio tempore* possono impedirne il perfezionamento, e dunque la produzione degli effetti estintivi.

Una rilevante modificazione delle situazioni giuridiche sostanziali è prodotta proprio dalla dichiarazione di fallimento. Essa apre il concorso e assoggetta l'intero patrimonio del fallito alla procedura liquidatoria, posta in essere al fine di garantire la soddisfazione dei creditori concorsuali secondo il principio della *par condicio creditorum*.

In ragione di quanto stabilito dall'art. 42 l. fall., il fallito perde la facoltà di gestire il proprio patrimonio, ossia di compiere qualsiasi atto idoneo a modificare il complesso dei suoi rapporti giuridici. Tutti i cespiti, i diritti e le aspettative che al momento della dichiarazione fanno parte del patrimonio del fallito vengono funzionalmente destinati alla soddisfazione della massa<sup>55</sup>. Dunque, come evidenziato da illustre dottrina, gli effetti derivanti dalla costituzione del vincolo di destinazione si compendiano nell'inefficacia relativa degli atti giuridici con esso incompatibili<sup>56</sup>.

Il principio dello spossessamento trova poi un suo corollario nell'art. 44 l. fall., in base al quale tanto gli atti che i pagamenti compiuti dal fallito, nonché quelli effettuati in suo favore successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, sono inefficaci rispetto alla massa dei creditori. Il termine «pagamenti» deve essere interpretato in senso ampio, in modo di ricomprendere nel suo significato qualsiasi atto che produca l'estinzione soddisfattiva di crediti o debiti del fallito<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, UTET, Torino, 1994, 245; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, CEDAM, PADOVA, 1996, 134; A. JORIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Il Fallimento. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Cedam, Padova, 2008, 323.

<sup>56</sup> Cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1994.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 31 marzo 2011, n. 7508. Dunque, l'art. 44 l. fall. pur se contenuto nella prima sezione del capo terzo della legge fallimentare, influenza la posizione soggettiva dei creditori, rendendo inefficacie qualsiasi forma di soddisfazione individuale ottenuta successivamente alla dichiarazione di fallimento. In questo senso cfr. W. Celentano, *Fallimento: presupposti, istruttoria*,

Il credito che il fallito vanta nei confronti del proprio creditore reciproco è a tutti gli effetti un bene esistente al momento della dichiarazione di fallimento. Pur essendo pendente lo stato di compensabilità, esso dovrebbe essere comunque acquisito all'attivo fallimentare, e per l'effetto destinato alla soddisfazione di tutti i creditori concorsuali. In altri termini, lo stato di compensabilità non si indentifica con la produzione dell'effetto estintivo, quindi la costituzione del vincolo fallimentare dovrebbe interessare anche il credito compensabile del fallito. Infatti, come riconosciuto dalla giurisprudenza, la funzionalizzazione del patrimonio prevale sulle fattispecie in corso di perfezionamento<sup>58</sup>. Di conseguenza, il diritto di compensare dovrebbe ritenersi incompatibile con la destinazione del patrimonio del fallito.

Interpretando gli artt. 51 e 52 l. fall. si giunge alla medesima conclusione. La prima disposizione vieta di intraprendere o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali sui beni compresi nel fallimento; mentre la seconda stabilisce che la dichiarazione di fallimento apre il concorso dei creditori. Dal combinato disposto dei due enunciati normativi si deduce che a

---

*organi, effetti, revocatoria e piani attestati*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, UTET, Torino, 2009, 482.

<sup>58</sup> Al fine di chiarire il concetto, è utile portare ad esempio il caso del pignoramento presso terzi, in cui il *debitor debitoris* sia chiamato ad adempiere la propria prestazione direttamente nei confronti del terzo creditore del fallito. Anche qualora l'espropriante avesse ottenuto l'assegnazione del credito pignorato antecedentemente alla dichiarazione di fallimento, non potrebbe ricevere il pagamento dal terzo debitore. Il pagamento sarà inefficace, ed il creditore non potrà giovarsi del provvedimento, pur se emesso anteriormente alla dichiarazione di fallimento. Ciò in quanto l'assegnazione non determina l'estinzione dell'obbligazione, e dunque il fallimento spiegherà necessariamente i suoi effetti anche sul credito pignorato ma non ancora estinto. La soluzione rappresenta la normale conseguenza del vincolo di indisponibilità gravante sul patrimonio del fallito, tale per cui la sopravvenienza del fallimento interrompe la fattispecie in corso di perfezionamento. In altri termini, il gravame statuito sul credito del fallito per mezzo dell'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. recede rispetto al vincolo costituito sul patrimonio del fallito. Esso spiega i suoi effetti su tutti i beni del fallito esistenti alla data del fallimento, salvo quelli esclusi per espressa previsione di legge. In proposito cfr. V. Zanichelli, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in *Il Fallimento, Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. Sassani, Giuffrè, Milano, 2014, 56.

partire dall'apertura della procedura e per tutta la sua durata i creditori non potranno soddisfare i propri diritti al di fuori delle modalità stabilite dalla legge del concorso<sup>59</sup>.

Come visto, ai sensi dell'art. 1243 c.c. la compensazione legale può avere luogo solo qualora i crediti contrapposti siano entrambi esigibili.

Per dirsi esigibile il credito deve consistere in una pretesa azionabile giudizialmente, alla quale non possono opporsi eccezioni<sup>60</sup>.

La compensazione, infatti, non può sostituire il pagamento qualora esso non possa essere preteso. Diversamente, qualora solo un credito fosse dotato di tale caratteristica, uno dei due obbligati reciproci otterrebbe un vantaggio a scapito dell'altro<sup>61</sup>.

L'esigibilità in concreto, dunque, si declina nei diversi aspetti che attengono al potere di richiedere l'adempimento della prestazione<sup>62</sup>.

Dunque, la compensazione legale presuppone il potere del creditore di pretendere l'adempimento da parte del debitore

---

<sup>59</sup> Gli artt. 51 e 52 l. fall. rappresentano la manifestazione normativa della concorsualità dei creditori, attuazione in ambito fallimentare degli art. 2740 e 2741 c.c. i principi positivizzati nelle due norme impediscono al creditore di soddisfarsi individualmente. Sul punto cfr. S. SATTÀ, (nt. 55), 176: «la soddisfazione dei creditori avviene attraverso l'amministrazione dell'impresa divenuta insolvente ed il creditore fin tanto che dura la procedura deve far valere il suo diritto nel concorso e come pretesa alla distribuzione del ricavato.». Circa il rilievo sostanziale delle disposizioni cfr. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*. Vol. II, Giuffrè, Milano, 1974, 292: «la dichiarazione del fallimento influisce, per tanto, in due sensi, sul potere processuale e sul diritto sostanziale e cioè: a) sui modi e i tempi della realizzazione del diritto dei creditori, e b) [...]. Questi effetti del fallimento concretano la disciplina comune dell'universalità dei creditori sul patrimonio del fallito, nel senso di assicurare a tutti un trattamento ugualitario.».

Nello stesso senso cfr. V. Zanichelli, (nt. 58), 269: «L'art. 51 l. fall. cristallizza la consistenza del patrimonio del fallito impedendo che i creditori lo aggrediscano singolarmente per soddisfarsi sulla sola base dell'interesse personale.»; cfr. A. JORIO, (nt. 55), 359: «Il divieto di iniziative autonome volte al soddisfacimento individuale dei creditori è diretto a consentire la realizzazione dell'obiettivo primario della procedura che fallimentare, che consiste, come sappiamo nell'assicurare il trattamento paritario dei creditori.»

<sup>60</sup>Cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, (nt. 56), 26.

<sup>61</sup>A. GORASSINI, (nt. 7), 72.

<sup>62</sup> Vedi P. PERLINGIERI, (nt. 1).

fallito<sup>63</sup>, potere che viene meno in seguito alla dichiarazione di fallimento.

Il creditore *in bonis*, infatti, viene privato del potere di pretendere l'adempimento al di fuori della procedura, e fin tanto che essa non sia conclusa egli avrà diritto ad ottenere solo una quota della liquidazione, determinata sulla base del suo grado di prelazione. Quanto affermato, a ben vedere, equivale a dire che il diritto del creditore *in bonis* diviene inesigibile al di fuori del concorso, e che di conseguenza viene meno uno dei requisiti legali della compensazione.

L'apertura del concorso, quindi, è in astratto incompatibile con l'esercizio del diritto di compensare<sup>64</sup>.

Questo è vero sia nel caso in cui tutti i presupposti del fallimento siano anteriori alla sentenza che dichiara il fallimento, sia nel caso in cui l'insolvenza, accertata con la sentenza stessa, integri l'esigibilità del credito non scaduto ai sensi dell'art. 1186 c.c. e la contestuale produzione dell'effetto estintivo.

---

<sup>63</sup> Il requisito dell'esigibilità dell'obbligazione di cui all'art. 1243 attiene proprio a tale aspetto del rapporto obbligatorio. In questo senso cfr. P. SCHLESINGER,(nt. 3); P. PERLINGIERI,(nt. 1); C.M. BIANCA, (nt. 2).

<sup>64</sup> In questo senso cfr. L. STANGHELLINI, *Nuovi presupposti della compensazione fallimentare*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, 2, 727.; B. INZITARI, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano-G. Santini, Zanichelli e Soc. ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1988, secondo cui «la compensazione avrebbe potuto avere luogo secondo il diritto comune solo in quei casi in cui fosse stata dal creditore già opposta, con opposita dichiarazione a questo fine diretta, prima della dichiarazione di fallimento.»; E. GIULIANO, (nt. 25), 158. *Contra* cfr. G. BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Il Fallimento*, 1999, 417; R. VIGO, *Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, *Giuffrè*, Milano, 1994., 3, secondo il quale «è decisivo il momento in cui maturano i presupposti della compensazione, piuttosto che quello in cui la parte esercita il potere di compensare.». M. FOSCHINI, (nt. 50), 20, ove l'autore ritiene che «il fallimento non può influire sul fatto giuridico, precedentemente prodotti, determinante la estinzione dei reciproci debiti-crediti con effetto *ex tunc*». Secondo l'illustre interprete nel caso in cui la situazione di coesistenza sia venuta in essere in tutti i suoi requisiti antecedentemente alla dichiarazione di fallimento la compensazione opererebbe già in ragione dell'art. 1243 c.c., e l'art. 56 avrebbe quale unico ruolo quello di fugare ogni dubbio circa il potere spettante al creditore del fallito di avvalersene.

La sentenza che accerta l'insolvenza del debitore per l'effetto ne dichiara il fallimento, successivamente a tale momento si producono per il fallito e per i suoi creditori gli effetti tipici della legge fallimentare. L'accertamento dell'insolvenza precede logicamente la dichiarazione di fallimento<sup>65</sup>, e lo stato di compensabilità sorge in un tempo giuridico anteriore a quello della produzione degli effetti della dichiarazione<sup>66</sup>.

La modificazione della realtà giuridica sostanziale prodottasi durante la pendenza dello stato di compensabilità, sia anteriore che coevo, quindi impedisce potenzialmente il perfezionamento della fattispecie compensativa tramite l'opposizione di parte. Ne consegue un conflitto tra l'efficacia retroattiva della compensazione legale e gli effetti impeditivi prodotti dal fallimento e sopraggiunti allo stato di compensabilità.

---

<sup>65</sup> È discusso se l'esigibilità del credito sottoposto a termine sia subordinata all'accertamento preventivo dell'insolvenza e a all'esercizio anticipato del diritto. Secondo un orientamento più risalente ai fini della decadenza del debitore dal termine è necessario che il creditore richieda l'immediato adempimento, tale richiesta integrerebbe un atto unilaterale recettizio produttivo d'effetti dal momento in cui esso pervenga a conoscenza del debitore, Cfr. Trib. Milano, 17 settembre 1992; Cass. civ., sez II, 5 dicembre 1989, n. 5371. Sul punto in dottrina cfr. R. VIGO, (nt. 64), il quale osserva che l'art. 1186 c.c., non determina di per sé l'automatica decadenza del debitore dal beneficio del termine, se il creditore non agisca per la riscossione di quanto dovutogli.

Questa impostazione non sembra condivisibile e non è condivisa dai più recenti approdi giurisprudenziali. La così detta decadenza del termine corrisponde, anche sul piano letterale, alla immediata esigibilità dell'obbligazione, la disposizione dell'art. 1186 c.c. testualmente dispone che «il creditore può esigere immediatamente la prestazione». L'esigibilità, dunque, configura il presupposto del diritto di pretendere l'adempimento, non una conseguenza della pretesa. Ciò che rileva agli effetti dell'art. 1186 è l'accertamento dei suoi presupposti di applicabilità, e dunque del potere di chiedere l'adempimento anticipato che discende di diritto dallo stato di insolvenza del debitore. Una volta accertata l'insolvenza il credito deve ritenersi esigibile. Sul punto cfr. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2003, n. 6984; Cass. civ., sez. II, 18 novembre 2018, n. 24330.

<sup>66</sup> Cfr. A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1986., 379; sul punto cfr. anche cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50), 21 e 88, ove l'autore ritiene che la funzione dell'art. 56 l. fall. rispetto alla compensabilità dei crediti non scaduti, sia proprio quella di configurare una nuova situazione di coesistenza alla data del fallimento, produttiva degli effetti estintivi, facendo applicazione in ambito fallimentare della disposizione di cui all'art. 1186 c.c.; in senso conforme cfr. E. GIULIANO, (nt. 25).

L'art. 56 l. fall. si inserisce in questo contrasto, risolvendo la contrapposizione di interessi<sup>67</sup> a favore del creditore reciproco *in bonis*.

La portata precettiva propria dell'art. 56 l. fall. allora si coglie pienamente sotto due punti di vista.

In primo luogo, essa risiede nell'enunciato secondo il quale «i creditori hanno diritto di compensare». La norma che si ricava dall'interpretazione del testo consente al creditore *in bonis* di opporre la compensazione nonostante l'apertura del fallimento.

In secondo luogo, essa si rinviene nel frammento della norma già esaminato, secondo il quale è possibile compensare i crediti «ancorché non scaduti alla data del fallimento». Esso attua in via extraconcorsuale la norma di cui all'art. 1186 c.c., e dev'essere interpretato nel senso di considerare esigibili alla data del fallimento i crediti vantati verso il fallito sottoposti a termine.

Dunque, l'art. 56 l. fall. attribuisce al creditore *in bonis* il potere di opporre la compensazione successivamente alla dichiarazione di fallimento e per crediti ancora non caduti a tale data.

La portata eccezionale in senso stretto della disposizione è quella di consentire di eccepire la compensazione successivamente alla dichiarazione di fallimento, e non tanto quella relativa alla compensabilità dei debiti non scaduti prima della dichiarazione stessa<sup>68</sup>.

Da questo punto di vista, infatti, la disposizione non fa che riprodurre, in pendenza di procedura, la norma di cui al combinato disposto degli artt. 1186 e 1243 c.c., che tutela gli interessi di colui che vanta verso il proprio creditore insolvente un credito sottoposto a termine. Essa, dunque, come già evidenziato, attua un principio generale dell'ordinamento piuttosto che farvi eccezione<sup>69</sup>.

In questo quadro trova una sua logica anche la collocazione dell'art. 56 l. fall. nella sezione dedicata agli effetti del fallimento

---

<sup>67</sup> Di cui si è già discusso *supra*, cfr. par. 5.

<sup>68</sup> In questo senso cfr. E. GIULIANO, (nt. 25), 158.

<sup>69</sup> In senso contrario cfr. V. COLESANTI, «*Variationssérieuses*» sul tema della compensazione nel fallimento, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 735.

per i creditori. Infatti, essa si configura come una delle eccezioni possibili ai principi di cui agli artt. 51 e 52 l. fall<sup>70</sup>.

L'art. 56 l. fall., quindi risolve il conflitto logico tra l'effetto retroattivo della compensazione anteriore o contestuale e gli effetti intervenuti medio termine in ragione della sopraggiunta dichiarazione di fallimento, ostativi al perfezionamento della fattispecie compensativa. Tra di essi, per l'appunto, prevale l'effetto estintivo retroattivo della compensazione.

Attraverso una finzione giuridica la disposizione considera mai prodotte le modificazioni giuridiche sostanziali intervenute durante lo stato di compensabilità, facendo prevalere l'effetto retroattivo della compensazione.

Dal punto di vista sistematico, la fattispecie è simile a quella che si configura con la prescrizione di uno dei crediti coesistiti. Anche in questo caso, pur con le relative differenze, la modificazione della realtà giuridica sostanziale prodottasi *medio termine* interferisce con la fattispecie compensativa, impedendone potenzialmente l'attuazione. Come visto, anche in questo caso, l'art. 1242, comma 2, c.c. consente al creditore di opporre la compensazione dei crediti coesistiti, nonostante la prescrizione maturata nel periodo di compensabilità<sup>71</sup>.

Il conflitto tra le due fattispecie viene risolto attraverso una finzione giuridica per la quale l'effetto sopravvenuto viene ignorato, e prevale l'effetto compensativo, che si colloca in un momento ad esso anteriore.

Nel caso della compensazione fallimentare, sul piano degli interessi coinvolti si riproduce esattamente la situazione sopra descritta<sup>72</sup>. L'interesse a *non solvere* del creditore biunivoco, anche che se titolare di un credito sottoposto a termine, è massimizzato dall'insolvenza dell'imprenditore, e si contrappone a quello degli altri creditori a soddisfarsi sull'intero patrimonio del fallito, di cui fa parte anche il credito vantato dal fallito stesso verso l'obbligato reciproco.

---

<sup>70</sup> Sui problemi di inquadramento sistematico suscitati dalla collocazione della norma cfr. S. SATTA, (nt. 25).

<sup>71</sup> Cfr. *supra* par. 3.

<sup>72</sup> Cfr. *supra* par. 5



L'art. 56 l. fall., quindi, consente al creditore *in bonis* di opporre la compensazione che sarebbe impedita dagli effetti dell'apertura della procedura, proprio in ragione della retroattività dell'effetto estintivo ed in ragione della posizione di tutelato *ex lege* assunta dal creditore-debitore dal momento in cui sussistono i requisiti di compensabilità, anche nel caso in cui l'esigibilità sia integrata in ragione dell'accertamento dell'insolvenza del suo debitore.

### **9. Le influenze del concorso sui presupposti della compensazione.**

Giunti a questo punto della trattazione, occorre verificare se in ragione dell'apertura del concorso possano darsi ulteriori effetti che determinino la verifica dei requisiti di compensabilità, dando luogo ad ipotesi di compensazioni contestuali. Una tale evenienza potrebbe, infatti, ampliare o ridurre l'ambito di applicazione di tale forma di compensazione.

In proposito vengono in rilievo due disposizioni, ossia gli artt. 55 e 59 l. fall.

L'ultimo comma della prima delle norme citate stabilisce che «i crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli artt. 96, 113 e 113-bis», e dunque possono anche essere soddisfatti attraverso riparti parziali.

La disposizione rientra tra quelle dettate ai fini del concorso, ossia tra le norme che si occupano di disciplinare le modalità attraverso cui i creditori possono trovare soddisfazione all'interno della procedura fallimentare. La sua funzione si coglie in pieno nell'ambito della formazione dello stato passivo, ossia di quel procedimento che determina l'accertamento dei diritti di credito che potranno trovare soddisfazione attraverso la liquidazione giudiziale del patrimonio del fallito. Dunque, essa non integra il potere di esigere individualmente il credito<sup>73</sup>.

Questa tesi è confermata dal tenore letterale della disposizione e dal principio sancito dall'ultimo comma dell'art. 96 l. fall., ove la legge stabilisce che l'accertamento svolto in ambito fallimentare

---

<sup>73</sup> Cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50); M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2012.

produce effetti esclusivamente ai fini della partecipazione del creditore alla liquidazione dell'attivo.

Pertanto, deve concludersi che la pendenza di una condizione sospensiva, diversa dalla scadenza dell'obbligazione, esorbita dall'ipotesi di compensazione anteriore o contestuale.

Ancora in termini di esigibilità un discorso simile vale anche per il credito del fallito non scaduto, rispetto al quale l'insolvenza del fallito non determina la decadenza dal beneficio del termine.

In proposito si era prospettata l'ipotesi di ritenere esigibile il credito non scaduto del fallito, in ragione del fatto che il termine dell'obbligazione sia posto in favore del debitore<sup>74</sup>.

Secondo questa tesi, il debitore-creditore potrebbe sempre rinunciare al termine in suo favore ai sensi dell'art. 1184 c.c., dunque la mancata scadenza del credito del fallito sarebbe irrilevante ai fini della compensazione. Tuttavia, vi sono diversi argomenti che spingono a non aderire a questa tesi.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 1185 c.c. il creditore non può esigere la prestazione non scaduta, anche se il termine è posto in favore del debitore. In queste circostanze, la prestazione sarà eseguibile da parte del debitore, nel senso che il creditore non potrà rifiutare l'adempimento, ma non potrà comunque pretenderlo. Dunque, il fatto che il termine sia pattuito in favore del debitore non influisce sull'inesigibilità del credito.

D'altra parte, l'art. 1184 c.c. attribuisce al debitore la facoltà di anticipare l'adempimento al solo fine di liberarsi della propria obbligazione prima del tempo, col solo sacrificio del suo solo interesse patrimoniale. Dunque, la norma tutela l'interesse alla estinzione anticipata del debito, la cui soddisfazione comporta il solo sacrificio economico del debitore. Il suo ambito di applicazione non può essere esteso sino a legittimare la compensazione, per di più in ambito fallimentare. In questo caso, infatti, il creditore-debitore otterrebbe un vantaggio di tipo economico che l'art. 1884 c.c. non ha la funzione di tutelare<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> In proposito vedi F. FERRARA, *Il Fallimento*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>75</sup> Sul punto vedi B. INZITARI, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, cit.; ID. 29. *Presupposti civilistici e fallimentari per il riconoscimento al creditore fallimentare della facoltà di compensazione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1992; 30; ID., *La compensabilità*

Tornando alle disposizioni della legge fallimentare, secondo l'art. 59 i crediti «aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, concorrono secondo il loro valore alla data della dichiarazione di fallimento».

Come già ricordato, l'art. 1243 c.c. stabilisce che la compensazione si verifica solo tra crediti aventi ad oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere<sup>76</sup>. D'altra parte, solo la sostituibilità delle prestazioni dal punto di vista funzionale, in ragione dell'appartenenza al medesimo genere, giustifica il potere di agire in autotutela per l'attuazione preferenziale della garanzia patrimoniale. L'identità di genere e la sostituibilità dei beni oggetto della prestazione escludono la necessità di compiere alcuna valutazione economica delle prestazioni, se non quella relativa al *quantum*. Da questo punto di vista, l'estinzione delle obbligazioni reciproche è in grado di soddisfare egualmente entrambi i creditori e legittima la pretesa dell'obbligato reciproco che non intenda esporsi al rischio dell'altrui inadempimento.

Ebbene, alcuni interpreti hanno ritenuto che la conversione dei crediti ai sensi dell'art. 59 l. fall. renda omogenee le prestazioni ai fini della compensazione fallimentare, configurando una forma di compensazione contestuale<sup>77</sup>.

Ad avviso di chi scrive, una tale impostazione non può essere condivisa. L'art. 59 l. fall. non opera nessuna conversione sostanziale dell'oggetto del diritto di credito, al contrario detta un criterio di valutazione economica della prestazione, consentendo

---

*del credito verso il fallito con il controcredito non scaduto del fallito stesso: la prevalenza del diritto comune per l'inesigibilità invertita nel fallimento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1995, 47.

<sup>76</sup> Gli elementi della fungibilità e dell'appartenenza allo stesso genere costituiscono i tratti caratteristici dell'omogeneità. L'appartenenza allo stesso genere indica la riconducibilità delle cose ad un medesimo insieme in ragione di caratteristiche comuni, cfr. G. ZUDDAS, *Compensazione*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, VII, Roma, 1988, 3. La fungibilità consiste nella sostituibilità delle cose egualmente idonee a soddisfare il medesimo interesse. Dunque, l'omogeneità si traduce in un giudizio di equivalenza economica delle cose comparate. Sul punto vedi anche A. GORASSINI, (nt. 7).

<sup>77</sup> Cfr. R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1951, 493.

al creditore di insinuarsi al passivo fallimentare e trovare soddisfazione all'interno della procedura.

In altri termini, anche l'art. 59 l. fall. fa parte delle norme dettate ai fini del concorso e per esso, dunque, vale lo stesso discorso già proposto in merito all'art. 55 l. fall<sup>78</sup>.

Quanto ora considerato, rafforza la ricostruzione svolta nei paragrafi precedenti, circa il rapporto tra insolvenza, scadenza anticipata e art. 56 l. fall.

Infatti, al contrario di quanto avviene per la decadenza dal beneficio del termine, non è possibile rintracciare alcuna disposizione che trasli sul piano extraconcorsuale quanto previsto esclusivamente ai fini del concorso dagli artt. 55 e 59 l. fall.

Questo si giustifica proprio in relazione all'evoluzione dinamica degli interessi del creditore reciproco esposto all'altrui inadempimento, e della tutela che l'ordinamento gli riconosce.

L'insolvenza non produce sul piano sostanziale effetti diversi dalla decadenza dal beneficio del termine, proprio per questo l'art. 56 interviene attuando il principio di cui all'art. 1186 c.c., mentre per quanto attiene alla omogeneità delle obbligazioni e alla esigibilità dei crediti condizionali non è presente alcuna disposizione che trasferisca sul piano sostanziale quanto previsto ai fini del concorso, esorbitando una tale prescrizione dalla funzione della compensazione fallimentare.

#### **10. La *ratio* dell'art. 56 l. fall.**

Come noto la *ratio* della disposizione è stata spesso ricondotta al principio di equità<sup>79</sup> sul presupposto che non sarebbe equilibrato pretendere il pagamento dal debitore-creditore, impossibilitato ad ottenere l'adempimento del proprio credito<sup>80</sup>.

Tuttavia, si potrebbe facilmente obiettare che la compensazione fallimentare conduce a conseguenze tutt'altro che eque, dando luogo a diseguaglianze tra i creditori, non giustificabili sulla base

---

<sup>78</sup> Cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50), 104; M. VANZETTI, (nt. 77), 18.

<sup>79</sup> Per una critica a tale impostazione cfr. tuttavia, M. FOSCHINI, (nt. 50).

<sup>80</sup> Tra tutti, cfr. S. SATTA, (nt. 55), 199, secondo il quale la disposizione «è ispirata a criteri di equità, poiché non si può pretendere da un debitore il pagamento integrale del debito quando non si è in grado di pagargli quel che gli si deve.».

della mera circostanza che uno di essi sia anche debitore del fallito<sup>81</sup>. L'obbligato reciproco, in quanto creditore concorrente, dovrebbe essere sottoposto alla falciatura fallimentare allo stesso modo dei suoi concreditori.

In effetti, il ricorso al concetto di equità sembra essere troppo vago e quindi poco utile per identificare la *ratio* della norma. Qualora la valutazione equitativa sia scissa da criteri definiti che ne indirizzino l'operare, essa in realtà si risolve in un giudizio di valore che il legislatore compie ogni qual volta risolve un conflitto tra interessi privati di pari dignità costituzionale, preferendo ora l'uno ed ora l'altro.

Per comprendere la funzione della norma si deve, quindi, tornare al conflitto di interessi che la legge risolve.

Come visto, il sopraggiungere dell'insolvenza rende attuale l'interesse a *non solvere* del creditore reciproco *in bonis*, anche e soprattutto del creditore che sia titolare di un'obbligazione sottoposta a termine. D'altra parte l'insolvenza dell'imprenditore commerciale fa sorgere in capo ai concreditori l'interesse a concorrere sull'intero ammontare dei beni esistenti al momento dell'apertura della procedura, facendo valere gli effetti del fallimento intervenuti durante la fase di compensabilità delle obbligazioni.

Come noto, l'art. 56 l. fall. consente al creditore-debitore di opporre la compensazione anche successivamente all'apertura del concorso, e per crediti sottoposti a termine.

Ebbene, sembra potersi affermare che la disposizione selezioni proprio l'interesse dell'obbligato reciproco - già titolare di obbligazioni compensabili - ad evitare l'adempimento attraverso l'estinzione delle obbligazioni reciproche per mezzo dell'autotutela<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2014, 147; nello stesso senso cfr. R. PROVINCIALI, (nt. 77), 313 ove l'autore in merito al principio di equità osserva che in realtà «balza agli occhi l'obiezione che il creditore viene in tal modo ad aver trattamento più favorevole rispetto a tutti gli altri creditori».

<sup>82</sup> Similmente, identificando la *ratio* della disciplina della compensazione nella sua funzione di conservazione della garanzia patrimoniale, cfr. R. PROVINCIALI, (nt. 77).

La ragione della scelta normativa risiede nella funzione di garanzia svolta dall'istituto della compensazione dal momento in cui vengono ad esistenza i suoi presupposti, ai quali è ricollegata la sua efficacia retroattiva. La compensazione legale, come già messo in evidenza, tutela l'interesse di colui che già detenga nella propria "disponibilità" l'utilità economica necessaria alla sua soddisfazione, determinando da questo momento il sorgere di una posizione *lato sensu* di garantito.

Questa condizione si verifica, giova ripeterlo, dal momento in cui vengono ad esistenza i suoi presupposti, momento al quale ne retroagiscono gli effetti<sup>83</sup>.

L'antiorità della posizione tutelata alla procedura, o il suo configurarsi proprio in ragione dell'insolvenza, giustificano la conservazione in capo al creditore-debitore dello strumento di autotutela in garanzia dell'adempimento maturato anteriormente od in ragione dell'apertura del procedimento, i cui effetti estintivi saranno anteriori e contestuali, ma mai successivi, all'instaurarsi del concorso.

La funzione di garanzia propria della compensazione fallimentare è ad oggi riconosciuta anche dalla disciplina europea. In particolare, il regolamento UE 2015/848 sull'insolvenza transfrontaliera pare considerare la compensazione proprio alla stregua di una garanzia.

Esso non disciplina direttamente la compensazione fallimentare, ma all'art. 9 si limita a stabilire che essa sarà attuabile nei limiti e nelle forme di quanto stabilito dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente.

Per ciò che qui più interessa, la disposizione da attuazione al considerando 70 del regolamento, che espressamente connette l'esercizio della compensazione ad una sorta di garanzia. Secondo tale enunciato deve essere consentito al creditore di opporre la compensazione anche se la legge dello stato di apertura non lo permette, se essa è prevista dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente, proprio perché «in tal modo, la compensazione diventerebbe in sostanza una specie di garanzia

---

<sup>83</sup>Cfr. *supra* par. 3.

disciplinata da una legge sulla quale il creditore può fare affidamento nel momento in cui sorge il credito.».

### **11. Le innovazioni introdotte dall'art. 155 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.**

L'impostazione assunta in questa sede sembra essere confermata dalle modifiche apportate al testo della disposizione, in occasione della sua trasposizione nell'art. 155 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

L'enunciato del vigente art. 56 l. fall. primo comma è stato riformulato, così come anche il secondo comma della disposizione ha subito rilevanti modifiche.

Il testo del futuro art. 155, comma 1, c.c.i. stabilisce quanto segue: «I creditori possono opporre in compensazione dei loro debiti verso il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale i propri crediti verso quest'ultimo, ancorché non scaduti prima dell'apertura della procedura concorsuale.».

La disposizione si inserisce in un sistema che non modifica né gli effetti prodotti dall'apertura della liquidazione giudiziale sul patrimonio del debitore né quelli dalla stessa prodotti nei confronti dei suoi creditori. Questo consente di tenere fermo quanto argomentato nei precedenti paragrafi.

Quanto alla compensabilità dei crediti non scaduti prima dell'apertura della procedura è possibile riportarsi a quanto sopra affermato.

Le innovazioni che vengono in evidenza dal punto di vista testuale sono due: il mutamento dell'espressione «hanno il diritto di compensare» in quella diversa «possono opporre in compensazione»; l'inserimento della locuzione «il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale».

La prima delle modifiche allinea il lessico utilizzato a quello tipico delle norme sulla compensazione legale contenute nel codice civile<sup>84</sup>. Inoltre, il riferimento letterale alla possibilità di

---

<sup>84</sup> Il termine «opporre» fatto proprio dalla disposizione, inoltre, pone l'accento su una attività extraprocessuale, confermando che la dichiarazione di volontà del creditore-debitore costituisce un elemento essenziale della fattispecie

opporre la compensazione, ben può essere interpretato nel senso della attribuzione di un potere che altrimenti non spetterebbe al creditore *in bonis*.

La nuova espressione, utilizzata dalla legge, quindi, si presta ancor di più di quella attuale all'interpretazione qui condivisa dell'istituto della compensazione fallimentare.

A differenza del vigente art. 56 l. fall., inoltre, l'attribuzione del potere di compensare è espressamente correlata alla soggezione del patrimonio del debitore alla procedura. Non sfugge che l'elisione del termine «fallito» dalle disposizioni del nuovo codice è frutto di una precisa scelta legislativa, e che ha reso necessario individuare nuove espressioni per riferirsi a tale soggetto<sup>85</sup>. Tuttavia, è lecito osservare che la locuzione «il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale» non è stata riferita al debitore (ex fallito) in tutte le disposizioni che lo riguardano. In molti casi la legge continua a fare riferimento all'ex fallito semplicemente utilizzando il termine «debitore»<sup>86</sup>. Dunque, è lecito interpretare e trarre deduzioni dall'utilizzo circostanziato che la legge fa di tale locuzione<sup>87</sup>.

L'espressione individua il debitore attraverso il riferimento ad un parametro oggettivo, mettendo in evidenza l'effetto di

---

compensativa. Cfr. U. NATOLI, (nt. 25); E. GIULIANO, (nt. 25); P. PERLINGIERI, (nt. 1); L. MEZZASOMA, (nt. 1).

<sup>85</sup> Uno dei principi ispiratori della riforma è stato proprio quello di rimuovere, anche dal punto di vista lessicale, lo stigma connesso alle espressioni «fallito» e «fallimento». Nella Relazione illustrativa del Dlgs. attuativo della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017 circa l'art. 121 si legge testualmente che «la mancata riuscita dell'attività imprenditoriale non è dunque valutata quale esclusiva conseguenza di colpevole inettitudine o di attività fraudolente, ma quale possibile evento che può interessare un'attività intrinsecamente connotata dal rischio economico, dunque non solo è stata confermata l'esclusione di qualsiasi sanzione automaticamente conseguente alla decozione, ma è stato anche modificato il titolo della procedura, in considerazione del risalente stigma legato alla qualifica di fallito».

<sup>86</sup>La locuzione *de quo* è utilizzata al fine di individuare l'ex fallito compare esclusivamente nelle disposizioni di cui agli artt. 154, 155, 161 e 181 c.c.i.

<sup>87</sup> Tanto più che l'art. 349 Dlgs. attuativo, prescrive che i termini «fallito» e «fallimento» siano sostituiti con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale», non contemplando il riferimento all'effetto patrimoniale dell'apertura della procedura.



destinazione che produce l'apertura della procedura sul suo patrimonio.

Nel caso dell'art. 155 c.c.i., dunque, intercorre una relazione tra la possibilità di opporre la compensazione ed il vincolo che investe il patrimonio del debitore. Tale relazione integra l'eccezione posta dalla norma che attribuisce il potere di compensare, proprio in deroga agli effetti prodotti dall'apertura della procedura.

In conclusione, sembra potersi ritenere che la riformulazione dell'enunciato normativo si confaccia alla proposta interpretativa formulata in questa sede, nonché alla *ratio* della compensazione fallimentare per come sopra individuata.

## 12. Compensazione sopravvenuta.

Occorre ora esaminare la differente ipotesi in cui i presupposti legali di compensabilità maturino successivamente all'apertura del concorso.

Fino ai tardi anni novanta del secolo scorso le pronunce che ritenevano ammissibile la compensazione sopravvenuta erano isolate, ed anzi l'orientamento prevalente ne escludeva l'ammissibilità.

Successivamente, a seguito di un *revirement* giurisprudenziale, si è andato consolidando l'opposto orientamento<sup>88</sup>, al quale ha altresì aderito la dottrina prevalente.

Tale indirizzo interpretativo si fonda sulla cd. tesi della «anteriorità della radice causale» o del «momento genetico dell'obbligazione». In particolare, si ritiene che ai fini dell'ammissibilità della compensazione legale nel fallimento sia sufficiente che la fonte delle obbligazioni reciproche preesista alla sentenza che lo dichiara.

A sostegno di detto orientamento, si sono addotti argomenti di carattere letterale e sistematico, nonché la valorizzazione della *ratio* equitativa dell'art. 56 l. fall.

Sotto il primo aspetto, la sentenza della Corte di cassazione del 20 marzo 1991, n. 3006 modifica l'interpretazione del dato letterale del primo comma della disposizione *de qua*, capovolgendo l'indirizzo espresso pochi mesi prima dalle sue stesse sezioni

---

<sup>88</sup> Contro l'ammissibilità della compensazione sopravvenuta cfr. Cass. civ., sez. I, 13 marzo 1982, n. 1632; Cass. civ., sez. u., 26 luglio 1990, n. 7562; Cass. civ., sez. III, 2 agosto 1994, n. 7181, del 2 agosto 1994; Cass. sez. I, 25 agosto 1997, n. 7691; Cass., sez. I, 22 gennaio 1998, n. 527; Cass. civ., sez. I, 11 novembre, 1998, n. 11371.

Nel senso dell'ammissibilità della compensazione sopravvenuta cfr. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1991, n. 3006; Cass. civ., sez. I, 6 settembre 1996, n. 8132; Cass. civ., sez. u., 16 novembre 1999, n. 775. L'orientamento della giurisprudenza si è andato poi consolidando, vedi da ultimo Cass. civ., sez. I, 13 gennaio 2010, n. 18915; Cass., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 2178.

unite<sup>89</sup>. Con la pronuncia del 1991 la Cassazione - per la prima volta - si esprime nel senso che l'inciso normativo «ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento» individui una forma di compensazione post-fallimentare. In questa ottica, non tanto deve ritenersi che la norma non anticipi la compensabilità dei crediti non scaduti, bensì piuttosto che la compensazione sia ammessa anche qualora i suoi presupposti maturino successivamente alla sentenza che dichiara il fallimento<sup>90</sup>.

Una volta riconosciuto che lo stesso art. 56 l. fall. legittima la compensazione post-fallimentare nella particolare ipotesi in cui il credito del soggetto *in bonis* non sia scaduto alla data del fallimento, si apre la strada alla interpretazione estensiva della disposizione.

Infatti, se si ritiene che la disposizione consenta l'avverarsi dell'effetto estintivo successivamente al fallimento, allora deve ammettersi che, oltre all'esigibilità anche gli altri presupposti della compensazione possano sopraggiungere<sup>91</sup>.

In altri termini, dal momento che l'art. 56 l. fall. rende manifesta l'irrelevanza del rapporto tra effetto estintivo e fallimento<sup>92</sup>, la *ratio*

---

<sup>89</sup> Cfr. Cass. civ., sez. u., 26 luglio 1990, n. 7562.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1991, n. 3006: «L'eccezione all'anteriorità del momento estintivo al fallimento, emerge già dalla lettera dell'art. 56 l. fall., essendo espressamente ammessa la compensabilità dei crediti verso il fallito con normale scadenza successiva all'apertura della procedura concorsuale» In dottrina, tra molti in ragione dell'assertività del ragionamento, cfr. V. COLESANTI, (nt. 69), 740, secondo il quale l'ammettere la compensazione «ancorché» non siano scaduti i crediti verso il fallito del soggetto *in bonis* comporta che [...] l'effetto estintivo dei contrapposti crediti e debiti, proprio della compensazione, si verifica a fallimento già dichiarato.».

<sup>91</sup> In proposito cfr. A. VISCUSI, *In tema di compensazione fallimentare*, in *Giur. it.*, 2006, 777, l'autrice sottolinea l'incoerenza dell'interpretazione restrittiva dell'art. 56 rispetto alla *ratio* della disposizione, ritenendo testualmente che «nel momento in cui si prende atto che il legislatore ha inteso privilegiare il creditore che non ha seguito la fiducia del debitore, non emerge sempre ben chiaro perché il difetto originario degli altri elementi indicati dall'art. 1243 c. c. dovrebbe assumere una valenza ostativa che non ha, invece, il difetto di esigibilità del credito verso il fallito.».

<sup>92</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1991, n. 3006: «Se infatti, il credito del fallito che scade dopo il fallimento da luogo ad estinzione compensativa, ancorché l'effetto estintivo si verifichi in corso di fallimento, testuale ne è l'irrelevanza del

equitativa della disposizione imporrebbe di interpretare il primo coma in maniera estensiva.

Ai fini della coerenza dell'istituto della compensazione legale con i principi della parità di trattamento e della cristallizzazione fallimentare sarebbe sufficiente l'anteriorità della fonte genetica delle obbligazioni al fallimento.

Dunque, posta l'anteriorità al fallimento della genesi dei crediti reciproci, tutti i presupposti della compensazione possono sopravvivere<sup>93</sup>.

Nel corso del tempo la teoria della cd. anteriorità della radice causale si è arricchita di argomenti di ordine sistematico, tesi a conciliarla con la disciplina della compensazione legale e con gli effetti del pignoramento.

In particolare, l'aggancio normativo che giustificerebbe la valorizzazione del solo momento genetico del rapporto obbligatorio è stato rinvenuto nell'art. 1248 c.c.

Detta disposizione vieta al debitore ceduto di compensare i crediti vantati verso il cedente «sorti» posteriormente alla notifica della cessione. Se ne ricava, *a contrario*, che egli possa eccepire al cessionario la compensazione di tutti i crediti esistenti al momento della cessione, anche nel caso in cui i requisiti di compensabilità siano maturati successivamente. Secondo questo punto di vista, dunque, l'insussistenza dei presupposti di compensabilità non impedisce l'estinzione per compensazione di un credito fuoriuscito dal patrimonio del debitore. La costituzione di un vincolo di destinazione sul credito, quale effetto della dichiarazione di fallimento in argomento, non potrebbe avere

---

momento di sussistenza dei presupposti in relazione al momento di dichiarazione di fallimento.».

<sup>93</sup> È opinione diffusa anche in dottrina che il fondamento equitativo dell'art. 56 l. fall. ne giustifichi l'interpretazione estensiva. In proposito cfr. G. Lo Cascio, *La compensazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Giust. civ.*, 1723, ove l'autore efficacemente afferma che: «se le ragioni di giustizia equitativa sono valse ad innovare con l'art. 56 l. fall. sulla situazione normativa *quo ante*, esse devono valere ad estendere la portata della norma, quale ipotesi derogatoria al principio della concorsualità, al fatto estintivo delle obbligazioni sorte anteriormente al fallimento.».

efficacia maggiore della sua alienazione, ed impedire la compensazione sopravvenuta<sup>94</sup>.

Dunque, secondo questa impostazione, la dichiarazione di fallimento non incide sulla possibilità di eccepire la compensazione. Né a conclusioni diverse potrebbe giungersi ritenendo applicabile in via analogica l'art. 2917 c.c., dettato in materia di esecuzione individuale<sup>95</sup>

La disposizione rende inopponibile al creditore pignorante «l'estinzione [del credito pignorato] per cause successive al pignoramento». Secondo un primo orientamento, la norma è applicabile in ambito fallimentare, e rende inefficace nei confronti della massa l'estinzione del credito del fallito successiva al fallimento. Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che sul piano letterale l'espressione «causa successiva al pignoramento» rimandi al momento in cui si colloca la loro origine<sup>96</sup>. In questa ottica, la *ratio* della disposizione è quella di evitare che l'attività dell'esecutato renda vano il pignoramento, ed è rispettata quando il momento genetico delle obbligazioni preesista al pignoramento<sup>97</sup>. Neanche l'art. 2917 c.c. sarebbe dunque d'ostacolo alla tesi della compensazione sopravvenuta<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Cfr. Cass., Sez. u., sent. n. 775, del 16 novembre 1999. In dottrina nello stesso senso cfr. F. FERRARA, (nt. 74); G. Lo CASCIO, (nt. 93).

<sup>95</sup> Sul fallimento come pignoramento generale sui beni del fallito, e sulla conseguente applicabilità in via analogica delle disposizioni di cui agli artt. 2912 s.s. cfr. tra tutti R. PROVINCIALI, (nt. 59).

<sup>96</sup> Cfr. Cass., sez. u., sent. n. 775, del 16 novembre 1999: «Il richiamo alla causa ben si presta ad essere inteso come riferimento al momento genetico, ossia alla fonte, dell'evento estintivo, onde per la compensazione bisogna avere riguardo alla radice causale del credito opposto ai fini compensativi, con la conseguenza che, se tale radice è anteriore al pignoramento, la compensazione medesima non trova ostacolo nella norma in esame.».

<sup>97</sup> Così espressamente la sentenza da ultimo citata: «detta norma è diretta ad evitare che l'attività esecutiva del creditore pignorante possa essere resa vana dall'attività del debitore esecutato (o del debitor debitoris) di porre nel nulla l'azione del pignorante tramite condotte finalizzate ad estinguere il credito dopo il pignoramento. Ma, se questa è la *ratio*, garanzia sufficiente contro iniziative strumentali è l'anteriorità al pignoramento della radice causale del credito opposto in compensazione, anche se l'effetto estintivo si realizza dopo»

<sup>98</sup> Nello stesso senso cfr. M. FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, in *Foro it.*, 1997, I, 165.

Dal punto di vista della *ratio*, l'interpretazione estensiva dell'art. 56 l. fall. sarebbe, in ultima analisi, l'unica che consente di attuarne la funzione equitativa conformemente al principio di ragionevolezza.

In questa prospettiva, la situazione sostanziale di chi è titolare di un credito compensabile alla data del fallimento e quella di chi è titolare di obbligazioni reciproche ma ancora prive dei presupposti di compensabilità sottintendono le medesime esigenze e dovrebbero essere tutelate in egual misura. L'unico modo per rispettare ed applicare compiutamente le esigenze di giustizia sostanziale, che si assumono essere alla base dell'art. 56 l. fall., sarebbe quindi quello di trattare i due casi nella identica maniera, interpretando l'art. 56 l. fall. in maniera estensiva<sup>99</sup>.

### 13. Critiche. Piano letterale.

Anche se deve riconoscersi che la tesi esposta è ormai accolta in maniera diffusa dalla giurisprudenza<sup>100</sup>, i suoi fondamenti argomentativi possano essere quanto meno ritenuti discutibili.

L'art. 56 l. fall. si limita a stabilire che possono essere compensati i crediti verso il fallito «*ancorché* non scaduti *prima* della dichiarazione di fallimento». Se ci si attiene al dato letterale, dunque, nulla è espressamente disposto circa gli altri requisiti della compensazione legale e, di conseguenza, si deve ritenere che essi dovranno sussistere secondo quanto disposto dalla disciplina generale. Anzi, l'interpretazione *a contrario* del primo comma conferma che la compensazione non potrà avere luogo se i suoi ulteriori presupposti non siano anteriori o contestuali alla dichiarazione di fallimento<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. Cass., sez. u., sent. n. 775, del 16 novembre 1999.

<sup>100</sup> Fanno eccezione a questo orientamento due sentenze di merito le quali, pronunciandosi sulla diversa questione dell'estensione del divieto di cui al secondo comma dell'art. 56 anche all'acquisto di crediti scaduti, hanno concluso per l'inammissibilità della compensazione sopravvenuta. Cfr. Tribunal. Mondovì, 12 gennaio 2005; Trib. Alba, 7 marzo, 2006.

<sup>101</sup> In questo senso cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50), 95 ove l'autore linearmente afferma che «la legge ha inteso ammettere il fenomeno della compensazione in sede di fallimento nonostante la mancanza di uno dei requisiti previsti dalle norme di

Il termine «ancorché», dal punto di vista logico, introduce una proposizione concessiva, ed indica che la proposizione principale presenta degli elementi di contraddizione con quella subordinata.

In altri termini, la subordinata introdotta da «ancorché» specifica un carattere del credito compensabile che, a differenza degli altri suoi caratteri, può non sussistere prima che intervenga la dichiarazione di fallimento. Ne risulta che gli altri presupposti della compensazione legale, non solo non potranno difettare, ma dovranno esistere entro l'orizzonte temporale individuato espressamente dalla disposizione, ossia quello della dichiarazione di fallimento<sup>102</sup>.

L'art. 56 l. fall., inoltre, non consente l'estinzione per compensazione di crediti che divengano esigibili dopo la dichiarazione di fallimento. L'esigibilità dell'obbligazione sottoposta a termine non sopravviene in nessun caso alla dichiarazione di fallimento.

L'accertamento dell'insolvenza determina contestualmente l'esigibilità del credito, proprio per effetto dell'art. 56 l. fall che attua il principio di cui all'art. 1186 c.c. Qualora poi non si condivida tale interpretazione, rimane comunque vero che nei casi non espressamente disciplinati l'art. 1186 c.c. è direttamente applicabile anche all'imprenditore fallito, come espressamente riconosciuto dalla stessa giurisprudenza<sup>103</sup>.

---

diritto comune sulla compensazione, statuendo così implicitamente l'esigenza che sussistano tutti gli altri requisiti.».

<sup>102</sup> In termini contrari cfr. A. VISCUÌ, (nt. 91), 776, secondo l'autore «comunque sia, dall'interpretazione a contrario dell'art. 56 L. Fall. si può tutto al più desumere che la compensazione non opera in mancanza dei requisiti richiesti dal codice civile ma non anche che questi devono precedere il fallimento. La norma, in sé e per sé considerata, si limita ad autorizzare l'operatività *ante tempus* della compensazione di crediti non scaduti, senza con questo precludere che la compensazione abbia luogo in conformità alla disciplina di diritto comune, laddove taluna delle altre condizioni ex art. 1243 c.c. si determini dopo l'apertura della procedura». In proposito occorre, però, ribadirsi che l'art. 56 l. fall. non si limita a derogare all'art. 1243 c.c., ma individua anche in momento rispetto al quale opera la deroga, ossia la dichiarazione di fallimento.

<sup>103</sup> Sul punto non sembra il caso di ripetersi oltre quanto già affermato *supra* par. 6.

La legge fallimentare, dunque, almeno rispetto al requisito della “scadenza”, non consente alcuna compensazione sopravvenuta. Poiché, lo si ribadisce, in nessun caso vi saranno crediti pregressi la cui scadenza successiva alla dichiarazione di fallimento determini il persistere dell’inesigibilità oltre l’accertamento dell’insolvenza.

In altre parole, la possibilità di compensare crediti che divengano esigibili dopo la dichiarazione di fallimento, non si verifica mai. In relazione al termine dell’obbligazione può darsi il caso in cui l’esigibilità preceda la dichiarazione di fallimento o quello in cui si realizzi contestualmente alla stessa, ma mai il caso in cui essa venga in essere successivamente.

Dunque, sembra legittimo dubitare della fondatezza dell’argomento letterale posto alla base della teoria che reputa sufficiente la anteriorità genetica delle obbligazioni.

#### **14. (Segue) L’interpretazione dell’art. 1248 c.c.**

Sembra potersi egualmente dubitare dell’interpretazione dell’art. 1248 c.c. proposta nell’ambito della teoria medesima.

Il secondo comma dalla disposizione prescrive che «la cessione non accettata dal debitore, ma a questo notificata, impedisce la compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione.».

Come già si è ricordato, secondo la teoria dell’anteriorità genetica, l’interpretazione *a contrario* dell’enunciato normativo consentirebbe di ricavare una norma per cui «la cessione consente la compensazione dei crediti *sorti* anteriormente alla notificazione.».

Tale norma attribuirebbe al ceduto la facoltà di opporre la compensazione anche qualora i crediti siano divenuti compensabili dopo la cessione, non facendo menzione dei requisiti di cui all’art. 1243 c.c.

Tuttavia, la conclusione ricavata dalla lettura *a contrario* della disposizione non sembra corretta<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Sul punto cfr. G. BOZZA, (nt. 64), 428, secondo il quale se la norma ha disposto un divieto di compensazione di crediti per i quali non aveva bisogno di precisare



L'art. 1248, comma 2, c.c. non fa riferimento ai requisiti di cui all'art. 1243 c.c. per la semplice ragione che, nell'ottica del divieto di compensare, il loro richiamo sarebbe del tutto superfluo.

La disposizione impedisce di compensare un credito già in ragione del momento in cui ha avuto origine. Nel momento in cui si individua un preciso elemento che impedisce la compensazione del credito diviene irrilevante il riferimento agli ulteriori requisiti di compensabilità. Un esplicito riferimento ai presupposti della compensazione è, infatti, necessario solo ove si attribuisca in positivo il diritto di compensare.

La disposizione in esame, in altri termini, si occupa solo di stabilire quali crediti non siano compensabili. Per determinare, poi, quali tra quelli sorti antecedentemente alla cessione siano compensabili si deve in primo luogo fare riferimento alla disciplina della compensazione legale, oltre che alla *ratio* dell'art. 1248 c.c.

Ancora una volta devono richiamarsi i precetti di cui agli artt. 1241, 1242 e 1243 c.c., dal cui combinato disposto risulta che i crediti si estinguono dal momento della loro coesistenza qualificata<sup>105</sup>.

Il termine «sorti» non può che interpretarsi conformemente a quanto prescritto da tali disposizioni, e dunque, ragionando *a contrario*, il secondo comma dell'art. 1248 c.c. enuncia il seguente precetto: «la cessione [non accettata dal ceduto ma a questo notificata] non impedisce la compensazione dei crediti che erano compensabili nei confronti del cedente precedentemente alla notificazione<sup>106</sup>.».

---

se fossero o meno compensabili, non si può desumere *a contrario* l'irrelevanza per i requisiti sorti anteriormente alla notifica.

<sup>105</sup> Con ciò intendendosi la coesistenza di obbligazioni reciproche, aventi ad oggetto prestazioni omogenee, liquide ed esigibili. La prima disposizione della sezione del codice civile dedicata alla compensazione, infatti, stabilisce che in caso due soggetti siano obbligati l'uno verso l'altro i debiti si estinguono per le quantità corrispondenti «secondo le norme degli articoli che seguono». In altre parole, l'effetto estintivo si produce solo qualora i debiti coesistano simultaneamente nei termini indicati dagli artt. 1242 e 1243 c.c.

<sup>106</sup> Nello stesso senso cfr. P. PERLINGIERI, (nt. 1), 363. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., 16 novembre, n. 5629.

Argomentando nei termini qui contraddetti, si finisce per ammettere che il ceduto possa far valere un effetto estintivo che non si è mai prodotto<sup>107</sup>. Infatti, considerando sorti ai sensi dell'art. 1248 c.c. i crediti esistenti in capo al ceduto prima della notifica della cessione, si ammette che i requisiti della reciprocità, della omogeneità, liquidità ed esigibilità non coesistano in nessun momento<sup>108</sup>. A chiusura del sistema interviene, inoltre, l'art. 1266 c.c. che impone al cedente l'obbligo di garantire al cessionario l'esistenza del credito al momento della cessione. Il cessionario rimarrebbe privo di qualsiasi tutela nel caso in cui l'estinzione per compensazione sopravvenisse alla cessione. Una tale soluzione sarebbe del tutto contraria ai principi dell'affidamento e della certezza del diritto<sup>109</sup>.

La *ratio* della disposizione è comunemente individuata nella tutela del creditore-debitore rispetto ad eventuali accordi fraudolenti che potrebbero intercorrere tra cedente e cessionario<sup>110</sup>.

Il debitore subisce una lesione attuale solo qualora l'accordo tra cedente e cessionario abbia l'effetto di privarlo di un'eccezione e faccia venire meno la posizione di garanzia attribuita *ex lege* all'obbligato reciproco. Entrambe le circostanze si realizzano solo nel momento in cui il creditore viene privato del potere di compensare che già gli spetti, ossia a partire dal momento in cui le obbligazioni sono compensabili.

Inoltre, nel conflitto tra cessionario e ceduto, che la norma è chiamata a comporre, è del tutto irrilevante l'esistenza di debiti del cedente verso soggetti terzi<sup>111</sup>. Tanto è vero che anche coloro che traggono dalla norma argomenti a favore della tesi della «anteriorità genetica» aggiunge significato al termine, e ritiene che

---

<sup>107</sup> Non può condividersi l'impostazione secondo la quale la compensabilità sarebbe una caratteristica oggettiva del credito che prescinde dal titolare dell'obbligazione, come sostenuto da U. NATOLI, (nt. 25). Se così fosse dovrebbe, come correttamente osserva P. PERLINGIERI, (nt. 1), 364, anche il cessionario dovrebbe poter opporre la compensazione.

<sup>108</sup> Cfr. R. VIGO, (nt. 64); G. BOZZA, (nt. 64).

<sup>109</sup> Sul punto vedi ampliamento R. VIGO, (nt. 64) e G. BOZZA, (nt. 64).

<sup>110</sup> Cfr. U. NATOLI, (nt. 25); P. SCHLESINGER, (nt. 3); P. PERLINGIERI, (nt. 1); C.M. BIANCA, (nt. 2).

<sup>111</sup> In questi termini cfr. R. VIGO, (nt. 64).

con l'espressione la legge intenda riferirsi ai crediti «sorti in capo al ceduto».

Dunque, coerentemente con quanto disposto in materia di opposizione del credito prescritto, in ragione della retroattività degli effetti della compensazione legale e della tutela degli interessi ritenuti meritevoli, la legge consente di opporre la compensazione anche qualora le modificazioni della realtà sostanziale intervenute *medio termine* ne escluderebbero il potere.

### **15. (Segue) Il vincolo di destinazione fallimentare.**

Come già evidenziato, la dichiarazione di fallimento imprime un vincolo sul patrimonio del fallito, mediante il quale esso viene destinato alla soddisfazione di tutti i creditori concorsuali.

Gli artt. 42 e 44 l. fall. mettono in luce un principio ben preciso, per il quale nessun effetto giuridico estintivo prodottosi dopo il fallimento può essere opposto alla massa dei creditori<sup>112</sup>.

L'art. 56 l. fall. consente di ignorare l'avvenuta acquisizione all'attivo fallimentare del credito ancora non estinto, vantato dal fallito verso il suo debitore.

Tuttavia, occorre mettere in evidenza l'estensione della deroga che è lecito trarre in via interpretativa dalla disposizione.

Rispetto a ciò possono darsi due casi.

Il primo è quello in cui l'effetto retroattivo viene ritenuto prevalente rispetto a quello prodottosi *medio termine*, con il quale è incompatibile. In questo caso, la deroga consiste in una *fiction iuris* che permette alla fattispecie interrotta di perfezionarsi egualmente.

Essa non contraddice il principio di cui agli art. 42 e ss., proprio poiché una volta perfezionata la fattispecie, l'effetto estintivo si colloca in un momento anteriore o al più contestuale a quello acquisitivo.

---

<sup>112</sup> Tra le tante, in questo senso cfr. Cass. civ., sez. I, 2 agosto 1994, n. 7181, ove la corte valorizzando il principio espresso, negava l'ammissibilità della compensazione sopravvenuta, affermando espressamente che: «la "crystallizzazione" delle, situazioni debitorie e creditorie è un principio essenziale della procedura fallimentare».

Il secondo, viceversa, è quello in cui si ritiene prevalente l'effetto estintivo, anche se esso sul piano temporale si colloca successivamente all'acquisizione del credito all'attivo.

Infatti, un conto è ignorare un evento che interrompe il perfezionamento della compensazione, facendo prevalere l'effetto retroattivo rispetto a quello acquisitivo; un altro è far prevalere l'effetto estintivo che si colloca in un momento successivo alla produzione degli effetti con esso incompatibili.

Né si può ritenere che i principi di cui agli artt. 42 e ss., nonché il criterio ispiratore della procedura che trova fonte negli artt. 2740 e 2741 c.c. siano rispettati dalla mera anteriorità della fonte genetica delle obbligazioni al fallimento<sup>113</sup>. Ciò che li contraddice, infatti, non è soltanto la modificazione della consistenza patrimoniale attraverso l'assunzione di obblighi nuovi da parte del fallito, ma anche e soprattutto l'estinzione soddisfattoria del bene acquisito all'attivo fallimentare.

L'estinzione per compensazione, infatti, elidendo una posta attiva con una passiva, in nessun caso modifica la consistenza patrimoniale del debitore. Tuttavia, la soddisfazione individuale del creditore su un bene del fallito determina una lesione dei diritti della massa ed un'alterazione della funzione stessa del concorso alla ripartizione eguale delle perdite.

Il momento in cui deve valutarsi la lesione al concorso non è quello in cui sorge l'obbligazione che sarà compensata, ma quello in cui il bene dell'attivo viene sottratto alla massa ai fini della soddisfazione individuale del creditore.

Pur non potendosi considerare un pagamento<sup>114</sup>, la compensazione produce l'estinzione soddisfattiva ed individuale di

---

<sup>113</sup> Cfr. Cass. civ., sez. u., 16 novembre 1999, n. 775: «l'esigenza ad esso connessa può considerarsi realizzata col principio che il fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte deve essersi verificato in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento. Ciò perché è il fatto generatore delle obbligazioni che più incisivamente verrebbe ad alterare le regole del concorso, determinando la fonte delle obbligazioni medesime.».

<sup>114</sup> Come generalmente riconosciuto dalla dottrina pressoché unanime, la compensazione non può essere considerata un pagamento, proprio perché essa non comporta l'attuazione del vincolo obbligatorio, ma determina la soddisfazione

un credito ed un debito del fallito, e sottrae all'attivo fallimentare le utilità vincolate alla soddisfazione di tutti i creditori, ponendosi in contrasto con il vincolo fallimentare costituito sul patrimonio del fallito.

Ebbene, il vincolo imposto sui beni del fallito in forza di quanto statuito dalle disposizioni della legge fallimentare impedisce l'operare della compensazione legale. A norma dell'art. 1246, n. 5, c.c. essa, infatti, essa non si verifica «nei casi vietati dalla legge». L'incompatibilità tra l'acquisizione del credito all'attivo fallimentare e l'estinzione satisfattiva integra uno di tali casi.

Con ciò non vuole dirsi che non sia immaginabile una deroga legittima al principio dell'acquisizione alla massa dei beni del fallito, ma per produrla occorre una prescrizione puntuale ed espressa.

Tale risultato non può essere raggiunto interpretando estensivamente una norma eccezionale quale l'art. 56 l. fall., tanto più che essa, come visto, sul piano letterale non disciplina direttamente la compensazione nei casi in cui l'effetto estintivo si realizzi dopo la dichiarazione di fallimento<sup>115</sup>.

## **16. (Segue) Esecuzione individuale e fallimento.**

---

delle obbligazioni reciproche evitando l'adempimento. Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, (nt. 1); L. MEZZASOMA, (nt. 1); A. GORASSINI e F. TESCIONE, (nt. 7).

<sup>115</sup> Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. u., 26 luglio 1990, n. 7562; Cass. civ., sez. I, 2 agosto 1994, n. 7181; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 1998, n. 11371. Nello stesso senso, per la sua completezza espositiva cfr. Cass. civ., sez. I, 25 agosto 1997, n. 7961, in cui la corte espressamente afferma: «56 l.f. deroga a quella comune, di cui all'art. 1243 c.c., soltanto perché consente l'operatività della compensazione nel fallimento anche quando il credito verso il fallito non sia scaduto prima della relativa dichiarazione, ferme restando le limitazioni alla compensazione prevista dalla disciplina generale del codice civile, onde la speciale compensazione dell'art. 56 l.f. non opera in mancanza dell'esigibilità del credito del fallito nei confronti del debitore-creditore "in bonis". Trattasi di principio (peraltro, risalente: cfr. Cass. 3881-82 e 2037-76) cui il Collegio ritiene di dare convinta adesione, dovendosi richiamare anche l'osservazione fatta da Cass. n. 7181-94, secondo cui la "cristallizzazione delle situazioni debitorie-creditorie alla data della dichiarazione di fallimento è un principio essenziale della procedura fallimentare ed a ciò si può derogare solo con espressa disposizione, come quella della scadenza dei crediti verso il fallito, ai fini della compensazione, onde nessuna deroga ulteriore può essere ammessa, in assenza di specifica previsione.».

Al fine di risolvere i problemi interpretativi sollevati dall'art. 56 l. fall., molti interpreti si sono misurati con le disposizioni del codice civile dettate in tema di esecuzione individuale.

Il presupposto di questi ragionamenti è rappresentato dalla indagine sulla "natura" degli effetti del fallimento, la quale ha condotto alcuni autori a considerare il fallimento alla stregua di un pignoramento generale dei beni del fallito<sup>116</sup>. Questo determinerebbe l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 1912 ss. c.c. alle fattispecie concorsuali.

---

<sup>116</sup> In particolare, sulla cd. natura dello spossessamento si è discusso allungo. Il dibattito ha visto contraddirsi illustri studiosi, che hanno prospettato tesi differenti. La più risalente tra le teorie relative allo spossessamento muove dall'idea del fallito come soggetto incapace di agire, seppur solo relativamente. In questo senso, cfr. V. Andrioli, *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 382. A ben vedere, la concezione trasla sulla persona del fallito dei limiti che in realtà interessano il patrimonio nella sua composizione oggettiva. Le disposizioni di cui agli artt. 42 e ss., lì dove fanno riferimento ai beni che «sono compresi nel fallimento», alla possibilità di «acquisire i beni che pervengono al fallito» ed ai beni non «compresi nel fallimento», mostrano che in realtà l'effetto della sentenza dichiarativa si produce immediatamente rispetto al patrimonio del fallito. L'incapacità del fallito dovrebbe riferirsi alla impossibilità di modificare le situazioni giuridiche sostanziali che si pongono quali garanzia generica dei creditori, ma sono proprio tali diritti e rapporti patrimoniali allora l'oggetto degli effetti della dichiarazione di fallimento.

Lo spossessamento è stato poi considerato alla stregua della costituzione di un patrimonio separato, sul punto cfr. F. FERRARA, (nt. 74), 284; nello stesso senso cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *sub. art. 42*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Zanichelli, Bologna, 2010.

Inoltre, molto note sono le teorie che accostano lo spossessamento ad un pignoramento universale dei beni del fallito, sul punto cfr. R. PROVINCIALI, (nt. 59), 283. Questa tesi ha trovato fortuna in dottrina ed anche nella giurisprudenza, che in più occasioni ha mostrato di aderirvi, cfr. Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2014, n. 5792; Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2004, n. 7060; Cass. civ., sez. II, 23 aprile 1993, n. 4776. Anche questa concezione, tuttavia, non va esente da critiche. Si è rilevato, infatti, che il fallimento coinvolge tanto i beni del fallito preesistenti alla sentenza con la quale viene dichiarato, tanto quelli sopravvenuti e non subisce i limiti di pignorabilità delineati dal codice civile. Sul punto cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, (nt. 116); M. L. DE ROSA, *Gli effetti del fallimento per il fallito: effetti patrimoniali e rapporti sostanziali*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*. Tomo I, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, UTET, Torino, 2016, 976.

A ben vedere tutte le ricostruzioni degli effetti del fallimento secondo schemi concettuali tratti da altri istituti presentano degli elementi di criticità, posto che non sono in grado di dimostrarne fino in fondo la coerenza con gli schemi giuridici ai quali vorrebbero ricondurli.

Sia concessa una critica a tale impostazione<sup>117</sup>. Il riferimento alla “natura” degli istituti svolge la funzione di ricollocare un complesso di norme nell’ambito di una differente disciplina. L’utilità di una tale forma di interpretazione si coglie solo ove essa conduca all’applicazione di disposizioni dettate al fine di regolare fattispecie diverse da quella immediatamente considerata in presenza di lacune normative.

Se questo è il risultato utile dei ragionamenti circa la “natura” delle fattispecie giuridiche, allora a ben vedere esso si risolve nel risultato dei ragionamenti analogici.

Dunque, il processo logico corretto e legittimo, piuttosto che dalla definizione della “natura” degli istituti, deve prendere le mosse dalle eventuali lacune o dai possibili dubbi interpretativi e risolverli secondo i criteri dettati dal codice civile circa l’interpretazione dei documenti normativi, compreso, se del caso, il ricorso all’analogia<sup>118</sup>.

Partendo dall’impostazione secondo la quale il fallimento si risolve in un pignoramento generale dei beni del debitore, alcuni interpreti considerano applicabili alla procedura le disposizioni degli artt. 1912 e ss., c.c.

Per risolvere i dubbi suscitati dalla compensazione legale nel fallimento si è fatto riferimento, in particolare, all’art. 2917 c.c. La norma dispone che l’estinzione del credito verificatasi per cause successive al pignoramento non ha effetto in pregiudizio del creditore pignorante. La compensazione sopravvenuta, quale causa di estinzione del credito successiva al pignoramento universale, dovrebbe dunque ritenersi inammissibile<sup>119</sup>. Tuttavia,

---

<sup>117</sup> In senso critico rispetto al dibattito circa la cd. natura dello spossessamento cfr. già A. BONSIGNORI, (nt. 66), ove si sottolinea la disciplina degli effetti del fallimento trova in sé stessa una completezza tale da rendere superflua l’attribuzione di un particolare «*nomeniuris*». In maniera parzialmente conforme cfr. Cass. civ., sez. trib., 14 settembre 2016, n. 18002, ove la Suprema Corte ripropone una ricostruzione degli effetti del fallimento che prescinde dalla definizione del fenomeno sulla base di categorie giuridiche altre.

<sup>118</sup> Come noto, ai sensi dell’art. 12 disp. Prel. c.c. il ricorso all’analogia è consentito solo nel caso in cui «una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione».

<sup>119</sup> Cfr. R. VIGO, (nt. 64).

lo stesso art. 2917 c.c. si presta a diverse, se non addirittura contrapposte, interpretazioni<sup>120</sup>

La questione non sembra del tutto risolutiva, condividendosi l'impostazione secondo la quale la costituzione del vincolo fallimentare è fattispecie *sui generis*, di per sé sufficiente a regolare le vicende legate al concorso<sup>121</sup>.

L'interpretazione analogica presuppone, innanzi tutto, l'esistenza di una lacuna normativa, ossia di una fattispecie non regolata dalla legge. Quanto invece alla compensazione legale nel fallimento, un'espressa disposizione di legge regola il fenomeno, che si inserisce in un sistema, quello del fallimento, i cui effetti del tutto peculiari sono definiti in modo compiuto dalla legge speciale.

A mio sommo avviso, non è condivisibile il ricorso a disposizioni dettate per disciplinare un fenomeno differente dal fallimento, quale quello dell'esecuzione individuale, per risolvere i contrasti interpretativi suscitati dall'art. 56 l. fall.

Essi, infatti, possono essere sciolti già mediante l'interpretazione diretta della disposizione, nel quadro della disciplina della compensazione legale e di quella che regola gli effetti del fallimento.

### **17. (Segue) La *ratio* della compensazione fallimentare alla luce del rapporto con la compensazione volontaria.**

La teoria della «anteriorità della radice causale» suscita alcuni dubbi circa la sua fondatezza anche dal punto di vista della *ratio* dell'art. 56 l. fall.

In proposito, occorre esaminare due posizioni, una espressa dalla giurisprudenza e l'altra sollevata in dottrina.

---

<sup>120</sup> Per un'analisi approfondita dell'argomentazione si rimanda a R. VIGO, (nt. 64) e G. BOZZA, (nt. 64), entrambi nel senso di ritenere inammissibile la compensazione sopravvenuta; nonché in giurisprudenza a Cass. civ., sez. I., 20 marzo 1991, n. 3006, secondo la quale il riferimento all'art. 2917 è indifferente ai fini della valutazione di ammissibilità della compensazione sopravvenuta; a Cass. civ., sez. u., 16 novembre 1990, n. 775, in cui espressamente si ritiene che la tesi dell'anteriorità della radice causale ben si concilia con l'esatta interpretazione dell'art. 2917 c.c.

<sup>121</sup> In Questo senso cfr. M.L. DE ROSA, (nt. 116), 976; A. BONSIGNORI, (nt. 66), in giurisprudenza cfr. Cass., sez. trib., 14 settembre 2016, n. 18002.



Secondo la prima, posta la funzione equitativa dell'art. 56 l. fall., è irragionevole riconoscere una tutela diversa al creditore *in bonis* titolare di obbligazioni meramente reciproche e a colui che già al momento del fallimento sia titolare di obbligazioni compensabili.

Quanto alla seconda, alcuni autori, pur riconoscendo la funzione di garanzia svolta dall'istituto, non ritengono che la il difetto dei requisiti legali di compensabilità dovrebbe avere una valenza ostativa della compensazione, che invece non ha il difetto di esigibilità<sup>122</sup>.

Dal momento in cui si riconosce che la compensazione legale svolge una funzione di garanzia, è imprescindibile identificare il momento a partire dal quale sorge la posizione tutelata.

Infatti, per coerenza sistematica, oltre che per incompatibilità normativa, sembra lecito ritenere che essa non possa essere opponibile alla massa, nel caso in cui sorga dopo l'apertura della procedura.

Come visto, l'ordinamento attribuisce il potere di estinguere i debiti reciproci nel caso in cui siano dotati di particolari caratteristiche. È proprio in ragione di questo particolare rapporto qualificato che la legge conferisce ai soggetti la facoltà di opporre la compensazione legale.

L'interesse a *non solvere*, funzionale alla reciproca soddisfazione degli obbligati, è considerato meritevole di tutela soltanto a partire dal momento in cui maturano i presupposti di compensabilità di cui all'art. 1243 c.c. Infatti, solo qualora sussistano congiuntamente tutti i presupposti individuati dalla

---

<sup>122</sup> Cfr. A. VISCONTI, (nt. 91), 776 «È vero, infatti, che la norma sottrae il creditore alle regole del concorso, consentendogli di soddisfarsi preferenzialmente sul proprio debito. È altrettanto vero, però, che essa è espressione non solo di evidenti esigenze «equitative» (v. la Relazione alla L. Fall., n. 13) ma anche e soprattutto del riconoscimento di quella stessa «funzione di garanzia» assolta dal controcredito vantato dal debitore che sta alla base dell'istituto della compensazione. Evidentemente, nel momento in cui si prende atto che il legislatore — a torto o a ragione — ha inteso privilegiare il creditore che non ha seguito la fiducia del debitore, non emerge sempre ben chiaro perché il difetto originario degli altri elementi indicati dall'art. 1243 c. c. dovrebbe assumere una valenza ostativa che non ha, invece, il difetto di esigibilità del credito verso il fallito.».

disposizione, il debitore si trova nella condizione di disporre dell'utilità economica che detiene presso se stesso<sup>123</sup>.

L'insolvenza integra, tra l'altro parzialmente<sup>124</sup>, il solo requisito della esigibilità. L'assenza degli altri presupposti di compensabilità comporta il fatto al momento dell'accertamento dell'insolvenza del creditore-debitore non disponga dell'utilità economica su cui soddisfarsi autonomamente.

Dunque, in assenza dei requisiti di compensabilità, nonostante l'insolvenza, non si costituisce in capo al creditore *in bonis* la posizione di tutela tipica della compensazione legale. Per questo motivo la carenza dei presupposti di compensabilità assume una valenza ostativa, pur nell'irrelevanza del eventuale termine apposto al credito del soggetto *in bonis*,

In sintesi, ai fini della costituzione della situazione giuridica tutelata con funzione di garanzia, non rileva la mera sussistenza di obbligazioni reciproche pur esigibili.

Quanto esposto può essere chiarito alla luce della relazione tra compensazione legale e volontaria.

In modo esattamente speculare ed opposto a quanto descritto, l'art. 1252 c.c. stabilisce che, ove non ricorrano i requisiti previsti dalla legge, la compensazione potrà avere luogo per volontà delle parti, e che queste potranno definirne le condizioni anche preventivamente.

La norma prende in considerazione il rapporto che intercorre tra i titolari di obbligazioni reciproche non compensabili. Essa conferma che la situazione giuridica del titolare di obbligazioni compensabili è ben diversa da quella di chi sia titolare di obbligazioni meramente reciproche.

In questo secondo caso non sussiste alcuna posizione direttamente tutelata dalla legge<sup>125</sup>, tanto che è rimessa all'autonomia privata l'integrazione della carenza dei requisiti di

---

<sup>123</sup> Cfr. sez. I.

<sup>124</sup> Essa non influisce sugli elementi che rendono inesigibile il credito ultroneo rispetto a quello della sottoposizione a termine della obbligazione.

<sup>125</sup> Sul punto cfr. P. SCHLESINGER, (nt. 3); P. PERLINGIERI, (nt. 1); U. NATOLI, (nt. 25); L. MEZZASOMA, (nt. 1).

compensabilità, anche nel caso in cui queste vogliano regolare il loro rapporto per il futuro.

La mera reciprocità di obbligazioni, anche esigibili, fa sorgere una situazione giuridica tutelata solo per volontà delle parti, in ragione del contratto tra queste concluso.

Ciò conferma che la posizione tutelata *ex lege* sorge solo dal momento in cui sussistano tutti e non solo alcuni dei requisiti di compensabilità. Dunque, ammettendo la compensazione sopravvenuta si estende la tutela legale anche ad una posizione di "garanzia" sorta successivamente al fallimento.

Una tale soluzione è contraria alla *ratio* dell'art. 56 l. fall. Non è coerente con il principio del concorso tutelare una posizione di garanzia, anche se *lato sensu* intesa, che era sorta successivamente al suo instaurarsi.

Per quanto fin qui argomentato, inoltre, non sembra condivisibile neanche la posizione espressa dalla giurisprudenza in merito al giudizio di ragionevolezza.

La condizione di chi, già anteriormente o contestualmente alla dichiarazione di fallimento è titolare di obbligazioni compensabili, in base a quanto argomentato, risulta diversa da quella del soggetto titolare di una mera aspettativa non tutelata giuridicamente.

È del tutto ragionevole che la disposizione selezioni e conservi il diritto all'autotutela acquisito anteriormente o contestualmente al fallimento, e non quello di chi in tale momento era titolare di una mera aspettativa, che trova tutela solo se integrata dalla volontà delle parti.

## **18. Conclusioni circa la compensazione sopravvenuta.**

La lettera dell'art. 56 l. fall., l'eccezionalità della disposizione, l'assenza di una lacuna normativa e la sua *ratio* impediscono l'estensione analogica del suo contenuto precettivo ai casi in cui al momento del fallimento non sussistano tutti i requisiti di cui all'art. 1243 c.c.

Il contenuto precettivo della norma attribuisce la facoltà di perfezionare con effetto retroattivo la fattispecie compensativa, nonostante l'inesigibilità extraconcorsuale del credito vantato dal

soggetto *in bonis* e la destinazione all'attivo fallimentare del credito vantato dal fallito verso di lui.

Con l'espressione «ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento» la norma attua il principio di cui all'art. 1186 c.c. e fa riferimento implicito ai requisiti della compensazione legale, pretendendo che sussistano già al momento dell'apertura della procedura.

La deroga prevista dalla disposizione, la rende norma eccezionale, dunque, non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva.

Inoltre, nell'ambito escluso dalla portata sua precettiva rimangono vigenti le norme di cui agli artt. 42, 44, 51 e 52 l. fall., che vietano l'estinzione soddisfattiva dei crediti e debiti del fallito, successivamente alla dichiarazione di fallimento.

Non esiste, dunque, alcuna lacuna normativa da colmare per i casi in cui i presupposti di cui all'art. 1243 c.c. maturino successivamente alla dichiarazione di fallimento. Questo, ancora una volta, spinge a ritenere che non sia ammissibile un'interpretazione estensiva dell'art. 56 l. fall.

La funzione della norma è proprio quella di attribuire al creditore del debitore insolvente il potere di attuare in via di autotutela l'interesse alla soddisfazione, nonostante l'apertura della procedura.

La sua *ratio*, dunque, è quella di conservare la funzione di garanzia svolta dalla compensazione legale anche in caso di insolvenza del debitore-imprenditore commerciale.

Tuttavia, la posizione di garanzia tutelata dall'ordinamento non sorge dal momento della mera coesistenza delle obbligazioni, né tanto meno da quello anteriore in cui coesistano le radici causali delle stesse.

Come evidenziato, la compensazione legale tutela gli interessi del creditore dal momento in cui le contrapposte obbligazioni divengono compensabili. Questo elemento discrimina la posizione del titolare di obbligazioni compensabili da quella del soggetto cui fa capo un rapporto da esse originato.

Quindi, è del tutto giustificato che la disposizione *de qua* riservi un trattamento particolare ai soggetti che godono di uno

strumento di autotutela con funzione di garanzia già al momento della dichiarazione di fallimento. Come è giustificato che tale trattamento differisca rispetto a quello concesso a coloro in capo ai quali la situazione giuridica tutelata si configura successivamente all'apertura della procedura.

In realtà, la compensazione legale opera nel fallimento come negli altri casi in cui un evento modificativo della realtà sostanziale interviene durante il periodo di compensabilità. Infatti, come nel caso della compensazione di crediti ceduti o prescritti, l'ordinamento attraverso una *fictio juris* considera come mai prodottesi quelle modificazioni della realtà sostanziale che impedirebbero il perfezionamento della fattispecie compensativa.

Il medesimo meccanismo è applicato al fallimento in virtù della retroattività degli effetti della compensazione e della funzione di garanzia che l'istituto svolge dal momento della coesistenza qualificata delle obbligazioni reciproche. Tale funzione non ha motivo di operare per quelle posizioni tutelate costituite successivamente al fallimento, né può farlo in assenza di un'espressa previsione legislativa<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> Si segnala che alcune pronunce della giurisprudenza di merito hanno riproposto, pur con alcune varianti, la tesi esposta in questa sede. Cfr. Trib. Mondovì, 12 gennaio 2005, nella quale espressamente si ritiene impossibile «eccepire la compensazione dopo fallimento se prima dell'apertura della procedura non sussistevano tutti gli elementi richiesti dalla legge per la sua operatività ad eccezione dell'esigibilità.»; nonché con espresso riferimento al fenomeno della cristallizzazione fallimentare Cfr. Trib. Alba, 7 marzo, 2006. In dottrina, per la medesima conclusione cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50), G. Bozza, (nt. 64), G. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1983, II, 63.



## Capitolo II

### Delimitazione del potere di compensare

SOMMARIO: 1. L'acquisto di crediti non scaduti prima del fallimento. 2. Interpretazione *a contrario*. L'acquisto successivo al fallimento di crediti scaduti. 3. L'acquisto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento di crediti scaduti. 4. Acquisti involontari. 5. La formulazione del limite al potere di opporre la compensazione nel futuro codice della crisi e dell'insolvenza. 6. Deduzioni ricavabili dalla nuova formulazione della norma. 7. Conclusioni circa la compensazione legale nel fallimento, alla luce del limite al potere di opporre la compensazione. Sez. II - Compensazione fallimentare e caducazione degli effetti estintivi. 8. Premessa. 9. Effetto estintivo ed esercizio del potere di compensare. 10. Limiti al potere di compensare ed atti presupposti. 11. Atti presupposti che implicano la partecipazione del fallito. 12. (segue) Atti che non prevedono la partecipazione del fallito. 13. Revocatoria fallimentare e nuova formulazione del limite al potere di compensare.

SEZ. I. - IL LIMITE AL POTERE DI OPPORRE LA COMPENSAZIONE.

#### **1. L'acquisto volontario di crediti che non siano scaduti prima del fallimento.**

Se il primo comma dell'art. 56 l. fall. attribuisce il potere di compensare, il secondo comma della disposizione interviene in negativo, delimitandone l'ambito di applicazione.

L'enunciato normativo stabilisce testualmente che «per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore».

Il nesso funzionale tra la prima e la seconda parte della norma è posto in evidenza sul piano letterale dall'espressione «tuttavia», che inequivocabilmente connette la regola posta dal primo comma con quella di cui al secondo<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50).

Dunque, se da un lato la legge consente la compensazione dei crediti sottoposti a termine al momento del fallimento, dall'altro specifica che essa non opera se tali crediti sono stati acquistati successivamente al fallimento o nell'anno anteriore.

Il debitore del fallito, infatti, potrebbe acquistare il credito che un terzo vanta verso il fallito stesso, ad un prezzo inferiore rispetto al suo valore nominale ma superiore a quello di realizzo. In questo modo egli potrebbe estinguere il suo debito per compensazione, senza restituire al fallimento quanto effettivamente dovuto, mentre il creditore del fallito lucrerebbe la differenza tra il valore di realizzo ed il prezzo di cessione.

Secondo una dottrina autorevole, seppur risalente, la disposizione *de qua* dovrebbe considerarsi alla stregua di una revocatoria di diritto<sup>128</sup>. Nel caso di specie, però, non vi è alcun atto compiuto dal fallito prima della dichiarazione di fallimento che debba considerarsi inefficace, né alcun effetto pregiudizievole ai creditori da revocare. La norma, infatti, impedisce che l'effetto estintivo si realizzi, intervenendo prima che si verifichi qualsiasi pregiudizio nei confronti della massa<sup>129</sup>.

In questa sede sembra maggiormente condivisibile la tesi per la quale il divieto di compensazione configuri un vero e proprio limite oggettivo alla opponibilità della compensazione, posto in ragione dell'intento fraudolento della parte<sup>130</sup>, volto a lucrare un vantaggio a scapito della massa<sup>131</sup>. L'interesse alla compensazione facente capo al soggetto che abbia preconstituito la situazione di

---

<sup>128</sup> Cfr. F. FERRARA, (nt. 74), 442.

<sup>129</sup> In questo senso cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50).

<sup>130</sup> In proposito diversi autori sottolineano come la funzione della disposizione è di evitare l'inganno del creditore a danno della massa, ponendo una presunzione *juris et de jure* di frode in danno al ceto creditorio. Sul punto cfr. F. FERRARA, (nt. 74), 300: «la legge presume *juris et de jure* che l'acquisto del credito, quando sia avvenuto nell'anno anteriore e per atto tra vivi, sia stato effettuato in vista dell'insolvenza, per sottrarre ai creditori le somme dovute al fallito dallo stesso acquirente, realizzando un indebito profitto». Conformemente cfr. S. SATTA, (nt. 55); G. TARZIA, (nt. 126).

<sup>131</sup> Cfr. R. VIGO, (nt. 64), 77; *Contra* cfr. W. CELENTANO, (nt. 57), 534, il quale testualmente ritiene che «la disposizione non ha alcun nesso con il sistema revocatorio fallimentare, ma stabilisce limiti alla opponibilità in compensazione di crediti non scaduti verso il fallito».



compensabilità in un periodo sospetto non è ritenuto meritevole di tutela, e dunque l'art. 56, comma 2, l. fall., impedisce che l'effetto estintivo si realizzi.

La conseguenza di questo ragionamento è quella di ritenere inapplicabile il secondo comma dell'art. 56l. fall. là dove non sia rintracciabile un'intenzione fraudolenta nell'acquisto. Sarebbero questi i casi di acquisto di un credito verso il fallito di un soggetto che non fosse ancora suo debitore<sup>132</sup>, e di acquisto involontario del credito.

La prima delle due affermazioni non pare condivisibile. Anche nell'ottica della tesi che ritiene centrale l'elemento soggettivo ai fini dell'applicazione del divieto di compensare, il fatto che un soggetto non sia debitore del fallito al momento dell'acquisto del credito non sembra rilevante. Egli, infatti, ben potrebbe aver preordinato l'operazione al fine di sottrarsi ad un obbligo futuro nei confronti del fallito. Dunque, da questo punto di vista non sembra possibile far dire alla norma meno di quanto dispone.

## **2. Acquisti involontari di crediti scaduti o non scaduti alla data del fallimento.**

Occorre ora analizzare l'ulteriore aspetto relativo alla compensabilità di crediti acquistati in assenza di volontà della parte. In particolare, dunque, si deve considerare l'ipotesi di relativa agli acquisti di crediti *mortis causa*, ovvero in ragione di norme di legge<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Cfr. R. VIGO, (nt. 64), 79. L'autore reputa testualmente che «altro è la presunzione assoluta che l'acquisto del credito sia stato preordinato in danno dei creditori concorrenti da parte di chi era già debitore del fallito, altro è porre la stessa presunzione a carico di chi non era debitore del fallito. In questo caso la presunzione sarebbe priva di ragionevolezza.».

<sup>133</sup> In particolare, sul punto cfr. A. JORIO, (nt. 55), 387, secondo il quale «la compensazione dovrebbe anche considerarsi ammessa qualora l'acquisto sia intervenuto *ex lege*: è il caso del fideiussore del fallito il quale, su richiesta del creditore, abbia adempiuto l'obbligazione scaduta nel corso del fallimento [...] in questo caso l'acquisto del credito da parte del fideiussore escusso si verifica prescindendo dalla sua volontà nonché a seguito dell'adempimento di un'obbligazione di garanzia sorta anteriormente al fallimento».

Gli strumenti interpretativi cui fare riferimento sono, anche in questo caso, la lettera della disposizione e la volontà della legge, ossia la sua ragione giustificativa.

L'enunciato normativo fa riferimento agli acquisti per atti tra vivi, non disciplinando la fattispecie relativa agli acquisti che non dipendono dalla volontà dell'acquirente. La *ratio* della disposizione evidenzia che la volontà della legge è quella di sanzionare l'intento fraudolento dell'acquirente, limitando l'ambito di applicazione del primo comma.

Dunque, a prescindere dalla circostanza che i crediti acquistati per queste vie prima del fallimento siano o meno scaduti, essi saranno comunque compensabili ai sensi dell'art. 56, comma 1, l. fall<sup>134</sup>.

Diverso è il caso dell'acquisto successivo al fallimento.

La lettura a contrario della disposizione, infatti, potrebbe trarre in inganno. L'interpretazione dell'enunciato normativo, potrebbe condurre alla elaborazione della seguente norma: la compensazione ha luogo se il creditore ha acquistato il credito *mortis causa* o per volontà della legge dopo la dichiarazione di fallimento.

Anche in questo caso la lettura *a contrario* della disposizione risulta fuorviante. La soluzione del problema non può dipendere, dalla trasposizione dell'enunciato normativo nel suo contrario.

La funzione del secondo comma, infatti, è quella di limitare il diritto di compensare i crediti, che divengano esigibili in ragione dell'insolvenza del debitore-imprenditore e quindi del fallimento. Proprio per tale ragione essa si riferisce in positivo solo ai crediti non scaduti.

La possibilità di opporre la compensazione nel caso di acquisto involontario di crediti successivo al fallimento è già vietata dalle norme fallimentari che disciplinano gli effetti del fallimento. Non vi è una lacuna normativa da colmare mediante il ricorso alla interpretazione *a contrario*, né la *ratio* dell'enunciato normativo di

---

<sup>134</sup> Cfr., tra tutti, M. FOSCHINI, (nt. 50). Per il caso di acquisto *ex lege*, in particolare con riferimento all'acquisto del credito da parte del fideiussore del fallito cfr. Cass. civ., sez I, 2 agosto 1994, n. 7181; Cass. civ., sez I, 2 ottobre 1997, n. 9635.

cui all'art. 56, comma 2, l. fall., giustifica una simile interpretazione.

Questa soluzione, d'altra parte, è condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità che fa applicazione della teoria dell'anteriorità genetica delle obbligazioni.

### **3. L'acquisto volontario successivo all'apertura del concorso di crediti scaduti alla data del fallimento.**

Leggendo *a contrario* l'enunciato normativo *de quo* potrebbe ritenersi che la norma implicitamente stabilisca che: sono compensabili i crediti acquistati dopo l'apertura della procedura per atto tra vivi se scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Se così fosse, la disposizione smentirebbe quanto affermato circa l'inopponibilità della compensazione sopravvenuta<sup>135</sup>, poiché la coesistenza dei crediti reciproci si realizzerebbe dopo l'apertura del concorso. Dunque, l'interpretazione della disposizione assume un rilevante rilievo sistematico.

Sul punto si registra un nutrito dibattito in dottrina ed accesi contrasti in giurisprudenza, che sembrano destinati a sopirsi sulla base della formulazione che la norma si accinge ad assumere nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza<sup>136</sup>.

Secondo un primo orientamento, l'art. 56, comma 2, l. fall. non vieta la compensazione dei crediti acquistati dopo il fallimento, purché scaduti anteriormente all'apertura del concorso.

Questa interpretazione muove dal carattere eccezionale della disposizione *de qua*, per trarne il divieto di interpretazione

---

<sup>135</sup> L'interpretazione *a contrario* contrasterebbe anche la tesi dell'anteriorità genetica della radice causale, che dovrebbe presupporre almeno che la reciprocità preesista al fallimento, in questo senso cfr. R. Vigo, (nt. 64). In proposito, tuttavia, preme evidenziare che se come sostenuto dalla giurisprudenza l'anteriorità della radice genetica della obbligazione è sufficiente a garantire il rispetto del principio della *par condicio*, poiché non altera la composizione patrimoniale del fallito, esso dovrebbe ritenersi rispettato anche nel caso in cui obbligazioni la cui origine sia anteriore al fallimento, vengano successivamente trasferite.

<sup>136</sup> Il punto verrà affrontato successivamente. Si anticipa che il futuro testo della disposizione, salvo ulteriori interventi, dovrebbe testualmente stabilire quanto segue: «La compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore.».

analogica, necessaria per estendere il divieto di compensazione ai crediti scaduti acquistati dopo il fallimento<sup>137</sup>.

Inoltre, si è sostenuto che un tale divieto non possa trarsi neanche dalle norme e dai principi dettati dalla legge fallimentare.

Sul punto se si ritiene che l'unico presupposto richiesto dalla legge ai fini della compensazione fallimentare sia l'antiorità del fatto genetico delle obbligazioni, dovrebbe ammettersi che anche il requisito della reciprocità possa sopravvenire alla dichiarazione di fallimento<sup>138</sup>. D'altra parte, secondo la giurisprudenza il principio della *par condicio* è rispettato ove non vari la consistenza patrimoniale del fallito successivamente al fallimento, di

---

<sup>137</sup> In proposito cfr. App. Torino, 8 gennaio 2010 che ammette la compensazione in pendenza di crediti scaduti anteriormente al fallimento, ma acquistati successivamente, particolarmente significativo il passaggio in cui la corte stabilisce che «Si comprende allora come una diversa interpretazione, inclusiva nell'inapplicabilità della compensazione dei crediti scaduti, acquistati (nell'anno anteriore, ma soprattutto) dopo la dichiarazione di fallimento, avrebbe natura analogica [...] ma proprio un'interpretazione analogica (tale, infatti, per l'eccedenza della nozione di credito scaduto da quella di credito non scaduto, per quanto estesa) non è consentita in presenza di una disposizione eccezionale, quale quella in esame.». In dottrina nello stesso senso cfr. M. VANZETTI, (nt. 73), 32, ove testualmente si ritiene che «Se il credito è già scaduto, quindi, non viene meno la compensabilità solo perché è in tempo successivo alla sentenza dichiarativa di fallimento ad essere sopravvenuta la compensabilità»; V. COLESANTI, (nt. 69), 756: «Supposto che i rilievi via via formulati nelle pagine precedenti possano reputarsi corretti, la conclusione che ne emerge è nel senso che la compensazione può aver luogo (e, si capisce, con efficacia verso il fallimento) pur quando il credito sia stato acquistato anche per atto tra vivi e dopo il fallimento, quante volte il credito medesimo fosse già scaduto prima della sentenza dichiarativa.»; G. BETTAZZI, *I presupposti di operatività della compensazione in sede fallimentare*, in *Il fallimento*, 2, 2007; L. STANGHELLINI, *Cessione di credito e compensazione fraudolenta*, in *Giur comm.*, 1991, II, 748, il quale tuttavia, esprime alcune perplessità sul punto.

<sup>138</sup> In questo senso cfr. C. Colesanti, (nt. 69), 755, secondo il quale «per un verso, la norma conferma non esser vero che sia imprescindibile l'essere anteriore al fallimento la situazione di reciprocità, tant'è che essa è rilevante pur se sopravvenga in tempo successivo, e finanche per consentire la compensazione (nel caso) con un credito non scaduto; e soprattutto, che l'effetto estintivo, efficace verso la massa, ben può verificarsi anche dopo il fallimento, per il sopravvenire di quel che la norma stessa lascia intendere esserne idonea (ed efficace) causa determinativa». Contra, pur sempre aderendo alla tesi della «antiorità della radice causale» cfr. A. Viscusi, (nt. 91), il quale ritiene che ai fini del rispetto dell'art. 2917 c.c., applicabile al fallimento, la reciprocità debba preesistere al fallimento.

conseguenza dovrebbe ritenersi che l'esistenza delle partite creditorie al momento dell'apertura della procedura garantisca il rispetto di tale vincolo, anche qualora i soggetti portatori delle rispettive pretese non coincidano<sup>139</sup>.

Questo ultimo argomento mette appieno in risalto la distorsione che implica la teoria della radice causale se portata alle estreme conseguenze. Infatti, se l'antiorità della radice genetica delle obbligazioni è da sé sufficiente a reputare rispettato il principio della *par condicio creditorum*, e se in ogni caso l'art. 56 l. fall. vi deroga e derogandovi è norma eccezionale, dovrebbe ammettersi che anche l'obbligazione preesistente se acquistata dal debitore del fallito dopo il fallimento sia compensabile<sup>140</sup>. A margine del ragionamento, tuttavia, risulta evidente come una siffatta conclusione sia del tutto distorsiva rispetto alle finalità della procedura.

Ammettere la compensazione di crediti acquistati successivamente al fallimento significa aprire le porte ad una procedura parallela a quella concorsuale, che vedrebbe lo sviluppo di un mercato del credito con conseguente ed illegittima ripartizione delle perdite in maniera diseguale, in violazione delle norme che regolano il concorso ed elusione delle disposizioni di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c.<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Ancora sul punto cfr. App. Torino, 8 gennaio 2010: «per estendere l'inapplicabilità della compensazione ai crediti scaduti occorre riferire l'antiorità coesistenza non soltanto alle contrapposte partite obbligatorie, ma pure ai soggetti di essi portatori (creditori); regola che, tuttavia, il legislatore che ha previsto anche in pendenza di fallimento la circolazione dei crediti limitandone, ove ritenuto, gli effetti ha, in materia di compensazione, espressamente imposto per i soli titolari di crediti non scaduti.».

<sup>140</sup> Come d'altra parte ritiene la più volte citata App. Torino, del 8 gennaio 2010.

<sup>141</sup> Ciascun creditore del fallito sarebbe spinto a cedere il proprio diritto ai suoi debitori ad un prezzo inferiore a quello nominale ma superiore a quello di realizzo. Di converso, i debitori sarebbero ben lieti di acquistare i crediti, potendoli opporre in compensazione. In questo modo, infatti, i creditori e debitori più solerti sarebbero in grado di soddisfare le proprie ragioni al di fuori del concorso. L'illegittimità dell'operazione risiederebbe dall'elusione del principio della parità di trattamento. A ben vedere sarebbe neutralizzato l'intento ispiratore dell'intera procedura concorsuale che risiede nella ripartizione delle perdite in maniera eguale tra tutti i creditori. In questo senso cfr. Cfr. Trib. Mondovì, 12 gennaio 2005; Trib. Alba, 7 marzo, 2006; nonché Trib. Milano, 25 giugno 2016.

Inoltre, la coincidenza del termine di scadenza dell'obbligazione con il momento della dichiarazione di fallimento non sembra un elemento dirimente al fine di valutare le intenzioni fraudolente del soggetto e il pregiudizio che si reca alla massa<sup>142</sup>.

Per superare queste problematiche coloro che ritengono ammissibile la compensazione sopravvenuta hanno elaborato diverse soluzioni, che però ne mettono in risalto la contraddittorietà.

In primo luogo, si è sostenuto che il principio dell'anteriorità delle obbligazioni al fallimento sarebbe rispettato solo qualora queste facciano già capo alle parti della compensazione<sup>143</sup>. Dunque, almeno il requisito della reciprocità delle obbligazioni dovrebbe venire ad esistenza prima della dichiarazione di fallimento<sup>144</sup>.

Tuttavia, si ribadisce che se il principio della *par condicio* è rispettato qualora le obbligazioni successivamente compensate preesistano al fallimento<sup>145</sup>, è del tutto contraddittorio ritenere che il requisito della reciprocità debba preesistere. Infatti, la giurisprudenza, in tale occasione ha motivato la propria decisione facendo riferimento ad una sentenza di legittimità che letta nel merito esclude la possibilità di opporre al creditore pignorante la compensazione se tutti i suoi presupposti non siano maturati prima del pignoramento<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> Anche l'acquisto di crediti scaduti, se si considera la possibilità del titolare del diritto di esigerne immediatamente il pagamento, non sembra essere meno indicativo di un eventuale intento fraudolento.

<sup>143</sup> Cfr. Trib. Torino, 1 settembre 2016.

<sup>144</sup> Cfr. A. VISCUSI, (nt. 91), 778.

<sup>145</sup> Come ritenuto dalla giurisprudenza prevalente, cfr. tra tutte la già citata Cass. civ., sez. u., 16 novembre 1999, n. 775.

<sup>146</sup> Il tribunale dopo aver affermato che per aversi compensazione è sufficiente che la radice causale delle obbligazioni preesista alla dichiarazione di fallimento, si domanda se anche il requisito della reciprocità possa maturare in seguito. La risposta fornita è negativa, nonostante si ritenga applicabile in via analogica la disposizione di cui all'art. 2917 c.c., per la quale secondo il giudicante «è sufficiente l'anteriorità del fatto genetico, mentre possono sopravvenire anche in seguito gli altri presupposti». La ragione, del tutto equivoca, è che la causa anteriore di cui all'art. 2917 c.c. risiede nella coesistenza dei crediti reciproci e che «La compensazione estingue i crediti, ma soltanto dal giorno della loro coesistenza (art. 1242 c.c.). Non può aversi intuitivamente coesistenza – sia pure nella forma

In secondo luogo in queste circostanze, dovrebbe farsi ricorso alla figura dell'abuso del diritto, valutandone caso per caso l'applicazione<sup>147</sup>.

In ultimo luogo, è emerso un ulteriore orientamento che per ritenere inammissibile la compensazione di crediti acquistati successivamente al fallimento, seppur scaduti a tale data, ritiene applicabile in via analogica la disposizione in commento<sup>148</sup>.

---

semplificata richiesta dalla giurisprudenza, che prescinde dalle qualificazioni di certezza liquidità ed esigibilità – se non dal giorno in cui entrambi gli interessati alla vicenda estintiva-compensativa sono titolari del credito, l'uno nei confronti dell'altro. E pertanto non può darsi coesistenza se non dal momento in cui il terzo *in bonis* ha acquistato il credito nei confronti del fallito o, secondo altra possibile ricostruzione, dal momento in cui ha notificato la cessione.». Ciò che estingue i crediti, tuttavia, non è la coesistenza, ma la coesistenza qualificata e tale principio non è stato messo mai in discussione dalla cassazione. Il tentativo di conciliare questa interpretazione dell'art. 2917 c.c. con la teoria della anteriorità della radice causale risulta poi del tutto contraddittorio leggendo la motivazione della sentenza di legittimità citata a suo sostegno dal tribunale di Torino, la quale espressamente richiede che anteriore al pignoramento non sia la sola coesistenza, ma la coesistenza qualificata; cfr. Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2014, n. 10683 2014: «la compensazione legale può essere validamente opposta, dal terzo pignorato, fino al momento del pignoramento ed anche successivamente, sempre che la compensazione si sia verificata prima del pignoramento, cioè la coesistenza dei reciproci debiti crediti, liquidi ed esigibili risalga ad un momento anteriore al pignoramento».

<sup>147</sup> Tale figura giuridica dai profili incerti è richiamata in relazione al fenomeno in questione in Tib. Monza, 12 ottobre 2015. In dottrina cfr. D. BONACCORSI DI PATTI, *In tema di compensazione nel fallimento, cessione dei crediti ed abuso del diritto da parte del cessionario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2016; E. STAUNOVO POLACCO, *Acquisto del credito e limiti alla compensazione nel fallimento*, in *Il fallimento*, 5, 2013. In merito si ritiene non necessario ricorrere a tale istituto giuridico, dovendosi ritenere inammissibile la compensazione sopravvenuta.

<sup>148</sup> In questo senso cfr. A. VISCUSI, (nt. 69), 778 «una volta constatato che la formula normativa colloca sul medesimo piano acquisti anteriori e posteriori e che, per questi ultimi, essa non ha inteso autorizzare implicitamente la compensazione di crediti scaduti, ben potrebbe pervenirsi alla necessaria «interpretazione adeguatrice» accogliendo identica conclusione anche per l'altra categoria di acquisti. Si potrebbe, cioè, attribuire all'inciso «per i crediti non scaduti...» un valore di mero collegamento alla regola introdotta per tali crediti dal 1 o comma, anziché una funzione delimitatrice del divieto, destinata ad operare solo per una delle due fattispecie unitariamente trattate dal legislatore. Resterebbe così superato il problema per i trasferimenti posteriori (con la precisazione già fatta per quelli *mortis causa*) e resterebbe altresì aperta la possibilità di sottrarre analogicamente a compensazione i crediti scaduti ceduti con atto *inter vivos* nell'anno anteriore al fallimento».

La tesi muove dall'equivalenza di fatto che sussiste tra le due diverse fattispecie considerate, e ritiene che la medesima esigenza di tutela a cui risponde l'art. 56, comma 2, l. fall. ricorra in entrambi i casi. A conferma dall'applicabilità della norma, inoltre, viene fatto riferimento al già citato art. 127 l. fall.. In particolare, si ritiene che dalla disposizione sia possibile trarre un principio generale, applicabile anche al caso di specie, secondo il quale gli effetti distorsivi legati alla circolazione dei crediti post fallimento siano inopponibili ai creditori e alla procedura<sup>149</sup>.

A fronte di una tale eterogeneità delle tesi sostenute dagli interpreti, occorre chiarire il nodo dal quale sorgono i numerosi contrasti. A mio modo di vedere, l'equivoco sorge in ragione della inesatta portata attribuita al primo comma dell'art. 56 l. fall., e agli argomenti tratti a contrario dal suo secondo comma.

La norma attribuisce in positivo il diritto di compensare crediti per i quali i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. preesistono alla dichiarazione di fallimento. Nella sua seconda parte, invece, limita la possibilità di compiere tale operazione qualora il credito non scaduto sia stato acquistato nell'anno anteriore al fallimento. Il riferimento agli acquisti successivi non fa che confermare l'impossibilità che l'effetto estintivo si realizzi successivamente al fallimento, confermando una regola generale<sup>150</sup>.

La portata precettiva propria del secondo comma della disposizione, dunque, è quella di vietare la compensazione di crediti che scadono in ragione della dichiarazione di insolvenza, se acquistati nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. Questo è l'unico dato che differenzia l'acquisto del credito scaduto

---

<sup>149</sup> Cfr. Trib. Milano, 25 giugno 2016; Trib. Milano, 29 ottobre 1984.

<sup>150</sup> Cfr. Trib. Mondovì, 12 gennaio 2005, ove la corte reputa che il divieto di compensare crediti non scaduti acquistati successivamente al fallimento non sia che la conferma di una regola di carattere generale «perché la causa di estinzione non può operare dopo il fallimento»; nello stesso senso cfr. Trib. Mondovì, del 12 gennaio 2005 In dottrina G. BOZZA, (nt. 64); G. Tarzia, (nt. 126), ove l'autore testualmente ritiene che nel caso di credito acquistato successivamente alla dichiarazione di fallimento «il divieto di compensazione esprime non già una deroga, ma una conferma di un principio generale, quello della inopponibilità alla massa dei creditori degli eventi estintivi susseguenti alla pronuncia fallimentare».



da quello non scaduto, nell'ambito del fenomeno compensativo. Ossia che il secondo diviene compensabile proprio in ragione del fallimento<sup>151</sup>.

Non è proponibile nessuna interpretazione *a contrario*, proprio perché la *ratio* del secondo comma è unicamente quella di impedire che la norma tuteli un interesse meritevole del creditore in *bonis* e non il suo intento fraudolento.

Per quanto non espressamente disciplinato, dunque, deve ritenersi che la norma taccia, lasciando spazio all'applicazione delle disposizioni della legge fallimentare che impediscono l'operare della compensazione sopravvenuta, e quindi a maggior ragione la compensazione di crediti acquistati dopo il fallimento<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> In altri termini ciò che rileva per la norma non è tanto che la compensabilità del credito sia anteriore alla sentenza di fallimento, quanto il giudizio che si può esprimere rispetto alla cessione di crediti non scaduti alla data del fallimento. Ponendo in relazione l'enunciato del secondo comma con le norme dettate in materia di revocatoria fallimentare, si coglie come il lessico utilizzato dalla legge nel disciplinare l'ipotesi di cui all'art. 65 l. fall. rievoca quello in materia di compensazione. Come il pagamento anticipato evidenzia l'esistenza di un elemento di anomalia nei rapporti tra debitore e creditore, idoneo a danneggiare le ragioni della massa; così l'acquisto di un credito non scaduto da parte del debitore del fallito è considerato quale indice del suo intento fraudolento.

In questo caso, infatti, il creditore si libera di un credito che potrebbe esigere solo al momento del fallimento con il favore del debitore che, invece, potrebbe attuare la compensazione. Insomma, la legge assume quale ulteriore indice delle intenzioni immeritevoli delle parti la scadenza del credito successiva al fallimento, nonostante contestualmente alla dichiarazione anche il credito non scaduto divenga esigibile e quindi compensabile. In altri termini, l'acquisto del credito per atto tra vivi, il periodo sospetto, e la scadenza successiva, sono tutti elementi dai quali legge deduce l'intento fraudolento, immeritevole di tutela. Al contrario, il creditore può immediatamente esigere il pagamento del credito scaduto, e dunque la cessione dello stesso non necessariamente sottintende un intento fraudolento.

<sup>152</sup> Come ha ritenuto la giurisprudenza cfr. Trib. Alba, 7 marzo, 2006, nella quale espressamente si ritiene che «Nel caso in cui detto momento interviene dopo la dichiarazione di fallimento, la distinzione tra crediti scaduti e non scaduti non ha più motivo di rilevare. In tale ipotesi, si è già verificata, infatti, quel congelamento del patrimonio del fallito, con conseguente cristallizzazione della massa attiva, che rende inapplicabile la compensazione, posto che la coesistenza tra crediti e debiti contrapposti è venuta in essere soltanto dopo la dichiarazione di fallimento, e non preesisteva ad essa». In dottrina cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50), secondo il quale: «Né, d'altra parte, vi è alcuna giustificazione all'estensione del divieto di cui all'art. 56, secondo comma, all'ipotesi di crediti contrapposti scaduti di cui uno acquistato

#### **4. L'acquisto volontario nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento di crediti scaduti.**

Nei trasferimenti prefallimentari si coglie appieno la portata precettiva della norma, ed in questo ambito rileva appieno la distinzione tra crediti scaduti e non scaduti alla data del fallimento.

Infatti, la compensazione dei crediti acquistati post-fallimento è in ogni caso inammissibile a prescindere dalla scadenza del credito, come argomentato nel paragrafo precedente. Al contrario, per i crediti scaduti, acquistati prima della dichiarazione di fallimento, si pone il problema di valutare la portata applicativa del secondo comma dell'art 56 l. fall.

In altri termini, occorre valutare se sia possibile un'estensione analogica della disposizione, tale per cui debba reputarsi vietata la compensazione fallimentare dei crediti acquistati per atto tra vivi nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, se pur scaduti.

Anche questa questione è controversa e si registra un orientamento giurisprudenziale che tende a ritenere che la disposizione sia applicabile anche in questa circostanza<sup>153</sup>. Tuttavia, in dottrina vi è maggiore concordia nel reputare che in questa particolare fattispecie, alla luce del dato normativo vigente, non possa applicarsi il secondo comma dell'art. 56 l. fall.

Su impulso del Tribunale di Milano, la questione è stata sottoposta anche alla Corte Costituzionale, che è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità della disposizione nella parte in cui non prevede che la compensazione non abbia luogo se il creditore

---

dal creditore *in bonis* dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, atteso che in tal caso la compensazione non può mai operare, e non per interpretazione estensiva del divieto di compensabilità stabilito dalla legge per i crediti non scaduti, ma perché manca nella specie quella situazione di coesistenza di due debiti reciproci alla data della dichiarazione di fallimento che è, ex art. 56 l. fall., primo comma, e 1241 c.c. il presupposto che determina, insieme con gli altri requisiti l'operatività della compensazione legale nel fallimento.».

<sup>153</sup> Trib. Milano, 25 giugno 2016; Trib. Milano, 29 ottobre 1984.

ha acquistato un credito scaduto per atto tra vivi nell'anno anteriore al fallimento<sup>154</sup>.

La questione è stata ritenuta infondata dalla Corte, in quanto la distinzione operata dalla legge, anche se inidonea a perseguire a pieno le finalità antifrode della disposizione, non è del tutto illogica o arbitraria e come tale non è sindacabile. La *ratio differentie* troverebbe plausibile fondamento nel fatto che per i soli crediti scaduti la compensazione produce i suoi effetti anteriormente alla dichiarazione di fallimento<sup>155</sup>.

Ebbene la valutazione della Corte è condivisibile. In questa sede sia consentito, tuttavia, un ulteriore sviluppo argomentativo. Se l'art. 55 l. fall. non trova applicazione in materia di compensazione legale nel fallimento, altrettanto non può dirsi per l'art. 1186 c.c., che è norma di carattere sostanziale idonea ad essere applicata. Ed allora, posto che tanto i crediti scaduti, quanto quelli non scaduti sono entrambi esigibili al momento della dichiarazione di fallimento, la *ratio differentie* tra le fattispecie *de quibus* riposa sul valore che la legge attribuisce allo scambio di un credito sottoposto a termine, che non sarebbe esigibile e compensabile in assenza dell'insolvenza del debitore<sup>156</sup>.

Non è meno vero, tuttavia, che lo strumento predisposto dalla vigente normativa sembra inidoneo a selezionare tutte le possibili manovre fraudolente. Infatti, la volontà di acquistare un credito prima del fallimento all'unico fine di opporre la compensazione nei confronti del soggetto in odore di insolvenza, può prescindere dalla scadenza dell'obbligazione.

---

<sup>154</sup> Cfr. Trib. Milano, ord., 28 giugno 1999, il tribunale rimetteva la questione di costituzionalità alla Corte sulla base del fatto che «la denunciata norma riserva un'ingiustificata disparità di trattamento all'ipotesi di acquisto per atto tra vivi, da parte del debitore del fallito, nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, di un credito scaduto (o che scada prima del fallimento) verso il fallito, rispetto all'ipotesi di acquisto, ferme le altre condizioni, di un credito ancora non scaduto: mentre in quest'ultimo caso la compensazione tra i contrapposti crediti è esclusa dal legislatore, nel primo caso è invece ammessa, nonostante che ricorrano le identiche esigenze di non violare il principio del concorso sostanziale dei creditori e di evitare la creazione di un mercato dei crediti verso l'imprenditore insolvente.».

<sup>155</sup> Cfr. Corte Cost., 20 ottobre 2000, n. 431.

<sup>156</sup> Cfr. *supra*, nota n. 149.

L'eventualità che il credito del soggetto *in bonis* venga soddisfatto mediante un'estinzione satisfattiva della pretesa, attuata per mezzo della compensazione prima del fallimento, esula dall'ambito della compensazione fallimentare in senso stretto, in quanto l'intera vicenda si consuma in un momento anteriore al fallimento<sup>157</sup>. Viceversa, vi rientra appieno l'altra ipotesi nella quale il credito scaduto acquistato prima del fallimento sia opposto in compensazione successivamente.

Pur non trascurando i possibili abusi cui si presta la fattispecie, non sembra possibile interpretare analogicamente la disposizione. Essa è strettamente connessa al primo comma dell'art. 56 l. fall. ed ha la funzione di limitare il potere di compensare riferito ai soli crediti che divengono esigibili in ragione dell'insolvenza.

Non esiste alcuna lacuna da colmare, in quanto per i crediti acquistati post-fallimento sono per legge non compensabili, poiché non può esservi estinzione satisfattiva di debiti e crediti del fallito al di fuori delle norme sul concorso.

Allo stato della normativa vigente, dunque, sembra corretto concludersi che nessun credito acquistato successivamente al fallimento sarà compensabile, mentre i crediti scaduti acquistati prima dell'apertura della procedura rimangono compensabili sulla base di quanto disposto dal primo comma dell'art. 56 l. fall., anche successivamente<sup>158</sup>.

D'altra parte, non sembra necessario indugiare oltre su questa problematica, che si appresta ad essere risolta in via legislativa con l'entrata in vigore del nuovo codice dell'insolvenza.

## **5. La formulazione del limite al potere di opporre la compensazione secondo il futuro art. 155, comma 2, c.c.i.**

---

<sup>157</sup> Si tratterà, infatti, di verificare se la compensazione possa essere revocata ai sensi dell'art. 67 l. fall.

<sup>158</sup> Anche gli autori che divergono circa la soluzione da attuare in caso di acquisto successivo al fallimento, concordano nel ritenere ammissibile la compensazione di crediti scaduti acquistati anteriormente alla dichiarazione di fallimento. Cfr. M. FOSCHINI, *op. cit.*; G. TARZIA, (nt. 126); R. VIGO, (nt. 64); V. COLESANTI, (nt. 69); M. VANZETTI, (nt. 73).

Come già accennato<sup>159</sup>, il dlgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 attuativo della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017 ha riformulato il contenuto del secondo comma del vigente art. 56 l. fall., trasponendolo nel secondo comma dell'art. 155.

Il nuovo testo stabilisce che «la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore.».

La disposizione estende il limite posto al potere di opporre la compensazione anche ai crediti scaduti, se acquistati nel corso del periodo sospetto<sup>160</sup>. Così facendo, il legislatore ha manifestato l'intenzione di superare quei contrasti che si erano posti al riguardo in dottrina e giurisprudenza.

Giova osservare che gli elementi che suscitano l'interesse dell'interprete sono essenzialmente due.

In primo luogo, scompare, per l'appunto, il riferimento agli acquisti dei soli crediti non scaduti, che quindi vengono equiparati a quelli scaduti. In secondo luogo, muta il momento dal quale decorre il cd. periodo sospetto, che nella nuova versione non coincide con l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, ma con la proposizione della domanda cui esso consegue.

Da ciò si ricava che l'art. 155, comma 2, c.c.i., riferendosi anche all'acquisto di crediti scaduti anteriore all'apertura della procedura - tali sono gli acquisti anteriori, ma anche posteriori alla domanda -, regola anche le fattispecie in cui la coesistenza qualificata delle obbligazioni preceda l'apertura del concorso.

Inoltre, in ragione delle modifiche evidenziate, l'art. 155 c.c.i. condivide con l'art. 166 c.c.i. (ex revocatoria fallimentare) tanto il *dies a quo* del periodo sospetto, quanto il relativo termine di

---

<sup>159</sup> Cfr. *supra* nota n. 136.

<sup>160</sup> Cfr. Relazione illustrativa, sub articolo 155, il secondo comma dell'art. 155 «Prevede infatti che la compensazione non abbia luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, prescindendo dalla circostanza, cui invece attribuisce rilevanza la norma vigente, che il credito sia o no scaduto prima dell'apertura.».

durata<sup>161</sup>. La stessa somiglianza, inoltre, si coglie nel segno della comune finalità antielusiva delle disposizioni<sup>162</sup>.

Queste circostanze potrebbero portare l'interprete a ritenere erroneamente che vi sia una sovrapposizione dell'ambito applicativo delle disposizioni.

Poniamo, ad esempio, il caso in cui il debitore del fallito acquisti un credito verso il fallito con la sua partecipazione entro un anno dalla domanda cui segue l'apertura della procedura. In base ad una prima lettura degli artt. 166 e 155, potrebbe ritenersi che siano applicabili entrambe le disposizioni.

L'estinzione delle obbligazioni reciproche potrebbe avvenire con modalità diverse dal pagamento ed entro l'anno dalla domanda, rendendosi così applicabile la lett. b), primo comma, art. 166. Al contempo, si configurerebbe la compensazione di un credito acquistato nel periodo per il quale, ai sensi dell'art. 155, comma 2, la compensazione non opera.

Per superare questa ipotesi di contrasto di norme occorre interpretare correttamente la lettera del secondo comma dell'art. 155, senza scinderla dal suo contesto.

La disposizione pone un limite al potere di opporre la compensazione in corso di procedura attribuito dal suo primo comma. Dunque, il divieto entra in gioco in tutti i casi in cui, nonostante lo stato di compensabilità, la compensazione non sia ancora stata opposta.

Come per l'attuale art. 56 l. fall., il divieto di compensazione, dunque, differisce strutturalmente dall'azione revocatoria. Il

---

<sup>161</sup> L'art. 166, comma 1, lett. b) dlgs. attuativo della legge delega n. 155, del 19 ottobre 2017, infatti, dispone che sono revocati salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore «gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore.».

<sup>162</sup> Come l'art. 56 l. fall., anche l'art. 155 del futuro codice dell'insolvenza nel suo secondo comma conserva le finalità antifrode tipiche della norma vigente. Cfr. Relazione illustrativa, sub articolo 155 ove, a dir il vero in maniera confusa, si legge che La ratio dell'originaria disposizione, che è quella di evitare condotte abusive e opportunistiche a danno della massa, ricorre infatti nella stessa misura sia in caso di acquisto di crediti non scaduti che nell'ipotesi di cessioni successive all'apertura della liquidazione di crediti scaduti.».

primo impedisce che l'effetto estintivo si produca, mentre la seconda pone nel nulla un effetto estintivo già verificatosi. Infatti, altro è stabilire che la «compensazione non ha luogo», ossia che essa non produce i suoi effetti, altro è dire che l'effetto estintivo già prodotto è revocato<sup>163</sup>.

## **6. Le deduzioni ricavabili dalla nuova formulazione della norma.**

A questo punto, è possibile chiarire le implicazioni di carattere generale che la disposizione comporta.

In primo luogo, la norma *de quo* conferma la tesi, qui condivisa, secondo la quale: la dichiarazione di volersi avvalere della compensazione è un elemento essenziale della fattispecie; la compensazione ha efficacia retroattiva; nessun effetto si produce fintanto che la compensazione non venga opposta.

Infatti, se l'effetto estintivo fosse prodotto già al momento della coesistenza delle obbligazioni reciproche e compensabili, nel successivo momento di apertura della procedura di liquidazione non vi sarebbe margine per stabilire che la compensazione non «ha luogo»<sup>164</sup> nei casi previsti dal secondo comma dell'art. 155 c.c.i., in quanto essa avrebbe già prodotto i suoi effetti<sup>165</sup>.

Dunque, la disposizione in commento non avrebbe mai modo di operare per l'acquisto di crediti scaduti effettuati prima dell'apertura della procedura, ma dopo la domanda. Tale

---

<sup>163</sup> Cfr. *supra*.

<sup>164</sup> La disposizione che prescrive testualmente che la compensazione «non ha luogo». Tale enunciato deve essere letto in chiave sostanziale, proprio perché fa riferimento ad una fattispecie che non ha luogo, ossia che non viene ad esistenza, e dunque non produce effetti sostanziali. Non può, quindi, essere interpretata nel senso di porre una preclusione processuale all'accertamento di effetti già prodotti.

<sup>165</sup> A ben vedere, questo è proprio il caso indicato dai sostenitori della tesi secondo la quale la compensazione opera *ipso iure* per negare che l'art. 56, comma 2, l. fall. si applichi anche al caso di acquisto di crediti scaduti nell'anno anteriore al fallimento. Si è, infatti, sostenuto che non sarebbe possibile estendere a questa fattispecie l'applicazione della norma in quanto al momento del successivo fallimento la compensazione avrebbe già prodotto i suoi effetti, non potrebbe impedirsene l'accertamento. Cfr. V. COLESANTI, (nt. 73).

conclusione, contraddice inevitabilmente la volontà della legge, come confermata dal legislatore storico<sup>166</sup>.

Al contrario, l'art. 155, comma 2, trova piena applicazione nel caso in cui al momento dell'apertura della procedura la compensazione non sia ancora stata opposta, nonostante la coesistenza di obbligazioni compensabili. In questo senso, risulta chiaro il rapporto che intercorre tra secondo e primo comma della disposizione. Quest'ultimo attribuisce in positivo il diritto di compensare nonostante la soggezione del patrimonio alla procedura, mentre il secondo comma limita tale potere rispetto ai crediti acquistati entro il periodo sospetto.

Alla luce di questa interpretazione si chiarifica anche il rapporto tra gli artt. 155 e 166, circa i crediti acquistati prima dell'apertura della procedura ed in particolare entro l'anno dalla presentazione della domanda o successivamente.

Nel caso in cui il debitore del fallito abbia acquistato un credito scaduto e compensabile nel periodo sospetto, ed abbia dichiarato di volersi avvalere della compensazione, la fattispecie dovrà considerarsi perfetta e produttiva di effetti. In questo caso, interviene l'art. 166, comma 1, lett. b) per il quale l'effetto estintivo del debito del fallito è revocabile.

Nel caso in cui, invece, al momento dell'apertura della procedura la compensazione non sia stata ancora opposta, e quindi l'effetto estintivo non sia stato ancora prodotto, interviene l'art. 155, comma 2, secondo il quale essa non potrà più avere luogo.

La differenza tra le due ipotesi trova il suo fondamento negli effetti prodotti dall'apertura della procedura giudiziale, quale fattispecie che interviene medio termine modificando la realtà giuridica sostanziale<sup>167</sup>. Infatti, i suoi effetti, come ampiamente argomentato nel corso dell'analisi, impediscono al creditore di opporre la compensazione, anche nel caso in cui le obbligazioni fossero compensabili già anteriormente.

---

<sup>166</sup> Cfr. note n. 162 e 165.

<sup>167</sup> Si tratta di una di quelle fattispecie che interviene nel periodo di compensabilità delle obbligazioni. Ossia in quel periodo nel quale sussistono tutti i presupposti di cui all'art. 1243 c.c., ma il creditore-debitore non ha ancora espresso la volontà di avvalersi della compensazione. Sul punto cfr. P. PERLINGERI, (nt. 1).



Infine, la funzione antielusiva della disposizione continua ad essere svolta solo con riferimento ai crediti acquistati per volontà del debitore, mentre per i crediti acquistati *mortis causa* o per volontà della legge successivamente alla liquidazione giudiziale, come per qualsiasi altro credito, continuano ad applicarsi le disposizioni inerenti agli effetti prodotti dall'apertura della procedura, che ne impediscono la compensazione.

## **7. Conclusioni circa la compensazione fallimentare, alla luce del limite al potere di opporre la compensazione.**

Occorre ora domandarsi se alla luce del limite al potere di compensare, risulti confermata o smentita l'interpretazione della norma di cui all'art. 56 l. fall, proposta in questo studio.

L'analisi sin qui svolta, ha dimostrato che non è possibile ricorrere all'interpretazione *a contrario* per chiarire il significato del secondo comma della disposizione in esame. E che la disposizione non smentisce quanto affermato circa l'inammissibilità della compensazione sopravvenuta.

L'analisi del secondo comma dell'art. 56 l. fall. ha anche mostrato le contraddizioni cui si espone la tesi della radice causale ritenendo che il principio della *par condicio* sia rispettato ove non muti successivamente al fallimento la consistenza patrimoniale della massa attiva, ma contemporaneamente pretendendo che il requisito della reciprocità preesista all'apertura del concorso.

Questo quadro risulta rafforzato nell'ottica del futuro art. 155 c.c.i.

Il fatto che il divieto di attuare la compensazione operi anche per obbligazioni già compensabili al momento dell'apertura del concorso, dimostra che l'apertura della procedura pone una preclusione all'attuazione della compensazione. Altrimenti, non si spiegherebbe come mai, anche l'obbligazione liberamente compensabile prima della liquidazione giudiziale cessi di esserlo.

Ciò conferma che la portata eccezionale della disposizione consiste proprio nell'attribuire una facoltà che altrimenti non spetterebbe e non la possibilità di attuare la compensazione sopravvenuta.

## SEZ. II - COMPENSAZIONE FALLIMENTARE E CADUCAZIONE DEGLI EFFETTI ESTINTIVI.

### **8. Premessa.**

Giunti a questa fase dell'indagine, occorre indagare il rapporto tra l'istituto della compensazione e quello dell'azione revocatoria fallimentare.

Al riguardo è necessario distinguere, innanzitutto, i casi in cui il potere di compensare venga esercitato prima o dopo il fallimento. Infatti, soltanto quest'ultima ipotesi può essere riferita alla fattispecie di compensazione fallimentare. Il caso in cui la fattispecie compensativa si perfezioni prima del fallimento, ossia l'eventualità nella quale il creditore-debitore *in bonis* abbia dichiarato di volersi avvalere della compensazione anteriormente all'apertura della procedura, esula dall'applicazione dell'art. 56 l. fall., proprio poiché la fattispecie si consuma interamente al di fuori del concorso.

La possibilità di rimuovere gli effetti estintivi eventualmente prodotti in ragione della compensazione fallimentare delimita ulteriormente l'ambito di operatività dell'istituto.

Infatti, fermo quanto prescritto dall'art. 56 l. fall., possono residuare degli spazi per l'applicazione delle norme dettate dalla legge in materia di revocatoria, che abbiano come conseguenza il venir meno dell'effetto estintivo della compensazione fallimentare.

Si delinea così un particolare sistema legislativo. Da un lato vi è il potere di determinare l'estinzione compensativa nei limiti di quanto stabilito dalla legge, dall'altro la possibilità del curatore di determinare la caducazione di tale effetto, qualora esso sia il risultato di operazioni negoziali lesive della garanzia patrimoniale.

### **9. Azione revocatoria e compensazione fallimentare.**

Come noto, la legge fallimentare detta una disciplina speciale per la revoca degli atti lesivi del principio universalistico della responsabilità patrimoniale, collocata nella sezione relativa agli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori.

In proposito è possibile distinguere tra due categorie di atti. Nella prima rientrano i negozi a titolo gratuito e i pagamenti di debiti non scaduti effettuati nel periodo sospetto, che sono privati dei loro effetti prodotti rispetto ai creditori. Nella seconda rientrano un elenco di negozi tipici individuati dal legislatore, che possono essere revocati giudizialmente per iniziativa del curatore fallimentare.

La compensazione legale, intendendo con essa la fattispecie estintiva disciplinata dal codice civile agli artt. 1241 e ss., non può essere ricompresa né nella prima categoria né nella seconda.

L'effetto estintivo si determina in ragione del rilievo che la legge attribuisce alla coesistenza qualificata delle obbligazioni, dunque non vi è dubbio che la compensazione non possa considerarsi di per sé un pagamento privo di effetti ai sensi dell'art. 65 l. fall. D'altra parte, essa non può neanche essere considerata un atto oneroso di cui all'art. 67, comma 2, l. fall., poiché è la legge stessa che disciplina la produzione dell'effetto estintivo a prescindere dalla conoscenza che le parti possano avere dello stato di insolvenza del debitore<sup>168</sup>.

Discorso parzialmente differente riguarda la dichiarazione con cui il creditore esprime la propria volontà di avvalersi della compensazione. In base alla diversa qualificazione di tale atto ed alla estensione dei concetti di atti a titolo oneroso, potrebbe concludersi a favore della revocabilità di tale dichiarazione<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Si tratta di conclusione consolidata sia giurisprudenza che in dottrina. Sul punto, tra tutte per l'efficacia espositiva, Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 settembre 1986, n. 5621: «il curatore ha il potere di infirmare gli atti di volontà del fallimento che artatamente creano i presupposti della compensazione - legale o volontaria - sottraendone il corrispondente valore alla massa. Ma la compensazione è l'effetto del negozio che l'ha predisposta: ed è la causa, non l'effetto, a costituire l'oggetto dell'azione di revoca.»; circa la giurisprudenza di merito *ex pluribus* cfr. Trib. Salerno, 9 settembre 2017; Trib. Milano, 2 febbraio 2011. In dottrina vedi M. FOSCHINI, (nt. 50), 157; P. PAJARDI, *La revocatoria fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2001; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Cedam, Padova, 2006; G. RAGUSA MAGGIORE, (nt. 56), 234; U. APICE, *Compensazione e procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 1997, 337; P.F. CENSONI, *Revocatoria fallimentare e compensazione*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 1068.

<sup>169</sup> Cfr. A. BONSIGNORI, (nt. 66), 502; P.F. CENSONI, (nt. 168), 1075; G. RAGO, (nt. 168), 426.

Tuttavia, qualora la compensazione sia stata opposta successivamente al fallimento queste questioni divengono irrilevanti.

Infatti, l'atto di esercizio del potere di compensare, posto in essere dopo l'apertura della procedura, deve essere considerato legittimo ai sensi e nei limiti di cui all'art. 56 l. fall. È la stessa disposizione, infatti, che consente di opporre la compensazione legale successivamente all'apertura della procedura. Dunque, la dichiarazione di volersi avvalere della compensazione in conformità all'art. 56 l. fall., e nei limiti di cui al suo secondo comma, deve ritenersi sempre legittima. Inoltre, non avrebbe senso discutere della revoca dell'atto lesivo compiuto successivamente al fallimento. L'azione revocatoria, infatti, ha ad oggetto gli atti compiuti anteriormente all'apertura della procedura, posto che quelli successivi devono intendersi inefficaci *ab origine* in ragione degli effetti del fallimento.

#### **10. Atti presupposti e limite al potere di compensare.**

A questo punto l'attenzione dell'interprete deve concentrarsi sui negozi che precostituiscono la situazione di compensabilità. In proposito, è necessario un richiamo preliminare alla disciplina della compensazione fallimentare.

L'analisi del rapporto che intercorre tra revocatoria fallimentare e compensazione, infatti, non può prescindere dalla individuazione dell'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 56 l. fall. Più è ampia l'estensione dei casi per i quali «la compensazione non ha luogo» e minore è l'eventualità che la coesistenza qualificata delle obbligazioni possa produrre effetti estintivi, eventualmente caducabili.

Vengono così in evidenza una serie di atti, non immediatamente definibili «acquisti di crediti», ma che sono egualmente idonei a precostituire fraudolentemente la coesistenza qualificata delle obbligazioni. Tra questi, poi, si può ulteriormente distinguere tra atti che implicano la partecipazione del fallito ed atti che vi prescindono.

Tra i primi possono essere ricompresi i casi in cui il creditore *in bonis* assuma la qualità di debitore, mediante accollo,

espromissione, assunzione di obblighi e adempimento dell'obbligo fideiussorio assunto in favore del debitore poi fallito. Esempio tipico dei secondi è quello dell'acquisto di un credito scaduto da parte del debitore del fallendo.

Se si ammettesse la possibilità di ricomprendere le ipotesi nella fattispecie di cui all'art. 56, comma 2, l. fall., non si porrebbero problemi circa la sorte di tali rapporti. Infatti, dovrebbe reputarsi che per questi casi non sarebbe mai possibile opporre la compensazione successivamente al fallimento, poiché la stessa legge limiterebbe il potere di opporla. Al creditore-debitore non rimarrebbe che adempiere la propria obbligazione ed insinuarsi al passivo fallimentare.

Tuttavia, le fattispecie concrete del primo tipo possono essere sussunte in quella astratta di cui all'art. 56, secondo comma, l. fall. solo attraverso delle forzature interpretative. In primo luogo, infatti, non si tratta di acquisti di crediti, ma al contrario di assunzioni di debito, il che pone l'ipotesi al difuori del dettato letterale della disposizione. Inoltre, come visto, la funzione della norma è quella di limitare il potere di estinguere per compensazione i crediti del soggetto *in bonis*, che divengono compensabili in ragione del fallimento, al fine di evitare condotte fraudolente. Pur potendo sussistere in concreto una finalità elusiva, nel caso dell'assunzione di debito non ricorre la medesima esigenza. Non vi è, infatti, la necessità di impedire che venga attuata la compensazione di un credito che diviene esigibile in occasione del fallimento. Infatti, il soggetto attivo dell'obbligazione assunta è il creditore fallito, e la sua obbligazione verso il debitore *in bonis* non diviene esigibile (e quindi compensabile) in ragione dell'apertura della procedura<sup>170</sup>.

Alla luce di quanto sostenuto nel corso dell'analisi, discorso simile vale per gli atti che non implicano la partecipazione del debitore poi fallito, quali ad esempio l'acquisto del credito scaduto vantato da un terzo nei confronti del debitore poi fallito.

---

<sup>170</sup> Nello stesso senso cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50); G. RAGO, (nt. 168).

## 11. Atti presupposti che implicano la partecipazione del debitore poi fallito.

Tutto ciò premesso, occorre domandarsi se nelle ipotesi individuate l'estinzione simultanea degli obblighi contrapposti sia suscettibile di venire meno, in ragione dell'esercizio dell'azione revocatoria che abbia ad oggetto il negozio presupposto.

Gli atti preparatori costituiscono gli elementi essenziali della compensazione, di conseguenza venendo retroattivamente meno tali atti o uno di essi la fattispecie astratta dalla quale derivano gli effetti estintivi dovrebbe considerarsi come mai integrata. La conseguenza logica di tale argomento, quindi, è che l'effetto estintivo dovrebbe reputarsi non prodotto<sup>171</sup>.

La conclusione proposta non sembra essere in contraddizione con la disciplina fallimentare. Altro è consentire entro certi limiti l'esercizio del potere di compensare, ed altro è ritenere legittimi e pienamente efficaci atti che, sfruttando gli effetti formali della compensazione, pieghino l'istituto a scopi ulteriori rispetto a quelli tutelati dalla volontà della legge<sup>172</sup>.

Dunque, deve ritenersi che ogniqualvolta l'effetto estintivo si fondi su atti revocabili, e quindi celi l'intento fraudolento del creditore o del fallito, esso possa venire meno in ragione della revoca degli atti preparatori.

L'azione revocatoria potrà essere esercitata ai sensi dell'art. 67 l. fall., comma 1, n. 2 ogniqualvolta l'operazione celi un pagamento con mezzi anormali; oppure ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall. qualora si sostanzi in un atto a titolo oneroso.

Da questo punto di vista, è necessario distinguere i negozi cui partecipino il fallito da quelli cui egli rimanga estraneo.

Tra tali fattispecie si può individuare quella in cui il creditore *in bonis* ed il fallito concludano un autonomo negozio giuridico dal quale sorga un obbligo di dare in capo al creditore, di modo

---

<sup>171</sup> M. FOSCHINI, (nt. 50), 157; P. PAJARDI, (nt. 168); G. RAGO, (nt. 168); G. RAGUSA MAGGIORE, (nt. 69), 234; U. APICE, (nt. 168), 337; P.F. CENSONI, (nt. 168), 1068. *Contra*, minoritario sul punto, cfr. F. FERRARA, (nt. 74), 459.

<sup>172</sup> Ci si riferisce, appunto, ai negozi posti in essere al fine di preconstituire le condizioni di compensabilità.

che questi possa compensare tale debito con il credito di cui è titolare.

Il caso è quello della compravendita conclusa tra il creditore ed il suo debitore successivamente fallito, nella quale il debito del soggetto *in bonis*, sorto in ragione del prezzo, non viene adempiuto per essere successivamente estinto, attuando la compensazione<sup>173</sup>.

Ulteriore esempio è offerto dalla conclusione di un negozio di mandato a vendere. Come noto, ai sensi dell'art. 1173 c.c. il mandatario deve restituire al mandante tutto ciò che ha ricevuto in ragione del mandato. In ragione di detto negozio giuridico in capo al creditore *in bonis* si genera un obbligo di dare che rimane inadempito, ed il debito si estingue tramite la successiva compensazione<sup>174</sup>.

Le operazioni concrete poste in essere integrano a tutti gli effetti una *datio in solutum*, pur attuata avvalendosi dello strumento legale della compensazione. Il collegamento tra il negozio e la modalità legale di estinzione del debito del fallito è sufficiente a configurare gli elementi della fattispecie astratta di cui all'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall., in quanto il risultato concreto ottenuto per mezzo dell'operazione negoziale è quello dell'estinzione di un credito verso trasferimento di merce o attraverso l'attribuzione di una utilità economica del fallito<sup>175</sup>. In questi casi, sta al creditore *in bonis* dimostrare di essere all'oscuro dello stato di insolvenza del proprio debitore<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> Nello stesso senso Cfr. G. RAGO, (nt. 168); P. PAJARDI, (nt. 168); M. FOSCHINI, (nt. 50).

<sup>174</sup> P.F. CENSONI, (nt. 168).

<sup>175</sup> *Ex pluribus* Cfr. Cass., sez. I, sent. n. 4265, del 4 marzo 2016; con riferimento alla revocabilità del negozio di mandato cfr. Cass., sez. I, sent. n. 13568, del 11 giugno 2009.

<sup>176</sup> Posta la correlazione tra estinzione delle obbligazioni e negozio preparatorio, per supportare la loro legittimità non è nemmeno possibile neanche il richiamo di prassi commerciali. Infatti, per escludere la revoca sarà necessario dimostrare che l'operazione negoziale posta in essere corrisponde ad un autonomo interesse patrimoniale del creditore. Cfr. Cass. civ., sez. I, 10 maggio, n. 7163: «Non è invero sufficiente la mera esistenza di un patto, ovvero di una consolidata prassi negoziale che consente al debitore di adempiere una prestazione diversa da quella prevista nel contratto, a qualificare la dazione in termini di adempimento di un'obbligazione alternativa, perciò atto normale, occorrendo verificare anche la

Altra ipotesi è quella in cui il creditore *in bonis* assuma un debito che il terzo vanta nei confronti del fallito, avvalendosi degli strumenti legali dell'accollo e dell'espromissione, per poi estinguere le obbligazioni reciproche<sup>177</sup>.

Attraverso la partecipazione del fallendo, le parti pongono in essere un negozio che, preconstituisce la situazione di compensabilità, ha l'effetto indiretto di determinare l'estinzione del credito del soggetto *in bonis* con utilità economiche di pertinenza del fallito. Infatti, il credito che egli vanta verso il terzo debitore, cui si sostituisce il creditore *in bonis*, è una posta patrimoniale attiva che viene destinata al soddisfacimento individuale del creditore accollante o espromittente. Il successivo effetto estintivo, poi, fa ricadere sul patrimonio del fallito l'onere economico dell'operazione. Il nesso esistente tra l'assunzione del debito ed il successivo effetto estintivo determina, quindi, un impoverimento del patrimonio del fallito. L'atto preparatorio si qualifica, quindi, come atto a titolo oneroso ed in particolare rientra nella categoria del pagamento del terzo, revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.<sup>178</sup>.

L'acquisto da parte del fallendo di un credito che un terzo vanta nei confronti del proprio creditore rientra nella medesima categoria degli atti a titolo oneroso. Anche in questo caso il negozio posto in essere dal fallito sarà dunque revocabile.

---

funzione di quel patto, e a lume della stessa, l'apprezzabile interesse sottostante del creditore, onde escludere che la restituzione della merce risulti preordinata al fine di compensare le opposte ragioni di credito per consentire al creditore stesso di sottrarsi alle regole del concorso in caso d'insolvenza del debitore.».

<sup>177</sup> Verso il pagamento un corrispettivo inferiore rispetto a quello del valore nominale del debito assunto, il creditore diverrebbe il soggetto passivo dell'obbligazione, potendo così attuare la compensazione legale. In questo modo i soggetti coinvolti lucrerebbero la differenza tra il prezzo dell'assunzione ed il valore di realizzo del credito.

<sup>178</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6795: «l'accollante è obbligato verso il debitore e il suo pagamento in favore del creditore vale perciò ad estinguere sia la propria obbligazione verso il debitore sia quella di quest'ultimo verso il creditore, rientra, appunto per tale caratteristica, fra i possibili modi di pagamento del terzo oggettivamente revocabili. La rivalsa del terzo accollante si realizza in tal caso mediante l'estinzione del suo debito nei confronti del debitore accollato.»; Trib. Roma, del 20 febbraio 2006; in dottrina tra tutti cfr. M. Foschini, (nt. 50); G. Rago, (nt. 168), 428.



In conclusione (a prescindere dai numerosi esempi concreti che possono prospettarsi) ogni qual volta l'atto presupposto, concluso con la partecipazione del fallito, mascheri un pagamento con mezzi anormali, o si configuri quale atto a titolo oneroso, potrà essere revocato rispettivamente ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall., o ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall. La revoca dell'atto presupposto determina la caducazione degli effetti estintivi della compensazione.

## **12. Atti che non prevedono la partecipazione del fallito.**

Per ritenere ammissibile la declaratoria di inefficacia dei negozi preparatori compiuti dal solo creditore *in bonis* bisogna, preliminarmente risolvere in senso positivo la questione attinente alla revocabilità di atti cui il fallito non abbia preso parte.

Il quesito deve essere risolto in senso negativo, per quanto attiene alla fattispecie di cui all'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall. Questa ipotesi per pacifica interpretazione dottrinale e giurisprudenziale riguarda esclusivamente gli atti compiuti dal fallito, o quelli in cui egli comunque prenda parte.

Maggiori dubbi riguardano, invece, la fattispecie astratta di cui al secondo comma della disposizione *de quo*. Infatti, entro determinati limiti, rientrano nella nozione di atti a titolo oneroso anche quelli compiuti dai terzi che, tuttavia, determinino un depauperamento del patrimonio del fallito<sup>179</sup>.

L'ipotesi più rilevante di negozio preparatorio, cui non partecipi il debitore poi fallito, è quello in cui il creditore *in bonis* si renda cessionario di un credito scaduto che un terzo vanta verso il fallito.

---

<sup>179</sup> Può reputarsi diffuso in dottrina e consolidato in giurisprudenza l'orientamento in base al quale l'estinzione del debito del fallito, effettuata dal terzo con risorse proprie del fallito, o comunque facendo gravare direttamente sul suo patrimonio l'estinzione del debito. Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 1999, n. 570: «anche il pagamento del terzo può essere idoneo ad incidere sulla "par condicio" allorché sia ravvisabile una relazione con il patrimonio del fallito, come nel caso di pagamento effettuato con denaro dello stesso fallito ovvero, nell'ipotesi di impiego di denaro proprio del terzo, qualora sia stata poi esercitata da parte del medesimo l'azione di rivalsa prima dell'apertura del fallimento, con il recupero del relativo importo»; da ultimo cfr. Cass. civ., sez. I, 13 ottobre 2017, ord. n. 24172.

Occorre allora domandarsi se, in questo caso, gli effetti della compensazione attuata successivamente all'apertura della procedura siano suscettibili di essere caducati tramite l'esercizio dell'azione revocatoria.

Come ampiamente argomentato, la fattispecie non può essere sussunta nel secondo comma dell'art. 56 l. fall., dunque l'esercizio del potere di compensare deve ritenersi legittimo.

Stando così le cose, non rimane che domandarsi se il negozio preparatorio cui non partecipi il fallito possa essere ritenuto invalido o inefficace, determinando il venir meno degli effetti estintivi della compensazione.

Secondo un orientamento minoritario, l'acquisto del credito vantato verso il fallito, con il conseguente pagamento del prezzo nei confronti del creditore cedente e la successiva compensazione del credito acquistato con il debito del cessionario, configurerebbe un'ipotesi di pagamento del terzo, e come tale sarebbe soggetto a revocatoria<sup>180</sup>.

Questa soluzione non è condivisibile. Né il negozio di cessione del credito né tanto meno il pagamento del prezzo della cessione possono essere dichiarati privi di effetti.

In primo luogo, deve condividersi la tesi secondo la quale l'imputabilità dell'atto al fallito, o quanto meno la sua partecipazione al negozio è un elemento essenziale della fattispecie revocatoria. Tale conclusione esclude la possibilità di revocare la cessione del credito a cui egli resti estraneo, e che per giunta si configura come atto neutro rispetto al patrimonio del fallito<sup>181</sup>.

In secondo luogo, neanche il pagamento del prezzo della cessione può essere reputato un pagamento del terzo, e quindi

---

<sup>180</sup> In questi termini cfr. App. Venezia, 3 novembre 1994; *contra* in dottrina cfr. D. FINARDI, *Revocatoria fallimentare del corrispettivo di cessione di credito*, in *Il fallimento*, 8, 1999, 847.

<sup>181</sup> Cfr. Cass. civ., sez I, 2 ottobre 1989, n. 3955, ove espressamente è affermato il seguente principio di diritto «non è soggetto ad azione revocatoria la cessione di crediti scaduti stipulata fra un creditore e vari debitori di una società successivamente dichiarata fallita; conseguentemente i cessionari possono apporre al fallimento la compensazione fra i loro debiti ed il credito acquistato con la cessione.».

revocato ai sensi del secondo comma dell'art. 67 l. fall. Tali, infatti, sono esclusivamente quegli atti effettuati dal terzo su impulso del fallito, o che comunque incidano direttamente sul suo patrimonio. Il pagamento della cessione, al contrario configura l'adempimento di un obbligo proprio del cessionario, che sorge dall'autonomo negozio a questi concluso<sup>182</sup>.

Da ultimo è utile osservare che nell'ottica della riformulazione letterale della disciplina della compensazione fallimentare, la rilevanza della questione analizzata tende a scemare.

### **13. Revocatoria fallimentare e art. 155 c.c.i.**

Come già osservato, il futuro art. 155, comma 2, c.c.i. ha riformulato il limite al potere di opporre la compensazione fallimentare.

Le modifiche normative lasciano intatto l'impianto interpretativo proposto circa gli atti non possono essere ricompresi negli acquisti in senso stretto, mentre risolve (almeno nel caso della compensazione opposta successivamente al fallimento) le problematiche poste dalla preconstituzione fraudolenta dei presupposti di compensabilità senza la partecipazione del fallito.

La disposizione, infatti, da un lato continua a riferirsi agli acquisti di crediti per atto tra vivi e dunque non amplia il novero degli atti preparatori considerati. Essa non nomina gli atti che mirino a determinare l'assunzione di una posizione debitoria in capo al creditore *in bonis*. D'altra parte, l'enunciato normativo cessa di fare riferimento ai soli crediti scaduti. Deve quindi ritenersi che nel caso in cui la compensazione non sia ancora stata opposta prima del fallimento, essa non potrà più essere attuata nel caso in cui ad essere opposti siano crediti acquistati nel periodo sospetto da parte dell'obbligato *in bonis*.

---

<sup>182</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 1998, n. 6474, ove la corte nel confermare il principio di diritto secondo il quale non è revocabile la cessione del credito scaduto, ritiene che non sia neanche soggetto a revocatoria il pagamento del prezzo della cessione.



## Capitolo III

# Ulteriori aspetti dell'estinzione per compensazione nel fallimento

SOMMARIO: Sez. I – le altre forme di compensazione. 1. Compensazione giudiziale. 2. Compensazione volontaria. 3. (Segue). *Pactum de compensando*. Sez. II - Modalità di attuazione della compensazione legale in corso di procedura. 4. Premessa. 5. Insinuazione al passivo del credito compensando. 6. Compensazione fallimentare e *vis attractiva*.

SEZ. I – LE ALTRE FORME DI COMPENSAZIONE.

### 1. Compensazione giudiziale.

Com'è noto, il secondo comma dell'art. 1243 c.c. disciplina la facoltà di ricorrere alla compensazione, qualora il credito opposto sia di facile e pronta liquidazione.

Dunque, anche in carenza del requisito della liquidità sarà possibile ricorrere all'estinzione delle obbligazioni reciproche mediante l'intervento del giudice.

Si pone, dunque, il problema di chiarire se la compensazione giudiziale sia o meno attuabile in sede fallimentare.

L'art. 56 l. fall., come visto, fa riferimento indiretto ai requisiti della compensazione legale e non contempla l'ipotesi del credito prontamente liquidabile.

Gli interpreti che reputano ammissibile la compensazione sopravvenuta ritengono che, così come quella legale, anche la compensazione giudiziale possa operare in costanza di fallimento<sup>183</sup>.

Il ragionamento si fonda sulla sostanziale indifferenza tra le due fattispecie, rispetto alle preclusioni che intervengono con la dichiarazione di fallimento. In entrambi i casi, infatti, il presupposto della compensazione è rinvenuto nella anteriorità genetica delle obbligazioni. Dunque, la compensazione giudiziale

---

<sup>183</sup> M. VANZETTI, *op. cit.*, 26.

sarebbe equiparata a quella legale, in quanto si tratterebbe comunque di una fattispecie estintiva delle obbligazioni operante in ragione di presupposti sopravvenuti al fallimento, seppur attuata attraverso modalità differenti<sup>184</sup>.

D'altra parte, anche alcuni interpreti che hanno ritenuto inammissibile la compensazione sopravvenuta, concludono i loro ragionamenti ritendo ammissibile quella giudiziale<sup>185</sup>.

Secondo tale dottrina, quello della facile e pronta liquidazione è esso stesso un presupposto della compensazione, in questi termini ai fini della sua attuazione sarebbe necessario e sufficiente che tale requisito preesista alla dichiarazione di fallimento.

Questi argomenti, tuttavia, non sembrano condivisibili.

La possibilità che la fattispecie compensativa si perfezioni in corso di fallimento rappresenta un'eccezione alle norme che regolano il concorso. Tale eccezione deve essere interpretata in senso restrittivo, in quanto la sua funzione è quella di rendere opponibile l'estinzione delle contrapposte obbligazioni, qualora essa retroagisca in un momento anteriore all'apertura della procedura. La *ratio* della disposizione, infatti, è quella di conservare nelle mani del creditore in *bonis* uno strumento di autotutela che preesista alla apertura del concorso, in ragione della tutela che la legge riconosce all'obbligato reciproco. Viceversa, non dovrebbe essere consentito opporre una posizione di tutela in funzione di garanzia configuratasi in costanza del concorso, per mezzo di un'interpretazione estensiva dell'art. 56 l. fall.

Il presupposto della pronta liquidabilità rimane fuori da quelli cui la legge ricollega il sorgere di una situazione giuridica tutelata, ed infatti gli effetti della pronuncia sulla compensazione giudiziale sono costitutivi.

Dunque, nel caso della compensazione giudiziale si ripropone una situazione giuridica equiparabile a quella della

---

<sup>184</sup> In giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 aprile 2010, n. 10025.

<sup>185</sup> Cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50).

compensazione sopravvenuta, e per gli stessi motivi sembra corretto ritenere che essa non possa essere ammissibile<sup>186</sup>.

Alla medesima conclusione perviene autorevole dottrina, secondo la quale la compensazione dovrebbe essere sempre fatta valere all'interno del procedimento di accertamento del passivo, quindi come corollario ne discenderebbe la non ipotizzabilità della compensazione giudiziale all'interno del fallimento<sup>187</sup>.

## **2. Compensazione volontaria.**

L'art. 1252 c.c. permette alle parti di ricorrere alla compensazione anche in assenza delle condizioni legali di operatività dell'istituto.

In proposito, come noto, possono distinguersi due diverse fattispecie produttive di effetti estintivi. Il dato comune ad entrambe è che si tratta di ipotesi particolari di compensazione, e dunque, di estinzione di obbligazioni reciproche e coesistenti<sup>188</sup>.

La prima è quella di cui al primo comma della disposizione, secondo il quale la compensazione può avere luogo per volontà delle parti anche qualora non ricorrano le condizioni previste dalla legge<sup>189</sup>.

Questa fattispecie si caratterizza per la preesistenza rispetto all'accordo di obbligazioni reciproche ma non compensabili, ed in ciò si distingue da quella di cui al secondo comma. Dunque, la

---

<sup>186</sup> In questo cfr. B. INZITARI, *Presupposti civilistici*, (nt. 75), 8.; G. GIACALONE, *Compensazione ex art. 56 e tutela della par condicio creditorum*, in *Il Fallimento*, 2, 1997, 201.

<sup>187</sup> Cfr. R. PROVINCIALI, (nt. 59), 953.

<sup>188</sup> La reciproca coesistenza delle obbligazioni è elemento strutturale e caratterizzante della compensazione che ai sensi dell'art. 1241 c.c. estingue le obbligazioni di due persone obbligate l'una verso l'altra «secondo le regole che seguono», tra le quali, per l'appunto, rientra l'art. 1252 c.c. In proposito, si ritiene che sia possibile prescindere dalla attualità della reciprocità, ma che la produzione dell'effetto estintivo non possa prescindervi. Sul punto cfr. P. SHELISINGER, (nt. 3), 730; P. PERLINGERI, (nt. 1), 263; L. MEZZASOMA, (nt. 1), 1252; A. GORASSINI, (nt. 7), 214.

<sup>189</sup> Per mezzo dell'accordo compensativo, dunque, è possibile prescindere dalla sussistenza dei requisiti della liquidità, omogeneità ed esigibilità ai fini della produzione dell'effetto estintivo. In proposito cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, 23.

volontà comune delle parti supera il difetto dei requisiti legali necessari all'estinzione delle obbligazioni e produce l'effetto estintivo<sup>190</sup>.

La funzione prevalente di questa tipologia di compensazione volontaria sembra essere quella alla semplificazione ed economicità dei traffici giuridico-economici.

Questo tipo di accordo compensativo, se concluso successivamente alla dichiarazione di fallimento, è inefficace rispetto alla massa dei creditori.

Infatti, esso si configura quale un atto di disposizione del fallito e come tale è sanzionato dall'inefficacia ai sensi dell'art. 44 l. fall, a prescindere dal momento in cui i suoi effetti si producono.

Viceversa, se il patto di compensazione è concluso anteriormente alla dichiarazione di fallimento, potrebbe essere soggetto a revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 1) o quale atto a titolo oneroso ai sensi del secondo comma della disposizione, qualora ne ricorressero i presupposti applicativi.

### **3. (Segue). *Pactum de compensando*.**

L'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 1252 c.c. suscita maggior interesse. La disposizione stabilisce che le parti possono definire preventivamente le condizioni della compensazione.

Il contenuto essenziale dell'accordo compensativo, anche in questo caso, attiene alla estinzione di obbligazioni reciproche tra le parti. In questa ipotesi, tuttavia, l'accordo preesiste alla coesistenza delle obbligazioni o eventualmente anche alla loro stessa esistenza, ed è diretto a regolare le condizioni alle quali consegue l'effetto estintivo.

Dunque, a differenza della prima fattispecie considerata, il *pactum de compensando* è un contratto normativo, che esprime un regolamento negoziale degli interessi delle parti<sup>191</sup>. Non vi è

---

<sup>190</sup> Si ritiene che tale accordo abbia l'effetto diritto ed immediato di estinguere le obbligazioni reciproche, e sia dunque dotato di efficacia costitutiva. Cfr, L. MEZZASOMA, (nt 1), 632; E. REDENTI, (nt. 3), 38.

<sup>191</sup> L'oggetto del contratto non è direttamente l'estinzione delle obbligazioni, quanto la modifica delle condizioni in base alle quali tale effetto si produce. Sul punto cfr. P. PERLINGERI, (nt. 1), 390.



concordia in dottrina circa il momento di produzione degli effetti estintivi, una parte degli interpreti ritiene che anche in questo caso esso retroagisca al momento della coesistenza<sup>192</sup>, tuttavia, sembra più corretto ritenere che anche tale elemento possa essere rimesso alla autonomia negoziale delle parti<sup>193</sup>. Inoltre, si ritiene che, a prescindere dalla sua collocazione temporale, l'effetto si produca in ragione dell'avveramento delle condizioni stabilite, senza che sia necessario un'ulteriore dichiarazione di volersene avvalere<sup>194</sup>.

La funzione assunta dall'accordo può rinvenirsi tanto nella semplificazione dei rapporti giuridici ed economici, quanto nella garanzia e nella tutela dall'altrui inadempimento, anzi questo secondo aspetto nel *pactum de compensando* può risultare prevalente<sup>195</sup>.

A questo punto occorre chiedersi quali interferenze produce la dichiarazione di fallimento rispetto alla compensazione volontaria.

Nel caso della compensazione legale, come visto, il problema principale è quello di verificare la compatibilità dell'estinzione reciproca delle obbligazioni con l'apertura del concorso e l'ambito di applicazione dell'eccezione di cui all'art. 56 l. fall.

La norma si riferisce esclusivamente all'effetto estintivo determinato dalla legge, in ragione dei presupposti di fatto cui il codice riconosce rilevanza giuridica, ossia i presupposti della compensazione legale.

Nel caso del *pactum de compensando*, al contrario, l'effetto estintivo è il prodotto del regolamento negoziale posto in essere tra fallito e creditore-debitore *in bonis*, dunque ciò che rileva non è l'effetto estintivo in sé, o il momento in cui esso si produce, quanto la compatibilità del contratto con le norme che regolano il concorso.

---

<sup>192</sup> Anche in questo caso troverebbe applicazione l'art. 1241 c.c. In questo senso cfr. Cass. civ., sez. I, 28 ottobre 1969, n. 3551.

<sup>193</sup> Sul punto cfr. P. PERLINGERI, (nt. 1), 392.

<sup>194</sup> A. GORASSINI, (nt. 7), 216.

<sup>195</sup> Ciò trova conferma nella prassi, in tutti quei casi, ad esempio, in cui l'insolvenza o l'insolubilità figura tra le condizioni che determinano l'attuazione della compensazione in sostituzione di quelle legali.

In primo luogo, è possibile sgombrare il campo dall'ipotesi in cui il *pactum de compensando* sia concluso successivamente al fallimento. In questo caso, infatti, esso sarà inefficace nei confronti della massa, ai sensi dell'art. 44 l. fall.

Rimangono i casi in cui il contratto sia concluso antecedentemente al fallimento. Rispetto a questa eventualità si pongono due ordini di problemi.

In primo luogo, se le condizioni contrattuali si sono già realizzate antecedentemente all'apertura del concorso, il *pactum de compensando* ha già prodotto i suoi effetti, che saranno caducabili solo attraverso la revoca dell'accordo, qualora ne sussistano i presupposti.

In proposito, deve escludersi la possibilità di revocare il *pactum de compensando* nel caso in cui esso sia stato stipulato oltre il termine del periodo sospetto<sup>196</sup>. Qualora la sua conclusione, viceversa, si collochi nel lasso temporale per il quale è possibile agire, occorre valutare in concreto se il contratto, per come stipulato, possa configurarsi quale atto estintivo o a titolo oneroso, rispettivamente revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 1 n. 2 o ai sensi dell'art. 67, cpv. l. fall<sup>197</sup>.

Nell'ipotesi in cui la sua efficacia sia stabile, e l'effetto estintivo non sia ancora prodotto, occorre confrontare il *pactum de compensando* con la disciplina dei contratti in corso di esecuzione.

Giova ribadire che, in questo caso, l'art. 56 l. fall. non spiega alcuna influenza. La validità dell'effetto estintivo prodotto dal *pactum de compensando* non può valutarsi alla stregua dell'art. 56 l. fall. La norma, infatti, consente al creditore-debitore di esercitare il potere di provocare individualmente l'estinzione delle opposte pretese, che gli spetta *ex lege* in ragione di determinate condizioni di fatto. Diverso è il caso in cui l'estinzione delle obbligazioni reciproche discenda da un contratto valido ed efficace ma

---

<sup>196</sup> In proposito cfr. Trib. Milano, 29 luglio 2010.

<sup>197</sup> La giurisprudenza maggioritaria ritiene che gli effetti dell'accordo compensativo non siano di per sé revocabili, in quanto si producono per effetto dell'accordo compensativo. Dunque, sarà questo a poter essere revocato – e non l'effetto estintivo in sé – qualora ne ricorrano i presupposti. Sul punto cfr. Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2006, n. 2973; Trib. Napoli, 12 febbraio 1994.

ineseguito, concluso dalle parti antecedentemente all'apertura del fallimento, avente funzione di garanzia.

A questo punto, viene in rilievo l'art. 72 l. fall., secondo il quale i contratti in corso di esecuzione rimangono sospesi fin tanto che il curatore, col consenso del comitato dei creditori, dichiara di subentrarvi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

Dunque, la sospensione del contratto impedisce alla compensazione volontaria di operare, a meno che il curatore non decida di subentrarvi, oppure le condizioni stabilite nel regolamento negoziale si siano già prodotte al momento della dichiarazione di fallimento<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> Qualora per volontà delle parti l'effetto estintivo sia subordinato all'opposizione della compensazione, sembra corretto ritenere che il creditore *in bonis* al momento del fallimento non perda il potere di far valere la compensazione, sorto anteriormente alla procedura. Sul punto cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50).

SEZ. II - MODALITÀ DI ATTUAZIONE DELLA COMPENSAZIONE LEGALE  
IN CORSO DI PROCEDURA.

**4. Premessa.**

Per verificare quali siano le modalità attraverso le quali opporre la compensazione in corso di fallimento, occorre innanzi tutto fare riferimento ai modi di esercizio della facoltà di compensare secondo il codice civile.

In proposito, la dottrina prevalente ritiene che la compensazione possa essere attuata in via stragiudiziale attraverso una dichiarazione di volontà del creditore ed in via giudiziaria nel corso del processo<sup>199</sup>.

Dal momento dell'apertura della procedura si pone il problema di determinare se entrambe queste modalità rimangano attuabili, oppure se esse siano influenzate dalle norme dettate al fine di attuare il concorso.

Le norme suscettibili di interferire con la facoltà di opporre la compensazione sono due. In primo luogo, l'art. 52, comma 2, l. fall. secondo il quale ogni credito deve essere accertato secondo le norme del capo V, salvo diversa disposizione di legge. In secondo luogo, l'art. 24 l. fall. che stabilisce che il tribunale fallimentare è competente a conoscere tutte le azioni che derivano dal fallimento.

Le norme citate sono rispettivamente espressione del principio di esclusività del procedimento di verifica dei crediti e della *vis attractiva* del tribunale fallimentare, che potrebbero contrastare con la facoltà di opporre la compensazione in via stragiudiziale o innanzi al tribunale ordinario.

**5. Insinuazione al passivo del credito compensando.**

Da questo punto di vista, potrebbe sostenersi che per opporre la compensazione sia necessario insinuare il credito al passivo.

---

<sup>199</sup> L'opposizione stragiudiziale deve considerarsi un atto unilaterale recettizio con contenuto patrimoniale, mentre la dichiarazione resa in giudizio si configura quale eccezione processuale in senso stretto. Sulla ammissibilità della opposizione stragiudiziale della compensazione cfr. U. NATOLI, (nt. 25), 58; E. GIULIANO, (nt. 50), 50; P. PERLINGIERI, (nt. 1), 278; L. MEZZASOMA, (nt. 1), 561.

Questa soluzione tuttavia non sembra condivisibile. La prima obiezione che può muoversi in proposito riguarda la stessa funzione endofallimentare del procedimento di accertamento del passivo. La verifica del credito in questa sede, infatti, è svolta in funzione di attribuire il diritto al concorso, inteso come il diritto a soddisfarsi *pro quota* sul ricavato della liquidazione fallimentare.

Opponendo la compensazione in realtà il creditore si sottrae al riparto. L'estinzione delle obbligazioni reciproche, infatti, comporta la soddisfazione del creditore ben oltre i gradi di preferenza tipici del concorso, tanto che le sue ragioni vengono soddisfatte ancor prima di quelle dei titolari di crediti prededucibili, ed a prescindere dalla consistenza dell'ammontare attivo del patrimonio. Egli dunque, non mira ad acquisire quel diritto alla partecipazione sul ricavato che viene attribuito esclusivamente tramite il procedimento di accertamento del passivo

Per tanto, la compensazione potrà essere opposta in via stragiudiziale o giudiziaria a prescindere dalla presentazione della domanda di insinuazione al passivo<sup>200</sup>. Ciò non toglie che tale atto possa in concreto essere utilizzato proprio per integrare la fattispecie compensativa, dichiarando la volontà di avvalersi della compensazione<sup>201</sup>.

Da queste conclusioni derivano due ordini di problemi.

Il primo attiene alla eventuale efficacia preclusiva del provvedimento di esecutività dello stato passivo, che rigetti l'ammissione al passivo o ammetta per l'intero ammontare del credito, senza attuare la compensazione<sup>202</sup>.

In proposito, occorre ribadire che il procedimento di accertamento del passivo è funzionale alla attuazione del concorso. I suoi effetti, dunque, sono prettamente endofallimentari ed attendono al diritto - ed al suo grado di preferenza - del creditore a partecipare al riparto fallimentare.

---

<sup>200</sup> In senso conforme vedi Cass. civ., sez. I, 21 febbraio 2007, n. 4097; Cass. civ., sez. I, 25 novembre 1986, n. 6930.

<sup>201</sup> In questo senso cfr. G. BOZZA, *Proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, in *Il fallimento*, 1999. In Giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, sent. n. 12548 del 8 luglio 2004.

<sup>202</sup> Sul punto cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50). Secondo l'autore l'esecutività dello stato passivo farebbe decadere il creditore dal potere di opporre la compensazione.

Ciò posto, le pronunce rese all'interno della procedura - sia l'ammissione del credito al passivo, che l'esclusione dello stesso - non hanno effetto di giudicato esterno e dunque lasciano impregiudicata la facoltà di avvalersi della compensazione sia sul piano giudiziario che stragiudiziale<sup>203</sup>.

Il secondo problema si pone nei casi in cui il creditore presenti domanda di insinuazione al passivo, senza tuttavia fare riferimento alla volontà di avvalersi della compensazione. Un tale atto potrebbe essere interpretato quale rinuncia tacita all'effetto estintivo, che ai sensi dell'art. 1246, n. 4), c.c. impedisce il verificarsi della compensazione. Tuttavia, a ben vedere, la mera presentazione della domanda di ammissione al passivo, non può interpretarsi alle stregua di una rinuncia ad avvalersi della compensazione. In primo luogo, infatti, il creditore ha sempre la possibilità di rinunciare alla domanda. Inoltre l'interesse ad eccepire in via giudiziaria la compensazione è indipendente ed autonomo rispetto alla funzione del giudizio di ammissione al passivo, e sorge nel momento in cui è avanzata la contro pretesa da parte del curatore fallimentare<sup>204</sup>.

## **6. Compensazione fallimentare e *vis attractiva*.**

Come anticipato, una possibile interferenza tra le norme che regolano il concorso e la possibilità di eccepire la compensazione in via giudiziaria potrebbe verificarsi anche nell'ottica del principio della *vis attractiva* di cui all'art. 24 l. fall, ad esempio, nel qualora il curatore agisca in sede ordinaria per ottenere la condanna del creditore-debitore.

L'attrazione presso il tribunale fallimentare di tutte le controversie che derivano dal fallimento, tuttavia, secondo costante interpretazione giurisprudenziale, riguarda esclusivamente quelle controversie destinate ad incidere sul

---

<sup>203</sup> Proprio dall'esclusione di efficacia di giudicato esterno del provvedimento di ammissione al passivo deriva la ininfluenza del provvedimento rispetto alla possibilità di eccepire la compensazione. Sul punto cfr. Cass. civ., sez. I, 12 marzo 1994, n. 2423; Cass. civ., sez. I, 13 maggio 1971, n. 1385.

<sup>204</sup> In senso conforme, cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50). In giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. I, 12 marzo 1994, n. 2423.

patrimonio del fallito costituendo le basi di pretese del singolo verso la massa. Dunque, essa non si rivolge alla facoltà di proporre eccezioni in senso stretto che mirino a paralizzare le pretese del curatore, fin tanto che egli non chieda l'accertamento e/o la condanna del fallimento al pagamento del credito residuo<sup>205</sup>.

In conclusione sembra potersi affermare che: Il creditore-debitore *in bonis* può opporre od eccepire la compensazione in via stragiudiziale o in sede di giudizio ordinario, a prescindere dalle risultanze del procedimento di accertamento del passivo. L'unico limite alle facoltà processuali esercitabili in sede ordinaria riguarda la possibilità di proporre domanda riconvenzionale per l'accertamento e la condanna del fallimento al pagamento del maggior credito che risulti a seguito della compensazione<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Questa tesi è condivisa da giurisprudenza consolidata, tra tutte cfr. Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2010, n. 17279.

<sup>206</sup> Le conclusioni proposte, sono largamente condivise sia in giurisprudenza che in dottrina. Tra tutti in maniera cfr. in maniera diffusa M. VANZETTI, (nt. 73).





# Capitolo IV

## La compensazione nelle altre procedure concorsuali

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Funzione satisfattoria del concordato preventivo, falcidia e compensazione legale. 3. Procedura in senso stretto e compensazione legale. 4. (Segue) Nel concordato in continuità. 5. Compensazione legale ed esecuzione del concordato. 6. Compensazione giudiziale e volontaria. 7. Compensazione e consecuzione delle procedure. 8. Liquidazione coatta amministrativa e compensazione legale. 9. La compensazione nella l.c.a. bancaria. 10. Il comma 3-bis dell'art. 83, testo unico bancario. 11. La rilevanza sistematica della disposizione. 12. Il secondo periodo del comma 3-bis e la compensazione volontaria. 13. La compensazione nella amministrazione straordinaria.

### 1. Premessa

Una volta definita in positivo la facoltà di opporre la compensazione nel fallimento, e dopo averne individuato i limiti negativi, occorre verificare come questa si configuri nelle altre procedure, destinate a regolare la crisi o l'insolvenza dell'impresa.

La disposizione di cui all'art. 56 l. fall., rappresenta il perno intorno al quale si sviluppa il sistema della compensazione nell'ambito delle procedure concorsuali. Essa, infatti, è testualmente richiamata dalle norme dettate al fine di disciplinare gli effetti del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e della amministrazione straordinaria.

Dunque, se non è possibile prescindere dallo studio della compensazione fallimentare per comprendere come operi nelle altre procedure concorsuali, è altrettanto vero che essa può assumere tratti differenti a seconda del procedimento nel quale interviene. Infatti, ciascuna procedura ha dei tratti tipici che modificano l'assetto degli interessi in gioco e pongono problemi ulteriori, a cui è necessario fornire soluzioni differenti, anche in relazione alla fattispecie compensativa.

## 2. Funzione soddisfattoria del concordato preventivo, falcidia e compensazione legale.

Come noto, il concordato preventivo è una procedura concorsuale giudiziale di massa e volontaria<sup>207</sup>, con la quale l'imprenditore che versi in stato di crisi (intendendosi in esso ricompreso anche lo stato di insolvenza) e sia in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 l. fall., persegue la ristrutturazione dei propri debiti, garantendone l'adempimento tramite la continuazione dell'attività di impresa o mediante la liquidazione del suo patrimonio.

Il debitore è l'unico soggetto cui l'ordinamento conferisce l'iniziativa per l'apertura della procedura, in questo senso la legge attribuisce rilevanza ai suoi interessi individuali, incentivando soluzioni concordate della crisi ed il risanamento dell'impresa<sup>208</sup>.

Tuttavia, il concordato preventivo è pur sempre un procedimento collettivo e giudiziario, che ha quale presupposto l'incapacità attuale o prognostica di adempiere, e la cui funzione tipica astratta è quella di soddisfare, se pur in parte, i creditori concordatari. Pur quando la procedura è volta a consentire il

---

<sup>207</sup> Si tratta, infatti, di un procedimento che si instaura e si protrae in ragione di una serie successiva di azioni i cui effetti ricorrono in ragione di atti e provvedimenti resi innanzi o dalla autorità giudiziaria. Esso, inoltre, coinvolge tutti i creditori "anteriori" del debitore concordatario ed ha ad oggetto la contestuale soddisfazione delle loro pretese sul suo patrimonio. Il carattere volontario della procedura si coglie in riferimento al potere di iniziativa che spetta esclusivamente all'imprenditore, il quale potrà continuare ad esercitare la gestione dell'impresa fin tanto che il dissesto non muti in insolvenza. Nel qual caso, nella sua inerzia, i creditori acquisiranno il potere di avviare la procedura di liquidazione fallimentare. Sul punto, cfr. tra tutti R. PROVINCIALI, (nt. 59), 2209 ss. Più recentemente, cfr. A. NIGRO E D. VATTERMOLI, (nt. 81), 345 e ss.

<sup>208</sup> L'attribuzione del potere di iniziativa al solo imprenditore concordatario spinge a ritenere che la normativa vigente non attribuisca rilievo dominante all'interesse pubblico alla conservazione degli apparati produttivi e dei livelli occupazionali. Tali interessi sono certamente tenuti in considerazione dalla legge, la quale incentiva il ricorso a procedure di composizione della crisi. Tanto emerge direttamente dalla *Relazione ministeriale al dlgs. n. 5 del 2006* ove espressamente si afferma che la disciplina della procedura «*si ispira ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali)*» e «*ad una nuova prospettiva di recupero delle [sue] capacità produttive*». Tuttavia, sembra non potersi ritenere che l'interesse al recupero dell'impresa in crisi sia tutelato in misura preminente.

recupero dell'impresa in crisi, dunque, tale obiettivo rimane subordinato al diritto al soddisfacimento paritario dei creditori, attraverso la ristrutturazione dei debiti. Questa conclusione è confermata almeno da due dati normativi posti rispettivamente in apertura e chiusura del procedimento. In primo luogo, l'art. art. 160, comma 1, l. fall., lettera a) individua il nucleo fondamentale della proposta concordataria nella «ristrutturazione dei debiti e [nel]la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma». In secondo luogo, l'art. 180 l. fall., stabilisce che qualora siano sollevate opposizioni «il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.»<sup>209</sup>.

Anche nel concordato preventivo trova applicazione il principio della parità di trattamento, pur secondo la sua moderna e prevalente interpretazione. Il diritto di ciascun creditore a veder soddisfatte le sue ragioni secondo il proprio grado di prelazione in concorso con gli altri creditori orienta lo svolgimento della procedura. Senza scendere nell'acceso dibattito intorno a questo argomento, sembra corretto ritenere che la parità di trattamento rappresenti il criterio di risoluzione del conflitto tra creditori concorrenti. Le deroghe alla *par condicio*, inoltre, devono mantenersi nell'ambito del principio della ragionevolezza, secondo un equilibrato bilanciamento di interessi che attui la

---

<sup>209</sup> Non vuole qui negarsi che uno degli scopi concreti della procedura consista nell'agevolare l'emersione della crisi ed il risanamento dell'impresa. Tuttavia, questa non sembra essere la sua finalità ontologica. La funzione del concordato rimane pur sempre quella di attuare la miglior soddisfazione degli interessi dei creditori. In questo senso cfr. Tra tutti cfr. P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. IV, a cura di A. Jorio e B.N. Sassani, Giuffrè, Milano, 2016, 3 e s.s.; S. AMBROSINI, *Le altre procedure concordatarie*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Vol. III, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2014, 4 e ss.; AA. VV., in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Vol. III, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Torino, 2009, 1573 e ss.; A.M. AZZARO, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2007, 741 e ss. In senso contrario cfr. M. ARATO, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo III, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Utet, Torino, 2016, 3287 e s.s.

funzione soddisfattoria della procedura<sup>210</sup>. La gestione conservativa del patrimonio durante la procedura è, in questa ottica, strumentale alla soddisfazione dei creditori nelle modalità previste dalla proposta, rese obbligatorie dalla omologazione per tutti i creditori anteriori. L'art. 184 l. fall. attua la funzione soddisfattoria del concordato, vincolando i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso. Ciò significa che, nessuno potrà lucrare un vantaggio economico superiore rispetto a quanto stabilito dal concordato reso obbligatorio per tutti i creditori anteriori al ricorso.

A questo punto, il problema della compatibilità della compensazione dei crediti anteriori alla procedura si ripresenta in maniera parzialmente simile a quanto avviene in ambito fallimentare. Infatti, il creditore che eccede la compensazione successivamente all'apertura del concordato sottrae alla falciida concordataria, attuando le proprie pretese su un bene dell'attivo (il credito che il debitore concordatario vanta nei suoi confronti) destinato alla soddisfazione di tutti i creditori. In questo quadro si inserisce l'art. 169 l. fall., il quale estende l'applicabilità dell'art. 56 l. fall. anche al concordato preventivo «con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato».

### **3. Procedura in senso stretto e compensazione legale.**

Per analizzare accuratamente le problematiche considerate, occorre distinguere due diverse fasi temporali che caratterizzano la vita del concordato, in relazione agli effetti giuridici che vi si producono. La prima è quella che va dal momento della presentazione e pubblicazione della domanda sino alla sua omologazione; la seconda, invece, attiene alla esecuzione del concordato omologato.

Per indagare la funzione ed i limiti del potere del creditore-debitore di eccedere la compensazione dal momento della

---

<sup>210</sup> Sulla concorsualità come limite alla iniziativa individuale cfr. V. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione della crisi di impresa*, Luiss Univeristy press, Roma, 2009, 230 e ss.

proposizione della domanda di concordato, occorre ricostruire il sistema giuridico definito dalle disposizioni applicabili nella fase considerata.

In primo luogo, viene in evidenza l'art. 167 l. fall.<sup>211</sup>. Per effetto della disposizione, pur in assenza di un pieno spossessamento, l'amministrazione del patrimonio del debitore concordatario diviene strumentale alla soddisfazione collettiva dei creditori, da attuarsi nelle forme del piano di concordato. In particolare, come noto, il debitore conserva l'amministrazione dei beni sotto la vigilanza del commissario giudiziale e potrà compiere atti di straordinaria amministrazione solo se espressamente autorizzato, pena l'inefficacia degli stessi verso i creditori anteriori<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> In proposito occorre precisare che la disposizione trova testualmente applicazione «durante la procedura di concordato» e che ai sensi dell'art. 163 l. fall. il tribunale con decreto «dichiara aperta la procedura di concordato preventivo». Un'interpretazione strettamente letterale degli enunciati normativi potrebbe condurre a ritenere che gli effetti dell'art. 167 l. fall. decorrono, quindi, proprio dal decreto di apertura. Tuttavia un'attenta analisi della funzione della norma conduce a ritenere che essa spieghi i suoi effetti già dalla presentazione della domanda.

Inoltre, diversamente da quanto accade nel fallimento, alcuni effetti del concordato decorrono dal momento della introduzione del procedimento. Tanto avviene con riferimento all'art. 168 l. fall. che, rappresentando una delle due "facce" dello spossessamento attenuato, non avrebbe ragione di applicarsi se non in costanza degli effetti prodotti dall'art. 167 l. fall. Nella stessa direzione milita la novella del 2012, la quale modificando l'art. 184 l. fall. ha espressamente stabilito che il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla data della pubblicazione del ricorso. Dunque, sembra corretto ritenere che il concordato preventivo per certi aspetti debba considerarsi pendente a partire dal momento della presentazione del ricorso. In senso conforme, tra i molti, cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Giuffrè, Milano, 2015, 299 e ss.; in giurisprudenza *ex pluribus* cfr. Cass., sez. I, 10 febbraio 2006, n. 2972.

<sup>212</sup> Secondo un orientamento costante della giurisprudenza e condiviso dalla maggior parte della dottrina, la mancanza dell'autorizzazione comporta l'inefficacia relativa degli atti compiuti. Inoltre, il discrimine tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione dovrebbe essere individuato guardando alla relazione che intercorre tra l'atto compiuto ed il patrimonio del debitore. In questo senso sono atti di ordinaria amministrazione quelli che hanno il fine e l'effetto di conservare il patrimonio del debitore, mentre sono atti di straordinaria amministrazione tutti quegli atti che nell'ambito del concordato preventivo comportano una potenziale diminuzione o dispersione del patrimonio. Tali atti possono essere autorizzati esclusivamente nel caso in cui siano necessari e

Il debitore concordatario, quindi, mantiene la gestione della sua impresa. Tuttavia, ciò non toglie che essa assuma connotati del tutto peculiari, posto il conflitto che intercorre tra i suoi creditori, non più in grado di ottenere tutti e contemporaneamente la piena soddisfazione del loro diritto. Il loro concorso, anzi, determina ai sensi dell'art. 167 l. fall. la destinazione del patrimonio del debitore al soddisfacimento delle loro ragioni secondo le modalità della proposta, ed i beni dell'attivo non potranno essere distolti da tale finalità<sup>213</sup>. L'esistenza di un vincolo di destinazione sul patrimonio del debitore concordatario comporta l'inefficacia degli atti estintivi dei crediti vantati nei confronti del debitore concordatario, posti in essere nel corso della procedura. Tale conclusione sembra confermata dalla disciplina dei pagamenti dei crediti anteriori al concordato<sup>214</sup>.

---

funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori. Cfr G. LO CASCIO, (nt. 211); Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12286.

<sup>213</sup> In questo senso, cfr. PF. CENSONI, (nt. 209), 206; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2013, 634.

<sup>214</sup> Il tema dei pagamenti extraconcorsuali ha suscitato un nutrito dibattito in dottrina e ha visto susseguirsi tesi contrastanti in giurisprudenza. Ad oggi l'art. 182-*quinquies* l. fall. ha introdotto una specifica disciplina dei pagamenti dei crediti anteriori, secondo la quale essi possono essere autorizzati solo nell'ambito del concordato in continuità e soltanto qualora siano essenziali «per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori». La novella ha codificato un risalente indirizzo giurisprudenziale secondo il quale i pagamenti effettuati dal debitore concordatario in funzione della continuazione dell'attività di impresa e dunque funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori devono ritenersi ammessi, cfr. Cass. civ., sez. I, 5 novembre 1990, n. 10620. Tuttavia, l'esistenza di una specifica normativa dei pagamenti anteriori che detta specifiche condizioni al fine della loro ammissibilità, sembra escludere che essi possano essere autorizzati ai sensi dell'art. 167 l. fall. In questo senso cfr. Trib. Venezia, 18 settembre 2014: «ove non sussistano i presupposti richiesti tassativamente dalla norma in esame [art. 182 *quinquies* L.F.] si applica la regola generale del divieto di pagamento di crediti anteriori che risponde all'esigenza di cristallizzazione del patrimonio del debitore al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo»; nello stesso senso cfr. Trib. Rovigo, 1 agosto 2016. Al contrario la norma *de quo* potrà essere applicata esclusivamente ai pagamenti di crediti prededucibili che non alterando la *par condicio* potranno continuare ad essere autorizzati dal giudice delegato, ai sensi dell'art. 167 l. fall. In questo senso, cfr. Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2007, n. 578; Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 2016. Sulla questione dei pagamenti dei crediti anteriori nel concordato preventivo cfr. L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato*

Il principio dello spossessamento attenuato si riflette dal lato dei creditori nel disposto di cui all'art. 168 l. fall. La disposizione stabilisce che dal momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo i creditori anteriori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari<sup>215</sup>.

Il divieto assume un particolare rilievo pratico organizzativo, in quanto concede al debitore un periodo di tregua al fine di predisporre tutte le misure necessarie ad assicurare il successo del piano di concordato<sup>216</sup>. Tuttavia, la sua *ratio* deve essere ricavata in relazione alla funzione tipica della procedura che, come rilevato, è quella soddisfattoria. In questo senso, il divieto di intraprendere o proseguire azioni esecutive individuali assume una funzione analoga a quella che svolge nel fallimento. Esso, infatti, vieta la soddisfazione individuale dei creditori in costanza di procedura<sup>217</sup>, al fine di garantire la distribuzione collettiva delle risorse nel rispetto della *par condicio*, seppur attuata secondo le modalità previste per il concordato preventivo, e nei termini stabiliti dalla proposta di concordato<sup>218</sup>.

---

*preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 1111; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 1244; G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 42.

<sup>215</sup> È già stato rilevato da più parti che il divieto di azioni esecutive implica necessariamente il divieto per il debitore di adempiere alle obbligazioni anteriori al concordato, e conferma la funzionalizzazione del suo patrimonio al concorso.

<sup>216</sup> Questo aspetto del divieto di azioni esecutive emerge soprattutto con riferimento al concordato con riserva, ove garantisce una temporanea protezione nel corso della preparazione del piano di concordato. In proposito cfr. P. LICCARDO, sub. art. 161, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2014, 64 e ss.

<sup>217</sup> In tale divieto rientra qualsiasi iniziativa volta a realizzare unilateralmente ed in via extraconcorsuale l'utilità economica oggetto del proprio credito, in questo senso cfr. Trib. Busto Arsizio, 30 ottobre 2009.

<sup>218</sup> Nel senso di garantire l'attuazione della *par condicio* ed impedire la disgregazione del patrimonio del debitore concordatario tra tutti cfr. M. ARATO, *op. cit.*, 3392; G. LO CASCIO, (nt. 211); A. AUDINO, sub art. 168, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Cedam, Padova, 2017; M. MONTANARI, (nt. 213); D. SPAGNUOLO, sub. art. 167, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2014, il quale sottolinea che il divieto di azioni

La vigenza del divieto di soddisfazione individuale comporta che i creditori anteriori perdano il potere di pretendere individualmente l'adempimento delle obbligazioni contratte dal debitore concordatario. Il loro credito, quindi, diviene inesigibile sino al momento dell'omologazione.

La perdita del potere di esigere l'adempimento determina il venir meno di uno dei requisiti fondamentali della compensazione, e quindi fa decadere il creditore della possibilità di eccepirlo.

Dunque, sembra corretto affermare che le norme di legge e i principi che regolano la prima fase della procedura sono di per sé incompatibili con la compensazione<sup>219</sup>. La presentazione del ricorso del debitore, come visto, interrompe il potere dei creditori di soddisfarsi individualmente e determina la funzionalizzazione del patrimonio del debitore alla soddisfazione di tutti i creditori anteriori secondo le modalità stabilite dalla legge.

In questo contesto la disposizione dell'art. 169 l. fall., nella parte in cui rende applicabile al concordato preventivo l'art. 56 l. fall., assume una funzione analoga a quella svolta da tale disposizione nel fallimento.

Essa, da un lato, attribuisce al creditore il potere di eccepire la compensazione, nonostante la pubblicazione del ricorso determina, come visto, il venir meno. Dall'altro, prescrive la scadenza anticipata dei crediti vantati dal soggetto *in bonis* anche ai fini della compensazione, equiparando lo stato di crisi e di insolvenza<sup>220</sup>.

---

esecutive è finalizzato ad assicurare la tutela dell'integrità dell'intero patrimonio del debitore, sia in funzione della successiva esecuzione del concordato, sia nella ipotesi in cui questo non giunga alla omologazione e si apra il fallimento.

<sup>219</sup> In proposito, la giurisprudenza di merito ritiene che il divieto di estinzione soddisfattiva delle obbligazioni debba applicarsi anche all'estinzione per compensazione, salvo poi ritenere rispettato tale principio nel caso in cui i crediti abbiano origine causale anteriore all'instaurazione del concorso, pur verificandosi l'effetto estintivo in costanza di questo. Sul punto cfr. Trib. Milano, 11 marzo 2016.

<sup>220</sup> Un primo segno dell'equiparazione giuridica dello stato di crisi e di insolvenza emerge già dall'art. 160 ultimo comma l. fall. e si manifesta sul piano una degli effetti prodotti dalla presentazione della domanda rispetto ai crediti vantati nei confronti del debitore concordatario. L'art. 169 l. fall., da questo punto di vista, richiama tutte le disposizioni dettate in ambito fallimentare circa gli effetti



La domanda di concordato preventivo avanzata dal debitore implica il riconoscimento da parte sua della incapacità (quanto meno prospettica) di adempiere, nonché la proposta di liberarsi dalle proprie obbligazioni tramite un inesatto adempimento<sup>221</sup>. In estrema sintesi, egli per fatto proprio innesca il procedimento volto a modificare il diritto dei creditori di ottenere il pieno adempimento dell'obbligazione contratta. È del tutto ragionevole, quindi, che anche in questa circostanza la legge faccia applicazione dei principi ricavabili dall'art. 1186 c.c., posto che il ricorso del debitore rende attuale e concreto il rischio del creditore di subire l'inadempimento in ragione della diminuzione della garanzia patrimoniale<sup>222</sup>.

La legge, dunque, ripropone il medesimo bilanciamento di interessi già compiuto in sede fallimentare anche nell'ambito della procedura di concordato preventivo. L'interesse del creditore titolare di obblighi e diritti compensabili prevale rispetto a quello degli altri creditori in ragione della posizione di garanzia acquisita prima od in ragione della procedura.

Se è possibile ricostruire il sistema della compensazione nel concordato preventivo in termini analoghi a quanto avviene nell'ambito del fallimento, allo stesso modo deve ritenersi inammissibile la compensazione sopravvenuta, nonostante la giurisprudenza maggioritaria sia di opinione contraria<sup>223</sup>. Essa,

---

prodotti dalla dichiarazione di fallimento sui crediti vantati verso il fallito. Con particolare riferimento alla scadenza anticipata, inoltre, è richiamato tanto l'art. 56 l. fall., quanto l'art. 55 l. fall. Circa l'equiparazione delle due situazioni giuridiche cfr. G. Lo Cascio, (nt. 211), 325 ss.

<sup>221</sup> Con ciò si intende fare riferimento all'effetto esdebitatorio tipico del concordato, prodotto ai sensi dell'art. 184 l. fall.

<sup>222</sup> Come visto, l'art. 1186 c.c. stabilisce che la diminuzione per fatto proprio delle garanzie offerte e/o l'insolvenza del debitore consentono al creditore di esigere immediatamente la prestazione quandanche sottoposta a termine. Sul punto cfr. supra cap. I, par. 6.

<sup>223</sup> Lo stesso ragionamento, tuttavia, conduce la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria a ritenere che anche la compensazione nel concordato preventivo debba applicarsi il criterio della anteriorità genetica. Il caso di maggiore frequenza nella prassi attiene alla fattispecie del mandato all'incasso. Secondo giurisprudenza ormai consolidata ritiene il debito derivante dalla riscossione delle somme, qualora questa avvenga successivamente alla instaurazione del ricorso, non possa essere compensato con il credito vantato nei confronti del debitore concordatario. La

infatti, si pone in contrasto tanto con la lettera dell'art. 56 l. fall., quanto con la sua funzione, e con la norma di cui all'art. 167 l. fall.

Gli artt. 169 e 56 l. fall. consentono al creditore anteriore di opporre gli effetti estintivi che retroagiscano ad un tempo precedente o contestuale alla pubblicazione della domanda di concordato preventivo, anche in un momento nel quale la compensazione non potrebbe essere più eccepita. Tuttavia, l'effetto estintivo non può sopraggiungere in corso di procedura, poiché altrimenti sarebbe violato il vincolo di destinazione dei beni alla soddisfazione di tutti i creditori secondo le regole del concorso, cui l'art. 56 l. fall. non deroga<sup>224</sup>.

Come già ampiamente argomentato<sup>225</sup>, il riferimento alla compensabilità dei crediti «ancorché non scaduti alla data del fallimento» nel contesto dell'art. 56 l. fall. sembra implicitamente richiedere che allo stesso momento esistano tutti i restanti requisiti legali della compensazione. Inoltre, la *ratio* della disposizione è quella di attuare la funzione di garanzia che assume la compensazione dal momento della coesistenza qualificata di obbligazioni reciproche, con particolare riferimento al caso in cui il soggetto *in bonis* non possa più pretendere l'esatto adempimento dell'obbligazione<sup>226</sup>. Dunque, la disposizione deve essere interpretata in senso restrittivo in quanto norma eccezionale, tesa a tutelare una posizione di garanzia formata al di fuori del concorso.

In conclusione, per coerenza sistematica non sembra ragionevole estendere l'ambito di applicazione della disposizione

---

fattispecie esulerebbe dall'ambito di applicazione dell'art. 56 l. fall., in quanto il debito opposto in compensazione trova la sua causa genetica in momento successivo alla instaurazione del concorso, e poiché la segregazione patrimoniale comporterebbe il difetto del requisito della reciprocità. Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 settembre 2017, n. 22277.

<sup>224</sup> Il legislatore può derogare a tale divieto come nel caso dei pagamenti dei crediti anteriori effettuato ai sensi dell'art. 182-quinquies. Tuttavia, le deroghe devono essere espresse e devono mantenersi nell'ambito del rispetto del principio di ragionevolezza e quindi della funzione soddisfattoria del concordato.

<sup>225</sup> Cfr. *supra* cap. I, par. 12.

<sup>226</sup> Con si intende il momento nel quale il creditore anteriore perde la possibilità di ottenere piena soddisfazione del suo diritto, in ragione dello stato patrimoniale del debitore e del suo ricorso al concordato preventivo.

sino a tutelare posizioni di garanzia acquisite nel corso della procedura. Così facendo, infatti, verrebbero poste sullo stesso piano e tutelate in maniera identica posizioni sostanziali differenti. Infatti, altro è la situazione giuridica di chi sia titolare di obbligazioni compensabili al momento dell'instaurarsi della procedura, altro è quella di colui cui che acquisisce una posizione di garantito solo nel corso della stessa.

#### **4. (Segue) Nel concordato in continuità.**

L'introduzione del già citato art. 182-*quinquies* l. fall. impone di elaborare un'ulteriore ragionamento<sup>227</sup>.

Come evidenziato, la disposizione permette il pagamento dei crediti anteriori nel concordato in continuità, purché autorizzati dal tribunale fallimentare il quale può concedere l'autorizzazione solo qualora essi siano «essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori». La norma, inoltre, prescrive che la sussistenza di tali requisiti sia attestata da un professionista indipendente, di cui è possibile fare a meno qualora il debitore apporti nuove risorse senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato.

Dunque, a ben vedere la norma pone un'eccezione al principio del concorso che, tuttavia, è funzionale alla sua attuazione, e come tale risulta ragionevole. Infatti, nel concordato in continuità la prosecuzione dell'attività di impresa diviene il mezzo attraverso il quale garantire la soddisfazione di tutti i creditori, secondo le modalità previste dal piano.

Nell'ambito dell'eccezione disposta dalla norma al principio della *par condicio*, che come detto si giustifica in ragione della strumentalità dei pagamenti al migliore soddisfacimento dei creditori, potrebbe ritenersi lecito estinguere il debito dell'imprenditore concordatario attraverso modalità differenti dall'adempimento.

La compensazione, come più volte ricordato nel corso della trattazione, è un modo soddisfacente di estinzione delle obbligazioni

---

<sup>227</sup> Cfr. nt. 220.

alternativo all'adempimento. Quest'ultimo estingue il debito tramite l'attuazione del rapporto obbligatorio, ossia mediante l'esecuzione della prestazione che ne costituisce l'oggetto. Con la compensazione, invece, si ottiene il medesimo risultato, ossia l'estinzione soddisfattiva dell'obbligazione, evitando l'esecuzione della prestazione.

A questo punto occorre chiedersi se l'espressione «pagare» di cui al comma quinto dell'art. 182-*quinquies* l. fall. possa essere interpretata in maniera estensiva, intendendo non solo l'adempimento dell'obbligo di corrispondere una somma di denaro, ma piuttosto l'estinzione soddisfattiva dell'obbligazione.

Nel caso in cui si ritenesse che l'espressione «pagare» indichi solo la corresponsione di una somma dovuta, si dovrebbe escludere che l'art. 182-*quinquies* l. fall. sia applicabile anche con riferimento alle altre modalità di estinzione delle obbligazioni.

La norma in esame, come già sottolineato, ha carattere eccezionale, dunque, non è suscettibile di applicazione analogica. Tuttavia, ciò non esclude che l'interpretazione della legge debba essere svolta avendo riguardo del significato proprio delle parole nel contesto in cui sono inserite ed in ragione della *ratio legis*. Il termine pagamenti, potrebbe essere interpretato guardando sia al conteso che alla volontà della legge.

In particolare, la *ratio* delle disposizioni che rispettivamente sanciscono l'inefficacia dei pagamenti e specularmente la loro validità è quella di negare o consentire la soddisfazione individuale del creditore, ed essa ben può realizzarsi con modalità differenti dall'adempimento<sup>228</sup>.

Nel caso dell'art. 182-*quinquies* l. fall., dunque, deve intendersi per «pagare», l'estinzione soddisfattiva del credito<sup>229</sup>, ed in ciò deve

---

<sup>228</sup> A conferma di tale lettura può citarsi ad esempio l'interpretazione dell'art. 44 l. fall. Secondo giurisprudenza costante il termine «pagamento» secondo il contesto e funzione della disposizione deve essere inteso in senso ampio fino a ricomprendervi qualsiasi estinzione soddisfattiva del credito. Cfr. *supra* nt. 53.

<sup>229</sup> In senso conforme cfr. L. Abete, (nt. 214), 1112; contra cfr. G.B. NARDECCHIA, sub. art. 182 *quinquies*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsos, 2017, 2233 e ss secondo cui «la norma utilizza il verbo “pagare”, di talché deve ritenersi che l'istanza del debitore non possa prevedere soluzioni soddisfattive alternative al pagamento monetario»; differentemente M. ARATO, (nt. 209), 3564, il

ritenersi compresa anche l'ipotesi di estinzione per compensazione.

D'altra parte, un'opposta soluzione condurrebbe a conclusioni paradossali. Poniamo, ad esempio, l'eventualità in cui il debitore concordatario chieda l'autorizzazione al pagamento di un credito che un suo debitore vanta verso di lui. Se negassimo la possibilità di compensare le opposte partite si giungerebbe al punto di consentire l'estinzione del credito del terzo, mentre il debitore concordatario resterebbe esposto al rischio dell'altrui inadempimento, aggravando di fatto le sue condizioni patrimoniali. Tali circostanze sembrano configurare quasi per definizione una situazione in cui il pagamento non è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, proprio perché mentre il creditore-debitore risulta soddisfatto, sugli altri viene fatto gravare il rischio dell'inadempimento della sua obbligazione.

Dunque, sembra corretto concludere che l'art. 182-*quinquies* l. fall., introduca una deroga al divieto di compensazione sopravvenuta nell'ambito del concordato con continuità, consentendo che al ricorrere delle condizioni previste dalla norma si attui l'estinzione soddisfattiva delle obbligazioni anteriori al concordato, con conseguente soddisfazione individuale del creditore beneficiante.

Questa sembrerebbe essere l'unica ipotesi in cui, per espressa previsione normativa, è possibile attuare la compensazione sopravvenuta, nell'interesse del debitore concordatario e di tutti i creditori anteriori.

Occorre però sottolineare che ai sensi dell'art. 182 *quinquies* il creditore non acquista il potere di eccepire la compensazione sopravvenuta, in quanto questa deve ritenersi ammissibile solo nei limiti e nelle modalità previste dalla norma, e dunque ad iniziativa del solo debitore concordatario previa autorizzazione del

---

quale ritiene che entrambe le tesi non siano condivisibili e che l'estinzione del credito ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l. fall. possa avvenire con mezzi diversi dal pagamento allorché ciò sia contemplato nel titolo negoziale da cui il credito sorge.

tribunale, e qualora sia funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori nell'ambito del concordato in continuità<sup>230</sup>.

Al contrario, il potere del creditore di eccepire la compensazione continua ad essere disciplinato dal combinato disposto degli artt. 169 e 56 l. fall., secondo l'ambito di applicazione ed i limiti posti dalle disposizioni.

## **5. Compensazione legale ed esecuzione del concordato.**

A questo punto occorre occuparsi del secondo arco di tempo preso in considerazione, ossia quello che inizia con l'omologazione del concordato preventivo e si conclude con il suo definitivo adempimento.

In proposito occorre premettere che non vi è assoluta concordia in dottrina circa la classificazione di tale intervallo temporale quale fase della procedura in senso stretto<sup>231</sup>.

Nel dibattito si contrappongono diversi argomenti. Da un lato, spicca il dato letterale di cui all'art. 181 l. fall., secondo il quale «la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180». Dall'altro, ulteriori disposizioni potrebbero suggerire un'interpretazione cauta di tale enunciato normativo. In primo luogo, l'art. 182 l. fall. prevede che successivamente all'omologazione si proceda alla nomina di uno o più liquidatori e di un comitato dei creditori. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 185 l. fall. il commissario giudiziale continua ad esercitare le sue funzioni anche durante l'esecuzione del

---

<sup>230</sup> L'eventuale soddisfazione anticipata dei creditori strategici comporta una parificazione del loro trattamento a quello riservato ai creditori anteriori privilegiati, ma non implica la loro sottrazione al concorso. Dunque l'art. 182 *quinquies* l. fall. non introduce una deroga al divieto di cui all'art. 168 l. fall., esso opera dal solo lato del debitore e non attribuisce al creditore *in bonis* il potere di esigere la prestazione. In proposito cfr. Trib. Milano, 22 dicembre 2014 ove, in senso conforme, il giudice ha stabilito che «il creditore anteriore strategico/funzionale soggiace alla disciplina concordataria (compreso l'art. 55 l.f.), né può compiere (diversamente dai creditori estranei al concordato) atti di esecuzione sulla società in C.P. in caso di mancato adempimento dell'obbligo di pagamento.».

<sup>231</sup> A favore della interpretazione minoritaria, secondo la quale la procedura di concordato preventivo si chiuderebbe solo con il definitivo adempimento cfr. V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, UTET, Torino, 2010, 303.

concordato, così come sembrerebbe continuare ad applicarsi la norma di cui all'art. 173 l. fall<sup>232</sup>.

In questa sede, pare ragionevole condividere la tesi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza secondo cui l'omologazione del concordato determina la chiusura della procedura<sup>233</sup>.

D'altra parte, anche ritenendo che l'omologazione non comporti la chiusura della procedura, pare corretto affermare la disposizione di cui all'art. 169 l. fall. non trovi applicazione successivamente.

Il passaggio in giudicato della sentenza che omologa il concordato produce effetti obbligatori e costitutivi diretti, nonché effetti indiretti, tali per cui la funzione del combinato disposto di cui agli artt. 169 e 56 l. fall. non ha ragione di essere svolta.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 184 l. fall. l'omologazione modifica le situazioni giuridiche sostanziali che fanno capo ai creditori anteriori alla domanda di concordato. In particolare, il contenuto dei diritti di credito vantati nei confronti del debitore concordatario, che risalgono ad un momento anteriore alla pubblicazione del ricorso, subisce un mutamento che può attenuare

---

<sup>232</sup> La disposizione di cui all'art. 185, ult. comma, l. fall. (introdotta dall'art. 3, comma 6, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) ha conferito al tribunale il potere di nominare un amministratore giudiziario, «fermo restando il disposto dell'art. 173». Parte della dottrina ha ritenuto che il significato di tale inciso non debba essere enfatizzato, e che di conseguenza non debba essere posta in dubbio l'impossibilità di procedere alla revoca successivamente all'omologazione del concordato. In particolare, cfr. A.M. PERRINO, sub. art. 185, in Codice commentato del fallimento a cura di G. Lo Cascio, cit., 2549: «La clausola di salvezza, verosimilmente superflua, sta quindi soltanto a ribadire che i nuovi rimedi, collocandosi in una fase distinta rispetto a quella in cui opera la revoca dell'ammissione, è destinata a non interferire con questa.».

<sup>233</sup> P. F. CENSONI, (nt. 209), 353; A. CASTAGNOLA, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, in Riv. giur. Comm., 6, 2015, 1288; L. VITIELLO, sub. art. 181, in Codice commentato del fallimento diretto da G. Lo Cascio, cit.; A. AUDINO, sub art. 181, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova, 2017; C. ESPOSITO, sub art. 181, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2014. In giurisprudenza da ultimo cfr. Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2018, ord. n. 380; Cass. civ., sez. I, 25 settembre 2017, n. 22273; Trib. Arezzo, 28 settembre 2016.

sia al *quantum* che alle modalità di esecuzione della prestazione dovuta<sup>234</sup>.

A partire da tale momento, inoltre, cessano gli effetti dello spossessamento attenuato di cui all'art. 167 l. fall.<sup>235</sup>, tuttavia essi sono sostituiti dall'obbligo del debitore di dare esecuzione al concordato ai sensi dell'art. 185 l. fall.<sup>236</sup>. Specularmente, non trova applicazione l'art. 168 l. fall. in quanto è la stessa norma a stabilire che il divieto da essa prescritto perdura «fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo».

La cessazione degli effetti di cui agli artt. 167 e 168 l. fall. si spiega agilmente. I limiti attinenti alla gestione del patrimonio e il divieto di soddisfazione individuale sono funzionali a garantire l'attuazione del concorso nel rispetto della *par condicio* (seppure da attuarsi secondo le modalità stabilite dal piano e dalla legge), obiettivo che viene raggiunto proprio nel momento in cui il concordato è reso obbligatorio per tutti i creditori anteriori. L'omologazione, infatti, pone fine al conflitto che intercorre tra i

---

<sup>234</sup> L'effetto che produce l'omologazione del concordato non può determinarsi a priori, potendo consistere in modifiche quantitative, temporali o qualitative dei diritti di credito. In ogni caso, sembra corretto sottolineare il carattere costitutivo di tali effetti, in quanto modificativi della realtà giuridica sostanziale. In questo senso cfr. F. G.G. PIRISI, *Crisi di impresa e procedure concorsuali. Tomo III*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, UTET, Torino, 2016cit., 3719 e ss.; A.M. PERRINO, *sub. art. 184*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2017. Rispetto alla problematica della classificazione degli effetti, cfr. A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, Cedam, Padova, 1997; G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1996.

<sup>235</sup> P.F. CENSONI, *sub. art. 167*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2006.; D. SPAGNUOLO, (nt. 218); A. AUDINO, (nt. 233).

<sup>236</sup> L'esecuzione del concordato, pur se non attiene allo svolgimento della procedura in senso stretto, riguarda una serie di interessi ulteriori rispetto a quello dei creditori favorevoli, fino a coinvolgere profili di interesse generale, relativi alla possibile pronuncia di fallimento che segua alla procedura. La riforma dell'art. 185 l. fall., con l'estensione dei poteri del commissario giudiziale, sembra valorizzare i profili pubblicistici connessi alla fase in esame. In questo senso cfr. A. M. PERRINO, (nt. 232); E. CARIA, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, UTET, torino, 2009, 1744.



creditori concorsuali, in quanto vengono determinate le modalità e il *quantum* dell'adempimento spettante ad ognuno di loro.

L'art. 169 l. fall. è dettato al fine di regolare particolari aspetti giuridici proprio in relazione all'attuazione del concorso, dunque la funzione si esaurisce una volta che esso sia attuato, ed il conflitto tra gli interessi dei creditori superato.

Tanto si ricava dalle caratteristiche delle disposizioni richiamate<sup>237</sup> e, in particolare, dal tenore letterale della norma, che le rende applicabili «con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato»<sup>238</sup>. Il medesimo discorso può ripetersi per quanto attiene in particolare alla compensazione.

Il combinato disposto di cui agli artt. 169 e 56 l. fall. ha la funzione di consentire al creditore anteriore di sottrarsi al concorso, in ragione della posizione di "garantito" *ex lege* che egli abbia assunto anteriormente o contestualmente alla sua instaurazione. Una volta che il concorso sia stato attuato, dunque, non vi è più spazio per la applicazione della disposizione.

La funzione della norma è conseguita attribuendo al creditore il potere di opporre la compensazione in costanza del divieto di soddisfazione individuale, e anticipando l'esigibilità dei crediti sottoposti a termine a causa della diminuzione della garanzia offerta dal debitore concordatario. Ebbene, queste stesse modalità operative non hanno modo di essere applicate. Infatti, nella fase di esecuzione i creditori anteriori riacquistano il potere di esigere le prestazioni oggetto del loro diritto, ed il contenuto di questo è rimodulato secondo quanto previsto dal piano omologato. Ancora

---

<sup>237</sup> Si prenda ad esempio, tra tutte, l'art. 55 l. fall. La disposizione, per come richiamata, sancisce l'esigibilità anticipata ai fini del concorso di tutti i crediti anteriori alla domanda di concordato. Si noti che il testo dell'art. 169 l. fall. non estende l'applicabilità di queste disposizioni al concordato preventivo "in quanto compatibili". Successivamente alla omologazione sarebbe di tutta evidenza illogico considerare scaduti tutti i crediti anteriori al concordato. La funzione della norma, per l'appunto, è interamente svolta nella fase che si apre con la domanda e termina con l'omologazione.

<sup>238</sup> L'enunciato colloca gli effetti dell'art. 169 l. fall. in un preciso e determinato momento, e deve ritenersi che essi cessino all'omologazione, così come gli altri effetti che in base alla legge decorrono dallo stesso momento.

una volta, quindi, il combinato disposto degli artt. 169 e 56 l. fall. non ha ragione di operare.

In conclusione, la stessa struttura degli artt. 169 e 56 l. fall. sembra essere tale da escluderne l'applicazione nella fase successiva all'omologazione.

In ogni caso, il creditore-debitore anteriore non può opporre la compensazione secondo il contenuto originario del suo diritto. Gli effetti costitutivi dell'omologazione, infatti, sono vincolanti anche nei suoi confronti ed il contenuto del suo diritto di credito cessa di esistere per come definito originariamente.

Parte della dottrina ritiene che nonostante l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 167 e 168 l. fall. l'omologazione produca un effetto di segregazione patrimoniale<sup>239</sup> e che la destinazione dei beni del debitore concordatario alla soddisfazione dei crediti anteriori comporti il perdurare del divieto di esecuzione individuale. In questa ottica, qualora il concordato preveda la cessione dei beni, il creditore non potrebbe sottrarsi al programma di liquidazione ed agire individualmente ottenendo soddisfazione secondo modalità differenti dal riparto<sup>240</sup>. Se così fosse, dovrebbe concludersi che anche durante la fase di esecuzione la compensazione non possa mai essere opposta, neanche per la parte di credito non sottoposta a falcidia, in quanto il creditore difetterebbe del potere di pretendere l'adempimento.

Il problema, tuttavia, può essere affrontato in un'ottica differente. Dal momento che il conflitto tra i creditori è stato risolto attraverso l'individuazione del *quantum* e delle modalità di soddisfazione di ciascuno, vengono meno i problemi connessi all'esecuzione collettiva. Come già osservato, quindi, viene meno anche il generale divieto di soddisfazione singolare, per l'appunto funzionale all'attuazione del concorso.

Dal piano concorsuale, quindi, è possibile muovere verso la considerazione delle ragioni individuali di ciascun creditore. Spostandosi dal piano generale a quello particolare, il potere di

---

<sup>239</sup> Per tutti, vedi A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956, 67 ss.

<sup>240</sup> G. RAGO, (nt. 234); G. BOZZA, *Effetti per i creditori nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 1992, 247.

ottenere la soddisfazione del proprio credito sarà in concreto subordinato alle sue caratteristiche. Affinché il creditore possa ottenere la soddisfazione del suo diritto, quindi, esso dovrà essere liquido, scaduto e non sottoposto a condizione. Proprio questi elementi potrebbero mancare in ragione del piano omologato, impedendo al creditore di soddisfarsi individualmente<sup>241</sup>.

In conclusione, quindi, sembrerebbe più opportuno ritenere che non viga un divieto generale di intraprendere o proseguire azioni individuali ma che esse possano essere poste in essere, seppure nei limiti delle caratteristiche che il credito assume in ragione del piano omologato<sup>242</sup>.

Non sussistendo in astratto alcun divieto di iniziativa singolare del creditore, il suo credito non sarà già in astratto inesigibile ed egli potrà eccepire ed opporre la compensazione, secondo le norme di diritto comune, nei limiti del contenuto che il suo diritto ha assunto dopo l'omologazione e via via che maturino i presupposti legali di compensabilità<sup>243</sup>.

In altri termini, per verificare se è opponibile la compensazione legale nella fase di esecuzione, occorre guardare alle caratteristiche assunte dal credito a seguito dell'omologazione e verificare se esso sia dotato dei requisiti tipici della compensazione legale.

Giunti a questo punto è necessario segnalare che non vi è concordia in dottrina circa tale soluzione. Alcuni autori hanno osservato che la compensazione opera *ex lege* dal momento della coesistenza qualificata dei controcrediti, quindi i suoi effetti estintivi sarebbero sempre anteriori a quello dell'omologazione, che non potrebbe modificare il contenuto di un credito già

---

<sup>241</sup> Si pensi, ad esempio, ad un concordato meramente liquidatorio ove il *quantum* della prestazione sarà determinato in ragione dell'ammontare della somma complessivamente ricavata dalla liquidazione di tutti i beni ceduti. In questo caso, non è possibile individuare a priori l'ammontare che in concreto spetta a ciascun creditore anteriore. Il credito, dunque, dovrebbe considerarsi illiquido. Allo stesso modo, qualora fossero previste particolari modalità di esecuzione, la prestazione spettante ai creditori anteriori potrebbe in concreto risultare sottoposta a termine o a condizione.

<sup>242</sup> In questo senso vedi Trib. Busto Arsizio, 30 ottobre 2009, nello stesso senso Trib. Terni, 28 agosto 2001.

<sup>243</sup> Per la medesima conclusione cfr. R. PROVINCIALI, (nt. 59), 2276.

estinto<sup>244</sup>. Secondo questa tesi, dunque, il creditore-debitore anteriore potrebbe opporre la compensazione secondo il contenuto originario del suo diritto, anche durante l'esecuzione del concordato.

Questa soluzione, non pare condivisibile. La dichiarazione di volersi avvalere della compensazione è elemento essenziale della fattispecie, e fin tanto che essa non sia intervenuta non si producono effetti estintivi<sup>245</sup>. Inoltre, quando la legge vuole consentire al creditore di opporre la compensazione nonostante le modificazioni della realtà sostanziale intervenute *medio tempore* lo fa espressamente.

In proposito basti pensare all'art. 1242, comma 2, c.c. il quale espressamente consente al creditore prescritto di eccepire la compensazione, se al momento della coesistenza qualificata delle obbligazioni il termine di prescrizione non era ancora decorso.

La disposizione, in quanto norma eccezionale, non può essere applicata analogicamente. Inoltre, mentre nel caso dell'art. 1242, comma 2 c.c. vengono in evidenza esclusivamente gli interessi dei due coobbligati reciproci, l'omologazione risolve il conflitto tra una pluralità di interessi, che ricomprende tanto quelli dei creditori concorsuali quanto interessi di carattere generale.

Nell'assenza di una norma espressa che consenta di ignorare gli effetti dell'omologazione ai fini della compensazione, sembra corretto ribadire che essa potrà essere eccepita nei limiti del diritto per come modificato ai sensi dell'art. 184 l. fall.

Opinando altrimenti si consentirebbe di sconvolgere per iniziativa individuale l'intero assetto degli interessi realizzato attraverso il piano, al di fuori delle modalità dettate dalle disposizioni della procedura allo specifico fine di tutelare gli interessi dei creditori biunivoci. Il ché pare ultroneo rispetto al

---

<sup>244</sup> In questo senso G. BOZZA, (nt. 240). L'autore, inoltre, aggiunge che mancando un giudizio di accertamento del passivo la compensazione potrebbe essere eccepita solo nella fase dell'esecuzione. A tale affermazione, tuttavia, è possibile replicare che la compensazione può essere fatta valere anche in via stragiudiziale nel corso della procedura.

<sup>245</sup> Sul punto cfr. *supra* cap. I, sez. I.

regolamento sistematico degli interessi coinvolti, posto in essere dalla legge.

## **6. Compensazione giudiziale e volontaria.**

Secondo i ragionamenti fin qui svolti, sembrerebbe doversi ritenere che la compensazione giudiziale nel corso della procedura strettamente intesa non possa essere attuata. Al contrario, nella fase di esecuzione del concordato, sarà possibile ricorrere a questa forma di compensazione, nel rispetto delle condizioni fissate nel piano di concordato preventivo e nei limiti del credito falcidiato dall'omologazione.

Anche per quanto attiene alla compensazione volontaria valgono considerazioni simili a quelle svolte precedentemente.

Dunque, la compensazione volontaria, conclusa ai sensi dell'art. 1252, comma 1, c.c. in costanza del concorso, non sarà efficace nei confronti della massa in quanto atto di straordinaria amministrazione, oneroso ed avente effetti satisfattivi. Permangono forti dubbi sul fatto che un atto di estinzione satisfattiva di obbligazioni reciproche possa essere autorizzato all'infuori dei casi di cui all'art. 182-*quinquies* l. fall.

Discorso differente vale per la compensazione volontaria conclusa nella fase di esecuzione del concordato. In primo luogo, occorre ribadire che essa non potrà in nessun caso essere attuata in relazione all'intero credito, per come esistente anteriormente alla omologazione<sup>246</sup>. Inoltre, come osservato nel paragrafo precedente, le modalità di soddisfazione dei creditori stabilite nel piano omologano possono influire sul credito privandolo dei requisiti legali di compensabilità. Ciò rende inopponibile la compensazione legale, fin tanto che non ne maturino i requisiti.

Tuttavia, la disposizione di cui all'art. 1252, comma 1, c.c. consente alle parti proprio di compensare crediti non dotati delle caratteristiche legali di compensabilità. Inoltre, nella fase di esecuzione del concordato il debitore riacquista la facoltà di disporre dei propri beni. Dunque, sembra potersi concludere che non vi sono vincoli che limitino l'efficacia di questa forma di

---

<sup>246</sup> Cfr. Cass. Sez. I, sent. n. 5273, del 7 marzo 2007.

compensazione volontaria, nei limiti della somma falcidiata. Tuttavia, in concreto, essa potrebbe costituire una violazione dell'accordo omologato, suscettibile di essere sanzionata ai sensi degli artt. 186 e 187 l. fall.

Rimane ancora da considerare il patto di compensazione concluso ai sensi dell'art. 1252, comma 2, c.c.

Innanzitutto, occorre fare riferimento al patto concluso anteriormente all'apertura della procedura, il quale abbia già prodotto i suoi effetti estintivi. Questo negozio, salvo che al concordato segua il fallimento, conserverà necessariamente i suoi effetti, posta la non proponibilità delle azioni revocatorie<sup>247</sup>.

In secondo luogo, viene in evidenza il *pactum de compensando* concluso anteriormente all'apertura della procedura, ma che non abbia ancora prodotto compiutamente i suoi effetti. Come già osservato, esso è un vero e proprio contratto normativo che può considerarsi alla stregua di un negozio ineseguito, dunque la sua capacità di produrre effetti deve essere valutata alla luce della disciplina dei contratti pendenti, e non facendo riferimento all'art. 56 l. fall.

Il patto di compensazione, dunque, ai sensi dell'art. 169-bis l. fall. Sarà in grado di produrre i suoi effetti, salvo il caso in cui il debitore sia autorizzato a sciogliersi dal medesimo, previa corresponsione di un indennizzo misurato sulla base dell'inadempimento.

L'assetto degli interessi posto in essere dai contraenti, dunque, trova maggiore tutela rispetto a quanto avviene nel fallimento, proprio in ragione delle diversità che riguardano le due procedure. La funzione di garanzia che può assumere il contratto di compensazione in questi casi continua ad essere svolta, proprio perché conforme alla *ratio* dell'art. 169-bis<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Il divieto di esecuzione individuale determina la carenza dell'interesse dei creditori ad agire in revocatoria, in quanto gli effetti di tale azione sono volti proprio alla declaratoria di inefficacia dell'atto di disposizione per consentire di agire in via esecutiva sul bene recuperato. Sul punto cfr. Trib. di Vicenza, 11 maggio 2016.

<sup>248</sup> La giurisprudenza, pur non esprimendosi direttamente sul punto, ha stabilito con costanza che il patto di compensazione continua ad operare nel corso della procedura di concordato preventivo, e che il principio della cristallizzazione

In ultima istanza, può farsi riferimento all'ipotesi in cui il patto compensativo sia concluso successivamente all'apertura della procedura. In quanto negozio a titolo oneroso esso rientra tra gli atti di straordinaria amministrazione, e come tale per essere efficace deve essere autorizzato dal giudice delegato.

Non è da escludere che egli possa concedere l'autorizzazione a concludere tale accordo, nel caso in cui esso acceda ad una operazione negoziale complessa. L'accordo di compensazione ai sensi dell'art. 1252, comma 2, c.c. potrebbe, infatti, avere la funzione di garantire la soddisfazione della parte *in bonis* nell'ambito di operazioni poste in essere nell'ottica del proseguimento dell'attività di impresa.

## **7. Compensazione e consecuzione delle procedure.**

L'instaurazione della procedura di concordato preventivo non è di per se destinata ad avere esiti positivi. Anzi, è possibile e frequente che a fronte dell'insuccesso del concordato ad esso «segua» il fallimento, e ciò rende necessario interrogarsi sul rapporto che intercorre tra i due procedimenti<sup>249</sup>.

Salvo alcuni dubbi<sup>250</sup>, secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, qualora sia possibile individuare un nesso di

---

fallimentare non interferisce con il medesimo. In particolare la corte ha stabilito che in caso di anticipazioni bancarie, in presenza di un patto di compensazione accessorio al contratto di mandato, è possibile attuare la compensazione anche tra crediti anteriori e posteriori all'apertura della procedura, cfr. Cass. civ., sez. I, 1 settembre 2011, n. 17999. In senso conforme nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Bolzano, 5 aprile 2016. Sul punto, tuttavia, occorre segnalare una visione minoritaria della giurisprudenza secondo la quale i principi della cristallizzazione operano anche con riguardo al *pactum de compensando*, cfr. Trib. Verona, del 31 agosto 2015.

<sup>249</sup> Le elaborazioni giuridiche in materia di "consecuzione" traggono origine dall'esigenza di coordinare gli effetti giuridici prodotti nell'una e nell'altra procedura, in funzione del riequilibrio degli interessi da esse coinvolti. In particolare, il tema in origine si è posto con riferimento alla decorrenza del "periodo sospetto" della revocatoria fallimentare, e con riguardo alla sorte dei crediti prededucibili contratti nel concordato preventivo. Cfr. Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 1956, n. 3981; Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 1977, n. 4370.

<sup>250</sup> Il principio della consecuzione delle procedure concorsuali è stato oggetto di una lunga evoluzione interpretativa.

continuità tra concordato e successivo fallimento, dovrà farsi applicazione del principio della consecuzione delle procedure<sup>251</sup>.

---

In origine il suo fondamento è stato tratto sul piano strutturale in ragione della unitarietà procedimentale e su quello funzionale dalla omogeneità dei fini. In particolare, si riteneva che l'identità dei presupposti oggettivi delle procedure, la medesima finalità liquidatoria, ed il potere del giudice di dichiarare d'ufficio il fallimento, delineassero l'esistenza di una unica procedura, di cui il procedimento minore rappresentava una fase. Cfr. Cass. civ., sez. I, 18 luglio 1990, n. 7393. Successivamente, con la riforma della legge fallimentare, sono venuti meno alcuni degli elementi su cui si basava la citata ricostruzione interpretativa, ossia l'identità del presupposto oggettivo ed il fallimento d'ufficio. Queste innovazioni avevano spinto alcuni autori a dubitare della persistenza nel nostro ordinamento del principio della consecuzione. Cfr. A. NIGRO, sub art. 67, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2010; G. FAUCEGLIA, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, Torino, 2009, 1639; P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Fallimento*, 2008, 436.

<sup>251</sup> La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria continuano a ritenere che il principio *de quo* caratterizzi il rapporto tra procedure anche sulla base della disciplina vigente. Secondo questa visione, che qui si condivide, la vigenza del principio è attualmente desumibile da diversi dati legislativi e si fonda sulla identità in concreto del presupposto oggettivo delle procedure. In particolare, l'equiparazione giuridica dello stato di crisi e di insolvenza ai sensi dell'art. 160, cpv., l. fall. comporta la possibilità che il dissesto è alla base del concordato preventivo consista in realtà in un vero e proprio stato di insolvenza, accertato in occasione della successiva sentenza di fallimento. Inoltre l'art. 69-bis l. fall. ha testualmente previsto che «nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese», con ciò dando formale tipizzazione al principio della consecuzione delle procedure. In questo contesto, l'interruzione temporale che interviene tra esito negativo del concordato e dichiarazione di fallimento in ragione dell'assenza potere di procedere d'ufficio non è rilevante. La consecutività delle procedure si fonda sull'identità del presupposto causale delle stesse e troverà applicazione qualora la successiva dichiarazione di fallimento sia causalmente connessa con l'esito negativo del concordato, derivando dal medesimo dissesto. In questo senso cfr. Cass. civ., sez. I, 29 marzo 2016, n. 6045, nella quale la corte espressamente afferma che: ove il dissesto sia accertato con la successiva dichiarazione di fallimento, resta intatta la logica unitaria, per quanto il procedimento resti articolato in diversi momenti; il che consente infine di riportare quel medesimo dissesto alla data della prima procedura. In altre parole, codesta unitarietà non recede ove sussista uno iato temporale nella successione dei procedimenti, essendo infine manifestazione di un'unica crisi d'impresa.»; in senso conforme cfr. Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437. In dottrina, di recente,



Ossia, di quel principio di elaborazione giurisprudenziale, che ad oggi sembra aver trovato tipizzazione, secondo il quale gli effetti della dichiarazione di fallimento retroagisce al momento della pubblicazione della domanda di concordato<sup>252</sup>.

La retrodatazione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, in caso di esito negativo del concordato<sup>253</sup>, comporta la

---

condividono questa tesi P. POTOTSCHINIG, *Consecuzione tra procedure concorsuali e nuovi scenari applicativi nella stagione riformatrice*, in *Il fallimento*, 7, 2016, 776; A. PAZZI, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 1, 2015, 21; F. PACILEO, «Consecutio» tra fallimento e concordato preventivo: dal giudice al legislatore, in *Il diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, 2013, 388.

<sup>252</sup> L'individuazione del *dies a quo* della retrodatazione degli effetti della sentenza che dichiara il fallimento consecutivo è stata oggetto di una interpretazione evolutiva, in ragione dell'innovazione normativa di cui all'art. 69-bis l. fall. Precedentemente si riteneva che essi dovessero retroagire alla data di presentazione della domanda. Sul punto si veda Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437 «l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda». A seguito dell'innovazione normativa, tuttavia, sembra più corretto individuare tale momento facendo riferimento alla data di pubblicazione del ricorso. L'art. 69-bis l. fall., secondo l'opinione prevalente, ha codificato il principio della consecuzione, dando rilievo proprio al momento della pubblicazione del ricorso. Inoltre, gli effetti della retrodatazione sono suscettibili di interferire con gli interessi dei terzi, quindi sembra corretto riferire la loro retrodatazione al momento in cui essi possono avere conoscenza della proposizione della domanda di concordato. Conformemente a quanto sostenuto cfr. Cass., sez. I, sent. n. 25728, del 14 dicembre 2016: «Con siffatta specificazione la norma ha recepito, peraltro, proprio il principio di consecuzione tra le procedure [...] Nell'ottica della consecuzione il secondo comma dell'art. 69-bis ha puntualizzato che devesi far riferimento non alla presentazione ma alla pubblicazione della domanda di concordato al registro delle imprese». In dottrina, conformemente cfr. A. PAZZI, (nt. 251). Per una interpretazione restrittiva degli effetti prodotti dall'applicazione del principio de quo cfr. M. CATALDO, *L'interpretazione del nuovo art. 69 bis l.fall. e il regime transitorio*, in *Il Fallimento*, 5, 2017, 557.

<sup>253</sup> Con ciò si intendono i casi in cui il procedimento di concordato preventivo giunga ad una conclusione patologica. Più esattamente si fa riferimento all'eventualità che la dichiarazione di fallimento segua alla inammissibilità della domanda, alla revoca ai sensi dell'art. 173 l. fall., alla mancata omologazione e alla risoluzione o annullamento del concordato. In dottrina sono stati sollevati particolari riserve circa la possibilità di applicare il principio della consecuzione in caso di fallimento susseguente alla mancata ammissione alla procedura, cfr. A. PATI, *Quale compensazione nella "consecuzione" del fallimento a proposta di concordato preventivo inammissibile?*, in *Il Fallimento*, 7, 2015, 815. Tuttavia, sembra che ad oggi

necessità di esaminare la sorte della compensazione già opposta, nonché la facoltà di eccepire la compensazione che non sia stata fatta valere precedentemente<sup>254</sup>.

L'ipotesi di più semplice soluzione è quella in cui la compensazione sia stata eccepita durante la procedura di concordato preventivo ai sensi degli artt. 169 e 56 l. fall.

Si tratta della fattispecie in cui il creditore-debitore abbia opposto la compensazione prima dell'omologazione del concordato. In tal caso il suo effetto estintivo rimarrà opponibile alla massa dei creditori anche nell'eventuale fallimento successivo.

In primo luogo, l'estinzione delle obbligazioni compensabili conserva i suoi effetti, in quanto atto legittimamente posto in essere in osservanza della disciplina che regola le procedure<sup>255</sup>. Inoltre, i presupposti applicativi dell'istituto in costanza di concordato preventivo ed in ambito fallimentare coincidono. Dunque, anche retrodatando la dichiarazione di fallimento al momento della pubblicazione della domanda di concordato, la compensazione potrebbe legittimamente essere attuata.

Diverso è il caso della compensazione opposta successivamente all'omologazione. Come osservato precedentemente, nella fase esecutiva del concordato la compensazione può essere eccepita secondo le norme di diritto comune e nei limiti del diritto di

---

la giurisprudenza si sia attestata sulla posizione opposta, posto che alcuni effetti della procedura si producono già dal momento della proposizione della domanda. Sul punto vedi Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2018, ord. n. 9290: «il fenomeno della consecuzione può venire a configurarsi anche nel caso in cui alla presentazione della domanda di concordato non abbia poi fatto seguito il decreto di ammissione alla relativa procedura»; in senso conforme cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 19 luglio 2016, n. 14781; Cass. civ., sez. I, 14 marzo 2014, n. 6031.

<sup>254</sup> Con specifico riguardo alle interferenze tra compensazione e consecuzione delle procedure cfr. Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015.

<sup>255</sup> In merito alla efficacia degli atti posti in essere in costanza di concordato preventivo nel successivo fallimento, cfr., tra i molti, M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, in *commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2014, 705 ss.; A. AUDINO, sub art. 173, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Cedam, Padova, 2017; A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja Branca: Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, Bologna-Roma, 1979, p. 302. Per la specifica attuazione del principio alla compensazione cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50), 284. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2016, n. 20113.

credito per come modificato dall'omologazione. Ciò comporta che il suo effetto estintivo ricadrà in un momento successivo a quello rispetto al quale retroagiscono gli effetti della dichiarazione e potrebbe interessare obbligazioni sorte successivamente alla domanda di concordato.

Questa fattispecie estintiva potrebbe non superare inderne la retrodatazione degli effetti dell'apertura di fallimento.

In primo luogo essa non è attuata in ragione delle disposizioni che regolano la procedura, ed esorbita dall'ambito di applicazione dell'art. 56 l. fall. In secondo luogo, come detto, riguarderebbe obbligazioni sorte successivamente al momento in cui retroagiscono gli effetti della sentenza di fallimento o obbligazioni divenute compensabili nello stesso intervallo temporale. Ciò comporta che non sarebbe rispettato né il principio dell'anteriorità genetica, né quello della coesistenza qualificata, dunque sembrerebbe corretto ritenere che la compensazione effettuata in questa ipotesi non è opponibile alla massa dei creditori nel fallimento successivo<sup>256</sup>.

A questa soluzione farebbero poi eccezione tutti i casi in cui la compensazione, attuata nella fase di esecuzione, possa considerarsi posta in essere in funzione della procedura. In quanto gli atti strumentali all'attuazione del concordato conservano i loro effetti nel fallimento successivo.

Da ultimo occorre analizzare l'eventualità in cui la compensazione, opponibile nel corso della procedura di concordato preventivo, non sia stata fatta valere. Essa sarà opponibile al fallimento successivo nei limiti dell'art. 56 l. fall., ossia qualora la coesistenza qualificata o l'anteriorità genetica delle obbligazioni (a seconda della tesi a cui si aderisce) risalga ad un momento anteriore alla pubblicazione della domanda di concordato. Ciò in quanto è a tale momento che retroagiscono gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, in caso di consecuzione delle procedure<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> In dottrina sul punto cfr. G. LO CASCIO, (nt. 211), 347.

<sup>257</sup> La ricostruzione sistematica svolta, sembra trovare conferma in una recente pronuncia giurisprudenziale. In proposito vedi Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015. La fattispecie sottoposta all'esame del giudice verteva sulla opponibilità al

In conclusione, dal momento che nell'ipotesi *de quo* il concordato preventivo si assume essere una fase della procedura fallimentare, rimarranno opponibili alla massa le posizioni di garanzia sorte anteriormente alla pubblicazione della domanda di concordato. Ne consegue che la compensazione già opposta al momento della dichiarazione di fallimento conserverà i suoi effetti se attuata in conformità alle norme che regolano la procedura di concordato. Mentre nel caso in cui sia stata opposta successivamente all'omologazione, i suoi effetti rimarranno saldi solo nel caso in cui risultino funzionali alla procedura.

## **8. Liquidazione coatta amministrativa e compensazione legale.**

Le disposizioni dettate dalla legge fallimentare al fine di disciplinare la liquidazione coatta amministrativa delineano un modello normativo, che viene di volta in volta integrato dalle leggi speciali<sup>258</sup>.

È la stessa normativa di settore ad individuare i presupposti soggettivi ed oggettivi per l'accesso alla liquidazione, che non coincidono con quelli tipici del fallimento<sup>259</sup>. Con particolare riferimento ai presupposti oggettivi, tuttavia, l'insolvenza si aggiunge in rapporto di alternatività a quelli previsti dalle leggi

---

fallimento successivo della compensazione di un credito antecedente alla domanda di concordato, con un debito sorto successivamente. Il tribunale ha escluso la possibilità del creditore di far valere la compensazione, proprio in virtù del principio della compensazione. La retrodatazione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento impediva, infatti, di ritenere che entrambi i crediti avessero radice causale anteriore al fallimento. Nello stesso senso, in una analoga fattispecie, cfr. Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2010, n.18437.

<sup>258</sup> La disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa contenuta nella legge fallimentare risponde all'esigenza di definire un modello procedimentale uniforme, eliminando differenze ingiustificate tra le normative di settore e colmando le lacune normative. Queste esigenze, tuttavia, sono state contemplate considerando le peculiarità proprie di ciascun settore economico, che continuano a riflettersi nella normativa di settore. Sul punto cfr. A. BONSIGNORI, (nt. 234).

<sup>259</sup> Il potere dell'autorità amministrativa di dare impulso all'instaurazione della procedura è esercitabile anche qualora emergano violazioni gravi delle regole di corretta gestione e non solo in caso di insolvenza.

speciali. In particolare essa configura un requisito sufficiente ma non necessario ai fini dell'apertura della procedura<sup>260</sup>.

L'attività commerciale condotta in determinati ambiti economici interferisce con interessi pubblici sensibili e qualora sia svolta in condizioni patologiche, la pubblica amministrazione diviene legittimata ad intervenire in tutela dell'interesse generale<sup>261</sup>. In questi termini è possibile ricostruire la funzione dell'istituto, che è volto alla rimozione dal mercato delle imprese assoggettate alla procedura, nell'ottica della tutela dell'interesse pubblico<sup>262</sup>.

Tuttavia, la liquidazione dell'impresa coinvolge anche interessi di natura privata individuale, anch'essi meritevoli e che, dunque, non possono essere trascurati. Proprio al fine di tutelare tali interessi, la legge fallimentare stabilisce che il provvedimento che ordina l'apertura della liquidazione coatta amministrativa

---

<sup>260</sup> A norma dell'art. 195 l. fall. l'accertamento dello stato di insolvenza di un'impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento, determina l'apertura della procedura. Tuttavia, è la stessa legge fallimentare all'art. 202 a disporre che l'accertamento dell'insolvenza può essere anche successivo, con l'effetto di rendere applicabile la disciplina delle azioni revocatorie.

<sup>261</sup> L'interesse della comunità ad un corretto e fisiologico esercizio dell'attività di impresa è ritenuto prioritario dalla legge, che attribuisce speciali poteri di intervento all'autorità amministrativa. In questo senso cfr. G. BAVETTA, *La liquidazione coatta amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>262</sup> Per un'analisi approfondita della tesi che qui si condivide cfr. Castiello D'Antonio-Falcone, *Le Liquidazioni coatte amministrative*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, Utet, Torino, 2014, 620; nello stesso senso E. STASI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo 3, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, UTET, Torino, 2016 3929.

produce i medesimi effetti causati dalla dichiarazione di fallimento<sup>263</sup>, salvo quelli che riguardano la persona del fallito<sup>264</sup>.

In particolare, per ciò che qui più interessa, gli artt. 200 e 201 l. fall. rendono applicabili alla liquidazione coatta amministrativa gli artt. 42, 44, nonché le prescrizioni di cui agli artt. 51-63 l. fall.

Si delinea così un concorso con insolvenza meramente eventuale, per mezzo del quale la legge assicura una tutela incidentale ma effettiva ai creditori dell'ente, che deve essere rimosso dal mercato.

L'attuazione del concorso in assenza di insolvenza, quale modalità di tutela degli interessi della massa, non può spingersi sino a travolgere per mezzo della revocatoria fallimentare gli effetti degli atti posti in essere da quanti hanno intrattenuto rapporti giuridici con l'impresa. Proprio questa ragione si pone alla base del disposto dell'art. 203 l. fall., secondo il quale solo la dichiarazione di insolvenza rende applicabile alla liquidazione coatta amministrativa la disciplina di cui al titolo II, capo III, sezione III<sup>265</sup>.

A questo punto si pone il problema di definire l'ambito di applicazione dell'art. 56 l. fall., all'interno del quadro brevemente delineato.

---

<sup>263</sup> Una conferma di tale enunciato si trae, in primo luogo, dalla Relazione al R. decreto 16 marzo 1942-XX, n. 267, Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia, anno 82 n. 81, 16 «Gli effetti della messa in liquidazione sono indicati dagli articoli 200 e 201: la liquidazione è cioè assimilata al fallimento per quel che riguarda la perdita dell'amministrazione e della disponibilità dei beni da parte del debitore (articoli 42, 44, 45, 46 e 47), le conseguenze nei riguardi dei creditori connesse all'applicazione della *par condicio*, e i rapporti giuridici preesistenti (titolo II, sezioni II e IV).»

L'interesse dei creditori, dunque, trova spazio nelle modalità attraverso le quali si procede alla eliminazione dell'impresa dal mercato, che rispondono pur sempre alle logiche del concorso paritario sui beni del debitore assoggettato alla procedura. In dottrina sul punto cfr. A. BONSIGNORI, (nt. 234), 503.

<sup>264</sup> Sulla liquidazione coatta amministrativa intesa come fallimento senza effetti personali cfr. A. BONSIGNORI, *Della liquidazione coatta amministrativa*, in Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, Bologna-Roma, 1974, 145.

<sup>265</sup> Sul punto cfr. G. GUERRERA, *Gli effetti della liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. 3, a cura di G. Ragusa Maggiore e C. Costa, Utet, Torino, 2009, 863.

Secondo una dottrina risalente l'art 56 l. fall. sarebbe applicabile solo nel caso in cui il debitore sottoposto alla procedura versi in stato di insolvenza. Dunque, la norma sarebbe incompatibile con il procedimento di liquidazione coatta amministrativa, fin tanto che non venga dichiarata l'insolvenza<sup>266</sup>.

Questa tesi non pare condivisibile.

In primo luogo, come visto, l'unico effetto che espressamente discende dalla dichiarazione di insolvenza attiene alla applicabilità della disciplina della revocatoria fallimentare.

In secondo luogo, la compensabilità dei crediti, anche non scaduti, discende direttamente dall'art. 56 l. fall. che una volta richiamato svolge direttamente la sua funzione, anche in assenza di insolvenza<sup>267</sup>.

Dal punto di vista sistematico, inoltre, l'art. 56 l. fall. trova la sua collocazione all'interno del concorso, quale norma derogatoria. Dal momento che il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa determina l'apertura del concorso, la disposizione *de quo* svolge pienamente la sua funzione.

La norma, infatti, ha proprio lo scopo di derogare al vincolo posto sul patrimonio del fallito dagli artt. 42 e 44 l. fall., nonché al divieto di soddisfazione individuale di cui agli artt. 51 e 52 l. fall. Dunque, ove sia la stessa legge a disporre l'applicazione di tali disposizioni pur in assenza di insolvenza, estendendo gli effetti prodotti dalla dichiarazione di fallimento, l'art. 56 l. fall. trova ragione di operare, sottraendo il creditore-debitore *in bonis* al concorso.

## **9. La compensazione nella l.c.a. bancaria**

Le modalità di attuazione della compensazione legale nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa bancaria suscitano particolare interesse. Il testo unico bancario, infatti, ne detta una disciplina del tutto peculiare.

La presenza di irregolarità nell'amministrazione, di violazioni di disposizioni legislative, amministrative e statutarie e di perdite patrimoniali, se connotati da un grado di eccezionale gravità,

---

<sup>266</sup> Cfr. E. GIULIANO, (nt. 25).

<sup>267</sup> Cfr. M. FOSCHINI, (nt. 50).

costituiscono il presupposto dell'apertura della l.c.a. bancaria. La procedura mira alla eliminazione dal mercato dell'ente creditizio, al fine di tutelare la liquidità e la stabilità del sistema bancario, evitando rischi di contagio, nell'interesse del sistema economico globalmente inteso<sup>268</sup>. Questa finalità è attuata per mezzo della procedura di liquidazione, che consente di tutelare in via mediata anche le ragioni della massa dei creditori.

L'art. 83 t.u.b. si occupa, da rubrica, di normare gli effetti del provvedimento che dispone la liquidazione coatta «per la banca, per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti». Tali effetti coincidono in larga parte con quelli previsti dalla disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa.

Anche nel caso degli enti creditizi, quindi, il procedimento di liquidazione coatta si configura come un concorso ad insolvenza eventuale, per il quale l'incapienza patrimoniale si pone come presupposto per l'esercizio della revocatoria fallimentare.

Per espressa volontà di legge, anche in questo caso, saranno applicabili gli artt. 42, 44, 51, e 52 l. fall. Come esposto nel corso della trattazione, tali norme in assenza della deroga posta dall'art. 56 l. fall., sarebbero incompatibili con l'attuazione della compensazione successivamente all'apertura della procedura. A questo punto, però, si coglie una significativa differenza circa le modalità di attuazione della compensazione legale, rispetto a quanto stabilito dal modello generale di liquidazione coatta e dalla disciplina del fallimento.

Infatti, l'art. 83, comma 3-bis, t.u.b. dispone che «in deroga all'articolo 56, primo comma, della legge fallimentare, la compensazione ha luogo solo se i relativi effetti siano stati fatti valere da una delle parti prima che sia disposta la liquidazione coatta amministrativa».

Posto che, come visto, la compensazione può essere fatta valere nel corso della procedura sia in via giudiziaria, che in via stragiudiziale, nonché in sede di accertamento del passivo, non può ritenersi che la disposizione integri, configuri o sia espressione

---

<sup>268</sup> Cfr. B. INZITARI, *La disciplina della crisi nel testo unico bancario e nel nuovo diritto della crisi dell'impresa*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Utet, Torino, 2016, 4164.



di limitazioni del potere di agire in sede processuale nei confronti della liquidazione coatta.

Anzi, l'analisi di questo enunciato normativo si rivela molto interessante, sia al fine di determinare la disciplina applicabile al caso specifico e sia al fine di proporre una ricostruzione sistematica dell'istituto.

#### **10. Il comma 3-bis dell'art. 83, testo unico bancario.**

La disposizione di cui all'art. 83, comma 3-bis, t.u.b deve essere letta alla luce della sua particolare genesi. Essa, infatti, è stata introdotta nell'ordinamento attraverso il dlgs. n. 181 del 16 novembre del 2015, il quale ha apportato modifiche al t.u.b., in attuazione della direttiva n. 2014/59/UE (BRRD).

Parte della dottrina ha rilevato che proprio le esigenze di coordinamento tra la disciplina della risoluzione e quella della l.c.a. bancaria hanno determinato l'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 83 t.u.b, negando alla disposizione qualsivoglia rilevanza sistematica<sup>269</sup>. In materia di risoluzione, la normativa interna di recepimento ha stabilito che ai fini della svalutazione dei crediti si tiene conto del valore delle passività al netto delle compensazioni non ancora opposte<sup>270</sup>. In questa ottica, nonostante la direttiva europea non disciplini direttamente il caso della l.c.a. bancaria, il principio generale del trattamento non deteriore (no creditor worse off)<sup>271</sup> avrebbe imposto al legislatore di rendere

---

<sup>269</sup> In questo senso vedi E. GALANTI, sub art. 83, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Cedam, Padova, 2018.

<sup>270</sup> L'art. 52, comma 2, lett. C), dlgs. n. 180 del 16 novembre 2015 stabilisce, infatti, che la svalutazione sia attuata al netto delle sole compensazioni già opposte. In questa parte, la norma sembra aver adottato i principi internazionali TLAC per come espressi dal Financial stability board. In particolare, secondo tali standard, le misure di gestione della crisi devono essere attuate al lordo delle compensazioni al fine di garantire la loro idoneità rispetto al conseguimento degli obiettivi della risoluzione. Ciò in quanto le compensazioni minano la capacità di assorbimento delle perdite propria delle misure di svalutazione. Sul punto cfr. Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs, in Resolution. Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet, 9 novembre 2015, <http://www.fsb.org>, 14.

<sup>271</sup> Il principio del trattamento non deteriore orienta l'intera disciplina di origine comunitaria. Esso emerge già nei considerando 50 e 51 della direttiva 2014/59/UE,

inopponibili alla liquidazione le compensazioni non attuate antecedentemente al provvedimento di apertura. Ciò al fine di assicurare ai creditori il medesimo trattamento sia in caso di risoluzione che di liquidazione<sup>272</sup>.

L'esigenza di coordinamento evidenziata, ha sicuramente influenzato il legislatore nella scelta di adottare un eguale regime giuridico delle compensazioni nei due diversi procedimenti. Tuttavia, essa non sembra assorbire del tutto le ragioni della disciplina. Dall'interpretazione della BRRD non pare potersi trarre l'esistenza di un vincolo giuridico tale da rendere necessariamente inopponibile la compensazione successivamente all'avvio della risoluzione.

La disciplina europea individua l'ambito di applicazione delle svalutazioni facendo riferimento a «tutte le passività» salvo quelle espressamente escluse<sup>273</sup>, tuttavia essa non prende in considerazione il caso in cui tra le passività sussistano crediti compensabili facenti capo al soggetto *in bonis*. Anzi, proprio in virtù del principio di trattamento non deteriore, sarebbe stato possibile colmare la lacuna estendendo alla risoluzione la disciplina della compensazione propria della liquidazione<sup>274</sup>. In questo modo, sarebbe stato posto in essere un processo logico-giuridico inverso rispetto a quello attuato, assecondando gli

---

inoltre trova espressa consacrazione normativa nell'art. 34 il quale dispone che «nessun creditore sostiene perdite più ingenti di quelle che avrebbe sostenuto se l'ente o l'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza», il medesimo principio, inoltre, è richiamato dagli artt. 73 e 75 al fine di prevedere degli strumenti di indennizzo per il caso in cui in concreto il creditore subisca perdite ulteriori rispetto a quelle che avrebbe subito in caso di liquidazione.

<sup>272</sup> E. GALANTI, (nt. 269).

<sup>273</sup> Cfr. art. 44 dir. 2014/59/UE.

<sup>274</sup> Il considerando n. 50 della direttiva richiede che «per tutelare gli azionisti e creditori che si trovano coinvolti nella procedura di liquidazione dell'ente, è opportuno sancirne il diritto a ricevere, in pagamento o a compensazione dei loro crediti nel quadro di tale procedura, una somma non inferiore a quella che, secondo le stime, avrebbero recuperato se l'ente fosse stato integralmente liquidato con procedura ordinaria di insolvenza». L'interpretazione dell'art. 44 alla luce del principio espresso, avrebbe giustificato - se non imposto - l'esclusione dei crediti compensabili dal computo delle passività soggette a svalutazione.

obiettivi di maggiore tutela dei creditori fatti propri dalla direttiva<sup>275</sup>.

Inoltre, anche qualora si ritenesse che l'attuazione della normativa di origine europea - in ossequio ai principi di effettività e rapidità di azione<sup>276</sup> - imponesse di comprendere nell'ammontare passivo soggetto a svalutazione anche i crediti compensabili, non sarebbe stato comunque necessario estendere tale soluzione anche alla liquidazione coatta.

Infatti, la stessa direttiva agli artt. 73 e 75 prescrive la predisposizione di un meccanismo di riequilibrio delle ragioni dei creditori che subiscano pregiudizi superiori a quelli che subirebbero in caso di liquidazione. Il sistema si fonda sull'attribuzione di un indennizzo *ex post*, che sulla base di una valutazione indipendente equipari il trattamento dei creditori titolari di obbligazioni compensabili a quello che sarebbe stato riservato loro in sede di liquidazione.

Il legislatore italiano ha recepito tali disposizioni agli artt. 88 e 89, dlgs. n. 180 del 16 novembre 2015. Le norme, specialmente se strutturate tramite riferimento esplicito ai crediti compensabili, sarebbero state idonee a garantire il rispetto del principio del trattamento non deteriore, conciliandolo con quello della rapidità, nel cui rispetto, in una prima fase, anche i crediti compensabili avrebbero subito la svalutazione.

---

<sup>275</sup> Con particolare riguardo alla modalità di ricezione della direttiva in tema di compensazione legale cfr. L. ANDRETTO, *La nuova disciplina della compensazione nella l.c.a. bancaria*, in *ilfallimentarista.it*, 02.08.2017. L'autore arriva a sostenere che con l'introduzione del comma 3-bis *de quo*, lungi dall'essere doverosa, il legislatore abbia eluso e non attuato il principio del trattamento non deteriore, incidendo sul *tertium comparationis*.

<sup>276</sup> La rapidità nella gestione della crisi rappresenta un elemento cardine del sistema di risoluzione, necessario al fine di perseguire e raggiungere gli obiettivi delle misure di gestione della crisi. Esso trova riconoscimento normativo espresso nei considerando 15, 121 e 124; nonché all'art. 3, comma 8, dir. n. 2014/59/UE secondo il quale «Gli Stati membri provvedono a che ogni autorità di risoluzione disponga delle competenze, risorse e capacità operative atte ad applicare le azioni di risoluzione e sia in grado di esercitare i suoi poteri con la rapidità e flessibilità necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione.». Inoltre, la svalutazione operata al lordo delle compensazioni non opposte può implementare la capacità di assorbimento delle perdite e quindi l'idoneità delle misure al perseguimento degli scopi della risoluzione, sul punto cfr. *supra* nt. 246.

In conclusione, sembra corretto ritenere che la disciplina introdotta dal legislatore non sia frutto di una scelta necessitata.

La risoluzione ha effetti anticipatori del concorso e coinvolge interessi omogenei rispetto a quelli che emergono in sede di liquidazione<sup>277</sup>. Quindi, è del tutto coerente che la disciplina applicabile ad entrambe le fattispecie sia frutto di coordinamento. Tuttavia, posto che il legislatore ha agito nell'esercizio della propria discrezionalità, la scelta operata dalla legge, sia in materia di misure di gestione della crisi che di liquidazione, deve essere interpretata attentamente, e non può liquidarsi come episodica e necessaria.

## 11. La rilevanza sistematica della disposizione.

Secondo l'enunciato normativo in esame, «la compensazione ha luogo solo se i suoi effetti siano fatti valere» anteriormente alla apertura della procedura.

Dal punto di vista letterale la disposizione pare confermare l'impostazione seguita nel corso dell'argomentazione, secondo cui la dichiarazione di volersi avvalere della compensazione integra un elemento essenziale della fattispecie compensativa.

L'opposta ricostruzione, che vorrebbe l'effetto estintivo della compensazione già prodotto *ipso iure* al momento della coesistenza, risulta meno aderente al testo secondo il quale la compensazione non «ha luogo». Infatti, il significato di tale espressione può essere ricondotto al «verificarsi», quindi proprio alla produzione di effetti pur retroattivi, e la legge stessa riconnette tale evento all'espressione della volontà della parte.

Se la compensazione operasse effettivamente *ipso iure*, inoltre, sarebbe del tutto irragionevole non consentire di avvalersi di un effetto estintivo già prodottosi *ex lege*, prima dell'apertura della procedura. Dal punto di vista sostanziale, infatti, si sottoporrebbe a svalutazione o falcidia un credito inesistente, pretendendo al contempo l'adempimento di un debito verso la banca altrettanto

---

<sup>277</sup> Sul punto cfr. B. INZITARI, BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (D.LGS. N. 180 DEL 2015), in *Contratto e impresa*, 3, 2016.

estinto, per giunta negando l'esercizio del diritto di difesa al creditore *in bonis*.

Dunque, anche alla luce dell'art. 83 t.u.b. sembra più corretto ritenere che l'opposizione integri un elemento essenziale della compensazione e che, dunque, le modificazioni della realtà sostanziale, prodotte nel periodo di compensabilità dall'apertura del concorso, interrompano sul piano sostanziale la formazione della fattispecie compensativa. Pertanto, lì dove non operi una deroga agli effetti preclusivi prodotti dagli artt. 42, 44, 51 e 52 l. fall., la compensazione non potrà più essere opposta successivamente all'instaurarsi della procedura.

Una tale scelta, si giustifica sul piano degli interessi coinvolti, proprio in relazione alla particolare tipologia dell'ente sottoposto a liquidazione.

In caso di apertura del concorso, come visto, il creditore biunivoco ha interesse a far valere la propria posizione di garanzia – configuratasi al verificarsi dei presupposti di cui all'art. 1243 c.c. –, sottraendosi in via di autotutela alla procedura collettiva, e quindi attuando la compensazione ancora non opposta. Viceversa, la massa dei creditori è titolare di un opposto interesse alla redistribuzione concorsuale di tutti i beni esistenti nel patrimonio del debitore al momento dell'apertura della procedura e dunque anche del credito che il fallito vanta verso il suo debitore *in bonis*.

Nel caso della l.c.a. bancaria, inoltre, agli interessi privati, si aggiunge l'esigenza di assicurare una tutela efficace degli interessi generali coinvolti dalla crisi degli istituti di credito<sup>278</sup>. In questo caso, dunque, la rilevanza e la preminenza dell'interesse generale sensibile, cui accede quello della massa, rende necessario un particolare bilanciamento delle esigenze coinvolte, che differisce da quello operato in sede fallimentare.

---

<sup>278</sup> Come noto, la crisi degli istituti di credito, così come quella dei soggetti che operano sul mercato finanziario, coinvolge interessi generali di particolare rilevanza. La stabilità del sistema finanziario, infatti, è preconditione di uno sviluppo fisiologico dell'attività economica. L'irregolarità nella gestione di questi enti e le crisi di liquidità ad essi riferite, determinano l'insorgenza di elevati rischi di contagio che possono porre in pericolo interi settori dell'economia. Sul punto cfr. B. RAGANELLI, *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2017, 339.

Mentre nel fallimento prevale l'interesse del creditore-debitore in *bonis* alla attuazione dell'autotutela in funzione di garanzia, nella l.c.a. bancaria prevale il differente interesse ad un rapido e diffuso assorbimento delle perdite, idoneo ad evitare il rischio contagio nell'ottica dell'interesse alla stabilità finanziaria.

Proprio tale differente equilibrio trova espressione sul piano normativo tramite il disposto dell'art. 83, comma *3-bis*, t.u.b. e rende ragionevole la deroga all'art. 56 l. fall., escludendola possibilità di configurare una discriminazione irragionevole ai sensi dell'art. 3, cost.

Ecco che, quindi, le norme che disciplinano il concorso tornano a prevalere, l'art. 56 l. fall. non opera, e la fattispecie compensativa non può perfezionarsi successivamente alla apertura della procedura, anche se i presupposti di cui all'art. 1243 c.c. si fossero già verificati anteriormente.

In ultima istanza, il rapporto derogatorio che intercorre tra la norma di cui all'art. 56 l. fall. e quella di cui all'art. 83, comma *3-bis*, t.u.b. conferma quanto sostenuto in merito alla funzione dell'art. 56 l. fall.

Il comma *3-bis* stabilisce che non è possibile opporre la compensazione successivamente all'apertura del concorso per crediti già compensabili anteriormente. Ma se ciò avviene in deroga all'art. 56 l. fall. - come testualmente prescritto - allora significa che la funzione della disposizione fallimentare è proprio quella di attribuire il potere di opporre la compensazione nonostante l'apertura della procedura.

## **12. Il secondo periodo del comma *3-bis* e la compensazione volontaria.**

Il comma *3-bis* dell'art. 83 t.u.b., dopo essersi occupato della deroga all'art. 56 l. fall., detta una disciplina espressamente riferita alla compensazione volontaria.

In particolare, la disposizione stabilisce che la compensazione non ha luogo, «salvo che la compensazione sia prevista da un contratto di garanzia finanziaria di cui al decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170, da un accordo di *netting*, come definito dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto legislativo o da un

accordo di compensazione ai sensi dell'articolo 1252 del codice civile.»

Il rapporto di eccezione a norma che intercorre tra il secondo periodo ed il primo, deve essere interpretato nel senso che la compensazione potrà operare anche successivamente all'apertura della liquidazione, se prevista da un accordo concluso tra le parti anteriormente ad essa.

Anche questa soluzione è stata adottata dal legislatore italiano coordinando la disciplina della risoluzione bancaria di origine europea con quella della liquidazione coatta.

La direttiva 2014/59/UE, infatti, dispone che la normativa di recepimento debba tutelare adeguatamente i contratti di compensazione e di netting (art. 76), nonché impedire la modifica o l'estinzione dei diritti e delle passività compensabili in virtù di tali accordi (art. 77), pur escludendo che la adozione di una misura di gestione della crisi integri «di per sé» un elemento della fattispecie pattizia (art. 68).

Particolarmente significativo è il divieto di estinzione o modificazione delle passività compensabili in ragione di accordi di compensazione, che dimostra l'esistenza di un particolare *favor* del legislatore europeo rispetto alla esecuzione e prosecuzione del regolamento negoziale che le parti hanno predisposto in funzione di garantire e regolare la soddisfazione delle loro pretese.

In questa sede emerge appieno la differenza tra il modo di operare della compensazione legale e quella volontaria. Infatti, ai sensi dell'art. 83, comma 3-*bis* t.u.b., ove è inattuabile la compensazione legale, rimane possibile ricorrere a quella volontaria in virtù di una pattuizione antecedente all'apertura del concorso.

Questa disparità di trattamento delle fattispecie si giustifica proprio nell'ottica, già evidenziata, della distinzione tra negozio compensativo con funzione di garanzia concluso anteriormente alla procedura, e la facoltà di estinguere le obbligazioni reciproche in virtù di particolari condizioni di fatto, che sono ritenute giuridicamente rilevanti nei termini della configurazione di una posizione di garanzia con conseguente attribuzione di uno strumento di autotutela.

La compensazione volontaria è pur sempre un negozio in corso di esecuzione e dunque la legittimità dei suoi effetti deve essere misurata alla luce della disciplina dei rapporti pendenti.

La norma in esame interviene proprio su questo piano, ed in proposito si rende necessario verificare il suo ambito di applicazione.

Il problema che si pone è quello di verificare essa si riferisca all'ipotesi in cui le condizioni della compensazione legale si siano verificate anteriormente al concorso, o anche a quelle in cui le condizioni della compensazione volontaria maturino successivamente all'apertura della procedura.

Sul piano testuale potrebbe considerarsi che l'eccezione che si configura rispetto alla compensazione volontaria si riferisca semplicemente alla facoltà di rilevare successivamente all'apertura della procedura gli effetti già anteriormente prodotti. Tuttavia, tale lettura rende la disposizione priva di portata precettiva. Infatti, la compensazione volontaria produce i suoi effetti a prescindere dall'opposizione di parte, ciò in quanto la volontà di avvalersene è già espressa in sede di conclusione dell'accordo<sup>279</sup>.

Nel momento in cui si verificano le condizioni previste dal contratto i crediti si estinguono per effetto dello stesso. Dunque, in questo caso, a nulla servirebbe prevedere espressamente l'operatività del *pactum de compensando*.

A fronte di quanto argomentato sembra corretto ritenere che in virtù del comma 3-bis il negozio di compensazione volontaria sopravviva all'apertura della procedura, e sia suscettibile di produrre i suoi effetti anche nel corso della stessa.

La deviazione rispetto al regime del concorso, ed in particolare rispetto all'art. 72 l. fall., è voluta dalla legge proprio in ragione delle particolarità dei rapporti contrattuali che vedono come parti gli istituti di credito o gli intermediari finanziari. Tali particolarità configurano esigenze differenti, meritevoli di una diversa tutela.

Le particolari esigenze di certezza dei traffici commerciali presenti in questo settore, qualora vengano in rilievo rispetto ad un contratto con funzione di garanzia ed autotutela, comportano

---

<sup>279</sup> Sul punto cfr. *supra*, cap. III, parr. 2 e 3.



il riconoscimento di una tutela giuridica superiore rispetto a quella accordata alla compensazione legale in ragione di una mera situazione di fatto. Ecco, dunque, che il comma 3-*bis* fa salvo il *pactum de compensando*.

### **13. La compensazione nella amministrazione straordinaria.**

Le modalità operative della compensazione nel procedimento di amministrazione straordinaria in larga misura coincidono con quelle proprie delle altre procedure concorsuali.

Questo in virtù dei rinvii operati dalla disciplina speciale, che pur distinguendo in fasi il procedimento che porta all'apertura della amministrazione straordinaria, in termini di effetti per i creditori adotta le medesime soluzioni.

Il riferimento è in particolare agli artt. 18, 19, 36 e 48 del dlgs. n. 270 del 8 luglio 1999.

Le prime due disposizioni sono dettate al fine di disciplinare il subprocedimento volta all'accertamento dei requisiti necessari per procedere all'apertura della amministrazione straordinaria.

Secondo l'art. 18, la dichiarazione di insolvenza resa nell'ambito del procedimento volto all'ammissione alla amministrazione straordinaria determina l'applicazione degli artt. 167, 168, 169 l. fall. disponendo, tuttavia diversamente da quanto avviene nel concordato preventivo, potranno essere effettuati pagamenti autorizzati dal giudice delegato anche al di fuori del procedimento disciplinato dall'art. 182-*quinquies* l. fall. Ai sensi dell'art. 19, inoltre, nel caso in cui già in questa fase si proceda alla nomina del commissario giudiziale troveranno applicazione anche gli artt. 42 e 44 l. fall., anticipando gli effetti del completo spossessamento.

Il quadro che si produce, in questo modo, coincide con quello in cui tipicamente opera l'art. 56 l. fall., che potrà essere applicato in virtù del richiamo all'art. 169 l. fall.

Nella fase successiva, ossia qualora il tribunale abbia dichiarato aperta la procedura di amministrazione straordinaria, si riproduce la medesima situazione giuridica. In quanto ai sensi dell'art. 48 vige il divieto di azioni esecutive individuali, mentre in ragione

del richiamo di cui all'art. 36 l. fall. saranno applicabili le disposizioni di cui agli artt. 200 e 201 l. fall.

Una particolarità degna di nota si registra, invece, nel procedimento di amministrazione straordinaria di cui al dl. n. 347 del 23 dicembre 2003.

Questo procedimento si caratterizza per l'anticipazione dell'apertura della procedura, attuata tramite la cd. ammissione immediata. Ai sensi dell'art. 2, comma 2-bis, il decreto di apertura produce tra gli altri, gli effetti di cui all'art. 42 e 44 l. fall., nonché quelli di cui all'art. 48 del dlgs. n. 270 del 8 luglio 1999. Come già osservato, quest'ultima disposizione prescrive il divieto assoluto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali.

Dunque, a ben vedere, tutti gli effetti incompatibili con l'opposizione della compensazione si producono già a partire dall'ammissione anticipata alla procedura. Tuttavia, non è applicabile l'art. 56 l. fall., in quanto norma eccezionale non espressamente richiamata. In assenza della norma che in via eccezionale consente di opporre la compensazione, deve ritenersi che in questa fase tale facoltà non spetti al creditore-debitore *in bonis*. Questa soluzione si presenta coerente con le finalità conservative del patrimonio, nonché con quelle protettive e organizzative di cui all'art. 48 dlgs. n. 270 del 8 luglio 1999.

Infine, conformemente alla *ratio* propria e originaria dell'art. 56 l. fall., nel caso in cui venga successivamente dichiarata l'insolvenza la norma tornerà ad essere applicabile, in virtù degli effetti che l'art. 4 del dl. n. 347 del 23 dicembre 2003 connette alla dichiarazione dello stato di insolvenza.

## *Bibliografia*

- AA. VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Cedam, Padova, 2018;
- AA. VV., *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2017;
- AA VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Cedam, Padova, 2017;
- AA. VV., *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, UTET, Torino, 2016;
- AA. VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2014;
- AA. VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. Sassani, Giuffr , Milano, 2014;
- AA. VV., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2014;
- AA. VV., *Commentario del codice civile. Delle obbligazioni. Vol. III*, diretto da E. Gabrielli, UTET, Torino, 2013;
- AA VV. *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2010;

- AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare, Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio, Zanichelli, Bologna, 2010;
- AA. VV. *Le obbligazioni. Trattato di Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 2009;
- AA. VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, UTET, Torino, 2009;
- AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2006;
- ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, Giappichelli, 1952;
- ABETE L., *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013;
- AMBROSINI S., A. Jorio, G. Cavalli, *Il fallimento, Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Cedam, Padova, 2008;
- ANDRETTO L., *La nuova disciplina della compensazione nella l.c.a. bancaria*, in *ilfallimentarista.it*, 02.08.2017;
- ANDRIOLI V., *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 382
- APICE U., *Compensazione e procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 1997, 4, 337;
- AZZARO A.M., *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2007;
- BAVETTA G., *La liquidazione coatta amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1974;

- BETTAZZI G., *I presupposti di operatività della compensazione in sede fallimentare*, in *Il fallimento*, 2007,2, 208;
- BIANCA C.M., *Diritto civile. 4 l'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993;
- BIGIAVI W., *Riporto, fallimento compensazione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1966, 270;
- BIONDI B., *Compensazione*, in *Novissimo digesto Italiano. Vol. 3*, UTET, Torino 1984;
- BIONDI B., *La compensazione nel diritto romano*, Stab. tip. Commerciale, Cortona, 1927;
- BOCCHIOLA M., *La nozione di insolvenza dell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 205;
- BONACCORSI DI PATTI D., *In tema di compensazione nel fallimento, cessione dei crediti ed abuso del diritto da parte del cessionario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, 2, 606;
- BONSIGNORI A., *Processi concorsuali minori*, Cedam, Padova, 1997;
- BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1986;
- BONSIGNORI A., *Della liquidazione coatta amministrativa*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, Bologna-Roma, 1974, 145;

- BONSIGNORI A., *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scajola Branca: Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, Bologna-Roma, 1979, 302;
- BOZZA G., *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Il fallimento*, 1999, 4, 417;
- BOZZA G., *Proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, in *Il fallimento*, 1999, 8, 876;
- BOZZA G., *Effetti per i creditori nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 1992, 247;
- CASTAGNOLA A., *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Giur. comm.*, 6, 2015, 1288;
- CATALDO M., *L'interpretazione del nuovo art. 69 bis l.fall. e il regime transitorio*, in *Il Fallimento*, 5, 2017, 557;
- CATALDO M., *Regime della compensazione nei procedimenti concorsuali, par condicio e tutela dei diritti*, in *Il fallimento*, 2016, 6, 688;
- CATALLOZZI P., *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Il Fallimento*, 2008;
- CATTANI M., *Sui debiti contratti dal curatore in sede di amministrazione delle attività fallimentari, sulla possibile compensazione del credito del fallito per i miglioramenti apportati all'immobile e sull'efficacia della sentenza di omologazione del concordato fallimentare*, in *Giurisprudenza italiana*, 1988, 482;

- CENSONI P.F., *Revocatoria fallimentare e compensazione*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 1068;
- CERSISOLI E., *La compensazione dei crediti scaduti ceduti post fallimento*, in *Ilfallimentarista.it*, 2016;
- CESARONI A., *Compensazione di crediti non scaduti*, in *Il fallimento*, 2000, 4, 362;
- COLESANTI V., «*Variations sérieuses*» sul tema della *compensazione nel fallimento*, in *RDC*, 2002, 1, 735;
- COSENTINO PATTI M., *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1983;
- COSTANZA M., *Cessione del credito e compensazione*, in *il fallimento*, 2006, 6, 703;
- COTTINO A., *Le Sezioni unite fanno il punto su fallimento, esclusione del socio e compensazione*, in *Diritto Commerciale*, 2007, 113;
- CUTURI T., *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1909;
- DE MARTINI A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956;
- DE SENSI V., *La concorsualità nella gestione della crisi di impresa*, Luiss Univeristy press, Roma, 2009, 230 e ss;
- DE SENSI V., *Le condizioni operative della compensazione secondo l'orientamento restrittivo della cassazione*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, 1999, 2, 768;

- Di Majo A., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli e Società ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1994;
- DI MAJO A., *Le modalità dell'obbligazione*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 689;
- DIDONE A., *Osservazioni su compensazione e fallimento*, in *Giustizia civile*, 1996, 6, 1563;
- FABIANI M. e LA CROCE G., *L'istituto della compensazione nel concordato preventivo: una operatività a 360 gradi*, in *Il fallimento*, 2015, 6, 633;
- FABIANI M., *Fallimento e concordato preventivo*, in *commentario Scialoja-Branca*, a cura di F Galgano, bologna, 2014, 705 ss.;
- FABIANI M., *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, in *Foro it.*, 1997, I, 165;
- FERRARA F., *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1974, 284.
- FINARDI D., *Compensazione di crediti non scaduti*, in *Il fallimento*, 2000, 10, 1144;
- FINARDI D., *Revocatoria fallimentare del corrispettivo di cessione di credito*, in *Il fallimento*, 8, 1999, 847;
- Foschini M., *La compensazione nel fallimento*, Morano, Napoli, 1965;
- GAGLIANO A., *Della compensazione in materia di fallimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1902, IV, 31;



- GIACALONE G., *Compensazione nel fallimento: nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Giustizia civile*, 2000, 2, 345;
- GIULIANO E., *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955;
- GORASSINI A. e TESCIONE F., *Della compensazione*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016;
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2006;
- INZITARI B., BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D.LGS. N. 180 DEL 2015)*, in *Contratto e impresa*, 3, 2016;
- INZITARI B., *La compensabilità del credito verso il fallito con il controcredito non scaduto del fallito stesso: la prevalenza del diritto comune per l'inesigibilità invertita nel fallimento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1995, 47;
- INZITARI B., *Presupposti civilistici e fallimentari per il riconoscimento al creditore fallimentare della facoltà di compensazione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1992, 2, 1;
- INZITARI B., *Degli effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano-G. Santini, Zanichelli e Soc. ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1988;

- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Giuffrè, Milano, 2015;
- LO CASCIO G., *Ancora sulla compensazione fallimentare*, in *Il fallimento*, 1999, 6, 622;
- LO CASCIO G., *La compensazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Giustizia civile*, 1991, 1721;
- LO SINNO G., *Ammissibilità della compensazione per crediti non scaduti*, in *Il fallimento*, 1997, 1, 81;
- LOGOTEGA S., *Compensazione fallimentare dei debiti da conferimento del socio per aumento di capitale*, *Il fallimento*, 2010, 2, 172;
- MAFFEIS D., FONDRIESCHI A., ROMEO C., *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, UTET, Torino, 2012;
- MAPELLI P., *Fallimento del socio, liquidazione della quota e compensazione fallimentare*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, 5, 771;
- MEOLI F., *Unicità di titolo, esigibilità dei crediti e compensazione nel fallimento*, in *NCGG*, 2000, 1, 283;
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, Giuffrè, Milano, 1994;
- MONTANARI M., *la protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2013, 634;

- MURONI R., *La Consulta conferma la costituzionalità della disciplina della compensazione dei crediti non scaduti ex art. 56, comma 2, l.fall.*, in *Corriere Giuridico*, 2001, 8, 1042;
- NAPPI F., *Contributo alla teoria della compensazione: per una rivisitazione dell'istituto in una prospettiva transnazionale*, Giappichelli, Torino, 1999;
- NATOLI U., *In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile*, in *Il foro italiano*, 1948, IV, 55;
- NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2014;
- PACILEO F., «Consecutio» *tra fallimento e concordato preventivo: dal giudice al legislatore*, in *Il diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, 2013, 388;
- PAJARDI P., *La revocatoria fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2001;
- PANZANI L., *Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente*, in *Il Fallimento*, 2000, 5, 537;
- PATTI A., *Quale compensazione nella "consecuzione" del fallimento a Proposta di concordato preventivo inammissibile?*, in *Il fallimento*, 2015, 7, 815;
- PAZZI A., *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 1, 2015;
- PELEGGI R., *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Jovene, Napoli, 2009;

- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli e Soc. ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1975;
- PICARDI L., *Nuove aperture delle sezioni unite in tema di compensazione nel fallimento*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2001, 3, 278;
- PLENTEDA D., *La compensazione dei crediti nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 1989, 8, 820;
- POTOTSCHINIG P., *Consecuzione tra procedure concorsuali e nuovi scenari applicativi nella stagione riformatrice*, in *Il fallimento*, 7, 2016, 776;
- PROTO C., *I limiti di operatività della garanzia costituita dal credito dell'imprenditore nell'amministrazione controllata*, in *Il Fallimento*, 2001, 7, 796;
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1951;
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974;
- RAGANELLI B., *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2017, 339;
- RAGO G., *Manuale della revocatoria fallimentare*, Cedam, Padova, 2006
- RAGO G., *L'esecuzione del concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1996;

- RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1994;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Compensazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961;
- REDENTI E., *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, 10;
- RORDORF R., *Fallimento del socio di cooperativa: il credito per liquidazione della quota non è compensabile con quelli della società*, in *Il fallimento*, 2007, 4, 400;
- ROSSI R., *Compensazione ex art. 56 l. Fall. Del credito di regresso del fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento*, in *Il corriere giuridico*, 1998, 5, 547;
- SATTA S., *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1996;
- SCHLESINGER P., *Compensazione fallimentare con crediti del fallito non ancora scaduti al momento dell'apertura del concorso*, in *Il corriere giuridico*, 2000, 3, 333;
- SCHLESINGER P., *Compensazione*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. 3, UTET, Torino, 1984;
- SILVESTRINI A., *L'attuazione della compensazione in sede fallimentare: profili processuali*, in *Il fallimento*, 2008, 4, 446.
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013;
- STANGHELLINI L., *Nuovi presupposti della compensazione fallimentare*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, 2, 727;

- STANGHELLINI L., *Cessione di credito e compensazione fraudolenta*, in *Giur comm.*, 1991, II, 748;
- STAUNOVO POLOCCO E., *Acquisto del credito e limiti alla compensazione nel fallimento*, in *Il fallimento*, 2013, 6, 693;
- TARZIA G., *Riscossione di crediti "anticipati" dalla banca, ed efficacia del patto di compensazione nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2012, 5, 588;
- TARZIA G., *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1983, II, 63;
- TERRANOVA G., *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 42;
- TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2007;
- VANZETTI M., *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2012;
- VASSALLI F., *Diritto fallimentare*, I, UTET, Torino, 1994;
- VIGO R., *Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, Giuffrè, Milano, 1994;
- VISCUSI A., *In tema di compensazione fallimentare*, in *Giur. it.*, 2006, 777;
- ZANICHELLI V., *I concordati giudiziali*, UTET, Torino, 2010;
- ZUDDAS G., *Compensazione*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, VII, Roma, 1988.