



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezione Prima Civile
Udienza Pubblica del 10 dicembre 2024

Ricorso R.G. n. 10066/2023; n. 2 del Ruolo
rel. cons. R. Amatore

Conclusioni motivate del P.M.

IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE

Stanislao De Matteis

OSSERVA

1. – Con ordinanza interlocutoria, la Corte - in considerazione della novità delle questioni trattate nel primo motivo di ricorso, riguardante rapporti tra le disposizioni contenute nell'art. 2467 c.c. e quelle contenute nell'art. 56 l.fall. nonché le implicazioni sistematiche sottese alla soluzione degli interrogativi posti dalle ricorrenti – ha ritenuto opportuno il rinvio della causa in pubblica udienza, con la necessaria interlocuzione anche della Procura Generale.

2. – Il tribunale di Catania, quanto alla compensazione dei crediti postergati, ha ritenuto l'impossibilità di opporre in compensazione gli importi, asseritamente spettanti, quale rimborso di finanziamenti sulla base delle seguenti considerazioni: (i) la compensazione in sede concorsuale incontrava il suo limite nella portata precettiva del divieto sancito dall'art. 2467 c.c. che, posto a tutela dei creditori sociali, operava una riqualificazione imperativa del prestito in "prestito postergato"; (ii) la postergazione era una condizione legale integrativa del regolamento negoziale e, dunque, l'art. 2467 c.c. aveva carattere imperativo "prevalendo" così sul disposto di cui all'art. 56 l.fall.; (iii) ritenendo diversamente, infatti, l'estinzione per compensazione del credito postergato - proprio nella sede in cui era conclamata l'incapacità dell'imprenditore di soddisfare le proprie obbligazioni - avrebbe contrastato in modo insanabile con l'art. 2467 c.c., concretando la conseguenza che la norma era volta ad impedire, ossia la soddisfazione del socio creditore prima degli altri creditori, sottraendo peraltro risorse alla massa; (iv) l'inapplicabilità dell'art. 56 l.fall. andava rinvenuta nella previsione di cui all'art. 1246, n. 5, c.c., il quale dispone

che la compensazione è esclusa quando sussiste un divieto previsto dalla legge, divieto individuato proprio nell'art. 2467 c.c.

2.1. – Deducono, viceversa, le ricorrenti che il credito postergato non difetterebbe di alcun requisito che possa escluderne la compensazione ai sensi dell'art. 56 l.fall., tenuto conto che: (a) l'art. 56 l.fall., disponendo al comma 1 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*”, si ispira ad un principio di equità in quanto riconosce il diritto di chi viene a trovarsi nella posizione di creditore-debitore di compensare le contrapposte ragioni senza dover, da un lato, pagare il proprio debito per intero e, dall'altro, subire la soddisfazione del proprio credito in “moneta fallimentare”; (b) requisito essenziale affinché sia applicabile la compensazione fallimentare è unicamente che le rispettive obbligazioni siano sorte anteriormente rispetto alla procedura concorsuale; (c) consolidata giurisprudenza, infatti, ritiene in tal senso che in caso di fallimento, la compensazione determina, ai sensi dell'art. 56 l.fall., una deroga alla regola del concorso, essendo ammessa la compensazione pure quando i presupposti di liquidità ed esigibilità *ex art. 1243 c.c.* maturino dopo la dichiarazione di fallimento, purché il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore alla domanda; (d) ai fini dell'esplicarsi degli effetti della compensazione, dunque, sarebbero del tutto irrilevanti i richiami ai principi della *par condicio*, della graduazione dei privilegi e della cristallizzazione delle masse attive e passive, essendo rilevante unicamente l'anteriorità del fatto genetico del credito che si vuole opporre in compensazione; (e) occorrerebbe solo che il credito fosse sorto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, in modo da poter essere considerato un credito pienamente esistente ed esigibile, e dunque compensabile; (f) non rilevava neanche la circostanza secondo cui la soddisfazione del credito sarebbe “condizionata”, in senso atecnico, alla preventiva soddisfazione di tutti gli altri creditori; (g) l'effetto postergativo, infatti, non costituiva un limite all'esigibilità del credito ma rappresentava semplicemente - come più volte rilevato in dottrina - una qualità deteriore del credito, ossia una sorta di “privilegio negativo”, acquistando rilevanza solo in sede di liquidazione dell'attivo, modificandone l'ordine di distribuzione.

3. – Per rispondere al quesito posto dal ricorso, e comporre il contrasto esistente per lo più in dottrina (apparendo la giurisprudenza di merito piuttosto consolidata nel senso fatto proprio dal Tribunale di Catania), è opportuno prendere le mosse dal tenore dell'art. 56 l.fall., *ratione temporis* applicabile.

La norma dispone, nel comma 1, 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. Il comma 2, poi, contempla una fattispecie particolare, escludendo la compensazione “*se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore*”.

3.1. – Quello che interessa nella fattispecie in esame è il comma 1 dell'art. 56 l.fall., che nel successivo CCI ha subito modifiche **meramente formali** disponendo l'art. 155 che i creditori hanno la possibilità di “*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”.

Ciò implica che dalla disciplina del CCI **non** è possibile (giusto l'insegnamento delle Sezioni Unite secondo il quale la nuova disciplina è in generale non applicabile alle procedure aperte anteriormente alla sua entrata in vigore, potendosi, peraltro, rinvenire nel CCI norme idonee a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare solo ove ricorra, nello specifico segmento considerato, un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro: Cass. SU n. 8504 del 2021) trarre alcun contributo per la soluzione del quesito oggi all'esame della prima sezione civile, che investe i rapporti tra l'art. 56 cit. e l'art. 2467 c.c.

4. – Da tempo dottrina e giurisprudenza, inquadrando la funzione della postergazione come fenomeno che incide sulla graduazione del credito, hanno affermato la non compensabilità del credito postergato con un controcredito del soggetto sottoposto a procedura concorsuale, ritenendo inapplicabile alla fattispecie le disposizioni contenute nell'art. 56 l.fall.

Tali conclusioni, enunciate anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003 con riguardo alla postergazione convenzionale, valgono *a fortiori* nell'ipotesi di postergazione legale di cui agli artt. 2467 c.c.

4.1. – Ed è proprio da quest'ultima disposizione che conviene prendere le mosse, premettendosi che l'art. 2467, comma 1, c.c. nel testo, qui applicabile *ratione temporis*, risalente al d.lgs. n. 6 del 2003, prevede che il **diritto dei soci al rimborso** di un finanziamento concesso alla società in una situazione di squilibrio finanziario, o in un contesto che avrebbe richiesto un aumento di capitale, (i) è **postergato** rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e (ii) **deve** essere restituito alla massa qualora effettuato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Il CCI ha abrogato, all'interno dell'art. 2467 c.c. (e, quindi, anche dell'art. 2497-*quinquies* c.c.), la regola di diritto concorsuale, ponendola nell'ambito dell'art. 164 CCI, rubricato “*Pagamenti di crediti non scaduti e postergati*”, che, ai commi 2 e 3, sancisce che “*2. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'art. 2467 secondo comma, codice civile. 3. La disposizione di cui al comma secondo si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuato a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti*”.

Il legislatore, dunque, **non** colloca più la norma, chiaramente di diritto concorsuale, all'interno del codice civile, **ma** la inserisce nell'ambito della disciplina dell'azione revocatoria, equiparandola a quella relativa ai pagamenti di crediti non scaduti. Viene confermata, così, l'inefficacia del pagamento, *rectius* del rimborso dei finanziamenti, ampliandosi il periodo preso in considerazione, che decorre non più dall'apertura della procedura, ma dal deposito della domanda e, quindi, ricomprende l'anno anteriore a quest'ultimo nonché il periodo intercorrente tra il deposito della domanda e l'apertura della procedura concorsuale.

4.2. – Ciò posto, occorre ricordare in termini generali che, in materia di finanziamento dei soci, l'art. 2467 c.c., comma 1, parla espressamente di rimborso “*postergato*” rispetto agli “*altri creditorì*”, espressione utilizzata per indicare il meccanismo della posposizione del diritto a quelli altrui, **non** per alludere al momento dell'effettivo concorso procedimentalizzato delle pretese creditorie (Cass. n. 12994 del 2019).

In realtà, la postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera **già** durante la vita della società e **non** solo nel momento in cui si apre un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando essa una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del “finanziamento”, sino a quando non sia superata la situazione prevista dalla norma. Con ciò avvalorandosi la **qualificazione** (dottrinale) della postergazione alla stregua di una condizione *tout court*.

La società è tenuta a **rifiutare** al socio il rimborso del “finanziamento”, in presenza della situazione di difficoltà economico-finanziaria indicata dalla legge, ove sussistente sia al momento della concessione del finanziamento, sia al momento della richiesta di rimborso, che è compito dell'organo gestorio riscontrare mediante la previa adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (da ultimo, Cass. n. 15196 del 2024 e Cass. n. 35489 del 2023).

In caso di azione giudiziale di restituzione proposta dal socio, il giudice del merito è, poi, chiamato a verificare se la situazione di crisi prevista dall'art. 2467 c.c., comma 2, sussista, oltre che al momento della concessione del “finanziamento”, altresì al momento della sua decisione. Lo stato di eccessivo squilibrio nell'indebitamento o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento, prevista dall'art. 2467 c.c., comma 2, è **fatto impeditivo** del diritto alla restituzione del finanziamento operato dal socio in favore della società, rilevabile dal giudice d'ufficio, in quanto oggetto di un'eccezione in senso lato, sempre che la situazione predetta risulti provata *ex actis*, secondo quanto dedotto e prodotto in giudizio (così, sempre Cass. n. 12994 del 2019, richiamata da ultimo da Cass. n. 13433 del 2024 e Cass. n. 30725 del 2023).

5. – Essendo i principi indicati nel precedente paragrafo espressione del diritto vivente della Corte e costituendo il rimborso del finanziamento un credito **inesigibile** fino al momento dell'avveramento della condizione consistente nell'integrale soddisfazione di tutti i crediti antergati, **occorre** andare a scrutinare quali sono i presupposti per la compensazione *ex art. 56 l.fall.* possa essere invocata.

6. – L'art. 1243 c.c. stabilisce i presupposti sostanziali ed oggettivi del credito opposto in compensazione, ossia la liquidità, inclusiva del requisito della certezza, e l'esigibilità (v. Cass. SU n. 23225 del 2016).

In materia fallimentare, con riguardo alla possibilità prevista dall'art. 56 cit. (che, giova ricordare, in deroga alla regola posta dall'art. 1243 c.c., prevede la possibilità per i creditori di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano, **ancorché** non ancora scaduti prima della dichiarazione del fallimento), i **contrast** hanno riguardato, in primo luogo, il momento relativo alla verifica dei

presupposti del fatto estintivo, individuati dall'art. 1243 c.c., oltre che nella certezza già conseguente al fatto genetico, nella liquidità ed esigibilità (momento nel quale si rende operante l'effetto estintivo).

6.1. – Secondo un risalente indirizzo di questa Corte, infatti la compensazione legale nel fallimento, qual è quella prevista nell'art. 56 l.fall. (quella di cui all'art. 56 l.fall. costituisce “*una particolare ipotesi*” della compensazione legale: Cass. SU n. 7562 del 1990), sarebbe configurabile soltanto nell'ambito dell'esplicita previsione di tale norma, che si giustifica come eccezione al sistema ordinario, mentre essa non opererebbe quando il credito del fallito nei confronti del debitore - creditore *in bonis* non risulti già esigibile al momento dell'apertura della procedura concorsuale o, comunque, quando i presupposti della compensazione secondo il codice civile (eccetto il requisito della scadenza espressamente derogato) non si siano già verificati al momento della dichiarazione di fallimento (Cass. n. 2037 del 1976; Cass. n. 1634 del 1982; Cass. SU n. 7562 del 1990; Cass. n. 7181 del 1994). Questo indirizzo è stato, poi, anche ribadito da Cass. n. 7961 del 1997; Cass. n. 527 del 1998; Cass. n. 11371 del 1998).

Se si dovesse seguire questo principio, il ricorso dovrebbe essere senz'altro rigettato a causa della inesigibilità del credito opposto in compensazione

6.2. – In senso opposto alla giurisprudenza innanzi indicata si è pronunciata Cass. n. 3006 del 1991, la quale ha affermato il principio che, in tema di compensazione in sede fallimentare, il creditore del fallito può compensare con il proprio credito verso quest'ultimo un debito nei confronti del medesimo, anche se il credito del fallito, sorto prima della dichiarazione di fallimento, alla data della relativa dichiarazione non sia ancora esigibile, in quanto l'art. 56 l.fall. non pone al riguardo limiti diversi dalla semplice anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica e che, pure nella suddetta ipotesi, ricorrono le ragioni equitative idonee a giustificare la compensabilità con i debiti verso il fallito dei crediti vantati verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento. Sulla stessa linea si pone Cass. n. 7046 del 1991, secondo la quale ciò che davvero rileva è l'anteriorità del fatto genetico delle obbligazioni ed a tale orientamento aderisce Cass. n. 8132 del 1996 (v., in particolare, in motivazione).

Prestando adesione a questo orientamento, il primo motivo di ricorso potrebbe astrattamente essere accolto.

6.3. – Nella successiva giurisprudenza della Corte, si è ritenuto che la disposizione contenuta nell'art. 56 l.fall. rappresenti - secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (cfr., per tutte, Cass. SU n. 775 del 1999, che ha composto il contrasto indicato nei precedenti paragrafi) - una deroga al concorso, a favore dei soggetti che si trovino a essere al contempo creditori e debitori del fallito, non rilevando il momento in cui l'effetto compensativo si produce e ferma restando l'esigenza dell'anteriorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte. Da ultimo, v. Cass. n. 35469 del 2024, nonché Cass. 31029 del 2023.

Le stesse esigenze poste a base della citata norma giustificano l'ammissibilità anche della **compensazione giudiziale** nel fallimento, essendo sufficiente che i requisiti dell'art. 1243 c.c. ricorrano per ambedue le obbligazioni al momento della pronuncia, quando la compensazione viene operata (cfr. ancora Cass. SU n. 775 del 1999; Cass. n. 13769 del 2007; Cass. n. 3280 del 2008; Cass. n. 18915 del 2010; più di recente, Cass. n. 38888 del 2021, la quale ha ritenuto che l'art. 56 l.fall., consentendo la compensazione tra i debiti verso il fallimento e i crediti sorti nei confronti del fallito, si applica anche alla compensazione giudiziale, quando il fatto genetico del credito opposto in compensazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, anche se l'accertamento giudiziale relativo alla liquidità di uno dei due crediti sopravvenga successivamente).

7. – La regola posta dall'art. 56 l.fall. esprime la volontà del legislatore, il quale, prevedendo per i creditori il diritto di compensare con i loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso fallito, **ancorché** non scaduti prima della dichiarazione di fallimento, **non** pone limiti alla compensabilità dei debiti verso il fallito creditore (**a parte** la già rimarcata anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica).

Nè sembra corretto sul piano interpretativo desumere tali limiti per implicito, traendoli dalle regole del concorso, nel contesto di una disposizione che esplicitamente intende sottrarre l'effetto compensativo a quelle regole, sicché, anche su un piano logico - sistematico, **non** sono ravvisabili ragioni persuasive per trattare in modo deteriore il creditore *in bonis* quando il fallito sia a sua volta titolare di un credito, la cui radice causale è **anteriore** al fallimento, **ma** che non sia ancora liquido ed esigibile.

In tal caso il creditore *in bonis* dovrebbe pagare per intero il suo debito verso il fallito, una volta accertate (normalmente ben dopo il fallimento) la liquidità e l'esigibilità del medesimo, restando esposto alle regole del concorso ed all'eventuale incapienza per il proprio credito: si giungerebbe, cioè, proprio a quella conclusione che l'art. 56 l.fall. ha ritenuto di dover evitare, e ciò (a parte il vulnus all'intenzione del legislatore) **non** appare conforme neppure al generale principio di ragionevolezza che, per orientamento ormai costante del giudice delle leggi, costituisce uno dei valori fondanti dell'ordinamento.

Tali considerazioni valgono a **superare** l'argomento secondo cui la compensazione del credito verso il fallito, ancorché non scaduto all'atto del fallimento, si porrebbe come un'eccezione al sistema ordinario, onde non sarebbe possibile un'estensione della stessa ad ipotesi non contemplate. In realtà la vera eccezione contenuta nella norma è la deroga, attraverso la previsione del meccanismo della compensazione, al principio del concorso. Tuttavia, una volta acquisita tale deroga, è necessario poi ricercare il contenuto effettivo del precetto, senza fermarsi al dato meramente letterale, bensì considerando anche l'intento perseguito dal legislatore e la collocazione dell'istituto nel sistema complessivo dell'ordinamento (Cass. SU n. 775 del 1999).

8. – Deve, quindi, ribadirsi che la compensazione nel fallimento, costituente deroga al concorso, a favore dei soggetti che siano allo stesso tempo creditori e debitori del fallito, è **ammessa** anche quando il controcredito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell’obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all’art. 1243 c.c. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia.

Il medesimo principio (rilevanza del fatto generatore delle reciproche obbligazioni pecuniarie dal lato passivo e irrilevanza del momento in cui il debito del terzo verso il fallito divenga esigibile) è stato affermato **anche** in materia di concordato preventivo alla luce del rinvio formale recettizio alla disciplina di cui alla art. 56 l.fall. operato dal successivo art. 169, comma 1 stessa legge (in questo senso, cfr.: Cass., n. 825 del 2015; Cass., n. 24046 del 2015; Cass., n. 10091 del 2019, richiamate più di recente da Cass. n. 42008 del 2021).

9. – È pertanto un dato acquisito quello secondo cui **non** è (**né** può essere) l’inesigibilità del credito da rimborso del finanziamento ad opporsi alla compensazione *ex art.* 56 l.fall.

Poiché i crediti reciproci di differente “rango” possono sicuramente divenire oggetto di compensazione, se sussistono gli altri requisiti legali, e visto che presupposto essenziale di applicabilità dell’art. 56 l.fall. è la anteriorità al concorso della matrice genetica di entrambi i crediti, sembrerebbe in effetti giocoforza concludere nel senso per cui la compensazione è possibile.

Si tratterebbe quindi di una **deroga** alla *par condicio creditorum* (meglio, diremmo, allo “*ordine legale delle cause di prelazione*”), che si inserisce nel quadro di un sistema che già conosce deroghe a tale principio, una di quelle fra l’altro implicata proprio dal funzionamento dell’art. 56 l.fall.

10. – La configurazione della postergazione in termini di inesigibilità del credito al rimborso spettante al socio finanziatore stimola, inevitabilmente, ulteriori riflessioni in merito alle conseguenze che tale qualificazione è in grado di ingenerare nella prassi applicativa dell’art. 2467 c.c.

Posto che il credito postergato è un credito inesigibile occorre, infatti, domandarsi se l’art. 2467 c.c. costituisca uno di quei casi in cui la compensazione non è ammessa a operare dalla legge, come statuisce l’art. 1246, n. 5, c.c.

10.1. – Tale valutazione richiede necessariamente di avere contezza della *ratio* sottesa all’art. 56 l. fall., onde comprendere se le finalità perseguite dall’ordinamento mediante la disciplina della compensazione fallimentare debbano considerarsi prevalenti su quelle dell’art. 2467 c.c.

E qui bisogna ricordare che, **mentre** la compensazione nella disciplina sostanziale risponde essenzialmente ad esigenze di rapidità e certezza dei rapporti giuridici, **in quella fallimentare** è volta a soddisfare istanze di **tipo equitativo** o di garanzia, costituendo in tal modo una deroga al principio del concorso sostanziale tra

i creditori. In particolare, la compensazione fallimentare, estinguendo reciprocamente le obbligazioni gravanti sulle parti del rapporto, consente al creditore *in bonis* di evitare il pregiudizio che gli deriverebbe dal fatto di dover adempiere regolarmente la prestazione nei confronti del fallito, a fronte della controprestazione di quest'ultimo in moneta fallimentare (Cass. 14615 del 2016, nonché e soprattutto Cass. SU n. 775 del 1999).

Alla luce di ciò, pertanto, la circostanza che il legislatore, mediante l'art. 2467 c.c., esprima un disvalore nei confronti della condotta del socio finanziatore **potrebbe** apparentemente non considerarsi dirimente ai fini della prevaricazione della disciplina della postergazione a discapito dell'applicazione della compensazione fallimentare, attesa la natura eccezionale dell'art. 56 l. fall.

10.2. – A meglio vedere, però, ammettere la compensazione del credito postergato **significa** vanificare la tutela effettiva dei creditori sociali che proprio l'art. 2467 c.c. mira a salvaguardare.

La compensazione di un credito postergato *ex art.* 2467 c.c. nei confronti del debitore dichiarato fallito, o che abbia presentato domanda di concordato, con un controcredito, chirografario o postergato che sia, vantato da quest'ultimo, **comporta** infatti una riduzione dell'attivo destinato alla soddisfazione degli altri creditori, che è proprio l'effetto che la disciplina della postergazione intende scongiurare.

Questo è quanto si legge nella giurisprudenza di questa Corte in ordine alla *ratio* ispiratrice della regola della postergazione, ravvisata in un principio, trascendente rispetto all'interesse dei soci e da loro indisponibile, di tutela preventiva dei creditori sociali, con il quale si è inteso “vietare, attraverso il meccanismo della postergazione, il pagamento in pregiudizio degli altri creditori, assimilandosi in tal modo ai fini in esame i finanziamenti ai conferimenti nel capitale di rischio” (Cass. n. 2706 del 2009) ovvero, come si è più correttamente precisato, operare una “riqualificazione imperativa del “prestito” in “prestito postergato” rispetto alla soddisfazione degli altri creditori” (Cass. n. 16393 del 2007).

La disposizione dell'art. 2467 c.c. **sanziona**, dunque, il comportamento del socio che, **conoscendo o potendo** conoscere lo stato di crisi della società, ha sostenuto economicamente la stessa con mezzi non ragionevoli e non adeguati, e cioè **non** attraverso attribuzioni incrementative del patrimonio (quindi non implicanti un obbligo di restituzione), **ma** con ulteriore indebitamento della società, aggravandone lo squilibrio patrimoniale. In linea generale, invero, per il socio di una società di capitali il finanziamento è sempre più **conveniente** rispetto alla ricapitalizzazione: **non** solo perché meno costoso, più informale e veloce rispetto all'aumento di capitale, **ma** anche perché gli consente di spalmare parzialmente il rischio d'impresa sui creditori, con i quali concorre nell'esercizio del diritto di credito che dal finanziamento deriva, per di più partendo da un punto di osservazione di assoluto privilegio, disponendo egli di una conoscenza approfondita delle dinamiche societarie che agli altri creditori evidentemente manca (cfr. Cass. n. 3946 del 2018, secondo cui l'art. 2467 “nello stabilire che il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società, a determinate condizioni, è “postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori”, mira non già ad impedire che i soci di società a responsabilità limitata possano finanziare la società, **ma** a far sì che essi, ove

effettuino il finanziamento sotto forma di prestiti e non di conferimenti, non possano avvantaggiarsi, in ipotesi di insolvenza, per il fatto di aver operato attraverso strumenti di debito (assumendo così la veste di creditori della società) e non attraverso strumenti di rischio. Perciò essi possono in tal caso soddisfare il proprio credito derivante dal finanziamento nei confronti della società solo dopo la soddisfazione degli altri creditori. Ovviamente, allora, la norma non opera in caso di aumento di capitale”: pag. 14).

Pare comunque fuori discussione che, in presenza dell'espresso dettato normativo di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., **non** possa nella specie ravvisarsi alcun affidamento “incolpevole” (circa l'operatività della compensazione) del creditore-debitore *in bonis*, degno di tutela.

Se, dunque, la disciplina di cui all'art. 56 l. fall. dovesse prevalere sull'art. 2467 c.c. nell'ambito delle procedure concorsuali si dovrebbe giocoforza giungere alla conclusione paradossale secondo cui l'art. 2467 c.c., norma concorsuale per elezione, **venga meno** nella sua applicazione non appena si instauri un concorso in cui il socio finanziatore risulti essere anche debitore della società alla cui crisi ha egli stesso contribuito apportando un finanziamento in una situazione di eccessivo squilibrio o in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento.

D'altro canto, il fatto che il socio non riceva tramite la compensazione denaro **non** pare sufficiente a escludere che ciò configuri “restituzione” in violazione dell'art. 2467 c.c., stante anche la natura “materiale” della norma (cfr. Cass. n. 3017 del 2019, secondo cui “La nozione di “finanziamento dei soci a favore della società” di cui all'art. 2467 c.c. non comprende i soli contratti di credito, in quanto il secondo comma della stessa norma prevede che rientrino in quella categoria i finanziamenti effettuati “in qualsiasi forma” e, quindi, ogni atto che comporti un'attribuzione patrimoniale accompagnata dall'obbligo della sua futura restituzione, senza che rilevino la misura della partecipazione sociale e l'eventuale proposizione di azioni giudiziarie volte a recuperare il credito”). Dunque, i casi di estinzione dell'obbligazione per cause differenti dall'adempimento non possono essere pregiudizialmente esclusi, a pena di frustrare gli obiettivi della norma.

È quindi la stessa **funzione satisfattoria** della compensazione così come l'effetto (di antergazione del creditore della procedura) che la stessa realizza nel fallimento, ossia la sottrazione di risorse da destinare alla soddisfazione dei creditori concorsuali a porsi in insanabile contrasto con la *ratio* della postergazione di cui all'art. 2467 c.c.

È, pertanto, la ricostruzione in termini **funzionali** della norma a determinare la conclusione per cui la compensazione, in favore del creditore postergato, **non** è possibile, a pena di infrangere lo scopo oggettivo del disposto.

Nella stessa funzione della norma si **coglie**, dunque, la giustificazione dell'esistenza di un caso “implicito” di esclusione dell'operatività della compensazione, ai sensi del n. 5 dell'art. 1246 c.c. ovvero la configurabilità nella specie di un “*divieto stabilito dalla legge*” all'operatività del meccanismo compensatorio, in applicazione estensiva dell'art. 1246, n. 5, c.c.

10.3. – In aggiunta a ciò, deve considerarsi che la compensazione, ove operata in sede pre-concordataria, costituisce **atto in frode** ai creditori.

In tal senso è utile richiamare Cass. n. 5273 del 2018 (punto 3 della motiv.), ove si legge “*nella vicenda sottoposta all’esame della Corte, allora, costituisce atto di frode ai creditori, rilevante ai sensi della L.Fall., art. 173, la scelta operata dalla società, in prossimità del deposito di una richiesta di ingresso in una procedura concorsuale, di considerare come reciprocamente compensati i crediti e i debiti esistenti tra la socia finanziatrice e la società finanziata, **nonostante la natura postergata ex art. 2467 c.c.**, - con conseguente facoltà di soddisfacimento solo dopo i restanti creditori chirografari - di quelli vantati dalla prima*”).

11. – Concludendo, se è vero che la giurisprudenza prevalente tende ad ammettere, come già si è ricordato, la compensazione anche del credito del debitore sottoposto a procedura concorsuale, ancorché non scaduto prima della procedura, tale conclusione **non** pare riferibile all’inesigibilità conseguente alla postergazione *ex art. 2467 c.c.*, che è imposta dalla legge al fine di tutelare i creditori sociali e pare pertanto collocarsi su un **diverso piano assiologico**.

L’estensione della disciplina della compensazione richiederebbe che il credito del socio finanziatore sia meritevole del trattamento di favore assicurato dall’istituto, ciò che **non** sussiste nel caso che si va considerando in quanto la postergazione **esprime** il disvalore legislativo e la sanzione per la violazione del dogma del corretto finanziamento dell’impresa sociale, con la conseguenza che la compensazione deve ritenersi incompatibile con la postergazione, in quanto vanificherebbe la tutela che l’art. 2467 c.c. mira a garantire ai terzi creditori.

Nel bilanciamento tra le due norme (art. 56 l. fall. e art. 2467 c.c.), al ricorrere della fattispecie prevista dall’art. 2467 c.c. la finalità di protezione dei creditori sociali **prevale** dunque rispetto alle ragioni poste a fondamento della possibilità per il creditore *in bonis* di compensare il proprio diritto con quello del debitore assoggettato alla procedura concorsuale.

La regola **imperativa** della posposizione dei crediti postergati **non** è pertanto superabile in applicazione dell’orientamento giurisprudenziale affermatosi con riferimento all’art. 56 l. fall. E continua, in quanto tale, a costituire un **ostacolo** alla compensazione fra credito ordinario e controcredito postergato.

Di qui - come conseguenza - l’art. 2467 c.c. come norma di deroga all’art. 56 l.fall.

P.Q.M.

chiede che la Corte rigetti il primo motivo di ricorso affermando il seguente principio di diritto: “*Nel bilanciamento tra le due norme (art. 56 l. fall. e art. 2467 c.c.), al ricorrere della fattispecie prevista dall’art. 2467 c.c. la finalità di protezione dei creditori sociali prevale rispetto alle ragioni poste a fondamento della possibilità per il creditore in bonis di compensare il proprio diritto con quello del debitore assoggettato alla procedura concorsuale*”. Conseguenze di legge.

Roma, 14 novembre 2024.

Il Sostituto Procuratore Generale

Stanislao De Matteis