

LA COMPENSAZIONE NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

MICHELLE VANZETTI
*Professore associato
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Premessa. Profili generali della compensazione. – 2. Liquidazione giudiziale e compensazione: il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII). – 3. Condizioni affinché si verifichi l'effetto estintivo: la reciprocità e il diritto al concorso. L'omogeneità. L'esigibilità. L'antiorità del fatto genetico dei reciproci crediti. – 4. La liquidità e il problema della certezza. La liquidità e il problema dell'ammissibilità della compensazione giudiziale. – 5. L'art. 155, co. 2° e il limite temporale dell'acquisto *inter vivos*. – 6. Profili processuali: considerazioni preliminari. Il diritto di credito quale questione risolta *incidenter tantum* in vista della decisione sul diritto al concorso: riflessi sull'eccezione di compensazione. – 7. Modalità di esercizio della compensazione in pendenza della liquidazione giudiziale. – 8. Efficacia della decisione pronunciata in sede di accertamento dello stato passivo e riflessi sul giudizio ordinario nel quale sia stata sollevata l'eccezione di compensazione. – 9. La compensazione fatta valere dal soggetto *in bonis* in sede di formazione dello stato passivo. – 10. Compensazione di un controcredito eccedente il credito dedotto in giudizio dalla curatela. – 11. Oggetto ed efficacia in sede di formazione dello stato passivo della decisione assunta dal giudice ordinario.

1. – La compensazione in sede di concorso è oggi regolata dall'art. 155 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) in maniera che non si discosta, se non per un unico profilo che si avrà modo di indagare più avanti (*infra*, prf. 5), dalla precedente disciplina dettata dalla legge fallimentare. Prima di procedere all'esame approfondito dell'istituto, appare utile ricordarne brevemente i tratti essenziali.

Regolata dagli artt. 1241 e ss. c.c.¹, la compensazione costituisce un modo oneroso di estinzione delle obbligazioni, che si realizza quando due

¹ SCHLESINGER, *v. Compensazione (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1957, 722 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *v. Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, Milano 1960, vol. VIII, 16 ss.; DE LORENZI, *v. Compensazione*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, 65 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Iudica - Zatti* (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 716 ss..

soggetti vantano, l'uno nei confronti dell'altro, crediti parimenti omogenei, liquidi ed esigibili (c.d. compensazione legale: art. 1243, co. 1, c.c.). Discusso è, tuttavia, se l'effetto estintivo si produca di diritto, per la sola loro coesistenza², oppure se sia necessaria una dichiarazione (unilaterale, recettizia), con la quale uno dei due creditori affermi di volersi avvalere della compensazione, in tal guisa dando luogo all'effetto estintivo³. È, peraltro, espressamente sancito dall'art. 1242 c.c. che l'effetto menzionato, quale che ne sia l'origine, operi dal momento della coesistenza dei due crediti, e che la compensazione costituisca un'eccezione in senso stretto⁴.

² REDENTI, *La compensazione*, cit. 16 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, Milano 1991, 335 ss.; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Vassalli, Luiso Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*. Vol. III, *Gli effetti del Fallimento*, Torino, 2014, 110.

³ MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in ID., *Opere minori di diritto processuale civile*, vol. I, Milano 1982, 653 ss., *passim*; INZITARI, *Commento all'art. 56*, in Bricola, Galgano, Santini (a cura di), *Legge fallimentare*, Commentario Scialoja, Branca, Bologna Roma, 1988, 159 ss., in particolare 163, 165, 175 e 185 ss.; DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 357 ss. Per la meticolosa ricostruzione del problema: E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., 8 ss. e 30 ss.

Secondo che si ritenga di aderire alla tesi per cui l'effetto estintivo opera *ipso iure*, o invece a quella per cui esso opera in virtù della dichiarazione di una delle parti, parzialmente diverso è il modo di ricostruire l'istituto (REDENTI, *La compensazione*, cit., 16 ss.; MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, cit., 657 ss.; ID., *Compensazione legale e fallimento*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano, 1951, II, 33 ss.; RAGUSA MAGGIORE, v. *Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 17 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 951; SCHLESINGER, v. *Compensazione*, cit., 724; GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, nota a T. Milano, 29 ottobre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, II, 63 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, 726; E. MERLIN, *op. cit.*, 156 ss.). In base alla prima tesi con l'eccezione di compensazione il controcreditore convenuto in giudizio chiede al giudice di tenere conto di una compensazione che si è già avverata e, conseguentemente, di rigettare la domanda: l'eccezione rappresenta pertanto un atto di natura e rilievo processuale. In base alla seconda tesi, viceversa, con l'eccezione di compensazione il controcreditore compie due atti giuridicamente rilevanti: uno, di natura sostanziale, che consiste nella formulazione della dichiarazione negoziale (MICHELI, *op. cit.*, 660 ss. e 663 e ss.; INZITARI, *op. cit.*, 165; BRECCIA, *op. cit.*, 727; BOZZA, *Proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1999, 876, in particolare 877), unilaterale e recettizia, che porta al perfezionamento della fattispecie estintiva; l'altro, di natura processuale, che consiste in una domanda di accertamento del controcredito opposto in compensazione e correlativamente di rigetto della domanda dell'attore per l'avvenuta estinzione del credito e del controcredito per compensazione (DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, 22 ss. Cfr. anche BRECCIA, *op. cit.*, 726 s.; SCHLESINGER, v. *Compensazione*, cit., 724 s.).

⁴ Va ricordata la distinzione fra compensazione c.d. propria, vale a dire quella in cui i due crediti reciproci sorgono da rapporti giuridici differenti; e la compensazione c.d. impropria, vale a dire quella in cui i due crediti reciproci traggono origine da un unico rapporto giuridico tra le parti (ad es. di conto corrente): in tal caso la giurisprudenza suole affermare che non trova applicazione la disciplina dettata dal codice civile, dovendo il giudice tener conto di tutte le partite per stabilire la somma

L'art. 1243, co. 2, c.c. disciplina la compensazione c.d. giudiziale. Esso, in deroga alla previsione del primo comma, dispone che, se il credito opposto in compensazione non è liquido, ma di facile e pronta liquidazione, e possiede gli altri requisiti necessari affinché si produca l'effetto estintivo, il giudice può, dopo averlo quantificato, dichiarare la compensazione fino a concorrenza. In tal caso l'effetto estintivo si verifica *ex nunc*, vale a dire dalla relativa pronuncia, elemento costitutivo della fattispecie estintiva: la sentenza che dichiara la compensazione ha qui pertanto natura costitutiva⁵, diversamente da quel che avviene in caso di compensazione legale, ove la sentenza ha natura dichiarativa.

La disciplina brevemente menzionata va coordinata con l'art. 35 c.p.c., che regola l'eccezione di compensazione⁶. Attraverso questa eccezione, il convenuto ha come principale obiettivo il rigetto della domanda avversaria, nei limiti del controcredito opposto⁷; ove quest'ultimo sia contestato, si avrà l'accertamento (incidentale, *ex lege*) dell'esistenza del medesimo⁸.

L'art. 1252 c.c. regola infine la compensazione c.d. volontaria: l'accordo tra le parti può essere volto a produrre la compensazione di crediti già esistenti, ma di per sé inidonei a essere compensati (c.d. accordo compensativo costitutivo: art. 1252, co. 1, c.c.); oppure può stabilire in via preventiva le condizioni alle quali l'operare della compensazione è subordinata (c.d. accordo compensativo regolamentare: art. 1252, co. 2, c.c.)⁹. L'estinzione opererà nel primo caso *ex nunc* e nel secondo caso *ex tunc*¹⁰.

effettivamente dovuta. Cfr. Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.* 2000, 524 ss., in particolare 527; Cass. Sez. un. 19 novembre 1996, n. 10097, in *Giust. civ.*, 1997, I, 665, con nota di GIACALONE; Trib. Milano, 23 giugno 2015, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 463. Cfr. anche E.F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, in *Giur. comm.*, 1980, 346 e ss., spec. 349 ss.; BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 380; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 957.

⁵ REDENTI, *La compensazione*, cit., 39 s.; E. MERLIN, *op. cit.*, 610 ss. Ha, per contro, natura di accertamento mero la sentenza che decide una controversia, nell'ambito della quale sia fatta valere la compensazione legale.

⁶ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, Milano 1994.

⁷ Qualora il controcredito opposto sia superiore al credito oggetto della domanda principale, il convenuto può formulare domanda riconvenzionale di condanna per il residuo: in tal caso l'eventuale sentenza di accoglimento conterrà anche un capo condannatorio corrispondente.

⁸ E. MERLIN, *op. cit.*, 199 ss., 208 ss. e 228 s. In senso contrario: DALBOSCO, *La compensazione*, cit., 357 ss. V. altresì AUTERI, *Compensazione e ammissione al passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 25 ss.

⁹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., 645 e ss.. Sul c.d. patto di compensazione fra la banca e il correntista, cfr. Cass. 27 gennaio 2023, n. 2556; Cass., 13 dicembre 2022, n. 36415. Cfr. altresì Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008; Cass. 15 giugno 2020, n. 11523. Cfr. tuttavia Trib. Como, 3 ottobre 2016, in *Ilfallimentarista.it* 5 giugno 2017 (con nota di GUCCIARDO).

¹⁰ REDENTI, *La compensazione*, cit., 35 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 722 ss..

Quest'ultimo istituto esula però dall'ambito di applicazione della disciplina in esame: esso involge, semmai, quella relativa agli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti.

2. – L'eccezione di compensazione può essere efficacemente sollevata anche in pendenza di una procedura concorsuale: ciò era previsto dall'art. 56, co. 1, della legge fallimentare, e allo stesso modo oggi dispone l'art. 155, co. 1, CCII. L'ipotesi tipica vede il controcreditore convenuto in un ordinario giudizio di cognizione opporre l'eccezione in esame al curatore, attore fin dall'origine o subentrato al debitore a norma dell'art. 143 CCII¹¹.

Il fatto che il CCII confermi la possibilità di eccepire la compensazione, con effetti opponibili al ceto creditorio, a chi sia al contempo creditore e debitore di un soggetto sottoposto a liquidazione giudiziale (di seguito anche l.g.)¹² dimostra come anche il legislatore del CCII abbia accolto l'idea

¹¹ Cass. 2 settembre 2022, n. 25947; Cass. 25 marzo, 2022, n. 9787; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888; Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298. Cfr. INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 172 ss.

È comunemente ammessa la compensazione anche in sede di formazione del passivo: si ritiene, infatti, che il soggetto *in bonis*, che abbia proposto domanda di insinuazione al passivo possa in questa sede dichiarare di essere anche debitore della massa, domandando conseguentemente che venga pronunciata la compensazione da parte del giudice delegato. Come si vedrà più avanti (*infra*, prf. 9), è peraltro ben possibile ipotizzare anche che sia il curatore ad eccepire la compensazione nel caso in cui il terzo chieda l'ammissione di un proprio credito al passivo (Cass. 7 agosto 2019, n. 21049; Cass. 15 Aprile 2019, n. 10528): si tratta di una ipotesi che non rientra nell'ambito di applicazione della norma in esame; il curatore, peraltro, a meno che non si sia prescritta l'azione, non ha di regola alcun interesse a opporre in compensazione un credito che andrebbe pagato in moneta buona, ove il terzo non si avvalga della facoltà di compensare. Ai sensi dell'art. 203, co. 1, CCII il curatore può eccepire fatti estintivi del diritto fatto valere in quella sede dal terzo creditore «anche se è prescritta la relativa azione»: egli può quindi eccepire in compensazione al creditore che faccia domanda di insinuazione al passivo un controcredito del debitore che si sia già prescritto, purché la coesistenza dei crediti abbia avuto luogo prima del decorso del termine di prescrizione (v. art. 1242, co. 2, c.c.), e sussistano tutti i requisiti affinché si verifichi l'effetto estintivo.

¹² FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli 1965; MANCUSO, *La compensazione nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1968, 350 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Milano 1974, 949 ss.; INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in Ragusa Maggiore, Costa (diretto da), *Il fallimento*, Torino 1997, 27 ss.; SCALINI, *La compensazione nel fallimento*, Milano, 1998; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, vol. I, 343 ss.; SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed., Padova 1996, 198 ss.; APICE, *Compensazione e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1997, 337 ss.; M. FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, nota a Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro it.*, 1997, c. 165 ss.; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1003 ss.; JORIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, Padova 2009, 382 ss.; PERRINO, *Compensazione in sede di fallimento*, in Nigro - Sandulli - Santoro (a cura di),

secondo cui sarebbe iniquo costringere questo soggetto ad adempiere in «moneta buona», per vedere il proprio credito pagato in «moneta concorsuale»¹³, facendosi in tal modo prevalere siffatte esigenze di equità sul generale principio della *par condicio*¹⁴. Alla luce della *ratio* della norma, e del fatto che, in concreto, questa sottrae il controcreditore al concorso, v'è chi offre della stessa un'interpretazione restrittiva, affermando che, ferma l'applicabilità anche all'esecuzione concorsuale degli artt. 2143 e 2917 c.c., l'unico presupposto che può mancare alla data di avvio della procedura sarebbe l'esigibilità del controcredito, in quanto ciò è espressamente previsto dall'art. 155¹⁵. La giurisprudenza più recente si è, per contro, stabilizzata su un'interpretazione assai largheggiante dell'istituto, pretendendo la sola anteriorità del fatto genetico dei crediti contrapposti¹⁶, e così ammettendo una compensazione con un'estensione maggiore rispetto a quella prevista dal codice civile¹⁷.

L'individuazione dei requisiti in presenza dei quali può operare la compensazione in pendenza di una liquidazione giudiziale è pertanto

La legge fallimentare dopo la riforma, vol. I, Torino, 2010, 828 ss.; JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. Vol. II, Il fallimento – Effetti – Stato passivo*, Milano, 2017, 91 ss.; NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, IV ed., Bologna 2021, 191 ss. La norma è applicabile anche al concordato preventivo: SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1116.

¹³ Cass. 13 gennaio 2009, n. 481, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1, 44. In dottrina, RAGO, *La compensazione*, cit., 1013 ss.; DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, 141; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 192. Cfr., tuttavia, GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa*, cit., 63 s.

¹⁴ In questo senso già la relazione illustrativa alla legge fallimentare del '42. G.G. POLI, *Gli effetti della liquidazione giudiziale verso i creditori*, in Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023, 419; D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., 2022, 246 s.; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Cagnasso, Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo I, Milano, 2016, 1112 ss.; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 101 ss.; COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fall.*, 1984, 32 ss.; SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Studi in onore di Mengoni*, Milano, 1995, vol. I, 919 ss.; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 14 ss.. M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione*, in *Dir. banca mercati fin.*, 2019, I, p. 40; NIGRO, VATTERMOLI, *op. loc. cit.*, ove si sottolinea che la soluzione adottata dal legislatore in realtà è tutt'altro che equa.

¹⁵ Nonostante la generale applicabilità alla procedura concorsuale dell'art. 2917 c.c., pare corretto ritenere che, a prescindere da come la si pensi sull'origine dell'effetto estintivo (*supra*, prf. 1, spec. nota 3), proprio in virtù dell'art. 155 (e, prima, dell'art. 56 l. fall.), la compensazione può aver luogo quand'anche sia eccepita dopo l'avvio della liquidazione giudiziale, vale a dire, appunto, in deroga a quanto prevede l'art. 2917 c.c., che non ammette che l'estinzione di un credito avvenga per cause verificatesi dopo il pignoramento M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012, *passim*; CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 252; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 193.

¹⁶ FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 122 s.

¹⁷ DI AMATO, *op. cit.*, 142.

correlata alla soluzione del problema, se in ambito concorsuale sia ammissibile solo la compensazione legale oppure anche quella giudiziale¹⁸. Come accennato, la differenza in termini di efficacia tra l'ipotesi in cui abbia luogo la compensazione legale e quella in cui abbia viceversa luogo quella giudiziale risiede nella natura delle relative decisioni, l'una dichiarativa e l'altra costitutiva, e nella decorrenza dei rispettivi effetti (per la prima, *ex tunc*¹⁹; per la seconda, viceversa, *ex nunc*²⁰); differenza che assume rilevanza anzitutto sul piano sostanziale²¹.

Naturalmente, valgono anche per la compensazione nella liquidazione giudiziale i limiti disposti dall'art. 1246 c.c., così come appare corretto ritenere che trovi applicazione anche quanto sancito dall'art. 1249 c.c., che rinvia all'art. 1193 c.c., per l'ipotesi in cui il controcreditore *in bonis* voglia opporre in compensazione più crediti.

3. – Il primo presupposto affinché si verifichi l'effetto estintivo in parola è, dunque, quello della reciprocità dei crediti: essi devono intercorrere fra i medesimi soggetti e preesistere all'apertura della procedura (22). Se il terzo è bensì creditore del soggetto sottoposto a l.g., ma è debitore della massa, ovvero è debitore del soggetto sottoposto a l.g. e creditore della massa, la

¹⁸ La giurisprudenza appare oramai orientata nel senso di ammetterle entrambe purché il fatto genetico dei reciproci crediti sia anteriore.

¹⁹ REDENTI, *La compensazione*, cit., 20; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 727.

²⁰ REDENTI, *op.cit.*, 40 s., in particolare *sub* nota 35; SCHLESINGER, *v. Compensazione*, cit., 729; BRECCIA, *op. cit.*, 726.

²¹ Basti pensare, ad esempio, alla liquidazione del controcredito e al decorso degli interessi o al maturare di frutti.

²² Cass. 28 novembre 2018, n. 30824; Cass. 16 marzo 2018, n. 6650, in *Fall.*, con nota di FIERRO, *Riflessioni sull'operatività della compensazione ex art. 56 l. fall.: l'incidenza del prerequisite della reciprocità*; e in *Giur. Comm.*, 2020, 1170, con nota di PROVENZANO, *Compensazione in sede fallimentare: il requisito della reciprocità dei controcrediti nei rapporti tra creditore in bonis e socio illimitatamente responsabile*; Cass. 13 dicembre 2022, n. 36400; Trib. Venezia, sez. I, 29 settembre 2023, n. 1641. Cfr. NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 193; FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto*, cit., 123; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 103 ss.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 193 ss.; RAGO, *La compensazione*, cit., 1050 ss.; JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato*, cit., 92 s.; JORIO, *Gli effetti*, cit., 382 s.; CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, Trattato di diritto commerciale diretto da Cottino, vol. XI, Padova, 2009, 382 ss.; R. ROSAPEPE, *Effetti nei confronti dei creditori*, in V. Buonocore - A. Bassi (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Padova, 2010, 312. Il requisito della preesistenza rispetto alla procedura è richiesto anche in sede di concordato: Cass. 23 febbraio 2022, n. 6060; Cass. 25 settembre 2017, n. 22277; e Cass. 25 novembre 2015, n. 24046, secondo cui nel concordato preventivo la compensazione determina una deroga alla regola del concorso ed è ammessa pure quando i presupposti di liquidità ed esigibilità, *ex art. 1243 c.c.*, maturino dopo la data di presentazione della domanda di ammissione al concordato stesso, purché il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore alla domanda.

norma è inapplicabile (23). In tale ultimo caso, tuttavia, dottrina e giurisprudenza sogliono pacificamente ammettere la compensazione, dato che non influisce in concreto sulle prospettive di soddisfazione del ceto creditorio²⁴.

Il giudice, davanti al quale sia stata eccepita la compensazione, deve, pertanto, risolvere *incidenter tantum* la questione pregiudiziale consistente nella concorsualità del controcredito opposto, vale a dire proprio la questione se esso sia effettivamente sorto prima della apertura della l.g. in maniera opponibile alla procedura²⁵, e se la sua fonte sia inattaccabile in base alle norme sulla revocatoria, applicandosi a tal fine le disposizioni che consentono di stabilire, in sede di verifica dello stato passivo, se un creditore sia o non sia munito del c.d. diritto al concorso²⁶. Solo quando la verifica

²³ D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 247; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 16 ss. Si pensi al credito restitutorio di cui sia titolare la massa nei confronti del terzo, in virtù di una azione revocatoria vinta dal curatore: il terzo non può estinguere per compensazione il proprio debito facendo valere a tal fine il credito nei confronti del fallito: Cass. 11 agosto 2021, n. 22666; Cass. 31 agosto 2015, n. 17338; Cass. 19 novembre 2008, n. 27518, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 11; Cass. 1° luglio 2003, n. 10349, in *Fall.*, 2004, 280. Cfr. anche Cass. 22 maggio 2003, n. 8042, in *Fall.* 2004, 658, secondo cui il debito del mandatario all'incasso, quando la riscossione sia avvenuta dopo l'avvio della procedura, è un debito verso la massa e non è quindi compensabile con un credito nei confronti del fallito; Cass. 26 luglio 2002, n. 11030 in *Fall.*, 2003, 507; Cass. s.u. 19 novembre 1996, n. 10097, cit., 665. In dottrina *ex multis*, A. JORIO, *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, cit., 394 e Id., *Gli effetti*, cit., 383.

²⁴ Cass. 2 settembre 2022, n. 25947. In dottrina, *ex multis*: FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 108; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 193 ss. Parimenti compensabili, in base alla disciplina comune, sono i crediti verso la massa, con i debiti nei confronti della stessa: Cass. sez. trib., 15 giugno 2021, n. 16779; Cass. 1° luglio 2008, n. 17954, in *Guida al dir.*, 2008, 44, 64. In sede di concordato, cfr. Cass. sez. trib., 2 luglio 2020, n. 13467.

²⁵ Si deve quindi trattare di un credito sorto prima della sentenza che apre la procedura e nel rispetto delle formalità di cui all'art. 145 CCII (v. in generale COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1972; e E. F. RICCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, vol. II, Milano 1998, 17 ss.); CANALE, *Riflessioni sul fideiussore del fallito, la compensazione e l'ammissione al passivo del condebitore escusso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 923 ss.

²⁶ E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano 1979, *passim*, in particolare 51 ss. Il requisito della reciprocità in tal senso inteso sembra dunque collocarsi in una zona limitrofa rispetto al requisito definito dalla giurisprudenza come «anteriorità del fatto genetico del credito e del controcredito»: secondo la giurisprudenza è necessario che il fatto genetico del credito e del controcredito si sia avuto in un momento anteriore alla apertura della procedura, poco importando, invece, che gli ulteriori presupposti richiesti dalla disciplina civilistica siano presenti prima di tale momento. Sono state in proposito utilizzate le categorie della «reciprocità diretta» e della «reciprocità derivata», per distinguere secondo che i crediti contrapposti siano diventati tali prima o, viceversa, dopo: T. Milano, 29 ottobre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, II, 61 ss. (con nota di Gio. Tarzia). Cfr. CANALE, *Riflessioni sul fideiussore*, cit., 93; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 174 ss.;

abbia esito positivo, e ricorrano gli altri presupposti (sui quali, tuttavia, v. *infra*), il controcredito potrà essere compensato fino a concorrenza²⁷.

Sempre con riferimento alla reciprocità, i crediti contrapposti possono derivare sia da rapporti distinti, sia semplicemente collegati, sia, infine, dallo stesso rapporto, purché essi siano autonomi²⁸, nel senso che le obbligazioni reciproche «non devono costituire le prestazioni corrispettive nascenti dal comune rapporto»²⁹. Né è necessario che essi siano di pari grado: non è cioè rilevante che l'uno sia privilegiato e l'altro chirografario o viceversa, operando la compensazione a monte, col provocarne l'estinzione, anche a prescindere dalla previa soddisfazione di eventuali crediti di rango superiore³⁰. Quanto all'antiorità, si deve fare riferimento al momento in cui si è verificato il fatto genetico del credito e non a quello del suo accertamento.

Per quanto concerne l'omogeneità, vale a dire il requisito previsto dal codice civile per cui deve trattarsi di crediti della stessa specie, l'art. 155 CCII tace. Secondo un primo orientamento, essa deve sussistere già al momento della dichiarazione di l.g.³¹: siffatto orientamento si fonda sull'art. 2917 c.c., a norma del quale la fattispecie estintiva di un credito deve perfezionarsi prima dell'avvio dell'esecuzione forzata (individuale o concorsuale), per poter essere opponibile al creditore pignorante e ai creditori intervenuti nell'esecuzione (e dunque, correlativamente, alla procedura); e l'art. 155 CCII, di stretta interpretazione, consentirebbe un'eccezione solo in relazione

BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Fall.*, 1999, 419.

²⁷ M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 16 ss.

²⁸ Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.* 2000, 524 ss., con nota di PANZANI, *Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente*. Cfr. anche NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 195; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1119. Cfr. altresì Trib. Como, 3 ottobre 2016, secondo cui «La compensazione, in quanto presuppone la alterità dei rapporti giuridici, non può operare rispetto ad operazioni riferibili ad un unico rapporto di conto corrente, fra le quali si verifica un mero effetto contabile di elisione delle poste attive e passive»: sulla compensazione c.d. impropria, v. anche *sub* nota 4.

²⁹ A. ROSSI, *La compensazione nella liquidazione giudiziale*, in *Dir. Crisi*, 6 febbraio 2024, 4.

³⁰ SANZO, *op. cit.*, 1115; FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2019, 43 ss. Sulla compensabilità dei crediti postergati *ex art.* 2467 c.c. e 292 CCII, v. altresì A. ROSSI, *La compensazione*, cit., 5 ss.

³¹ M. FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 104 ss.; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 193; JORIO, *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, cit., 395 s.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 191 ss., il quale chiarisce che il requisito della omogeneità è strettamente collegato a quello della fungibilità intesa quale sostituibilità del bene. Trib. Pinerolo 6 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2003, II, 2105, con nota di MARCELLINO, *Note in tema di compensazione nel fallimento*.

all'esigibilità. Di diverso avviso è invece chi invoca l'art. 158 CCII (corrispondente al previgente art. 59 l. fall.), per escludere il requisito dell'omogeneità da quelli che devono sussistere prima dell'avvio della l.g.: in virtù di questa norma, infatti, uno degli effetti dell'apertura della procedura per i creditori consiste nel rendere pecuniari alla data della sentenza dichiarativa i crediti vantati nei confronti del debitore che tali già non siano³²: ove si accolga questa interpretazione, deve ammettersi che, in questo caso, la compensazione retroagisca al momento dell'apertura della l.g. Rimane comunque dubbio che analoga interpretazione possa darsi per l'ipotesi in cui non sia pecuniario il credito vantato dal debitore nei confronti del terzo *in bonis*, poiché in simile eventualità non potrebbe applicarsi l'art. 158 CCII senza evidenti forzature³³.

In tema di esigibilità la disciplina del CCII si discosta espressamente da quella comune. L'art. 155 CCII consente, infatti, la compensazione «ancorché» il controcredito opposto dal soggetto *in bonis* non sia scaduto all'epoca della sentenza di apertura della l.g.³⁴. Ci si è posti il problema se la norma vada interpretata restrittivamente, cioè con riguardo al solo credito vantato nei confronti del debitore, oppure se essa possa venire intesa nel senso di consentire la compensazione anche quando, alla data di avvio della l.g., sia inesigibile il credito del debitore³⁵.

³² RESTA, *La compensazione nel fallimento*, in *Mon. Trib.*, 1968, 352; R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 951, PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 353 s.; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, cit., 1024 ss.. Tuttavia, così come l'art. 154 CCII, anche l'art. 158 CCII disciplina i crediti ai fini del concorso, mentre è pacifico che il controcredito opposto in compensazione è invece sottratto al concorso: ciò depone a favore della tesi restrittiva, secondo cui solo il requisito dell'esigibilità del controcredito, per espressa previsione dell'art. 155 CCII, può mancare alla data di apertura della procedura, dovendo invece tutti gli altri sussistere a quel momento, affinché possa realizzarsi l'effetto compensativo.

³³ BIGIAVI, *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca, borsa etc.*, 1966, I, 270 ss., spec. 276 s. e 281.

³⁴ L'art. 155 CCII, così come il previgente art. 56 l. fall., contempla, in tema di esigibilità, un'espressa eccezione agli artt. 2143 e 2917 c.c.: NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 194; NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Molfetta, 2019, 319; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 20 ss. Cfr. altresì COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 740.

³⁵ Cfr. VIGO, *Compensazione, passim*; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 104; GUALANDI, *Gli effetti*, cit., 148 s.; JORIO, *Gli effetti*, cit., 384 s.; RAGO, *La compensazione*, cit., 1027 ss.; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1117 s. Sul diverso problema se siano compensabili i crediti condizionali risponde in senso affermativo R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 951; in senso opposto, invece, FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 91 ss.; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 194. Cfr. RAGO, *op. cit.*, 1041 ss. In giurisprudenza: Cass. Sez. un., 20 marzo 1991, 3006, in *Giur. Comm.*, 1992, 727 ss., con nota di STANGHELLINI, *Nuovi presupposti per la compensazione fallimentare*.

L'orientamento prevalente in dottrina e nella giurisprudenza meno recente è per l'interpretazione restrittiva³⁶. In senso contrario si è tuttavia osservato, da un lato, che la norma in esame esprimerebbe un principio già sancito dall'art. 154, co. 2, CCII (corrispondente al previgente art. 55 l. fall.)³⁷; e, dall'altro lato, che la circostanza che il credito del soggetto sottoposto a l.g. nei confronti del soggetto *in bonis* non sia scaduto alla data della dichiarazione di l.g. non sarebbe rilevante in tema di compensazione, perché il debitore (controcreditore) *in bonis* che intende avvalersi della compensazione potrebbe sempre rinunciare al termine, che si presume in suo favore *ex art. 1184 c.c.*³⁸.

Oggi la giurisprudenza propende per un'interpretazione largheggiante della norma in esame³⁹. Con una decisione del 1999 resa a Sezioni unite⁴⁰, infatti, la S.C. ha dato ingresso alla compensazione «in sede di fallimento» pur in mancanza non soltanto dell'esigibilità del credito vantato dal soggetto

³⁶ INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 176 ss., spec. 178 s.; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 63 e 94; ID., *La compensazione nel fallimento: recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. fall.*, 1996, 565 ss.; MANCUSO, *La compensazione nel fallimento*, in *Dir. fall.* 1968, I, 350 ss., spec. 358 ss.; COPPOLA, *Commento all'art. 56*, in Nigro - Sandulli, (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Tomo I, Torino, 2006, 343; APICE, *Compensazione e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1997, 337 ss.; GUIZZI, *Il passivo*, in AA. VV., *Diritto fallimentare*, Milano 2008, 285; NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, 194; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1118. In giurisprudenza Cass. 11 novembre 1998, n. 11371, in *Fall.*, 1999, 415 ss., con nota adesiva di G. BOZZA; Cass. 2 ottobre 1997, n. 9635, in *Corr. giur.*, 1998, 547, con nota di ROSSI; e in *Fall.*, 1998, 1047, con nota di PANZANI; Trib. Mondovì 12 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 771 ss.. Nel senso della compensabilità anche ove il debito verso il fallito non sia ancora esigibile: Cass. 30 marzo 1991, n. 3006, in *Giur. comm.*, 1992, II, 727 ss., con nota di STANGHELLINI; e in *Giust. civ.*, 1991, I, 1717, con nota di LO CASCIO.

³⁷ FERRARA, *Il fallimento*, cit., 312 ss., e FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, V ed., cit., 350 ss.; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 353. Di diverso avviso: REDENTI, *La compensazione*, cit., 28; BIGIAVI, *Ripporto*, cit., 273; COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 739.

³⁸ FERRARA, *op. cit.*, 313, secondo cui lo stesso vale se il credito non sia liquido; Cass. 30 marzo 1991, n. 3006. *Contra*: FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 63; V. COLESANTI, *Variationes sérieuse*, cit., 739; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 177; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 347 s.

³⁹ Anzitutto Cass. 20 marzo 1991, n. 3006, cit., seguita inizialmente solo da sporadiche decisioni, quali Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro it.*, 1997, I, c. 165 ss., con ampia nota di FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*; e poi da Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.* 2000, 524 ss., con nota di PANZANI, *Compensazione e fallimento*, cit.; e in *Corr. Giur.*, 2000, 333 ss., con nota di SCHLESINGER. In dottrina FERRARA, *Il fallimento*, cit., 313. Cfr. altresì RAGO, *La compensazione*, cit., 1018 e 1021 ss.; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano 2006, 362; Cass. 14 ottobre 1998, n. 10140, in *Fall.*, 1999, 620 ss. Cfr. anche, da ultimo, Cass. 15 novembre 2023, n. 31764; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888; Cass. 27 ottobre 2015, n. 21784; App. Milano, 4 febbraio 2021, n. 395. Lo stesso criterio è seguito in sede di concordato: Cass. 25 novembre 2015, n. 24046.

⁴⁰ Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, cit..

in bonis, ma anche degli altri requisiti contemplati dall'art. 1243, co. 1, c.c., tra i quali l'esigibilità del credito del debitore sottoposto a l.g.⁴¹: essa ha infatti confermato che l'unico requisito necessario sarebbe la c.d. «anteriorità del fatto genetico» dei crediti rispetto all'avvio della procedura⁴²: è, cioè, necessario e sufficiente che la fonte dei crediti contrapposti sia venuta compiutamente ad esistenza prima della sentenza che apre la l.g.⁴³, potendo invece tutti gli altri requisiti della fattispecie estintiva realizzarsi successivamente⁴⁴. L'art. 155 CCII rappresenterebbe, quindi, secondo questo

⁴¹ Così già BIGIAVI, *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca, borsa etc.*, 1966, I, 270 ss., secondo il quale «affinché intervenga la compensazione non è necessario che i requisiti esistano anteriormente all'apertura del concorso: basta che esistano contemporaneamente. Vero è soltanto che, se un credito sorge dopo la dichiarazione di fallimento, esso non è opponibile ai fini dell'art. 56».

⁴² Cass. 31 agosto 2010, n. 18915, in *Diritto e Giustizia*, 2010; Cass. 13 maggio 2009, n. 11145, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 770; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3280, in *Fall.*, 2008, 446, secondo cui l'art. 56 l. fall. «richiede, quale unica condizione per la compensabilità dei debiti verso il fallito, che il fatto genetico del credito opposto in compensazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, mentre è sufficiente che i requisiti di liquidità ed esigibilità, richiesti dall'art. 1243 c.c., per entrambe le obbligazioni, sussistano al momento della pronuncia giudiziale»; in senso conforme, *ex multis*: Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008; Cass. sez. un. 23 ottobre 2006, n. 22659, in *Fall.*, 2007, 397; Cass. 13 gennaio 2006, n. 518, in *Fall.*, 2006, 847; Cass. 10 luglio 2003, n. 10861, in *Fall.*, 2004, 106 ss.; Trib. Reggio Emilia, 4 novembre 2020, n. 1104; Trib. Milano, 9 gennaio 2020, n. 110; Trib. Arezzo, 30 luglio 2018, n. 815. In senso contrario: App. Napoli, 6 febbraio 2020, n. 553. Con riferimento alla compensabilità del credito alla liquidazione della quota del socio dichiarato fallito, cfr. Cass. 12 ottobre 2004, n. 20169, in *Dir. fall.*, 2005, II, 903 ss., con nota di PROIETTI, *Note minime sull'inammissibilità della compensazione del credito alla liquidazione della quota con il credito della società al rimborso dei finanziamenti effettuati all'impresa del socio fallito*; e commentata anche da GIOMARELLI, *La Cassazione di nuovo di fronte al problema della compensabilità del credito per la liquidazione della quota del socio di banca popolare dichiarato fallito*, *ivi*, 2006, II, 38 ss.; Cass. 28 agosto 2001, n. 11288, in *Fall.*, 2002, 615 ss., con nota di BADINI CONFALONIERI, *Problemi applicativi del nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di compensazione nel fallimento: il fatto genetico del credito del socio escluso*; Cass. 24 luglio 2000, n. 9678, *ivi*, 2001, II, 897 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione di crediti contrapposti del socio escluso e della società. Qual è il momento genetico del credito del socio escluso per effetto del fallimento?* Sul punto cfr. altresì JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato*, cit., 93.

⁴³ Che l'anteriorità del fatto genetico di credito e controcredito sia un requisito necessario affinché possa aver luogo la compensazione è pacifico: da un lato, infatti, come già accennato nel testo, il controcredito del soggetto *in bonis* deve essere concorsuale e quindi sorto prima dell'avvio della l.g., nel rispetto di tutte le formalità di cui all'art. 145 CCII (così già REDENTI, *La compensazione*, cit., 28; e BIGIAVI, *Riporto*, cit. 284; Colesanti, *Fallimento e trascrizione*, cit.; e E.F. RICCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 17 ss.; Id., *Formazione del passivo fallimentare*, cit., 51; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 26 ss.); dall'altro lato, anche il credito del debitore sottoposto a l.g. deve essere sorto prima dell'avvio del concorso, dovendosi altrimenti considerarlo come credito della massa, in virtù dell'art. 142, co. 2, CCII, e per ciò solo non compensabile ai sensi della norma in esame.

⁴⁴ G.G. POLI, *Gli effetti della liquidazione*, cit., 420.

oramai consolidato orientamento, un'eccezione all'intera disciplina prevista dalla lettura congiunta degli artt. 1243 e 2917 c.c.: l'intera fattispecie estintiva, fatta eccezione per la genesi dei crediti contrapposti, potrebbe realizzarsi dopo o contestualmente all'avvio della procedura concorsuale, incidendo tutt'al più sui limiti alla retroattività del relativo effetto⁴⁵.

4. – A norma dell'art. 1243, co. 1, c.c., i crediti devono essere anche liquidi, vale a dire determinati nel loro ammontare. In giurisprudenza, tuttavia, è stato di recente ribadito che il requisito della liquidità deve essere interpretato nel senso della certezza dei reciproci crediti, sicché qualsiasi controversia o contestazione circa l'esistenza e l'ammontare dei medesimi sarebbe sufficiente per farli considerare illiquidi⁴⁶: si tratta di un orientamento ampiamente criticato dalla maggior parte della dottrina⁴⁷.

Per ciò che concerne l'applicabilità dell'art. 155 CCII, si pone il problema se, affinché la compensazione possa realizzarsi, il requisito in esame debba venire ad esistenza prima dell'avvio della procedura, essendo ammissibile in sede concorsuale la sola compensazione legale⁴⁸; oppure se il

⁴⁵ Per alcuni rilievi critici, anche relativi alla compensazione nel concordato, cfr. SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1116 s.

⁴⁶ Cass. Sez. un. 15 novembre 2016 n. 23225, in *Foro it.*, 2017, I, c. 610 ss.; in *Giur. it.*, 2017, I, c. 1313 ss., con nota di CICERO, *Le Sezioni Unite chiariscono il concetto di certezza quale requisito della compensazione*; in *Corr. giur.*, 2017, 1350 ss., con nota di SPANGARO, *Le Sezioni Unite definiscono i criteri per l'operatività della compensazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 707 ss., con nota di GABASSI, *Compensazione nel processo: nessuna estinzione senza certezza. Lo strano caso del credito sub iudice*; e in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1309, con nota critica di E. MERLIN, *Eccezione di compensazione e pendenza di separato giudizio sul controcredito*. Cfr. altresì Cass. 30 dicembre 2014, n. 27441, che ha rigettato l'eccezione di compensazione sollevata dal controcreditore, sul presupposto che il credito opposto sarebbe stato privo del requisito della certezza, siccome oggetto di contestazione giudiziale. Così pure App. Firenze, 11 gennaio 2017, n. 35. In senso contrario: Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008, ove si afferma che «la compensazione nel fallimento è ammessa anche quando il controcredito del debitore del fallito divenga liquido ed esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico della obbligazione sia anteriore alla relativa dichiarazione, mentre è irrilevante che la sentenza di accertamento del controcredito intervenga successivamente alla stessa dichiarazione di fallimento».

⁴⁷ Aspramente critico già SCHLESINGER, v. *Compensazione*, cit., 723; si vedano anche i riferimenti dottrinali nella nota che precede; in giurisprudenza: Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008 cit.. Cfr. tuttavia D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 247.

⁴⁸ Negano la deducibilità della compensazione giudiziale nel fallimento, per lo più sulla base del rilievo che l'art. 56, 1° co., l. fall. (analogo all'attuale art. 155, 1° co., CCII) consente la sola compensazione legale in mancanza dell'esigibilità del controcredito opposto, per il resto operando gli artt. 1243 e 2917 c.c.: BOZZA, in Bozza, Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano 1992, 393; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 953; MANZELLA, *Rilievi critici ad una interpretazione lassista dell'art. 56 legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 1968, II, 119; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, V ed., 280.

credito possa essere liquidato dal giudice, ammettendosi così anche quella giudiziale⁴⁹. L'adesione alla seconda tesi si riflette in concreto natura della sentenza che potrà essere pronunciata e sulla decorrenza dei suoi effetti. Qualora, infatti, il controcredito opposto sia già liquido, la sentenza di rigetto della domanda del curatore per intervenuta compensazione (legale) sarà di mero accertamento, e gli effetti della compensazione medesima decorreranno dal giorno della coesistenza dei reciproci crediti; qualora, viceversa, il credito non sia liquido, ma «di facile e pronta liquidazione», la sentenza di rigetto della domanda del curatore per compensazione (giudiziale) avrà natura costitutiva e gli effetti decorreranno necessariamente dal giorno della sua pubblicazione, perché solo in tale data si sarà perfezionata la fattispecie estintiva⁵⁰.

L'orientamento attualmente prevalente in giurisprudenza ammette che il controcredito opposto in compensazione sia quantificato dopo l'avvio della l.g., ritenendosi necessaria e sufficiente per il prodursi dell'effetto estintivo la sola anteriorità del fatto genetico dei reciproci crediti⁵¹. Talora è stata ammessa la compensazione anche in assenza della liquidità del credito del debitore sottoposto a l.g.: è dubbio tuttavia che una simile soluzione possa basarsi solo sul rinvio alla disciplina del codice civile, dato che essa

⁴⁹ BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2007, 123; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, cit., 1047 ss.; SCHLESINGER, *v. Compensazione*, cit., 728.

⁵⁰ INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 189; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 347. Si veda tuttavia SCHLESINGER, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ Cass. 30 dicembre 2021, n. 42008, relativa a un'ipotesi di c.d. patto di compensazione; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888, ove si afferma che «è sufficiente che i requisiti di liquidità ed esigibilità, richiesti dall'art. 1243 c.c., per entrambe le obbligazioni, sussistano al momento della pronuncia giudiziale»; Cass. 12 giugno 2007, n. 13769, in *Fall.*, 2008, 445, con nota di SILVESTRINI, *L'attuazione della compensazione in sede fallimentare: profili processuali*; Cass. 12 ottobre 2004, n. 20169, in *Fall.*, 2005, 504; Cass. Sez. un. 16 novembre 1999, n. 775, cit. In dottrina, *ex multis*: JORIO, *Gli effetti*, cit., 385; ID., *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, cit., 397; CUOMO ULLOA, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Schiano di Pepe (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 174; TEDESCHI, *Manuale*, cit., 257; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, cit., 1050; GUALANDI, *Gli effetti per i creditori*, cit., 2002, 150; CENSONI, *Revocatoria fallimentare e compensazione*, in *Giur. comm.* 1990, I, 1086; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 101 ss. e 227. La sezione tributaria della S.C. ha sancito l'ammissibilità della compensazione del credito IVA chiesto a rimborso dal fallito con i debiti erariali, sorti anteriormente alla dichiarazione di fallimento, anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile successivamente (Cass. sez. trib., 13 luglio 2023, n. 20063); mentre ha escluso che il credito I.R.E.S. spettante alla massa, maturato durante la gestione fallimentare, possa essere oggetto di compensazione con il credito dell'Erario, maturato anteriormente all'apertura del fallimento (Cass. 13 dicembre 2022, n. 36400).

non contempla alcuna ipotesi a questa assimilabile, riferendosi espressamente ed esclusivamente al controcredito opposto⁵².

5. – Ai sensi dell'art. 155, co. 2, CCII, 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»⁵³. La *ratio* della norma risiede nel voler evitare che siano poste in essere cessioni di crediti che abbiano quale unico scopo, da un lato, per chi fosse prima della cessione semplicemente debitore del soggetto sottoposto a l.g., e non anche suo creditore, di sottrarsi all'integrale pagamento alla procedura del proprio debito; dall'altro lato, per chi fosse semplicemente creditore, e non anche debitore, del soggetto sottoposto a l.g., di sottrarsi al concorso e, quindi, alla *par condicio creditorum*⁵⁴.

Non sono ovviamente soggetti alla disciplina in esame gli acquisti *mortis causa*, poiché per questi ultimi non possono configurarsi condotte fraudolente a danno della massa⁵⁵.

Il legislatore della riforma, oltre ad aver esteso il periodo di tempo da prendersi in considerazione, facendolo ora decorrere dal momento del «deposito della domanda», cui è seguita l'apertura della l.g.⁵⁶, ha finalmente eliminato l'inciso per cui la norma sarebbe stata applicabile solo ai crediti

⁵² Cass. 12 febbraio 2008, n. 3280, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 208; Cass. 16 novembre 1999, n. 775; Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro it.*, 1997, I, c. 175 s., con nota di FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*.

⁵³ COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 735 ss.; RAGO, *La compensazione*, cit., 1055 ss.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 179 ss.; GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, nota a Trib. Milano 29 ottobre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, 61 ss.; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 135 ss.; STANGHELLINI, *Cessione di credito e compensazione fraudolenta*, nota a Cass. 2 ottobre 1989, n. 3955, in *Giur. comm.*, 1991, II, 732 ss..

⁵⁴ Si vuole così evitare che crediti verso il soggetto sottoposto a l.g. siano venduti a prezzo vile a debitori di questo stesso soggetto, che, con la compensazione, otterrebbero, a discapito della massa, piena soddisfazione del controcredito in tal modo acquistato, trovandosi a dover pagare alla procedura solo l'eventuale residuo. Al riguardo si è parlato di presunzione *iuris et de iure* di frode in danno al ceto creditorio: GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa*, cit., 65. Cfr. anche G.G. POLI, *Gli effetti della liquidazione*, cit., 420 s.; DI AMATO, *op. cit.*, 143; D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 247; SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1113 s. In giurisprudenza: Cass. 4 aprile 2019, n. 9528, in *ilfallimentarista.it*, con nota di SISIA, *Estensione del divieto di compensazione anche ai crediti scaduti acquistati dopo la dichiarazione di fallimento*; e in *Riv. notariato*, 2020, 508, con nota di TECCE, *Cessione di credito e compensazione elusiva della par condicio creditorum*; Cass. 27 aprile 2010, n. 10025.

⁵⁵ G.G. POLI, *op. cit.*, 421.

⁵⁶ Nel vigore della legge fallimentare, il momento determinante era quello della dichiarazione di fallimento o l'anno che questa precedeva.

non scaduti⁵⁷. Oggi può dirsi pertanto superato ogni dubbio relativo alla sua applicabilità anche a quelli già scaduti⁵⁸.

6. – L'istituto in esame pone diversi problemi relativi alle modalità del suo esercizio in pendenza della procedura concorsuale. In primo luogo, si è posto il problema se, affinché si produca l'effetto estintivo, sia o non sia necessaria la previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione; correlativamente, bisogna individuare quale efficacia abbia l'eventuale decisione sul controcredito pronunciata in sede di accertamento

⁵⁷ Numerose le critiche a quell'infelice inciso. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 935. In senso contrario all'estensione del divieto di compensare ai crediti scaduti: COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 744 ss.; INZITARI, *Effetti*, cit., 134, che riteneva inapplicabile la norma ai crediti scaduti; così pure M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 29 ss. Cfr. anche Cass. 2 ottobre 1989, n. 3955, in *Fall.*, 1990, 46 ss., in *Corr. giur.*, 1990, 64 ss.; e in *Dir. fall.*, 1990, II, 378 ss. La questione era stata anche rimessa alla Consulta, con ordinanza del T. Milano 28 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 563; cfr. Corte Cost. 20 ottobre 2000, n. 431, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3387 (con nota critica di FABIANI); in *Dir. Fall.*, 2001, II, 5 ss. (con nota critica di SCALERA); in *Corr. giur.*, 2001, 1041, con commento di MURONI). La giurisprudenza aveva talora esteso il divieto di compensare previsto secondo comma in esame anche ai crediti scaduti acquistati dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore: Cass. 4 aprile 2019, n. 9528; Trib. Milano 29 ottobre 1984, annotata in parte criticamente da GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa in tema di compensazione fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 61 ss.; e Trib. Milano, 25 giugno 2016, n. 7953. Cfr. altresì le condivisibili osservazioni di STAUNOVO POLACCO, *Acquisto del credito e limiti alla compensazione nel fallimento - osservazioni*, nota a Cass. 5 febbraio 2013, n. 2695, in *Il fall.*, 2013, 694 ss. Per l'applicazione rigorosa del previgente art. 56, co. 2, l. fall.: App. Taranto, 9 luglio 2021, n. 255; Trib. Monza, 12 ottobre 2015, n. 2519.

⁵⁸ Vi è peraltro chi ha evidenziato la differenza fra l'ipotesi di acquisto del controcredito nell'anno anteriore e l'ipotesi di acquisto successivo. Nel primo caso, la fattispecie estintiva si perfezionerebbe comunque *prima* dell'avvio della procedura, e per ciò solo dovrebbe ritenersi ammissibile (interpretazione accettabile solo ove si aderisca alla tesi secondo cui la compensazione opera *ipso iure*, non appena vengano ad esistenza i presupposti della reciprocità, dell'omogeneità, della liquidità e dell'esigibilità: cfr. GIO. TARZIA, *Una soluzione controversa*, cit., 63); nel secondo caso, invece, intervenendo il requisito della reciprocità dopo tale momento, la fattispecie estintiva si perfezionerebbe *dopo* l'avvio della procedura: non sarebbe quindi accettabile consentire la compensazione, in virtù del principio di intangibilità del patrimonio attivo della procedura medesima (GIO. TARZIA, *op. loc. ult.cit.* Secondo questo autore, che si esprimeva nel vigore del previgente art. 56, 2° co., l. fall., «sembra doversi ritenere: a) che il credito acquistato (dal debitore del fallito) dopo il fallimento, scaduto o non scaduto che sia, non può mai essere opposto in compensazione; b) che il credito acquistato nell'anno anteriore può essere opposto in compensazione solo se scaduto, in caso contrario subentrando la previsione di frode ed il conseguente divieto di compensazione di cui si è detto». Così pure BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti*, cit., 421; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 137 s.; STANGHELLINI, *Cessione di credito e compensazione fraudolenta*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 749 ss.. In giurisprudenza: App. Torino, 20 gennaio, 2010, in *Fall.*, 2010, 701 (con nota di COSTANZA, *Cessione del credito e compensazione*); T. Mondovì 12 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 771 ss.). Cfr. la nota che precede.

del passivo rispetto ad una successiva eccezione di compensazione eventualmente sollevata in sede ordinaria. Va inoltre stabilito se, in sede di formazione dello stato passivo, sussista una qualsivoglia efficacia della decisione assunta in precedenza dal giudice ordinario in relazione al controcredito opposto in compensazione e come l'eventuale controcredito eccedente la *pro concurrenti quantitate* possa trovare soddisfazione. Infine è necessario comprendere se e come debbano essere coordinati il procedimento di verifica del passivo e il giudizio ordinario, quando siano contemporaneamente pendenti e in entrambi sia stato fatto valere – rispettivamente in via di domanda e in via di eccezione – il controcredito del soggetto *in bonis*.

Sino alla riforma del 2006⁵⁹, si è molto discusso su quale fosse l'efficacia del decreto di esecutività dello stato passivo, così come delle sentenze che fossero state emesse nella fase eventuale del procedimento di formazione del passivo fallimentare⁶⁰. In particolare, era dibattuto se le menzionate decisioni, delle quali si supponeva che l'oggetto fosse il diritto di credito fatto valere con la domanda di insinuazione al passivo, avessero efficacia vincolante solo all'interno della procedura oppure fossero idonee a fare stato anche al di fuori di questa, quali vere e proprie decisioni sul credito, e fossero pertanto opponibili da o al debitore tornato *in bonis*⁶¹. La soluzione del problema si rifletteva, infatti, sulla sorte delle eventuali controversie sorte successivamente alla procedura e intercorrenti, appunto, tra il debitore tornato *in bonis* e i creditori che fossero stati ammessi (ed eventualmente soddisfatti, anche solo parzialmente) o esclusi dal concorso.

Secondo un primo orientamento, si sarebbe dovuto distinguere secondo che la decisione fosse stata assunta nella fase necessaria ovvero in quella

⁵⁹ Cfr. l'art. 81 del D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha modificato l'art. 96 l. fall., il cui tenore è stato infine ripreso dall'art. 204, co. 5, CCII.

⁶⁰ E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 9.

⁶¹ E. F. RICCI, *op. loc. cit.*; NISIVOCIA, *Compensazione e revocatoria: l'oggetto e gli effetti del decreto di esecutività dello stato passivo*, nota a Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 467 ss.; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 37 ss. prima della riforma del 2006, cfr. BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*, in AA. VV., *Diritto fallimentare*, (coordinato da Maffei Alberti) Bologna, 2002, 299 ss.; ID., *La formazione dello stato passivo nel fallimento: dieci anni di giurisprudenza*, Milano 1981; SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed. aggiornata e ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1996, 332 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 399 ss.; FERRARA JR - BORGIOLO, *Il fallimento*, V ed., Milano, 1995, 529 ss.; AA.VV., *L'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali*, (atti del convegno Sisco del 9 novembre 1991), Milano, 1992; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992; BOZZA - SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992; MAZZOCCA, *L'accertamento dei crediti nella procedura di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1989, I, 789 ss.; LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979.

eventuale di verifica: al decreto di esecutività dello stato passivo, rispetto a ogni singolo credito⁶², avrebbe dovuto riconoscersi efficacia meramente endoconcorsuale⁶³: esso sarebbe stato vincolante solo con riguardo all'esistenza o meno del diritto di partecipare al riparto in quella specifica procedura⁶⁴. Ad avviso della menzionata giurisprudenza e di parte della dottrina, tuttavia, ove invece si fosse trattato di decisioni assunte nella cosiddetta fase eventuale del procedimento di verifica del passivo, queste avrebbero svolto piena efficacia vincolante anche al di fuori del concorso, nei rapporti tra il debitore e i singoli creditori⁶⁵.

⁶² Ammesso o escluso.

⁶³ Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., 459 ss.; Cass. 9 luglio 2008, n. 18832, in *Fall.*, 2008, 158 ss. (con nota di ROLFI, *Ancora sull'effetto di «giudicato endofallimentare» del decreto di esecutività dello stato passivo*); Cass. 24 settembre 2002, n. 13865, *ivi*, 2003, 631 ss. In dottrina PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1443 ss.; FERRARA, *Il fallimento*, cit., 470; LANFRANCHI, *Sull'efficacia della verifica del passivo nel fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 546 ss.. Secondo GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato che ammette o esclude un credito dal passivo fallimentare*, nota a Cass. 10 aprile 1942, in *Riv. Dir. proc.*, 1943, II, 143 e 152, l'efficacia del decreto di cui si tratta è sì solo endoconcorsuale, ma perché si tratta di un provvedimento meramente esecutivo-satisfattivo.

⁶⁴ Quanto stabilito in sede di formazione del passivo non avrebbe bensì potuto essere messo in discussione all'interno della procedura, ma non avrebbe però avuto alcuna efficacia vincolante di accertamento sul credito tra i singoli creditori e il debitore al di fuori del concorso (sul problema della stabilità delle attribuzioni patrimoniali attuate in sede esecutiva si veda ancora E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 137 ss.). Cfr. NISIVOCCIA, *Compensazione*, cit., 467 s.; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 301; SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 333 ss. Cfr. altresì E. T. LIEBMAN, intervento riportato in *Esecuzione individuale e fallimento: bilancio della legge fallimentare. Relazioni e discussioni svolte nel Convegno dal 3 al 5 giugno 1960*, Milano, 1961, 34; ANDOLINA, *Appunti sulla vicenda dell'accertamento giurisdizionale dei crediti, pendente il processo di fallimento*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 360; GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia*, cit., 137 ss.; ID., *Fallimento ed azioni dei creditori*, cit., 18 ss.; BONSIGNORI, *op. cit.*, 583.

⁶⁵ Cfr. l'ampia ricostruzione critica in E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 7 s.; ID., *Sull'efficacia dell'ammissione*, cit., 85 ss.; ID., *Sull'efficacia delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni*, cit., 133 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni*, cit., 1073 ss. Per quanto concerne la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2006, cfr. ad esempio Cass. 22 gennaio 1997, n. 664, in *Fall.*, 1997, 1084. In dottrina cfr. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 309; Lo CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 380 e 390; CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova 1975, 138 ss. e 192 ss.; PANZANI, *L'accertamento del passivo*, in PANZANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, 839; GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato*, cit., 153; ID., *Fallimento ed azioni dei creditori*, cit., 24. In senso contrario LANFRANCHI, *L'esclusione del fallito dai giudizi ordinari della verifica del passivo nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 210 ss.; così pure E. F. RICCI, *op. locc. ultt. citt.*

Un diverso orientamento era, viceversa, dell'avviso che le decisioni di cui si tratta avrebbero sempre svolto piena efficacia vincolante anche al di fuori del concorso, come giudicati sui crediti ivi fatti valere⁶⁶.

Vi era infine chi distingueva secondo che il credito fosse stato escluso dallo stato passivo o invece vi fosse stato ammesso, riscontrando solo nel secondo caso una vera e propria decisione avente efficacia extraconcorsuale sul diritto di credito⁶⁷.

Nel panorama così brevemente descritto, Edoardo Ricci proponeva una tesi, che aveva il pregio di risolvere il problema in esame prendendo le mosse dalla corretta individuazione dell'oggetto del procedimento di formazione del passivo⁶⁸. Secondo l'insigne studioso, l'errore di base consisteva nel ritenere che tale oggetto fosse il diritto di credito verso il debitore sottoposto a procedura. Con simile (erronea) premessa, non poteva che porsi il gravoso problema degli effetti da attribuirsi a tali decisioni, giungendosi a soluzioni per lo più incoerenti o, per varie ragioni, difficilmente sostenibili.

Ricci chiariva anzitutto che l'esistenza del diritto di credito è un presupposto sì necessario, ma non sufficiente, affinché una domanda di ammissione al passivo sia accolta. Il giudice, infatti, per ammettere un credito al passivo (e quindi riconoscere o negare il diritto di concorrere nella procedura e, pertanto, di partecipare alla fase di riparto⁶⁹) deve non solo verificare l'esistenza del credito stesso, ma altresì stabilire se tale credito sia concorsuale e se sia inattaccabile dalle norme sulla revocatoria⁷⁰.

⁶⁶ PAJARDI, *Manuale*, cit., 408. Cfr. anche MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991, 168 ss.; FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, cit., 534; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 1443 ss.; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 425; LANFRANCHI, *Processi di cognizione pendenti e accertamento del passivo*, in AA.VV., *L'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali*, cit., 92 ss.; ID., *Sull'efficacia della verifica del passivo nel fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 546 ss.; AZZOLINA, *Sull'efficacia di cosa giudicata dello stato passivo fallimentare*, in *Foro pad.*, 1958, I, c. 312 ss.

⁶⁷ AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 799; VASSALLI, *Diritto fallimentare. Accertamento del passivo, liquidazione e ripartizione dell'attivo*, II.2, Torino, 120 ss.

⁶⁸ E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare*, cit., 21 ss.; ID., *Sull'efficacia dell'ammissione al passivo fallimentare*, cit., 85 ss.; ID., *Sull'efficacia delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., 133 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., 1073 ss.; cfr. altresì NISIVOCIA, *Compensazione e revocatoria*, cit., 468 ss.; e M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 37 ss.

⁶⁹ Sul problema della stabilità degli effetti del riparto: E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 137 ss.; VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova 2010, 182 ss. Cfr. CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 19 ss.

⁷⁰ E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 51; ID., *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 266. Cfr. altresì CANALE,

Posta questa premessa, Ricci precisava che, in sede di verifica del passivo, l'esistenza del diritto di credito rappresenta in realtà una semplice questione pregiudiziale di merito, che il giudice deve risolvere *incidenter tantum*, per di decidere con efficacia di accertamento vincolante (e quindi di giudicato) una diversa situazione giuridica: il c.d. diritto al concorso⁷¹, vale a dire un diritto prodromico rispetto al diritto alla percezione del ricavato, che ha rilievo esclusivo nella procedura in cui è stato oggetto di verifica. Veniva altresì sottolineato che l'accertamento vincolante del (solo) diritto al concorso si produce a prescindere dal fatto che la relativa decisione sia stata resa nella fase necessaria o in quella eventuale del procedimento di verifica.

Riflessioni sul fideiussore del fallito, la compensazione e l'ammissione al passivo del condebitore escusso, cit., 923.

⁷¹ E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 56 e *passim*. Aderiscono alla tesi di Ricci: CANALE, *Rapporti tra accertamento del passivo e revocatoria fallimentare*, *Quad. giur. comm.*, Milano, 1991, 69 ss.; ID., *La formazione dello stato passivo e il sistema delle impugnazioni*, in Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 196; CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano 1996, *passim*; BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in Costa – Ragusa Maggiore (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, vol. III, Torino, 1997, 273 ss., in particolare 277 ss. e 281 ss.; E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, vol. I, Padova 1998, 158; VINCRE, *Profili*, cit., 114 ss.; EAD., *Arbitrato e fallimento*, Milano, 1996, 71 ss.; DELLA CHÀ, *La previsione di insufficiente realizzo*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 993 ss.; NISIVOCCIA, *op. loc. cit.*; M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 39 ss., spec. 43 ss. Cfr. altresì SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 1004; ID., *Ancora sulla (il)legittimità costituzionale dell'art. 100 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 21 ss.; e PAGNI, *Esecutività Accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*, in *Fall.* 2010, 1392 ss. (nota a Cass. 14 luglio 2010, n. 16508, cit.); EAD., *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 196; EAD., *Commento all'art. 96*, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008. In senso contrario, oltre a Garbagnati, FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 392 s., secondo il quale «oggetto del processo è una porzione più ampia del diritto di credito, è il diritto di credito assistito dalla concorsualità»; ID., *L'efficacia dello stato passivo*, in *Fall.* 2011, 1093 ss. Sul punto cfr. i rilievi in senso contrario di E. F. RICCI, *v. Accertamento giudiziale*, cit., 21; e VINCRE, *op. cit.*, 113 ss.. Per CAVALLINI, *Formazione ed impugnazione dello stato passivo, poteri processuali del creditore*, in *Fall.*, 2009, 700 ss., da un lato, il diritto «oggetto della domanda di cui all'art. 93 l. fall. è (...) il "diritto di credito" tout court considerato»; dall'altro, il dato di legge impone che la decisione resa in sede di formazione del passivo e «financo in sede impugnatoria, non pregiudichi eventuali (...) azioni dei creditori o dell'ex fallito, una volta dichiarato definitivamente chiuso il fallimento, sull'esistenza, la misura e l'ammontare dei crediti (non essendo possibile, per effetto della legge, eccepire in tali giudizi l'impedimento del *ne bis in idem*)». Così anche LAMANNA, *La non contestazione della domanda di insinuazione o di rivendica/restituzione nella verifica del passivo*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 57 ss.; ID., *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*, nota a Cass. 8 luglio 2004, n. 12458, in *Fall.* 2005, 407 ss.; BOZZA, *Proponibilità della compensazione*, cit., 879. Cfr. anche MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali: durata e prospettive*, in *Fall.*, 2010, 1038 ss.; ID., *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, I, Padova, 1991, 168 ss.; ID., *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, in *Fall.* 2007, 1129 ss.; e LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010, 56 ss.

La tesi sopra sinteticamente riportata appare oggi l'unica compatibile col disposto dall'art. 204, co. 5, CCII (corrispondente al previgente art. 96 l. fall., come modificato nel 2006), ai sensi del quale «il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 206, limitatamente ai crediti accertati (...) producono effetti soltanto ai fini del concorso». Simile conclusione è avvalorata dal preciso disposto dell'art. 236 CCII (di tenore analogo al previgente art. 120 l. fall.), il quale sancisce che il decreto menzionato o la sentenza di ammissione al passivo costituiscono «prova scritta per gli effetti di cui all'art. 634» c.p.c., così confermando che, in sede di verifica dello stato passivo, non si forma alcuna decisione sul credito che abbia efficacia di giudicato tra le parti⁷².

In conclusione, riteniamo pertanto corretto prestare adesione alla tesi di Edoardo Ricci, secondo cui l'efficacia delle decisioni rese in sede di verifica del passivo è sì quella propria di accertamento di un diritto idoneo al giudicato sostanziale, ma di un diritto diverso da quello di credito: il diritto al concorso, appunto. E il fatto che l'accertamento del diritto al concorso trovi la propria ragion d'essere solo all'interno di una determinata procedura concorsuale, come espressamente sancito oggi dall'art. 204, co. 5, CCII, riguarda l'intrinseca natura dell'oggetto di tale accertamento, che può trovare la propria realizzazione e soddisfazione esclusivamente nell'ambito della procedura in cui è stato riconosciuto. Si vedrà più avanti come, in tema di compensazione nella l.g., il diritto al concorso venga in rilievo anche in sede ordinaria, quando il controcreditore *in bonis*, evocato in giudizio dal curatore, sollevi la relativa eccezione⁷³.

7. – Si è a lungo discusso sulla necessità di una previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione, affinché quest'ultima possa realizzarsi. L'ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui il curatore agisca in sede ordinaria per il pagamento di un debito che un terzo ha verso il soggetto sottoposto a l.g., e il convenuto *in bonis*, controcreditore di quest'ultimo, sollevando l'eccezione di compensazione, chieda il rigetto della domanda fino a concorrenza⁷⁴.

⁷² In senso contrario: Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., ove si parla di «giudicato endofallimentare (...) attribuibile all'accertamento giudiziale del credito»; Cass. 9 luglio 2008, n. 18832, cit., 158 ss. (con nota di ROLFI, *Ancora sull'effetto di «giudicato endofallimentare» del decreto di esecutività dello stato passivo*), ove si afferma che oggetto del decreto di esecutività dello stato passivo sarebbero i singoli diritti di credito, sebbene l'efficacia del decreto sia puramente endofallimentare

⁷³ *Infra* prf. 7.

⁷⁴ È pacificamente ammessa la compensazione anche in sede di formazione del passivo: si ritiene, infatti, che il terzo creditore-debitore *in bonis*, che abbia proposto

Secondo alcuni, l'ammissione al passivo del controcredito sarebbe necessaria, affinché al soggetto *in bonis* sia consentito invocare l'effetto estintivo con efficacia nei confronti della massa, poiché nel CCII (e prima nella legge fallimentare) non vi sarebbe alcuna disposizione che permetta di derogare al principio del concorso formale⁷⁵. Altri ritengono invece che la previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione sia superflua: il principio del concorso formale risulterebbe escluso proprio dalla disciplina della compensazione oggi contenuta nel CCII⁷⁶: il controcreditore convenuto, infatti, non chiede la condanna dell'attore al pagamento di alcunché (*i.e.*, non chiede alcun titolo da far valere contro la massa), né chiede l'accertamento del proprio credito, in modo da invocare tale accertamento in sede di formazione del passivo, per essere ivi ammesso al riparto. Egli chiede solo il rigetto della domanda avversaria, sulla base

domanda di ammissione al passivo possa in questa sede dichiarare di essere anche debitore della massa, domandando conseguentemente che venga pronunciata la compensazione da parte del giudice delegato e che l'insinuazione venga fatta per il solo credito residuo: si vedano in tal senso Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Riv. dir. proc.*, 459 ss. (con nota critica di Nisivoccia, *Compensazione e revocatoria*, cit.); in *Fall.*, 2010, 1380 ss., con nota di Salvato, *Intangibilità dell'accertamento della compensazione effettuato in sede di verifica del passivo* (1384 ss.); e con nota di Pagni, *Esecutività accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*; e in *Foro it.*, 2010, 3376 s.m. (con nota di Fabiani). Cfr., nello stesso senso, anche Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 8 luglio 2004, n. 12458, in *Fall.*, 2005, 407 ss. (con nota di Lamanna, *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*); Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, in *Fall.*, 1999, 873 ss., con nota di BOZZA, *Proposibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, cit.; Cass. 13 marzo 1982, n. 1634, in *Dir. fall.* 1982, II, 557.

⁷⁵ PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 957; BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 381 e ss. In giurisprudenza, nel senso della necessaria insinuazione al passivo: Cass. 21 dicembre 1971, n. 3710, in *Giur. it.*, 1972, I, c. 666; Cass. 13 maggio 1971, n. 1385, in *Giur. it.*, 1972, I, c. 1093; Cass. 27 maggio 1963, n. 1381, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 444 ss., con nota contraria di FOSCHINI, *Esercizio del potere di avvalersi della compensazione ex art. 56 l. f., e accertamento del passivo fallimentare*; Cass. 10 ottobre 1961, n. 2066, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 105 ss. Cfr. anche le più recenti Cass. 4 settembre 2014, n. 18691, secondo cui l'accertamento dei crediti vantati nei confronti della massa deve aver luogo con il medesimo rito previsto per i crediti concorsuali «poiché il credito opposto in compensazione può essere riconosciuto soltanto in sede fallimentare e, anche se dedotto solo in via di eccezione, presuppone l'accertamento del debito del fallito»; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 3, 470. Cfr. anche LAMANNA, *Compensazione nella verifica del passivo ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie* (nota critica a Cass. 8 luglio 2004, n. 12584), in *Fall.*, 2005, 408 ss., spec. 414; e VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 347, secondo il quale, premesso che la decisione con cui è pronunciata la compensazione giudiziale ha efficacia costitutiva ed opera *ex nunc*, vi sarebbe (solo) in tal caso la necessità che il controcredito sia previamente insinuato al passivo, con l'espressa dichiarazione di volersi avvalere della compensazione e con la conseguente richiesta al giudice della procedura di provvedere alla pronuncia compensativa giudiziale.

⁷⁶ Cass. 2 settembre 2022, n. 25947

dell'intervenuta estinzione dei reciproci crediti, proprio in virtù della disciplina dettata dall'art. 155 CCII, la quale ultima consente, quindi, di sottrarre il controcredito (anche) al c.d. concorso formale⁷⁷.

Questo secondo orientamento è oggi pressoché pacifico. Al soggetto *in bonis* è riconosciuto il diritto di vedere soddisfatto fino a concorrenza il proprio controcredito attraverso la compensazione: gli si consente quindi di sottrarsi non solo al principio della *par condicio creditorum*, ma anche al procedimento di verifica dello stato passivo⁷⁸.

⁷⁷ FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 195 ss.; ID., *Esercizio del potere*, cit., 453 ss.; AUTERI, *Compensazione e ammissione al passivo*, cit., 47 ss.; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 195 ss., secondo il quale «tra compensazione e procedimento di verifica dei crediti c'è una completa autonomia di azione e funzioni»; PAJARDI, *Eccezione di compensazione contro il fallimento in sede extrafallimentare*, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 105 ss. (nota critica a Cass. 10 ottobre 1961, n. 2066, cit.); E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 291; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 345; COLESANTI, «Variations sérieuses», cit., 737; TEDESCHI, *Manuale*, cit., 258; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 343; BOZZA, *Proponibilità*, cit., 878; JORIO, *Gli effetti*, cit., 385 s.; CARON - MACARIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Apice (diretto da), *Diritto delle procedure concorsuali*, Vol. I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2010, 502. La più recente giurisprudenza afferma che «nel giudizio intrapreso o proseguito dal curatore del fallimento per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto può dedurre fatti costituenti eccezioni estintive, modificative o impeditive del diritto di credito del fallito come anche eccepire in compensazione, in via riconvenzionale, l'esistenza di un proprio credito, quando l'eccezione è diretta a neutralizzare la domanda del curatore e ad ottenerne il rigetto, non operando al riguardo il rito speciale per l'accertamento del passivo, previsto dagli art. 93 ss. l.fall. L'eccezione in via riconvenzionale va esaminata dal giudice della lite, in quanto, pur ampliando il tema della controversia, non forma oggetto di alcuna domanda»: Cass. 25 marzo 2022, n. 9787; Cass. 7 dicembre 2021, n. 38888; Cass., sez. trib., 17 novembre 2021, n. 34930. Cfr. poi Cass. 20 maggio 1986 n. 3337, in *Giur. it.* 1988, I, 1, 680, ove si afferma che «nel giudizio promosso dal curatore, in sede ordinaria, per far valere un credito del fallito, è consentito al convenuto, quale mezzo al fine di conseguire il rigetto della domanda, di eccepire in compensazione un proprio corrispondente credito, indipendentemente dalla circostanza che il credito opposto abbia formato o meno oggetto di verifica da parte del giudice delegato.». In questo senso, Cass. 28 settembre 2016, n.19218; Cass., sez. trib., 15 luglio 2016, n. 14615; Cass. 10 gennaio 2012, n. 64, in *Giust. civ., mass.*, 2012, 1, 8 (che afferma lo stesso principio, con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa); Cass. 14 luglio 2011, n. 15562, *ivi*, 2011, 1071; Cass. 9 gennaio 2009, n. 287, *ivi*, 2009, 1, 32. Si è altresì affermato che «in tema di insinuazione al passivo fallimentare, è inammissibile la domanda proposta dal creditore volta ad ottenere il mero accertamento di un credito da portare poi in compensazione con un diverso credito vantato dalla procedura nei suoi confronti, poiché la domanda di ammissione al passivo, tipicamente descritta dall' art. 93 l.fall., implica una richiesta di accertamento non solo dell'esistenza del credito dell'istante ma anche dell'idoneità concorsuale del medesimo, intesa quale attitudine a beneficiare del soddisfacimento concorsuale cui la procedura è volta»: Cass. 11 novembre 2021, n. 33475.

⁷⁸ La prima sentenza in tal senso fu Cass. 10 ottobre 1961, n. 2066, in *Giur. it.*, 1963, I, c. 106 ss., con nota contraria di PAJARDI, *Eccezione di compensazione contro il*

Problemi di competenza si erano presentati a chi riteneva che *non* si potesse prescindere da una previa ammissione al passivo del controcredito opposto in compensazione: ciò che ha condotto la giurisprudenza meno recente ad accogliere la tesi della «necessaria attrazione» davanti al giudice delegato delle cause pendenti davanti al giudice ordinario. Secondo questo insegnamento – oggi superato – l’eccezione di compensazione, comportando la soddisfazione integrale del controcreditore, non avrebbe mai potuto essere decisa dal giudice ordinario, incompetente in virtù della prevalenza del principio del concorso formale relativamente al controcredito; non essendo però possibile la decisione separata della domanda principale e dell’eccezione di compensazione, ai sensi degli artt. 34 e 35 c.p.c., l’unica soluzione possibile sarebbe stata quella della trasmigrazione dell’intero processo davanti al giudice delegato in sede di verifica del passivo, attraverso la riassunzione del medesimo.

Oggi, come già accennato, è invece consolidato l’orientamento che consente al giudice ordinario di decidere anche l’eccezione di compensazione, senza che sia necessaria la previa ammissione al passivo del controcredito, purché quest’ultimo non ecceda il credito del soggetto sottoposto a l.g. fatto valere dal curatore⁷⁹. Va tuttavia ricordato che la giurisprudenza di legittimità, proprio in tema di domanda riconvenzionale o di c.d. riconvenzionale compensativa proposta (o proseguita) in sede ordinaria nei confronti della curatela, ha per molti anni adottato una soluzione, aspramente criticata in dottrina⁸⁰ e talora avversata anche dai giudici di merito⁸¹, secondo la quale, nell’ipotesi di causa iniziata o proseguita dal curatore nei confronti di un terzo, e di successiva domanda riconvenzionale di quest’ultimo contro la procedura, non semplicemente avrebbe dovuto essere dichiarata l’inammissibilità (o l’improcedibilità) della

fallimento in sede extrafallimentare. Da ultimo, Cass. 2 settembre 2022, n. 25947. Cfr. altresì i riferimenti nella nota che precede.

⁷⁹ Quando l’eccezione di compensazione è dedotta in sede ordinaria al solo scopo di far rigettare la domanda della curatela, non è idonea a determinare lo spostamento della competenza davanti al giudice della procedura: Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298; Cass. 21 dicembre 2002, n. 18223, in *Fall.* 2003, 758. Si vedano inoltre Cass. 25 marzo 2022, n. 9787; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 470; Cass. 11 dicembre 1987, n. 9174, in *Fall.*, 1988, 326; Cass. 20 maggio 1986, n. 3337, *ivi*, 1986, 1322; Cass. 17 luglio 1985, n. 4223, *ivi*, 1986, 387.

⁸⁰ E. F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, nota a Cass. Sez. un. 6 luglio 1979, n. 3878, in *Giur. Comm.*, 1980, 346 ss.; GIU. TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 67 ss., in particolare 68 s., *sub* nota 1.

⁸¹ T. Trani, 6 maggio 1999, in *Giur. merito*, 2001, I, 93 ss.; T. Bologna, 16 gennaio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 889 ss., con nota di GALATI, *Esclusività del procedimento di verifica del passivo e sorte della domanda riconvenzionale proposta in sede ordinaria*.

riconvenzionale in sede ordinaria, ma avrebbe dovuto essere dichiarata anche l'improcedibilità della domanda principale formulata dal curatore⁸².

Attualmente il problema innanzi riferito si pone nella prassi ormai solo per l'ipotesi in cui il controcredito prospettato dal convenuto *in bonis* sia di importo eccedente il credito del soggetto sottoposto a l.g., perché in tal caso l'accertamento del primo in sede ordinaria potrebbe – in ipotesi – essere speso davanti al giudice delegato per far accogliere la domanda di ammissione al passivo relativa all'eccedenza; eventualità quest'ultima che, almeno secondo l'orientamento prevalente, risulterebbe in aperto contrasto con il principio del concorso formale⁸³.

⁸² Secondo questo orientamento le cause avrebbero dovuto svolgersi entrambe (in virtù degli artt. 35 e 36 c.p.c., 52 e 24 l. fall.) davanti al giudice della procedura in sede di formazione del passivo, il quale avrebbe pertanto deciso anche l'eccezione di compensazione: Cass. Sez. un. 6 luglio 1979, n. 3878, cit., in particolare 353 e ss. Cfr. altresì Cass. 19 aprile 2002 n. 5725, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1813 ss.; Cass. 13 dicembre 1999 n. 13944, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 257 ss.; Cass. 9 aprile 1997 n. 3068, in *Fall.*, 1997, 1012 ss.; Cass. 9 ottobre 1992 n. 11021, in *Dir. fall.*, 1993, II, 331 ss.; Cass. 13 giugno 1991, n. 6713, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 668; Cass. 17 febbraio 1982 n. 998, in *Dir. fall.*, 1982, II, 599 ss. Il primo *revirement* della Suprema Corte si è avuto con la sentenza 10 gennaio 2003, n. 148 (in *Giust. Civ.*, 2003, I, 943, con nota di M. FARINA, *L'attesa svolta della Cassazione in tema di rapporti fra giudizi ordinari e rito fallimentare*; in *Fall.*, 2003, 530, con nota di FABIANI, *Il risveglio della ragione rende più fluido il rapporto fra l'azione promossa dal curatore e la riconvenzionale proposta dal convenuto*; in *Corr. giur.*, 2003, 603 ss., con nota di VULLO, *La riconvenzionale nei confronti del curatore: né simultaneous processus; né inammissibilità, ma separazione delle cause*; in *Dir. fall.*, 2003, II, 16 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Simultaneous processus e sua deroga in sede fallimentare per separata competenza sulla domanda del convenuto e la riconvenzionale proposta dal contraente in bonis*), in cui veniva abbandonata la strada della duplice dichiarazione di improcedibilità (o inammissibilità), in favore della pronuncia di un provvedimento di separazione delle cause, in virtù del quale il giudice ordinario adito avrebbe dovuto trattenere davanti a sé quella instaurata o proseguita dal curatore, rimettendo invece la riconvenzionale al giudice della verifica, davanti al quale la parte interessata avrebbe dovuto procedere a riassunzione. Il nuovo orientamento è stato confermato dal Supremo Collegio, con alcune decisioni che hanno affermato l'inammissibilità (o improcedibilità, se formulata prima della apertura del concorso e riassunta nei confronti del curatore) della (sola) riconvenzionale contro il la procedura: Cass. 23 aprile 2003, n. 6475, in *Fall.*, 2004, I, 541 ss., con osservazioni di PANZANI; Cass. Sez. un. 12 novembre 2004, n. 21499, in *Foro it.*, 2005, I, c. 65 ss.; in *Giur. it.* 2005, I, 773 ss., con nota di CANALE, *Dopo un quarto di secolo le Sezioni unite risvegliano la ragione e cacciano i mostri...*; e ivi, 974 ss., con nota di MONTEVERDE, *Note in tema di domanda riconvenzionale e simultaneous processus*; in *Fall.*, 2005, 121; in *Corr. Giur.*, 2005, 197 ss., con nota di VULLO, *Le Sezioni unite si pronunciano per l'inammissibilità della riconvenzionale nei confronti del curatore*; in *Corr. merito*, 2005, 53, con nota di TRAVAGLINO; e in *Giust. civ.* 2005, I, 955 ss.).

⁸³ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 294 s. In giurisprudenza, Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298; Cass. 28 settembre 2016, n. 19218, secondo cui il rito speciale per l'accertamento del passivo trova applicazione nel caso di riconvenzionale, tesa ad una pronuncia idonea al giudicato, di accertamento o di condanna al pagamento dell'importo spettante alla medesima parte una volta operata la compensazione.

8. – Il giudice ordinario, davanti al quale venga sollevata l'eccezione di compensazione, «deve porsi nel suo *iter* cognitorio tutti i problemi affrontati dal giudice nella verifica»⁸⁴: l'art. 155 in esame pretende infatti che il controcredito opposto sia venuto ad esistenza prima dell'apertura della l.g., nel rispetto di tutte le formalità di cui all'art. 145 CCII, e la sua fonte sia inattaccabile sulla base delle norme sulla revocatoria⁸⁵. Benché si debba escludere che il controcredito necessiti di una previa ammissione al passivo, ove lo si voglia opporre in compensazione, l'esistenza del c.d. diritto al concorso rappresenta, come si è detto, una questione pregiudiziale rispetto alla possibilità di compensare⁸⁶.

Si è tuttavia posto il problema dell'efficacia che, nel giudizio ordinario in cui sia stata sollevata l'eccezione in esame, può avere l'eventuale decisione già assunta in sede di verifica del passivo sulla domanda di ammissione ivi formulata dal controcreditore *in bonis*, tenuto conto del fatto che a contrapporsi in entrambi i giudizi sarebbero pur sempre quest'ultimo e il curatore. Ci si è chiesti anzitutto se, una volta che in sede di accertamento dello stato passivo il controcredito sia stato definitivamente escluso, questo possa essere comunque efficacemente eccepito in compensazione davanti al giudice ordinario.

Secondo alcuni, tale possibilità andrebbe ammessa, perché le decisioni assunte in sede di verifica del passivo – le quali, secondo un'opinione diffusa, avrebbero ad oggetto il credito – avrebbero mera efficacia

⁸⁴ E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 117.

⁸⁵ E. F. RICCI, *op. ult. cit.*, 51 ss.; ID., *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, cit., 266.

⁸⁶ E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 116 s. e 45 ss. Cfr. altresì ID., *Sull'efficacia dell'ammissione*, cit., 85 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni*, cit., 1073 ss.; SEGNI, *Giudizio di verifica dei crediti*, cit., 1223 ss.; ID., *Estensione del giudizio di verifica*, cit., 1238 ss. V. inoltre LANFRANCHI, *Sull'efficacia della verifica del passivo nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 546 ss.; ID., *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, 240 ss.; ID., *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano 1980, 159; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 1355 s.; FERRARA, BORGIOI, *Il fallimento*, cit., 533 s.; BONSIGNORI, *op. cit.*, 583; mentre FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, cit., 898, distingue la potenziale efficacia della decisione assunta in sede di formazione del passivo secondo che sia ammesso o escluso il credito e, in questo secondo caso, secondo la ragione dell'esclusione. In giurisprudenza: Cass. 11 novembre 2021, n. 33475, secondo cui la domanda di ammissione al passivo implica «una richiesta di accertamento non solo dell'esistenza del credito dell'istante, ma anche dell'idoneità concorsuale del medesimo (vale a dire dell'attitudine del credito a beneficiare del soddisfacimento concorsuale a cui la procedura è volta) ed assume così una natura ben diversa da un'azione di mero accertamento».

endoconcorsuale, e tra compensazione e procedimento di verifica dei crediti ci sarebbe una completa «autonomia di azione e funzioni»⁸⁷.

Secondo altri, viceversa, andrebbe preferita l'opposta soluzione, perché in sede di verifica del passivo la decisione avrebbe per oggetto il solo diritto al concorso, e se, anche al di fuori della procedura, l'accertamento di tale diritto assume rilievo, la relativa decisione, assunta nel contraddittorio delle medesime parti, dovrebbe produrre i propri tipici effetti vincolanti⁸⁸: il suo accertamento (positivo o negativo) in sede di verifica del passivo dovrebbe pertanto essere vincolante per il giudice cui spetti risolvere la relativa questione a fronte di una eccezione di compensazione⁸⁹. Nell'ipotesi di definitiva esclusione del controcredito dallo stato passivo, quindi, il giudice ordinario davanti al quale il medesimo controcredito venga successivamente opposto in compensazione, dovendosi uniformare al precedente accertamento⁹⁰ relativo ad uno degli elementi che compongono la fattispecie estintiva, non potrà far altro che rigettare l'eccezione⁹¹.

Ad analoghe conclusioni conduce questa tesi nel caso in cui il controcredito sia stato definitivamente ammesso allo stato passivo: il giudice davanti al quale venga successivamente sollevata l'eccezione di compensazione dovrà uniformarsi all'accertamento sull'esistenza del diritto al concorso, rimanendo libero di risolvere in via autonoma (solo e tutte) le altre questioni⁹².

⁸⁷ INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 197, il quale precisa che solo la conferma dell'esclusione in sede di impugnazione dello stato passivo avrebbe efficacia preclusiva rispetto alla opponibilità del medesimo credito in compensazione in sede ordinaria.

⁸⁸ M. VANZETTI, *Compensazione*, cit., 51 ss. e In questo senso già E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, cit., 132; E. MARINUCCI, *Ip e fallimento: profili processuali*, in Giussani (a cura di) *Il processo industriale*, Torino, 2012.

⁸⁹ M. VANZETTI, *op. cit.*, 51 ss. Cfr. anche PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria*, cit., 1398, la quale, precisa che «l'accertamento del diritto al concorso può implicare l'accertamento con efficacia di giudicato di tutto ciò che attiene alla ragione creditoria, unicamente quando non si abbia la pretesa di esportare gli effetti della decisione giudiziale in una situazione processuale relativa a parti diverse, come avviene col creditore e il fallito una volta che il fallimento sia chiuso e il debitore sia tornato in bonis». Cfr. anche SALVATO, *Intangibilità*, cit., 1392; e LAMANNA, *Compensazione nella verifica*, cit., 414 ss. i quali mettono in discussione la tesi dell'efficacia endoconcorsuale delle decisioni sui crediti, affermando che si tratti «di vera e propria efficacia di giudicato sostanziale esterno» avente ad oggetto i crediti medesimi.

⁹⁰ Vale a dire, appunto, all'accertamento – in ipotesi – negativo del diritto al concorso avvenuto in sede di formazione dello stato passivo: E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 117, secondo cui «se un credito qualunque non è idoneo a concorrere esso non è a fortiori nemmeno opponibile alla massa in compensazione».

⁹¹ M. VANZETTI, *op. cit.*, 53.

⁹² E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 132. In giurisprudenza cfr. Cass. [12 marzo 1994, n. 2423](#), in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 268, secondo la quale, indipendentemente

In senso contrario, al riguardo, non sembra che possa essere invocata la norma secondo cui le decisioni relative ai crediti assunte in sede di verifica del passivo «*producono effetti soltanto ai fini del concorso*»: essa, infatti, non sancisce semplicemente l'efficacia meramente endoconcorsuale dell'accertamento contenuto nelle decisioni in esame, attribuendo loro quale oggetto il diritto di credito; essa, viceversa, ne indica puntualmente l'oggetto, vale a dire il diritto al concorso⁽⁹³⁾, il quale è ontologicamente destinato, come premessa del diritto alla percezione del ricavato, a realizzarsi solo all'interno della procedura nel quale è stato accertato⁹⁴. Ove, però, questo diritto venga in rilievo come questione pregiudiziale in un successivo processo ordinario (quale quello in cui un controcreditore, a fronte di una domanda di condanna del curatore, sollevi l'eccezione di compensazione), l'accertamento irrettabile della sua esistenza o inesistenza avutosi in sede di formazione dello stato passivo (unica sede in cui siffatto accertamento, idoneo al giudicato sostanziale, è possibile) produrrà i propri effetti vincolanti - negativi o positivo-conformativi - anche in tale diverso processo.

9. – Sebbene l'argomento esuli dalla disciplina della compensazione di cui all'art. 155 CCII, va ciò non di meno ricordato che l'orientamento attualmente prevalente ammette la compensazione anche in sede di formazione del passivo: il soggetto *in bonis*, che abbia proposto domanda di ammissione al passivo, può dichiarare di essere anche debitore della massa e domandare conseguentemente che venga in questa sede pronunciata l'estinzione dei crediti reciproci per compensazione e che la domanda di insinuazione venga accolta per l'eventuale residuo⁽⁹⁵⁾. In tal caso, secondo la

dalla menzionata giurisprudenza che ammette l'eccezione di compensazione quand'anche il controcredito non sia stato verificato, «nel giudizio promosso dal curatore in sede ordinaria per far valere un credito del fallito è consentito al convenuto eccepire in compensazione un proprio credito verso il fallito, che sia stato ammesso in via definitiva al passivo del fallimento». Riguardo all'efficacia del provvedimento assunto in sede di formazione del passivo la giurisprudenza di legittimità preferisce parlare di preclusione: si veda ad esempio Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., 460 s.; Cass. 15 settembre 2006, n. 19940; Cass. 8 luglio 2004, n. 12584, in *Fall.*, 2005, 407 (con nota critica di LAMANNA, *Compensazione nella verifica del passivo*, cit.). Cfr. RAGO, *La compensazione*, cit., 1064 ss. e 1071 s.

⁹³ E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 68 ss.; ID., *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo*, cit., 269, ove si pone in evidenza che l'art. 96, co. 5, l. fall., dettato per il fallimento, ma applicabile anche alla liquidazione coatta, esclude «*a fortiori* la presenza di un definitivo accertamento avente ad oggetto l'inesistenza del credito (...) nell'ambito dello stato passivo formato nella liquidazione coatta amministrativa»

⁹⁴ M. VANZETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Riv. dir. proc.*, 459 ss. (con nota critica di Nisivocchia, *Compensazione e revocatoria*, cit.); in *Fall.*, 2010, 1380 ss., con nota di

Cassazione, «l'esame del giudice delegato investe il titolo posto a fondamento della pretesa, la sua validità, la sua efficacia e la sua consistenza. Ne consegue che il provvedimento di ammissione del credito residuo nei termini richiesti comporta implicitamente il riconoscimento della compensazione quale causa parzialmente estintiva della pretesa, riconoscimento che determina una preclusione endoconcorsuale, che opera in ogni ulteriore eventuale giudizio promosso per impugnare, sotto i sopra indicati profili dell'esistenza, validità, efficacia, consistenza, il titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione»⁹⁶. Le Sezioni unite, pur ribadendo la loro convinzione in tema di decisioni assunte in sede di verifica

Salvato, *Intangibilità dell'accertamento della compensazione effettuato in sede di verifica del passivo* (1384 ss.); e con nota di Pagni, *Esecutività accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*; e in *Foro it.*, 2010, 3376 s.m. (con nota di Fabiani). Cfr., nello stesso senso, anche Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, cit., con nota di BOZZA (*loc. cit.*) adesiva sul punto; Cass. 13 marzo 1982, n. 1634, cit. Cfr. anche Cass. 8 luglio 2004, n. 12584, in *in Fall*, 2005, 407 ss. (con nota di Lamanna, *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*), ove si afferma il principio secondo cui «all'accertamento della compensazione, implicito nel provvedimento del giudice delegato che, senza altro aggiungere, ammette il creditore al passivo per l'importo del credito residuo, discende una preclusione endofallimentare che, atteso il carattere unitario della procedura e la strumentalità alla liquidazione delle azioni di massa, opera anche nei giudizi promossi dal fallimento per impugnare l'esistenza, la validità o l'efficacia del titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione». Così pure Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, in *Giust. civ.*, 2007, 1875; Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, *ivi*, 2004, I, 2015. Cfr. altresì A. JORIO, *Gli effetti*, cit., 386. In questi casi è il soggetto *in bonis* che, nel domandare l'insinuazione al passivo, dichiara al contempo di volersi avvalere della compensazione: è costui, quindi, a rendere oggetto di cognizione non solo il proprio credito ma anche quello del debitore sottoposto a l.g. (in tal modo peraltro riconoscendone l'esistenza). In simili ipotesi si pone, quindi, il problema dell'idoneità della decisione del giudice delegato ad avere efficacia di accertamento (incidentale) sull'esistenza del controcredito medesimo, se contestato, dal momento che oggetto di decisione in sede di formazione del passivo è di norma il solo diritto al concorso (E. F. RICCI, *Il sonno*, cit., 352; ID., *Formazione*, cit., *passim*).

⁹⁶ Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044. Così già Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., secondo cui, premesso che l'«accertamento giudiziale del credito» effettuato dal giudice delegato in sede di formazione del passivo avrebbe «forza di giudicato» endoconcorsuale, il decreto di esecutività dello stato passivo escluderebbe «la possibilità di riproporre, all'interno di detta procedura, ogni questione concernente l'esistenza del credito, la sua entità, l'efficacia del titolo da cui deriva, l'esistenza di cause di prelazione». SANZO, *Effetti*, cit., 1121, spec. *sub* nota 84, rileva che, portando alle estreme conseguenze questa interpretazione, essa è idonea «a fondare una vera e propria decadenza dalla possibilità di promuovere autonomamente l'azione revocatoria fallimentare per non avere il curatore sollevato, in sede di accertamento del passivo, l'eccezione revocatoria», il che rappresenterebbe un *vulnus* rispetto al consolidato principio secondo cui il debito che nasce dall'accoglimento della revocatoria non può essere compensato con un credito nei confronti del soggetto sottoposto a procedura.

del passivo, secondo la quale, da un lato, il loro oggetto sarebbe rappresentato dal diritto di credito vantato dal terzo; e, dall'altro lato, il loro effetto sarebbe di preclusione meramente endoconcorsuale; pur ribadendo ciò, hanno altresì precisato che, nel caso in esame, l'eventuale ammissione del credito residuo precluderebbe anche al curatore di ottenere la revoca dell'atto dal quale il credito è sorto⁹⁷, così implicitamente riconoscendo efficacia di accertamento vincolante anche fuori dalla procedura alla decisione assunta in sede di formazione del passivo, ove sia dedotta la compensazione.

Va poi rilevato che, secondo alcune decisioni, il rigetto della richiesta del creditore, formulata in sede di formazione del passivo, di avvalersi della compensazione va equiparata, quanto agli effetti in sede ordinaria, alla definitiva esclusione del credito. Si tratta della singolare ipotesi in cui il creditore allega di essere anche debitore del soggetto sottoposto a l.g. e chieda quindi di avvalersi della compensazione e la conseguente ammissione al passivo del solo eventuale credito residuo, e il giudice delegato ammetta invece l'intero credito ritenendolo non compensabile: se tale decisione passa in giudicato formale, sarà precluso al creditore opporre in compensazione il medesimo credito nel caso in cui venga evocato in giudizio dal curatore in sede ordinaria⁹⁸.

⁹⁷ Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit., secondo cui la compensazione dedotta in sede di verifica del passivo dal controcreditore, il quale abbia perciò chiesto l'ammissione del solo credito residuo, viene accertata con efficacia vincolante per il curatore, nel senso che questi vedrà rigettata una eventuale domanda, con cui chieda la revoca dell'atto dal quale avrebbe tratto origine il controcredito opposto. In questo senso già Cass. 24 agosto 1995, n. 8964; e Cass. 24 agosto 1995, n. 8964. Dalla menzionata sentenza delle Sezioni unite emerge come la corrente interpretazione dell'art. 204, co. 5, CCII, secondo cui le decisioni assunte nel procedimento di verifica del passivo non produrrebbero effetti vincolanti al di fuori della procedura – non sia del tutto soddisfacente e provochi una continua ricerca di soluzioni alternative. La tesi che pone in rilievo che oggetto di accertamento in sede di verifica del passivo è il diritto al concorso (e non il diritto di credito), e che la decisione su questo produce i propri effetti vincolanti anche nei successivi processi tra le stesse parti, appare pertanto l'unica aderente al sistema.

⁹⁸ Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, loc. cit.: il creditore al quale sia negata la compensazione in sede di formazione del passivo, ammettendosi per l'intero il credito, dovrà pertanto subire la falcidia concorsuale, non potendosi più avvalere della compensazione in sede ordinaria, poiché la decisione di esclusione della compensazione in sede di verifica del passivo dovrebbe essere vincolante in punto di assenza dei presupposti per il verificarsi dell'effetto estintivo. Sempre secondo questa giurisprudenza, ove pure il giudice delegato neghi la compensazione per carenza dei presupposti specifici, può ciò nondimeno ammettere il credito al passivo ove lo ritenga esistente e concorsuale: in tal caso il creditore ammesso per l'intero, che si è visto rigettare la richiesta di compensazione, può proporre opposizione allo stato passivo, benché tale mezzo sia previsto dalla legge solo per i creditori esclusi o ammessi con riserva. JORIO, SASSANI (a cura di), *Trattato*, cit., 95.

È, peraltro, ormai pressoché pacifico che la domanda di ammissione al passivo non comporta, di per sé, alcuna rinuncia né preclusione rispetto alla possibilità di opporre in compensazione il controcredito in sede ordinaria⁹⁹.

Occorre infine ricordare che, di regola, il curatore non ha alcun interesse a opporre in compensazione, in sede di verifica del passivo, un credito vantato dal soggetto sottoposto a l.g. che andrebbe pagato in moneta buona. Tuttavia, può ben accadere che il suddetto credito si sia già prescritto: per simile ipotesi, l'art. 203, co. 1, CCII stabilisce che il curatore può, in sede di accertamento del passivo, eccepire fatti estintivi del diritto fatto valere «anche se è prescritta la relativa azione». Ciò significa che egli può opporre in compensazione, al creditore che chieda l'ammissione al passivo di un proprio credito, anche un controcredito del soggetto sottoposto a l.g. che si sia già prescritto e che quindi non sia possibile far valere in via di domanda¹⁰⁰. In tal caso, dovrà però trovare applicazione la disciplina

⁹⁹ Cass. 31 agosto 2010, n. 18915, cit., secondo la quale il creditore ammesso in via definitiva al passivo può opporre in compensazione il proprio credito al curatore che abbia agito in giudizio in sede ordinaria, senza che gli si possa eccepire la rinuncia tacita alla compensazione, quale automatica conseguenza della domanda di ammissione al passivo, o l'efficacia preclusiva del provvedimento di ammissione; Cass. 10 maggio 2002, n. 6728, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1615; Trib. Milano, 9 febbraio 1995, in *Gius.*, 1995, 2810. In dottrina: SANZO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1122; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 111; JORIO, *Gli effetti*, cit., 386; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 343; INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 197ss.; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., 346; FOSCHINI, *La compensazione*, cit., 205 ss.; ID., *Esercizio del potere di avvalersi della compensazione*, cit., 456; LAMANNA, *Compensazione nella verifica del passivo*, cit., 411, il quale precisa che il creditore che insinuandosi al passivo ometta di far valere la compensazione in quella sede non può subire alcuna preclusione in ordine alla possibilità di eccepire la compensazione in sede ordinaria. Questa condivisibile soluzione pone il problema di stabilire quale sia l'interferenza tra i due giudizi, qualora essi siano contemporaneamente pendenti. Considerato l'indubbio legame tra loro sussistente, bisogna chiedersi se siano o non siano applicabili le norme sulla sospensione necessaria del processo per pregiudizialità oppure addirittura quelle sulla litispendenza.

¹⁰⁰ Cass. 7 agosto 2019, n. 21049; Cass. 15 aprile 2019, n. 10528, che esprime un evidente favore verso l'azione ordinaria del curatore, volta a recuperare un credito del fallito, rispetto all'eccezione di compensazione che lo stesso curatore potrebbe sollevare in sede di verifica del passivo. Cfr. altresì E. F. RICCI, *Il sonno della ragione*, cit., 351 ss., ove si ammette bensì che il curatore faccia valere un (contro)credito del fallito in compensazione se, al fine di ottenere il rigetto dell'insinuazione al passivo di un asserito creditore, «rinuncia alla possibilità – sempre più favorevole, ove la controparte sia solvibile – di pagare in moneta fallimentare per farsi pagare in moneta buona»; ma si nega tuttavia che, se il controcreditore abbia domandato l'insinuazione al passivo, il curatore *sia tenuto* a far valere il credito del fallito in sede di verifica dello stato passivo. In tema di amministrazione straordinaria v. Cass. 18 dicembre 2023, n. 35305, secondo cui il commissario straordinario può opporre in compensazione, in base alle ordinarie regole civilistiche, il credito maturato antecedentemente all'apertura della procedura dalla società, poi sottoposta ad amm. straord., ad estinzione del corrispondente credito prededucibile che il debitore di

comune della compensazione: tutti i presupposti necessari affinché si realizzi l'effetto estintivo dovranno pertanto sussistere prima dell'apertura della l.g.: l'art. 203 CCII consente infatti che la sola dichiarazione di voler compensare sia fatta dopo tale momento; inoltre, ai sensi dell'art. 1242, co. 2, c.c., l'intervenuta prescrizione non impedisce la compensazione, solo «se la prima non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti».

10. – Dibattuta è altresì la possibilità di opporre in compensazione alla curatela un controcredito che superi l'ammontare del credito azionato, ove si voglia con ciò ottenere non solo il rigetto della domanda, ma anche la condanna avversaria per l'eccedenza⁽¹⁰¹⁾. Questo problema è legato alla latitudine dell'efficacia che, in astratto, potrebbe avere in sede di formazione del passivo l'accertamento del controcredito, cui, secondo un insegnamento consolidato, si giunge, ai sensi dell'art. 35 c.p.c., quando il controcredito sia contestato.

La giurisprudenza, dopo aver superato il precedente orientamento – secondo cui, in caso di domanda riconvenzionale per l'eccedenza, entrambe le pretese, «inscindibilmente devolute alla cognizione di un unico giudice ex art. 36 c.p.c., avrebbero dovuto essere trasferite nella sede concorsuale»¹⁰² – ha per molto tempo risolto il problema sancendo la necessità dell'ammissione al passivo quando il creditore non si limiti ad eccepire la compensazione per paralizzare la domanda del curatore, ma pretenda il «riconoscimento» del maggior credito¹⁰³. In tal caso, la relativa domanda

quella somma vanti nei confronti dell'amministrazione straordinaria, per l'effetto della prosecuzione di rapporti contrattuali dopo l'apertura della procedura.

¹⁰¹ Cass. 27 ottobre 2015, n. 21784.

¹⁰² *Supra*, prf. 7. V. ad es. Cass. 19 aprile 2002, n. 5725, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1814; e Cass. 25 luglio 2002, n. 10912, in *Fall.*, 2003, 281, con nota di LAMANNA.

¹⁰³ Costante è l'affermazione secondo cui, quando l'eccezione di compensazione sia dedotta in sede ordinaria al solo scopo di far rigettare la domanda, essa non è idonea a determinare lo spostamento della competenza davanti al tribunale concorsuale: Cass. 21 dicembre 2002, n. 18223, in *Fall.* 2003, 758; Cass. 10 aprile 1990, n. 2974, in *Fall.* 1990, 1033. Si vedano inoltre Cass. 13 gennaio 2009, n. 481, cit., Cass. 9 gennaio 2009, n. 287, cit.; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 470; Cass. 8 agosto 2007, n. 17388, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7. In dottrina, PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 343; JORIO, *Gli effetti*, cit., 386. Afferma che la soluzione «migliore e più semplice consiste nel rimettere tutta la causa, cioè domanda principale e domanda riconvenzionale compensativa, al tribunale fallimentare» G. U. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 259. Anche INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 200, distingue il caso di mera eccezione di compensazione, volta unicamente a determinare il rigetto della domanda, e riconvenzionale compensativa: se nel primo caso l'a. afferma non esservi il bisogno di alcuna pronuncia da parte del giudice delegato sul controcredito opposto in sede ordinaria, per l'ipotesi di riconvenzionale compensativa egli afferma che «l'intera causa sarà attratta nella competenza del giudice fallimentare». Per alcuni rilievi critici, v. E. F. RICCI, *Il sonno della ragione*, cit.

andrebbe dichiarata inammissibile (o improcedibile) nel suo complesso, residuando al creditore la possibilità di riproporla in sede di formazione del passivo; proseguirebbe invece il giudizio ordinario sulla domanda principale del curatore. Ove sull'accertamento del controcredito sia in corso un giudizio di opposizione allo stato passivo o di insinuazione tardiva, il giudizio ordinario andrebbe riunito a quello pendente nell'ambito della procedura, ai sensi dell'art. 274 c.p.c.; ove ciò non sia possibile, dovrebbe trovare applicazione l'art. 295 c.p.c., con conseguente sospensione del giudizio ordinario, in attesa della decisione del giudice della verifica¹⁰⁴.

La tesi secondo la quale sarebbe possibile la riunione ai sensi dell'art. 274 c.p.c. non sembra più sostenibile, perché sono ormai sommari, sul modello del rito camerale, (anche) i procedimenti di impugnazione dello stato passivo e di insinuazione tardiva: il che rende arduo immaginare la

¹⁰⁴ Cass. sez. un. 10 dicembre 2004, n. 23077 cit. e Cass. Sez. un. 12 novembre 2004, n. 21499 cit., che avevano enunciato il generale principio secondo il quale «qualora, nel giudizio promosso dal curatore per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto proponga domanda riconvenzionale diretta all'accertamento di un proprio credito nei confronti del fallimento, derivante dal medesimo rapporto - ovvero quando, in un processo promosso da soggetto *in bonis* per ottenere il pagamento di un proprio credito, il convenuto si costituisca e proponga domanda riconvenzionale per il pagamento di un credito nascente dal medesimo rapporto contrattuale e, a seguito di suo fallimento, il curatore si costituisca per coltivare la riconvenzionale stessa - la suddetta domanda del creditore *in bonis*, per la quale opera il rito speciale ed esclusivo dell'accertamento del passivo ai sensi degli art. 93 ss. l. fall., deve essere dichiarata inammissibile o improcedibile nel giudizio di cognizione ordinaria, e va eventualmente proposta con domanda di ammissione al passivo su iniziativa del presunto creditore, mentre la domanda proposta dalla curatela resta davanti al giudice per essa competente, che pronuncerà al riguardo nelle forme della cognizione ordinaria. Se dopo l'esaurimento della fase sommaria della verifica, sia proposto dal creditore giudizio di opposizione allo stato passivo o per dichiarazione tardiva di credito ed anche la causa promossa dal curatore penda davanti allo stesso ufficio giudiziario, è possibile una trattazione unitaria delle due cause nel quadro dell'art. 274 c.p.c., ove ne ricorrano gli estremi; possibilità che sussiste anche quando le due cause siano pendenti davanti ad uffici giudiziari diversi, potendo trovare applicazione i criteri generali in tema di connessione se non si siano verificate preclusioni e sempre che il giudice davanti al quale il curatore ha proposto la sua domanda non sia investito della competenza per ragioni di competenza inderogabile, dovendo la *translatio* comunque aver luogo nella sede fallimentare. Qualora non si possa giungere a questo risultato, va verificata la sussistenza dei requisiti per l'applicazione dell'art. 295 c.p.c., fermo restando che la sospensione deve riguardare la causa promossa in sede ordinaria». Nello stesso senso: Cass. 3 agosto 2017, n. 19424; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 3, 470; così parrebbe anche Cass. 9 gennaio 2009, n. 287, cit. In dottrina JORIO, *Gli effetti*, cit., 386. Sostiene la rimessione di tutta la causa al tribunale fallimentare G. U. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 259. Anche INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 200, per l'ipotesi di riconvenzionale compensativa, afferma che l'intera causa debba essere attratta nella competenza del giudice fallimentare. Di contrario avviso E. F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, cit.

loro trattazione congiunta con la domanda formulata dalla curatela in sede ordinaria¹⁰⁵. Viceversa, la tesi secondo cui andrebbe applicata la disciplina della sospensione necessaria, pur comportando un ritardo nella tutela, appare più plausibile, in virtù dello stretto rapporto di pregiudizialità-dipendenza che lega i due giudizi¹⁰⁶.

L'attuale e condivisibile orientamento della giurisprudenza è nel senso di ammettere la compensazione in sede ordinaria, salvo l'onere di domandare l'ammissione al passivo per l'eccedenza¹⁰⁷.

11. – La ricostruzione fornita dalla giurisprudenza, cui ha aderito larga parte della dottrina¹⁰⁸, lascia però aperti due quesiti. Anzitutto, essa non consente di stabilire con certezza quale sia, nelle ipotesi considerate, l'oggetto della decisione del giudice ordinario; inoltre, e correlativamente, essa non permette di stabilire se e in che termini una simile decisione abbia efficacia in sede di (successiva) formazione del passivo. Per affrontarli, occorre formulare alcune premesse su due principi che governano la materia. Si tratta, in primo luogo, del principio secondo cui, ai sensi dell'art. 35 c.p.c., all'accertamento (incidentale, *ex lege*) del controcredito in sé (purché contestato) si giunge in sede ordinaria, indipendentemente dalla proposizione di una vera e propria domanda riconvenzionale¹⁰⁹. In secondo luogo, si tratta della regola in base alla quale l'efficacia di accertamento della decisione che si pronuncia sull'esistenza o inesistenza di un qualsivoglia diritto, che sia resa in contraddittorio con il curatore, è opponibile alla massa, sebbene non esima chi voglia vedere soddisfatto il proprio diritto in tal modo accertato dall'osservanza delle regole sul concorso formale, oltre che sostanziale¹¹⁰. In applicazione dei menzionati principi, l'accertamento di

¹⁰⁵ ABATE, *Commento all'art. 56*, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano*** 474.

¹⁰⁶ Sul punto v. *infra*.

¹⁰⁷ Cass. 17 novembre 2021, n. 34930; Cass. 18 dicembre 2017, n. 30298; Cass. 28 settembre 2016, n. 19218; Cass. 27 ottobre 2015, n. 21784; Cass. 13 gennaio 2009, n. 481; Trib. Arezzo, 30 luglio 2018, n. 815. ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 110 s.

¹⁰⁸ Cfr. le citazioni del precedente paragrafo.

¹⁰⁹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 207, in particolare alla nota 270, e 228 ss.

¹¹⁰ Le sentenze che decidono le controversie aventi ad oggetto beni che potrebbero far parte del patrimonio del debitore sono opponibili alla massa se il processo si è svolto in contraddittorio con il curatore a norma dell'art. 143 CCII: cfr. E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, vol. II, cit., 192 ss.; E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili*, cit., 223 ss., in particolare 228 s.; e, se si vuole, M. VANZETTI, *Azione di contraffazione o di concorrenza sleale e fallimento: alcuni profili processuali*, in A.I.D.A., 2007, 1172 ss. Secondo questa tesi, solo l'accertamento può essere opposto al ceto

cui si tratta dovrebbe vincolare anche il giudice della verifica sulla questione, per lui pregiudiziale, dell'esistenza (o inesistenza) dell'intero controcredito¹¹¹, ove il controcreditore abbia chiesto di essere ammesso al passivo per l'eccedenza¹¹². Individuare l'oggetto della decisione del giudice ordinario davanti al quale, a fronte della domanda del curatore, sia sollevata una eccezione di compensazione, consente infatti di delineare i confini del vincolo di accertamento che da quella discende per il giudice dello stato passivo. Una volta identificato l'ambito di operatività della suddetta decisione, si potrà indagare altresì come debba avvenire il coordinamento dei due processi, sia nel caso in cui essi si svolgano in via successiva, sia nel caso in cui essi si svolgano contestualmente.

Una parte della dottrina ha nel tempo elaborato tesi alternative a quella giurisprudenziale appena esposta, volte ad armonizzare la disciplina della compensazione del codice di rito con quella prevista dalla disciplina del concorso. Secondo una prima tesi – esclusa la possibilità di ritenere che in sede ordinaria venga accertato solo parzialmente (cioè fino a concorrenza) il controcredito, impregiudicato rimanendo il medesimo rispetto all'eccedenza; e negata la realizzabilità del *simultaneus processus* davanti al tribunale della procedura, previa trasmigrazione dell'intera causa davanti a quest'ultimo – si dovrebbe fare ricorso all'istituto della condanna con riserva¹¹³. Seguendo questa soluzione, il giudice ordinario dovrebbe, in accoglimento della domanda principale, condannare il convenuto, riservando a sé stesso la decisione sull'eccezione di compensazione, previa verifica del controcredito opposto esuberante la *pro concurrenti quantitate* in sede di formazione del passivo. Il giudizio ordinario andrebbe, quindi, sospeso per consentire al controcreditore di chiedere l'accertamento del proprio credito in sede di formazione del passivo, in funzione anche della sua ammissione per l'importo eccedente la parte compensabile¹¹⁴. Una volta

creditorio, mentre non è possibile la formazione di un titolo esecutivo nei confronti della procedura.

¹¹¹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 205.

¹¹² Non si può, in pendenza della procedura, formulare alcuna domanda di condanna contro il curatore in sede ordinaria, trovando piena applicazione i principi del concorso formale e sostanziale: Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit. In questo senso già Cass. 24 agosto 1995, n. 8964; Cass. 8 luglio 2004, n. 12458, cit. (con nota di Lamanna, *Compensazione nella verifica del passivo*, cit.).

¹¹³ E. MERLIN, *op. cit.*, 290 ss. Questa a. parte dal presupposto secondo cui solo il controcredito contestato viene accertato dal giudice, e ritiene che il problema in esame si ponga solo nell'ipotesi in cui il terzo opponga un controcredito esuberante la *pro concurrenti quantitate* (*op. cit.*, 294).

¹¹⁴ Problema che – come fa notare E. MERLIN, *op. cit.*, 296, nota 155, trattando della sospensione del processo ordinario in caso di insinuazione al passivo del controcredito opposto esuberante la *pro concurrenti quantitate* – non si presenta nel

accertato il controcredito in sede di verifica concorsuale, sarebbe possibile riprendere il processo davanti al giudice ordinario per la decisione sull'eccezione di compensazione¹¹⁵.

Una diversa proposta interpretativa invece – esclusa in ogni caso la «attrazione» dell'intera causa davanti al giudice della verifica¹¹⁶ – è nel senso che andrebbe consentito al giudice ordinario di accertare l'intero controcredito, negandosi tuttavia che esso vincoli il giudice delegato nell'eventuale successivo (e dipendente) giudizio relativo all'ammissione del credito medesimo al passivo¹¹⁷.

Altri, invece, ha sostenuto che, per risolvere i problemi di cui si tratta, è essenziale anzitutto individuare l'oggetto dell'accertamento compiuto dal giudice ordinario, davanti al quale sia sollevata l'eccezione di compensazione: se il diritto di credito opposto in compensazione, oppure una situazione giuridica diversa. Qualora si accolga la tesi in virtù della quale in sede ordinaria ha luogo, in caso di sua contestazione, l'accertamento del controcredito opposto in compensazione, non paiono porsi problemi di contrasto con il principio del concorso formale e sostanziale, se a tale accertamento si riconosce l'efficacia (in tal caso, positivo conformativa), che di regola gli compete, anche con riguardo all'eccedenza¹¹⁸. Da un lato, infatti,

caso in cui il creditore *in bonis* non abbia proposto domanda di insinuazione al passivo e non possa neppure più proporla.

¹¹⁵ E. MERLIN, *op. cit.*, 296 ss., secondo la quale, peraltro, la condanna con riserva dovrebbe essere condizionata al versamento di una cauzione, in funzione di cautela rispetto agli obblighi restitutori e risarcitori derivanti dall'eventuale caducazione della condanna. L'a. sottolinea, inoltre, che la sospensione del giudizio principale dovrebbe aver fine quando la domanda di insinuazione al passivo non sia stata né possa più essere più proposta: «in tal caso, esclusa la "potenzialità concorsuale" del controcredito, la sua esistenza potrà tornare ad essere accertata dal giudice ordinario ai fini della decisione sull'eccezione di compensazione e della, eventuale, caducazione della condanna con riserva». Secondo questa dottrina, «il controcredito di importo non esuberante la *pro concurrenti quantitate* è, se contestato, accertato con *efficacia di giudicato* e la relativa pronuncia è destinata ad esplicare effetti all'interno del procedimento di verifica del passivo, che volesse poi avviare il creditore che si è visto rigettare l'eccezione nella sede ordinaria» (EAD., *op. cit.*, 295, nota 149). È da ritenere che l'efficacia vincolante della decisione resa in sede ordinaria sarà poi sempre quella di imporre in sede di verifica del passivo fallimentare l'esclusione del credito o perché già estintosi per compensazione, oppure perché dichiarato inesistente *ab origine*.

¹¹⁶ Solo per il caso di c.d. riconvenzionale compensativa: G. U. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 259; B. INZITARI, *Commento all'art. 56*, cit., 200.

¹¹⁷ AUTERI, *Compensazione*, cit., 55 ss.. Questo a., premesso che l'accertamento dell'intero controcredito deve essere riservato al giudice delegato se si voglia concorrere per il residuo, ritiene tuttavia che le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza della traslazione dell'intera causa davanti al giudice delegato oppure della sospensione del giudizio ordinario non siano soddisfacenti.

¹¹⁸ M. VANZETTI, *op. cit.*, 64 s. Di diverso avviso, E. MERLIN, *op. cit.*, 295.

è proprio l'art. 155 CCII a consentire la soddisfazione del controcredito, fino a concorrenza, a prescindere dalle regole del concorso sostanziale e formale; dall'altro lato, trattandosi in ipotesi di una decisione resa in contraddittorio con il curatore, questa è idonea a produrre piena efficacia di accertamento anche nei confronti della massa (¹¹⁹), e quindi anche all'interno del procedimento di accertamento del passivo, vincolando il giudice deputato a formare quest'ultimo sulla relativa questione (pregiudiziale rispetto al diritto al concorso), senza che per questo possa ravvisarsi un conflitto con i principi menzionati: il creditore *in bonis* dovrà comunque chiedere l'insinuazione al passivo del credito residuo; e questo, se ammesso al passivo, sarà pagato in moneta fallimentare, nel rispetto della *par condicio*¹²⁰.

Anche questa soluzione presenta tuttavia delle criticità. Il diritto di credito così accertato, infatti, configurerebbe per il giudice della verifica bensì un vincolo, che però opera solo con riferimento a una questione, appunto, pregiudiziale rispetto all'oggetto del giudizio davanti a lui pendente, consistente nel diritto al concorso; mentre la concorsualità del credito medesimo e la sua invulnerabilità rispetto a eventuali azioni revocatorie, rappresentando in ipotesi questioni risolte solo *incidenter tantum* dal giudice ordinario, rimarrebbero impregiudicate in sede di verifica del passivo¹²¹. Si potrebbe così pervenire a un conflitto (peraltro, meramente

¹¹⁹ Si tratta sempre e solo di sentenze di mero accertamento, non essendo possibile in sede ordinaria la formazione di un titolo esecutivo nei confronti della massa.

¹²⁰ M. VANZETTI, *op. cit.*, 65; ROSAPEPE, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 110.

¹²¹ L'estinzione (eventualmente parziale) del diritto del soggetto *in bonis* conseguente alla compensazione avvenuta in sede ordinaria configura a propria volta una premessa nel procedimento di verifica del passivo rispetto alla decisione sul diritto al concorso, il quale evidentemente può essere riconosciuto, come diritto prodromico al diritto di partecipare al riparto, solo nella misura risultante dalla compensazione medesima: Cass. Sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, cit.; Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, in *Giust. civ.*, 2007, 1875 Cass. 8 luglio 2004, n. 12458; Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, *ivi*, 2004, I, 2015; Cass. 24 agosto 1995, n. 8964. Sull'accertamento della «non più esistenza» del controcredito opposto in compensazione cfr. DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale*, cit., 387, ad avviso della quale oggetto di accertamento mero sarebbe «il verificarsi di un certo accadimento (estinzione per compensazione)»: sarebbe cioè «sul fatto estintivo "compensazione" – e non sul singolo credito – che spiega la propria efficacia il giudicato», a prescindere dall'eventuale contestazione del controcredito opposto. In senso critico, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., 74 ss., 84, e anche 96 e ss., dove l'a., da un lato, pone in rilievo, con riferimento al controcredito non contestato, che la pronuncia giudiziale «dichiara autoritativamente che "è compensato il credito dell'attore" e non che "è compensato il credito del convenuto"»; e, dall'altro lato, sottolinea che «la pronuncia che dichiara la compensazione del credito principale definisce (...) sempre positivamente, per via di

teorico) fra decisioni ove, ad esempio, il giudice ordinario dichiarasse l'estinzione fino a concorrenza del credito e del controcredito opposto (ritenendo quest'ultimo, in via di *mera cognitio incidenter tantum*, non solo esistente, ma anche concorsuale e non revocabile), mentre il giudice della verifica del passivo, pur conformandosi al precedente accertamento sull'esistenza del controcredito opposto, ne escludesse la concorsualità o la non revocabilità, e per tale ragione non ammettesse al passivo l'eccedenza. Vero è, tuttavia, che il nostro ordinamento tollera questo genere di conflitto, il cui fondamento positivo è da rinvenirsi nell'art. 34 c.p.c.

Infine, secondo una dottrina più che autorevole, la tesi per cui l'eccezione di compensazione comporta in sede ordinaria l'accertamento (incidentale *ex lege*) del controcredito opposto, può essere recepita in ambito concorsuale «solo a patto di correggerla»¹²², cioè ammettendosi a monte che, nella causa tra il curatore e il creditore *in bonis*, oggetto di accertamento non sia in realtà il controcredito opposto in compensazione quanto piuttosto, ancora una volta, il diritto al concorso. Premesso, infatti, che «il giudice della causa, nella quale la compensazione è chiesta, deve per prima cosa porsi, nel suo *iter* cognitorio, tutti i problemi affrontati dal giudice della verifica», si constata che tale considerazione è utile proprio «per la sistemazione teorica del giudizio sulla compensazione dal punto di vista del *decisum*», alludendo con ciò «ai riflessi dei quali deve essere fornita nel fallimento la tesi, sostenuta dalla maggioranza, secondo la quale il controcredito diviene oggetto di statuizione piuttosto che di *mera cognitio*». Egli afferma al riguardo che «se il controcredito è opposto al curatore, esso è fatto valere non in sé ma come premessa del diritto al concorso; è pertanto solo il diritto al concorso ad emergere alla ribalta, se si vuol vedere nel giudizio sulla

efficacia preclusiva, anche la questione della “non più esistenza” del credito del convenuto», ciò che configura l'unica conseguenza che «l'esercizio di un'eccezione di compensazione può *di per sé* determinare sul piano dell'efficacia oggettiva della pronuncia e del giudicato relativo al credito principale», esclusa dunque qualsivoglia estensione automatica dell'oggetto del giudizio (*op. cit.*, 199 ss.). Com'è noto, secondo questa dottrina è la contestazione del controcredito opposto ad attivare il meccanismo del suo accertamento *ex lege* (indipendentemente dal fatto che esso sia inferiore, uguale o superiore al credito fatto valere dall'attore), non essendo a tal fine sufficiente, appunto, la sola eccezione di compensazione (*op. cit.*, 201 ss.), né potendosi accogliere l'idea di un giudicato sul fatto «estinzione». Si sottolinea, peraltro, l'intrinseca differenza fra questo particolare accertamento incidentale e l'accertamento determinato da una vera e propria domanda giudiziale, ponendosi in rilievo che il primo, a differenza del secondo, avrà luogo solo in funzione della domanda principale, ove questa non possa essere rigettata per altre assorbenti ragioni (*op. cit.*, 228 s.).

¹²² E. F. RICCI, *Formazione*, cit., 117.

situazione opposta in compensazione un *decisum* anziché un *cognitum*»¹²³. Qualora si accolga questa tesi, non può trovare neppure ipoteticamente spazio il contrasto teorico fra decisioni sopra prospettato: il vincolo derivante dalla decisione assunta in sede ordinaria imporrebbe infatti al giudice della verifica di ritenere esistente o inesistente il diritto al concorso così come già in quella sede accertato, conseguentemente imponendogli la sua ammissione o esclusione dallo stato passivo. Quest'ultima soluzione non comporta, peraltro, che il mero accertamento del diritto al concorso in sede ordinaria consenta al creditore *in bonis* di partecipare immediatamente al riparto senza dover proporre domanda ai sensi degli artt. 201 ss. CCII: esclusivamente un provvedimento reso in sede di formazione del passivo può infatti consentire l'accesso ai piani di riparto.

Naturalmente, la contemporanea pendenza del giudizio ordinario e del procedimento di verifica del passivo pone complessi problemi di coordinamento¹²⁴. Già abbiamo visto qual è la soluzione offerta dalla giurisprudenza e quali le più autorevoli proposte interpretative della dottrina¹²⁵. Le soluzioni prospettabili sono naturalmente differenti secondo

¹²³ Questa tesi viene sostenuta anche sulla base di un'ulteriore considerazione: sia in sede di formazione del passivo, sia in sede di giudizio ordinario che si svolga in contraddittorio con il curatore, parte è, appunto, il curatore (e non il soggetto sottoposto a procedura), con tutte le prerogative che a questa figura la legge riconosce a tutela del ceto creditorio. Non sembra quindi possibile, ove si vogliano rispettare le regole sui limiti soggettivi del giudicato, ritenere che in questi casi abbia luogo l'accertamento del diritto del creditore nei confronti del soggetto sottoposto alla procedura, e non invece del suo diritto al concorso. Cfr. E. F. RICCI, *Formazione del passivo*, cit., 18 ss., ove il problema dei soggetti nei confronti dei quali dovrebbe produrre i propri effetti la decisione sul credito è affrontato con riguardo alla fase di verifica del passivo.

¹²⁴ È anzitutto possibile che l'eccezione di compensazione davanti al giudice ordinario sia decisa *prima* della formazione dello stato passivo. Può accadere altresì che il curatore agisca nei confronti del terzo e questi chiedi il rigetto della domanda opponendo un controcredito in compensazione *dopo* che la formazione dello stato passivo abbia avuto luogo: per questa eventualità il giudice ordinario sarà vincolato relativamente alla decisione sul diritto al concorso. Infine, può accadere che l'asserito controcreditore, da un lato, sia parte in un giudizio ordinario in contraddittorio con il curatore, ed ivi eccepisca il proprio controcredito in compensazione; e, dall'altro lato, al contempo proponga domanda di insinuazione al passivo per l'intero credito oppure anche solo per l'eventuale residuo: per quest'ultima ipotesi bisogna stabilire come avvenga il coordinamento dei due procedimenti.

¹²⁵ Cass. s.u. 12 novembre 2004, n. 21499, in *Foro it.*, 2005, I, c. 65; in *Fall.*, 2005, 121; e in *Giust. civ.*, 2005, 955; e Cass. s.u. 10 dicembre 2004, n. 23077, in *Fall.*, 2005, 121; Cass. 27 aprile 2008, n. 10898, in *Guida al diritto*, 2008, 30, 85; Cass. 3 agosto 2017, n. 19424. Sembra doversi escludere che possa essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. il procedimento di verifica dei crediti in luogo di quello ordinario. Sebbene, infatti, l'esistenza del diritto di credito (oggetto del giudizio ordinario) configuri una questione pregiudiziale rispetto all'esistenza del diritto al concorso, l'istituto della sospensione necessaria può essere applicato solo a un procedimento

che si ritenga che oggetto di decisione in sede ordinaria sia solo il controcredito opposto in compensazione oppure anche il diritto al concorso. Nel primo caso, si può ipotizzare che il coordinamento debba avvenire attraverso la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio ordinario, fintantoché sia decisa la domanda in sede di accertamento del passivo: come accennato, infatti, la questione se tale diritto esista o non esista – questione oggetto di decisione in sede di verifica concorsuale – configura, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., una «controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa» pendente in sede ordinaria ⁽¹²⁶⁾.

Ove invece si ritenga che oggetto di accertamento sia in entrambi i casi il diritto al concorso, la soluzione parrebbe essere quella di consentire ai due procedimenti di proseguire paralleli, senza che l'uno possa interferire

non sommario; e oggi la verifica dei crediti è sommaria non solo nella fase che si svolge davanti al giudice delegato, ma anche nelle successive fasi di impugnazione. Cfr. E. F. RICCI, *Il sonno*, cit., 352. In giurisprudenza: Cass. 1° ottobre 1996 n. 8595, in *Foro it.*, 1997, I, c.1107, con nota di TRISORIO LIUZZI; Cass. 20 febbraio 2002, n. 2468, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 262.

¹²⁶ Così già AUTERI, *op. cit.*, 52 ss.. Cfr. anche FOSCHINI, *Esercizio del potere di avvalersi della compensazione*, cit., 458 s. In giurisprudenza Cass. Sez. un., 10 dicembre 2004, n. 23077; Cass. 27 marzo 2008, n. 7967; Cass. 9 gennaio 2009, n. 287. Questa soluzione impone di risolvere il problema di come tenere conto, in sede di formazione del passivo, della (eventualmente parziale, certamente successiva) soddisfazione del controcredito avvenuta in sede ordinaria in virtù della compensazione: una volta ammesso l'intero credito al passivo, infatti, la sua estinzione per compensazione in sede ordinaria si verificherebbe dopo. Per risolvere questo problema si potrebbe ipotizzare che le norme relative alla fase di distribuzione consentano al curatore e al giudice delegato di quantificare il c.d. diritto al ricavato tenendo conto dell'eventuale compensazione che abbia avuto luogo davanti al giudice ordinario, così come accade in sede eurounitaria, quando si applica la cosiddetta *hotchpot rule*: a norma del co. 2 dell'art. 23, Reg. CE 848/2015 sulle procedure di insolvenza transnazionale, rubricato Restituzione e imputazione, «Al fine di garantire la parità di trattamento dei creditori, il creditore che, in una procedura di insolvenza, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente». In argomento, *si vis*, M. VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale nell'unione europea: una panoramica della disciplina in vigore*, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, 2021, 303 ss.), dovendosi conservare la possibilità per il controcreditore di proporre reclamo, con conseguente accantonamento delle somme. La giurisprudenza supera il problema ammettendo che il soggetto *in bonis*, proponendo domanda di insinuazione al passivo, affermi al contempo di essere anche debitore del soggetto sottoposto a procedura e di volersi per questa ragione avvalere della compensazione; e che, conseguentemente, si dichiari in questa sede l'estinzione dei reciproci crediti fino a concorrenza, riconoscendo il diritto al concorso per l'eventuale credito residuo: Cass. sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508; Cass. 11 novembre 2021, n. 33475; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24164; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22044; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, cit.; Cass. 8 luglio 2004, n. 12584, cit.; Cass. 5 marzo 2004, n. 4522, cit.; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, cit.; Cass. 13 marzo 1982, n. 1634.

sull'altro, fintantoché non si giunga a una decisione stabile, la quale spiegherà i propri effetti vincolanti anche nell'altro processo¹²⁷.

Abstract

**THE SET-OFF DISCIPLINE IN THE CODE OF BUSINESS CRISIS AND
INSOLVENCY**

Il lavoro ha per oggetto la ricostruzione dell'istituto della compensazione nella liquidazione giudiziale. Dell'istituto vengono esaminati tutti i profili, sia sostanziali, sia processuali. Riguardo ai primi, l'indagine si concentra sui presupposti necessari affinché – in deroga alle regole generali sull'esecuzione forzata e in particolare ai principi del concorso formale e sostanziale – si possa efficacemente opporre in compensazione un controcredito, in pendenza di una liquidazione giudiziale. Per quanto concerne i profili processuali, vengono esaminate le modalità con le quali, in concreto, la compensazione può esser eccepita dal controcreditore in bonis al curatore, in un giudizio ordinario da quest'ultimo iniziato o proseguito per il recupero di un credito del soggetto sottoposto a l.g., prendendosi atto dei problemi che ne possono sorgere e offrendosi per ciascuno la soluzione più adeguata.

The purpose of this work is to examine the set-off, pending a judicial liquidation. All aspects of the set-off are examined, both substantive and procedural. With regard to the former, the investigation focuses on the necessary prerequisites so that set-off may be used pending a judicial liquidation. With regard to procedural matters, the analysis focuses on the ways in which offsetting may be concretely pleaded by the countercreditor to the liquidator in ordinary proceedings commenced or continued by the latter for the recovery of a credit of the person subject to judicial liquidation, noting the problems that may arise and offering the most appropriate solution for each.

¹²⁷ Va esclusa l'applicabilità dell'istituto della litispendenza per evidenti ragioni, prima fra tutte che l'applicazione dell'istituto della litispendenza andrebbe limitata al solo processo ordinario di cognizione: E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, vol. I, cit., 176.