

**Archivio selezionato:** Dottrina

### **(1-3)FALLIMENTO DEL SOCIO DI BANCA POPOLARE E SISTEMI STATUTARI DI AUTOTUTELA DEI CREDITI DELLA SOCIETÀ VERSO IL FALLITO.**

Banca borsa tit. cred., fasc.5, 2003, pag. 616

Michele Centonze - Dottorando di ricerca in diritto commerciale interno e internazionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

**Classificazioni:** BANCA (Istituti di credito) - Banche popolari

1. L'art. 22 dello statuto di una Banca popolare si compone di tre commi. Il primo dispone un vincolo e privilegio sulle azioni della società "anche se questa non sia in possesso dei relativi certificati, a garanzia di ogni obbligazione diretta e indiretta del socio verso la società"; il secondo assegna alla società il potere di vendere le azioni del socio che sia sottoposto a procedura concorsuale; infine il terzo riconosce il diritto della società " di compensare, anche ai sensi dell'art. 1252 del codice civile, il proprio credito verso il socio escluso con il ricavo delle azioni vendute".

Dichiarato il fallimento del socio, la società, in applicazione delle norme statutarie testé riportate, procede alla vendita delle azioni del fallito, imputando il ricavo a compensazione di un debito del socio nei suoi confronti, " ai sensi e per gli effetti dell'art. 56 l.f.". Il Tribunale di Milano, accogliendo le richieste del fallimento del socio, dichiara la nullità della clausola statutaria e l'illegittimità dell'alienazione delle azioni e della susseguente compensazione, condannando la società alla restituzione delle somme ricavate dalla vendita.

In particolare, l'invalidità della vendita delle azioni è argomentata dal contrasto delle norme statutarie attributive del relativo potere (i commi primo e secondo della clausola) con la disciplina generale del pegno, con quella speciale del pegno di azioni proprie, e, infine, con i divieti posti dagli artt. 2744 c.c. e 51 l. fall. L'inopponibilità al fallimento della compensazione, dal contrasto della relativa previsione statutaria (e, comunque, dell'operazione in sé) con l'art. 56 l.f.

La decisione presenta profili di grande interesse, sia per la diffusione nella pratica degli affari di clausole statutarie analoghe a quella innanzi trascritta, sia per la complessità degli argomenti trattati.

2. La prima questione su cui si sofferma la pronuncia in epigrafe concerne l'idoneità del primo comma dell'art. 22 dello statuto a costituire un diritto di pegno della società sulle azioni proprie. Giova preliminarmente chiarire che l'interrogativo, ai fini della soluzione del caso concreto, sembra rivestire un'importanza secondaria rispetto a quella riconosciutagli dalla sentenza (e ciò per le ragioni che saranno illustrate oltre, al n. 3). Il che non priva comunque di interesse l'esame delle argomentazioni ivi svolte(1).

Il Tribunale risolve negativamente la questione, poiché stima nulla la disposizione statutaria per violazione di due principi generali del nostro ordinamento: (A) quello "che rende i diritti reali di garanzia un numerus clausus"; (B) quello, posto dall'art. 2358, comma 2°, c.c., che vieta alla società di accettare azioni proprie in garanzia (su cui v. oltre 2.4.).

Per quanto riguarda l'affermazione del carattere atipico del diritto reale di garanzia costruito dalla clausola statutaria (punto A)(2), i giudici ritengono che " l'anomalia " della fattispecie di pegno risultante dalla norma statutaria rispetto al tipo legale risieda nel fatto che, ai fini della costituzione del pegno, lo statuto prescinde da due requisiti richiesti dalla legge "per la stessa validità del vincolo" (corsivo mio): (a) ex art. 2786, comma 1°, c.c., la consegna del bene; (b) ex art. 2787, comma 3°, c.c., l'indicazione precisa (anche) del credito garantito.

Il ragionamento si pone però in controtendenza con i più diffusi e moderni orientamenti in materia.

2.1. Al primo dei requisiti menzionati (consegna/spossessamento), la stragrande maggioranza della letteratura specialistica riconosce una valenza, all'interno della fattispecie costitutiva del pegno, diversa da quella assegnatagli dalla sentenza in epigrafe.

Ed invero (ipotizzando pure che le modalità di costituzione del pegno di azioni siano quelle fissate in generale dal codice civile \_ ma una reputata opinione ritiene che la consegna della cosa non sia necessaria, lo spossessamento del debitore potendo essere attuato anche attraverso la mera annotazione del vincolo sul titolo e sul libro soci)(3), è convinzione assolutamente dominante che la mancanza della consegna della cosa oggetto di pegno (nel nostro caso: le azioni) incide non già sulla validità del vincolo inter partes (come affermano i giudici ambrosiani)(4) ma solo sulla nascita del diritto

reale di garanzia a favore del creditore \_ e ciò, giova precisare, indipendentemente dalla qualificazione del contratto di pegno come contratto reale(5) o come contratto consensuale produttivo di effetti soltanto obbligatori prima della consegna(6).

Questa prospettiva \_ espressamente abbracciata dalla recente giurisprudenza della S.C. in tema di pegno di cosa futura(7) e di patto di rotatività(8) \_ impedisce di stimare nulla, per violazione di norma imperativa, la previsione statutaria che dispone "un vincolo sulle azioni a favore della società anche se questa non sia in possesso dei relativi certificati": poiché ignora un requisito richiesto dalla legge non per la validità del vincolo, ma solo per la nascita del pegno, una simile clausola è inidonea a far sorgere il diritto reale di garanzia, ma niente esclude che, di per sé (cioè, a prescindere da ulteriori profili di invalidità legati alle peculiarità del caso concreto), essa sia comunque in grado di costituire un valido rapporto (obbligatorio) tra le parti contraenti(9).

2.2. In merito all'altro profilo di atipicità della fattispecie statutaria di pegno rilevato dalla sentenza in epigrafe (: non contenere la clausola statutaria la sufficiente indicazione del credito garantito, in spregio dell'art. 2787, comma 3°, c.c.), il ragionamento dei giudici ambrosiani si articola in due passaggi: (i) l'espressione "a garanzia di ogni obbligazione diretta o indiretta del socio verso la società", con cui lo statuto della società seleziona i crediti garantiti dal pegno, non soddisfa il requisito richiesto dall'art. 2787, comma 3°, c.c.; (ii) conseguentemente, l'intero negozio di pegno è nullo.

È bene chiarire fin da principio che, se la prima affermazione registra il consenso dell'opinione prevalente, non altrettanto può dirsi della seconda, dal momento che la sufficiente indicazione del credito rileva, per i più, solo ai fini della prelazione, e non anche della validità del vincolo.

Tanto emerge da un'analisi della sentenza alla luce dei risultati delle indagini sul cd. pegno omnibus, nel cui ambito la fattispecie oggetto della pronuncia che si commenta è evidentemente riconducibile(10).

Per quanto concerne il primo passaggio, si deve osservare che, pur essendo pacifico che ai sensi dell'art. 2787, comma 3°, c.c. non occorre una precisa indicazione di tutti gli estremi soggettivi e oggettivi del rapporto di credito(11), la compatibilità della clausola omnibus con l'art. 2787, comma 3° è recisamente contestata dalla dottrina e dalla giurisprudenza assolutamente prevalenti (alle quali dunque si allinea la sentenza in epigrafe)(12). Si ritiene, infatti, che per la "sufficiente indicazione del credito" \_ ai fini per cui essa è richiesta dalla norma citata \_, è necessario che la scrittura privata per lo meno individui in modo specifico il fatto costitutivo del (futuro) rapporto di credito che si intende garantire, pur essendo incerto, nell'ambito di questo orientamento, se occorra o meno rispettare i limiti segnati dagli artt. 1844 e 2852 c.c., e, quindi, se il rapporto da cui sorgerà il credito deve essere già esistente tra le parti, ovvero se sia sufficiente l'enumerazione tassativa dei diversi futuri negozi inclusi nel pegno(13) (e dubbio è pure quali siano i rapporti giuridici la cui indicazione assicura la compatibilità con l'art. 2787, comma 3°, c.c.)(14).

Forse, si potrebbe giungere ad una conclusione diversa da quella prospettata dal Tribunale di Milano seguendo l'indirizzo (minoritario) che, patrocinando un'interpretazione meno rigida della norma citata, si accontenta, ai sensi dell'art. 2787, comma 3°, c.c. che l'individuazione del fatto generatore del credito sia possibile (ex art. 1346 c.c.) anche (qui sta la differenza con l'indirizzo precedentemente menzionato)(15) alla luce di indici esteriori alla scrittura costitutiva del pegno(16), e, in particolare, sulla base dell'ordinaria prassi delle relazioni tra creditore (: la banca) e debitore (: l'utente)(17).

Tuttavia, occorrerebbe prima verificare se, nell'ottica della teorica in esame, l'accedere, nel caso di specie, il patto di pegno ad un rapporto sociale anziché ad una relazione giuridica tra banca e cliente, consenta ugualmente di considerare sufficientemente determinato il credito garantito. Ed invero, l'inserimento del pegno in " un contestuale o preesistente rapporto contrattuale tra banca e cliente " appare premessa indispensabile della tesi in esame(18), poiché è proprio sulla base delle normali tipologie dei rapporti bancari(19) che questa dottrina ritiene individuabili (ex artt. 1346, 1366 e 1369 c.c.)(20) le fonti del credito garantito(21).

2.3. Come accennato, è il secondo passaggio del ragionamento dei giudici (dove si afferma la nullità della clausola omnibus quale conseguenza della sua contrarietà all'art. 2787, comma 3°, c.c.) a sollevare le maggiori perplessità, nonostante il conforto di una parte della dottrina e della giurisprudenza(22). È invero opinione (prevalente e) senz'altro preferibile quella che, sulla base della ratio (tutela dei terzi, e, in specie, degli altri creditori e dell'acquirente del bene opegnorato) e della lettera della norma, ritiene che (anche) il requisito posto dall'art. 2787, comma 3°, c.c. (al pari dello spossessamento) non rilevi ai fini della validità del negozio inter partes, ma solo ai fini della nascita dei diritti di prelazione e di seguito(23).

Se quanto precede è vero, in ordine alla asserita atipicità del diritto di pegno regolato dalla clausola statutaria in esame, e alla conseguente dichiarazione di nullità della stessa, sembra possibile concludere che tale clausola, se da un lato non è di per sé idonea a generare un diritto reale di garanzia, dall'altro non può essere considerata nulla, per la ragione che l'asimmetria dell'ipotesi statutaria rispetto a quella legale (apprezzabile sotto il duplice profilo della consegna della cosa oggetto di garanzia e della sufficiente indicazione del credito garantito) non concerne aspetti della disciplina richiesti dalla legge a pena di nullità del vincolo.

2.4. Si può passare ora all'analisi dell'altro corno dell'itinerario argomentativo che conduce la sentenza in epigrafe ad affermare la nullità del primo comma della clausola statutaria (v. retro n. 2): il contrasto con il principio che vieta alla società di accettare azioni proprie in garanzia (si badi che l'art. 2358, comma 2°, c.c. si applica, per opinione pacifica, "qualunque sia lo strumento negoziale con il quale vengono compiute le operazioni vietate", e, dunque, anche alle convenzioni per avventura racchiuse negli statuti delle società)(24).

Al riguardo, bisogna verificare se il divieto posto dall'art. 2358 c.c. sia o meno applicabile alle Banche popolari(25).

Sulla soluzione di tale problema, che si iscrive in quello più generale dei rapporti tra le società cooperative disciplinate dal codice civile e le Banche cooperative (e quelle popolari in particolare) di cui agli artt. 28 e ss. del t.u.b.(26), la dottrina e la giurisprudenza appaiono divise.

Un indirizzo, muovendo dalla premessa che le Banche popolari costituiscono una species del genere società cooperative, ritiene applicabile alle prime la norma generale posta dall'art. 2522 c.c. (che per opinione assolutamente prevalente sottrae le società cooperative al divieto di cui all'art. 2358 c.c.)(27), motivando dalla mancanza, nella disciplina delle Banche popolari, di un'espressa indicazione legislativa di segno contrario, quale quella contenuta, per le Banche di credito cooperativo, nell'art. 34, comma 5°, t.u.b.(28) (a tenore del quale "le banche di credito cooperativo non possono acquistare le proprie azioni, né fare anticipazioni su di esse, né compensarle con obbligazioni dei soci")(29).

Un altro (e oramai prevalente) orientamento, invece, in linea con l'idea che le Banche popolari siano cooperative solo in quanto a forma, e non anche a sostanza, reputa l'art. 2358 c.c. applicabile anche alle Banche popolari, e ciò:

a) per garantire l'esigenza, posta in evidenza dalla Relazione al t.u.b.(30) e da una nota di "chiarimenti" della Banca d'Italia sul t.u.b.(31), di "parità concorrenziale" tra le varie banche, denunciandosi l'irragionevolezza che le Banche cooperative possano compiere operazioni così rischiose vietate agli altri enti creditizi(32);

b) per la necessità \_ ricorrente nell'attività bancaria più che nelle società cooperative, si afferma \_ di tutelare adeguatamente il capitale sociale(33);

c) per la non ricorrenza, nelle Banche cooperative, delle ragioni (in particolare, lo scopo mutualistico) sottese all'art. 2522 c.c.(34);

d) per la natura di principio generale dell'art. 2358 c.c., applicabile in mancanza di espressa previsione contraria (oggi peraltro non più reperibile dopo l'abrogazione, da parte del t.u.b., dell'art. 9, d. lgs. 10 febbraio 1948, n. 105, che consentiva alle Banche popolari di fare anticipazioni sulle proprie azioni);

e) perché il disegno legislativo complessivamente emergente dal t.u.b. è proprio quello di vietare alle banche il compimento di operazioni di questo tipo, come risulta(va) sia dalla norma sulle Banche di credito cooperativo prima citata (art. 34, comma 5°, t.u.b., oggi non più in vigore, però), sia dall'abrogazione dell'art. 9 cit. da parte del t.u.b.(35).

La sentenza in epigrafe, dichiarando la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2358, comma 2°, c.c., estende alle Banche popolari il divieto di accettare azioni proprie in garanzia. Si deve osservare, però, che ai giudici ambrosiani sembra essere del tutto sfuggita la percezione del problema dell'ambito soggettivo di estensione del divieto (essi si limitano, infatti, del tutto superficialmente, ad affermare che "a norma del secondo comma dell'art. 2358 c.c. la società non può accettare azioni proprie in garanzia"), ciò che induce a pensare che, in definitiva, alla norma azionaria sia stato fatto istintivo ricorso, trascurandosi di verificare come reagisca, sul perimetro di operatività di quella disposizione, la natura di Banca cooperativa della società garantita dalle azioni proprie. Pertanto, la pronuncia in esame, pur non potendosi considerare infondata \_ almeno alla luce dell'indirizzo prevalente \_ è però senz'altro inidonea a porsi come significativo precedente in materia.

3. Si è detto in principio che la vendita delle azioni del socio fallito da parte della società emittente è giudicata illegittima dal Tribunale di Milano non solo per l'inesistenza di un diritto reale di garanzia, ma

anche perché compiuta in attuazione di una norma statutaria (il comma secondo dell'articolo citato in apertura del commento) nulla per violazione del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.) e del divieto di esercizio di azioni individuali contro il debitore dopo la dichiarazione di fallimento (art. 51 l. fall.).

Sull'asserito contrasto, con il divieto di patto commissorio, della disposizione statutaria con cui la banca si arroga, nel caso in cui l'azionista sia sottoposto a procedura concorsuale, il diritto di procedere alla vendita dei titoli, non si rinvengono precedenti editi. Un problema analogo è stato studiato \_ e, si noti, risolto in senso contrario a quanto opinato dalla sentenza in epigrafe \_ con riguardo a quelle clausole (cd. di garanzia), di grande diffusione negli statuti delle banche popolari, che (secondo una delle molteplici varianti) costituiscono in capo alla società "il diritto di alienare le azioni del socio debitore, resosi inadempiente, e di soddisfarsi sul ricavato della vendita trattenendolo in compensazione dei propri crediti"(36).

Giova precisare subito (il punto ha rilievo decisivo)(37) che la fattispecie esaminata dal Tribunale di Milano presenta un'importante differenza rispetto a quella sottesa alle clausole appena menzionate: se è vero che in entrambe le ipotesi la società ha il diritto di far vendere le azioni del socio e di soddisfare i propri crediti con il ricavo, è anche vero che nella prima ipotesi il fatto che, in concreto, legittima la società all'esercizio del diritto è il fallimento del socio, mentre nell'altra un suo inadempimento. Ora, se si tiene presente che, nelle società cooperative, il fallimento del socio implica di diritto la sua esclusione dalla società (art. 2527 c.c.), si comprende che le coordinate normative per giudicare della legittimità della vendita delle azioni del socio fallito da parte della società devono essere ricercate non già, come opinano i giudici ambrosiani, nella disciplina generale sulla responsabilità patrimoniale del debitore e, in particolare, nel divieto di patto commissorio, ma nelle regole societarie sul rimborso delle azioni del socio escluso (è questo, infatti, l'aspetto della vita societaria su cui sembra incidere la clausola oggetto della pronuncia in epigrafe)(38) e sulle tecniche (si veda oggi il nuovo art. 2437-quater, il cui 4° comma presenta forti analogie con la previsione statutaria in esame) attraverso cui la società può reperire le risorse finanziarie necessarie a tal fine (significativo che un argomento avanzato dalla giurisprudenza innanzi citata per negare che le clausole di garanzia integrino un patto commissorio è rappresentato proprio dalla qualificazione della clausola come ipotesi statutaria di esclusione del socio)(39).

Ed è in questa prospettiva (si noti che una simile impostazione del problema priva di rilevanza, ai fini della decisione del caso concreto, la questione \_ risolta in senso negativo dalla prima massima in commento: v. n. 2 \_ se il primo comma della clausola statutaria sia o meno idoneo a costituire un diritto di pegno a favore della società)(40) che tornano utili i risultati cui è pervenuta la giurisprudenza prima menzionata sulle clausole cd. di garanzia, la legittimità delle quali è stata affermata proprio in relazione al riconoscimento del potere dell'autonomia statutaria di intervenire sulla regolamentazione della fase di rimborso delle azioni del socio escluso(41).

Per queste stesse ragioni, al contrario di quanto asseriscono i giudici milanesi, la clausola in esame sembra potersi reputare compatibile (oltre che con l'art. 2744 c.c.) anche con l'art. 51 l.f.(42), la vendita delle azioni da parte della società non configurandosi come esercizio di un'azione esecutiva individuale del creditore particolare del socio su un bene del fallito (le azioni) ricompreso nel fallimento (43). Se è vero, infatti, che la dichiarazione di fallimento provoca immediatamente lo scioglimento del rapporto sociale(44), e quindi importa una modificazione qualitativa del patrimonio del debitore-socio escluso \_ alla partecipazione sociale sostituendosi il diritto di credito alla sua liquidazione \_, si può fondatamente ritenere che le azioni del socio fallito non costituiscono un bene della massa attiva su cui i creditori possano fare affidamento per la realizzazione delle loro ragioni(45), e che, proprio a cagione di ciò, la loro vendita da parte della società sfugge al divieto di cui all'art. 51 l. fall.

In definitiva, a me sembra che, al fondo della dichiarazione di nullità della disposizione statutaria ora in esame (e non solo)(46), vi sia un errore di prospettiva, consistente nell'aver la sentenza trascurato che la vendita delle azioni da parte dell'emittente si inserisce, nel caso di specie, all'interno di una vicenda caratterizzata dall'avvenuto scioglimento del vincolo sociale relativamente al socio fallito. Perciò, una volta sgombrato il campo dall'equivoco, non sembrano sussistere ostacoli(47) che impediscano di affermare che, benché la società non disponga di un diritto reale di garanzia sulle azioni (v. n. 2 e 2.4.), la loro alienazione è comunque legittima, perché rinvia il proprio titolo in una valida previsione statutaria.

3.1. Problema ulteriore, risolto in senso negativo dalla terza massima in commento, è se la società possa compensare i suoi crediti verso il socio escluso con il debito di rimborso delle azioni, e così incamerare le somme ricavate dalla vendita.

Al quesito se il debito di liquidazione della quota sia un debito verso la massa o verso il fallito, la giurisprudenza e la dottrina non forniscono una risposta univoca.

L'indirizzo prevalente, fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità, ammette la possibilità di compensare il debito di liquidazione della quota del socio fallito con un controcredito della società(48).

La tesi si fonda sulle seguenti considerazioni: a) da un lato, al livello generale di individuazione dei presupposti di operatività della compensazione fallimentare, si reputa sufficiente l'antiorità, al fallimento, del negozio da cui scaturisce il credito del fallito(49); b) dall'altro lato, con riguardo alla specifica ipotesi del credito del socio escluso alla liquidazione della quota, se ne individua il fondamento causale nel contratto sociale, cioè in un negozio anteriore al fallimento(50).

Un'altra parte della giurisprudenza di merito e della dottrina nega, invece, l'ammissibilità della compensazione fallimentare seguendo due percorsi alternativi(51):

(i) uno(52) consiste nel richiedere, ai fini della compensazione fallimentare, che il credito del fallito sia già liquido ed esigibile alla data del fallimento (ciò che sicuramente non ricorre nella fattispecie del credito alla liquidazione della partecipazione sociale): si è appena visto, però, che l'interpretazione dell'art. 56 l.f. abbracciata da questa tesi, assolutamente dominante fino a poco tempo fa(53), è ormai in via di progressivo e convinto abbandono da parte della dottrina e della giurisprudenza;

(ii) l'altro, individuato nell'esclusione dalla società a norma dell'art. 2527 c.c. il fatto genetico del diritto alla liquidazione della quota, stima inapplicabile al caso specifico l'art. 56 l. fall. per mancanza del requisito dell'antiorità, alla data della dichiarazione di fallimento, del credito del fallito(54). Tale tesi (almeno nella sua più meditata elaborazione) approva, dell'indirizzo avversato, il rilievo che "il diritto del socio escluso [trova] in ultima analisi il suo fatto costitutivo anche nell'atto negoziale di assunzione della qualità di socio": soltanto, giudica l'osservazione non "concludente al fine di cui si discute"(55), poiché, si afferma, ai fini dell'art. 56 l. fall. occorre "individuare la preesistenza [al fallimento] di un diritto soggettivo del socio che fondi la compensazione"(56). Ma una simile dimostrazione, continua l'indirizzo in esame, non può però essere fornita, perché "tecnicamente non sussiste un diritto soggettivo del socio alla liquidazione della quota in pendenza del rapporto societario"(57): "il diritto del socio alla liquidazione della quota sorge solo...dopo la dichiarazione di fallimento", e quindi dopo lo scioglimento del rapporto sociale nei suoi confronti(58).

Al fine di meglio comprendere i termini del dibattito, giova precisare che l'affermazione secondo cui il credito del socio sorge solo per effetto della dichiarazione di fallimento, benché non pacificamente ammessa(59), è tuttavia condivisa dall'indirizzo favorevole all'ammissibilità della compensazione tra il credito del fallito alla liquidazione della quota e un controcredito della società: anche secondo questa tesi, infatti, il diritto alla liquidazione della quota è "concretamente" acquistato dal socio "al momento della sua esclusione dalla società", pur rimanendo "sempre radicato in quell'attività negoziale [...] svolta dal socio in tempo anteriore alla dichiarazione del fallimento"(60) \_ ciò che, come si è visto, è considerato sufficiente ai fini della compensazione fallimentare.

Ne discende (il punto non sempre emerge con la dovuta chiarezza) che la soluzione del problema dell'applicabilità dell'art. 56 l. fall. alla fattispecie del socio escluso per fallimento non dipende dall'individuazione del momento di nascita del diritto di credito del socio (l'illazione secondo cui tale diritto sorge solo a seguito del fallimento, si è visto, sostanzialmente non è oggetto di contestazione), né dall'interrogativo se tale diritto sia o meno collegato al contratto sociale (la risposta positiva è comune ad entrambi gli indirizzi)(61). Abbandonata l'esigenza della liquidità ed esigibilità del credito del fallito all'atto del fallimento (v. retro), ciò che occorre verificare, piuttosto, è se sia sufficiente, ai sensi dell'art. 56 l. fall., che prima del fallimento sia svolta l'attività negoziale da cui scaturisce il credito del fallito, "indipendentemente dal momento in cui [esso] sorge o è prodotto"(62), ovvero se sia necessario anche che tale credito preesista alla dichiarazione di fallimento.

In questo secondo senso è orientata la pronuncia in epigrafe. Il Tribunale di Milano, infatti, dopo aver constatato che il debito della banca(63) sorge dall'esclusione del socio, e, quindi, in un momento successivo alla data di dichiarazione del fallimento \_ giova ripetere che il punto è pressoché pacifico, se si analizza in contropunto la letteratura in materia \_, qualifica tale debito come debito verso la massa insuscettibile di compensazione, perché ritiene non rispettata la condizione, richiesta dall'art. 56 l. fall., dell'antiorità al fallimento della nascita delle situazioni soggettive opposte in compensazione.

Conseguentemente, statuiscono i giudici ambrosiani, la clausola statutaria che attribuisce alla società la facoltà di compensare è nulla.

A prescindere dalla fondatezza delle conclusioni raggiunte (come si è visto al principio del paragrafo, fin dai primi anni settanta è in atto un processo interpretativo dell'art. 56 l. fall., consolidatosi negli anni novanta e culminato con due recenti pronunce delle sez. un. della Cassazione, che perviene ad esiti opposti a quelli ipotizzati dalla sentenza in epigrafe), ciò che non convince, del ragionamento svolto dai giudici ambrosiani, è la pretesa di desumere la necessità della preesistenza al fallimento del diritto di credito del fallito unicamente dal principio della "cristallizzazione delle posizioni debitorie/creditorie alla data della dichiarazione di fallimento"(64). A simile argomento, si è, infatti, replicato: nel metodo, che "la formula della cristallizzazione descrive un fenomeno di rilievo all'interno della legge fallimentare, ma non fornisce una direttiva rigorosamente vincolante nella soluzione di ogni problema interpretativo [di tal che] sarebbe insufficiente quell'argomentazione che giungesse ad interpretare restrittivamente l'art. 56 l. fall., asserendo che la compensazione sopraggiunta è inammissibile perché impedisce che il patrimonio fallimentare si cristallizzi perfettamente"(65); nel merito: a) che "l'esigenza [connessa al principio di cristallizzazione] può considerarsi realizzata col principio che il fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte deve essersi verificato in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento. Ciò perché è il fatto generatore delle obbligazioni che più incisivamente verrebbe ad alterare le regole del concorso, determinando la fonte delle obbligazioni medesime"(66); b) che "ove l'art. 56 l. fall. fosse interpretato in modo tale da schiudere la via alla compensazione sopraggiunta, il vincolo di indisponibilità non verrebbe rimosso, ma delimitato, cioè inteso in modo tale da consentire ad un debitore di avvalersi di una causa di estinzione del suo debito"(67); infine, c) che "il principio della cristallizzazione... non può essere considerato decisivo proprio nel momento in cui, in realtà, se ne esclude la rilevanza, ammettendo che la sopravvenuta esigibilità o liquidità dei contro-crediti verso il fallito, benché posteriore all'apertura del concorso, possa pregiudicare la massa a beneficio del creditore in bonis"(68).

#### Note:

(1) Sembra, infatti, che l'accertamento della legittimità della vendita delle azioni da parte della società passi per un'indagine che abbia ad oggetto temi diversi da quelli affrontati dalla sentenza in epigrafe. Con riferimento alla questione dell'esistenza di un diritto reale di garanzia in capo alla società, ci si limiterà, pertanto, ad inquadrare la pronuncia nella cornice dello stato attuale delle ricerche scientifiche in materia

(2) Per una recente rassegna " delle risposte fornite dai formanti giurisprudenziale e dottrinale in ordine al problema [qui accennato solo per esigenze di completezza] dell'ammissibilità, nel nostro sistema, di figure giuridiche atipiche che assolvano alla funzione di garanzia in senso tecnico", v. Fiorentini, Garanzie reali atipiche, in Riv. dir. civ., 2000, II, 253 ss

(3) Senza pretesa di esaustività: Rubino, Il pegno<sup>2</sup>, in Trattato di diritto civile, fondato da F. Vassalli, Torino, XIV, 1, 1956, 236 ss.; Gorla-Zanelli, Del pegno, delle ipoteche<sup>4</sup>, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1992, 51; limitatamente all'ipotesi in cui il voto sia pattiziamente riservato al socio concedente, Partesotti, Le operazioni sulle azioni, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2, I, 1991, 307 ss.; Poli, Il pegno di azioni, Milano, 2000, 232 ss.; contra, da ultimo, Briolini, I vincoli sui titoli di credito, Torino, 2002, 86 ss., anche per le ulteriori necessarie indicazioni bibliografiche; Angelici, La partecipazione azionaria nella società per azioni, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, Torino, 16, 1994, 318

(4) Nello stesso senso v. Ciccarello, Pegno (dir. priv.), in Enc. dir., Milano, 1982, 693; sembra, Bigliazzi Geri-Busnelli-Brescia-Natoli, Diritto civile 3. Obbligazioni e contratti, Torino, 1989, 243 ss., spec. 569 ss., 614 ss., anche se v. p. 240, nt. 23, dove gli AA., pur se nella sola ipotesi in cui il pegno abbia ad oggetto beni determinabili, ammettono che, in mancanza della consegna della cosa, "il contratto costitutivo del pegno ha solo effetti obbligatori, e la costituzione del pegno avviene con la determinazione del bene e il conseguente spossessamento"

(5) Su cui v., in particolare, Rubino (nt. 3), 219 ss., 228 ss.; più recentemente, Gazzoni, Manuale di diritto privato<sup>7</sup>, 1998, Napoli, 627 ss

(6) Su cui v., anche per le necessarie informazioni bibliografiche, E. Gabrielli, Pegno, in D. disc. priv., sez. civ., Torino, XIII, 1995, 332 ss., 343 ss.; Realmonte, Il pegno<sup>2</sup>, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, Torino, 19, 1997, 827 ss.; Sacco, Obbligazioni e contratti<sup>2</sup>, ivi, 10, II, 1998,

325; Gorla-Zanelli (nt. 3), 55 ss

(7) Cass., 1° agosto 1996, n. 6969, in Foro it., 1997, I, 183; Cass., 27 agosto 1998, n. 8517, in Contratti, 1999, 135, con commento di Carnevali

(8) Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in Foro it., 1998, I, 2406; Cass., 27 settembre 1999, 10685, ivi, 2000, I, 528. Sulla stessa linea di pensiero, v. anche Cass., 27 aprile 1999, n. 4208, in Vita not., 1999, I, 833 ss

(9) Significativo, in tal senso, è anche quanto scrivono Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli (nt. 4), 569 ss., i quali, pur in una prospettiva che considera la consegna della res come elemento essenziale del perfezionamento del contratto, non escludono comunque che "le parti [possano] conseguire un risultato analogo a quello che è proprio dei tipi disciplinati dalla legge, eliminando dalla struttura del tipo la consegna della res", nel qual caso si darebbe vita "ad un contratto consensuale (atipico) avente efficacia meramente obbligatoria e destinato a produrre effetti soltanto simili (e minori rispetto) a quelli caratteristici della figura tipica di raffronto (contratto reale)". Oltre a questa, proseguono gli AA., "si può tuttavia prospettare anche l'ipotesi di un accordo con il quale le parti, anziché dar vita ad un contratto consensuale atipico, si assumano l'obbligo della successiva stipulazione di un contratto reale (tipico). È il caso...del contratto preliminare di contratto reale". Dal passo trascritto si trae conferma che dalla previsione statutaria della mancanza della consegna della res non può tout court farsi discendere la nullità della clausola, se non a prezzo di un'inammissibile semplificazione del dato normativo

(10) Per un approccio al tema v. Salinas, Il pegno "omnibus", in questa Rivista, 1997, I, 603 ss.; E. Gabrielli, Il pegno anomalo, Padova, 1990; Angelici, Le garanzie bancarie, in AA.VV., I contratti delle banche, Torino, 2002; per un primo panorama, anche se non recente, della giurisprudenza, v. Carrassi, Il pegno omnibus, in Nuova giur. civ. comm., 1986, 312

(11) Per tutti, Trib. Udine, 25 febbraio 1989, in Dir. fall., 1989, II, 917; App. Torino, 18 aprile 1994, in Giust. civ., 1995, I, 1084; sull'indicazione dell'ammontare del credito, v., sia pure con posizioni non sempre coincidenti, Trib. Catania, 19 maggio 1967, in questa Rivista, 1967, II, 432, con nota di Laurini, Sulla clausola di estensione della garanzia a crediti futuri e indeterminati; Trib. Milano, 23 ottobre 1975, in Giur. it., 1977, I, 2, 322; App. Torino, 11 dicembre 1987, ivi, 1988, I, 2, 488; in dottrina Rubino, Determinatezza e determinabilità del credito garantito nella costituzione di pegno, in questa Rivista, 1952, II, 475; Tamponi, Sulla clausola estensiva della garanzia pignorizia ai crediti presenti ed ai crediti futuri, in Riv. dir. civ., 1974, II, 229

(12) Trib. Catania, 19 maggio 1967, cit.; App. Catania, 14 aprile 1969, in questa Rivista, 1969, II, 571; Cass., 20 settembre 1971, n. 2617, in Giust. civ., 1971, I, 1503: ma valorizzando semplici obiter dicta, la pronuncia è tradizionalmente inclusa nell'indirizzo esaminato appresso; Cass., 19 giugno 1972, n. 1927, in questa Rivista, 1973, II, 15; App. Torino, 12 aprile 1974, in Riv. dir. comm., 1975, II, 225, con nota di Stolfi, In tema di pegno per crediti determinati; Trib. Milano, 23 ottobre 1975, cit.; Trib. Torino, 18 dicembre 1986, in Fallimento, 1987, 874; App. Milano, 31 gennaio 1986, in questa Rivista, 1987, II, 439; App. Torino, 11 dicembre 1987, cit.; Trib. Torino, 10 luglio 1990, in Riv. dir. civ., 1992, II, 407, con nota di Gabrielli, Garanzie mobiliari e fallimento: il problema della determinabilità del credito nel pegno omnibus; Trib. Torino, 2 luglio 1991, in Dir. fall., 1992, II, 806; Trib. Torino, 26 gennaio 1993, e Trib. Torino, 20 aprile 1993, in Giur. it., 1994, I, 2, 137; Trib. Torino, 25 settembre 1993, in Giur. it., 1994, I, 2, 312; Trib. Torino, 18 novembre 1994, in Dir. fall., 1995, II, 885, caso Nagrafin Fiduciaria s.p.a. c. Fall. Immobiliare Broglio s.r.l.; Trib. Torino, 18 novembre 1994, ibidem, caso Banco di Napoli c. Ristorazioni collettive s.a.s.; Trib. Torino, 2 febbraio 1996, in questa Rivista, 1996, II, 501; Cass., 11 agosto 1998, n. 7871, in Giur. it., 1999, 996; in dottrina, v. Rubino (nt. 11), 475; Montel, Casi pratici in materia di pegno, ipoteca e privilegi, Campobasso, s.d., 121; Laurini (nt. 11), 431; Tamponi (nt. 11), 225 ss.; Stolfi, cit., 228; Colombo, Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data, in questa Rivista, 1982, I, 198 ss.; Salanitro, Le banche e i contratti bancari, in Trattato di diritto civile, diretto da F. Vassalli, Torino, 8, III, 1983, 211; Perassi, In tema di pegno omnibus, in Giur. it., 1988, I, 2, 492; Bussoletti, Garanzie bancarie, in D. disc. priv., sez. comm., Torino, VI, 1991, 382; sostanzialmente, Gorla-Zanelli (nt. 3), 6 e 24 ss.; Viale, Le garanzie bancarie, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Padova, 1994, 72; Realmonte (nt. 6), 802; Bussani, Il modello italiano delle garanzie reali, in Contratto e impresa, 1997, 170; Angelici (nt. 10), 235

(13) Cfr., in luogo di molti, Rubino (nt. 11), 471; Id. (nt. 3), 192; Tamponi (nt. 11), 224; Realmonte (nt. 6), 801; Salinas (nt. 10), 613 ss.; Cass., 19 giugno 1972, n. 1927, cit.; Trib. Milano, 23 ottobre

1975, cit

(14) Sul problema, che si è posto specialmente con riguardo al conto corrente bancario, cfr., senza pretese di completezza, in dottrina, Colombo (nt. 12), 200; Perassi (nt. 12), 494; Gorla-Zanelli (nt. 3), 6; De Martini, Determinatezza e determinabilità del pegno e fallimento, in *Contratto e impresa*, 1994, 1272; Realmonte (nt. 6), 802, nt. 25; Angelici (nt. 10), 235; in giurisprudenza, Cass., 13 aprile 1977, n. 1380, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1392; App. Milano, 7 aprile 1981, in questa Rivista, 1982, II, 66, con osservazioni di Dolmetta; App. Torino, 11 dicembre 1987, cit.; Trib. Torino, 10 luglio 1990, cit.; Trib. Torino, 2 luglio 1991, cit.; Trib. Torino, 25 settembre 1993, cit.; App. Roma, 27 dicembre 1993, in questa Rivista, 1994, II, 515; Cass., 24 giugno 1995, n. 7163, ivi, 1996, II, 501; Trib. Bologna, 9 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2274; Trib. Roma, (ord.) 14 ottobre 1998, in questa Rivista, 2000, II, 606, con nota di Marano, Sul pegno (irregolare) del saldo di conto corrente

(15) Così Dolmetta (nt. 14), 58

(16) Ma contra, sul punto specifico, Gabrielli (nt. 10), 169 e 175

(17) In giurisprudenza: Cass., 13 aprile 1977, n. 1380, cit.; Trib. Parma, 20 maggio 1981, in questa Rivista, 1981, II, 343; App. Milano, 7 aprile 1981, cit.; Trib. Milano, 17 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 82; App. Roma, 27 dicembre 1993, cit.; in dottrina, anche se con accenti diversi \_ e più meditati \_, Gabrielli (nt. 10), 167 ss., il quale \_ p. 173 \_ così conclude: "l'oggetto della garanzia...[è] in ogni caso sufficientemente indicato nella misura in cui in base alle norme e alle tecniche sull'interpretazione del contratto \_ e con riferimento alla valutazione della singola e concreta operazione posta in essere \_ esso risulti determinato attraverso l'indicazione nel regolamento delle modalità per la sua individuazione"; Id. (nt. 12), 416 ss.; De Martini (nt. 14), 1271

(18) Per tutti, ancora, Gabrielli (nt. 10), 131 ss., e, in part., 140 ss.; il virgolettato riportato nel testo è a p. 141; dello stesso A. v. anche, più sinteticamente, (nt. 12), 416

(19) Sulla centralità del "modo tipico di atteggiarsi dell'operazione" tra banca e cliente, v. Gabrielli (nt. 10), 170

(20) Per il riferimento alle norme in tema di interpretazione dei contratti v. Gabrielli (nt. 10), 169 e 170

(21) Per la rilevanza, ai sensi dell'art. 2787, comma 3°, c.c., della natura giuridica del rapporto da cui scaturisce il credito garantito, v., per tutti, Gabrielli (nt. 10), spec. 169

(22) Trib. Torino, 8 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 816; Tamponi (nt. 11), 215 ss.; Colombo (nt. 12), 196 ss.; e v. anche De Ritis, Pegno omnibus, oggetto del contratto ed effetto di garanzia, in *Giur. merito*, 1992, I, 622 ss

(23) Trib. Catania, 19 maggio 1967, cit.; App. Catania, 14 aprile 1969, cit.; Cass., 19 giugno 1972, n. 1927, cit.; App. Torino, 12 aprile 1974, cit.; Trib. Torino, 18 dicembre 1986, cit.; Trib. Torino, 10 luglio 1990, cit.; Trib. Milano, 17 febbraio 1992, cit.; Trib. Torino, 26 gennaio 1993, cit.; Trib. Torino, 18 novembre 1994, cit., caso Banco di Napoli c. Ristorazioni collettive s.a.s.; Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit.; Trib. Bologna, 9 giugno 1997, cit.; Cass., 7 giugno 1999, n. 5562, in *Fall.*, 2000, 741; in dottrina, Rubino (nt. 11), 478; Laurini (nt. 11), 431 ss.; Salanitro (nt. 12), 213; Bussoletti (nt. 12), 382; Gorla-Zanelli (nt. 3), 60 ss.; Gabrielli (nt. 10), 10 ss., 140 ss., 172 ss.; Id. (nt. 12), 410 ss.; De Martini (nt. 14), 1274; sia pure con qualche dubbio, Realmonte (nt. 6), 803; Bussani (nt. 12), 171; Marano (nt. 14), 615; Angelici (nt. 10), 234; Salinas (nt. 10), 617 ss

(24) Per tutti, Frè-Sbisà, Della società per azioni<sup>6</sup>, in *Commentario del codice civile*, a cura di A.

Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1997, 450, da cui è tratto il virgolettato; Partesotti (nt. 3), 476 ss

(25) V. fin d'ora Pipitone, Articolo 30, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, Bologna, 2003, 491 s

(26) V., anche per le indispensabili indicazioni bibliografiche, Costi, L'ordinamento bancario<sup>3</sup>, Bologna, 2001, 372 ss.; Marano, Banche popolari e scopo mutualistico, in questa Rivista, 2001, I, 573 ss.; Id., Articolo 28, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, Bologna, 2003, 431 ss.; D'Amico, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>2</sup>, a cura di F. Capriglione, Padova, 2001, 229 ss.; Presti, Le banche cooperative, Milano, 1999 (ed. provv.), 7 ss. e 151 ss.; Rescigno, La circolazione delle azioni di banche popolari tra codice civile e normativa speciale, in questa Rivista, 1994, II, 682 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 29 ottobre 1996, n. 9445, in *Giust. civ.*, 1997, I, 681, con nota adesiva di Salafia, In tema di cessione di quote o azioni di banca popolare costituita in forma cooperativa

(27) Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2002, 576; Bassi, *Le società cooperative*, Torino, 1995, 243; in senso contrario, però, Bonfante, *Delle imprese cooperative*, in

Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1999, 449

(28) Si badi, peraltro, che l'art. 34, comma 5° t.u.b. è stato recentemente abrogato ad opera dell'art. 5, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342

(29) Trib. Treviso, 27 novembre 1995, in questa Rivista, 1998, II, 737, con commento adesivo di Pipitone; Oppo, Credito cooperativo e testo unico sulle banche, in *Le banche. Regole e mercato*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995, 48, il quale denuncia tuttavia la disparità di trattamento tra le due species di Banche cooperative; in un primo tempo Presti, *Dalle Casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in questa Rivista, 1994, I, 172 ss., per il quale la ratio dell'art. 34, comma 5° cit., è legata alle particolari caratteristiche dell'attività delle Banche di credito cooperativo; ma dello stesso A. v. anche *Credito cooperativo ed evoluzione del quadro normativo*, in *Cooperazione di credito*, 1999, 203, dove, ipotizzando, almeno prima facie, che l'abrogazione dell'art. 34 cit. implichi estensione a tutte le Banche cooperative dell'art. 2522 c.c., taccia di incoerenza con "la specificità del settore bancario" la normativa generale in materia di cooperative; e, poi Presti (nt. 26), 20 ss. e 174, dove una decisa presa di posizione a favore della tesi esaminata appresso; Pipitone, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, Roma, 1997, 80 ss., 140 ss.; Id., Ancora a proposito delle "anticipazioni" delle banche popolari, in *Dir. banc.*, 1999, 163; Id. (nt. 25), 493 ss.; Antonucci, *Diritto delle banche*, Milano, 2000, 146. Applica l'art. 2522 c.c. all'acquisto di azioni proprie di una Banca popolare Trib. Catania, (ord.) 15 luglio 1996, in *Vita not.*, 1996, 356

(30) Si veda il passo riportato in Pipitone, *Scopo mutualistico* (nt. 29), 142 nt. 113

(31) La si legge, tra altri, in Pipitone (nt. 25), 492

(32) Dolmetta, in *AA.VV.*, *Le nuove modifiche al testo unico bancario*, a cura di A. A. Dolmetta, Milano, 2000, 35; Castaldi-Napoletano, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2001, 268; Rescigno, *Il nuovo volto delle banche popolari*, in questa Rivista, 1994, I, 327

(33) Castaldi-Napoletano (nt. 32), 268; Trib. Milano, 12 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1998, I, 2, 1066, con nota adesiva di Sanzo, e in *Dir. banc.*, 1999, I, 159, con nota di Pipitone; Rescigno (nt. 32), 328; Portale-Dolmetta, *Divieto di accettare azioni o quote proprie in garanzia e casse di risparmio "riformate"*, in questa Rivista, 1989, I, 710 ss

(35) Trib. Milano, 12 maggio 1997, cit., cui si deve anche il rilievo che precede nel testo

(36) In giurisprudenza: Cass., 29 ottobre 1996, n. 9445, in *Giust. civ.*, 1997, I, 681, con nota di Salafia, *In tema di cessione di quote od azioni di banca popolare costituita in forma di cooperativa*; Trib. Treviso, 27 novembre 1995, in questa Rivista, 1998, II, 734, con commento adesivo di Pipitone; App. Milano, 26 novembre 1993, *ivi*, 1994, II, 647, con nota di Rescigno; App. Venezia, 25 marzo 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, 686, con nota di Provinciali; Trib. Verona, 17 maggio 1972, in questa Rivista, 1972, II, 602; in dottrina: Pipitone (nt. 29), 136 ss.; Id., commento a Trib. Treviso, 27 novembre 1995, cit.; Id., *Fallimento del socio di Banca popolare, liquidazione della quota e compensazione*, in questa Rivista, 1993, II, 296, da cui è tratto il virgolettato; Dolmetta (nt. 32), 35

(37) V. retro n. 2, in principio

(38) Analogamente Cass., 29 ottobre 1996, n. 9445, cit., spec. 686.; Trib. Treviso, 27 novembre 1995, cit

(39) V., per tutte, ancora Cass., 29 ottobre 1996, n. 9445, cit

(40) Al fine di accertare la legittimità dell'alienazione delle azioni, l'interrogativo sulla esistenza o meno in capo all'alienante (la società) di un diritto reale di garanzia sul bene oggetto di vendita (le azioni) ha un senso qualora si verta in un'ipotesi di inadempimento del debitore (il socio), ma perde di rilevanza non appena si inquadri la vicenda nell'ambito del procedimento di rimborso delle azioni del socio escluso

(41) V., in particolare, Cass., 29 ottobre 1996, n. 9445, cit. Sotto questo profilo, la previsione statutaria in esame è idonea a perseguire interessi meritevoli di tutela, perché consente di evitare quella riduzione del capitale che (così Bassi, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, 624) "normalmente" consegue al rimborso delle azioni del socio escluso. La pronuncia in epigrafe, allora, oltre che formalmente infondata (v. anche oltre nel testo), è pure inappagante da un punto di vista sostanziale, perché frustra l'esigenza dell'autonomia statutaria di raggiungere, mediante un'apposita disciplina della fase di liquidazione della partecipazione sociale, un'equa composizione del conflitto tra l'interesse del socio uscente ad ottenere sollecitamente una somma di denaro rappresentativa del valore della propria partecipazione, e l'interesse della società e degli altri soci (ma anche dei creditori sociali) a non vedere pregiudicata l'integrità del patrimonio

comune (e si veda, sul punto, la già ricordata novella azionaria)

(42) Su cui cfr., per tutti, Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 350 ss.; Inzitari, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca. La legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Bologna-Roma, 1988, 7 ss.; Bonacina, *Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti dei creditori*, Milano, 1999, 9 ss.; Jorio, *Le crisi d'impresa*, Milano, 2000, 369 ss., ove ulteriori indicazioni

(43) E ciò pur prescindendo dalla controversa questione se l'art. 2531, comma 1°, c.c. (che vieta al creditore particolare del socio di agire esecutivamente sulle azioni o quote del socio debitore finché dura la società) sia o meno applicabile alle Banche Popolari: v., anche per le necessarie informazioni bibliografiche, Pipitone (nt. 25), 488 ss.; Bonfante (nt. 27), 397 ss. e 555 ss. Cfr. anche Trib. Treviso, 27 novembre 1995, cit

(44) Bassi (nt. 41), 625 e 640; Bonfante (nt. 27), 513 e 520; Buonocore, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 242 ss.; Tatarano, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, XXX, 3, Milano, 2002, 303

(45) E v. Cass., 28 agosto 2001, n. 11288, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1622, dalla cui massima si trae conferma che a norma dell'art. 42 l.f. è il credito che deriva dall'esclusione del socio fallito, e non la partecipazione sociale, l'elemento patrimoniale acquisito alla massa attiva fallimentare

(46) Ed invero, lo stesso vizio affetta sia, come già si è visto, la dichiarazione di nullità del primo comma della clausola statutaria oggetto della pronuncia (sulla costituzione del diritto reale di garanzia della società sulle azioni proprie), sia, più in generale, tutto il ragionamento con cui i giudici ambrosiani pervengono ad affermare l'illegittimità della vendita delle azioni del socio fallito

(47) O, per lo meno, tali ostacoli non sembrano potersi identificare con quelli indicati dalla pronuncia in epigrafe

(48) Cass., 24 luglio 2000, n. 9678, in *Fallimento*, 2001, 665; Cass., 5 novembre 1999, n. 12318, *ivi*, 2000, 1144; Cass., 28 luglio 1977, 3241, in *Mass. Foro it.*, 1977, I, 597; App. Venezia, 12 luglio 1991, in questa Rivista, 1993, II, 290, con nota di Pipitone, *Fallimento del socio di Banca Popolare, liquidazione della quota e compensazione*; App. Venezia, 25 marzo 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, 686, con nota di Provinciali, *Compensazione volontaria predeterminata e revocatoria fallimentare*; App. Venezia, 9 aprile 1974, *ivi*, 696, con nota adesiva di Provinciali, *Compensazione fallimentare di un credito di socio estromesso di mutua cooperativa, secondo il quale l'art. 56 l.f. copre anche l'area della compensazione volontaria e di "quella sua sottospecie che è regolata dall'art. 1252, comma 2°, c.c."*, in cui egli inquadra la clausola statutaria del tipo in esame; in dottrina, *Id.*, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 949; sembra Satta, *Diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Padova, 1996, 199 nt. 37

(49) Nel solco di una linea interpretativa recentemente avallata dalle sez. un. della Cassazione: Cass., sez. un., 2 novembre 1999, n. 755, in *Fallimento*, 2000, 524, con perplessa nota di Panzani; Cass., swz. un., 16 novembre 1999, n. 775, *ibidem*; in questa Rivista, 2001, II, 279, con nota adesiva di Picardi, *Nuove aperture delle Sezioni Unite in tema di compensazione nel fallimento*; in *Corr. giur.*, 2000, 333, con nota di Schlesinger; in *Giust. civ.*, 2000, I, 345, con nota di Giacalone. In precedenza: Cass., 22 giugno 1972, n. 2039, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1904; Cass., 27 maggio 1975, n. 2127, in *Foro it.*, 1975, I, 2229; Cass., 20 marzo 1991, n. 3006, in questa Rivista, 1992, II, 1, con nota di Inzitari, *Presupposti civilistici e fallimentari per il riconoscimento al creditore fallimentare della facoltà di compensazione*; in *Giust. civ.*, 1991, I, 1717, con nota di Lo Cascio, *La compensazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*; in *Giur. comm.*, 1992, II, 727, con nota di Stanghellini, *Nuovi presupposti della compensazione fallimentare*; Cass., 6 marzo 1995, n. 2574, in *Fallimento*, 1995, 1033. E v. anche Cass., 22 gennaio 1998, n. 559, in *Dir. fall.*, 1999, II, 524. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, 11 ottobre 1999, in questa Rivista, 2001, II, 279; Trib. Milano, 3 febbraio 1994, *ivi*, 1995, II, 64. In dottrina, oltre agli autori appena citati, v. anche Satta (nt. 48), 199; Ferrara-Borgioli, *Il fallimento*<sup>5</sup>, Milano, 1995, 350

(50) Per tutti, Cass., 24 luglio 2000, n. 9678, la quale trae conferma dalla constatazione che il contenuto di tale diritto può essere liberamente conformato dalle scelte dei soci *ivi* consacrate

(51) *Li* si vedano in Trib. Torino, 26 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 864; Trib. Torino, 18 gennaio 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, 771, con nota adesiva di Mapelli, *Fallimento del socio, liquidazione della quota e compensazione fallimentare*; Trib. Vicenza, 24 marzo 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 1001, con nota contraria di Midulla, *Note critiche in tema di compensazione fallimentare di un credito per*

liquidazione di quota societaria

(52) V. anche App. Bari, 9 luglio 1991, in questa Rivista, 1993, II, 290, con nota di Pipitone (nt. 48)

(53) V. Cass., 11 novembre 1998, n. 11371, in Fallimento, 1999, 415, con nota adesiva di Bozza, Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento; Cass., 26 maggio 1998, n. 5271, in Dir. fall., 1999, II, 768, con nota di De Sensi; Cass., 25 agosto 1997, n. 7961, in Fallimento, 1998, 1115; Cass., 2 agosto 1994, n. 7181, ivi, 1995, 280; Cass., 14 aprile 1992, n. 4542, ivi, 1992, 993; Cass., 22 giugno 1991, n. 7046, in Giust. civ., 1991, I, 2251; Cass., S.U., 26 luglio 1990, n. 7562, ivi, 1990, I, 1942; Cass., 12 marzo 1984, n. 1689, in Dir. fall., 1984, II, 398; Cass., 13 marzo 1982, n. 1634, in Foro it., 1982, I, 2879; Cass., 5 giugno 1976, n. 2037, in Giust. civ., 1976, I, 1638; Cass., 26 ottobre 1976, n. 3881, in Giur. comm., 1977, II, 326; App. Firenze, 5 maggio 1984, in Fallimento, 1985, 96; Trib. Monza, 1 giugno 1998, in Dir. fall., 1998, II, 940, con nota di La Penna; Trib. Genova, 4 aprile 1996, in Fallimento, 1997, 81, con nota di Lo Sinno; Trib. Milano, 9 luglio 1987, in Dir. fall., 1988, II, 478; Trib. Milano, 17 settembre 1984, e Trib. Torino, 28 giugno 1984, in Fallimento, 1984, 1520. In dottrina: Giuliano, La compensazione, Milano, 1955, 165 ss., il quale ammette \_ e v. anche Ferrara e Borgioli cit. \_ che il debitore in bonis possa rinunciare al termine stabilito a suo favore, sì da determinare le condizioni richieste dall'art. 56 l.f. \_ contra, su questo punto, v., tra altri, Inzitari (nt. 42), 177 ss. \_; De Ferra, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1998, 139 ss.; Jorio, Le crisi d'impresa, Milano, 2000, 392 ss.; Foschini, La compensazione nel fallimento, Napoli, 1965, 63 ss.; Inzitari (nt. 49), 8 ss.; sembrano orientati in tal senso anche Pajardi, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1998, 293 nt. 52., e Pipitone (nt. 29), 75 nt. 81, e 131 ss

(54) V. anche Trib. Catania, 31 gennaio 1992, in Giur. comm., 1993, II, 157; in dottrina Partesotti, Esclusione del socio ed eccezione di compensazione nel fallimento, in Riv. dir. civ., 1983, II, 630 ss.; Ragusa Maggiore, Compensazione di crediti contrapposti del socio escluso e della società. Quale è il momento genetico del credito del socio escluso per effetto del fallimento?, in Dir. fall., 2001, II, 897

(55) Partesotti (nt. 54), 633; Trib. Torino, 18 gennaio 1994, cit., il quale qualifica come aspettativa la situazione del socio anteriormente alla sua esclusione

(56) Partesotti (nt. 54), 634

(57) Partesotti (nt. 54), 634

(58) Trib. Torino, 18 gennaio 1994, cit

(59) Secondo Provinciali (nt. 48), 697 ss. (da cui è tratto il brano seguente), seguito da Midulla (nt. 51), 1006, il diritto alla liquidazione della quota è attuale già nel corso della vita sociale, e pertanto "l'errore dell'avversa argomentazione sta tutto nel confondere l'evento che rende il debito [della società] liquido ed esigibile, con il fatto costitutivo dell'obbligazione stessa, che nasce, addirittura, con il conferimento in società", a norma degli artt. 2350 e 2529 c.c. Si è tuttavia replicato (Partesotti (nt. 54), 633; e v. anche Trib. Torino, 18 gennaio 1994, cit.; Trib. Vicenza, 24 marzo 1987, cit.) che, in pendenza del rapporto sociale, la situazione soggettiva attiva del socio si colloca in un ambito in cui "la relazione socio-società [è] inconfondibilmente diversa da [quella] socio uscente-società": "finché permane il vincolo sociale, il socio ha una posizione verso la società che non giustifica la pretesa alla quota di liquidazione, perché i beni sono causalmente vincolati all'esercizio dell'attività sociale"

(60) Cass., 24 luglio 2000, n. 9678, cit.; e v. anche App. Venezia 12 luglio 1991, cit.; App. Venezia, 9 aprile 1974, cit.; nonché Cass., 28 luglio 1977, n. 3241, la quale ritiene che, ai sensi dell'art. 56 l. fall., sia irrilevante accertare quando si verifica "l'insorgenza nominale del debito verso il fallito" \_ concetto, questo, da intendere come esistenza del debito: cfr. Partesotti (nt. 54), 631

(61) Contra Trib. Vicenza, 24 marzo 1987, cit.: l'opinione "secondo cui il fondamento causale del credito del socio escluso alla liquidazione della quota va individuato nella costituzione stessa del vincolo sociale, sarebbe da condividere se si dimostrasse la sussistenza di un diritto soggettivo del socio alla liquidazione della quota in pendenza del rapporto societario"

(62) Così App. Venezia, 9 aprile 1974, cit

(63) La sentenza fa (ripetutamente) riferimento, per la verità, al credito della banca: sembra tuttavia trattarsi di un mero errore redazionale

(64) Per un quadro sintetico degli altri argomenti su cui si fonda l'indirizzo abbracciato dal Tribunale di Milano, v. Schlesinger (nt. 49), 337

(65) Vigo, Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento, Milano, 1994, 21 ss., che motiva dalla constatazione che "il legislatore non ha disposto costantemente che l'attivo e il passivo fallimentare si blocchino al fotogramma che segna il momento d'inizio del fallimento,

reputando di accogliere anche esigenze che premono in direzione contraria"

(66) Cass., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, cit

(67) Vigo (nt. 65), 23

(68) Schlesinger (nt. 49), 338

**Utente:** Universit  Milano - [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) - 15.05.2014

---

  Copyright Giuffr  2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156