

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. I — 24 aprile 1998 n. 4236 — Pres. Baldassarre — Est. Verucci — P.M. Nardi (concl. conf.) — Clemna Cooperativa s.r.l. (avv. Tornabuoni, Scopsi) c. In. Tur. s.r.l. (avv. Cenci, Bazzani).
(Conferma App. Genova 9 febbraio 1995).

[7968/1308] Società di capitali - Modificazioni - Aumento di capitale sociale - Debito del socio - Compensazione con un credito vantato dal socio nei confronti della società - Legittimità - Fondamento.
(C.c., art. 1246, 2329).

In tema di società di capitali, nella ipotesi di sottoscrizione di un aumento di capitale sociale, l'oggetto del conferimento da parte del socio non deve, necessariamente, identificarsi in un bene suscettibile di esecuzione forzata, bensì in una res dotata di consistenza economica. Ne consegue la legittimità del conferimento attuato mediante compensazione tra il debito del socio verso la società ed un credito vantato dal medesimo, nei confronti dell'ente, atteso che la società stessa, pur perdendo formalmente il suo credito al conferimento, acquista concretamente un « valore » economico, consistente nella liberazione da un corrispondente debito. Alla funzione essenzialmente « produttiva » del capitale sociale consegue, difatti, quella di garanzia meramente indiretta del pagamento dei debiti sociali, funzione, quest'ultima, assolta direttamente dal patrimonio sociale, cui non risultano trasferibili quei vincoli di indisponibilità e di invariabilità tipici, in via esclusiva, del capitale. Nessun pregiudizio per i creditori sociali è, pertanto, ravvisabile (diversamente che nella ipotesi di conferimenti iniziali, quantomeno per i tre decimi previsti dall'art. 2329 c.c.) in un aumento di capitale sottoscritto mercé la contestuale estinzione per compensazione di un credito del socio sottoscrittore (scaturendo, invece, da tale operazione un aumento della generica garanzia patrimoniale, poiché dalla trasformazione del credito del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito medesimo), mentre sul piano economico-patrimoniale nessun vantaggio deriverebbe ai creditori stessi dall'imposizione, alla società, di pagare il proprio debito nei confronti del socio sottoscrittore e di incassare, contestualmente, la somma stessa da lui dovuta (1).
(Massima ufficiale).

(Omissis). — Con l'unico motivo, denunziando violazione e falsa applicazione degli art. 1241, e 2240 c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la società ricorrente censura la sentenza impugnata per aver ritenuto legittimo il conferimento in compensazione, senza considerare che nella società il capitale è uno strumento di garanzia per i creditori sociali, nel senso di predisporre beni assoggettabili all'espropriazione in sede di esecuzione forzata, con la conseguenza che sono conferibili solo beni che possano essere espropriati: il sistema normativo, infatti, impedisce la formazione di un capitale fittizio e mira ad assicurare l'effettività di una consistenza patrimoniale minima; diversamente opinando, si avrebbe conferimento di patrimonio, non di capitale.

Secondo la ricorrente, inoltre, il socio che, sotto la specie di conferimento, si limita a liberare la società da un'obbligazione che essa ha nei suoi confronti, elimina soltanto una posta passiva del patrimonio, ma non opera un conferimento di capitale. Nel richiamarsi, più in generale, alla sentenza di questa Corte n. 13095/92, la soc. Clemna rileva, infine, che andrebbe comunque rispettata la procedura di cui all'art. 2342 c.c., al fine di garantire la reale consistenza del capitale.

All'esame del motivo occorre premettere che la soc. Intur ha eccepito l'inammissibilità del ricorso proposto dalla soc. Clemna, sotto il profilo che, essendo passata in giudicato la statuizione della Corte genovese sulla sottoscrizione dell'aumento di capitale, sarebbe divenuto irrilevante l'esito del presente giudizio di legittimità, dal momento che, quand'anche fosse ritenuta l'illegittimità della compensazione, in ogni caso i due crediti riviverebbero, ma si estinguerebbero automaticamente alla data del 31 agosto 1987, in cui l'assemblea di essa Intur aveva deliberato l'aumento del capitale. L'eccezione, tuttavia, è infondata: se per un verso, infatti, la Corte territoriale, pur affermando che la sottoscrizione ed il versamento v'erano stati, non si è espressamente pronunciata sulla data di effettiva coesistenza delle

reciproche situazioni debitorie, in cui, secondo l'assunto dell'odierna ricorrente incidentale, dovrebbe comunque operare l'estinzione, per altro verso è decisiva la considerazione che non può radicalmente disconoscersi l'interesse della Clemna alla verifica, in sede di legittimità, della correttezza giuridica della sentenza impugnata sol perché, in ipotesi, potrebbe verificarsi l'estinzione delle obbligazioni, per effetto di compensazione, sotto un profilo diverso da quello esaminato dal giudice del merito.

Sulla specifica questione posta dal ricorso sono intervenute — a quanto risulta — due sentenze di questa Corte: la n. 13095/92 (da cui la sentenza impugnata si è motivamente discostata) e, più di recente, la n. 936/96. Pur muovendo dalla comune considerazione che nell'ordinamento non v'è alcuna norma che impedisca, in via generale, la compensazione legale tra crediti reciproci, certi, liquidi ed esigibili di una società di capitali e dei suoi soci, tali pronunzie sono tuttavia pervenute ad opposte conclusioni, nel senso che la seconda, a differenza della prima, ha affermato che dalla disciplina in tema di società non sono desumibili principi inderogabili che vietino la possibilità di compensazione in sede di sottoscrizione di aumento di capitale.

Il Collegio ritiene di condividere la soluzione data al problema dalla sentenza n. 936/96, in base alle seguenti considerazioni, talune delle quali già espresse in detta pronunzia.

Sia pure con qualche voce dissenziente o con alcune limitazioni (ad esempio, che la compensazione sia possibile solo nell'ipotesi di accordo in tal senso tra la società ed il socio), la dottrina è largamente prevalente nel ritenere che l'operazione si sostanzia nella contemporanea eliminazione di due poste, una attiva ed altra passiva, del medesimo ammontare e che non incide sul patrimonio netto della società, il quale, rappresentando la sua effettiva consistenza economica, costituisce anche il vero presidio delle ragioni dei creditori. È, questo, il punto di maggior distacco della sentenza n. 936/96 da quella precedente, che ha ravvisato, invece, nel capitale sociale il fattore di tutela degli interessi e dei diritti dei creditori, oltre che della stessa immagine della società all'esterno: si può dire che esso costituisce, in realtà, la fondamentale premessa dell'intero discorso, da cui deriva la possibilità di configurare o meno la compensazione.

L'attuale orientamento dottrinario è nel senso che il capitale, inteso come frazione ideale del suo patrimonio sociale originariamente composto dai conferimenti dei soci, ha una funzione essenzialmente produttiva, volta, cioè, ad assicurare l'equilibrio economico e finanziario della società: esso svolge, quindi, una funzione di garanzia solo indiretta per il pagamento dei debiti sociali (e, correlativamente, per il soddisfacimento dei crediti vantati dai terzi), mentre tale funzione è assolta direttamente dal patrimonio, in sintonia, peraltro, con il combinato disposto dell'art. 2740 e 2325, comma 1, c.c. Ulteriore corollario di questa impostazione è che non si possono trasferire al patrimonio sociale quei vincoli di indisponibilità e di invariabilità che attengono esclusivamente al capitale.

Ciò comporta il venir meno del presupposto su cui la citata sentenza n. 13095/92 ha fondato l'affermazione della necessità di un conferimento « effettivo », l'unico che consentirebbe l'attuazione di un'« entità espropriabile », quale il capitale sociale dovrebbe essere per rispondere alla funzione di garanzia: se questa è svolta, in via diretta e principale, dal patrimonio, non è necessario che l'oggetto del conferimento abbia necessariamente il requisito dell'espropriabilità, essendo sufficiente che sia comunque valutabile economicamente.

Come ha posto in rilievo la sentenza n. 936/96, il conferimento realizzato mediante compensazione di un credito del socio è da ritenersi effettivo dal punto di vista economico, aumentando la consistenza del capitale di rischio e non alterando il necessario rapporto tra capitale e patrimonio (art. 2446 e 2447 c.c.).

Nessun pregiudizio per i creditori sociali, quindi, è ravvisabile in un aumento di capitale sottoscritto mediante l'estinzione per compensazione di un debito del socio, considerato che ne scaturisce un aumento della generica garanzia patrimoniale, « poiché dalla trasformazione del credito del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio »: con la precisazione che, sul piano economico-patrimoniale (e non meramente contabile), nessun vantaggio deriverebbe ai creditori sociali dall'imposizione alla società dell'obbligo di pagare il suo debito nei confronti del socio creditore, che ha

sottoscritto l'aumento di capitale, e di incassare contestualmente la stessa somma da lui dovuta.

Si può concludere, sul punto, che, nel caso di sottoscrizione di aumento del capitale sociale, oggetto del conferimento non deve essere necessariamente un bene suscettibile di espropriazione forzata, purché abbia una consistenza economica: il conferimento attuato con la compensazione di un credito del socio investe tale carattere, essendo evidente che la società, pur perdendo il suo credito per estinzione, tuttavia acquista un valore economico, perché è liberata di un debito.

Esula dall'ambito del presente ricorso la questione se questo principio valga anche in sede di conferimenti iniziali: per mera completezza d'indagine, comunque, va rilevato che l'affermazione contenuta nella sentenza n. 936/96 — secondo cui, in tale ipotesi, i beni devono essere idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale — non può non essere condivisa, quantomeno per i tre decimi previsti dall'art. 2329, n. 2, c.c., sia in relazione al chiaro disposto della norma sull'esigenza di un effettivo versamento in denaro, sia per la ragione che la società ancora non esiste e non possono, quindi, configurarsi nei suoi confronti crediti da addurre in compensazione.

Nella soluzione negativa del problema data dalla sentenza di questa Corte n. 13095/92, aveva un ruolo non marginale la considerazione che, ammettendo la possibilità della compensazione, si finirebbe per consentire il conferimento di un credito del socio, in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 2342, commi 1 e 2, c.c., a tenore delle quali, rispettivamente, il conferimento deve essere fatto in denaro, ove non sia diversamente stabilito nell'atto costitutivo, ed è possibile il conferimento di crediti del socio verso terzi e non verso la società (art. 2255 c.c.).

Con la sentenza ora impugnata, peraltro, la Corte genovese ha opportunamente osservato che l'art. 2440 c.c. non richiama l'art. 2342, comma 1: decisiva, inoltre, è la confutazione che dell'argomento ha fatto la sentenza n. 936/96, rilevando come la compensazione, quale modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, differisca nettamente dalla cessione del credito e non possa trovare limitazioni dettate per il conferimento di crediti. In dottrina, poi, è stato osservato che il conferimento è pur sempre stabilito ed attuato in denaro, soprattutto quando la delibera di aumento del capitale non contenga alcuna previsione al riguardo, mentre la compensazione incide soltanto sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione del socio sottoscrittore.

La sentenza impugnata resiste alle critiche della ricorrente anche sotto il profilo dell'affermata irrilevanza della stima prevista dall'art. 2343 c.c.: muovendo dall'esatta premessa che, nel caso di specie, si può seriamente dubitare della configurazione di un conferimento di credito, perché questo si estingue nel momento stesso in cui forma oggetto di compensazione, la Corte di merito ne ha tratto la logica conclusione che non occorre la stima del credito medesimo verso la società. La correttezza dell'affermazione risiede nella considerazione che, a differenza dall'ipotesi di conferimento del credito (in cui la valutazione del grado di sua realizzabilità e di solvibilità del debitore ceduto assume funzione centrale), nella compensazione tale esigenza non ricorre, atteso che, per effetto di essa, il sottoscrittore dell'aumento di capitale è liberato dalla sua obbligazione pecuniaria nello stesso momento in cui la società è, a sua volta, liberata dal proprio debito. Autorevole dottrina ha osservato, al riguardo, che la vicenda, rappresentando l'eliminazione di una passività per il patrimonio sociale, va considerata dal punto di vista della società, onde la valutazione del credito (o, meglio, del debito) non può avvenire altrimenti che alla stregua del suo valore nominale: anche per questa via, quindi, la tutela della società finisce per coincidere con quella dei terzi.

Risultando infondato sotto tutti i profili prospettati, il ricorso principale va rigettato. (*Omissis*)

(1) [7968/1308] È consentita la compensazione tra debito di conferimento del socio e credito verso la società?

1. La sentenza in epigrafe affronta una problematica molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza, quella cioè relativa alla possibilità di compensazione fra il credito che un socio di società di

capitali vanta nei confronti della società ed il debito dello stesso socio conseguente alla sottoscrizione di un aumento di capitale.

Un primo orientamento giurisprudenziale ritiene non consentita una siffatta compensazione, in base all'assunto che detta operazione comporti sempre e comunque « una mancanza di corrispondenza fra il nominalismo e la sostanza del capitale sociale ».

Una tale soluzione si basa su una pluralità di argomentazioni.

Ed invero in primo luogo si evidenzia come il capitale sociale sia chiamato ad assolvere ad una funzione esterna di affidabilità della società nel traffico commerciale, funzione « non ristretta pertanto alla corrispondente garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c. che si rifà piuttosto al patrimonio della società che via via nel tempo può diversificarsi nella sostanza dal capitale sociale, ma si estende sino a proiettarsi sull'*immagine* commerciale ed economica della società *ictu oculi*, considerata la necessità della corrispondenza proporzionale tra il valore del "capitale sociale" e quello del "patrimonio sociale" ». In questa ottica si precisa che « il debito del socio per i versamenti ancora dovuti non è identico a qualsiasi altro debito di lui verso la società: quest'ultimo costituisce l'elemento di un rapporto interno (ossia privato) fra la società ed il socio, anche se sono pendenti azioni giudiziarie tra loro di cognizione o di esecuzione; mentre il debito per i versamenti dovuti, in quanto si riflette sulla valenza del capitale sociale, assume la caratteristica di un elemento di un rapporto (non solo privato ma) di interesse pubblico, per la sua "significazione": attuale difetto di corrispondenza fra il nominalismo e la sostanza del capitale sociale » (1).

Si aggiunge poi che la possibilità di effettuare la compensazione deve escludersi anche sulla base di tali ulteriori considerazioni: *a*) una siffatta possibilità si pone in contrasto sia con l'art. 2324 c.c., che prevede, come regola, il conferimento in denaro (se non diversamente stabilito dall'atto costitutivo o da delibera assembleare), sia con la disposizione (art. 2342, comma 2, e 2255 c.c.) che contempla il conferimento del credito del socio verso terzi e non anche quello dei crediti verso la società, e sia ancora con l'art. 2424 c.c. (ora art. 2423-ter c.c.) che vieta una compensazione tra le partite del bilancio, nel quale devono essere riportati nell'attivo « i crediti verso i soci per i versamenti ancora dovuti », e nel passivo « gli altri debiti della società » (fra cui devono comprendersi i debiti verso i soci); *b*) solo l'effettivo « conferimento » (del denaro, del bene in natura o del credito verso terzi) del socio consente l'attuazione di un'« entità espropriabile » quale deve essere il capitale sociale per potere rispondere alla funzione di garanzia che gli è propria; *c*) infine, se il conferimento del socio, connesso alla sottoscrizione (anche di aumento) del capitale sociale, costituisce un apporto « a rischio » (questo connaturato all'alea dell'impresa commerciale), nel senso che esso va restituito al socio solo dopo lo scioglimento del vincolo societario, col bilancio finale di liquidazione e dopo il totale pagamento dei debiti sociali, ove si consentisse la compensazione di cui si discute si attuerebbe un'elusione (da parte del socio) di tale « rischio » (2).

La severità dell'esposto orientamento di esclusione in ogni caso della compensazione è stata attenuata da un indirizzo, in verità non copioso, dei giudici di merito. Questi hanno affermato che la tutela posta dal legislatore per garantire l'effettiva consistenza del capitale sociale impone che l'attribuzione di una quota di capitale a fronte della liberazione della società dall'obbligo di restituzione possa avvenire per la sola parte stimata restituibile in base alle effettive condizioni

(1) In tali esatti sensi in motivazione: Cass. 10 dicembre 1992 n. 13095, *Giur. comm.* 1994, II, 202; *Riv. dir. comm.* 1994, II, 221; *Giur. it.* 1994, I, 1, 1883; *Fallimento* 1993, 595; *Foro it.* 1993, I, 3100.

(2) Cfr. ancora per tali considerazioni: Cass. 10 dicembre 1992 n. 13095 cit.

Siffatta decisione si ricollega, ribadendone la soluzione, ad un antichissimo precedente costituito da Cass. 5 dicembre 1938 n. 3148, *Giur. it.* 1939, I, 1, 52; *Foro it.* 1939, I, 163; *Riv. dir. comm.* 1939, II, 115.

Per la tesi che nega il ricorso alla compensazione, anche se consentita dalla società, attraverso una deliberazione di aumento del capitale, vedi Trib. Napoli 9 luglio 1962, *Giur. it.* 1963, I, 2, 88; *Dir. giur.* 1963, 254, con nota critica di E. CESARO, *Brevi considerazioni sul problema della compensazione tra debito del socio e credito verso la società*; *Foro it.* 1962, I, 1580; *Foro nap.* 1962, I, 128, con nota critica di LANZARA, *Sulla compensazione del credito del socio verso la società col suo debito per il versamento del capitale sottoscritto*; App. Napoli 7 marzo 1953, *Banca, borsa* 1954, II, 405, con nota critica di VASELLI, *Aumento di capitale sociale e compensazione di crediti*; *Foro it.* 1953, I, 831, con nota anche essa critica di F. MARTORANO, *Debito per conferimento in società e compensazione*. Più di recente hanno ritenuto illegittima la compensazione in oggetto: Trib. Casale Monferrato 20 febbraio 1995, *Società* 1995, 1194; App. Napoli 17 dicembre 1994, *Riv. not.* 1995, 328; e seppure implicitamente, giudicando di una diversa fattispecie, App. Torino 21 luglio 1995, *Società* 1996, 52.

patrimoniale della società (3); ed hanno ancora puntualizzato nella stessa direzione che la finalità dell'indicata tutela si riscontra anche « con riguardo ai conferimenti di beni in natura o di crediti effettuati in aumento del capitale sociale, ai quali, proprio per tale finalità, l'art. 2440 c.c. estende l'obbligatorietà del procedimento di valutazione ex art. 2343 c.c. » (4).

In dottrina l'inammissibilità della compensazione è stata sostenuta attraverso una equiparazione della posizione del socio conferente a quella dell'accreditante nell'apertura di credito, giustificata dal fatto che la società non ha interesse a ricevere subito le somme eccedenti i tre decimi, preferendo lasciarle in deposito presso il socio stesso. In questa ottica si è finito per assimilare, poi, la posizione dell'accreditante a quella del depositario irregolare, ed ad assoggettare la fattispecie in esame al disposto dell'art. 1246, n. 2, c.c., attraverso un procedimento di interpretazione estensiva ed al contempo analogica di detta norma (5).

In una diversa, e più seguita, direzione il divieto di compensazione è stato invece fondato sulla non omogeneità del titolo su cui il reciproco rapporto debitorio si fonda, atteso che « debito e credito non competono infatti al socio nella stessa qualità; l'apporto grava sul socio *uti socius*, mentre il credito gli spetta come terzo » (6).

Con un più articolato ragionamento si è infine escluso che il socio possa opporre al proprio debito, nei confronti della società per il versamento dei conferimenti, un proprio controcredito, adducendosi al riguardo che l'eventuale termine pattuito per il versamento deve intendersi, alla stregua del disposto dell'art. 1184 c.c., come posto a favore della società sicché gli amministratori, i liquidatori o — in caso di fallimento della società — gli organi fallimentari potrebbero validamente richiedere immediatamente l'adempimento al socio. La compensazione dovrebbe escludersi recisamente solo se venisse proposta contro la volontà della società stessa, rimanendo nella facoltà di quest'ultima concordarla, per risultare abbastanza frequente che venga deliberato un aumento di capitale al fine di compensare taluni debiti sociali, trasformando i creditori in azionisti (7).

2. La compensabilità tra credito del socio e debito dello stesso per sottoscrizione di azioni in sede di aumento del capitale è stata ammessa da un recente indirizzo, nel quale si inserisce la decisione annotata.

A tale riguardo, è stato in primo luogo osservato che nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma che impedisce in via generale la compensazione tra crediti reciproci, certi, liquidi ed esigibili, sicché deve di regola ritenersi operante la compensazione secondo i principi di cui agli art. 1241 e ss. c.c., salvo che non possa ravvisarsi un divieto implicito il quale ne impedisca l'operatività ex art. 1246, n. 5, c.c.

Orbene un divieto di compensazione tra debito di conferimento e credito verso la società è ricavabile — in ragione della normativa codicistica ed in particolare dell'art. 2325 c.c. (che evidenzia la funzione di garanzia del patrimonio sociale) e degli art. 2342 e 2343 c.c. (che disciplinano i conferimenti iniziali del socio) — unicamente in relazione alla sottoscrizione del capitale originario, sia con riguardo al versamento dei decimi prescritti dall'art. 2329 c.c. sia più in generale con riguardo ai conferimenti iniziali. La compensazione risulta qui vietata ex art. 1246, n. 5, c.c. perché a garanzia

(3) Cfr. in questi termini Trib. Verona 9 febbraio 1990, *Società* 1991, 232, con nota di L. ROVELLI, cui *adde* Trib. Verona 14 marzo 1994, *ivi* 1994, 961, con nota dello stesso autore, che sottolinea come la disciplina dettata dall'art. 2343 c.c. non è diretta a tutelare soltanto la posizione della società (con la possibilità per questa di disporre dei suoi diritti) ma anche e soprattutto quella dei terzi (estranei alla compagine sociale) che sulle strutture capitalistiche apparenti fanno affidamento, tanto vero che l'art. 2343-bis c.c. « imponendo in tali casi al socio o amministratore che vende beni o crediti della società di presentare una perizia di stima ha anche ritenuto insufficiente la sola delibera dell'assemblea con ciò stesso evidenziando che persino la deliberazione del massimo organo sociale non possa costituire garanzia sufficiente (non certo per la società) per i terzi che con la società trattano ».

(4) Così Trib. Cassino 2 febbraio 1990, *Società* 1990, 1098.

(5) Cfr. per tale assunto: E. SIMONETTO, *Prestazione del socio e compensazione*, in *Riv. dir. comm.* 1955, I, 237. *Contra* però vedi tra gli altri: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma 1975, 353 ss.

(6) Cfr. per tale opinione: G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1986, 335 cui *adde* M. FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli 1965, 110 ed, in epoca più risalente, G. AULETTA, *Esecuzione dei conferimenti sociali e compensazione*, in *Dir. giur.* 1945, 118 ss.

(7) Cfr. per tale opinione: F. FERRARA-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano 1992, 432.

dei creditori sociali oggetto dei conferimenti devono essere beni idonei a formare oggetto di una garanzia patrimoniale.

Di contro, nessun divieto, né diretto né indiretto, è riscontrabile in relazione alla possibilità del socio (o di terzi) di sottoscrivere aumenti di capitale attraverso la compensazione di un credito verso la società. Tale operazione non risulta ledere in alcun modo l'interesse della società o dei terzi, comportando in concreto un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto dalla trasformazione del credito (certo, liquido ed esigibile) del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio (8).

Sono questi in breve gli argomenti con i quali anche la giurisprudenza di merito ha ammesso la compensazione, ribadendo — in linea con quanto affermato nella decisione in esame — che la funzione di garanzia non è collegata alla configurazione del capitale sociale come entità direttamente assoggettabile ad esecuzione forzata quanto invece alla sua idoneità ad esprimere un determinato valore minimo del patrimonio sociale.

Più precisamente la stessa giurisprudenza ha affermato che il capitale costituisce una grandezza aritmetica utilizzabile dal legislatore per garantire che il patrimonio sociale netto non discenda oltre certi limiti al di sotto di essa. La garanzia del pagamento dei debiti sociali (e dei crediti vantati dai terzi) è assolta invece in via diretta ed immediata dal patrimonio sociale, sul quale la compensazione in oggetto produce effetti attraverso l'eliminazione di una posta passiva (il debito verso il socio) con conseguente incremento del debito di capitale (9). L'irrelevanza poi del richiamo al divieto di compensazione tra partite di bilancio sancito *ex art. 2423-ter*, si evince dalla *ratio* di tale disposizione da individuarsi nell'esigenza di far emergere dal bilancio l'effettiva situazione attiva e passiva della società, il che non è di ostacolo all'operatività giuridica della compensazione come modo di estinzione della passività perché altrimenti ne deriverebbe il risultato davvero inaccettabile di precludere la compensazione non solo tra credito del socio e debito di conferimento, ma rispetto a tutti i rapporti di credito-debito tra la società e qualsiasi terzo (10). L'obiezione, infine, che con la compensazione verrebbero eluse tutte le conseguenze ricollegate al capitale di rischio perde anche essa rilevanza ove si consideri che mediante detta compensazione non si verifica la restituzione del conferimento al socio, quanto piuttosto se ne attua l'adempimento con effetto soddisfacente per la società e conseguente estinzione dei reciproci debiti, per cui mentre la posizione del socio, in quanto creditore, viene in tal modo soddisfatta, quella del socio, come titolare della quota di capitale — quale risulta anche a seguito dell'aumento — in nulla differisce dalla posizione di qualsiasi altro socio, restando come per tutti aperta alla possibilità di ottenere, e, viceversa, esposta al rischio di perdere — una volta soddisfatti i creditori sociali — il rimborso del capitale sottoscritto (che sarà rappresentato anche dal valore del debito estinto per compensazione) (11).

Come è stato evidenziato dall'annotata sentenza la dottrina è largamente prevalente nel

(8) Cfr. in tali sensi in motivazione: Cass. 5 febbraio 1996 n. 936, che leggesi in questa *Rivista* 1996, I, 1647, ed ancora *Società* 1996, 782, ed *Foro it.* 1996, I, 2490.

In dottrina per una critica della sentenza della Suprema Corte per quanto attiene alla negazione della compensazione del debito da conferimento iniziale vedi S. RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio in sede di aumento del capitale*, in *Società* 1996, 790, per il quale infatti desta perplessità la diversità di trattamento riservata alle fattispecie della costituzione della società e dell'aumento del capitale sociale, valendo per entrambe le fattispecie la precisazione secondo cui « non si vede quale vantaggio deriverebbe ai creditori se l'ordinamento imponesse alle società per azioni, ove il socio-creditore (di un credito certo, liquido ed esigibile) voglia sottoscrivere un aumento di capitale, di pagargli il suo credito per poi incassare contestualmente la stessa somma da lui ».

(9) Cfr. *ex plurimis*: Trib. Milano 9 febbraio 1995 e Trib. Piacenza 1° giugno 1995, *Società* 1995, 1591 e 1593, *ivi* 1995, 1591 e 1593; App. Campobasso 7 aprile 1993, *Vita not.* 1994, 1405; Trib. Venezia 18 settembre 1984, *Società* 1985, 612; App. Napoli 26 giugno 1965, *Giur. it.* 1965, I, 1, 735; *Riv. dir. comm.* 1967, II, 34, con nota di CASSANDRO, *Sull'estinzione per compensazione del debito di conferimento del socio*.

(10) In questi termini vedi Trib. Milano 9 febbraio 1995 cit.

(11) Così ancora: Trib. Milano 9 febbraio 1995 cit., che sul punto condivide quanto più volte evidenziato dalla dottrina, che ha fatto, appunto, notare come accogliendo la criticata opinione si introdurrebbe « un divieto assoluto di compensazione, in aggiunta a quelli previsti dall'art. 1246 c.c., per tutte le società di capitali » (così L. FARENGA, *La compensazione del credito del socio verso la società con il debito da conferimento al vaglio della Cassazione: un'occasione mancata*, in *Riv. dir. comm.* 1994, II, 237 cui adde N. ATLANTE, *Compensazione del credito del socio con il debito da*

ritenere che l'operazione in esame si sostanzia nella contemporanea eliminazione di due poste, una attiva e l'altra passiva del medesimo ammontare, non incidendo così in alcun modo sul patrimonio netto della società, che costituisce il vero presidio delle ragioni dei creditori.

Le motivazioni poste dai diversi autori a base di tale conclusione risultano però articolate e non sempre tra loro coincidenti.

La liceità della compensazione nel caso di debito da conferimento determinato dalla sottoscrizione di un aumento di capitale è stata sostenuta negandosi che una simile operazione si traduca in un tradimento della fiducia dei terzi per effetto della creazione di una apparente ricchezza del patrimonio sociale. A tale fine si è sottolineata la similitudine con la fattispecie dell'aumento di capitale gratuito in quanto in ambedue le ipotesi l'aumento del capitale viene attuato « passando » a capitale una posta del passivo: nel caso dell'aumento di capitale gratuito, una riserva; nel caso della compensazione, un debito.

La differenza è solo nel fatto che, nel secondo caso, si ha anche l'eliminazione di un credito dall'attivo; ciò peraltro non contrasta con la considerazione che, in entrambi i casi, il patrimonio netto, e cioè la reale garanzia per i creditori sociali resta immutata. Anzi, capitalizzando il debito verso il socio, la società raggiunge il considerevole vantaggio di rendere indisponibile — acquisendolo al capitale di rischio — una partita debitoria (12). Da qui la possibilità in presenza di un credito liquido ed esigibile dell'eccezione di compensazione, sollevabile sia dal socio nei confronti della società, che da quest'ultima nei confronti del primo secondo le norme generali di cui agli art. 1241 ss. c.c., salvo il caso però in cui l'aumento del capitale sia stato deliberato con l'espressa intenzione di acquisire nuova liquidità e con la specifica precisazione che le azioni di nuova emissione vengano liberate con versamenti in denaro, e sempre che si sia esclusa espressamente la compensazione delle partite debitorie verso i soci con la sottoscrizione da parte del socio, ricadendosi in tale eventualità nell'ambito dell'art. 1245, n. 4, c.c. (13).

Sempre in relazione ai casi cui un socio faccia credito alla società un diverso orientamento dottrinario rifiuta soluzioni generalizzate, preferendo esaminare le diverse fattispecie riscontrabili nella realtà fattuale (14).

In tale ottica detto orientamento individua un primo gruppo di ipotesi caratterizzato per la circostanza che il credito del socio nei confronti della società precede la sottoscrizione delle azioni da cui deriva l'obbligo di conferimento, ipotesi definite come *aumento di capitale* tramite compensazione. In questi casi nessun ostacolo incontra la compensazione sia dal punto di vista giuspolitico, in quanto la vicenda realizza una sorta di conversione del diritto di credito in partecipazione al capitale di rischio non penalizzabile anche per il ruolo che operazioni di questo tipo possono svolgere per l'attuazione di programmi di risanamento della società, sia su un piano più tecnico, in

sottoscrizione, in *Notariato* 1995, 47; F. LAMANNA, *Compensazione di debiti e crediti del socio di società di capitali*, in *Fallimento* 1993, 604).

(12) In questi esatti termini: FARENGA, *op. cit.*, 237, che osserva anche come l'operazione in esame altro non comporti « che il considerare ciò che il socio ha prestato in società, e che ha originato il suo credito, come una forma di versamento in conto aumento di capitale; operazione quest'ultima della cui legittimità non si discute ».

(13) In tali sensi vedi ancora: FARENGA, *op. cit.*, 238, che precisa altresì come in caso di compensazione volontaria siano più pressanti le esigenze di controllo sulla liceità dell'operazione, da valutarsi pertanto attentamente caso per caso, e che sottolinea al riguardo come debba ritenersi inammissibile il ricorso all'istituto di cui all'art. 1254 c.c. — al fine di procedere a compensazione pur in assenza dei presupposti di cui agli art. 1241 ss. c.c. — nell'ipotesi in cui, ad esempio, si intendesse compensare il debito di conferimento con un credito del socio ancora da scadere.

Per una parte della dottrina deve, invece, negarsi in ogni caso la possibilità di applicare in materia il regime della compensazione convenzionale; cfr. al riguardo: A. MONTESANO, *Illegittimità del c.d. conferimento in compensazione*, in *Società* 1995, 1200; M.S. SPOLIDORO, *Commento al d.P.R. 10 febbraio 1986 n. 30*, in *Le nuove leggi civili commentate* 1988, 179, secondo il quale non potrebbe pervenirsi a compensazione convenzionale (tranne, forse, nell'ipotesi di credito del sottoscrittore inesigibile per termine stabilito nell'interesse esclusivo del creditore) perché si concretizzerebbe una *datio in solutum*, come tale inammissibile in quanto non potrebbe essere « rimessa alla discrezionalità degli amministratori la liberazione del sottoscrittore o del socio in virtù della dazione di beni diversi da quelli indicati nella delibera di aumento del capitale », non potendosi al riguardo trascurare il tenore letterale dell'art. 2342 c.c.

(14) Cfr. C. ANGELICI, *Appunti sull'art. 2436 c.c., con particolare riguardo al conferimento mediante compensazione*, in *Giur. comm.* 1988, I, 175 ss.

quanto la vicenda risulta per molti aspetti analoga, anche se certo non coincidente, con la varia fenomenologia che si indica sotto il nome dei cc.dd. « versamenti in conto di capitale » perché comune è « la circostanza per cui dei mezzi finanziari acquisiti dalla società sulla base di un titolo diverso dal tipico conferimento a capitale vengono, poi, tramite il suo aumento, ad esso imputati » (15).

Diversa soluzione la esposta opinione segue, invece, per i casi in cui il credito del socio sorge quando egli stesso è già debitore del conferimento della cui compensazione si discute, potendosi in questi casi evidenziarsi « quelle sovrapposizioni ed interferenze tra “rischio” del socio e “rischio” del creditore ».

Qui la tecnica della compensazione può condurre a risultati anomali dal punto di vista del credito del socio e della sua « gestione », atteso che il creditore da un lato in caso di risultati positivi dell'attività sociale potrà ottenere la soddisfazione del suo credito, e dall'altro, in presenza di difficoltà per tale soddisfazione, è in grado di compensarlo con il suo debito di conferimento. Nel primo caso si sottrae al « rischio » del socio, nel secondo — quello evidentemente più grave — elimina sostanzialmente il proprio « rischio » di creditore (16).

In particolare i prospettati abusi ed anomalie possono verificarsi allorché il socio proceda a finanziamenti alla società pur potendo completare a favore della stessa il suo obbligo di conferimento, sembrando logico che il socio debba sopportare il relativo rischio, e che per attenuarlo non si possa avvalere della sua contemporanea posizione di socio dalla quale si era voluto di fatto prescindere (17).

Un serio *excursus* sulle numerose posizioni seguite in dottrina non può trascurare di prendere in esame anche l'opinione di quanti qualificano la fattispecie in oggetto come novazione oggettiva per mutamento del titolo dell'obbligazione per convertirsi il rapporto creditorio tra socio e società in rapporto sociale (18). A tal proposito si è detto che la sottoscrizione di azioni — che implica la conclusione di un contratto di società tra creditore e debitore — assume un chiaro carattere novativo perché si realizza al fine di estinguere un previo contratto di mutuo esistente tra gli stessi soggetti. L'estinzione del credito preesistente è, allo stesso tempo, causa ed effetto del nuovo contratto di (società) intercorrente tra loro (19).

In contrario si è obiettato però che il riferimento al concetto di novazione può avere un valore meramente descrittivo, idoneo cioè a dar conto della sostanziale sostituzione dell'originario rapporto contrattuale di finanziamento con un rapporto (sempre contrattuale) di tipo societario, perché il fenomeno in questione non sembra tecnicamente riconducibile all'istituto tipico della novazione, disciplinato dagli art. 1230 ss. c.c. (20). Come è stato precisato, nell'ipotesi di novazione a fronte dell'estinzione dell'originaria obbligazione, ne sorge una nuova diversa o per titolo o per oggetto.

(15) Cfr. in questi termini ANGELICI, *op. cit.*, 185-186.

(16) Cfr. al riguardo ANGELICI, *op. cit.*, 187.

(17) In argomento vedi ancora ANGELICI, *op. cit.*, 188 cui *adde* FARENGA, *La compensazione del credito del socio*, cit., 240, il quale osserva come la spiegazione dell'incameramento di somme dei soci a titolo di finanziamenti invece di un richiamo ad opera della società finanziata dei decimi ancora dovuti potrebbe ravvisarsi in un accordo con gli amministratori che consenta ai soci di assumere la veste dei creditori, ben conoscendo la precaria situazione economica della società.

(18) Cfr. al riguardo J.C. GONZALES VASQUEZ, *Il c.d. aumento di capitale mediante compensazione: natura giuridica e disciplina applicabile*, in *Giur. comm.* 1994, I, 288 ss.; S. LANDOLFI, *I versamenti fuori capitale nelle società di capitali*, in *Vita not.* 1993, 85, seppure con esclusivo riferimento all'ipotesi di compensazione volontaria; P. MARCHETTI, *Aspetti societari della legge sul risanamento finanziario delle imprese*, in *Riv. soc.* 1979, 1215.

Per la qualificazione dell'operazione di sottoscrizione delle azioni, da liberare con la somma già versata all'atto della sottoscrizione delle obbligazioni — secondo il rapporto di cambio stabilito dalla deliberazione di emissione (art. 2420-bis, comma 1) e risultante dal titolo (art. 2420-bis, comma 7) — come novazione del rapporto di mutuo in rapporto di società perché « l'emittente si vincola, nei confronti dell'obbligazionista, ad una proposta irrevocabile di novazione (novazione di titoli, ai sensi dell'art. 1230) mentre l'obbligazionista ha, per tutto il periodo della conversione, facoltà di accettare o meno la proposta », vedi: F. GALGANO, *Diritto commerciale*, in *Le società*, Bologna 1994-1995, 358 cui *adde*: S. LANDOLFI, *L'aumento del capitale sociale*, in *Società* 1983, 1253-1254, per il quale « il preesistente rapporto obbligatorio tra socio e società si tramuta oggettivamente in rapporto di società. Se dunque di novazione si tratta e non di compensazione resta dimostrata definitivamente la legittimità dell'operazione ed anche il suo limite che è dato dalla previa autorizzazione della società, giacché la novazione è un contratto ».

(19) Cfr. in questi termini GONZALES VASQUEZ, *op. cit.*, 288.

(20) Per la critica all'opinione che fa ricorso nella materia in esame all'istituto della

Non viene tuttavia meno — fra i soggetti coinvolti — la sussistenza di un rapporto obbligatorio, talché debitore e creditore conservano le proprie rispettive qualità. Nel caso delle obbligazioni convertibili, l'esercizio della dichiarazione di conversione determina l'adesione del dichiarante al contratto di società (con conseguente insorgenza dell'obbligo di esecuzione di un conferimento). L'obbligazione di rimborso a carico della società non viene in alcun modo sostituita (come dovrebbe avvenire in caso di novazione) con altra obbligazione avente titolo od oggetto diverso. Essa, anzi, permane, salvo estinguersi con la nuova e reciproca obbligazione (di eguale ammontare, omogenea, liquida ed esigibile) costituita dall'obbligo di conferimento (21).

3. È innegabile che l'orientamento dottrinario prevalente ha ritenuto ammissibile nella materia in oggetto la compensazione (22). In detto orientamento si riscontrano soluzioni di massima apertura, dirette ad ammettere, in ipotesi di aumento di capitale, che la compensazione possa riguardare anche i tre decimi da versare al momento della sottoscrizione (art. 2439 c.c.), da ciò prendendosi lo spunto per osservare che lo stesso accade con riguardo al sovrapprezzo ovvero all'intero ammontare del conferimento in caso di aumento del capitale di società a personalità limitata unipersonale, che deve essere interamente versato al momento della sottoscrizione ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c. (23).

In questa ottica si è ricordato che se non può disconoscersi che nell'avvalersi della compensazione, il socio creditore si sottrae al rischio di insolvenza della società, non deve però dimenticarsi che questo risultato è tollerato e previsto dall'ordinamento, tanto che alla compensazione viene sovente attribuita funzione di garanzia, in quanto essa appunto « realizza la garanzia del creditore che evita il rischio di adempiere, o dovere adempiere senza ricevere l'adempimento » (24). E di tutto ciò si è trovato conferma nel disposto dell'art. 56 l. fall., che consente l'operare della compensazione in dispregio della *par condicio creditorum*, pur nell'ipotesi che il credito vantato dal terzo non sia ancora scaduto, e che si è ritenuto per l'ampio tenore letterale includere nel suo ambito applicativo anche il debito da conferimento (25).

novazione vedi: J. GARCIA DE ENTERRIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano 1989, 163-164; RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio*, cit., 786.

(21) In tali testuali termini: RAMPOLLA, *op. loc. cit.*

(22) Per tale orientamento oltre agli autori già citati nelle precedenti note vedi: M. MALTONI, *Compensazione del credito del socio verso la società con il debito sorto a suo carico a seguito della sottoscrizione dell'aumento di capitale*, in *Giur. comm.* 1994, II, 205 ss.; M. MASSIRONI, *Appunti in tema di aumento di capitali mediante compensazione*, in *Giur. it.* 1994, I, 1, 1883 ss.; B. QUATRARO-S. D'AMORA, *Le operazioni sul capitale*, Milano 1994, 74 ss.; P. GUIDA, *Conferimento mediante compensazione: spunti per una riflessione*, in *Riv. not.* 1992, 1495 ss.; V. SALAFIA, *Aumento del capitale e conferimento di crediti*, in *Società* 1988, 225 ss.; G.E. COLOMBO, *Il bilancio e le operazioni sul capitale*, in *Giur. comm.* 1984, I, 859 ss.

(23) Cfr. al riguardo RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio*, cit., 792 e nota 45, cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali sul punto.

(24) Cfr. in tali sensi RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio*, cit., 791 e nota 40, che si richiama alla opinione di PERLINGIERI, *op. cit.*, 258, aggiungendo che nel senso della compensazione depone — come osservato da App. Napoli 26 giugno 1965, cit. — la circostanza che la legge (art. 1250 c.c.) non vieti la compensazione a danno di qualsiasi terzo (e quindi dei creditori), ma soltanto quella che possa recare pregiudizio ai terzi che abbiano acquisito diritti di pegno od usufrutto su uno dei crediti oggetto di compensazione.

(25) Cfr. al riguardo RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio*, cit., 791 ss.

Contra invece LAMANNA, *op. cit.*, 607 ss.

Perplexità esprime in merito FARENGA, *La compensazione del credito del socio*, cit., 240-241, il quale — come si è già accennato nel testo e nella nota 17 — rivolge la sua attenzione alle ipotesi che il credito del socio a seguito di finanziamento alla società sia sorto successivamente alla sottoscrizione delle azioni, ritenendo che al socio potrebbe essere opposta dalla società l'inoperatività dell'art. 56 l. fall. e che potrebbe altresì ravvisarsi una concorrente responsabilità dell'organo amministrativo che ha omesso un tempestivo richiamo dei decimi (ovvero una tempestiva compensazione). Ed invero, il mancato richiamo dei decimi ancora dovuti da parte della società e la sua accettazione di somme a titolo di finanziamento ad opera del socio (ancora debitore dei suddetti decimi) può concretizzare una operazione preordinata a produrre un illecito danno ai creditori sociali ed un altrettanto illecito profitto a vantaggio dei soci, qualora questi ultimi vogliano utilizzare la compensazione come fase terminale di una operazione intesa a sottrarre risorse finanziarie alla loro naturale destinazione a capitale. Così — conclude l'autore — una volta divenuto liquido ed

Il più recente orientamento dei giudici di legittimità, condiviso — come detto — dalla prevalente dottrina, sollecita alcune considerazioni oltre che sul versante socio-economico anche su quello tecnico-giuridico.

Se tale orientamento aveva l'intento di pervenire a soluzioni rassicuranti e convincenti deve ammettersi che il risultato non è stato raggiunto in quanto la presa di distanza dall'opinione che negava la possibilità della compensazione si è accompagnata — forse al di là delle più pessimistiche previsioni — ad un incentivarsi di dubbi ed incertezze su punti qualificanti della problematica affrontata, con ricadute pregiudizievoli sul versante economico della vita delle imprese, anche per il sorgere di un consistente contenzioso giudiziario. Solo a mero titolo esemplificativo può, a tale riguardo, farsi riferimento alla portata della compensazione, che — come si è appena finito di ricordare — da alcuni si è ritenuta avere efficacia generale e non incontrare alcun limite sia in fase di costituzione della società che di aumento di capitale, mentre da altri si è invece considerata inoperante relativamente alla sottoscrizione dell'intero capitale iniziale, o con riguardo ai soli tre decimi *ex art. 2329 c.c.* (26).

Per di più — nonostante la mancanza di qualsiasi riscontro sul punto da parte della dottrina — non può sotto altro versante sottacersi che in ogni caso la compensazione del debito della società con il credito della stessa per la sottoscrizione del capitale non può prescindere in alcun modo da una preventiva iscrizione in bilancio del debito stesso, attesa la necessità che in detto bilancio la liberazione del capitale trovi, in ogni caso, pieno e puntuale riscontro.

Orbene, a fronte all'esigenza nella materia in oggetto di indispensabili aggiustamenti ad un istituto, quale quello della compensazione (legale) capace nella generalità dei casi di condizionare l'estinzione dei debiti unicamente alla loro coesistenza (27), ed a fronte della necessità di misurare la compatibilità degli accennati aggiustamenti con l'istituto in esame, risulta apprezzabile l'intento di valorizzare ragioni di carattere pratico, al fine di introdurre controlli efficaci ad eventuali frodi, sempre possibili « tramite la creazione di crediti fittizi o il gonfiamento di crediti già esistenti, i quali, arrivati al momento della loro scadenza, ovvero quando siano liquidi ed esigibili, potranno essere trasformati in capitali attraverso un apposito aumento dello stesso con il conseguente pregiudizio per la società, i soci ed i terzi (creditori e futuri acquirenti delle azioni) » (28).

Si è così messo in rilievo come la configurazione di fattispecie, quali quelle oggetto della decisione annotata, come compensazione non si conciliano bene, anche da un punto di vista teorico, con la funzionalità della stessa, perché « qui non si tratta di un effetto (la compensazione) che si produce *ex lege* allorché esistano due crediti reciproci, liquidi ed esigibili indipendentemente dall'origine e funzione dei medesimi, ma di una operazione designata proprio per estinguere un credito tramite la creazione di un nuovo rapporto obbligatorio tra le parti, in modo tale che non è concepibile la costituzione di quest'ultimo se non tramite l'eliminazione del primo, essendo *conditio sine qua non* della realizzazione dell'aumento », con la trasformazione, quindi, del vincolo preesistente (mutuo) in un vincolo più stretto (capitale) (29).

E che l'inquadrare una simile operazione nell'ambito della compensazione legale significhi

esigibile il credito del socio debitore della società per il versamento dei conferimenti sarà perfettamente plausibile la compensazione delle partite; ma qualora detta compensazione non venga domandata in tempi congrui dal socio e la società sia dichiarata fallita, il socio correrà il rischio che gli venga legittimamente negata la compensazione di cui all'art. 56 l. fall.

(26) Per una chiara epitome delle diverse opinioni riscontrabili in dottrina e giurisprudenza sulla materia in esame, le cui oscillazioni sono amplificate anche per la mancanza di una apposita regola analoga a quella del par. 60 della legge azionaria tedesca del 20 giugno 1937 (corrispondente al par. 221 del cod. comm. tedesco) che vieta in via generale la compensazione della società per i conferimenti, v. M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIARI, Torino 1992, 996.

(27) Per la tesi dell'immediata efficacia estintiva della compensazione, pur se non rilevabile d'ufficio, vedi per tutti in dottrina C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Torino 1990, 493-496, che critica l'idea che l'eccezione del soggetto interessato configuri un requisito di diritto sostanziale per il perfezionarsi della compensazione.

(28) Per un simile approccio vedi GONZALES VASQUEZ, *op. cit.*, 288.

(29) Così testualmente ancora GONZALES VASQUEZ, *op. cit.*, 287, che finisce inoltre per configurare l'operazione in esame — attraverso la quale il credito della società viene sostituito da una partecipazione al capitale stesso — come un'ipotesi di conferimento di credito, con conseguente necessità di procedere *ex art. 2343 c.c.* alla stima di un esperto, che adempie ad una importante funzione « in quanto riguarda la verifica dell'esistenza e realtà del credito, garantendo così in certa

proprio forzare la realtà emerge con chiarezza solo che si consideri che in presenza di due crediti reciproci di pari importo, aventi i requisiti di cui all'art. 1243 c.c., l'estinzione di ciascun debito nella compensazione legale è funzionale all'estinzione dell'altro debito così che l'effetto naturale della suddetta compensazione si realizza con il venir meno dei reciproci rapporti debitori e di qualsiasi legame giuridico tra i soggetti di detti rapporti; nell'operazione in esame invece l'estinzione del debito della società non è funzionale soltanto all'estinzione del debito del socio per la sottoscrizione del capitale (di pari importo), ma detta finalità è, invece, propedeutica a quella dell'instaurarsi di un rapporto societario, che in quanto tale va oltre gli effetti definitivi e liberatori, che caratterizzano la compensazione (30).

Le ragioni ora esposte inducono ad auspicare una « rivisitazione » della tesi, sostenuta da pochi ma autorevoli autori, che ha negato l'operatività della compensazione sulla base della considerazione che debito e credito della società non stanno sullo stesso piano e che quindi i due rapporti non possono eliminarsi perché il debito del conferimento è assunto *uti socius* laddove rispetto al credito verso la società il socio assume la veste di terzo (31).

Duplicità di posizioni rivestite dal socio che, per l'indicata opinione, ostacolerebbe anche la compensazione ex art. 56 l. fall. per difettare appunto « la medesima ed unica veste giuridica » (32).

Certo l'annotata decisione ha l'indubbio merito di avere confutato, in maniera chiara e puntuale, una non corretta nozione del capitale sociale, che aveva costituito punto nodale dell'indirizzo diretto a negare il ricorso alla compensazione.

Ciò non deve però importare una rinuncia a praticare altre vie per affinare una ricerca che, allo stato, non può di certo ritenersi pervenuta a soluzioni definitive.

In questa direzione deve saggiarsi — in ragione delle peculiari finalità perseguite attraverso la sottoscrizione di azioni in sede di aumento di capitale — il rilievo che può nella materia in esame rivestire la regola, seppure enunciata in dottrina ad altri fini, secondo cui deve escludersi la compensazione allorché la separazione e la gestione dei patrimoni siano funzionali ad una destinazione giuridicamente rilevante per i terzi e la compensazione comprometta tale destinazione (33).

Principio questo che ha trovato riscontro anche nella giurisprudenza che, nell'escludere la compensazione (anche volontaria) di un debito del mutuatario nei confronti del mutuante nei finanziamenti c.d. di scopo (credito alberghiero, credito per la formazione di scorte di materie prime e prodotti finiti per le piccole e medie industrie operanti nel Mezzogiorno, ecc.) ha avuto occasione di statuire che la finalità dei detti finanziamenti « qualifica la causa del negozio e ne delinea il contenuto rispetto allo schema tipico, acquistando in tal modo rilevanza causale » (34).

Orbene, è innegabile che mentre il conferimento in denaro effettuato dal socio, come un qualsiasi terzo, alla società si accompagna ad un obbligo di restituzione in un tempo più o meno

misura che l'operazione non nasconda una manovra fraudolenta diretta a pregiudicare sia i diritti dei terzi sia quelli degli altri soci, non di rado di minoranza » (pag. 292).

(30) Ciò spiega come numerosi autori (cfr. nota n. 18) abbiano nell'operazione in parola riscontrato tutti gli estremi della novazione oggettiva causale o per mutamento del titolo, in relazione alla quale la dottrina civilistica evidenzia come la causa del negozio vada individuata nell'interesse delle parti alla trasformazione del rapporto obbligatorio in un nuovo rapporto e come l'effetto estintivo discenda direttamente dal mutamento contrattuale dell'obbligazione (cfr. per tutti al riguardo: A. MAGAZZÙ, *Novazione (diritto civile)*, in *Encicl. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 798, secondo cui la novazione costituisce « un atto negoziale che opera sul rapporto obbligatorio preesistente modificandolo in vista della realizzazione di un interesse "esterno" al rapporto medesimo; un interesse nuovo e diverso da quello che le parti hanno avuto di mira originariamente costituendo il rapporto obbligatorio o che comunque il rapporto tutelava »).

(31) Cfr. al riguardo, oltre agli autori citati a nota 6, anche GONZALES VASQUEZ, *op. cit.*, 277 ss.

(32) In questi termini vedi: FOSCHINI, *op. cit.*, 110 cui *adde* N. SALANITRO, *Rassegna di diritto societario: azioni, obbligazioni, bilancio, modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Riv. soc.* 1964, 147, il quale, ritenendo che la *ratio* dell'art. 56 l. fall. riposi sulla circostanza che il creditore, non pagando il proprio debito, per opporlo in compensazione al credito, abbia voluto negare fiducia alla società, afferma poi che tale presupposto — e pertanto la norma di cui all'art. 56 l. fall. che su tale presupposto si fonderebbe — non può operare nei confronti del socio.

Per l'applicabilità dell'art. 56 anche al socio vedi invece MALTONI, *op. cit.*, 208 ss.; A. MONTANARI, *L'aumento di capitale mediante compensazione*, in *Riv. soc.* 1967, 999 ss.

(33) Cfr. in questi esatti termini BIANCA, *op. cit.*, 483.

(34) Cfr. al riguardo in motivazione: Cass. 2 ottobre 1972 n. 2796, *Vita not.* 1973, 106.

lungo, ma comunque determinabile, la sottoscrizione delle azioni da parte del socio importa l'obbligo di un conferimento, che si caratterizza causalmente per la sua definitività, per importare disponibilità del denaro corrisposto da parte della società sino all'esaurimento della liquidazione, e che, pertanto, mal si presta ad essere oggetto di compensazione con un debito di altra natura, per non risultare con esso fungibile, qualitativamente equivalente e quindi intercambiabile (35).

Le considerazioni sinora svolte non possono essere poi liquidate con l'obiezione — frettolosamente da taluni ritenuta decisiva — che negare la compensazione imporrebbe un'inutile ed antieconomica operazione, perché dapprima obbligherebbe la società a versare l'importo del suo debito al socio e, di poi, quest'ultimo a corrispondere a sua volta alla società la somma ricevuta ad estinzione del suo debito per la sottoscrizione delle azioni.

Una simile obiezione non tiene nel dovuto conto che il distinguere anche sul piano della realtà fattuale i due momenti, concettualmente autonomi, della indicata operazione, oltre ad evidenziarne la diversa natura giuridica e le diverse implicazioni derivanti dal loro compimento, si traduce in una maggiore trasparenza di momenti qualificanti della vita della società attraverso una chiara assunzione di responsabilità da parte degli organi societari, sia di quelli competenti a decidere i tempi e i modi di estinzione dei debiti societari sia di quelli deputati a decidere gli aumenti di capitali e a vigilare sull'adempimento degli obblighi del socio scaturenti dalla sottoscrizione delle azioni.

GUIDO VIDIRI

(35) In generale sulla omogeneità quale presupposto per l'operatività della compensazione tra debiti reciproci vedi per tutti: ZUDDAS, *Compensazione*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1988, 3, cui *adde*: V. DE LORENZI, *Compensazione*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, III, Torino 1988, 69-70; RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione (diritto civile)*, in *Encicl. dir.*, VIII, Milano 1961, 25 ss.