

I V R A

RIVISTA INTERNAZIONALE DI
DIRITTO ROMANO E ANTICO

ESTRATTO DAL VOL. 52 (2001)

[Pubbl. 2005]

EDITORE - JOVENE - NAPOLI

PICHONNAZ P., *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels* [Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Suisse, 208] (Fribourg, 2001) p. LXXX + 726.

1. La monografia che Pascal Pichonnaz dedica alla compensazione presenta una novità di impianto e di prospettiva rispetto alle ricerche romanistiche di diritto privato che, almeno negli ultimi decenni, siamo soliti veder proposte da giovani o meno giovani studiosi. Essa è infatti rivolta alla ricostruzione storica e all'analisi dell'istituto a partire dalle sue radici romane, passando attraverso la tradizione medievale e moderna (ivi compresa l'esperienza pandettistica), per giungere al diritto attuale (trattato in una dimensione comparatistica)¹, e così, in conclusione, affrontare, quanto al tema, i problemi legati all'unificazione del diritto europeo dei contratti.

Si deve subito osservare che la vasta unità d'impianto non va a discapito, a mio giudizio, della accuratezza e della precisione della trattazione, sia nella parte strettamente romanistica, sia in quelle successive. Né quella, né queste, sono un mero, generico 'completamento' di contorno, rispetto ad aspetti più approfonditamente trattati (come, per esempio, ancora oggi accade per i riferimenti romanistici che fungono talora da premessa – non di rado solo esornativa – a monografie civilistiche). Gli argomenti, nelle varie parti in cui si compone il libro, sono affrontati con pari sforzo interpretativo e di approfondimento². Il risultato è un'opera che

¹ Per la redazione di questa parte l'A. si è senz'altro giovato della sua preparazione di civilista: la sua prima monografia è infatti riconducibile più strettamente al solo diritto civile: v. P. PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance. Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)* (Fribourg 1997).

² Dal punto di vista meramente quantitativo è sufficiente ricordare che la monografia consta di ben 726 pagine (di cui una trentina dedicate all'indice delle fonti e degli argomenti), precedute da ottanta pagine, numerate a parte con numeri romani, contenenti,

parla direttamente non solo al romanista, in senso strettamente inteso, ma anche allo storico del diritto intermedio e moderno e al civilista (per usare un'immagine famosa ed eloquente, sulla sua copertina non sta scritto: "vietato l'ingresso ai non addetti ai lavori").

Nelle pagine seguenti darò conto con qualche maggiore ampiezza della parte più propriamente romanistica, ma cercherò di non trascurare anche quelle successive, sia per il loro intrinseco interesse, sia perché la struttura stessa dell'opera e il disegno culturale a essa sotteso rendono non scindibili — se non tradendo il pensiero dell'A. — le varie parti in cui il libro si compone e perciò non proponibili un esame e un giudizio solo parziali o frammentari. Mi pare anzi che la novità metodologica che la ricerca condotta da P. intende proporre — a mio giudizio con successo — consiste proprio nel legare in una prospettiva storica consapevolmente unitaria l'esperienza giuridica romana con i diritti contemporanei e con i progetti di unificazione del diritto privato europeo.

2. I fondamenti romani della compensazione sono indagati dall'A. partendo dalla nozione, anche etimologica, oltre che tecnico-giuridica, dei termini *compensare* e *compensatio* (p. 11 ss.), e da una opportuna puntualizzazione sulla differenza e sui rapporti tra *compensatio* e *retentio* (p. 17 ss.). Osservato (p. 24) che il diritto di *retentio* è sempre una sorta di mezzo di pressione, che non modifica le relazioni contrattuali, tendente a una immediata soddisfazione di colui che se ne serve, mentre la *compensatio* implica una riduzione dell'entità della condanna o, in maniera diretta o indiretta, una limitazione dell'ampiezza della domanda (agendo così sulla stessa sorte dei crediti), l'A. procede alla disamina dell'istituto, trattando in primo luogo il caso delle azioni di buona fede (p. 30 ss.).

L'analisi, condotta attraverso l'esame dettagliato delle fonti, conduce l'A. ad affermare che in tali azioni la compensazione era giudiziaria e non 'automatica' (p. 70 ss.), giacché essa dipendeva dall'esplicito rilievo del convenuto: il giudice infatti non poteva compensare d'ufficio, ancorché egli stesso avesse il potere di non operare la pur richiesta compensazione. In sostanza in epoca classica la compensazione nelle azioni di buona fede era "uniquement un processus mathématique (*eine Abrechnung*), sans incidence directe sur le droit matériel (...). Ce n'est pas la

oltre a una breve premessa, l'indice sommario, la lista delle abbreviazioni e la bibliografia (ricchissima, tanto che si sviluppa per quasi cinquanta pagine). La parte più strettamente romanistica occupa all'incirca duecentosettanta pagine ("Première partie: les fondements romains de la compensation": p. 9-279); la seconda parte, dedicata all'interpretazione delle fonti romane in tema di compensazione sino alle codificazioni, circa duecentodieci pagine ("Deuxième partie: l'interprétation des sources romaines de la compensation jusqu'aux codifications": p. 281-494); la terza parte, relativa alla compensazione nei diritti vigenti e alle prospettive europee di riforma dell'istituto, circa duecento pagine ("Troisième partie: l'évolution convergente des modes de compenser": p. 495-691).

compensation, mais la *litis contestatio* ou le jugement qui éteignent la prétention matérielle" (p. 70). D'altro canto il giudice poteva rifiutare di procedere alla compensazione, e invitare così il convenuto a far valere il proprio credito in un separato processo (p. 38 ss.), nei casi – testimoniati dalle fonti – in cui il credito opposto non derivasse, rispetto al credito principale, *ex eadem causa*³ (p. 38 ss.), oppure non fosse liquido⁴ (p. 49 ss.) o, forse, non fosse esigibile⁵ (p. 54 ss.). Non avrebbe invece costituito un ostacolo la mancanza di omogeneità (p. 60 ss.). Per converso qualora il giudice si fosse pronunciato nel merito sull'istanza di compensazione, sia per accoglierla che per respingerla, il controcredito non sarebbe stato più suscettibile di esser fatto valere in giudizio (p. 74 ss.): il convenuto nel successivo giudizio avrebbe potuto invocare l'estinzione *ipso iure* del controcredito o opporre l'*exceptio rei iudicatae*, a seconda che nel precedente giudizio l'istanza relativa al controcredito fosse stata accolta oppure respinta (rimaneva ovviamente impregiudicato il diritto di far valere il controcredito in un separato processo, qualora il giudice avesse deciso di non procedere alla compensazione senza però scendere nel merito della valutazione della fondatezza del controcredito opposto)⁶. Queste caratteristiche conducono l'A. a precisare che la compensazione non era, in senso proprio, un modo di estinzione dell'obbligazione, posto che l'estinzione del diritto di credito (sia dell'attore, sia del convenuto) si basava solo su considerazioni procedurali, vale a dire "l'impossibilité définitive d'intenter dès le jugement une nouvelle action pour cette même créance" (p. 94). Ulteriore conseguenza della struttura esclusivamente procedurale della compensazione nelle azioni di buona fede era la sua man-

³ Cfr., in particolare, Gai. 4.61. L'A. esamina alcuni passi (D. 46.3.48 [Marc. l. *sing. resp.*]; D. 16.2.10.3 [Ulp. 63 *ad ed.*]; D. 16.2.9.1 [Paul. 32 *ad ed.*]) che a prima vista parrebbero indicare che a partire da Giuliano si sarebbe ammessa nelle azioni di buona fede la compensazione anche *ex dispari causa*, per escludere, in base a vari motivi, la bontà di tale interpretazione e riaffermare il principio della necessità della *eadem causa* che parrebbe enunciato dal pur mutilo Gai. 4.61.

⁴ Il requisito della liquidità è stato, com'è noto, espressamente enunciato da Giustiniano con C. 4.31.14.1 (a. 531); peraltro l'A. mette in luce che in alcuni passi giurisprudenziali classici la giustificazione della rinuncia del giudice a pronunciare sulla compensazione si baserebbe proprio sull'assenza di tale requisito: v. D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 *ad ed.*); D. 27.3.3 (Pomp. 5 *ad Sab.*); più dubbio è invece il caso di C. 4.23.4 (a. 294).

⁵ L'A., sulla scorta di D. 16.2.7 (Ulp. 28 *ad ed.*), tende ad ammettere, sia pure con qualche dubbio, che già in epoca classica si richiedesse il requisito dell'esigibilità (con conseguente rinvio *ad separatum*), solo in relazione ai contratti bilaterali imperfetti; al contrario ciò non sarebbe accaduto per i contratti bilaterali perfetti: la formulazione generale di D. 16.2.7 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*) *quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit*, sarebbe stata in origine riferita solo al caso dell'*argentarius* (p. 57).

⁶ Cfr. D. 3.5.7.2 (Ulp. 10 *ad ed.*), esaminato a 76 ss.

canza di retroattività (p. 78 s.) e il fatto che il decorso degli interessi cessava solo al momento della condanna del convenuto (p. 79 ss.). Infine P. nota che le azioni reciproche (*mutuae petitiones*) non conducevano, di per sé, a una compensazione delle condanne, posto che il giudice, quand'anche fosse unico per tali azioni, doveva pronunciare la sentenza per ciascuna di esse, libere poi le parti di compensare volontariamente i crediti che reciprocamente si dovevano in base alle sentenze di condanna (p. 84 ss.).

L'A. passa poi a trattare (p. 96 ss.) il tema della compensazione del *bonorum emptor*. Anche di essa viene sottolineato il carattere eminentemente giudiziario (sulla scorta soprattutto di Gai. 4.65), che spicca qui in modo peculiare stante la necessità che il creditore del fallito convenuto in giudizio chieda ed ottenga l'inserimento di una clausola di deduzione nell'azione Rutiliana o in quella Serviana (p. 114 s.). In tal caso il giudice ha l'obbligo di procedere alla compensazione, né è di impedimento la mancanza di omogeneità o di esigibilità del credito opposto, o il suo sorgere *ex dispari causa*.

Nell'ambito della categoria delle compensazioni c.d. forzate ("compensations forcées") l'A. esamina poi il caso dell'*argentarius* (p. 127 ss.) e quello dell'effetto compensatorio dovuto all'*exceptio doli* nelle azioni di stretto diritto (p. 168 ss.). Quanto all'*agere cum compensatione* dell'*argentarius*, l'A. osserva in primo luogo (p. 127) come sussista oggi la difficoltà di determinare con certezza quali testi del Digesto ne trattassero, posto che i compilatori hanno eliminato ogni traccia dell'istituto, sparito con la procedura formulare. Diventa perciò indispensabile sfruttare al meglio le indicazioni contenute in Gai. 4.64-68, alla cui analisi sono dedicate varie pagine (p. 129 ss.), nel corso delle quali, opportunamente, si commentano anche altri passi rilevanti in materia⁷. Dall'esame così condotto risulta, secondo P., che la compensazione in questione è imposta dalla norma dell'editto che prevede l'azione dell'*argentarius*, sicché è in base a tale circostanza che i giuristi adoperano in proposito l'espressione 'compensazione *ipso iure*'. D'altro canto l'effetto compensatorio non incide ancora sull'esistenza dell'obbligazione, posto che sia l'*argentarius* attore, sia il suo cliente convenuto, potrebbero agire di nuovo in giudizio per far valere il residuo di credito o il controcredito non dedotti in giudizio, e solo un sistema di eccezioni pone rimedio a ciò⁸.

⁷ In particolare: D. 16.2.4 (Paul. 3 *Sab.*); D. 16.2.21 (Paul. 1 *quaest.*), di cui l'A. (p. 140 s.) difende la genuinità contro l'opinione, tuttora maggioritaria, della dottrina; C. 4.31.4 (a. 229); D. 16.2.7 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 16.2.8 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 22.3.19.3 (Ulp. 7 *disp.*), relativo alla *exceptio pecuniae pensatae*, i cui discussi problemi sono trattati a 154 ss.

⁸ E precisamente: (i) l'*exceptio pecuniae pensatae*, qualora sia il cliente ad agire per il suo controcredito, dopo che l'*argentarius* abbia già agito *cum compensatione*; (ii) l'*exceptio doli*, opposta dall'*argentarius* convenuto per affermare la propria volontà di agire

Per P. l'organico sistema della compensazione dell'*argentarius*, caratterizzato anche dall'impiego flessibile dell'*exceptio doli*, costituisce un modello che trovò applicazione, più in generale, nelle azioni di stretto diritto. In tali azioni proprio l'*exceptio doli* avrebbe svolto un ruolo fondamentale, consentendo la definizione di un impianto compensatorio di tipo volontario (p. 168 ss.). L'A. prende posizione (168 s.) contro l'opinione⁹, affermata soprattutto in passato argomentando dal silenzio delle Istituzioni di Gaio, secondo cui tale ultimo genere di compensazione sarebbe stato conosciuto in epoca classica solo a partire dal rescritto di Marco Aurelio, menzionato da I. 4.6.30¹⁰. Per P. tale opinione costituirebbe "une prémisses méthodologique erronée". In realtà, il silenzio di Gaio sulla compensazione nelle azioni di stretto diritto troverebbe una spiegazione soprattutto nel carattere del tutto peculiare di tale compensazione: all'epoca di Gaio essa costituiva con ogni verosimiglianza una relativa novità sviluppatasi nella pratica; non dipendeva strettamente né dall'operato del giudice (come nelle azioni di buona fede), né dalla particolare struttura della formula (come nel caso dell'*argentarius* o del *bonorum emptor*); era tutta incentrata sulla sola volontà dell'attore, il quale, esercitando l'azione, avrebbe dovuto tener conto dell'eventuale controcredito certo, esigibile ed azionabile del convenuto, stante l'opportunità offerta a quest'ultimo di far inserire nella formula l'*exceptio doli*, qualora fosse titolare di un controcredito con le dette caratteristiche. Queste peculiarità possono aver suggerito a Gaio (che trattava di compensazione nell'ambito del processo e non già nell'ambito delle obbligazioni) di tralasciare l'illustrazione di tale meccanismo compensatorio, per concentrare l'attenzione sui casi più usuali (p. 169). Sarebbe stato il già citato rescritto di Marco Aurelio — che avrebbe riguardato il processo formulare — ad avere in qualche modo 'ufficializzato' la prassi suddetta. L'A. analizza (p. 175 ss.) i vari problemi legati alla tipologia di dolo su cui si basava l'*exceptio (dolus praesens* effettivo o anche solo *dolus futurus*) e conclude (p. 208 ss.) che nelle azioni di stretto diritto la compensazione non era altro che l'effetto indiretto della minaccia dell'inserzione nella

al più presto *cum compensatione*; (iii) sempre l'*exceptio doli*, opposta dall'*argentarius*, nell'ipotesi in cui il suo credito sia inferiore al controcredito del cliente: in questo caso l'*argentarius* deve necessariamente attendere l'iniziativa processuale del cliente e può opporre l'*exceptio doli* qualora il cliente non tenga conto del debito che egli ha nei confronti dell'*argentarius* convenuto (l'*argentarius* deve infatti agire *cum compensatione*, pena la perdita della lite, onde egli in sostanza non può citare in giudizio il cliente, qualora quest'ultimo abbia verso di lui un controcredito maggiore).

⁹ Cfr., per esempio, C. APPLETON, *Histoire del la compensation en droit romain* (1895) 112; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano* (Cortona 1927) 32, entrambi citati da P. p. 168 n. 766.

¹⁰ (...) *Sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptio compensatio inducebatur.*

formula dell'*exceptio doli*. Dunque era una compensazione volontaria posta in essere dall'attore, che per non rischiare di vedersi contrapporre l'*exceptio*, con pericolo di perdere la lite (P. esclude che l'*exceptio doli* in questi casi avesse l'effetto di consentire al giudice di diminuire l'entità della condanna: p. 212 ss.), autolimitava la propria domanda, deducendo il controcredito del convenuto: la compensazione non era dunque operata dal giudice (come invece accadeva nelle azioni di buona fede), né, propriamente, era una compensazione convenzionale, giacché il convenuto non poteva opporsi a essa.

A conclusione dell'analisi relativa al diritto classico, P. sottolinea (p. 235 s.) come in esso fossero presenti tutte le premesse dei sistemi moderni: una compensazione giudiziaria, una compensazione automatica (oggi potremmo anche dire 'legale'), una compensazione (volontaria) unilaterale, a ciascuna delle quali corrispondeva un diverso modo di compensare. Questa pluralità di modi subirà però un processo di unificazione, culminato in età giustiniana, dipendente in larga misura dalle trasformazioni del processo civile.

3. L'età tardoantica e giustiniana è affrontata dall'A. nella prospettiva del progressivo affermarsi di un concetto generale di compensazione (p. 237 ss.), che Egli ricollega al definitivo tramonto della procedura formulare e alla sua sostituzione con la *cognitio extra ordinem*. Il momento iniziale di questa trasformazione è individuato nell'età diocleziana, in cui già si assisterebbe a una tendenza molto netta verso l'unificazione del regime¹¹. Gli esiti finali di questo sviluppo si collocano in età giustiniana e trovano il loro definitivo assestamento in una costituzione del 531, C. 4.31.14 – espressamente richiamata in I. 4.6.30 – che starà alla base della storia della compensazione nel Medioevo, dando luogo a controversie interpretative sul modo di compensare.

L'esame di C.4.31.14 (p. 260 ss.) conduce a evidenziare i due scopi principali del provvedimento giustiniano: contrastare, da un lato, abusi processuali (quali opporre nei processi il controcredito all'ultimo momento per impedire una rapida soluzione della controversia¹²), completare, dall'altro lato, la generalizzazione del regime della compensazione, superando le differenze tra i tipi di azione, ereditate

¹¹ Così una costituzione di Diocleziano, C. 4.31.12 del 294, testimonia – a giudizio dell'A. (247 s.) – che l'*exceptio doli* aveva ora l'effetto di diminuire l'entità della condanna anche nelle azioni di stretto diritto (e ciò sarebbe comprensibile solo nell'ambito del processo *extra ordinem*); nello stesso senso è letto un passo delle Sentenze di Paolo (PS. 2.5.3) che si occupa di compensazione.

¹² Cfr. C. 4.31.14.1: *Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi.*

4. La seconda parte del libro (p. 281 ss.) è dedicata a trattare l'interpretazione data alle fonti romane dal Medioevo sino alle codificazioni moderne. L'A. avverte subito (p. 282) che non è sua intenzione ripercorrere in modo completo ed esaustivo la storia della dottrina della compensazione; il suo scopo, più limitato, è quello di sondarne gli aspetti nevralgici per la costruzione della nozione moderna di compensazione, così da rintracciare "le lien continu et indestructible entre les sources romaines et les codifications modernes" (p. 282).

Il primo punto esaminato riguarda la comparsa di una compensazione automatica nei Glossatori (p. 285 ss). L'A. osserva che per i Glossatori l'azione è assimilata alla pretesa sostanziale (con spunti curiosamente avvicinati al pensiero di Teofilo, che peraltro essi non conoscevano), e di conseguenza la compensazione è considerata alla stregua di un pagamento (gl. *si ad D. 16.2.13: est enim compensatio quasi solutio*)¹⁸. Ciò posto, il dibattito si concentrò, tra l'altro, sul problema della automaticità o meno della compensazione (*compensatio ipso iure*), vale a dire se una delle parti aveva o meno l'onere di allegarla. P. ricostruisce (p. 296 ss.) le linee fondamentali di questo contrasto, osservando (p. 316) che questo stesso dibattito mostra come vi sia stata una rottura rispetto al diritto giustiniano: per Giustiniano la compensazione doveva sempre essere pronunciata dal giudice, viceversa nei Glossatori si fa strada l'idea, sia pure non incontrastata, che la compensazione *ipso iure* operasse automaticamente, senza necessità di espressa eccezione giudiziale (*sine facto hominis*), e dunque sul piano sostanziale. L'abbandono del piano processuale conduce anche a una precisazione dei requisiti necessari per aversi compensazione *ipso iure*, visti però anche questi in prospettiva sostanziale: reciprocità, esigibilità, identità di genere (o omogeneità), liquidità, assenza di divieti, sono i requisiti individuati per aversi l'effetto estintivo.

Da questa base si dipartono le successive tendenze interpretative ascrivibili al *mos italicus* e al *mos gallicus* (esaminate a p. 320 ss.), che, in estrema sintesi, conducono a queste tre principali posizioni:

- la compensazione è intesa, almeno dalla maggioranza degli autori, come un modo di estinzione dell'obbligazione, che si produce automaticamente, ancorché sia richiesta una specifica allegazione, volta, per lo più, a dare la prova che la compensazione si è prodotta;
- il giudice, in ogni caso, non fa altro che constatare che i crediti reciproci si sono estinti, in virtù della compensazione, sino alla concorrenza del credito minore;
- la compensazione continua a non avere effetto retroattivo;

¹⁸ Assai significativa la glossa di Azone ad C. 4.31 (fol. 97), n. 5: *compensatio enim videtur esse facta et ipso iure invicem liberatio*.

– l'effetto estintivo dell'obbligazione si verifica nel momento stesso in cui il controcredito viene a esistenza, non è perciò necessaria alcuna particolare manifestazione di volontà a ciò diretta.

La scuola del diritto naturale, nelle sue varie espressioni, costruisce un 'nuovo fondamento dogmatico' della compensazione (p. 370 ss.): viene abbandonato o tralasciato il diretto riferimento, per così dire positivistico, a C. 4.31.14, per proporre una giustificazione basata sulla 'ragione naturale'. Di particolare rilevanza è il pensiero di Grozio, il quale nel *De iure belli ac pacis*¹⁹, pur occupandosi unicamente di diritto internazionale pubblico, sembra voler dare significato generale alla sua analisi in tema di compensazione nel *ius gentium*: per Grozio la compensazione è un mezzo di giustizia personale, non imposto, ma operante in modo automatico senza alcun ricorso al giudice. Successivamente un apporto fondamentale e approfondito è dato da Christian Wolff (p. 383 ss.), che insiste sul concetto dell'effetto estintivo del diritto sostanziale, definendo la compensazione come un vero e proprio reciproco adempimento ("*compensatio est reciproca solutio brevi manu facta*")²⁰.

La fusione tra il pensiero giusnaturalistico e la tradizione più fedelmente legata alle fonti romane si ha nell'opera dei giuristi che stanno alla base delle prime grandi codificazioni: così sia Domat, che Pothier, sia pure con diverse sfumature, insistono sulla funzione di adempimento 'semplificato' della compensazione, operante in modo automatico (p. 386 ss.). Essi trattano unicamente il caso della c.d. compensazione legale e, significativamente, il Code Napoléon, solo di essa si occupa (art. 1289 e 1290 CCfr.), stabilendo che la compensazione operi "*par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives*". L'idea di un'automatica reciproca estinzione delle obbligazioni è al centro anche della scelta del codificatore austriaco (il § 1438 del ABGB parla di "*gegenseitige Zahlung*" provocata da una "*gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten*"), anche se probabilmente il Codice francese non ha avuto un'influenza diretta su quello austriaco (p. 402 ss.).

A fronte dell'affermarsi del modello di compensazione automatica, i pandettisti – anche sulla scia dell'enfasi da loro posta sulla dichiarazione di volontà in campo negoziale – riflettono sull'esigenza di un accordo di volontà da porsi alla base della compensazione o sulla necessità dell'intervento del giudice (p. 419 ss.). In particolare Heinrich Dernburg²¹ (p. 424 ss.), fondandosi più direttamente sulle

¹⁹ V., in particolare, III.19.5, esaminato a 374 ss.

²⁰ WOLFF, *Ius naturae*, V, c. IV, § 768 (rist. Hildesheim 1968); *Institutiones iuris naturae et gentium* Halae 1750, II, c. XVII, § 756 (rist. Hildesheim 1969) citt. a 383 n. 1669.

²¹ *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*² (Heidelberg 1868 = rist. Aalen 1965).

fonti romane (e così distaccandosi dalle posizioni giusnaturalistiche), pone in evidenza la non congruità della compensazione automatica con il diritto romano e quello vigente. Egli nota, tra l'altro, che le parti possono rinunciare alla compensazione, il che contrasta con la sua pretesa automatica efficacia. Di conseguenza Dernburg ritorna a sostenere la necessità di una *exceptio compensationis*, da lui intesa nel senso, non formale, di dichiarazione di voler compensare (sia che essa assuma le vesti processuali di vera e propria eccezione, sia che risulti da una manifestazione di volontà extraprocessuale) accompagnata dalla decisione del giudice (la quale rende altresì retroattivo l'effetto compensatorio). Lo stesso orientamento è condiviso da Windscheid e la posizione dei due giuristi diviene, a metà dell'800, opinione dominante. Tra le principali conseguenze di tale concezione volontaristica della compensazione vi è il progressivo affievolimento e ridimensionamento del requisito della liquidità dei crediti (p. 444 ss.); ciò ebbe anche una conseguenza pratica nelle decisioni dei Tribunali tedeschi, i quali per lungo tempo non tennero conto di tale requisito nelle loro pronunce.

La discussione dottrinale ebbe un'incidenza rilevante nelle scelte legislative. P. ne tratta a proposito del c.d. *Dresdner Entwurf* (p. 454 ss.), del Codice svizzero delle obbligazioni del 1881 (p. 457 ss.) e del BGB (p. 474 ss.), confrontandoli tra di loro. Soffermandoci solo brevemente sul BGB, si può notare con l'A. (p. 483 s.), come esso abbia ripreso l'idea pandettistica della compensazione per dichiarazione, ma correggendola in varia misura, anche con soluzioni ricavate dal Codice svizzero delle obbligazioni e dal Codice civile zurighese, quale la rilevanza della dichiarazione extraprocessuale di compensazione, a cui è attribuita la stessa efficacia di quella processuale (§ 388 BGB); inoltre si nota l'introduzione di una certa qual limitazione alla retroattività degli effetti della compensazione, che diverge dalle posizioni dottrinali, le quali erano propense, come accennato, ad ammettere una vasta applicazione del principio della retroattività; infine nel BGB non v'è alcun riferimento al requisito della liquidità²², la cui previsione e regolamentazione viene rinviata alle norme procedurali.

5. La terza parte del volume è dedicata allo studio dell'evoluzione convergente dei modi di compensare (p. 495 ss.). L'A. parte dalla constatazione che le codificazioni moderne hanno sì introdotto in ciascun paese discipline normative in parte differenti, ma anche che esse hanno subito una costante opera di interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, che ha condotto a una significativa convergenza dei sistemi di compensazione (p. 495). Egli distingue, in sintesi, due princi-

²² Come del resto accadeva già nel Codice civile zurighese e nel Codice svizzero delle obbligazioni del 1881; il Codice svizzero delle obbligazioni del 1911 (art. 120 c. 2) richiama espressamente la non necessità di questo requisito: cfr. 489.

giusnaturalistiche), pone in evidenza l'omogeneità con il diritto romano e possono rinunciare alla compensazione automatica efficace. Di conseguenza l'exceptio compensationis, da lui intesa per compensare (sia che essa nasca dalla decisione del giudice o dal fatto stesso), sia che risulti da una manifestazione di volontà, laddove sia presente invece la compensazione giudiziarina (in particolare la Gran Bretagna).

L'A. illustra le due rilevate tendenze prendendo particolarmente in esame il sistema francese risultante dal Code Civil (p. 498 ss.), e quello austriaco dell'ABGB (p. 518 ss.). Quanto al primo, al termine dell'analisi egli osserva che la compensazione automatica, efficace all'insaputa stessa delle parti, non è ormai che un mito (p. 518): il sistema francese è ora sempre più vicino all'idea della compensazione come prodotto di una manifestazione di volontà con effetto costitutivo: così si richiede l'espressa allegazione della parte, affinché il giudice ne possa tener conto; è stata ammessa, sia pure in limitati casi, una compensazione facoltativa; l'importanza data alla manifestazione di volontà si è espressa anche nel riconoscimento della validità della rinuncia alla compensazione già acquisita.

Quanto al sistema austriaco, P. rileva che esso è stato profondamente modificato sulla scia dell'influenza pandettistica. Oggi il § 1438 ABGB (il quale significativamente tace sul problema del modo di compensare) è inteso nel senso che la compensazione avviene per manifestazione, anche unilaterale, di volontà e anche fuori dal processo (p. 522 ss.). Inoltre la dottrina maggioritaria propende per un effetto retroattivo della compensazione, fissato al momento in cui per la prima volta i crediti reciproci risultino compensabili (p. 529 ss.). Infine si ammette la rinuncia, anche anticipata, agli effetti della compensazione legale (p. 531 s.). Le conseguenze principali della trasformazione della compensazione automatica in una compensazione di tipo volontario stanno, in primo luogo, nell'abbandono del requisito della liquidità - anche sulla scorta del § 391 c. 3 ZPO (Codice di procedura civile del 1895) che consente al giudice di emettere una sentenza parziale, allorché il controcredito non sia liquido - e, in secondo luogo, nella possibilità di compensare con un controcredito prescritto (p. 532 ss.).

Il tema della compensazione giudiziarina è illustrato (p. 540 ss.) presentando l'istituto come un correttivo, nei sistemi di diritto francese, volto a temperare, anche in via d'equità, le rigidità della compensazione automatica; esso infatti consente al giudice, il quale accerti l'inesistenza di uno dei requisiti della compensazione legale, di creare le condizioni per operare egli stesso la compensazione o comunque per renderla possibile. L'A. nota che la tendenza a introdurre una compensazione di tipo giudiziarino ha avuto una sua prima importante consacrazione legislativa nel Codice civile italiano del 1942 (art. 1243, c. 2) e all'illustrazione della normativa italiana in materia sono dedicate varie pagine (p. 550 ss.). In proposito P. rileva, tra

allo studio dell'evoluzione convergente delle discipline normative in un paese, una costante opera di interpretazione condotta a una significativa convergenza, si può notare con l'A. (p. 483) che la compensazione per dichiarazione, con soluzioni ricavate dal Codice di procedura civile zurighese, quale la rilevanza della manifestazione di volontà a cui è attribuita la stessa efficacia, si nota l'introduzione di una certa flessibilità nella compensazione, che diverge dalle soluzioni, come accennato, ad ammettere la rinuncia anticipata; infine nel BGB non v'è alcuna disposizione di previsione e regolamentazione

allo studio dell'evoluzione convergente delle discipline normative in un paese, una costante opera di interpretazione condotta a una significativa convergenza, si può notare con l'A. (p. 483) che la compensazione per dichiarazione, con soluzioni ricavate dal Codice di procedura civile zurighese, quale la rilevanza della manifestazione di volontà a cui è attribuita la stessa efficacia, si nota l'introduzione di una certa flessibilità nella compensazione, che diverge dalle soluzioni, come accennato, ad ammettere la rinuncia anticipata; infine nel BGB non v'è alcuna disposizione di previsione e regolamentazione

allo studio dell'evoluzione convergente delle discipline normative in un paese, una costante opera di interpretazione condotta a una significativa convergenza, si può notare con l'A. (p. 483) che la compensazione per dichiarazione, con soluzioni ricavate dal Codice di procedura civile zurighese, quale la rilevanza della manifestazione di volontà a cui è attribuita la stessa efficacia, si nota l'introduzione di una certa flessibilità nella compensazione, che diverge dalle soluzioni, come accennato, ad ammettere la rinuncia anticipata; infine nel BGB non v'è alcuna disposizione di previsione e regolamentazione

allo studio dell'evoluzione convergente delle discipline normative in un paese, una costante opera di interpretazione condotta a una significativa convergenza, si può notare con l'A. (p. 483) che la compensazione per dichiarazione, con soluzioni ricavate dal Codice di procedura civile zurighese, quale la rilevanza della manifestazione di volontà a cui è attribuita la stessa efficacia, si nota l'introduzione di una certa flessibilità nella compensazione, che diverge dalle soluzioni, come accennato, ad ammettere la rinuncia anticipata; infine nel BGB non v'è alcuna disposizione di previsione e regolamentazione

l'altro, che il problema più delicato e dibattuto è quello della portata del requisito della liquidità a tenore del citato art. 1243. Dando conto di una recente tendenza dottrinale²³, egli osserva (p. 558 s.) che se si interpreta tale requisito da un punto di vista esclusivamente procedurale, ne dovrebbe discendere l'abbandono della liquidità come requisito sostanziale della compensazione (come del resto avviene in diritto tedesco e austriaco) e la conseguente perdita di autonomia della compensazione giudiziale rispetto a quella legale: la compensazione giudiziale si trasformerebbe così in una sottospecie di domanda riconvenzionale (e in tal senso potrebbe esser letta la giurisprudenza che converte l'eccezione di compensazione in vera e propria domanda riconvenzionale). Si tratta di comprendere quale sia l'efficacia giuridica della decisione giudiziaria avente tale oggetto; se si propendesse per un effetto costitutivo, ci si troverebbe di fronte a una soluzione di tipo pandettistico di una "compensation par déclaration qui ne peut être invoquée que par une *exceptio compensationis*" (p. 560). Una soluzione più in linea con le tendenze degli altri sistemi (dove pare aver dato buona prova di sé) e meglio rispondente all'esigenza di evitare o rapidamente comporre liti nascenti, sarebbe quella di ammettere l'efficacia propria di una dichiarazione di compensazione al di fuori del processo: l'A. (p. 560) riconosce che, allo stato, appare arduo per la dottrina e la giurisprudenza italiane giungere a tale risultato in presenza della attuale regolamentazione codicistica della compensazione legale e giudiziale.

Un tipico sistema di compensazione giudiziaria è quello vigente nel diritto inglese e, in genere, nei diritti ispirati alla *Common Law*. Al tema l'A. dedica un capitolo (p. 567 ss.), con cui intende soprattutto illustrare le tendenze attuali di tale sistema. Presentate le caratteristiche squisitamente giudiziarie del *legal set-off*, viste anche nella loro radice storica piuttosto recente (è uno *statute* del 1729, l'*Insolvent Debtors Relief Act*, che ha previsto per la prima volta la facoltà generale del convenuto di opporre la compensazione²⁴), P. si sofferma sui due modi principali che si sono imposti di superamento della compensazione strettamente giudiziale: la *transaction set-off* (p. 582 ss.) e l'*insolvency set-off*, riguardante la compensazione fallimentare (p. 593 ss.). La prima si caratterizza, in sintesi, per il riconoscimento di un effetto sostanziale anche alla dichiarazione unilaterale di voler compensare (non solo dunque alla compensazione convenzionale, più largamente e facilmente ammessa). La seconda, prevista dalla sezione 323 dell'*Insolvency Act* del 1986 per il fallimento dell'imprenditore individuale e dalla regola 4.90 degli *Insolvency Rules*, sempre del 1986, per le società commerciali, è contrassegnata (p. 595 s.) dal-

²³ V., in part., E. MERLIN, *Compensazione e processo I* (Milano 1991) 511 ss. e passim.

²⁴ In precedenza la si ammetteva solo in caso di fallimento e, occasionalmente, in base all'*Equity*: 569.

quello della portata del requisito do conto di una recente tendenza interpreta tale requisito da un punto discendere l'abbandono della li- azione (come del resto avviene in ita di autonomia della compensa- ensazione giudiziale si trasforme- zionale (e in tal senso potrebbe zione di compensazione in vera e comprendere quale sia l'efficacia oggetto; se si propendesse per un soluzione di tipo pandettistico di tre invoquée que par une *exceptio* mea con le tendenze degli altri si- meglio rispondente all'esigenza di ebbe quella di ammettere l'effica- e al di fuori del processo: l'A. (p. a dottrina e la giurisprudenza ita- attuale regolamentazione codici-

ziaria è quello vigente nel diritto *mon Law*. Al tema l'A. dedica un llustrare le tendenze attuali di tale te giudiziarie del *legal set-off*, vi- te (è uno *statute* del 1729, l'*Insol-* rima volta la facoltà generale del sofferma sui due modi principali asazione strettamente giudiziale: la *off*, riguardante la compensazione a, in sintesi, per il riconoscimento e unilaterale di voler compensare nale, più largamente e facilmente 3 dell'*Insolvency Act* del 1986 per a regola 4.90 degli *Insolvency Ru-* i, è contrassegnata (p. 595 s.) dal-

processo I (Milano 1991) 511 ss. e

o di fallimento e, occasionalmente, in

l'imperatività, dall'automaticità sul piano sostanziale e dalla irretroattività, in pre- senza dei requisiti (i) di reciprocità dei crediti, (ii) di preesistenza al fallimento, (iii) del fatto che si tratti, in linea di principio, di crediti in denaro, (iv) del fatto che il controcredito sia venuto a esistenza prima che la parte che lo invochi sia a conoscenza dell'inizio della procedura fallimentare.

6. Alla luce dell'esame dei sistemi vigenti P. affronta (p. 602 ss.), per ul- timo, il tema della compensazione per dichiarazione, anche unilaterale: a suo giu- dizio le tendenze ultime dei vari sistemi convergono verso questo comune esito. Egli illustra (603 ss.) i vantaggi della compensazione per dichiarazione extragiudi- ziarla, sia sotto il profilo dogmatico (valorizzazione del principio dell'autonomia della volontà delle parti, ai fini non solo della creazione di obbligazioni contrat- tuali, ma anche ai fini della loro estinzione), processuale (riduzione del ricorso al giudice e quindi diminuzione del numero delle liti), economico (la parte che può invocare la compensazione può decidere se avvalersene o meno e quando avvaler- sene). Si occupa inoltre di sondare alcuni aspetti del rapporto di tal modo di com- pensare con "la compensation invoquée en justice" (p. 607 ss.), per chiudere infine con una puntuale presentazione e disamina (p. 625 ss.) delle soluzioni prescelte dalla Commissione per l'unificazione del diritto privato europeo (la c.d. Commis- sione - Lando)²⁵. Basandosi sull'analisi di Reinhard Zimmermann²⁶, la Commis- sione ha prescelto il regime della compensazione per dichiarazione, precisando che essa deve essere prevista sia al di fuori, sia anche nel quadro del processo. È stata respinta la soluzione di una compensazione automatica sottomessa all'allegazione di parte. Non è stata ovviamente esclusa la compensazione convenzionale. Alla luce di ciò si è formulato l'art. 15:104 dei Principi europei in materia contrattuale nel seguente modo "*le droit de compenser est exercé par une déclaration faite à l'au- tre partie*", ammettendo una compensazione informale, unilaterale ed extragiudizia- ria. I requisiti previsti per tale tipo di compensazione sono riportati e commentati (p. 628 ss.), con costante confronto con le legislazioni vigenti; in sintesi essi sono: la reciprocità, l'omogeneità, l'esigibilità del controcredito. Un'ultima parte del la- voro è dedicata alla soppressione dell'effetto retroattivo della compensazione (p. 638 ss.), principio accolto dalla Commissione - Lando. In chiusura sono proposte in francese (p. 667 ss.), tedesco (p. 675 ss.) e inglese (p. 684 ss.) conclusioni com- plessive di sintesi dell'intero studio.

²⁵ Per una sintesi di notizie sui compiti della Commissione-Lando, alla luce del- l'incarico affidatole da due risoluzioni del Parlamento Europeo (26 maggio 1989 e 6 mag- gio 1994), v. 625 s. e relative note.

²⁶ *Die Aufrechnung. Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht in Mélanges Medicus* (München 1999) 707 ss.

7. Il giudizio sul lavoro di P. è ampiamente positivo. Dalla sintesi che ho tentato di proporre spero si possa ricavare una sia pur parziale indicazione della complessità dei problemi trattati dall'A., il quale mostra non solo di saper svolgere egregiamente e con ricchezza di informazioni di prima mano l'indagine romanistica e storica in genere, ma anche di saper raccordare la ricostruzione storica con gli svolgimenti ultimi dei diritti contemporanei in una dimensione, come visto, anche *de iure condendo* europeo. La prospettiva appare dunque anche quella della ricerca dei fondamenti dei diritti europei, in un'ottica che recupera l'esperienza giuridica romana come modello in qualche misura di persistente attualità non solo didattica. È perciò con soddisfazione che si può notare, per concludere, che l'opera è stata insignita del Premio Boulvert, indice che la romanistica internazionale ha saputo apprezzarne l'impostazione culturale e l'opzione metodologica.

Alessandria

P. GARBARINO



ACNP

Catalogo Italiano dei Periodici



uscite

*Iura : Rivista internazionale di diritto romano e antico

Editore	Jovene
Luogo di pubbl.	Napoli
Da anno - Ad anno	1950-
Lingua	Italiano
Periodicità	Annuale
Paese di pubblicazione	Italia
ISSN	0021-3241
ISSN-L	0021-3241
Codice CDU	34; 340
Codice Dewey	340
Codice rivista	P 00055316
Fonte	acnp
Supporto	Printed text
Poss. cumulativo Acnp	1950-
Permalink	https://acnpsearch.unibo.it/journal/37602
Biblioteche	66

 Doc. Delivery

 Altri link

 Indici

 Cerca doni