



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA  
*Curriculum Diritto delle obbligazioni e dei contratti italiano,  
comparato e comunitario*

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. Daniele Negri

***La c.d. compensazione impropria  
ovvero  
la compensazione c.d. impropria***

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

**Dottorando**

Dott.ssa Giulia Gabassi

**Tutore**

Prof. Giovanni De Cristofaro

Anni 2010/2012



*Alla nonna Lola*



## Indice

<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPITOLO I – Francia: dalla compensazione come <i>paiement abrégé</i> alla <i>compensation des dettes connexes</i>.</b> .....	<b>11</b>
I.1. L’idea della compensazione come pagamento abbreviato. ....	11
I.2. La compensazione e i conflitti con i diritti dei terzi. ....	14
I.2.1. La cessione del credito.....	15
I.2.2. Il pagamento con surrogazione. ....	16
I.2.3. La compensazione e i diritti dei terzi: art. 1298 <i>Code Civil</i> . ....	17
I.2.4. La compensazione e il fallimento. ....	18
I.3. L’esigenza di superare gli ostacoli legislativi per ragioni di equità. ....	20
I.3.1. L’elusione della compensazione: debiti unici e conti indivisibili. ....	24
I.3.1.1. Il <i>dette unique</i> . ....	24
I.3.1.2. Il <i>compte-courant</i> come esempio di <i>compte indivisible</i> . ....	25
I.3.1.3. Il <i>compte indivisible</i> in alcune situazioni di fonte legale: divisione successoria, tutela, comunione tra coniugi. ....	26
I.3.1.4. Il <i>compte indivisible</i> nei contratti sinallagmatici: mandato, commissione, assicurazione, e crediti da inadempimento. ....	28
I.3.1.5. Il <i>compte indivisible</i> : una soluzione criticabile e criticata.....	30
I.3.2. L’estensione della compensazione: la <i>compensation des dettes connexes</i> . ....	31
I.3.2.1. Il conto corrente come patto di compensazione <i>in futurum</i> . ....	33
I.3.2.2. Le situazioni legali di liquidazione: <i>connexité</i> legale. ....	34
I.3.2.3. La <i>connexité</i> nei contratti sinallagmatici. ....	34
I.3.2.4. La <i>connexité</i> tra contratti distinti. ....	38
I.3.2.5. La <i>connexité</i> tra obbligazioni nascenti da contratto e obbligazioni nascenti da fatto illecito.....	41
I.4. Dalla elaborazione giurisprudenziale e dottrinale all’intervento del legislatore. ....	42
I.4.1. L’art. L. 622-7 del <i>Code de Commerce</i> . ....	42
I.4.2. La compensazione di debiti connessi nell’ <i>Avant-projet Catala</i> . ....	44
I.4.3. La <i>compensation des dettes connexes</i> nel Progetto di Riforma del regime delle obbligazioni e dei quasi contratti a cura del Ministero della Giustizia e delle Libertà. ....	46
I.5. Conclusioni parziali.....	47

**CAPITOLO II – Germania: *Selbständigkeit* (autonomia) delle pretese come criterio discrezionale tra l'*Aufrechnung* (compensazione) e l'*Anrechnung* (calcolo di dare e avere). Ipotesi di tutela per pretese derivanti dalla medesima fonte..... 51**

II.1. L' <i>Aufrechnung</i> .....	51
II.1.1. La compensazione come esercizio di un diritto potestativo.....	51
II.1.2. I presupposti della compensazione.....	52
II.1.3. L'efficacia retroattiva della compensazione: l' <i>Aufrechnungslage</i> .....	54
II.1.4. I divieti di compensazione.....	55
II.1.5. La compensazione e la cessione del credito.....	57
II.1.6. La disciplina processuale.....	59
II.1.7. La compensazione nel fallimento.....	62
II.2. L' <i>Anrechnung</i> .....	66
II.2.1. Le ipotesi legislativamente previste di <i>Anrechnung</i> .....	67
II.2.2. Le ipotesi extralegislative ricondotte alla categoria della <i>Anrechnung</i> .....	69
II.2.2.1. <i>Vorteilvergleichung</i> .....	69
II.2.2.2. <i>Differenztheorie</i> .....	70
II.2.2.2.a. ... nel caso di contratto di appalto o d'opera ( <i>Werkvertrag</i> );.....	75
II.2.2.2.b. .... nel caso di compravendita ( <i>Kaufvertrag</i> ).....	77
II.2.2.3. <i>Saldotheorie</i> .....	78
II.3. Il diverso trattamento giuridico.....	91
II.3.1. Non necessità della dichiarazione di parte.....	92
II.3.2. Inapplicabilità dei divieti di compensazione.....	92
II.3.2.1. ... nel caso di rapporto di lavoro ( <i>Arbeitsvertrag</i> ).....	93
II.3.3. Disciplina della cessione del credito.....	94
II.3.4. Differenze sul piano processuale.....	96
II.4. Conclusioni parziali.....	97

**CAPITOLO III – Italia: la compensazione impropria..... 103**

III.1. Osservazioni introduttive e storico-giuridiche.....	103
III.1.1. Le prime manifestazioni della compensazione c.d. impropria tra la fine del 1800 e la prima metà del 1900.....	105
III.1.2. Le prime manifestazione della compensazione c.d. impropria nei decenni successivi all'adozione del Codice civile del 1942 e della legge fallimentare.....	112
III.2. L'autonomia come discriminare tra compensazione propria e impropria.....	117
III.2.1. L'autonomia come diversità di fonte.....	117

III.2.1.1. Rapporti di lavoro e disapplicazione dei divieti di compensazione.....	118
III.2.1.2. Contratti sinallagmatici e disapplicazione delle regole processuali.....	124
III.2.1.3. Illecito extracontrattuale e fattispecie estranee al contratto.....	130
III.2.1.4. Conseguente disapplicazione totale o parziale della disciplina della compensazione “propria”.....	131
III.2.2. L’autonomia come assenza di sinallagmaticità tra le obbligazioni reciproche.....	133
III.2.3. Compensazione impropria e procedure esecutive individuali e concorsuali.....	137
III.2.3.1. La disciplina prevista dal codice civile con riferimento ai diritti dei terzi e gli effetti applicativi della compensazione impropria.....	138
III.2.3.2. L’anteriorità del fatto genetico quale <i>trait d’union</i> tra disciplina del codice civile e disciplina della legge fallimentare.....	140
III.2.3.3. Insufficienza dell’art. 56 l.f. a risolvere tutte le fattispecie di “reciproca elisione” e spazi operativi della compensazione impropria;.....	142
III.2.3.4. (segue) i contratti conclusi dal fallito prima della dichiarazione di ammissione alla procedura concorsuale;.....	145
III.2.3.5. (segue) i rapporti bancari.....	150
III.3. Osservazioni critiche.....	156
III.3.1. Insussistenza di un dato normativo dal quale possa inferirsi la necessità dell’autonomia dei rapporti affinché possa operare la compensazione.....	158
III.3.2. Incoerenza della motivazione basata sulla tutela del sinallagma contrattuale per evitare l’applicazione delle regole della compensazione propria.....	171
III.3.3. Attribuzione alla compensazione c.d. impropria dell’ingiustificato ruolo di rimedio sinallagmatico;.....	176
III.3.4. (segue) conseguenze in tema di risarcimento del danno da inadempimento e disciplina dei rimedi restitutori.....	185
III.4. Rivalutazione di alcuni casi controversi.....	191
III.4.1. Applicabilità dei divieti di compensazione.....	192
III.4.2. Necessità dell’eccezione di parte.....	197
III.4.3. Problemi di «giudicato» (cenni).....	199
<b>IV - Conclusioni.....</b>	<b>201</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>207</b>









## INTRODUZIONE

*“In tema di estinzione delle obbligazioni, la compensazione in senso tecnico (o propria) postula l'autonomia dei contrapposti rapporti di debito/credito e non è configurabile allorché essi traggano origine da un unico rapporto.”*

*(Cassazione civile, sez. III, 8 agosto 2007, n. 17390)*

*“Poiché l'art. 1246 c.c. si limita a prevedere che la compensazione si verifica quali che siano i titoli da cui nascano i contrapposti crediti e debiti senza espressamente restringerne l'applicabilità all'ipotesi di pluralità di rapporti, non può in assoluto escludersi che detto istituto operi anche fra obbligazioni scaturenti da un'unica fonte negoziale. Una tale esclusione è giustificata allorquando le obbligazioni derivanti da un unico negozio siano tra loro legate da un vincolo di corrispettività che ne escluda l'autonomia, perché se in siffatta ipotesi si ammettesse la reciproca elisione delle obbligazioni in conseguenza della compensazione, si verrebbe ad incidere sull'efficacia stessa del negozio, paralizzandone gli effetti. Qualora, invece, le obbligazioni, ancorché aventi causa in un unico rapporto negoziale, non siano in posizione sinallagmatica ma presentino caratteri di autonomia, non v'è ragione per sottrarre la fattispecie alla disciplina dell'art. 1246 c.c. che, riguardando l'istituto della compensazione in sé, è norma di carattere generale e come tale applicabile anche alla compensazione contemplata dall'art. 56 l. fall.”*

*(Cass. civ., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775)*

La c.d. compensazione impropria<sup>1</sup>, o, altrimenti detta, compensazione atecnica, ovvero ancora accertamento contabile di dare e avere, è un istituto di origine giurisprudenziale che si affianca, su di un piano extracodicistico, al più generale istituto della compensazione in senso stretto (o propria, o in senso tecnico), cioè quella regolata dagli artt. 1241 ss. c.c. quale modo di estinzione delle obbligazioni diverso dall'adempimento.

---

<sup>1</sup> Lungo l'intero corso dell'indagine userò indifferentemente la locuzione compensazione c.d. impropria o c.d. compensazione impropria. È solo alla fine della ricerca che si avrà modo, infatti, di cogliere il diverso concetto che tali lemmi sottintendono.

La compensazione c.d. impropria produce il medesimo effetto della compensazione c.d. tecnica – quello di elidere le reciproche pretese – ma se ne allontana essendo, in sostanza, *legibus soluta*, poiché ad essa sono ritenute tradizionalmente inapplicabili dalla giurisprudenza le disposizioni – sostanziali e processuali – previste per la compensazione in senso proprio.

Due esempi consentono di comprendere fin da subito l'importanza di questo istituto sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

#### *Il profilo sostanziale.*

Si immagini che Tizio, lavoratore subordinato, convenga in giudizio Caio, suo datore di lavoro, per vederlo condannare al pagamento della retribuzione ancora non versata. Si immagini, poi, che Caio si difenda affermando di nulla dovere a Tizio poiché quest'ultimo, nell'ambito dello svolgimento delle mansioni affidategli, si è indebitamente appropriato di importi ricevuti per conto del datore di lavoro.

Può, dunque, Caio “compensare” integralmente (o comunque fino a concorrenza dei crediti) quando deve dare a Tizio a titolo di retribuzione, con quanto deve da questi ricevere in restituzione giusta l'appropriazione indebita?

Se si tratta di compensazione “propria”, cioè quella disciplinata dagli artt. 1241 ss. c.c. la risposta dev'essere negativa. Per il combinato disposto degli artt. 1246 c.c. e 545 c.p.c. Caio potrebbe, infatti, compensare il suo credito solo fino al limite di un quinto della retribuzione che deve corrispondere a Tizio.

In questo frangente viene, dunque, invocata la compensazione impropria: siccome le due obbligazioni derivano dal medesimo rapporto, allora non si ha una compensazione in senso tecnico, ma soltanto un accertamento contabile di dare e avere. La conseguenza è che le disposizioni previste dagli artt. 1241 ss. c.c. non sono applicabili alla fattispecie.

Caio potrà, dunque, invocare senza limiti la reciproca elisione delle pretese.

#### *Il profilo processuale.*

Si immagini, ancora, che Tizio convenga in giudizio Caio, al fine di vederlo condannare al risarcimento del danno derivante dall'inesatta esecuzione del contratto da essi stipulato. Si immagini, dunque, che Caio si difenda limitandosi ad opporre che l'adempimento era esatto. Nel corso del processo emerge che sì Caio è responsabile

dell'inesatto adempimento, ma al contempo è titolare di contrapposte ragioni di credito nei confronti di Tizio derivanti dal medesimo contratto.

Mancando l'eccezione di parte, può il giudice procedere, eventualmente, d'ufficio al "conguaglio" delle pretese?

Se si tratta di compensazione "propria" la risposta dev'essere, anche in questo caso, negativa. L'art. 1242 c.c. dispone infatti, con riferimento alla compensazione, che "il giudice non può rilevarla d'ufficio".

Anche in questo frangente, dunque, si fa spazio la compensazione c.d. impropria. Analogamente a quanto detto prima, in ragione dell'unicità della fonte delle reciproche obbligazioni, sarà inapplicabile alla fattispecie concreta la norma indicata prevista per la compensazione in senso tecnico.

In qualsiasi momento del processo, pertanto, Caio potrà invocare l'accertamento contabile di dare e avere, cui può pervenire anche il giudice d'ufficio.

L'enorme rilevanza pratica del ricorso alla compensazione impropria richiede, dunque, di analizzare l'istituto stesso, per poterne delineare i confini e la disciplina.

Si impone, in primo luogo, la necessità di individuare quale sia il sostegno normativo o comunque sistematico della richiesta "autonomia" dei rapporti o delle obbligazioni.

Sostegno che di certo non è ricavabile *per tabulas* dalla disciplina della compensazione in senso tecnico.

Dev'essere evidenziato fin da subito come il tema non pare aver ricevuto il dovuto approfondimento, né in giurisprudenza né in dottrina.

La giurisprudenza si limita, spesso, ad affermare apoditticamente l'esistenza del presupposto dell'autonomia – articolato nelle due varianti della diversità di rapporto o dell'assenza di rapporto sinallagmatico – senza giustificare altrimenti il ricorso all'istituto della compensazione impropria.

La dottrina, al contempo, si limita spesso a dare conto dell'esistenza di questo presupposto o della presenza dell'orientamento giurisprudenziale che lo ritiene sussistente, mentre si contano sulle dita di una mano i contributi che affrontano con più incisività l'argomento, i quali peraltro, come si avrà modo di vedere, sono perlopiù critici al riguardo.

La ricerca della giustificazione dogmatica dell'istituto deve, pertanto, necessariamente essere condotta al di fuori della semplice *littera legis* e deve invece abbracciare la stessa sistematica del Codice civile.

Se vi è un sostegno a questo istituto, infatti, probabilmente esso è ravvisabile nel "sottinteso" al Codice civile, a quel novero di nozioni che sono frutto dell'evoluzione giuridica che ha condotto all'introduzione del Codice civile stesso.

L'analisi deve, dunque, aprirsi sia sotto il profilo temporale, sia sotto il profilo spaziale. Sotto il profilo temporale, ci si deve concentrare sulla matrice di tutti i sistemi di *civil law*, cioè il diritto romano, per valutare se già in quell'ambito si riscontri la genesi dell'autonomia quale presupposto della compensazione.

Sotto il profilo spaziale, invece, è necessario volgere lo sguardo ai due sistemi normativi che più hanno influenzato quello italiano e con i quali, pertanto, si sono condivise molte delle problematiche evidenziate: l'ordinamento francese e quello tedesco.

Mentre a questi due ordinamenti verranno dedicati due capitoli, con riferimento al diritto romano è sufficiente soffermarci brevemente in queste prime pagine.

#### *La compensazione nel diritto romano.*

Va notato, al riguardo, che l'istituto della compensazione nasce nel diritto romano esclusivamente al fine eccezionale di estinguere obbligazioni nascenti proprio *ex eadem causa*, poiché, vigente il sistema formulare, non era consentito al convenuto dedurre *in actio* elementi diversi o argomenti estranei al rapporto invocato dall'attore tramite la predisposizione della formula.

Nel diritto romano, dunque, l'unica compensazione ammessa era quella volta ad estinguere obbligazioni derivanti dal medesimo rapporto.

La figura era, in quel sistema, prettamente processuale. Nelle azioni di buona fede era richiesto, infatti, che i crediti derivassero dalla medesima fonte, ma tale presupposto era imposto non tanto da ragioni di ordine sostanziale, quanto dalle modalità in cui si svolgeva ed era condotto il processo. Nel sistema formulare, infatti, era posta al giudice una domanda che poteva e doveva abbracciare tutti i rapporti, *e solo quelli*, che nascevano tra le parti in virtù del medesimo negozio. Attraverso la formula la parte presentava al giudice la questione nascente dal negozio e, soltanto se la formula era suscettibile di una redazione bilaterale allora era possibile lasciare spazio alla *compensatio* tra debiti nascenti dallo stesso negozio.

Diceva Gaio (IV, 61): “*continentur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare*”.

Ragioni di equità ed ancor più di semplificazione dei rapporti esigevano, dunque, che al giudice venissero presentate tutte le ragioni nascenti dal medesimo rapporto. Ove, tuttavia, vi fossero tra le parti diversi rapporti obbligatori nascenti da diversi negozi non era possibile invocare, nel medesimo giudizio, una “compensazione” delle partite di credito.

Se si osservano, poi, le azioni *pro socio*, *mandati* e *negotiorum gestorum*, o in quelle che comunque contengono l'*intentio* “*quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet*”, si vede come la compensazione derivasse esclusivamente dalla struttura bilaterale della formula ed è da tale struttura che nasceva anche l'unico presupposto per l'operare della stessa richiesto: la provenienza dalla *eadem causa*. Ogniquale volta la redazione della formula avesse tale carattere di bilateralità doveva poter operare la compensazione, qual che fosse la natura del giudizio, al fine di condurre ad una semplificazione dei rapporti tra le parti nascenti dalla medesima causa<sup>2</sup>.

Analogamente a quanto avveniva nei giudizi suddetti (nei quali vi era un'unica *intentio* reciproca), la *compensatio* operava in quei giudizi in cui vi era un *iudicium contrarium*, in quelle formule cioè nelle quali vi erano due *intentiones* distinte, unificate, tuttavia, sotto la stessa formula.

L'esempio è quello dei contratti di deposito, comodato e pegno, per i quali l'*intentio* contemplava solamente le obbligazioni del depositario, del comodatario e del pignoratario, ma per i quali il pretore accordò alla controparte un *iudicium contrarium* volto a far accertare la responsabilità a carico del depositante, comodante e pignorante<sup>3</sup>. La *ratio* era la medesima: semplificare, per mezzo della pronuncia giurisprudenziale, i rapporti tra le parti derivanti dalla stessa causa.

Vi era spazio, inoltre, per la *compensatio* in alcune formule di redazione unilaterale, come avveniva nei casi di compravendita e locazione, per i quali esistevano formule distinte per il venditore e per il compratore, per il locatore e per il conduttore. Tuttavia, in via interpretativa, la *compensatio* veniva fatta valere, interpretando come reciproche

---

<sup>2</sup> V. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 14; per una diversa ricostruzione delle *formulae* nei termini da noi riportati v. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1950, p. 14ss. Il Biondi inserisce nelle azioni per le quali era previsto l'operare della compensazione anche quelle divisorie, ma sul punto *contra* SOLAZZI, *ivi*, p. 26.

tali formule, di modo che il convenuto potesse dedurre nello stesso giudizio, in virtù dell'*oportere ex fide bona*, la contropotesa<sup>4</sup>.

Se ne ricava che nei giudizi di buona fede era, dunque, ritenuto contrario all'equità ricercata dal processo far sì che, nei rapporti sinallagmatici, l'attore potesse chiamare in causa il convenuto ed ottenerne la condanna, ove egli stesso non fosse stato in grado di adempiere alle proprie obbligazioni<sup>5</sup>.

Tra le ipotesi di *compensatio* enucleate da Gaio figurava, inoltre, quella che investiva i rapporti tra l'*argentarius* e il cliente (Gaio, IV, 64). La formula, modificata dal pretore in modo che venisse dedotta anche la contropotesa, recitava: "*si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet*".

In tal modo il banchiere invitava il giudice a rifare quella stessa operazione contabile che egli stesso aveva compiuto nel momento in cui aveva agito in giudizio. Anche qui causa di estinzione del debito era considerata soltanto la sentenza del giudice, senza che alcun effetto derivasse dalla semplice coesistenza dei crediti<sup>6</sup>. All'attenzione del giudice venivano, dunque, sottoposti tutti i rapporti intercorrenti tra le parti e nascenti dalle operazioni di banca.

Analogha *ratio*, sebbene diversa struttura, aveva poi la formula *cum deductione* esperibile nei confronti del *bonorum emptor*. In questi casi il creditore del fallito, chiamato in causa dal successore di quest'ultimo, poteva opporre in deduzione la propria contropotesa, sebbene nei limiti della percentuale di pagamento che gli sarebbe spettata in moneta fallimentare. La funzione della *deductio* era quella di agevolare la definitiva liquidazione del patrimonio del fallito<sup>7</sup>, tant'è che potevano essere opposti al *bonorum emptor* anche crediti non scaduti ovvero eterogenei.

Le ipotesi compensative si riducevano dunque, in epoca classica, a questi casi, diversi tra loro, ma comunque accomunati da una struttura bilaterale ovvero reciproca degli interessi in causa, ma ancor più delle formule predisposte per l'agire in giudizio<sup>8</sup>.

Con riferimento alla nostra indagine, si può evidenziare come l'istituto della compensazione, soprattutto per quanto riguarda il suo operare nei *iudicia bonae fidei*,

---

<sup>3</sup> V. BIONDI, *ivi*, p. 15

<sup>4</sup> V. BIONDI, *ivi*, p. 18

<sup>5</sup> CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909, p. 3.

<sup>6</sup> V. BIONDI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>7</sup> V. BIONDI, *ivi*, p. 30.

<sup>8</sup> V. BIONDI, *ivi*, p. 32.



sembra avvicinarsi alla odierna compensazione c.d. impropria. Abbracciava infatti proprio le ipotesi obbligazioni reciproche nascenti dalla stessa causa, mentre non vi era modo di opporre in giudizio un credito nascente da un diverso rapporto obbligatorio, seppur intercorrente tra le medesime parti. Se ne avvicina anche sotto un altro profilo: in quelle ipotesi, infatti, la semplice coesistenza dei crediti era considerata inidonea di per sé sola a produrre l'estinzione della obbligazioni reciproche, poiché serviva l'accertamento contabile del giudice contenuto nella decisione.

La *compensatio* non veniva, pertanto, affatto considerata quale causa di estinzione dell'obbligazione, poiché l'effetto estintivo era prodotto unicamente dal processo nel quale il giudice procedeva a tale conteggio od operazione aritmetico-contabile<sup>9</sup>.

Il sistema evolve, nel periodo classico post-gaiano, da una concezione delle *compensationes* come rimedi specifici volti a risolvere la complessità di determinate e specifiche ipotesi, ad una visione più generale dell'istituto, che, attraverso dapprima l'esercizio dell'*exceptio doli* o delle *mutuae petitiones* al fine di operare la compensazione in tutti i casi in cui il convenuto poteva vantare una contropotesa nei confronti dell'attore<sup>10</sup>, culminerà con la riforma portata dalla l. 14, C., de comp., 4, 31 di Giustiniano<sup>11</sup>.

È solo per opera di Giustiniano che la compensazione viene assunta, dunque, come istituto generale applicabile a tutti i rapporti nascenti *anche ex dispari causa*, atto a produrre l'estinzione *ipso iure* delle reciproche pretese, indipendentemente dalla loro origine.

L'attenzione, dunque, dei giuristi post-giustiniani si concentra soprattutto sull'elemento dell'automaticità dell'estinzione (il tanto discusso *ipso iure*), lasciando

---

<sup>9</sup> Sul punto v. BIONDI, *ivi*, p. 5 e ASTUTI, voce *Compensazione (storia)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 720.

<sup>10</sup> V. BIONDI, *ivi*, p. 42ss, APPLETON, *Hystoire de la compensation*, Lyon, 1895, p. 302 ss., SOLAZZI, *ivi*, p. 97ss., in particolare 139ss.

<sup>11</sup> La quale dispone che "*Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res jam pene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudice observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant: nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent; litem autem pristinam jam pene expeditam, sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. Possessionem autem alienam perperam occupanti bus compensatio non datur.*"

invero il problema – o meglio, quello che era diventato il non-problema – dell’origine delle obbligazioni in secondo piano.

Dirà qualcuno<sup>12</sup> che è proprio dalla interpretazione, o meglio dall’errore nell’interpretazione, dell’*ipso iure* giustiniano che in Francia si svilupperà in maniera eccessiva l’argomento dell’assimilazione tra pagamento e compensazione, lasciando invero in secondo piano quella funzione di autotutela che doveva rinvenirsi nella *compensatio ex eadem causa* del diritto romano e che ispirerà invece maggiormente il diritto germanico<sup>13</sup>.

Due sono, infatti, le “anime” della compensazione: da un lato l’autotutela che consente al creditore di soddisfarsi in via “privilegiata” e senza il necessario intervento del debitore, tramite l’invocazione dell’estinzione reciproca delle pretese; dall’altro lato l’assimilazione al pagamento, che consente al debitore di liberarsi della propria obbligazione in tutti e soli i casi in cui un pagamento effettivo sarebbe consentito.

È sul punto di equilibrio di queste due tendenze insite all’istituto della compensazione che si innesta l’esigenza, per invocate ragioni di equità, di dare spazio ad un diverso istituto – la compensazione c.d. impropria in Italia, la *compensation des dettes connexes* in Francia, l’*Anrechnung* in Germania – che sia analogo negli effetti alla compensazione tecnica, ma consenta di supplire alle rigidità previste dalla legge per l’operatività di quest’ultima.

Le esperienze tedesca e francese possono essere, dunque, di ulteriore spunto per l’approfondimento della questione italiana.

In primo luogo perché la civilistica italiana ha risentito e risente enormemente dell’influenza di questi due ordinamenti, soprattutto proprio in materia di compensazione: la compensazione opera automaticamente – concetto di derivazione francese – ma è necessaria l’eccezione di parte – omaggio alla *empfangsbedürftige Willenserklärung* tedesca –.

---

<sup>12</sup> CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914, p. 200.

<sup>13</sup> Anche in Francia, tuttavia, questa antica funzione lascia alcuni segni nel diritto comune, nella specie in quelle regioni nelle quali, data per esclusa in generale la compensazione, essa viene eccezionalmente ammessa proprio nelle ipotesi di crediti nascenti dalla medesima causa (consuetudini di Bailleu e di Lilla), su cui v. BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, ed. it., Milano, 1914, p. 132-133.

La circostanza, poi, che anche in altri ordinamenti, così vicini al nostro, si siano poste problematiche simili induce inoltre a ricercare anche lì le soluzioni che sono state date, per indagarne fondamenti ed eventuale estensibilità anche al nostro ordinamento.

Quello che tuttavia non si deve dimenticare è che ogni ordinamento vive sui suoi principi generali: se in Francia la compensazione è vista quale pagamento abbreviato e semplificato, mentre in Germania è esaltato il profilo dell'autotutela, che assimila la compensazione al diritto di ritenzione, ciò non può non influenzare le soluzioni pratiche che vengono date ai problemi concreti.

Comparazione dunque sì, ma conscia che le differenze di cui tenere conto non si esauriscono nei diversi dettati normativi, ma si estendono ancor più ai concetti di fondo, a quelle preconoscenze – le *Vorverständnisse* gadameriane – che inducono una certa lettura della realtà giuridica.

Il lavoro di ricerca deve, dunque, in primo luogo svolgere una ricostruzione separata di questi diversi orizzonti, cercando solo in un secondo momento quelli che possono essere i punti di contatto tra le diverse realtà.

Ricostruite dunque le esperienze francese e tedesca, analizzato il diritto vivente italiano con riguardo alla c.d. compensazione impropria, si giungerà infine ad una valutazione critica dello *status quo*, che consenta di sottolineare i punti critici e gli snodi problematici dell'istituto della compensazione impropria nel nostro ordinamento.



## **CAPITOLO I – Francia: dalla compensazione come *paiement abrégé* alla *compensation des dettes connexes*.**

La realtà storico-giuridica francese offre spunti significativi al fine della trattazione della problematica della compensazione c.d. impropria, poiché caratterizzata da una profonda e significativa evoluzione della disciplina della compensazione transitata attraverso le decisioni giurisprudenziali e le riflessioni dottrinali, approdata a una definizione legislativa e tuttora aperta a proposte di modifica volte alla più equa soluzione delle problematiche concrete emerse nella prassi attraverso l'accoglimento di soluzioni elaborate e proposte dagli interpreti.

Per poter comprendere tale evoluzione diviene necessario prendere le mosse dai principi fondamentali che informano l'istituto della compensazione nel diritto civile francese, poiché solo avendo presente quali sono i suoi caratteri e la sua disciplina è possibile intendere le ragioni che hanno spinto gli interpreti a proporre ricostruzioni alternative dell'istituto stesso.

### **I.1. L'idea della compensazione come pagamento abbreviato.**

“*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”. Così affermava Modestino, in un frammento riportato dal Digesto<sup>14</sup>.

Non è questa la sede per ripercorrere la lunga e tortuosa storia dell'istituto della compensazione; tuttavia, per occuparci della nostra problematica – la compensazione di debiti connessi – dobbiamo senz'altro partire da una duplice considerazione: in primo luogo la compensazione è considerata in Francia, perlopiù, come pagamento abbreviato e forzato e, in quanto assimilata al pagamento, essa può operare negli stessi casi in cui

---

<sup>14</sup> D., XVI, 2 *de compensationibus*.

potrebbe avvenire un pagamento; seconda considerazione, la compensazione non può avvenire in pregiudizio dei diritti dei terzi.

Proprio dall'affermazione di questi principi è nata, infatti, l'esigenza di individuare un istituto "diverso" che potesse ovviare alla rigidità del sistema legale, quando il caso concreto richiedeva una soluzione più "equa".

Innanzitutto, affinché possa operare la compensazione, è necessario, ai sensi dell'art. 1291 *Code Civil*, che i debiti reciproci siano entrambi esigibili e liquidi.

Il requisito della liquidità è retaggio dell'insegnamento giustiniano<sup>15</sup>: se, infatti, la compensazione deve operare *ipso iure*, allora i crediti devono essere determinati nel loro ammontare<sup>16</sup>.

L'interpretazione del passo, con riferimento al significato da attribuire alla locuzione *ipso iure*, è stata assai discussa da parte dei giuristi medievali<sup>17</sup> e, per loro tramite, da tutti gli studiosi delle epoche successive<sup>18</sup>. L'opzione di fondo riguarda l'essenza stessa della compensazione legale: essa opera automaticamente, anche all'insaputa delle parti, per la sola forza della legge oppure è necessaria una dichiarazione della parte che intenda avvalersene per produrre l'effetto estintivo?

L'interpretazione accolta e consacrata nelle opere di Domat<sup>19</sup> e Pothier<sup>20</sup>, nonché sotto la loro egida, dal *Code Civil*, opta per l'automaticità della compensazione legale.

---

<sup>15</sup> C., 4, XXXI, *de compensationibus*, su cui v. *supra*.

<sup>16</sup> Afferma anche MERLIN, *Compensazione e processo. I.*, Milano, 1991, p. 491 come "non può infatti negarsi che la condizione della liquidità del credito abbia un qualche fondamento in un sistema che segue il modello della compensazione di diritto: l'obiettivo determinatezza quantitativa delle prestazioni dovute è, infatti, l'elemento che consente ad ambedue le parti, nella loro duplice veste di creditori-debitori, di fare affidamento su di una data estensione dell'estinzione compensativa, e di impostare con ragionevole certezza le decisioni in ordine alla sorte dell'eventuale residuo esuberante a favore dell'una o dell'altra".

<sup>17</sup> Su cui v. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909; v. tuttavia PICHONNAZ, *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di "compensatio ipso iure"*, in *Riv. dir. rom.*, 2002, p. 337.

<sup>18</sup> Tanto da raggiungere, per quanto ci riguarda più da vicino, l'interesse della dottrina italiana, su cui v. *ex plurimis* PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 1975, p. 273 ss.

<sup>19</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1777, p. 319.

<sup>20</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, Orleans, 1761, p. 164: "Lorsqu'on dit que la compensation se fait de plein droit, ipso iure, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même par aucune des parties."

Domat afferma, infatti, che la compensazione non rappresenta altro che due pagamenti reciproci<sup>21</sup>, che operano di pieno diritto<sup>22</sup>. A ciò Pothier aggiunge che la massima per cui la compensazione avviene *de plein droit* non può avere altro significato che quello per cui i reciproci debiti si estinguono in virtù della sola legge e senza necessità di un'opposizione di parte o della pronuncia del giudice<sup>23</sup>. In quest'ottica deve ritenersi che l'opposizione della compensazione dalla parte convenuta in giudizio abbia l'unico obiettivo di dar conoscenza al giudice di un'estinzione già avvenuta<sup>24</sup>: la compensazione è, infatti, una finzione predisposta dalla legge che rappresenta il doppio pagamento avvenuto tra le parti nel momento in cui esse sono divenute reciprocamente debentrici<sup>25</sup>.

Tale ricostruzione viene dunque consacrata nell'art. 1290<sup>26</sup> *Code Civil* il quale dispone che “la compensazione opera di pieno diritto per la sola forza della legge, anche all'insaputa dei debitori; i due debiti si estinguono reciprocamente, nel momento in cui essi coesistono e per l'ammontare corrispondente”.

---

<sup>21</sup> DOMAT, *ibidem*.

<sup>22</sup> DOMAT, *ibidem*.

<sup>23</sup> POTHIER, *op. cit.*, p. 165; ID., *Trattato delle obbligazioni*, ed. it., Livorno, 1841, p. 306.

<sup>24</sup> POTHIER, *Traité ...* (cit.), p. 166; POTHIER, *Trattato ...* (cit.), p. 307.

<sup>25</sup> POTHIER, *Traité ...* (cit.), p. 174; POTHIER, *Trattato ...* (cit.), p. 309. L'assimilazione della compensazione al pagamento è un dogma nell'ambito della ricostruzione dell'istituto, su cui *ex plurimis* v. AUBRY – RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, 1938, p. 355 e, di recente, BENABENT, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2010, il quale colloca l'istituto tra i modi indiretti di pagamento (si parla infatti di *paiement par compensation*). Si legga sul punto CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris, 1963, p. 494 e 509: “*la compensation, bien que le Code civil en ait fait un mode d'extinction distinct, peut être envisagée dans le prolongement du paiement car elle tend à procurer au créancier exactement la satisfaction à laquelle il avait droit: c'est le paiement par compensation... Compenser c'est payer et la compensation apparaît comme un double paiement abrégé par lequel on s'épargne un double transfert de fonds*”. Non deve tuttavia dimenticarsi che, fin dall'emanazione del *Code civil*, si alzarono delle voci contrastanti, tanto che furono poi effettivamente disposti, per mano dottrinale e giurisprudenziale, dei temperamenti a tale automaticità, prevedendo la necessità dell'opposizione di parte, nonchè il diritto a rinunciare alla compensazione. Sul punto v. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993, p. 588, TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2005, p. 1331, MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Paris, 1969, p. 128. È interessante la critica, mossa da parte autorevole della dottrina, secondo cui l'equivoco dell'automaticità deriverebbe da una scorretta interpretazione del passo giustiniano, imputabile a Domat e Pothier, su cui v. MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *Droit civil. Les obligations – Le régime*, Paris, 1989, p. 230; CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914, p. 198.

<sup>26</sup> Art. 1290 *Code civil* - “*La compensation s'opère de plein droit 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*”.

Affinché la compensazione possa operare automaticamente, i rispettivi crediti devono perciò rivestire quelle caratteristiche che li renderebbero “pagabili”: essi devono essere liquidi ed esigibili, oltre che omogenei<sup>27</sup>. Allo stesso modo, perché operi la compensazione, non devono sussistere quelle condizioni che, in negativo, ostacolerebbero il pagamento<sup>28</sup>.

Con riferimento alla fonte dei rispettivi rapporti obbligatori, essa non riveste particolare importanza per la legge, anzi non ha in generale alcuna influenza sull’ammissibilità della compensazione<sup>29</sup>, tranne ovviamente in quei casi in cui è la legge ad escluderla, così come disposto dall’art. 1293 *Code Civil*.

Quasi a voler abbandonare un limite del passato – la condizione romanistica classica che concedeva il potere di compensare soltanto in ipotesi di debiti nascenti *ex eadem causa* – viene esplicitato, dunque, nell’art. 1293 *Code civil* il concetto per cui è indifferente la causa dei rispettivi crediti, essendo perciò la compensazione ammessa non soltanto quando i rispettivi crediti nascono dalla medesima causa<sup>30</sup>, ma anche quando provengono da fonti differenti.

## **I.2. La compensazione e i conflitti con i diritti dei terzi.**

Se la compensazione, dunque, non è altro che un doppio pagamento fittizio<sup>31</sup>, abbreviato<sup>32</sup> e forzato<sup>33</sup>, allora essa non può operare in tutti i casi in cui sarebbe interdetto un pagamento effettivo<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> Per un’eccezione alla omogeneità nel diritto francese vedi il comma 2 dell’art. 1291 *Code civil*, il quale dispone: “*Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles*”.

<sup>28</sup> FLOUR – AUBERT – SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d’obligation*, Paris, 2011, p. 415.

<sup>29</sup> AUBRY – RAU, *op. cit.*, p. 346.

<sup>30</sup> V. *ex plurimis* FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Paris, 2010, p. 596.

<sup>31</sup> BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, ed. it., Milano, 1914, p. 132

<sup>32</sup> CASSIN, *op. cit.*, p. 196.

<sup>33</sup> MAZEAUD – MAZEAUD – CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, Paris, 1998, p. 1183.

<sup>34</sup> CASSIN, *op. cit.*, p. 253; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1868, p. 481.



Così come un pagamento, anche la compensazione può, infatti, arrecare pregiudizi a terzi, che siano estranei rispetto all'originario rapporto obbligatorio o che, per effetto della trasmissione del diritto, ne siano divenuti successivamente parte.

Pregiudizi che possono consistere, per lo più, nella violazione del principio della *par condicio creditorum* – consentendo la compensazione una soddisfazione “privilegiata” – ovvero, in taluni casi, nella vera e propria privazione della soddisfazione cui ha diritto il terzo.

### 1.2.1. La cessione del credito.

Il primo frangente di collisione tra diritto del debitore originario, che è titolare dell'interesse a compensare, e diritti dei terzi si incontra nell'ambito della disciplina della cessione del credito.

La legge risolve il conflitto disponendo che il debitore che ha accettato puramente e semplicemente la cessione del diritto che il creditore ha fatto ad un terzo non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre, prima della cessione, al cedente. La cessione che invece non sia stata accettata dal debitore, ma che sia stata a questi notificata, impedisce solamente la compensazione con crediti posteriori a tale notificazione (art. 1295 Code Civil)<sup>35</sup>.

Il debitore ceduto subisce, dunque, l'inopponibilità della compensazione in due ipotesi: la prima, nel caso in cui accetti la cessione, gli impedisce di opporre al cessionario (anche) la compensazione che prima avrebbe potuto opporre al cedente; la seconda, nell'ipotesi di semplice notificazione della cessione, impedisce al debitore ceduto unicamente la compensazione per crediti sorti posteriormente alla cessione.

---

<sup>35</sup> Art. 1295 Code civil - “*Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.*

*A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.*”. Il dettato è identico a quello previsto dall'art. 1248 Codice civile italiano.

Si prenda, pertanto, l'ipotesi in cui Tizio e Caio abbiano stipulato un contratto di somministrazione, in virtù del quale Tizio fornisce mensilmente a Caio della merce e Caio periodicamente versa un importo commisurato alla merce consegnata.

Nell'ipotesi in cui Tizio ceda il suo credito a Sempronio, se Caio accetta la cessione, non potrà opporre la compensazione non solo del controcredito sorto anteriormente alla cessione stessa, ma addirittura di quello che prima della cessione presentava tutti i requisiti necessari per la compensazione legale<sup>36</sup>; se la cessione gli viene invece solo notificata, egli non potrà opporre un controcredito (sempre nei confronti di Tizio) che sia sorto posteriormente.

Questa situazione desterà qualche problema di equità nelle (non improbabili) ipotesi in cui il controcredito che Caio voglia opporre nasca dal medesimo contratto, trattandosi ad esempio di un diritto al risarcimento dei danni per i vizi della merce consegnata, ovvero danni da ritardo nella consegna.

Anche in questo caso, dunque, le pretese di Caio dovranno soccombere alla disciplina della cessione?

La cessione del credito potrebbe, infatti, diventare, per uno dei contraenti, un facile modo di privare la controparte di quella particolare "garanzia" che è il controcredito.

Il problema è, dunque, stabilire se, nelle ipotesi di crediti reciproci nascenti dal medesimo contratto sinallagmatico, debba prevalere il diritto del terzo-creditore cessionario ovvero il debitore ceduto, che rischia di essere privato di quella garanzia costituita dalla controprestazione.

### 1.2.2. Il pagamento con surrogazione.

---

<sup>36</sup> V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, Paris, 1989, p. 33. A meno che non si voglia interpretare la fattispecie nel senso che il credito sarebbe estinto e quindi il cedente sarebbe responsabile in virtù della garanzia dell'esistenza del credito. Ciò tuttavia lascerebbe incerta l'interpretazione dell'art. 1295 *Code Civil*: quale sarebbe infatti quella "compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente"? La soluzione potrebbe essere data se si ritiene che la compensazione legale necessiti di un atto dichiarativo del debitore per prodursi, su cui v. MENDEGRIS, *op. cit.*, p. 49.

Non accade soltanto nell'ipotesi della cessione del credito, ma anche in quella della surrogazione legale, che un rapporto originariamente bilaterale veda l'intervento di un terzo soggetto.

L'avvicinamento di tale ipotesi a quella della cessione del credito, sotto il profilo della trasmissione del rapporto obbligatorio dal lato attivo, consente di giustificare la subordinazione al divieto di cui all'art. 1295 *Code Civil*<sup>37</sup>.

Nell'ipotesi di surrogazione legale potrebbe avverarsi, analogamente a quanto accade nell'ipotesi di cessione del credito, un conflitto tra diritto del debitore e diritti del creditore surrogato.

Si prenda l'ipotesi in cui Tizio deve 100 a Caio, ma Caio ottiene il pagamento da Sempronio, il quale si surroga nei suoi diritti. Nell'ipotesi in cui Tizio divenga a sua volta, dopo la surrogazione, creditore di Caio, in applicazione dell'art. 1295 *Code Civil* dovrebbe escludersi l'opponibilità della compensazione da parte di Tizio nei confronti di Sempronio.

Se tuttavia il controcredito nascesse dallo stesso titolo che era stato fonte del debito surrogato, ad esempio dallo stesso contratto, potrebbe legittimamente ammettersi la medesima soluzione? Sarebbe essa, ancor meglio, equa?

Anche in questo caso, infatti, non diversamente da quanto accade in ambito di cessione del credito, l'ammissibilità della compensazione in deroga alle disposizioni legali potrebbe essere giustificata da quel particolare legame che intercorre tra le obbligazioni originarie.

### 1.2.3. La compensazione e i diritti dei terzi: art. 1298 Code Civil.

Nell'ambito della disciplina della compensazione, l'art. 1298 *Code Civil* sancisce il principio generale per cui la compensazione non può avere luogo in pregiudizio dei diritti dei terzi. Esso dispone, infatti, che: "*La compensation n'a pas lieu au préjudice*

---

<sup>37</sup> V. DUBOC, *op. cit.*, p. 56.

*des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation*". L'intervenuto sequestro/pignoramento<sup>38</sup> del credito impedisce, dunque, al debitore, il quale divenga a sua volta creditore dell'originario creditore dopo il pignoramento, di opporre la compensazione.

Ancorpiù, sebbene la norma appaia coinvolgere espressamente soltanto l'ipotesi di debitore divenuto a sua volta creditore dopo il pignoramento, tuttavia essa deve interpretarsi nel senso che non possa essere opposto in compensazione neppure il credito sorto prima del pignoramento, ma che non presentasse i requisiti richiesti dalla legge per la compensazione legale prima del pignoramento stesso<sup>39</sup>.

Il pignoramento del credito, infatti, fa diventare lo stesso inesigibile per l'intero, rendendo *tout court* inoperante la compensazione<sup>40</sup>.

Se ne evince che la compensazione, istituto creato al fine di favorire le parti evitando loro un doppio pagamento reale attraverso una *fiction*, non può operare quando il suo prodursi contrasterebbe con diritti acquisiti da terzi, i quali hanno una pretesa su uno dei crediti compensabili.

L'esigenza di semplificazione dei pagamenti sembra cedere, dunque, il passo di fronte ai diritti dei terzi acquisiti sui crediti stessi.

#### 1.2.4. La compensazione e il fallimento.

---

<sup>38</sup> La norma parla di *saisie*, termine col quale si usa indicare sia il sequestro che il pignoramento, a seconda della funzione rivestita nel caso di specie. Di qui ne parleremo come di pignoramento.

<sup>39</sup> BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE, *op. cit.*, p. 187; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Bruxelles, 1862, p. 395.

<sup>40</sup> DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 481 propone questo esempio: Paul deve a Pierre l'importo di 10.000 franchi. Jacques, creditore di Pierre per 5.000 franchi, sequestra "nelle mani di" Paul il credito. Paul diviene a sua volta, dopo il sequestro, creditore di Pierre per l'importo di 5.000 franchi. Può egli operare la compensazione? La risposta è negativa. Diversa è la soluzione cui giunge la giurisprudenza italiana, la quale ritiene invece sufficiente che prima del pignoramento esistano i rispettivi crediti, anche se non hanno tutte le caratteristiche necessarie per la compensazione, v. Cass. civ., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775 su cui *infra*.

La soluzione non può e non deve essere diversa quando si tratta di quel “pignoramento generale dei beni del debitore” che è la procedura concorsuale, il fallimento<sup>41</sup>.

Si è visto come la compensazione viene considerata in termini di un pagamento fittizio e pertanto, se nel corso della procedura concorsuale non possono avere luogo pagamenti, allora non può, di conseguenza, operare neppure la compensazione<sup>42</sup>.

La circostanza che il debitore venga spossessato dei beni e impedito nell’amministrazione, impedisce, infatti, qualsiasi tipologia di compensazione, anche legale, non solo convenzionale<sup>43</sup>.

Se operasse, essa infatti lederebbe il generale principio che informa a pieno titolo le procedure concorsuali, ovvero la necessaria parità di condizioni tra i creditori.

Pertanto, la compensazione è legittima soltanto tra quei crediti reciproci tra fallito e creditore che soddisfino i presupposti di liquidità, omogeneità ed esigibilità prima della dichiarazione di fallimento<sup>44</sup>. In caso contrario, infatti, si ritiene che possa condurre ad un pagamento privilegiato.

La procedura concorsuale, infatti, non solo vieta la compensazione volontaria, ma cristallizza la situazione debitoria e creditoria dell’insolvente al momento dell’apertura della procedura, di modo che vi sia certezza circa l’ammontare del passivo e dell’attivo cui devono fare riferimento i creditori.

In quest’ottica, ammettere la compensazione in casi nei quali i crediti opposti in compensazione al fallito non rivestissero i requisiti di liquidità ed esigibilità prima dell’apertura della procedura – e quindi fossero in quel momento già estinti, operando la compensazione *ipso iure* – comporterebbe un trattamento differenziato e un’incertezza incompatibili col sistema.

---

<sup>41</sup> Per il fallimento quale sequestro generale sui beni del fallito vedi *ex pl.* BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE, *op. cit.*, p. 187. V. anche DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 484: “*La faillite, c’est une sorte de saisie-arrêt, au profit de la masse!*”; LAROMBIÈRE, *op. cit.*, p. 395.

<sup>42</sup> “*La faillite .. rend la compensation impossible*”, DESJARDINS, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et modern*, Paris, 1864, p. 421.

<sup>43</sup> DESJARDINS, *ivi*, p. 694.

<sup>44</sup> FRIER, *Les dettes connexes dans la faillite*, Paris, 1951, p. 27; MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *op. cit.*, p. 225.

Il creditore del debitore, il quale a sua volta sia gravato da un'obbligazione nei suoi confronti, verrebbe avvantaggiato attraverso la compensazione, poiché otterrebbe una soddisfazione integrale, quando invero la massa dei creditori può attendere soltanto un pagamento in moneta fallimentare.

La compensazione, dunque, se generalmente riveste il ruolo di pagamento, una volta aperta la procedura concorsuale diviene piuttosto un modo di non pagare<sup>45</sup>. Pertanto essa dev'essere ammessa nel solo caso in cui l'effetto estintivo si fosse già prodotto prima della dichiarazione di fallimento.

### **I.3. L'esigenza di superare gli ostacoli legislativi per ragioni di equità.**

Se dunque è questa la cornice nella quale si inquadra l'istituto della compensazione nel sistema normativo francese, è, tuttavia, proprio questa stessa cornice a venire parzialmente infranta, dapprima tramite interventi giurisprudenziali, ma in seguito anche legislativi, per invocate ragioni di equità.

Le rigidità della disciplina dell'istituto, derivanti come si è visto in primo luogo dall'assimilazione della compensazione al pagamento, nella prassi finiscono in realtà per ostacolare la soluzione dei problemi concreti che si presentano all'attenzione degli interpreti.

Come già accennato *supra*, infatti, il ruolo della compensazione è duplice<sup>46</sup>: se da un lato essa è un modo semplificato di pagamento, dall'altro lato essa riveste una funzione di garanzia<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> PEDAMON – CARMET, *La compensation dans le procédures collectives de règlement du passiv*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, p. 127.

<sup>46</sup> MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *op. cit.*, p. 219.

<sup>47</sup> Questa seconda funzione è largamente riconosciuta dalla dottrina, tra i tanti v. MALINVAUD – FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, 2010, p. 654 (i quali, comunque, inseriscono la compensazione non nel capitolo dedicato all'"*extinction des obligations*", bensì in quello relative all' "*exécution des obligations*"); TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2002, p. 1317; MAZEAUD – MAZEAUD – CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, Paris, 1998, p. 1184. Tuttavia sul punto il sistema giuridico francese, come avremo modo di vedere in questi capitoli, tenta di nascondere questa funzione impedendo alla compensazione di operare in pregiudizio dei terzi. Sarà tuttavia proprio questa

Attraverso la compensazione, infatti, il creditore ottiene con maggiore facilità la soddisfazione del proprio interesse, che può essere ottenuta senza la necessaria collaborazione del debitore, potendo, invece, il creditore auto-soddisfarsi attraverso un procedimento semplificato di esecuzione<sup>48</sup>.

Se, dunque, in generale il *Code Civil* esprime solo in sottofondo la funzione garantistica della compensazione, rispetto alla prevalente funzione estintiva e satisfattiva, questa soluzione viene considerata profondamente iniqua dalla giurisprudenza e dalla dottrina in quei casi in cui le obbligazioni da estinguere appaiono legate da un particolare “nesso di connessione”.

Vi sono, infatti, delle ipotesi – quella dei contratti sinallagmatici è paradigmatica – nelle quali privare una delle parti della possibilità di invocare la compensazione appare assolutamente contrario all’equità.

Se il principio generalmente accolto è, infatti, quello – già visto – per cui il creditore che, per avventura, sia a sua volta debitore non debba prevalere sui terzi e sulla generale *par condicio* dei creditori, ottenendo un pagamento privilegiato, tuttavia, quando le reciproche obbligazioni nascono dallo stesso rapporto giuridico, e sono quindi intimamente connesse dal punto di vista funzionale, sembra al contrario dover prevalere l’interesse del creditore compensante.

Tale soluzione sembra dover discendere, in realtà, anche da un confronto con altri istituti dell’ordinamento, in particolare con l’eccezione di inadempimento o ancor più con il diritto di ritenzione.

Non avrebbe senso, infatti, secondo taluno invocare l’eccezione di inadempimento<sup>49</sup>, che semplicemente sospende l’adempimento, né si potrebbe invocare un diritto di ritenzione, non esistendo una “cosa” da trattenere, quando i due crediti possono direttamente estinguersi per compensazione.

---

esigenza di garanzia a venire esaltata attraverso la “creazione” dell’istituto della compensazione dei crediti connessi.

<sup>48</sup> MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *op. cit.*, p. 219 ss.: la compensazione è un pagamento che avviene senza adempimento, cioè senza un’azione umana positiva volta a estinguere l’obbligazione.

<sup>49</sup> Sul punto si legga CASSIN, *op. cit.*, p. 191 ss.

Ciò che ci si chiede, dunque, è se in tali ipotesi, in cui la compensazione non può operare, il creditore debba essere il creditore lasciato senza tutela, se cioè dev'essere costretto a pagare il proprio debito, senza potersi in alcun modo auto-soddisfare.

Egli, infatti, è titolare di un legittimo interesse a conservare la garanzia del pagamento che lui deve effettuare, evitando invece un pagamento imprudente che lo lasci esposto al rischio dell'insolvenza della controparte<sup>50</sup>.

Così, se Tizio riceve in locazione un bene da Caio e viene privato del godimento di parte del bene locato, potrà compensare il suo credito per i danni da mancato godimento con il debito dei canoni, anche ove Caio, in ipotesi, fallisca? Una risalente pronuncia della *Chambre des requêtes* del 29 novembre 1832 ammetteva una tale compensazione anche se il credito risarcitorio non fosse liquido al momento del fallimento<sup>51</sup>.

La giurisprudenza, fin dall'emanazione del *Code civil*, si trovava di fronte, tuttavia, all'ostacolo letterale e a quello ideologico costituito dalla netta assimilazione della compensazione al pagamento, e della conseguente impossibilità di far operare la compensazione in pregiudizio dei terzi, ancor più nell'ipotesi di insolvenza.

L'esistenza di tale ostacolo ha dunque influenzato la stessa evoluzione della giurisprudenza, la quale ha cercato in un primo tempo di evitare l'ostacolo: decideva "secondo equità" senza fare alcun riferimento alla compensazione<sup>52</sup>, né ad altra giustificazione giuridica.

In un secondo momento ha cercato, invece, di aggirare l'ostacolo: ancora nessun riferimento alla compensazione, le fattispecie erano decise "secondo equità", ma riconducendole a istituti diversi<sup>53</sup>.

Solo in un terzo momento, presa coscienza della necessità di non aggirare l'ostacolo, la giurisprudenza riconurrà le fattispecie alla compensazione, seppure *ad una diversa compensazione* – la compensazione di debiti connessi – analoga nella *ratio* e nell'effetto, ma diversa nel *modus operandi*.

---

<sup>50</sup> CASSIN, *ivi*, p. 197.

<sup>51</sup> S. 1833.1.18 su cui v. DUBOC, *op. cit.*, p. 169.

<sup>52</sup> Ad esempio la sopra citata sentenza del 18 novembre 1932.

<sup>53</sup> Sarà il caso, su cui *infra*, dell'allargamento del concetto di *compte indivisible*.



Di fianco alla predetta esigenza di equità, si muove dunque l'interesse della pratica commerciale. Queste esigenze si fanno sentire prepotentemente già nel XIX secolo, fin dall'emanazione del *Code Civil*, tanto che la giurisprudenza dell'800 sembra concentrarsi su quelle che saranno le motivazioni per eludere le regole sulla compensazione.

Le costruzioni giurisprudenziali tentano sempre di mantenere il difficile punto di equilibrio tra, da un lato, le esigenze del mondo produttivo, che attraverso quella particolare funzione di garanzia che assume la compensazione, aspira a rinforzare la tutela dei loro crediti, e dall'altro, le esigenze dell'altra parte del mondo produttivo che, pur non rivestendo il ruolo di creditore-debitore, cerca a sua volta di tutelarsi attraverso i mezzi di esecuzione personale e concorsuale.

Sbilanciare l'asse troppo a favore di quelli che, tra i creditori, rivestono anche la qualifica di debitori, rischia, infatti, di formare una categoria di creditori dotati di un privilegio atipico, ancora più efficace delle cause di prelazione ordinarie, poiché fornisce al suo titolare la possibilità di auto-tutelarsi completamente.

In questo modo è evidente la violazione della *par condicio creditorum*, soprattutto nelle procedure concorsuali, poiché alcuni soggetti, per il solo fatto di essere a loro volta debitori dell'insolvente, vengono soddisfatti al di fuori di ogni regola del concorso.

Una circostanza che dovrebbe cioè favorire la massa incrementando l'attivo – il credito di cui è titolare l'insolvente – nei fatti la danneggia: quel credito non solo non verrà a formare l'attivo fallimentare, ma addirittura il debito dell'insolvente potrà essere soddisfatto per intero e non in moneta fallimentare.

Dall'altro lato, tuttavia, se l'ago della bilancia viene fatto pendere troppo a favore della tutela dei diritti dei terzi e della *par condicio* nelle procedure concorsuali, allora rischiano di restare senza tutela alcuni creditori che, secondo una logica equitativa, avrebbero diritto ad una maggiore attenzione, proprio perché i loro debiti nei confronti del creditore, eventualmente insolvente, sono strettamente e funzionalmente connessi all'esistenza del controcredito.

Vi sarebbe dunque, nell'ambito della richiesta uguaglianza tra i creditori, una “*égalité plus nécessaire en justice*”<sup>54</sup> che riguarda quei soggetti che hanno contrattato insieme all'insolvente e che hanno compiuto un'operazione economica proprio basandosi sulla garanzia dell'esistenza della controprestazione.

### I.3.1. L'elusione della compensazione: debiti unici e conti indivisibili.

L'evoluzione giurisprudenziale è caratterizzata, dunque, da una prima fase nella quale i giudici, onde aggirare l'*impasse* costituito dall'esplicito divieto della compensazione, abbracciano delle soluzioni alternative, che consentano l'elusione dell'applicazione della stringente disciplina della compensazione.

#### I.3.1.1. Il *dette unique*.

Una prima fase vede, dunque, la giurisprudenza risolvere i casi in modo equitativo, motivando le proprie decisioni sulla base della considerazione che la fattispecie concreta non presenta l'avvicinarsi di due distinte obbligazioni, bensì è presente un'unica obbligazione, ma viziata.

Si sostiene dunque, ad esempio, che, se l'art. 1295 *Code Civil* vieta al debitore che abbia accettato puramente e semplicemente la cessione del credito di opporre la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima della cessione, tuttavia tale divieto vale solo per la compensazione, mentre non opera quando sia il debito stesso ad essersi estinto in tutto o in parte per un vizio intrinseco ed inerente alla sua natura<sup>55</sup>.

L'imbarazzo costituito dalla rigida disciplina della compensazione è così evitato troncando in origine il problema: si tratta di una singola posizione debitoria – che si

---

<sup>54</sup> LABBÈ, nota a Cour Amiens 16.5.1877 e Cour Caen 27.6.1874, in *Recueil Sirey*, 1879, II, p. 146.

<sup>55</sup> DUBOC, *op. cit.*, p. 194.

decurta a causa di un “vizio interno” – e, pertanto, manca il presupposto principale dell’estinzione per compensazione, l’esistenza di due obbligazioni reciproche.

### I.3.1.2. Il *compte-courant* come esempio di *compte indivisible*.

“*L’intérêt du commerce a fait admettre, dans la pratique, une double exception aux règles que nous venons d’exposer*”: era il 1864 e già la dottrina descriveva analiticamente i primi passi compiuti dalla giurisprudenza francese e dalla pratica per eludere l’applicazione delle norme in tema di compensazione<sup>56</sup>.

La prima di queste eccezioni riguardava il contratto di conto corrente, ipotesi dalla quale poi nacque l’intera ricostruzione delle diverse fattispecie in chiave di conto unico e indivisibile.

Nel contratto di *compte-courant* le parti decidono di far confluire tutte le operazioni che avranno luogo tra le stesse, dando origine a rapporti di credito e debito, in un’unica massa volta ad individuare il saldo finale.

In quest’ottica, le rimesse effettuate dalle parti a diverso titolo perdono la loro individualità e quindi non si estinguono reciprocamente in virtù di una sorta di compensazione legale; esse invece si fondono, per effetto novativo, in un *unicum* inscindibile fino al momento previsto per l’individuazione del saldo<sup>57</sup>.

Le obbligazioni iscritte quali poste del conto perdono anche la loro esigibilità, esse costituiscono solamente “*articles de crédit et de débit*”<sup>58</sup> ed è solo con il *balance* finale che si può determinare quale soggetto sia in posizione passiva e quale in situazione attiva.

---

<sup>56</sup> DESJARDINS, *op. cit.*, p. 423.

<sup>57</sup> Su questa ricostruzione v. CASSIN, *op. cit.*, p. 204.

<sup>58</sup> Cass. civ. 24 giugno 1903, D.P. 1903.1.427.

Se, dunque, il contratto di conto corrente origina una fattispecie profondamente diversa rispetto alla compensazione, allora se ne deduce che non possano essere applicati allo stesso i principi e le regole dettate proprio per la compensazione<sup>59</sup>.

Se, inoltre, la rimessa in conto corrente non può essere assimilata ad un pagamento, allora essa sfugge anche all'applicazione dell'art. 446 *Code de Commerce* nella formulazione allora vigente<sup>60</sup>, il quale disponeva che “*Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque: .. tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ..*”.

Conseguenza di questa lettura dell'istituto è evidentemente quella di sottrarre le reciproche rimesse ai limiti previsti per la compensazione. In tal modo solamente il saldo finale del conto potrà essere ceduto o sottoposto a pignoramento e l'eventuale fallimento di uno dei contraenti non impedirà la definizione del saldo tenuto conto di tutte le obbligazioni nate prima del fallimento e che devono ancora essere iscritte<sup>61</sup>.

### 1.3.1.3. Il *compte indivisible* in alcune situazioni di fonte legale: divisione successoria, tutela, comunione tra coniugi.

Prima di estendersi ai rapporti contrattuali sinallagmatici, l'esistenza di un conto indivisibile viene risaccontrata dagli interpreti anche in alcuni rapporti inerenti alle relazioni familiari.

È il caso, ad esempio, della *tutelle*, con riferimento alla quale si afferma, cioè, che tra tutore e soggetto sottoposto alla sua potestà sussiste un conto indivisibile che fa sì che le

---

<sup>59</sup> Sulle diverse concezioni del conto corrente e soprattutto sul loro riflesso proprio nel “fallimento” si legga FRIER, *op. cit.*, p. 136 ss. Lo stesso contratto di conto corrente verrà riletto proprio in termini di *connexité*, v. *infra*.

<sup>60</sup> Le procedure concorsuali sono ora disciplinate dal VI Libro della parte legislativa del *Code de commerce*, che è stato quasi completamente riscritto nel 2000 (e ulteriormente modificato in seguito) lasciando intatti pochissimi articoli dell'originaria formulazione del 1807.

<sup>61</sup> V. DUBOC, *op. cit.*, p. 170 ss.

reciproche pretese si fondano in un unico saldo finale, analogamente a quanto avviene in caso di conto corrente.

In tal modo, evitando l'applicazione delle regole sulla compensazione, se il tutore dovesse fallire, il curatore non potrebbe richiedere al soggetto sottoposto a tutela il credito vantato nei suoi confronti dal tutore, ove, in base al bilancio finale del conto, tal credito fosse "compensato" da crediti del tutelato verso il tutore.

Né potrebbe al tutelato essere opposta una cessione del credito vantato dal tutore, in deroga a quanto disposto dall'art. 1295 *Code civil*.<sup>62</sup>

Anche in tema di comunione dei coniugi interviene utilmente il *compte indivisible*: i crediti e debiti reciproci che sorgono tra un coniuge e la comunione costituiscono un unico inscindibile. È solo, pertanto, con il bilancio finale dell'amministrazione che si crea un saldo finale, attivo o passivo.

Tali poste, attive e passive, non possono essere considerate singolarmente, e pertanto non possono essere sottoposte all'applicazione delle regole in tema di compensazione, ed in primo luogo non sono applicabili i limiti per essa definiti<sup>63</sup>.

Principi simili vengono applicati, poi, all'ipotesi del conto derivante dalla liquidazione di una comunione successoria<sup>64</sup>. In tal modo, il coerede fallito entra in un *compte indivisible* con gli altri coeredi a seguito dell'apertura della successione, di tal che solo il saldo finale tra debiti di cui egli è titolare verso la successione e la sua parte di eredità deve essere tenuto in considerazione, al di fuori di qualsiasi applicazione delle regole in tema di compensazione.

---

<sup>62</sup> V. FRIER, *op. cit.*, p. 71 ss.

<sup>63</sup> V. Cour Amiens 16 maggio 1877 e Cour Amien 25 giugno 1874, entrambe in S. 1879.2.145, le quali hanno affermato che: "*En case du faillite du mari, l'art. 446 C.comm. ne met pas obstacle à la compensation entre les reprises de la femme et les indemnités dues par celle-ci à la communauté, lors même que la liquidation des unes ou des autres serait postérieure à la déclaration de faillite; la balance du compte des récompenses et des reprises constitue seule la femme créancière ou débitrice relativement à la faillite*"; DUBOC, *op. cit.*, p. 201.

<sup>64</sup> In Italia non si è fatta quasi mai applicazione dei principi della compensazione c.d. impropria nell'ambito dei rapporti derivanti dall'apertura della successione. Si veda ad es. Cass. civ., Sez. II Sent., 29 febbraio 2008, n. 5670, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1127 con nota di DE BELVIS, che ha negato la compensabilità, in mancanza di eccezione di parte, tra il credito a titolo di legato obbligatorio e il credito a titolo di conguaglio divisionale.

Se si applicassero, infatti, il coerede fallito dovrebbe pagare alla massa ereditaria soltanto in moneta fallimentare, ma avrebbe titolo per ricevere l'intera quota<sup>65</sup>.

Elemento comune di tutte queste ipotesi è, dunque, l'idea che, ove si tratti di liquidazioni – siano esse tra coniugi, soci, tutori e tutelati, coeredi – nessuno spazio applicativo può lasciarsi alla compensazione.

Il principio è perfettamente espresso dalla pronuncia della Cassazione civile del 4 luglio 1894<sup>66</sup>: *“in materia di liquidazione e di compte, i principi che reggono la compensazione sono inapplicabili poiché il compte comprende degli elementi che formano un insieme e concorrono tutti al risultato finale il quale, solo, determinerà le obbligazioni e i diritti delle parti interessate”*.

#### I.3.1.4. Il *compte indivisible* nei contratti sinallagmatici: mandato, commissione, assicurazione, e crediti da inadempimento.

Quella stessa idea di indivisibilità che connota il contratto di conto corrente e che viene applicata alle suddette ipotesi di rapporti *latu sensu* familiari viene estesa anche ad alcune obbligazioni nascenti da contratto.

Da un lato, questo concetto viene esteso a quei contratti che, per loro natura e nell'ambito della loro regolare esecuzione, sono destinati a far nascere obbligazioni reciproche e di cose fungibili, quindi suscettibili di compensarsi<sup>67</sup>.

Così, nell'ambito di un contratto di mandato, si è ritenuto che le obbligazioni del mandante e del mandatario affluiscono ad un unico conto, indivisibile, confortato da una causa unica, con la conseguenza di rendere i reciproci debiti e crediti opponibili alla massa e ai terzi<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> V. FRIER, *op. cit.*, p. 59.

<sup>66</sup> S. 1894.1.413: *“en matière de liquidation et de compte, les principes qui régissent la compensation sont inapplicables lorsque le compte comprend des éléments formant un ensemble et devant tous concourir au résultat final, c'est-à-dire à l'établissement d'un reliquat, lequel, seul, doit déterminer les obligations et les droits de chacune des parties intéressées”*

<sup>67</sup> Sul punto v. CASSIN, *op. cit.*, p. 204ss.

<sup>68</sup> Sul tema v. FRIER, *op. cit.*, p. 84ss.; DUBOC, *op. cit.*, p. 204ss.; Cass. Civ. 17 janv. 1866 S. 1866.1.92.

L'esistenza di un conto unico è stata, inoltre, riscontrata in tutti quegli altri contratti che, nella pratica commerciale, fanno naturalmente sorgere obbligazioni fungibili e reciproche: si pensi alla commissione o al contratto di assicurazione<sup>69</sup>.

Così, ad esempio, opererebbe un conto unico e indivisibile tra crediti dell'assicuratore per il premio e crediti dell'assicurato per indennità, anche se non ancora liquidate<sup>70</sup>.

L'idea di conto indivisibile viene, in un secondo momento, estesa anche a quelle obbligazioni che nascono dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento del contratto.

Così una pronuncia della *Chambre des requêtes* del 7 febbraio 1928<sup>71</sup>, ha affermato che: *“quando i debiti reciproci delle due parti di un contratto hanno una causa comune e quando i loro ammontari si confondono entro un conto unico e indivisibile, la messa in liquidazione giudiziaria di una delle parti non modifica le regole in materia di conto e pertanto i pagamenti effettuati dall'altra parte nelle mani del liquidatore hanno solo un carattere provvisorio tanto che quando viene determinato il bilancio finale quanto lui ha versato di troppo deve essergli restituito”*.

In quel caso si otteneva il saldo tra il residuo compenso, che un proprietario doveva pagare all'imprenditore per i lavori commissionati, e i danni per vizi derivanti dalla inesatta esecuzione dei suddetti lavori, ottenendo un saldo finale unico che non risentiva dell'ammissione ad una procedura concorsuale di uno dei contraenti. Veniva deciso, infatti, che quando un proprietario che è stato condannato a pagare ad un imprenditore il residuo compenso per un lavoro svolto, residuo che ha versato nelle mani del liquidatore giudiziale, ma ha in via riconvenzionale ottenuto un'indennità per vizi della cosa, ha diritto ad ottenere che tale indennità gli sia pagata integralmente e non in moneta fallimentare.

---

<sup>69</sup> V. CASSIN, *op. cit.*, p. 206 ss. e, in particolare sull'assicurazione, FRIER, *op. cit.*, p. 118 ss.

<sup>70</sup> CASSIN, *op. cit.*, p. 208.

<sup>71</sup> D. 1928.1.70 con nota di BESSON: *“lorsque les dettes réciproques des deux parties à un contrat ont une cause commune et que leur montant doit se confondre dans un compte unique et indivisible, la mise en liquidation judiciaire d'une des parties ne modifie pas l'application des règles en matière de compte, et, dès lors, le paiement effectué par l'autre partie entre les mains du liquidateur n'a qu'un caractère provisionnel jusqu'à l'établissement de la balance du compte de sorte que ce qu'elle a versé en trop doit lui être intégralement restitué”*.

### I.3.1.5. Il *compte indivisible*: una soluzione criticabile e criticata.

La soluzione ingegnosa<sup>72</sup> di individuare un conto unico ed indivisibile appare, ad un tratto, puramente fittizia<sup>73</sup>.

Se essa ha un fondamento con riferimento al contratto di conto corrente, tuttavia la riconduzione delle fattispecie svariate succitate ad un'idea di conto corrente fittizio non convince, pur essendo stata in grado di dare soluzioni pratiche efficaci.

Come affermato da Labbé in nota alle precitate sentenze della Corte di Amiens e di Caen, un sentimento istintivo d'equità porta ad approvare tale soluzione, ma è necessario individuarne il fondamento giuridico<sup>74</sup>.

L'estensione di questo concetto, dapprima alle tipologie liquidatorie, ma poi soprattutto alle obbligazioni nascenti dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento di contratti, risulta, infatti, forzata e dettata unicamente dalla volontà di dissimulare l'esistenza di una compensazione, quando in realtà così facendo la si consacra<sup>75</sup>.

Appare, in fondo, che il parlare di conti indivisibili o di elementi che si compenetrano e si confondono al posto di rilevare l'esistenza di due obbligazioni distinte che si estinguono in virtù della compensazione nasconda la volontà di sostituire la realtà attraverso un inganno<sup>76</sup>.

La fittizietà di tali soluzioni è individuata, dunque, sotto diversi profili<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> Così la definisce CASSIN, *op. cit.*, p. 210.

<sup>73</sup> Cfr., tra i molti, BESSON, *op. cit.*, p. 73.

<sup>74</sup> “*Un sentiment instinctif d'équité porte à approuver la décision des deux Cours. Mais cherchons le motif juridique.*” S. 1879.2.145

<sup>75</sup> DUBOC, *op. cit.*, p. 204: “*Cette référence à l'idée de compte indivisible est toujours dictée par le souci d'éviter de devoir admettre la compensation. Pourtant, là encore, le compte dissimule bien mal cette compensation. Au contraire, il la consacre. Mais les juges pendant près d'un siècle ont préféré parler de compte plutôt que de compensation.*”

<sup>76</sup> Sempre LABBÈ, nota a Cour Amiens 16.5.1877 e Cour Caen 27.6.1874, in Recueil Sirey, 1879, II, p. 146: “*substituer des mots trompeurs à la réalité que de parler d'un compte indivisible et d'éléments qui se pénètrent et se confondent, au lieu de parler d'obligations distinctes qui s'éteignent réciproquement jusqu'à due concurrence par la vertu d'une compensation.*”

<sup>77</sup> Per un'analisi compiuta di questi profili di critica v. CASSIN, *op. cit.*, p. 212ss.



In primo luogo, se si ammette l'indivisibilità del conto corrente, ancor fittizio, allora dovrebbe ammettersi che un pignoramento possa farsi unicamente sul saldo del conto stesso e non sulle singole partite.

Ciò significherebbe, a trarne le coerenti conseguenze, che, se si ritiene che nei casi di liquidazione, ovvero nelle ipotesi riferite ai contratti sinallagmatici, sia ravvisabile un conto indivisibile analogo al conto corrente, allora non sarebbero pignorabili i compensi del mandatario, i premi assicurativi, le poste attive di un'eredità, ecc.

In secondo luogo, se il conto corrente produce un effetto novativo, ugualmente dovrebbe dirsi, data l'operata analogia, per le poste che accedono al "conto" della comunione legale o a quello che lega il minore e il tutore.

Ma una tale considerazione è ovviamente da rifiutare, e la giurisprudenza stessa la rifiuta.

### 1.3.2. L'estensione della compensazione: la compensation des dettes connexes.

Si addviene così al definitivo abbandono della figura fittizia del *compte indivisible* e si giunge a ricondurre nuovamente le figure nell'alveo della compensazione<sup>78</sup>.

L'obiettivo, tuttavia, è sempre il medesimo: sfuggire all'applicazione dei divieti di compensazione in pregiudizio dei terzi e in danno della massa fallimentare, nonché alle limitazioni circa la liquidità e l'esigibilità dei crediti.

Tutte le situazioni giuridiche finora illustrate vengono dunque rivisitate nell'ottica di un fenomeno compensativo, il quale tuttavia presenta caratteristiche peculiari idonee a giustificare la disapplicazione delle regole ordinarie in tema di compensazione.

La figura che si delinea, pertanto, è quella della *compensation des dettes connexes*: compensazione – pertanto si abbandona la fittizietà della riconduzione a istituti diversi

---

<sup>78</sup> “.. rompendo l'ipocrisia precedente..”, NDOKO, *Les mystères de la compensation*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 689.

– ma di debiti connessi, che presentino pertanto un legame o una correlazione che giustifica, per l'appunto, l'applicazione di una diversa disciplina.

L'attenzione si sposta dunque sull'esigenza di individuare quali siano le ipotesi concrete nelle quali è ravvisabile tale nesso di *connexité*.

La *connexité*, infatti, può derivare da un accordo delle parti, che si accordano affinché i rispettivi rapporti di debito e credito siano legati e interconnessi (*connexité artificielle*<sup>79</sup>) oppure può essere desunta dal naturale modo d'essere delle obbligazioni, che nascono legate da tale nesso (*connexité naturelle*<sup>80</sup>).

Due sono le conseguenze fondamentali, che derivano dall'applicazione di questo istituto.

La prima è perfettamente espressa dalla massima della Corte di cassazione del 1967<sup>81</sup> secondo cui: *“quando due debiti sono connessi il giudice non può rigettare la domanda di compensazione sulla base della circostanza che uno di essi non riveste i caratteri della liquidità e dell'esigibilità; egli è tenuto a constatare il principio che questa compensazione costituisce, per le parti, una garanzia salvo ordinare tutte le misure necessarie per ottenere la definizione dei conti”*

La seconda, invece, si esprime con particolare riferimento alle procedure concorsuali: quando i debiti sono connessi, l'apertura di una procedura collettiva non comporta infatti il divieto di compensazione, anche se questi non erano liquidi ed esigibili prima dell'apertura<sup>82</sup>, poiché l'interdizione di pagare tutti i crediti sorti prima della

---

<sup>79</sup> DUBOC, *op. cit.*, p. 215 ss.

<sup>80</sup> DUBOC, *ivi*, p. 229 ss.

<sup>81</sup> Cass. civ., 18 gennaio 1967, *Bull. Civ. I*, n. 27: *“lorsque deux dettes sont connexes le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité; il est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie sauf à ordonner toutes mesures pour parvenir à l'apurement des comptes”*; il concetto è riaffermato a più riprese, si veda ex plurimis Cass. civ., chambre comm., 28 aprile 2009, n. 08-14.756, in [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr).

<sup>82</sup> Cass. civ., chambre comm., 27 marzo 1990, *JPC* 1990.IV.202: *“Le cessionnaire de la créance d'un entrepreneur ayant assigné le maître de l'ouvrage en paiement des travaux réalisés avant l'ouverture de la procédure collective de l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage ayant soulevé une exception de compensation avec sa créance d'indemnité pour trouble commercial résultant de l'interruption des travaux, créance produite au passif de la procédure collective et acceptée, ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour repousser cette exception, se borne à relever que la créance du maître de l'ouvrage n'est antérieure ni à l'ouverture de la procédure collective ni à la cession de sa dette, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les créances réciproques n'étaient pas connexes, comme*

dichiarazione di apertura della procedura non fa ostacolo alla compensazione di debiti connessi<sup>83</sup>.

Nella cornice del fallimento, dunque, quando esiste un nesso di connessione tra il credito e il debito, la compensazione è lecita<sup>84</sup>.

Gli effetti dell'applicazione di questo istituto si riverberano naturalmente anche se si versa in una procedura esecutiva individuale: quando i debiti sono connessi, infatti, il debitore, il cui debito sia stato pignorato da un terzo, potrà ciò nonostante opporre la compensazione al suo creditore, ove il credito sia collegato da un nesso di *connexité*. Così, a titolo di esempio, ove un terzo pignorasse il credito avente ad oggetto il prezzo che Tizio deve a Caio, Tizio potrebbe, nonostante il pignoramento, estinguere il suo debito per compensazione con il credito risarcitorio eventualmente spettantegli in ragione della mancata consegna del bene.

Si tratterebbe di una sorta di “supercompensazione”<sup>85</sup> che produce gli stessi effetti della compensazione, sottraendosi tuttavia alle limitazioni poste all'operatività della compensazione “ordinaria”.

#### I.3.2.1. Il conto corrente come patto di compensazione *in futurum*.

Proprio il conto corrente che, come si è visto, per lungo tempo è stato considerato quale esempio di conto indivisibile viene dunque riletto nell'ottica di una convenzione di compensazione tra le parti.

In questo caso il nesso di connessione si sviluppa in virtù della volontà delle parti, che decidono di far confluire i reciproci rapporti di dare e avere in un unico conto corrente,

---

*résultant d'un même contrat ou comme ayant pris naissance à l'occasion d'une même convention, de sorte que la compensation judiciaire pouvait être invoquée.*”

<sup>83</sup> Cass. civ., chambre comm., 2 marzo 1993, Bull. 1993 IV N° 86 p. 59: “L'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne fait pas obstacle, même pendant la période d'observation, à ce que la compensation opère entre dettes connexes.”

<sup>84</sup> Cour de Cassation 18 ottobre 1938, D.H. 1938.593: “dès lors qu'il est établi que l'un des contractans est créancier de son cocontractant, et qu'il existe un lien de connexité entre la créance et le montant de sa dette vis-à-vis de celui-ci, la compensation est licite, même en cas de faillite”.

<sup>85</sup> Cfr TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2005, p. 1326.

che ha l'utilità per le parti di permettere un comodo regolamento delle proprie relazioni di affari<sup>86</sup>.

#### I.3.2.2. Le situazioni legali di liquidazione: *connexité* legale.

In materia di liquidazione di un rapporto di tutela, così come in ambito di liquidazione della comunione legale tra coniugi e di divisione ereditaria, il legislatore attribuisce ai reciproci crediti quella stessa connessione che le parti possono attribuire nell'ambito di un contratto di conto corrente.

È la legge, in questi casi, a stabilire che tale connessione tra crediti legittima un trattamento preferenziale rispetto ad altri crediti derivanti da diverse fonti<sup>87</sup>.

La connessione tra i crediti non deriva, pertanto, né dalla volontà delle parti, né dal modo d'essere delle obbligazioni. Il legislatore opera una scelta e la traduce in disposizioni, al fine di tutelare l'unità dei reciproci rapporti obbligatori.

#### I.3.2.3. La *connexité* nei contratti sinallagmatici.

È proprio nell'ambito dei contratti sinallagmatici, tuttavia, che la *connexité* esprime al massimo il suo potenziale derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria della compensazione.

Anche qui si possono distinguere quei contratti che, nell'ambito del loro ordinario svolgimento, sono fonte di obbligazioni reciproche (potenzialmente) compensabili e contratti i quali invece divengono fonte di obbligazioni reciproche, omogenee, liquide ed esigibili soltanto nel momento patologico.

Al primo gruppo, anche in questa fase, debbono essere certamente ricondotti il contratto di assicurazione (con riferimento alle obbligazioni per il versamento del premio e per il pagamento dell'indennità) e quello di mandato (con riferimento, ad esempio,

---

<sup>86</sup> È un *lien de connexité artificielle*, cfr. FRIER, *op. cit.*, Paris, 1951, p. 149, DUBOC, *op. cit.*, p. 215.

<sup>87</sup> È anch'esso un *lien de connexité artificielle*, ma *legale*, su cui cfr. DUBOC, *ivi*, p. 217 ss., con indicazioni anche sulla disciplina legale che giustifica tale conclusione.

all'obbligazione per il pagamento del compenso e all'obbligazione per il versamento delle somme riscosse per conto del mandante).

In queste ipotesi non saranno logicamente interessate le obbligazioni principali nascenti dal contratto, poiché esse non sono caratterizzate dalla fungibilità (omogeneità) delle prestazioni, presupposto non superabile neppure in virtù della *connexité*. Quando tuttavia esse, in virtù dell'alea che caratterizza il rapporto – ed è proprio il caso dell'assicurazione – ovvero per cause esterne al fisiologico svolgimento, assumono la caratteristica della fungibilità, allora deve ammettersene la compensazione.

Aderendo a codesta opzione interpretativa, deve considerarsi compensabile il debito per il pagamento del premio con il credito da indennità, anche ove sia in corso una procedura concorsuale e/o i crediti non siano entrambi liquidi ed esigibili<sup>88</sup>.

La *connexité* abbraccia, in secondo luogo, quelle obbligazioni che nascono dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento di un contratto sinallagmatico.

È in quest'ambito che la compensazione vede esaltato al massimo il suo ruolo di garanzia, poiché viene salvaguardato il diritto del contraente che trova, nella controprestazione, la primaria garanzia di soddisfacimento del proprio interesse.

Parlare, invero, in questi casi di *compte* intercorrente tra le parti risulterebbe surreale<sup>89</sup>, poiché trattasi di un evento patologico del contratto e sicuramente non ancorabile ad una (presunta) volontà delle parti di regolare in un unico conto inscindibile le loro reciproche pretese.

In queste ipotesi, infatti, le obbligazioni compensabili non nascono propriamente dallo stesso contratto, bensì nascono in occasione<sup>90</sup> di esso.

---

<sup>88</sup> Cass. civ., 25 maggio 1943, D.C. 1944.25, nota di BESSON; Cass. civ., chambre comm., 15 gennaio 1968, Bull. IV, n. 20, p. 16: “*Si en principal, le dessaisissement qui résulte du jugement prononçant la faillite fait obstacle à toute compensation entre dettes réciproques, il en est autrement quand ces dettes sont connexes comme étant nées d'un même contrat et alors même que l'une de ces dettes a pris naissance après l'ouverture de la faillite. Ainsi, les juges du fond ne peuvent refuser de faire jouer la compensation au profit d'une compagnie d'assurances assignée par le syndic de la faillite en paiement d'une indemnité résultant de l'application du contrat d'assurances, et créancière de la somme restant due par le failli, sur une prime non entièrement payée.*”

<sup>89</sup> NDOKO, *op. cit.*, p. 688.

<sup>90</sup> MAZEAUD – MAZEAUD – CHABAS, *op. cit.*, p. 1193.

Accade sovente, dunque, che le reciproche obbligazioni nascano l'una dall'esatta esecuzione del contratto, l'altra dal suo inadempimento o inesatto adempimento. Tale (inesatto) adempimento è, infatti, fonte di un'obbligazione di risarcimento del danno e degli interessi. La compensazione tra tale obbligazione e l'altra, nascente dal contratto, sinallagmatica rispetto a quella sostituita o affiancata dalla pretesa al risarcimento del danno, dovrebbe dunque essere ammessa in deroga alle restrizioni previste dal *Code Civil* a tutela degli interessi dei terzi.

Il nesso di connessione permetterebbe, pertanto, la compensazione tra l'obbligazione del venditore di risarcire il danno alla cosa a lui imputabile e l'obbligazione gravante sul compratore di pagare il prezzo; oppure ancora potrebbe compensarsi l'obbligazione del prestatore d'opera per i difetti dell'opera con il suo credito per il compenso per l'opera prestata<sup>91</sup>.

Se ne deduce, ad esempio, che il giudice di merito dovrebbe, dunque, ammettere la compensazione del credito di un imprenditore nei confronti di un debitore in liquidazione, per il prezzo del suo lavoro, con il debito di danni e interessi per vizi, di cui è responsabile tale imprenditore, quando il credito e il debito hanno origine nel medesimo contratto<sup>92</sup>.

Potrebbero, inoltre, ritenersi compensabili anche le obbligazioni reciproche, se fungibili, nascenti dagli obblighi di restituzione derivanti dalla risoluzione o dall'invalidità del contratto.

---

<sup>91</sup> Cfr. MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *op. cit.*, p. 229.

<sup>92</sup> Cass. civ., chambre comm., 4 luglio 1973, *Bull. civ.* n. 235.213: “*les juges du fond admettent a bon droit la compensation de la créance d'un entrepreneur envers un débiteur en liquidation des biens, pour le prix de ses travaux, avec la dette de dommages-intérêts pour malfaçons, a la charge de cet entrepreneur des lors qu'ils constatent que les dettes et créances reciproques ont leur source dans le même contrat.*”. Vedi anche Cass. civ., chambre comm., 2 luglio 1973, in *Bull. des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale* N. 229, p. 208: “*les juges du fond peuvent décider que le créancier d'un débiteur en règlement judiciaire est fondé à invoquer la compensation de deux dettes réciproques, malgré l'intervention du règlement judiciaire, dès lors qu'ils constatent que l'une des créances, née à l'occasion de l'exécution d'un contrat qui en a été la condition nécessaire, est connexe à l'autre créance qui a pour objet le payement du prix prévu à ce contrat.*”.

Le reciproche pretese alla restituzione darebbero cioè luogo ad una sorta di “contratto sinallagmatico invertito”<sup>93</sup>, con la conseguenza che, se connesse erano le obbligazioni originarie, connessi saranno anche i crediti da restituzione.

La Corte di cassazione, camera commerciale, in una pronuncia del 4 luglio 1973<sup>94</sup>, ha così avuto modo di ammettere che nel caso di risoluzione di un contratto di compravendita, richiesta dal venditore prima della pronuncia di *reglement judiciaire* del compratore, il credito di questi per la restituzione degli acconti versati e quello del venditore per il deprezzamento del bene si compensano, poiché questi crediti sono connessi<sup>95</sup>, in quanto derivano dalla risoluzione del medesimo contratto.

La spiegazione che viene data è che in questi casi dev’essere sottolineata l’origine comune delle obbligazioni, la medesima causa, considerando che “quando due persone contrattano insieme, o più in generale quando esse sono obbligate reciprocamente in virtù di uno stesso atto o del medesimo fatto giuridico, esse trovano nell’equivalenza delle loro reciproche prestazioni una garanzia contro una perdita; ciascuno detiene nel proprio debito l’assicurazione contro l’insolvibilità della controparte”<sup>96</sup>.

La *connexité* che lega le obbligazioni nascenti dall’esecuzione o dall’inadempimento o inesatto adempimento del medesimo contratto giustificerebbe, in secondo luogo, anche l’opponibilità della compensazione al creditore surrogato.

Infatti, se in generale la compensazione legale tra l’obbligazione trasferita al surrogato e un’obbligazione che il debitore ha nei confronti del surrogante può operare solo se entrambe sono liquide ed esigibili prima della surrogazione, tale regola subirebbe una deroga nell’ipotesi di debiti connessi<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> GHESTIN, nota a Cour de Cassation 4 luglio 1973, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1974, p. 426.

<sup>94</sup> Bull. civ. n. 234.212: “*en l’état de la résolution d’une vente demandée par le vendeur avant le prononcé du règlement judiciaire de l’acheteur, la créance de celui-ci en restitution des acomptes qu’il a versés et celle du vendeur en réparation du préjudice que lui a causé la dépréciation de la chose vendue, se compensent, dès lors que ces créances, nées de la résolution d’un même contrat, sont connexes*”.

<sup>95</sup> V. per la situazione italiana *infra* e BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.

<sup>96</sup> BESSON, nota a Chambre des requêtes 7 febbraio 1928, in *Recueil Dalloz*, 1928, p. 73.

<sup>97</sup> Cass. civ., chambre comm., 14 gennaio 1997, in *Bulletin* 1997, IV, N° 16, p. 13; Cass. civ., chambre comm., 4 giugno 1996, in *Bulletin* 1996, IV, N° 16, p. 141.

Nello stesso senso, dovrebbe ammettersi la compensazione opposta al cessionario, anche se avente ad oggetto un credito divenuto liquido ed esigibile solamente posteriormente alla cessione, ove questo sia tuttavia connesso al credito ceduto<sup>98</sup>.

Ne discende la regola che, con riferimento a obbligazioni nascenti dal medesimo contratto, la deroga alla disciplina della compensazione appare giustificata dalla medesima origine o fonte delle obbligazioni, la quale le caratterizza nel senso di renderle inscindibili ed insensibili alle vicende esterne al rapporto stesso.

Con l'ulteriore considerazione per cui non solo le obbligazioni nascenti direttamente dallo stesso contratto, ma anche quelle che scaturiscono solo "in occasione" dello stesso devono ritenersi connesse e disciplinate diversamente rispetto alle obbligazioni esterne.

#### I.3.2.4. La *connexité* tra contratti distinti.

Il nesso di connessione ha consentito, inoltre, in alcuni casi il superamento delle disposizioni in tema di compensazione anche in ipotesi nelle quali le reciproche obbligazioni nascevano da contratti distinti, ma "economicamente legati"<sup>99</sup>.

In quest'ottica la Cassazione, camera commerciale<sup>100</sup>, ha avuto modo di affermare che anche quando le reciproche obbligazioni non trovano origine nel medesimo contratto, il nesso di connessione può essere riscontrato anche tra crediti e debiti nascenti da vendite diverse, ma concluse in esecuzione di una convenzione che abbia regolato tra le parti l'evolversi delle loro relazioni d'affari, o anche nell'ipotesi di più convenzioni, costituenti tuttavia elementi di un unico assetto contrattuale che svolge la funzione di contesto generale delle loro relazioni d'affari.

---

<sup>98</sup> Cass. civ., 12 luglio 1995, in *Bulletin* 1995, III, N° 183, p. 124.

<sup>99</sup> CAPITANT – TERRÉ – LAQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 2002, p. 432.

<sup>100</sup> Cass. civ., chambre comm., 9 maggio 1995, in Bull. 1995, IV, n. 130: "A défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat, le lien de connexité peut exister entre des créances et dettes nées de ventes et achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre les parties le cadre du développement de leurs relations d'affaires, ou de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations."



Diviene, pertanto, indispensabile stabilire in quali casi le relazioni commerciali tra le parti assurgano a un regolamento tale da richiedere un trattamento preferenziale nei confronti dei terzi.

In primo luogo, le obbligazioni possono in tanto dirsi connesse, in quanto nascano da contratti che siano a loro volta connessi (o, *rectius*, collegati).

Esse, cioè, possono derivare anche da convenzioni distinte, solo se queste tuttavia rientrano nell'ambito di un unico complesso rapporto contrattuale<sup>101</sup>, per la cui prova tuttavia non è sufficiente dimostrare la continuità nelle relazioni di affari.

La difficoltà pratica nasce dalla considerazione che non esiste una definizione di *connexité*, essendo tale concetto costantemente modulato dalla giurisprudenza a seconda della soluzione concretamente più equa da adottare<sup>102</sup>.

Tale incertezza interpretativa determina logicamente un'incertezza applicativa, operando la *connexité* quasi come una clausola generale.

La Cassazione ha, infatti, all'opposto, negato l'esistenza della *connexité* tra garanzia autonoma e il contratto di base<sup>103</sup> oppure tra obbligazioni nascenti da diversi contratti di vendita susseguitisi tra le medesime parti<sup>104</sup> e, in altri casi, ha *tout court* rigettato la compensazione perché i debiti non derivavano dal medesimo contratto<sup>105</sup>.

---

101 Cass. civ., III, 4 giugno 2003, Bull. 2003, III, N° 121, p. 108. V. RÉMERY, *Compensation : à défaut d'obligations nées d'un même contrat, le lien de connexité peut s'induire de relations s'inscrivant dans un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations*, in *La Semaine Juridique - Entreprise et affaires* 6 luglio 1995, il quale nota come la categoria dell' "ensemble contractuel unique" indica "que la compensation peut exister entre achats et ventes faits, non seulement en exécution d'un contrat cadre unique, mais aussi en exécution de deux contrats liés entre eux et formant, même en l'absence de contrat cadre, une opération unique dans l'intention des parties. L'unicité de l'opération peut donc, si elle n'est pas matérialisée par une convention cadre, ressortir d'elle-même à travers les liens qui unissent, par exemple, deux contrats d'approvisionnement".

102 Per taluno essa costituisce una "nozione funzionale" utilizzata dai tribunali nei casi in cui ritengono che il ruolo di quasi-garanzia che la compensazione più giocare debba prevalere sulle altre considerazioni ed in particolare sulla disciplina stessa dell'istituto, v. MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *op. cit.*, p. 229. V. anche GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, in *Revue de droit civil*, 1980, p. 63.

103 Cass. civ., chambre comm., 6 marzo 2001, Bull. 2001, IV, N° 49, p. 48.

104 Cass. civ., chambre comm., 7 luglio 1998, Bull. 1998, IV, N° 220, p. 182: "Loin d'admettre une connexité contractuelle entre les obligations réciproques issues des différents contrats de vente, la cour d'appel, en relevant l'existence d'autres commandes non payées et en rejetant toute compensation, a fait ressortir que ces contrats étaient distincts les uns des autres et justifie sa décision."

105 Cfr. Cass. civ., chambre comm., 17 luglio 2001, Bull. 2001, IV, N° 148, p. 141: "En présence de la créance d'une commune contre une société, née d'un mandat, et d'une dette de cette commune actionnaire, tenue de libérer une fraction du capital de cette société, une cour d'appel retient à bon droit,

L'elasticità della nozione lascia evidentemente spazio da un lato, ad una maggiore adattabilità alle situazioni concrete, dall'altro ad una maggiore discrezionalità delle pronunce.

Ed, infatti, in un tempo la Chambre commerciale nel 1989<sup>106</sup> focalizza il cardine della *connexité* sull'esistenza di un accordo tra le parti, cassando la pronuncia di merito che, per accogliere la domanda di compensazione di due debiti dopo la pronuncia di *règlement judiciaire*, si è limitata a constatare che i debiti sono nati da relazioni commerciali di antica origine tra le parti e concernenti un'operazione economica globale relativa a compravendite di beni della stessa natura, quando invece avrebbe dovuto valutare l'esistenza di un nesso di *connexité* fra le obbligazioni reciproche derivanti dal medesimo contratto derivanti dall'esecuzione di una convenzione che abbia definito tra le parti un assetto di sviluppo delle loro relazioni d'affari.

Per configurare l'esistenza di questo contesto contrattuale unico – afferma sempre la Cassazione in un'occasione successiva – non è sufficiente constatare che i debitori esercitano un'identica attività, che intrattengano tra loro relazioni commerciali regolari consistenti, ad esempio, in contratti di vendita e acquisto concomitanti, caratterizzati dal fatto che le successive convenzioni erano commercialmente ed economicamente legate, poiché riequilibravano gli scambi<sup>107</sup>.

---

*dès lors que le conseil d'administration de la société n'a pas exigé la libération du capital avant la mise en liquidation judiciaire de la société et que le liquidateur a appelé la fraction non libérée du capital après le jugement d'ouverture, que la compensation n'a pu intervenir ni à titre légal, faute d'exigibilité de la somme due par la commune actionnaire avant ce jugement d'ouverture, ni pour connexité, les créances réciproques ne dérivant pas d'un même contrat."*

<sup>106</sup> Cass. civ., chambre comm., 17 maggio 1989, Bull. 1989, IV, N° 153, p. 102: "Doit être cassé l'arrêt qui pour accueillir, après le prononcé d'un règlement judiciaire, une demande de compensation entre deux dettes, se borne à retenir qu'elles sont nées des relations commerciales anciennes existant entre les parties et concernant une opération économique globale relative à la vente et à l'achat d'un produit de même nature, alors qu'il devait établir l'existence d'un lien de connexité unissant les obligations réciproques dérivant d'un même contrat et résultant de l'exécution d'une convention ayant défini entre les parties un cadre pour le développement de leurs relations d'affaires."

<sup>107</sup> Cass. civ., chambre comm., 5 aprile 1994, Bull. 1994, IV, N° 142, p. 113: "Sont impropres à caractériser l'existence d'un lien de connexité entre créances et dettes de deux sociétés, et à justifier leur compensation, les motifs par lesquels une cour d'appel retient que ces sociétés exercent une activité identique, qu'elles entretiennent des relations commerciales régulières et réciproques consistant en des achats et ventes concomitants de marchandises et que les conventions successives, d'où résultaient ces échanges équilibrés, sont commercialement et économiquement liées alors qu'à défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat ce lien ne pouvait exister qu'entre des créances et dettes nées de ventes et achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre elles le cadre du développement

In taluni casi, inoltre, non è considerato sufficiente affermare l'esistenza di relazioni commerciali tra gli interessati, ed infatti viene cassata la sentenza che, dopo l'apertura del *reglement judiciaire*, abbia ammesso la compensazione tra crediti che trovavano sì fondamento nelle relazioni commerciali intercorrenti tra le parti, ma non derivavano dal medesimo contratto<sup>108</sup>.

Le maggiori difficoltà, nel caso di obbligazioni derivanti da contratti distinti deriva necessariamente dall'assenza di quel presupposto di sinallagmaticità che, anche per analogia con l'eccezione di inadempimento o il diritto di ritenzione, giustifica l'estensione della compensazione oltre i limiti legislativamente previsti.

Quando si tratta di contratti distinti, infatti, è rimesso quasi all'arbitrarietà dell'interprete valutare in quali casi, nel concreto, sia ravvisabile un collegamento tra le obbligazioni in causa che possa legittimare la deroga, con la conseguenza che l'applicazione del criterio della *connexité* in questi casi dev'essere più "prudente".

#### I.3.2.5. La *connexité* tra obbligazioni nascenti da contratto e obbligazioni nascenti da fatto illecito.

La forza espansiva della *connexité* arriva oltre alla materia contrattuale, per risolvere anche ipotesi di obbligazioni nascenti da fatto illecito.

Innanzitutto la compensazione tra debiti connessi potrebbe operare tra un'obbligazione derivante dal contratto e un'altra obbligazione nata *in occasione* del medesimo contratto.

---

*de leurs relations d'affaires ou constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations.*". V. anche Cass. civ., chambre comm., 18 dicembre 2012, 11-17.872, in [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr), secondo cui "*Ne présentent aucune connexité autorisant leur compensation la créance d'une société au titre de factures impayées découlant d'un contrat d'approvisionnement exclusif et celle d'une autre société résultant de la faute quasi-délictuelle de la première société*".

<sup>108</sup> Cass. civ., chambre comm., 20 gennaio 1987, Bull. 1987, IV, N° 22, p. 15: "*Doit être cassé l'arrêt qui, pour accueillir, après le prononcé d'un règlement judiciaire, une demande de compensation entre deux dettes retient qu'elles sont connexes au motif que toutes les deux trouvent leur fondement dans les relations commerciales existant entre les parties intéressées, alors qu'il devait établir l'existence d'un lien de connexité unissant les obligations réciproques dérivant d'un même contrat.*"

È questa l'ipotesi interessata da una famosa sentenza della Camera commerciale del 2 luglio 1973<sup>109</sup>: due società avevano concluso un contratto in forza del quale l'una, T.I.L., lavorava per conto della seconda, Wendel-Sidelor, del rottame da questa ricevuto, al fine di renderlo lavorabile. Durante l'esecuzione del contratto, la società T.I.L. che ritirava, lavorava e riconsegnava il materiale aveva presentato delle bolle con un peso superiore a quello effettivamente consegnato o addirittura relativo a materiale non consegnato, ottenendo un pagamento non dovuto. Quest'ultima società era stata poi sottoposta a procedura concorsuale.

Ebbene, la Cassazione aveva ammesso la compensabilità tra il debito della Wendel-Sidelor per pagamenti per lavorazioni ancora non effettuati e il credito della stessa per la restituzione di quanto pagato in eccesso a causa dell'illecito.

La *connexité* ha portato alla soluzione, in un secondo tempo, anche di ipotesi nelle quali non vi era alcun legame di sinallagmaticità, e neppure alcun contratto.

È quanto ha stabilito, ad esempio, la Cassazione nel 2000<sup>110</sup>, affermando che Tizio, che aveva danneggiato un terzo, può compensare il proprio credito di restituzione del *quantum* versato in eccesso (sulla base di decisioni poi riformate), con il debito nei confronti della Cassa la quale, avendo pagato una pensione da pensionamento anticipato a causa dell'incidente, si è surrogata nei diritti del danneggiato.

#### **I.4. Dalla elaborazione giurisprudenziale e dottrinale all'intervento del legislatore.**

##### I.4.1. L'art. L. 622-7 del Code de Commerce.

---

<sup>109</sup> Cass. civ., chambre comm., 2 luglio 1973, D. 1974.427, con nota di GHESTIN.

<sup>110</sup> Cass. civ., II, 12 ottobre 2000, Bull. 2000, II, N° 138, p. 99: “*C'est à bon droit qu'une cour d'appel juge fondée, par dérogation aux dispositions de l'article 1298 du Code civil selon lesquelles la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers, la demande de compensation entre la créance d'une caisse ayant versé par suite d'un accident une pension de retraite anticipée à un agent communal et un trop-perçu par celui-ci en vertu de l'exécution provisoire de précédentes décisions s'agissant de créances connexes procédant de l'indemnisation des séquelles d'un même accident*”.

La “fortuna” della *compensation des dettes connexes* arriva fino all’accoglimento di tale figura da parte del legislatore.

Essa, infatti, cessa di essere un istituto meramente giurisprudenziale quando una legge del 10 giugno 1994, modificando l’articolo 33, comma 1<sup>o</sup>, della legge del 25 gennaio 1985 (entrambe modificative del codice del commercio), prevede un’eccezione all’interdizione della compensazione nelle procedure concorsuali, proprio con riferimento ai crediti connessi.

Tale eccezione si è mantenuta anche a seguito delle modifiche introdotte dalla *loi* n° 2005-845 del 26 luglio 2005 (*de sauvegarde des entreprises*) e dell’*ordonnance* n° 2008-1345 del 18 dicembre 2008 (*portant réforme du droit des entreprises en difficulté*), tanto che l’art. L. 622-7 del Codice del commercio, nella sua attuale formulazione, dispone che: “*Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d’ouverture, à l’exception du paiement par compensation de créances connexes.*”<sup>111</sup>

La norma, dettata in materia di procedura di *sauvegarde*<sup>112</sup>, è applicabile in forza del rinvio operato dall’art. L. 631-14, anche alla procedura di *redressement judiciaire*<sup>113</sup> e, in forza del rinvio operato dall’art. L. 641-3, anche alla procedura di *liquidation judiciaire*<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Commenti alla disposizione in, *ex pl.*, AA.VV., *Code de commerce*, diretto da RONTCHEVSKY, Paris, 2013, *sub* art. L 622-7; AA.VV., *Code de commerce*, diretto da PÉTEL, Paris, 2010. Per approfondire il tema della compensazione di debiti connessi successivamente all’apertura di una procedura concorsuale v. anche LUTUN, *La compensation en droit des procédures collectives: un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres*, in *La Semaine Juridique - Entreprise et affaires*, 6 febbraio 2003.

<sup>112</sup> Disciplinata dagli artt. L. 620-1 ss. *Code de Commerce*, la procedura di *sauvegarde* è aperta su richiesta del debitore che, senza essere in situazione di avvenuta cessazione dei pagamenti (insolvenza), presenta delle difficoltà che non è in grado di sopportare. La procedura è finalizzata a facilitare la riorganizzazione dell’impresa, per mantenere l’attività economica e l’impiego, nonché acclarare il passivo. *Amplius* in AA.VV., *Code de commerce*, diretto da PÉTEL, Paris, 2010.

<sup>113</sup> Disciplinata dagli artt. L. 631-1 ss. *Code de Commerce*, la procedura di *redressement judiciaire* è aperta ai debitori che si trovano in stato di insolvenza a causa dell’impossibilità di far fronte al passivo esigibile mediante l’attivo disponibile. La procedura è finalizzata a facilitare la riorganizzazione dell’impresa, per mantenere l’attività economica e l’impiego, nonché acclarare il passivo. *Amplius* in AA.VV., *Code de commerce*, diretto da PÉTEL, Paris, 2010.

<sup>114</sup> Disciplinata dagli artt. L. 640-1 ss. *Code de Commerce*, la procedura di *liquidation judiciaire* è predisposta per i debitori che si trovano in stato di insolvenza (*cessation des paiements*) e per i quali è manifestamente impossibile attivare la procedura di *redressement*. Questa procedura è destinata a mettere fine all’attività dell’impresa o a realizzare il patrimonio del debitore per produrre la cessione globale o

Va da subito notato, tuttavia, che la portata della norma sembra avere un limite: essa pare consentire, infatti, il pagamento in deroga dei crediti connessi, solo quando questi siano comunque nati prima dell'apertura della procedura concorsuale (ma non abbiano rivestito prima dell'apertura i caratteri di liquidità ed esigibilità), ma sembra non consentire, neppure ove si tratti di debiti connessi, la compensazione se i crediti (o uno di essi) siano sorti dopo l'apertura della procedura.

In secondo luogo, tale norma non definisce la nozione di *connexité*, lasciando quindi sempre all'interprete l'onere di individuare i presupposti da cui far discendere l'accertamento del nesso di connessione.

#### 1.4.2. La compensazione di debiti connessi nell'Avant-projet Catala.

Un ulteriore passo verso il pieno accoglimento legislativo della *compensation des dettes connexes* si avrebbe ove venisse tradotto in legge l'*Avant-projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription*, il c.d. *Avant-projet Catala*.

Tale progetto di riforma prevede, infatti, l'introduzione, all'interno della sezione dedicata alla compensazione nel *Code civil*, di un intero paragrafo dedicato alla compensazione di crediti connessi, con due articoli dedicati<sup>115</sup>. Le disposizioni accoglierebbero esplicitamente le soluzioni giurisprudenziali, infatti, nella stessa redazione al progetto, si legge che: “*Questo regime d'eccezione, così importante nella pratica, è dunque precisato dagli artt. 1248 e 1248-1, i quali codificano gli apporti della giurisprudenza moderna*”<sup>116</sup>.

---

parziale dei suoi diritti e dei suoi beni. *Amplius* in AA.VV., *Code de commerce*, diretto da PÉTEL, Paris, 2010.

<sup>115</sup> “§2 – *De la compensation des dettes connexes*

*Art. 1248*

*Lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité.*

*Art. 1248-1*

*La transmission ou la saisie de l'une des créances connexes ne fait pas non plus obstacle à la compensation.”*

<sup>116</sup> “*Ce régime d'exception, très important en pratique, est désormais précisé aux articles 1248 et 1248-1, lesquels codifient les apports de la jurisprudence moderne.*”

Avrebbero, infatti, l'effetto di impedire, da una parte, al giudice di rifiutare la compensazione per inesigibilità o illiquidità del credito connesso e, dall'altra, di ammettere esplicitamente l'opponibilità della compensazione in caso di cessione o sequestro/pignoramento del credito connesso.

Nel progetto vi sono, peraltro, ulteriori elementi interessanti nell'ambito della nostra indagine. Vi si prevede, infatti, che, nell'ambito dei giudizi per la dichiarazione di nullità ovvero di risoluzione di un contratto, il giudice pronunci la compensazione giudiziale dei debiti fungibili di restituzione<sup>117</sup>.

In tema di cessione dei crediti si prevede inoltre che: *“Lorsqu'il accepte la cession par un acte écrit, le débiteur cédé peut expressément renoncer à opposer au cessionnaire tout ou partie des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.*

*À défaut d'une telle acceptation le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions inhérentes à la dette, y compris l'intransmissibilité de l'obligation, ainsi que les clauses de règlement des différends.*

Il peut se prévaloir à l'encontre du cessionnaire de la compensation des dettes connexes dans ses rapports avec le cédant.

*Il peut également opposer au cessionnaire l'extinction de la créance pour toute cause antérieure à la date à laquelle la cession de celle-ci lui a été rendue opposable.”*<sup>118</sup>

L'accettazione della cessione non pregiudicherebbe più, pertanto, la possibilità per il debitore ceduto di opporre in compensazione un credito connesso.

Ed ancora, nell'ambito della surrogazione personale del creditore, si concede al debitore il diritto di opporre al creditore surrogato la compensazione di debiti connessi relativi ai rapporti con il creditore originario<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Art. 1162-2: *“Le juge, saisi d'une action en nullité ou en résolution, peut statuer d'office sur les restitutions quand même il n'en aurait pas été requis.*

*Il prononce la compensation judiciaire des dettes fungibles de restitution.*

*Le jugement d'annulation ou de résolution entraîne intervention de la prescription applicable à l'obligation de restitution.”*

<sup>118</sup> Art. 1257.

<sup>119</sup> Art. 1264-1: *“Le débiteur peut opposer au créancier subrogé toutes les exceptions inhérentes à la dette, y compris l'intransmissibilité de l'obligation, ainsi que les clauses de règlement des différends, et se prévaloir à son encontre de la compensation des dettes connexes dans ses rapports avec le créancier primitif.*

I.4.3. La compensation des dettes connexes nel Progetto di Riforma del regime delle obbligazioni e dei quasi contratti a cura del Ministero della Giustizia e delle Libertà.

Alcune delle modifiche proposte dal gruppo di lavoro presieduto dal prof. Catala sono state poi inserite nel progetto di riforma a cura del Ministero della Giustizia e delle Libertà, sul quale sono state indette consultazioni pubbliche.

Gli artt. 100 e 101 riproducono fedelmente gli artt. 1248 e 1248-1, così come concepiti dal Progetto di Riforma la cui stesura è stata diretta dal prof. Catala, salvo per un aspetto. L'art. 100 afferma, infatti, che quando due debiti *certi* sono connessi, allora al giudice è vietato rifiutare la compensazione a motivo dell'inesigibilità e illiquidità degli stessi. Viene dunque esplicitato il requisito della certezza dei crediti, da intendersi quale non contestazione, requisito fino ad ora mai codificato.

Il progetto accoglie, inoltre, le modifiche con riferimento alla surrogazione stabilendo che: *“Le débiteur peut opposer au créancier subrogé toutes les exceptions inhérentes à la dette et se prévaloir à son encontre de la compensation des dettes connexes dans ses rapports avec le créancier primitif”*.

Con riferimento alla cessione del credito, inoltre, stabilisce che il debitore, anche se partecipa all'atto di cessione, può opporre al cessionario tutte le eccezioni inerenti al debito, la compensazione di crediti connessi e anche quella di crediti non connessi, ma solo se le condizioni per l'operare della stessa sono riunite prima della notificazione, nonché le eccezioni nate prima della notifica della cessione<sup>120</sup>.

---

*Il peut également lui opposer l'extinction de la dette pour toute cause antérieure à la subrogation ou, en cas de subrogation consentie par le créancier, à la date à laquelle il a été informé de celle-ci.”*

<sup>120</sup> Art. 111: *“Lorsque le débiteur intervient à la cession, il doit signaler toutes les exceptions dont il a connaissance.*

*A défaut, le débiteur est présumé y avoir renoncé.*

*Il peut aussi expressément renoncer à opposer ces exceptions au cessionnaire.*

*A défaut d'intervention à l'acte, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions inhérentes à la dette, la compensation des dettes connexes ainsi que celle des dettes non connexes mais dont les conditions de compensation étaient réunies avant la notification, et les exceptions nées antérieurement à la notification de la cession.”*



Nessuna modifica viene proposta, invece, con riferimento alla risoluzione o alla dichiarazione di nullità di contratti e, conseguentemente, con riferimento alla sorte delle obbligazioni di restituzione.

### **I.5. Conclusioni parziali.**

Dal percorso sin qui svolto, sia nell'ambito della giurisprudenza, sia in quello delle proposte di modifica del dettato normativo, appare evidente l'importanza che l'istituto della compensazione di crediti connessi riveste nel sistema francese.

Importanza che, tuttavia, è accompagnata da un'altrettanto evidente incertezza dogmatica, di tanto che, nonostante l'istituto sia apparso, anche nelle sue forme più primordiali, ormai due secoli fa, ciò nonostante non vi è ancora stata una compiuta definizione e disciplina dello stesso, ad eccezione della norma settoriale contenuta nel codice del commercio.

Né la codificazione prospettata dai suddetti progetti di riforma del diritto delle obbligazioni consentirebbe di sopire tutti i dubbi e le incertezze emersi in questi anni di costante applicazione.

Neppure le nuove norme, infatti, fornirebbero una definizione di *connexité*, lasciando quindi ancora alla discrezionalità del giudice individuare le ipotesi pratiche nelle quali è ravvisabile tale nesso. Non verrebbero, quindi, risolti i dubbi circa la configurabilità della fattispecie in caso di obbligazioni derivanti da contratti distinti, né da contratti e fatti illeciti.

Non verrebbe chiarita neppure la natura della compensazione di debiti connessi: se per taluni si tratta di una compensazione legale<sup>121</sup>, per altri di una compensazione giudiziale<sup>122</sup>, per altri ancora di una compensazione *sui generis*<sup>123</sup>, tale discordanza sembrerebbe non poter essere risolta neppure dalle modifiche legislative.

---

<sup>121</sup> *Ex plurimis* Cass. civ., chambre civil, 25 novembre 2009, in *Bulletin* 2009, I, n° 234.

<sup>122</sup> Cfr. Cass. civ., chambre comm., 20 febbraio 2007, in *RTDciv.* 2007, p. 570 *chroniques*.

<sup>123</sup> V. NDOKO, *op. cit.*, p. 693.

Da ciò discenderebbe anche il permanere dell'incertezza circa il momento nel quale si devono intendere estinti i reciproci debiti connessi. Dal momento in cui divengono entrambi liquidi ed esigibili? Dal momento in cui il giudice determina l'ammontare del credito ancora illiquido? Oppure dal momento in cui è diventato esigibile il primo di essi?

Da tale incertezza discende quindi che la *connexité* continuerebbe ad avere quel ruolo di "condizione *joker*"<sup>124</sup> finora svolto, in considerazione dell'utilizzo pratico che il giudice del caso concreto vuole attribuirle.

Tuttavia, al di fuori delle prospettive *de iure condendo* e nell'ottica di rilevare dal sistema francese delle utili indicazioni per la risoluzione della problematica domestica, ciò che comunque è possibile evidenziare è che, in Francia, sebbene non si ritrovi l'affermazione per cui "l'autonomia delle fonti è presupposto della compensazione in senso proprio" (come accade in Italia), tuttavia dalla mancata autonomia delle stesse si fa discendere l'applicazione del diverso regime della compensazione di crediti connessi. *Connexité* che, giova ribadirlo, è pressoché unanimemente riscontrata nel caso di obbligazioni derivanti dal medesimo contratto, quindi dalla medesima fonte, e, sebbene con alcuni dubbi, anche nei casi di obbligazioni derivanti da contratti distinti ma collegati e, talvolta, anche tra obbligazioni derivanti l'una da contratto e l'altra da illecito, ovvero tra fonti di illecito *tout court*.

Tuttavia, il concetto di *connexité* come deroga alle regole della compensazione non è, a differenza di quanto si avrà modo di vedere in Italia, mai ancorato all'art. 1293 *Code Civil* il quale, con formulazione simile all'art. 1246 c.c., prevede che la compensazione possa avvenire quali che siano le *cause*<sup>125</sup> delle obbligazioni, tranne per le eccezioni esplicitate.

Ci si può chiedere dunque: le ipotesi in cui si riscontra la *connexité* sono le medesime alle quali in Italia si applicherebbe la compensazione impropria?

---

<sup>124</sup> TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2005, p. 1327.

<sup>125</sup> L'art. 1293 *Code Civil* parla, per l'appunto, di «cause» dei debiti. Utile spunto per l'interpretazione del riferimento al "titolo" contenuto nell'art. 1246 c.c.?

E gli indizi per riscontrare nella pratica l'esistenza di una *connexité* sono utili anche nelle fattispecie di matrice italiana?

Ed ancora, le giustificazioni dogmatiche della compensazione di debiti connessi, in particolare l'analogia praticata con gli istituti dell'eccezione di inadempimento e con il diritto di ritenzione, possono essere traslate nel sistema italiano?

Le conclusioni che, sul punto, possono, dunque, essere tratte sono le seguenti:

1. in Francia si è sentita l'esigenza per ragioni di equità di derogare alla disciplina della compensazione "tecnica" in taluni casi in cui la soluzione concreta in base a tale disciplina doveva ritenersi non equa;
2. il campo di applicazione più esteso dev'essere riscontrato nell'ambito dei rapporti contrattuali sinallagmatici;
3. il conflitto è individuato tra diritti dei contraenti e diritti dei terzi sulle obbligazioni scaturenti dal contratto;
4. il sinallagma o la connessione tra i crediti costituirebbe la giustificazione per la disapplicazione delle norme sulla compensazione e per la riduzione dei diritti dei terzi.



**CAPITOLO II – Germania: *Selbständigkeit* (autonomia) delle pretese  
come criterio discrezionale tra l'*Aufrechnung* (compensazione) e  
l'*Anrechnung* (calcolo di dare e avere). Ipotesi di tutela per pretese  
derivanti dalla medesima fonte.**

Se si volge lo sguardo al sistema germanico è possibile individuare, anche lì come in Francia, alcune ipotesi nelle quali gli interpreti sono indotti ad individuare una disciplina del fatto concreto che, sebbene appaia come ricavabile da quella prevista per la compensazione vera e propria, tuttavia se ne distingue non tanto dal punto di vista degli effetti, quanto proprio da quello del meccanismo di operatività.

È possibile riscontrare anche in quel sistema, dunque, quell'esigenza di giustizia del caso concreto che, per lo più in un'ottica di difesa dell'attuazione del contratto sinallagmatico, induce a ritenere insussistente un'ipotesi di compensazione per lasciare spazio a diversi modi di accertamento delle reciproche pretese.

L'indagine sarà svolta – anche in questo ambito e come è stato fatto per l'area francese – in primo luogo individuando seppur per brevi cenni la disciplina della compensazione “propria”, che costituisce presupposto fondamentale da cui partire per poter evidenziare eventuali differenze con altri e diversi istituti e per poi allargarsi alla ricerca di fattispecie particolari nelle quali la presenza del sinallagma contrattuale o, comunque, la medesima origine delle due obbligazioni interessate suggerisce alla pratica e alla teoria nuove ricostruzioni considerate più eque per la soluzione del caso concreto.

**II.1. L'*Aufrechnung*.**

**II.1.1. La compensazione come esercizio di un diritto potestativo.**

L'istituto della compensazione, in Germania, si distingue dai corrispondenti italiani e francesi, innanzitutto, sotto il profilo del momento estintivo delle pretese e, in particolare, sotto il profilo della qualificazione dell'atto di volontà diretto a far valere o a produrre tale effetto estintivo.

Mentre, infatti, in Italia e in Francia la compensazione è costruita nell'ambito dello spirito informatore dell'estinzione *ipso iure*<sup>126</sup>, in Germania, invece, l'effetto estintivo deriva, senza dubbio alcuno, dall'esercizio di un diritto potestativo di uno dei soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio (§ 387 BGB).

L'estinzione delle reciproche pretese deriva, infatti, da una dichiarazione di volontà recettizia rivolta da un soggetto all'altro, che ha l'effetto costitutivo di estinguere le reciproche pretese per l'ammontare corrispondente.

Il § 388 BGB (*Erklärung der Aufrechnung*)<sup>127</sup> dispone, infatti, che la compensazione segue per effetto di una dichiarazione di volontà rivolta all'altra parte. Dichiarazione costitutiva che, peraltro, è priva di effetto, se sottoposta a termine o condizione.

### II.1.2. I presupposti della compensazione.

La diversa configurazione giuridica delle modalità attraverso cui si addiende all'estinzione delle reciproche pretese comporta delle differenze anche per quanto riguarda i presupposti per l'operare stesso della compensazione.

Se, da un lato, infatti, entrambe le obbligazioni devono essere, in linea di massima, reciproche<sup>128</sup> e omogenee<sup>129</sup>, mentre non ha alcuna rilevanza il luogo dell'adempimento,

---

<sup>126</sup> Sebbene, come si è già accennato, la qualificazione giuridica dell' "eccezione di compensazione" sia anche in questi paesi molto discussa.

<sup>127</sup> § 388 BGB *Erklärung der Aufrechnung*.- *Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.*

<sup>128</sup> Ad eccezione della compensazione del terzo § 268, Abs. II, BGB.

<sup>129</sup> In caso di non omogeneità spetta alle parti un diritto di ritenzione (*Zurückbehaltungsrecht* ex § 273 o § 320 BGB) il quale tuttavia non conduce all'estinzione delle pretese, bensì unicamente ad una condanna contestuale e reciproca (*Zug um Zug*).

dall'altro, tuttavia, i presupposti per l'estinzione, intesi come caratteristiche del credito, non sono sempre i medesimi per entrambe le obbligazioni da estinguersi.

Bisogna, infatti, distinguere il diritto di credito di cui è titolare colui che dichiara la compensazione (*Gegenforderung* o *Aktivforderung*), dal diritto di credito di cui è titolare il soggetto nei confronti del quale la compensazione viene dichiarata (*Hauptforderung* o *Passivforderung*).

Colui che oppone la compensazione deve essere titolare di un diritto di credito esistente (*entstanden*)<sup>130</sup> ed esigibile (*fällig*)<sup>131</sup>: in tanto egli può opporre la compensazione, infatti, in quanto sia legittimato ad esigere l'adempimento.

Essendo la compensazione, da questa prospettiva, un surrogato dell'adempimento (*Erfüllungssurrogat*), essa può operare negli stessi limiti in cui opererebbe l'estinzione per mezzo dell'adempimento. Se il credito di cui è titolare colui che vuole opporre la compensazione non è esigibile, egli non può efficacemente far ricorso a tale istituto, negli stessi termini in cui non potrebbe pretendere l'adempimento<sup>132</sup>.

Questo diritto di credito dev'essere inoltre azionabile (*durchsetzbar*), poichè sono opponibili in compensazione solo quei crediti il cui adempimento può essere ottenuto mediante un'azione e un'esecuzione forzata<sup>133</sup>.

La *Gegenforderung* non deve essere, inoltre, suscettibile di essere paralizzata mediante una eccezione<sup>134</sup>. Il § 390 BGB vieta, infatti, la compensazione con un credito contro il quale sia opponibile un'eccezione<sup>135</sup>. Con riferimento all'eccezione di prescrizione, tuttavia, la compensazione non è esclusa quando la dichiarazione di compensazione interviene sì nel momento in cui il credito è prescritto, ma al momento del verificarsi di

---

<sup>130</sup> Cfr. GURSKY, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2011, *sub* § 387, Rn. 136.

<sup>131</sup> Cfr. GURSKY, *ivi*, Rn. 137.

<sup>132</sup> Ne consegue che non potrebbe essere opposto in compensazione un credito futuro (*künftig*). Cfr. GURSKY, *ivi*, Rn. 136.

<sup>133</sup> Cfr. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1994, p. 247.

<sup>134</sup> Cfr. MEDICUS – LORENZ, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, München, 2010, Rn. 308.

<sup>135</sup> Non è necessario che l'eccezione sia stata effettivamente opposta. Per approfondimenti sul punto v. *ex plurimis*, DENNHARD, in BAMBERGER – ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013, *sub* § 390, Rn. 4; GURSKY, *op. cit.*, *sub* § 390, il quale parla di "*ipso-iure-Wirkung der Einrede*"; BGH 20.5.2003, in *NJW-RR* 2003, 1421.

tutti i presupposti (*beim Eintritt der Aufrechnungslage*) la prescrizione non era ancora maturata<sup>136</sup>.

Diversa è la prospettiva per quanto riguarda il credito di cui è titolare colui che riceve la dichiarazione di estinzione per compensazione, in altre parole l'obbligazione che vuole estinguere colui che oppone la compensazione.

In questo caso è sufficiente che tale obbligazione sia suscettibile di essere adempiuta (*Erfüllbarkeit*): siccome il debitore potrebbe estinguere la propria obbligazione mediante adempimento, allora può estinguerla anche opponendo un proprio credito (*Aktivforderung*) in compensazione.

Non è richiesta, invece, la liquidità dei crediti da compensare<sup>137</sup>.

### II.1.3. L'efficacia retroattiva della compensazione: l'Aufrechnungslage.

Un retaggio della estinzione automatica delle pretese, per il solo effetto della loro coesistenza, appare essere, tuttavia, rimasto nella norma contenuta nel § 389 BGB<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr MEDICUS – LORENZ, *op. cit.*, Rn. 308.

<sup>137</sup> La ragione di questa diversità di disciplina tra i sistemi francese e italiano, da un lato, e quello tedesco, dall'altro, è spiegata da MERLIN, *Compensazione e processo. I.*, Milano, 1991, p. 493 secondo cui “La relazione logica tra il requisito della liquidità ed il modello della compensazione di diritto può essere colta, crediamo, anche su un piano di più generali considerazioni. Non può dimenticarsi che tale modello rappresenta, dal punto di vista storico e strutturale, la traduzione positiva soprattutto di una delle due funzioni cui assolve l'istituto compensativo (o, se così può dirsi, di una sola delle due «anime» che ne alimentano la vitalità). All'alternativa, in precedenza principalmente vagliata sotto il profilo del trattamento formale, tra compensazione di diritto, da un lato, e compensazione su dichiarazione unilaterale potestativa, dall'altro, non può infatti non vedersi, rispettivamente, sottesa la preminente valorizzazione della funzione c.d. liberatoria e della funzione di garanzia satisfattiva in astratto riconducibili all'istituto compensativo. Solo alla concezione della compensazione in termini di garanzia satisfattiva del credito (e quindi di estinzione operante nell'interesse del *creditore*) è connaturale, in quanto tipica delle forme di «autotutela», la tecnica della realizzazione su dichiarazione potestativa della parte, e, correlativamente, solo la concezione della compensazione in termini di estinzione liberatoria (e quindi di estinzione operante nell'interesse del *debitore*) si mostra logicamente apparentata alla tecnica di produzione dell'*ipso iure*. [...] A dare ragione della condizione in discorso è, altrimenti detto, l'accento che l'«*ipso iure*» induce a porre sulla funzione liberatoria della compensazione: se è naturale, infatti, che a illiquidità della prestazione non impedisca al creditore di ottenerne attualmente l'adempimento (e, dunque, in genere la sua estinzione satisfattiva), non altrettanto può dirsi se lo stesso soggetto è visto nella veste di debitore che dovrebbe beneficiare – per il tramite del suo credito illiquido – dell'estinzione liberatoria da un debito *liquido* esistente in favore della controparte.”

<sup>138</sup> § 389 BGB *Wirkung der Aufrechnung - Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.*



Ai sensi di questo paragrafo, infatti, l'effetto della dichiarazione di compensazione retroagisce al primo momento in cui si sarebbe potuta opporre la compensazione (*Aufrechnungslage*). Per quanto, infatti, la compensazione operi per effetto della dichiarazione costitutiva di una delle parti, tale dichiarazione ha effetto *ex tunc*, come se essa fosse stata espressa nel primo momento in cui le due reciproche obbligazioni hanno iniziato a coesistere con tutti i requisiti richiesti per la compensazione ed erano, dunque, compensabili.

L'effetto retroattivo della compensazione non significa, tuttavia, che colui che abbia adempiuto, non sapendo della possibilità di compensare, possa ripetere la prestazione effettuata<sup>139</sup>. La compensazione è, infatti, solo un'alternativa all'adempimento, la cui mancata opposizione, pur in presenza dei presupposti, non rende la prestazione indebita.

#### II.1.4. I divieti di compensazione.

Come in Italia e in Francia, così anche in Germania sono previsti alcuni divieti di compensazione in forza dei quali, nonostante la presenza di tutti i presupposti richiesti dalla legge, è preclusa l'estinzione per compensazione delle reciproche pretese.

In primo luogo, il § 392 BGB<sup>140</sup> dispone che l'avvenuto "sequestro" (*Beschlagnahme*) del credito (*rectius* della *Hauptforderung*) impedisce la compensazione quando il debitore ha acquistato il proprio credito dopo l'avvenuto "sequestro" oppure quando il suo credito è divenuto esigibile dopo il "sequestro" e dopo che lo è divenuto il credito "sequestrato".

Innanzitutto per "*Beschlagnahme*" deve intendersi il pignoramento (*Pfändung*) del credito da parte di un terzo<sup>141</sup>. Così come è vietato al debitore pignorato pagare il

---

<sup>139</sup> Cfr GRÜNEBERG, in PALANDT, *BGB*, München, 2012, *sub* § 389, Rn. 4.

<sup>140</sup> § 392 BGB *Aufrechnung gegen beschlagnahmte Forderung - Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist.*

<sup>141</sup> MEDICUS – LORENZ, *op. cit.*, Rn. 312.

creditore, infatti, allo stesso modo gli è impedito far valere la compensazione. Il debitore pignorato non può, infatti, procedere al pagamento liberatorio nelle mani dell'originario creditore. In ossequio alla medesima *ratio* egli non può opporre in compensazione un credito nei confronti del medesimo originario creditore, a scapito dell'interesse del creditore pignorante.

Tuttavia, non può impedirsi la compensazione se al momento del sequestro erano già presenti i presupposti della compensazione (si era già verificato il c.d. *Aufrechnungslage*) oppure vi era già una fondata prospettiva di una possibile compensazione<sup>142</sup>.

Se la compensazione viene opposta nonostante il divieto contenuto dal § 392 BGB la conseguenza è l'inefficacia relativa della dichiarazione. Dichiarazione che diviene efficace, e produce l'estinzione dei reciproci rapporti, se il sequestro cessa, o diviene definitivamente inefficace se il terzo si rivale sul credito sequestrato<sup>143</sup>.

Il § 392 BGB non è, inoltre, di ostacolo alla compensazione quando il credito di colui che oppone la compensazione, sebbene sia divenuto esigibile dopo il sequestro, tuttavia lo è diventato prima del credito sequestrato. In questo caso, così come il debitore pignorato potrebbe ottenere l'adempimento, allo stesso modo può operare la compensazione.

Il § 393 BGB<sup>144</sup> vieta, invece, la compensazione con un credito derivante da atto illecito.

È necessario, tuttavia, distinguere a seconda che derivante dall'atto illecito sia la *Haupt-* o la *Gegenforderung*.

Il § 393 BGB è di ostacolo, infatti, solo alla compensazione *contro* (*gegen*) un credito derivante da atto illecito (se dunque la *Hauptforderung* ha fonte nell'illecito). La *ratio* della norma è volta a impedire che colui che si rende autore di un atto illecito possa estinguere il proprio debito non attraverso l'adempimento, ma attraverso la

---

<sup>142</sup> GRÜNEBERG, *op. cit.*, sub § 392.

<sup>143</sup> V. GERNHUBER, *op. cit.*, p. 269.

<sup>144</sup> § 393 BGB *Keine Aufrechnung gegen Forderung aus unerlaubter Handlung - Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig.*

compensazione con un credito di cui fosse o divenga titolare. Un creditore, il quale si veda costretto a subire l'insolvenza del suo debitore, potrebbe infatti essere incentivato, se non vi fosse tale divieto, a commettere atti illeciti verso il debitore con la consapevolezza di poter estinguere il debito da risarcimento del danno con il proprio credito<sup>145</sup>. Si vuole evitare, in altre parole, che il creditore ponga in essere una non ammessa autotutela<sup>146</sup>.

Nessun ostacolo, invece, si pone con riferimento alla *Gegenforderung*: non vi è alcun motivo, infatti, per impedire a colui che è titolare di un credito da atto illecito di preferire la soddisfazione attraverso l'estinzione di un proprio debito.

Ancora, non è possibile addivenire all'estinzione per compensazione di un debito che sia impignorabile.

Il § 394 BGB<sup>147</sup> tutela, infatti, quel credito per il cui effettivo adempimento la legge ha previsto l'impignorabilità (totale o parziale) dello stesso.

È il caso tipico in cui un determinato credito non può essere sottoposto ad azione forzata, se non in parte, perché al creditore deve essere garantito un minimo effettivo pagamento.

Un'applicazione importante del principio è quella secondo cui il datore di lavoro può compensare il suo credito per danni causati dal lavoratore solo con quella parte di debito per il pagamento dello stipendio che sia pignorabile<sup>148</sup>.

### II.1.5. La compensazione e la cessione del credito.

Il § 404 BGB<sup>149</sup> consente al debitore ceduto di opporre al cessionario tutte le eccezioni già esistenti al momento della cessione del credito.

---

<sup>145</sup> Cfr. MEDICUS – LORENZ, *op. cit.*, Rn. 313.

<sup>146</sup> Cfr. GERNHUBER, *op. cit.*, p. 259.

<sup>147</sup> § 394 BGB *Keine Aufrechnung gegen unpfändbare Forderung - Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden.*

<sup>148</sup> Cfr. MEDICUS – LORENZ, *op. cit.*, Rn. 314.

Nello specifico, con riferimento all'eccezione di compensazione, il § 406 BGB dispone che: "Il debitore può opporre in compensazione al cessionario un credito verso l'originario creditore, a meno che, quando ha acquistato il credito, avesse conoscenza della cessione oppure nel caso in cui il credito sia divenuto esigibile dopo la conoscenza della cessione e dopo che lo è diventato il credito ceduto"<sup>150</sup>.

Obiettivo della norma è evitare che, a causa della cessione, il debitore si trovi in una posizione deteriore rispetto a quella che avrebbe rivestito in assenza del trasferimento del credito<sup>151</sup>.

In secondo luogo, dev'essere tutelata quella funzione di garanzia insita nell'istituto della compensazione, in forza della quale il debitore, che sa di poter contare sull'estinzione per compensazione onde evitare l'adempimento, non deve subire conseguenze negative da un atto della sua controparte, qual è la cessione del credito<sup>152</sup>.

Se dunque, in linea di principio, l'avvenuta cessione non impedisce al debitore ceduto di portare in compensazione un proprio credito verso il cedente, tuttavia la legge esclude la legittimità di tale opposizione quando il debitore sia divenuto titolare del credito in un momento in cui già conosceva l'avvenuta cessione oppure perché, al momento della cessione, tale credito era inesigibile. Infatti, in quest'ultima ipotesi, il debitore ceduto non avrebbe potuto opporsi ad una richiesta di adempimento effettivo tramite un'eccezione di compensazione, quindi la tutela del debitore sarebbe stata limitata alla possibilità di una futura compensazione, mentre il creditore avrebbe avuto fin da subito

---

<sup>149</sup> § 404 BGB *Einwendungen des Schuldners - Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.*

<sup>150</sup> Va precisato che l'ipotesi disciplinata da questo paragrafo è unicamente quella nella quale il debitore ceduto oppone la compensazione dopo e nella consapevolezza dell'avvenuta cessione. Se, infatti, il debitore ceduto ha già eccepito la compensazione prima della cessione, l'ipotesi ricade sotto il § 404; se egli la oppone dopo la cessione, ma non avendo conoscenza della stessa, allora l'ipotesi è disciplinata dal § 407. Sul punto, *ex plurimis*, HIRSCH, *Allgemeines Schuldrecht*, Köln, 2009, Rn. 1192.

<sup>151</sup> Cfr. ROHE, in BAMBERGER – ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013 *sub* § 406, Rn. 1; STÜRNER, in JAUERNIG, *BGB*, München, 2011, *sub* § 406, Rn.1; GRÜNEBERG, *op. cit.*, *sub* § 406, Rn. 1.

<sup>152</sup> Cfr. ROTH, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, *sub* § 406, Rn. 1; SCHULZE, *BGB*, München, 2012, *sub* § 406, Rn.1.

il diritto di azionare il credito<sup>153</sup>. Non gli si potrà, infatti, “riattribuire” questo potere in forza dell’avvenuta cessione del credito.

L’elemento discrezionale per ammettere la compensazione appare, dunque, la conoscenza dell’avvenuta cessione.

Se al momento dell’acquisto del credito il debitore era a conoscenza dell’avvenuta cessione, egli ben sapeva che mancava il requisito della reciprocità e quindi non dev’essere tutelata alcuna aspettativa legittima di poter compensare<sup>154</sup>.

Tuttavia è considerato sufficiente, per l’efficacia della compensazione, che, al momento della conoscenza, fosse presente la semplice causa giuridica (*Rechtsgrund*) della controprestazione da compensare<sup>155</sup>.

Così come, infatti, non dev’essere peggiorata la posizione del debitore a causa della cessione, allo stesso modo essa non dev’essere migliorata: devono pertanto sussistere, al momento della dichiarazione di compensazione, tutti i presupposti, sia positivi che negativi, necessari per l’efficacia della stessa.

#### II.1.6. La disciplina processuale.

Spostandosi sul versante processuale, deve rilevarsi come l’eccezione di compensazione nel processo può rivestire una doppia natura poiché, se essa viene invocata per la prima volta nel processo, l’atto volontario con cui questo avviene ha, da un lato, l’efficacia sostanziale di atto di esercizio di un diritto potestativo volto a estinguere le reciproche obbligazioni ai sensi dei §§ 387 ss. BGB (*privatrechtliches Gestaltungsrecht*), dall’altro costituisce un’eccezione processuale diretta al respingimento della domanda dell’attore (*rechtsvernichtende Einwendung*, ma *als Einrede im Sinne der ZPO, die zur Klageabweisung führen kann*)<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Sul punto cfr. BUSCHE, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2005, *sub* § 406, Rn. 19; ROTH, *ivi*, *sub* § 406, Rn. 11.

<sup>154</sup> Cfr. SCHULZE, *op. cit.*, *sub* § 406, Rn.3.

<sup>155</sup> Cfr. BUSCHE, *op. cit.*, *sub* § 406, Rn. 17.

<sup>156</sup> Cfr. STADLER, in MUSIELAK, *ZPO*, München, 2012, *sub* § 145, Rn. 13.

La decisione di eccepire la compensazione nel processo comporta, dunque, una serie di conseguenze dal punto di vista della disciplina del processo e, in particolare, circa la portata del giudicato.

Con riguardo alla disciplina del processo, il § 145<sup>157</sup> del *Zivilprozessordnung* (ZPO) dispone, con riferimento alla separazione dei processi, che il tribunale ha la facoltà di ordinare la trattazione separata delle questioni, quando il credito fatto valere dal convenuto con l'eccezione di compensazione non si trova in connessione giuridica con il credito azionato (*nicht in rechtlichem Zusammenhang*).

La connessione giuridica (*Konnexität*) tra le pretese può essere individuata in tutte quelle ipotesi in cui i reciproci crediti derivino dallo stesso rapporto (*Lebenssachverhalt*), di modo che sarebbe contrario alla buona fede decidere su uno di essi senza tenere in considerazione l'altro<sup>158</sup>.

Nell'ipotesi di trattazione separata, il § 145 ZPO dichiara applicabile il § 302 ZPO, il quale dispone che, se il convenuto ha fatto valere in compensazione un contro-credito, ma la causa è matura per la decisione solo con riferimento al credito azionato, la decisione può essere emanata sotto riserva di decisione sulla compensazione (Abs. 1)<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> § 145 ZPO *Prozesstrennung* - (1) Das Gericht kann anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden. (2) Das Gleiche gilt, wenn der Beklagte eine Widerklage erhoben hat und der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch nicht in rechtlichem Zusammenhang steht. (3) Macht der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht, so kann das Gericht anordnen, dass über die Klage und über die Aufrechnung getrennt verhandelt werde; die Vorschriften des § 302 sind anzuwenden.

<sup>158</sup> Cfr. WENDTLAND, in VORWERK – WOLF, *Beck'scher OK ZPO*, München, 2013, sub § 145, Rn. 8; STADLER, *op. cit.*, sub § 145, Rn. 10.

<sup>159</sup> § 302 ZPO *Vorbehaltsurteil*. - (1) Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergehen. (2) Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urteils nach Vorschrift des § 321 beantragt werden. (3) Das Urteil, das unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen. (4) In Betreff der Aufrechnung, über welche die Entscheidung vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit anhängig. Soweit sich in dem weiteren Verfahren ergibt, dass der Anspruch des Klägers unbegründet war, ist das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und über die Kosten anderweit zu entscheiden. Der Kläger ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Der Beklagte kann den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreit geltend machen; wird der Anspruch geltend gemacht, so ist er als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen.

Quale sia, tuttavia, il valore della decisione che si pronuncia sulla compensazione è definito dal § 322, Abs. 2, ZPO, il quale dispone che se il convenuto ha fatto valere in giudizio la compensazione, la decisione circa l'insussistenza del controcredito ha forza di giudicato fino all'ammontare dell'importo per cui è stata fatta valere la compensazione<sup>160</sup>.

Questa soluzione normativa costituisce un'eccezione alla regola generale espressa dall'Abs. 1 del § 322 ZPO secondo cui sulle difese e sulle eccezioni proposte dal convenuto non si forma il giudicato<sup>161</sup>.

Eccezione che viene giustificata dalla considerazione che l'eccezione di compensazione sarebbe una sorta di domanda riconvenzionale non sviluppata (*"unentwickelte Widerklage"*)<sup>162</sup>.

La conseguenza è che se il convenuto citato per il pagamento dell'importo di 10.000 euro oppone in compensazione un controcredito di 15.000 euro, la sentenza con la quale si nega l'esistenza di tale controcredito ha forza di giudicato fino all'importo di 10.000 euro, residuando invece per il convenuto la possibilità di agire in giudizio per il pagamento dei residui 5.000 euro.

È irrilevante, con riferimento alla forza di giudicato della decisione, che la compensazione sia stata fatta valere per la prima volta nel processo, oppure già prima<sup>163</sup>.

La *ratio* della norma va riscontrata nell'esigenza di evitare che il convenuto possa far valere due volte, davanti a giudici diversi, il medesimo credito, con un ingiustificato privilegio<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> § 322 ZPO *Materielle Rechtskraft*. - (1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. (2) Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

<sup>161</sup> VOLLKOMMER, in ZÖLLER, ZPO, Köln, 2012, sub § 322 *Vorbemerkungen*, Rn. 34a.

<sup>162</sup> VOLLKOMMER, *ivi*, sub § 322, Rn. 15. L'esistenza, nel codice di procedura civile tedesco, di tale disposizione contribuisce a dare quella chiarezza che manca, invece, nell'ordinamento italiano, in ragione del quale la dottrina discute animatamente sull'efficacia della decisione emessa sulla "eccezione" di compensazione. Per una ricostruzione della problematica v. MERLIN, *Compensazione e processo. II. Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, *passim*.

<sup>163</sup> MUSIELAK, in ID., ZPO, München, 2012, sub § 322, Rn. 76.

Tuttavia non possiede tale forza di giudicato la sentenza che si limiti a dichiarare inammissibile la compensazione, poiché mancano i requisiti sostanziali o processuali, senza decidere sull'esistenza o meno del credito<sup>165</sup>.

### II.1.7. La compensazione nel fallimento.

Quali siano le conseguenze dell'apertura di una procedura fallimentare sulla possibilità di addivenire alla compensazione è stabilito dagli artt. 94-96 dell'*Insolvenzordnung* (InsO).

La regola generale prevede che qualora il creditore del debitore sottoposto alla procedura concorsuale (*Insolvenzgläubiger*)<sup>166</sup>, al momento dell'apertura della stessa, fosse già titolare del diritto di eccepire la compensazione (per forza di legge o per volontà delle parti), tale diritto non è modificato e/o pregiudicato dall'apertura della procedura concorsuale<sup>167</sup>.

Né è necessario, per il creditore, partecipare al procedimento di accertamento del passivo<sup>168</sup>, potendo egli invero procedere direttamente alla dichiarazione di compensazione<sup>169</sup>.

Nella procedura fallimentare si esprime, dunque, al massimo quella funzione di garanzia insita nell'istituto, poiché viene attribuito al creditore un "diritto di separazione" sul

---

<sup>164</sup> Cfr. GRUBER, in VORWERK – WOLF, *Beck'scher OK ZPO*, München, 2013, sub § 322, Rn. 62.

<sup>165</sup> Sulla problematica che si incontra con riferimento alle decisioni che negano la compensazione per inesistenza del credito e inesistenza dei presupposti, v. GRUBER, *ivi*, sub § 322, Rn. 69. Cfr. anche GOTTWALD, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, 2013, sub § 322, Rn. 199. Si veda, in Italia, Cass. civ., 15 luglio 1980, n. 4550, in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, secondo cui il giudicato che "in sede di opposizione all'esecuzione, abbia escluso l'opponibilità in compensazione di un credito del debitore a causa della sua illiquidità (...) non preclude la possibilità che il medesimo credito sia fatto valere in un successivo giudizio".

<sup>166</sup> La norma è applicabile soltanto al creditore concorsuale (*Insolvenzgläubiger*), non al creditore della massa fallimentare (*Massegläubiger*), cfr. LEITHAUS, in ANDRES – LEITHAUS, *InsO*, München, 2011, sub § 94, Rn. 2; KROTH, in BRAUN, *InsO*, München, 2012, sub § 94, Rn. 7; SINZ, in UHLENBRUCK, *InsO*, München, 2010, sub § 94, Rn. 3.

<sup>167</sup> § 94 InsO *Erhaltung einer Aufrechnungslage. - Ist ein Insolvenzgläubiger zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung berechtigt, so wird dieses Recht durch das Verfahren nicht berührt.* Cfr. SINZ, *op. cit.*, sub § 94, Rn. 1.

<sup>168</sup> Cfr. BRANDES, in *Münchener Kommentar zur InsO*, München, 2007, sub § 94, Rn. 1.

<sup>169</sup> Cfr. LEITHAUS, *op. cit.*, sub § 94, Rn. 1.



proprio debito (*ein Absonderungsrecht an der eigenen Schuld*) che gli consente di soddisfarsi autonomamente e al di fuori del concorso<sup>170</sup>.

Questo è quanto avviene se, al momento dell'apertura della procedura, già si era in costanza dell'*Aufrechnungslage*, e pertanto si erano già verificati tutti i presupposti per la compensazione, ad eccezione della dichiarazione costitutiva del creditore. Non devono sussistere, naturalmente, eventuali divieti di compensazione<sup>171</sup>.

Se, invece, al momento dell'apertura della procedura non era ancora venuta in essere la *Aufrechnungslage*, il § 95 InsO dispone, al primo comma, che: “ *Se al momento dell'apertura della procedura entrambe o una delle obbligazioni da compensare erano ancora sottoposte a condizione sospensiva ovvero non ancora esigibili ovvero non erano ancora omogenee, allora la compensazione può verificarsi solo se ne sono integrati i presupposti. Non si applicano i §§ 41, 45. La compensazione è esclusa, quando l'obbligazione contro cui dev'essere dichiarata la compensazione, diviene incondizionata ed esigibile prima che la compensazione possa operare*”<sup>172</sup>.

Obiettivo di questa norma (comune al § 94 InsO), è tutelare la fiducia del creditore<sup>173</sup> dell'insolvente, quando questi poteva far affidamento su di una futura compensazione<sup>174</sup>. Se entrambe le obbligazioni erano già sorte, infatti, e indipendentemente dal fatto che esse non fossero già esigibili, il creditore poteva legittimamente attendersi la possibilità di estinguere la propria obbligazione mediante

---

<sup>170</sup> Cfr. BRANDES, *op. cit.*, sub § 94, Rn. 3.

<sup>171</sup> Cfr. LEITHAUS, *op. cit.*, sub § 94, Rn. 5.

<sup>172</sup> § 95 InsO *Eintritt der Aufrechnungslage im Verfahren*. - (1) *Sind zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder eine von ihnen noch aufschiebend bedingt oder nicht fällig oder die Forderungen noch nicht auf gleichartige Leistungen gerichtet, so kann die Aufrechnung erst erfolgen, wenn ihre Voraussetzungen eingetreten sind. Die §§ 41, 45 sind nicht anzuwenden. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann. (2) Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Forderungen auf unterschiedliche Währungen oder Rechnungseinheiten lauten, wenn diese Währungen oder Rechnungseinheiten am Zahlungsort der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, frei getauscht werden können. Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswert, der für diesen Ort zur Zeit des Zugangs der Aufrechnungserklärung maßgeblich ist.*

<sup>173</sup> Cfr. KROTH, *op. cit.*, sub § 94, Rn. 1; WITTKOWSKI, in NERLICH – RÖMERMANN, *InsO*, München, 2012, sub § 94, Rn. 2.

<sup>174</sup> Mentre il § 94 InsO comporta una *Schutz des Vertrauens auf eine* bereits entstandene, *eine* bestehende *Aufrechnungslage*, il § 95 InsO conduce alla *Schutz des Vertrauens auf eine* entstehende *Aufrechnungslage*, cfr. KROTH, *op. cit.*, sub § 95, Rn. 1.

compensazione, pertanto tale aspettativa non dev'essere frustrata dall'apertura della procedura concorsuale<sup>175</sup>.

Tale aspettativa, tuttavia, non dev'essere tutelata, poiché non esistente, nel momento in cui il credito di colui che è sottoposto alla procedura concorsuale diviene esigibile prima che lo diventi il credito del creditore concorsuale<sup>176</sup>.

In questo caso, infatti, è concesso al curatore lo stesso diritto che avrebbe l'insolvente se fosse ancora *in bonis*: poter ottenere l'esecuzione forzata del credito senza dover subire la compensazione.

Né il difetto di esigibilità può essere sanato attraverso l'applicazione dei §§ 41 e 45 InsO, i quali prevedono che i crediti non esigibili divengano esigibili con l'apertura del concorso e che siano automaticamente convertiti in denaro i crediti aventi ad oggetto altri beni.

Per sintetizzare lo "statuto" della compensazione in ambito fallimentare si possono, dunque, presentare tre ipotesi:

- 1) se il credito dell'*Insolvenzgläubiger* (*Gegenforderung* - *Insolvenzforderung*) diviene esigibile prima dell'apertura della procedura concorsuale e il suo debito nei confronti della procedura, anche se non esigibile, è adempibile (*erfüllbar*), il creditore può compensare ai sensi del § 94 InsO;
- 2) se, invece, il credito dell'*Insolvenzgläubiger* (*Gegenforderung* - *Insolvenzforderung*) diviene esigibile dopo l'apertura della procedura concorsuale, ma prima che lo diventi il credito del fallito, allora vi è ancora spazio per la compensazione *ex* § 95 InsO;
- 3) se, tuttavia, il credito dell'*Insolvenzgläubiger* (*Gegenforderung* - *Insolvenzforderung*) diviene esigibile dopo che è divenuto esigibile il credito dell'insolvente, allora non vi è spazio per una compensazione, e il creditore potrà solo essere ammesso al passivo<sup>177</sup> e pagato in moneta fallimentare.

---

<sup>175</sup> Cfr. BRANDES, *op. cit.*, sub § 95, Rn. 1.

<sup>176</sup> Cfr. LEITHAUS, *op. cit.*, sub § 95, Rn. 3.

<sup>177</sup> SINZ, *op. cit.*, sub § 95, Rn. 5-7.

Indipendentemente dalle sopra citate norme, la compensazione è esclusa, ai sensi del § 96 InsO<sup>178</sup>:

1. Quando il creditore concorsuale è divenuto debitore della massa soltanto dopo l'apertura della procedura;
2. Quando il creditore concorsuale ha acquistato il proprio credito da un terzo dopo l'apertura della procedura concorsuale.
3. Quando il creditore concorsuale ha ottenuto il diritto di compensare attraverso un atto giuridico impugnabile.
4. Quando un creditore, il cui credito deve essere adempiuto con il patrimonio libero del debitore sottoposto a procedura concorsuale, deve qualcosa alla massa.

Se, ai sensi dei §§ 94 e 95 InsO, la compensazione è ammessa nonostante l'apertura della procedura concorsuale al fine di mantenere quella posizione privilegiata che il creditore già aveva prima dell'apertura, essendo in diritto di eccepire la compensazione o, comunque, avendo l'aspettativa di poterla eccepire, questi divieti, in ossequio alla medesima *ratio*, evitano di favorire quei creditori che non rivestivano tale posizione prima dell'apertura della procedura.

---

<sup>178</sup> § 96 InsO *Unzulässigkeit der Aufrechnung* . - (1) Die Aufrechnung ist unzulässig,

1. wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist,

2. wenn ein Insolvenzgläubiger seine Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erworben hat,

3. wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat,

4. wenn ein Gläubiger, dessen Forderung aus dem freien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist, etwas zur Insolvenzmasse schuldet.

(2) Absatz 1 sowie § 95 Abs. 1 Satz 3 stehen nicht der Verfügung über Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes oder der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen aus Zahlungsaufträgen, Aufträgen zwischen Zahlungsdienstleistern oder zwischengeschalteten Stellen oder Aufträgen zur Übertragung von Wertpapieren entgegen, die in Systeme im Sinne des § 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes eingebracht wurden, das der Ausführung solcher Verträge dient, sofern die Verrechnung spätestens am Tage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt; ist der andere Teil ein Systembetreiber oder Teilnehmer in dem System, bestimmt sich der Tag der Eröffnung nach dem Geschäftstag im Sinne des § 1 Absatz 16b des Kreditwesengesetzes.

Il primo divieto impedisce la compensazione tra un credito precedente al fallimento di cui è titolare il creditore e un credito della massa verso tale creditore sorto solo successivamente all'apertura della procedura concorsuale.

Tale credito può sorgere per effetto, ad esempio, di un contratto concluso tra curatore e creditore<sup>179</sup> oppure a causa dell'esistenza di pretese di risarcimento del danno nei confronti del creditore<sup>180</sup>.

Specularmente, non può invocare la compensazione quel debitore dell'insolvente che ne sia diventato anche creditore, ma solo successivamente all'apertura della procedura concorsuale. L'aver acquistato il credito da un terzo, dopo l'apertura della procedura, è sintomo, infatti, del dolo volto a violare la *par condicio creditorum*, dotandosi di una forma privilegio<sup>181</sup>.

Quando, invece, l'*Insolvenzgläubiger* ha creato artificialmente i presupposti per la compensazione, per mezzo di un atto che il curatore potrebbe impugnare, la legge esclude che possa operare la compensazione, di modo che non è necessario che il curatore impugni prima l'atto<sup>182</sup> per impedire l'effetto estintivo.

Il quarto divieto è fondato, invece, sull'assenza della reciprocità, essendo il patrimonio della massa e quello libero del debitore due patrimoni separati e facenti capo a diversi soggetti giuridici<sup>183</sup>.

## **II.2. L'Anrechnung.**

Affrontata, dunque, sebbene per brevi cenni, la ricostruzione della disciplina della compensazione "propria", è possibile dedicarsi all'analisi delle ipotesi che fuoriescono, per forza di legge o d'interpretazione, da questa disciplina.

---

<sup>179</sup> Cfr. BRANDES, *op. cit.*, sub § 96, Rn. 7.

<sup>180</sup> Cfr. WITKOWSKI, *op. cit.*, sub § 96, Rn. 4.

<sup>181</sup> Cfr. KROTH, *op. cit.*, sub § 96, Rn. 12.

<sup>182</sup> SINZ, *op. cit.*, sub § 96, Rn. 46.

<sup>183</sup> Cfr. LEITHAUS, *op. cit.*, sub § 96, Rn. 10; SINZ, *op. cit.*, sub § 96, Rn. 65.

Esse verranno raccolte nella categoria della *Anrechnung*, anche se sovente è dato, soprattutto nella giurisprudenza, l'uso di sinonimi quali *Verrechnung*, *Abrechnung* e, in senso atecnico, *Compensatio*.

L'etimologia stessa dei termini consente fin d'ora di anticipare che si tratta di ipotesi nelle quali è necessario, in senso ampio, tenere conto di qualcosa nel calcolo dell'ammontare delle pretese intercorrenti tra due soggetti, da imputare, da considerare, da valutare nell'operazione di determinazione di tali pretese.

Si avrà modo di notare che le ipotesi suddette abbracciano i campi più disparati del diritto civile e che, sebbene presentino alcune peculiarità, sono accomunate dall'inapplicabilità (totale o parziale) della disciplina della compensazione.

### II.2.1. Le ipotesi legislativamente previste di Anrechnung.

La legislazione tedesca prevede in diverse ipotesi che un soggetto, titolare di una pretesa nei confronti di un altro, debba però lasciare che, nel determinare l'ammontare di tale pretesa, si tenga conto dei vantaggi (*latu sensu*) comunque ricevuti.

Le ipotesi sono molteplici, ma risulta particolarmente interessante, ai nostri fini, quella prevista dal § 326, Abs. 2 S.2, che risulta essere anche il modello delle altre norme speciali<sup>184</sup>.

Il § 326 disciplina l'ipotesi di liberazione dalla controprestazione e recesso nel caso di esclusione dell'obbligo di eseguire la prestazione, nell'ambito dei contratti sinallagmatici.

Vi si afferma che, quando il debitore è esonerato dall'obbligo di eseguire la prestazione ai sensi del § 275 (impossibilità della prestazione), questi non ha diritto di ottenere la controprestazione, a meno che la circostanza a causa della quale la propria prestazione è

---

<sup>184</sup> OTTO, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2009, *sub* § 326, Rn. C61. Le ulteriori ipotesi espresse di *Anrechnung* si riscontrano nei §§ 337, Abs. 1, 537 Abs. 1 S. 2; 615 S 2; 616 S 2; 649 S 1 HS 2; 1380 Abs. 1 S 1, 2; 1476 Abs 2; 1500; 1501 Abs. 1; 1511 Abs 3; 1577 Abs 2; 1612b; 2050; 2315; 2316; 2327 BGB; 74c Abs 1 HGB; 11 KSchG.

diventata impossibile dipenda da responsabilità esclusiva o prevalente del creditore oppure non dipenda comunque da responsabilità del debitore, se nel momento in cui si è verificata il creditore era in mora nell'accettazione della prestazione.

In questo caso, tuttavia, quando cioè permane il diritto di ricevere la controprestazione, il debitore liberato dalla sua obbligazione deve lasciare che si tenga conto (*anrechnen lassen*) di “tutto ciò che, grazie alla liberazione dall'obbligo di eseguire la prestazione, egli sia riuscito a risparmiare, o di ciò che egli abbia guadagnato – o dolosamente omesso di guadagnare – attraverso una diversa utilizzazione della propria forza lavoro”<sup>185</sup>.

Devono, pertanto, essere sottratte, dall'ammontare della controprestazione, le spese che il debitore ha risparmiato, non dovendo adempiere: si può trattare di spese di trasporto e, in generale, delle spese necessarie per eseguire la prestazione<sup>186</sup>.

A ciò si deve aggiungere anche quanto il debitore ha guadagnato, potendo impiegare diversamente la propria opera.

Potrebbe sostenersi, in questi casi, l'esistenza di due diversi e reciproci diritti di credito: quello del debitore liberato di ottenere la controprestazione e quello della controparte di ottenere il pagamento di quanto risparmiato o diversamente guadagnato dal proprio creditore.

Questa opzione interpretativa non è accolta e viene, pertanto, negata l'esistenza di due autonome posizioni di credito. Il debitore che deve comunque adempiere (nonostante non abbia diritto a ricevere la controprestazione) non è, dunque, titolare di un proprio diritto di credito<sup>187</sup>, ma può soltanto pretendere che dalla propria prestazione vengano decurtati i vantaggi ottenuti dal creditore.

---

<sup>185</sup> § 326, Abs. 2 S.2 BGB, nella traduzione contenuta in CANARIS - DE CRISTOFARO, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2003. Cfr. SCHULZE, *op. cit.*, sub § 326 BGB, Rn. 14.

<sup>186</sup> Cfr. GRÜNEBERG, *op. cit.*, sub § 326, Rn. 13; GSELL, in SOERGEL, *BGB*, Stuttgart, 2005, sub § 326, Rn. 77-78.

<sup>187</sup> GROTHE, in BAMBERGER-ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013, sub § 326, Rn. 20.

Si tratta qui di un unico diritto soggettivo il cui ammontare viene determinato tramite l'automatica imputazione dei vantaggi ottenuti, senza che possa dunque parlarsi di compensazione in senso proprio (*Aufrechnung*)<sup>188</sup>.

### II.2.2. Le ipotesi extralegislative ricondotte alla categoria della *Anrechnung*.

Oltre alle appena citate ipotesi legislativamente previste, nelle quali si impone al creditore/debitore di lasciar tenere in considerazione, nel calcolo finale della pretesa, i vantaggi o le poste che, in generale, sono andate a suo favore, la dottrina e la giurisprudenza hanno allargato l'ambito di applicazione del "puro calcolo di dare e avere" anche ad altre fattispecie, nelle quali si incorre nella presenza di opposte e reciproche ragioni di credito.

La riconduzione di queste ipotesi alla *Anrechnung* non è, come si avrà modo di accennare, né pacifica né assodata e ruota intorno alla riscontrabilità o meno, nel caso di specie, di due diritti di credito autonomi.

#### II.2.2.1. *Vorteilvergleichung*.

Non esiste nel BGB una disciplina generale della *compensatio lucri cum damno* nell'ambito della liquidazione del danno. Una disciplina generale è pertanto tratta dalle disposizioni particolari previste nell'ambito della liquidazione del danno contrattuale<sup>189</sup>.

La *ratio* della *Vorteilvergleichung* è quella di evitare che il danneggiato, per mezzo del risarcimento, si trovi in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato ove non fosse stato danneggiato.

Pertanto il risarcimento che questi può ottenere deve tenere conto degli eventuali vantaggi da questi ottenuti proprio a causa dell'evento dannoso.

---

<sup>188</sup> Cfr OTTO, *op. cit.*, sub § 326, Rn. C68.

<sup>189</sup> V. sul punto e sull'evoluzione concettuale e pratica dell'istituto OSWALD, *Anspruchsrelevante Verknüpfungphänomene im Schuldrecht*, Frankfurt am Main, 2011, p. 78ss.

Nel calcolare l'ammontare del risarcimento del danno si dovrà, pertanto, portare in decurtazione ogni posta attiva che sia pervenuta al danneggiato per effetto dell'evento dannoso stesso<sup>190</sup>.

La possibilità di riscontrare, in quest'ipotesi, una fattispecie di vera e propria *Aufrechnung* ovvero di semplice *Anrechnung* dipende essenzialmente dalla valutazione circa l'esistenza, o meno, di due reciproche e autonome pretese: l'una volta ad ottenere il risarcimento del danno, l'altra volta ad ottenere dal danneggiato i vantaggi che questi ha ottenuto, nonostante il danno.

Autonomia che, tuttavia, non è riscontrabile poiché l'ammontare dei vantaggi entra solo (eventualmente) come posta di calcolo nell'operazione matematica destinata a individuare la misura del risarcimento<sup>191</sup>.

L'unico diritto in considerazione è, infatti, quello del danneggiato di ottenere il risarcimento del danno. Misura del risarcimento che è, per l'appunto, correlata all'entità del danno, di tanto che, se nel caso i vantaggi fossero stati addirittura superiori al danno, non potrebbe identificarsi alcun diritto al risarcimento.

Di conseguenza il calcolo dei vantaggi ottenuti dal danneggiato è sottoposto ad una semplice *Anrechnung*, che si sottrae alle disposizioni previste per l'*Aufrechnung*<sup>192</sup>.

#### II.2.2.2. Differenztheorie.

Spostandosi invece nell'ambito della disciplina dei contratti sinallagmatici diviene necessario occuparsi delle modalità con cui dev'essere calcolato il risarcimento del danno contrattuale nelle ipotesi di inadempimento delle obbligazioni. La *Differenztheorie* costituisce, infatti, insieme alla *Surrogationstheorie*, uno dei metodi individuati e usati per calcolare l'ammontare del risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni ai sensi dei §§ 280-283 BGB.

---

<sup>190</sup> Cfr. SCHULZE, *op. cit.*, *sub Vorbemerkung zu §§ 249-253*, Rn. 31ss.

<sup>191</sup> Cfr. ÖTKER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, *sub § 249*, Rn. 228 ss.

<sup>192</sup> Cfr. GRÜNEBERG, *op. cit.*, *Vorbemerkungen § 249*, Rn. 71.



Si deve premettere che, ai sensi del § 281 BGB<sup>193</sup>, nel caso di inadempimento dell'obbligazione (*Nichtleistung*) ovvero di adempimento inesatto (*Schlechtleistung*)<sup>194</sup>, al creditore spettano due opzioni:

- può chiedere un risarcimento che comprenda il valore dell'intera prestazione non ottenuta (*Schadenersatz statt der ganzen Leistung*, c.d. *großer Schadenersatz*) ove abbia fissato al debitore un termine per l'adempimento e questi non abbia provveduto. Il c.d. grande risarcimento spetta al creditore nel caso di inadempimento assoluto e definitivo, ovvero in caso di adempimento parziale, ma soltanto ove questi non abbia alcun interesse alla prestazione parziale e, nel caso di adempimento qualitativamente inesatto, sempre che la violazione del dovere non sia irrilevante (*unerheblich*).
- può chiedere invece un risarcimento limitato alla parte di prestazione non ricevuta ovvero commisurato alla violazione del dovere, il c.d. *kleiner Schadenersatz* (*Schadenersatz statt der Leistung*), quando non sussistono i presupposti per il c.d. grande risarcimento.

A ciò si aggiunga che, nel caso di obbligazioni derivanti da contratto sinallagmatico, la legge prevede a favore della parte fedele anche il diritto di recedere dal contratto (*Rücktritt*, § 323 BGB<sup>195</sup>), con conseguente liberazione reciproca dagli obblighi assunti

---

<sup>193</sup> § 281 BGB *Schadenersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung* - (1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadenersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadenersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadenersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadenersatz verlangt hat. (5) Verlangt der Gläubiger Schadenersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.

<sup>194</sup> Ma la regola è applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche alle ipotesi di mora (§ 286 BGB), di violazione degli obblighi accessori di cui al § 241, Abs. 2 BGB ( § 282 BGB) e di impossibilità della prestazione ( § 283 BGB). Anche per l'analisi che segue vale, pertanto, il medesimo accorgimento.

<sup>195</sup> § 323 BGB *Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung* - (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann

col contratto risolto, ma senza che ciò escluda il diritto al risarcimento del danno (§ 325 BGB<sup>196</sup>). Anche qui il recesso è consentito senza limitazioni in caso di inadempimento assoluto e definitivo, mentre è consentito, in caso di adempimento parziale, soltanto se il creditore non conserva alcun interesse alla prestazione parziale. In caso di adempimento inesatto, inoltre, la violazione dell'obbligo non dev'essere irrilevante.

Nel calcolo, dunque, dell'ammontare del risarcimento spettante alla parte fedele è necessario distinguere a seconda che essa abbia diritto al c.d. *großer Schadensersatz* ovvero al c.d. *kleiner Schadensersatz*, se essa abbia esercitato o meno il diritto di recesso (ove si tratti di inadempimento di un'obbligazione derivante da contratto sinallagmatico) e se essa abbia o meno già adempiuto la propria prestazione.

In generale è possibile fin d'ora precisare che il c.d. *großer Schadensersatz* ha la funzione di porre il creditore nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato ove non ci fosse stato l'inadempimento<sup>197</sup>. Esso corrisponde pertanto all'interesse positivo facente capo al creditore, da soddisfarsi in natura o in denaro.

---

*der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.*

*(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn*

*1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,*

*der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten*

*2. Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder*

*3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.*

*(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.*

*(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.*

*(5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

*(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.*

<sup>196</sup> § 325 BGB Schadensersatz und Rücktritt - Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

<sup>197</sup> "Der Gläubiger, der einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat, kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte." BGH 11.2.2009, in BeckRS 2009, 06498. v. anche OTTO, *op. cit.*, sub § 280, Rn. E56.

Il c.d. *kleiner Schadensersatz* ha, invece, la funzione di compensare il creditore per il minor valore o la minore utilità ottenuta dalla prestazione ricevuta, a causa della parzialità della stessa o per la sua non corrispondenza a quanto dedotto in contratto.

Nel calcolo del c.d. *großer Schadensersatz*, nell'ambito dei rapporti obbligatori sinallagmatici, si può, dunque, far ricorso a due diversi metodi, a seconda che il creditore abbia esercitato o meno il diritto di recesso, e sia, perciò, liberato o meno dall'obbligo di eseguire la propria prestazione (o avendo diritto alla sua restituzione, se già eseguita).

Se il creditore non ha esercitato il diritto di recesso e non ha intenzione di esercitarlo, e pertanto mantiene l'obbligo di eseguire la propria prestazione, egli, in ossequio alla c.d. *Surrogationstheorie*, ha diritto a ricevere un risarcimento che comprenda il valore dell'intera prestazione non ottenuta, che sia cioè un surrogato della stessa. In questo caso il sinallagma rimane intatto tra l'originaria controprestazione e il diritto al risarcimento del danno<sup>198</sup>.

Questo criterio può essere utilizzato sia nel caso in cui il creditore abbia già eseguito la sua prestazione, sia nel caso in cui egli debba ancora eseguirla, ma voglia ancora farlo, come, ad esempio, nel caso in cui oggetto dell'obbligazione sia la consegna di un bene difficilmente commerciabile sul mercato, che il creditore non ha quindi interesse a trattenere<sup>199</sup>.

Nel caso in cui, dunque, la prestazione consista nella dazione di una somma di denaro, la parte fedele può *aufrechnen*<sup>200</sup> (compensazione "propria").

Se il creditore, invece, ha esercitato il diritto di recesso<sup>201</sup> e si è in tal modo liberato dall'obbligo di eseguire la propria prestazione, egli può ottenere un risarcimento nei limiti della differenza tra il proprio interesse positivo alla controprestazione e quanto

---

<sup>198</sup> ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, sub § 325, Rn. 25.

<sup>199</sup> OTTO – SCHWARZE, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2009, sub § 281, Rn. B131.

<sup>200</sup> UNBERATH, in BAMBERGER – ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2011, sub § 281; SCHULZE, *op. cit.*, sub § 281, Rn.13; GRÜNEBERG, *op. cit.*, sub § 281, Rn. 18.

<sup>201</sup> Oppure, sebbene non l'abbia esercitato, opti per il calcolo tramite il *Differenzmethode*, così che possa considerarsi implicita in questa scelta l'opzione per lo scioglimento del contratto, cfr. GRÜNEBERG, *op. cit.*, sub § 281, Rn. 20. Cfr anche OTTO – SCHWARZE, *op. cit.*, sub § 281, Rn. B133.

invece risparmiato per non dovere adempiere alla propria prestazione (c.d. *Differenztheorie*). In quest'ottica, il creditore diviene titolare di un diritto soggettivo il cui ammontare va calcolato tenendo conto non soltanto del danno subito, ma di quanto risparmiato evitando di dover adempiere<sup>202</sup>.

Ed è proprio nell'ambito di questo calcolo che si ritiene sussistente un'ipotesi di *Anrechnung*, poiché si tratterebbe non di compensare due diversi e autonomi diritti di credito, bensì unicamente di calcolare l'ammontare dell'unica pretesa, tenendo conto tuttavia di vantaggi e svantaggi ottenuti reciprocamente dalle parti<sup>203</sup>.

La pretesa del creditore verrebbe, in tal modo, a diminuirsi *ipso iure*<sup>204</sup> per effetto del calcolo di dare e avere. In luogo delle originarie reciproche obbligazioni verrebbe, dunque, a formarsi un unico diritto di credito avente ad oggetto la differenza di valore tra le originarie pretese. *Rectius*, tale diritto di credito avrebbe ad oggetto la differenza tra il valore della controprestazione che il creditore ha risparmiato, da un lato, e, dall'altro, il valore della prestazione non ricevuta o ricevuta in difformità a quanto stabilito<sup>205</sup>.

Con riferimento, invece, al c.d. *kleiner Schadensersatz*, la possibilità di ricorrere ad uno o ad entrambi i criteri non è pacifica.

Da una parte si ammette tale possibilità, lasciando al creditore la possibilità di scegliere tra *Differenzmethode* e *Surrogationsmethode*.

Dall'altro lato è stato anche supposto che la c.d. *Differenztheorie* non venga in considerazione ove il creditore opti per il c.d. *kleiner Schadensersatz*<sup>206</sup>, poiché in questo caso non corrisponderebbe all'interesse delle parti l'esito del *Differenzmethode*, che consiste nel concentrare gli originari diritti di credito derivanti dal contratto in un'unica pretesa derivante dal loro saldo. Nell'ipotesi di scelta per il c.d. piccolo

---

<sup>202</sup> UNBERATH, *op. cit.*, sub § 281; OTTO – SCHWARZE, *op. cit.*, sub § 281, Rn. B130; STADLER, in JAUERNIG, *BGB*, München, 2011, sub § 281, Rn. 18.

<sup>203</sup> STADLER, *ibidem*.

<sup>204</sup> OTTO, *op. cit.*, sub § 280, Rn. E58.

<sup>205</sup> SCHULZE, *op. cit.*, sub § 281, Rn. 13; addendo della somma algebrica è il valore della prestazione non ricevuta o, meglio, l'interesse positivo da risarcire? Cfr. UNBERATH, *op. cit.*, sub § 281, Rn. 34.

<sup>206</sup> VIERRATH, *Anrechnung und Aufrechnung*, Aachen, 2000, p. 64 ed ivi ulteriore bibliografia.

risarcimento, secondo questa interpretazione, dovrebbero ritenersi autonomi e quindi compensabili (*aufrechenbar*) il diritto, da un lato, all'ottenimento della prestazione e il diritto, dall'altro, al risarcimento del danno. Nell'ambito della liquidazione del c.d. *kleiner Schadensersatz*<sup>207</sup> si riscontrerebbe, pertanto, un'ipotesi di vera e propria compensazione (*Aufrechnung*).

II.2.2.2.a. ... nel caso di contratto di appalto o d'opera (*Werkvertrag*);

L'*Anrechnung*, nella sottospecie di applicazione della c.d. *Differenztheorie*, manifesta la sua peculiarità con particolare riferimento ai contratti di compravendita (*Kaufvertrag*, § 433ff.) e appalto<sup>208</sup> (*Werkvertrag*, § 631ff.).

Con riferimento al *Werkvertrag*, il § 634 BGB<sup>209</sup> consente al committente, in caso di vizi dell'opera, di ottenere il risarcimento dei danni ai sensi delle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni.

Cosa accade, dunque, se il committente avente diritto al risarcimento del danno è a sua volta obbligato a (finire di) pagare il compenso pattuito? Può egli compensare (*aufrechnen*)?

Sul punto appare decisiva, innanzitutto, la scelta del committente circa il c.d. *großer Schadensersatz* o il c.d. *kleiner Schadensersatz*.

---

<sup>207</sup> Secondo PETERS, *Unselbständige Rechnungsposten und selbständige Forderungen, Aufrechnung und Verrechnung*, in *Juristenzeitung*, 1988, p. 671, anche nel caso di c.d. *großer Schadensersatz*, sebbene non si possa parlare di *Aufrechnung* in senso proprio, trattandosi soltanto di poste di calcolo da saldare, tuttavia non deve escludersi necessariamente l'applicazione delle regole della compensazione in senso proprio.

<sup>208</sup> Il *Werkvertrag* tedesco comprende, a ben vedere, non solo l'italiano contratto di appalto, bensì anche il contratto d'opera.

<sup>209</sup> § 634 BGB *Rechte des Bestellers bei Mängeln. - Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,*

1. *nach § 635 Nacherfüllung verlangen,*
2. *nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,*
3. *nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und*
4. *nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.*

Dalla scelta del “grande risarcimento”, se liquidato secondo la c.d. *Differenztheorie*, la conseguenza è la disapplicazione dell’*Aufrechnung* per fare spazio ad un semplice calcolo di dare e avere<sup>210</sup> al fine di determinare l’ammontare dell’unica pretesa rimasta, quella al risarcimento. In quest’ipotesi, infatti, la pretesa al pagamento del compenso perderebbe la propria autonomia ed esigibilità, per essere assorbita nell’operazione di calcolo. Il committente, per questa via, restituisce l’intera opera ricevuta e sulla base di questa calcola i propri danni<sup>211</sup>.

Se il committente opta, invece, per il “piccolo risarcimento” allora egli trattiene l’opera ricevuta, nonostante i vizi, e ottiene il risarcimento dei danni causati dall’esistenza di tali vizi<sup>212</sup>. Non sarebbe possibile, in questo caso, sostenere che gli originari diritti si siano concentrati nella pretesa al risarcimento, di tanto che sarebbe possibile esclusivamente ricorrere all’*Aufrechnung*<sup>213</sup>.

La giurisprudenza<sup>214</sup>, da un lato, ha più volte deciso che, nella causa intrapresa dall’appaltatore per ottenere il pagamento del compenso, l’eccezione con la quale il convenuto/committente rifiuta il pagamento in forza di una propria pretesa al risarcimento del danno non costituisce una vera e propria eccezione di compensazione.

Il ragionamento si svolge a partire dalla considerazione che, per aversi compensazione, è necessario che intercorrano reciprocamente due diritti di credito autonomi (*selbständige Forderungen*).

Non si può parlare invece di compensazione quando entrano semplicemente in gioco poste di calcolo di un’unica pretesa, non autonome (*unselbständige Rechnungsposten eines einheitlichen Anspruchs*).

---

<sup>210</sup> V. BUSCHE, in *Münchener Kommentar BGB*, München, 2012, *sub* § 634, Rn. 41 ss.

<sup>211</sup> PETERS – JACOBY, § 634, Rn. 145, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2008.

<sup>212</sup> PETERS – JACOBY, *ibidem*.

<sup>213</sup> V. BUSCHE, *op. ult. cit.*, *sub* § 634, Rn. 43; VOIT, in BAMBERGER – ROTH, *BGB*, München, 2008, *sub* § 636, Rn. 54; MANSEL, in JAUERNIG, *BGB*, München, 2011, *sub* § 636, Rn. 11.

<sup>214</sup> OLG Koblenz 10.1.2002, in *NZBau* 2002, 453; OLG Hamm 14.10.1991, in *NJW-RR* 1992, 448; BGH 19.1.1978, in *NJW* 1978, p. 814; OLG Köln, 23.2.2001, in *ZfBR* 2001, p. 550.

Nell'ambito del calcolo in base al *Differenzmethode*, lo si è visto, i diritti reciproci delle parti non costituirebbero pretese autonome, ma si concentrerebbero in un'unica *Anspruch* da calcolare.

Pertanto, in queste ipotesi, non sarebbe possibile parlare di *Aufrechnung*, ma soltanto di *Anrechnung*<sup>215</sup>, con la conseguente inapplicabilità delle regole per la prima dettate.

La decisione sulle semplici poste di calcolo non potrebbe, pertanto, formare il giudicato sulle stesse<sup>216</sup>.

#### II.2.2.2.b. .... nel caso di compravendita (Kaufvertrag).

Il § 437 BGB<sup>217</sup> disciplina, invece, i diritti del compratore in caso di vizi della cosa venduta.

Accanto al diritto all'esatto adempimento (*Nacherfüllung*)<sup>218</sup>, alla riduzione del prezzo (*Kaufpreisminderung*) e al diritto di recesso, la norma attribuisce al compratore il diritto di ottenere il risarcimento dei danni ai sensi delle norme generali (§§ 280ss.).

Il risarcimento del danno può essere chiesto "al posto dell'intera prestazione" (*großer Schadensersatz*) se il compratore decide di restituire la cosa viziata<sup>219</sup>; oppure può

---

<sup>215</sup> Talvolta è utilizzato anche il termine *Verrechnung* oppure *Abrechnung*.

<sup>216</sup> OLG Köln, 23.2.2001, in ZfBR 2001, 550: "Hält der Bauherr der Werklohnforderung des Unternehmers Minderungs-, Ersatzvornahmenvorschuß- und Schadensersatzansprüche entgegen, ist nach der Differenztheorie von einem einheitlichen Schuldverhältnis auszugehen. Bei der Geltendmachung der Gegenansprüche handelt es sich daher nicht um eine Aufrechnung iSv BGB §§ 387 ff., sondern um die Abrechnung unselbständiger Rechnungsposten. Die Entscheidung hierüber ist deshalb nicht nach ZPO § 322 Abs. 2 der materiellen Rechtskraft fähig".

<sup>217</sup> § 437 BGB Rechte des Käufers bei Mängeln. - Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und
3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

<sup>218</sup> Che può consistere, ai sensi del § 439 BGB, nella riparazione del bene (*Nachbesserung*) o nella sostituzione con una cosa priva di vizi (*Nachlieferung*).

<sup>219</sup> V. BECKMANN, *Kauf*, in STAUDINGER, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, 2008, p. 595; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Besonderer Teil*, München, 2012, p. 48; FAUST, in BAMBERGER – ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2011, sub § 437, Rn. 131.

commisurarsi ai pregiudizi causati dai vizi della cosa, se il compratore decide comunque di ritenerla (*kleiner Schadensersatz*)<sup>220</sup>.

Si ripropone, tuttavia, anche in questa sede la discussione circa la diversa modalità di calcolo dei due tipi di danno: *Surrogationsmethode* nel caso di “piccolo risarcimento”, *Differenztheorie* nel caso di “grande risarcimento”. Con un esito compensativo (*Aufrechnung*) nel primo caso e computativo (*Anrechnung*) nel secondo<sup>221</sup>.

### II.2.2.3. Saldotheorie.

La c.d. *Saldotheorie* è un’opzione interpretativa nata nell’ambito dell’ *Ungerechtfertigte Bereicherung* (arricchimento senza causa) che corrisponde agli istituti domestici non solo dell’arricchimento ingiustificato, ma anche della ripetizione di indebitto.

Ai sensi del § 812 BGB “colui che attraverso la prestazione di un altro – *Leistungskondition* – o in qualche altro modo – *Nichtleistungskondition* – ottiene qualcosa senza causa a spese del primo è obbligato alla restituzione di quanto ottenuto”<sup>222</sup>.

Tuttavia l’obbligo di restituzione è limitato ai sensi del § 818, Abs. III, BGB, che prevede che “l’obbligo di restituzione ovvero di corrispondere il valore è escluso, quando colui che ha ricevuto non è più arricchito”<sup>223</sup>.

Diverse sono le fattispecie concrete che possono dare luogo al verificarsi di un arricchimento senza causa<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> V. BECKMANN, *ibidem*; LOOSCHELDERS, *ibidem*; FAUST, *ibidem*.

<sup>221</sup> V. sul punto GURSKY, *op. cit.*, *Vorbemerkungen* § 387, Rn. 98.

<sup>222</sup> § 812 BGB *Herausgabeanspruch* - (1) *Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.*

<sup>223</sup> § 818, Abs. III, BGB *Umfang des Bereicherungsanspruchs* “Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.” Si tratta, per usare il termine di BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, *passim*, della “caduta dell’arricchimento”.

<sup>224</sup> Sulle quali, per una trattazione completa, v. tra gli altri REUTER – MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983.



Nell'ambito, tuttavia, della nostra indagine l'ipotesi più interessante è quella che deriva dalla *Nichtigkeit* (nullità, ma *rectius* invalidità) del contratto.

L'invalidità del contratto può derivare sia da cause "legali", quali la mancanza della forma prescritta<sup>225</sup>, ovvero la contrarietà ad un divieto di legge<sup>226</sup>, sia da un'impugnazione (*Anfechtung*) delle dichiarazioni di volontà che fondano il contratto.

Il soggetto che l'ha emessa può, infatti, impugnare la propria dichiarazione di volontà per vizio del volere<sup>227</sup> e, per l'effetto, far sì che il negozio giuridico sia da considerarsi invalido fin dall'inizio<sup>228</sup>.

Il contratto viene, così, automaticamente caducato, ove ad essere impugnata sia una dichiarazione di volontà necessaria per la sua esistenza.

Se il contratto è invalido risultano, pertanto, senza causa le prestazioni eventualmente eseguite dalle parti in adempimento del contratto invalidato.

La disciplina dell'arricchimento e della liquidazione delle reciproche pretese pone, peraltro, problemi particolari nell'ambito dei contratti sinallagmatici<sup>229</sup>.

Per comprendere la questione è utile iniziare da quello che è stato definito il "caso di scuola"<sup>230</sup> per le problematiche sull'arricchimento: la compravendita.

Si prenda, dunque, ad esempio l'ipotesi in cui Tizio venda a Caio un'automobile per il prezzo convenuto in 10.000 euro. Concluso il contratto, Caio distrugge, in un incidente, l'automobile. Tuttavia sussistono i presupposti per l'impugnazione causata da errore e pertanto Caio decide di invocare l'invalidità del contratto (*Anfechtung*). Dalla dichiarazione di invalidità discende l'obbligo, per entrambe le parti, di restituire quanto ottenuto. Mentre l'obbligazione di restituire il prezzo è adempibile, quella di restituire il bene, tuttavia, non lo è, dato il perimento dello stesso.

---

<sup>225</sup> § 125 BGB - *Nichtigkeit wegen Formmangels* (Invalidità causata dal vizio di forma).

<sup>226</sup> § 134 BGB – *Gesetzliches Verbot* (Divieto di legge).

<sup>227</sup> §§ 116 ss BGB.

<sup>228</sup> § 142 BGB – *Wirkung der Anfechtung* (Efficacia dell'impugnazione)

<sup>229</sup> Su cui v., *ex plurimis*, ESSER – WEYERS, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil*, Heidelberg, 2000, p. 113ss.

<sup>230</sup> FLUME, *Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung*, in *AcP* 194 (1994), p. 430.

Chi dovrà pertanto sopportare il rischio del perimento? Il venditore dovrà ugualmente restituire il prezzo, anche se non può ottenere la restituzione della cosa?

Se riteniamo che le due pretese di arricchimento (*Kondiktionen*) siano assolutamente autonome ed indipendenti tra loro, in ossequio alla c.d. *Zweikondiktionentheorie*<sup>231</sup>, allora il venditore dovrebbe versare il prezzo senza poter ottenere la restituzione della cosa. In pratica, l'una parte arriverebbe a mani vuote e se ne andrebbe a mani piene<sup>232</sup>.

L'applicazione della *Zweikondiktionentheorie* inquadrebbene le pretese nella loro autonomia, di tanto che sarebbe possibile, eventualmente, soltanto una compensazione (*Aufrechnung*) o l'esercizio del diritto di ritenzione (*Zurückbehaltungsrecht*)<sup>233</sup>.

Tale conclusione è stata ritenuta, tuttavia, iniqua e, per evitarla, è stata sviluppata la c.d. *Saldotheorie*.

Nella sua prima accezione la *Saldotheorie* muoveva dall'interpretazione della locuzione "etwas" contenuta nel § 812 BGB. Il "qualcosa" che l'obbligato alla restituzione deve aver ottenuto, affinché lo si possa considerare "arricchito", non sarebbe da individuarsi in un qualsiasi singolo valore patrimoniale che sia transitato dal patrimonio del danneggiato a quello dell'arricchito, ma dev'essere invece intesa come il complessivo conseguimento derivante dalla contemporanea considerazione, da un lato, di quel valore patrimoniale transitato, e dall'altro, dei pesi gravanti su colui che ha ricevuto l'indebito<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> La prima a nascere a seguito dell'emanazione del BGB, cfr. TUHR, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, in F.S. Bekker, 1907, S 293, 309. Si tratterebbe però, più che di una teoria, della semplice applicazione rigorosa della legge.

<sup>232</sup> TIEDKE, *Der Wegfall der Bereicherung nach Rechtshängigkeit des Rückgewahrspruchs*, in *Der Betrieb*, 1979, 1264.

<sup>233</sup> V. tra molti MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag*, in STAUDINGER, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, 2008, p. 846.

<sup>234</sup> È l'affermazione di RG 14. marzo 2003, in RGZ, 54, 137ff. : "Wie sie schon aus der Überschrift des Titels 'ungerechtfertigte Bereicherung' ergibt und wie insbesondere auch aus § 818 Abs. 3 gefolgert werden muß, wonach die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz bei nicht mehr gegebener Bereicherung ausgeschlossen ist, kann und muß unter dem nach § 812 herauszugebenden 'etwas' nicht etwa ein beliebiger einzelner aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen hinübergelassener Wert, sondern nur die Gesamtheit des Hinübergelassenen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der dafür gegebenen Werte und der auf dem Empfangenen ruhenden Lasten verstanden werden". Si tratta del *leading case* della *Saldotheorie*, come lo definisce FLUME, *Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht – Zur Saldotheorie und ihren 'Ausnahmen'*, in JZ, 2002, p. 321.

Il punto di vista non è il compratore, quale creditore dell'arricchimento, bensì il venditore quale debitore.

Secondo tale ricostruzione, dunque, imperniata sull'interpretazione del conseguimento (*Erlang*), il venditore potrebbe considerarsi arricchito nella misura corrispondente alla differenza tra il prezzo da restituire e il valore della cosa andata distrutta.

In tanto il venditore può dirsi arricchito, dunque, in quanto il prezzo da questi ottenuto sia superiore al valore della cosa venduta, e nei limiti di tale differenza<sup>235</sup>.

Non possono ravvisarsi, pertanto, secondo questo orientamento, due distinte e autonome pretese alla restituzione del prezzo e della cosa. Le due pretese si fondono, infatti, in un unico calcolo di dare e avere che produce un saldo, che costituisce l'unica pretesa<sup>236</sup> all'arricchimento di cui è titolare la parte a cui favore è determinato il saldo.

Non vi è dunque compensazione (*Aufrechnung*), ma soltanto un'*Anrechnung*, un calcolo di cui il valore della cosa e il prezzo costituiscono esclusivamente delle *Rechnungsposten*<sup>237</sup>.

Soltanto l'eventuale saldo residuo potrebbe essere, pertanto, oggetto di un diritto di ritenzione<sup>238</sup> o compensabile con un'altra pretesa<sup>239</sup>.

La *Saldotheorie* è stata, tuttavia, oggetto di una modifica<sup>240</sup> ad opera della giurisprudenza, la quale ha spostato l'attenzione sul § 818 Abs. III BGB. Secondo questa "nuova *Saldotheorie*"<sup>241</sup>, in applicazione della teoria del sinallagma di fatto<sup>242</sup>, prestazione e controprestazione rimangono connesse<sup>243</sup> in base all'originario sinallagma

---

<sup>235</sup> Cfr. SCHWAB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2009, sub § 818, Rn. 210.

<sup>236</sup> "Ist der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigen nichtigen Verträgen ein einheitlicher Anspruch auf Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängenden Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos", BGH 20.3.2001, in *NJW* 2001, 1863 e in *BGHZ* 147, 152,157; cfr anche BGH 19.1.1951, in *NJW* 1951, 270; BGH 14.7.2000, in *NJW* 2000, 3064.

<sup>237</sup> V. BGH 14.7.2000, in *NJW* 2000, 3064.

<sup>238</sup> BGH 14.7.1995, in *NJW* 1995, 2627.

<sup>239</sup> BGH 14.7.2000, in *NJW* 2000, 3064.

<sup>240</sup> Così la definisce SCHWAB, *op. cit.*, sub § 818, Rn. 211.

<sup>241</sup> Così la denomina, tra gli altri, FLUME, *Die Saldotheorie ...* (cit.), p. 431.

<sup>242</sup> *Faktischer Synallagma*, su cui VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift Rabel*, Tübingen, 1954, p. 386 e LESER, *Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma*, Freiburg, 1956, p. 48. Per un approfondimento, con riferimenti giurisprudenziali, v. FLUME, *Die Saldotheorie ...* (cit.), p. 427ss.

<sup>243</sup> "miteinander verknüpft", v. BGH 9.10.1980, in *NJW* 1981, 224 e in *BGHZ* 78, 223.

voluto dalle parti anche in caso di liquidazione delle reciproche pretese nell'ambito dell'arricchimento ingiustificato<sup>244</sup>.

Ciò significa che ci deve essere un'applicazione limitata del § 818 Abs. III<sup>245</sup> nelle ipotesi di contratti sinallagmatici e pertanto deve essere fatto un conteggio dei vantaggi e degli svantaggi derivanti ad entrambe le parti con la conseguenza, anche in questo caso, che solo il saldo eventualmente risultante a favore di una o dell'altra parte costituisce l'unica pretesa all'arricchimento<sup>246</sup>.

La c.d. *Saldotheorie* tutela, pertanto, il sinallagma contrattuale (*Austauschzweck*) voluto dalle parti, anche nell'ipotesi di restituzione delle prestazioni per invalidità del contratto<sup>247</sup>.

Nel "caso di scuola" della compravendita il ragionamento seguito è quello per cui, se il compratore non è in grado di restituire la cosa, il venditore non può considerarsi arricchito (*bereichert*) se non per quella differenza tuttora esistente nel suo patrimonio tra prezzo e valore della cosa. Se cioè egli ha venduto per 10.000 un bene il cui valore è 8.000 egli dovrà restituire soltanto 2.000. Il compratore, pertanto, non può invocare la liberazione dall'obbligo ai sensi del § 818, Abs. III, BGB.

Se dunque il § 818 Abs. III BGB non ha rilevanza nel calcolo del saldo, tuttavia permane una funzione residuale dello stesso<sup>248</sup>: se il venditore ha venduto per 10.000 un bene che valeva 12.000 egli comunque non può chiedere al compratore la differenza di 2.000 euro. In sostanza, la *Saldotheorie* tutela il venditore dal non dover restituire il

---

<sup>244</sup> BGH 26.10.1978 in *NJW* 1979, 157 e in *BGHZ* 72, 252. Per un paragone delle due teorie v. anche FLUME, *Die Rückabwicklung ...* (cit.), p. 325.

<sup>245</sup> "Einschränkung des Anwendungsgebiets von § 818 Abs. 3 BGB", LORENZ, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2007, sub § 818, Rn. 41; v. anche MEDICUS – LORENZ, *Schuldrecht. II. Besonderer Teil*, München, 2009, p. 403, Rn. 1185.

<sup>246</sup> V. WENDEHORST, in BAMBERGER-ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013, sub § 818, Rn. 104-105, anche per un approfondimento circa le teorie del Saldo e delle due Kondizioni. V. BGH 11.11.1994, in *NJW* 1995, 454 anche in *JuS* 1998, p. 987 con interessante nota di FINKENAUER, *Das faktische Synallagma und die Lehre von der Gesamtabrechnung*, con analisi della "vecchia" e della "nuova" *Saldotheorie*.

<sup>247</sup> BGH 14.10.1971, in *NJW* 1972, 36 e in *BGHZ* 57, 137. Cfr. SCHULZE, *op. cit.*, sub § 818, Rn. 13; "Nachwirkung der Synallagmas" per STADLER, *op. ult. cit.*, sub § 818, Rn. 41.

<sup>248</sup> "Restfunktion von Abs. 3" LORENZ, *op. cit.*, sub § 818 BGB, Rn. 41.

prezzo in caso di perdita del bene, ma non gli consente ulteriormente di richiedere il *surplus* di valore al compratore.

Questa soluzione interpretativa ha destato, tuttavia, numerosi problemi dogmatici e pratici<sup>249</sup>.

Dal punto di vista dogmatico ci si è chiesti, e ci si chiede ancora, se il principio del “calcolo complessivo” (*Gesamtabrechnung*) sia compatibile con il dettato normativo<sup>250</sup>.

Il dubbio, posto da taluno<sup>251</sup> soprattutto con riferimento alla teoria del sinallagma di fatto, è che ci si sia dimenticati che la legge prevede che la liquidazione delle pretese in caso di nullità del contratto debba essere fatta sulla base delle norme previste dai §§ 812 ss. BGB, di tanto che una disapplicazione o un’applicazione limitata del § 818 Abs. III per far prevalere il principio di sinallagmaticità sembrerebbe insostenibile.

Dal punto di vista pratico, inoltre, la *Saldotheorie* è stata, dalla giurisprudenza che pur in generale l’ammetteva, disapplicata in alcune ipotesi particolari nelle quali la sua applicazione avrebbe portato a soluzioni pratiche considerate inique.

Le eccezioni a cui si fa riferimento riguardano il caso del contratto impugnato per dolo e il caso in cui parte del contratto sia un minorene.

In entrambi i casi, se fosse applicata la *Saldotheorie*, essa finirebbe per tutelare sia la parte che ha condotto l’altra a contrarre per mezzo del dolo sia quella che ha contrattato con un minorene.

Nel caso di scuola, ad esempio, se il venditore avesse taciuto con dolo che l’automobile venduta era incidentata, nonostante la richiesta in tal senso del compratore, la rigorosa applicazione della *Saldotheorie* consentirebbe al venditore di evitare la restituzione del prezzo. Da qui la correzione per cui, in tal caso, non sarebbe riscontrabile un unico conteggio di dare e avere, ma le due prestazioni di restituzione sarebbero dotate di

---

<sup>249</sup> In generale, sui pro e contro della *Saldotheorie*, v. MEDICUS – LORENZ, *Schuldrecht. II. Besonderer Teil*, München, 2010, § 136, Rn. 1186-1188.

<sup>250</sup> V. LORENZ, *op. cit.*, sub § 818 BGB, Rn. 41; per CANARIS si tratterebbe di un “*dogmatisch ‘Geburtsfehler’*”, v. LARENZ – CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil*, München, 1994, p. 335.

<sup>251</sup> V. FLUME, *Die Rückabwicklung ... (cit.)*, p. 325.

autonomia, con conseguente applicazione del § 818 Abs. III BGB<sup>252</sup>. Il venditore dovrebbe restituire il prezzo senza poter riavere il bene<sup>253</sup>.

Analogamente nel caso di contratto concluso da un minore, il quale può ottenere il prezzo pagato, anche ove il bene sia andato distrutto<sup>254</sup>.

La *Saldotheorie* viene, pertanto, in questi casi disapplicata, senza però fornire una giustificazione adeguata dell'eccezione<sup>255</sup>.

E, come affermato da Canaris, “una teoria che non è in grado di indicare, quando è da applicarsi la regola da lei dettata e quando invece e perché vi si debba derogare, viene meno alla sua funzione sia dogmatica che pratica e pertanto è inservibile”<sup>256</sup>.

Vi sono, inoltre, delle ipotesi nelle quali la *Saldotheorie* non può essere applicata, per mancanza dei presupposti.

È questo il caso, ad esempio, in cui soltanto una delle parti abbia adempiuto (*Vorleistung*)<sup>257</sup>.

In tanto il venditore è tutelato tramite la *Saldotheorie*, infatti, in quanto egli abbia già ottenuto il pagamento del prezzo. Ma se l'auto è andata distrutta presso il compratore prima che questi avesse provveduto a pagare il prezzo, in caso di nullità del contratto sarà il venditore a subire il rischio del perimento, senza poter invocare la teoria del saldo (poiché non potrebbe portare in detrazione la restituzione del prezzo).

A ciò si aggiunga che, secondo il BGH, la *Saldotheorie* perderebbe la sua efficacia di fronte al fallimento di una delle parti: in questo caso le reciproche pretese non

---

<sup>252</sup> Sulla necessità di applicare la *Saldotheorie* anche in caso di contratto viziato da dolo v. però VON CAEMMERER, “*Mortuus redhibetur*”. *Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137*, in *Festschrift für K.Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, p. 637.

<sup>253</sup> BGH 14.10.1971, in *NJW* 1972, 36 e in *BGHZ* 57, 137; BGH 8.1.1970, in *BGHZ* 53, 144; in senso contrario, a commento proprio di tali pronunce, sempre VON CAEMMERER, *ivi*, p. 639.

<sup>254</sup> Tra le altre BGH 4.5.1994, in *NJW* 1994, 2021 e in *BGHZ* 126, 105 per la quale: “*Ist ein gegenseitiger Vertrag mangels (voller) Geschäftsfähigkeit des einen Vertragspartners unwirksam, so muß dieser sich auf seinen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des zur Vertragserfüllung Geleisteten nicht nach der sog. Saldotheorie den Wert der nicht mehr vorhandenen Gegenleistung anrechnen lassen.*”

<sup>255</sup> V. HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Tübingen, 2004, p. 113.

<sup>256</sup> “*Eine Theorie, die nicht anzugeben vermag, wann die ihr entsprechende regel anzuwenden und wann und warum von dieser eine Ausnahme zu machen ist, erfüllt weder dogmatisch noch praktisch ihre Funktion und ist daher unbrauchbar*”, CANARIS, *Die Gegenleistungskondition*, in *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 58.

<sup>257</sup> Su cui, tra molti, v. LORENZ, *op. cit.*, sub § 818, Rn. 42.

verrebbero più “automaticamente computate” e il creditore *in bonis* dovrebbe restituire l'intero ed essere pagato solo in moneta fallimentare<sup>258</sup>. La *ratio* risponderebbe all'esigenza di evitare che un contratto nullo ricevesse, per effetto dell'applicazione della *Saldotheorie*, un trattamento più rafforzato di quanto non sarebbe quello disposto per il medesimo contratto se valido<sup>259</sup>.

Spunti di riflessione su questa teoria sono sorti, in secondo luogo, dal paragone con la disciplina delle conseguenze giuridiche (*Rückabwicklung*) del recesso<sup>260</sup> dal contratto.

Nel caso di recesso dal contratto, infatti, la liquidazione delle reciproche pretese di restituzione non avviene sulla base della disciplina dell'arricchimento ingiustificato, bensì in forza delle speciali norme contenute nei §§ 346-348 BGB.

Il § 346 BGB<sup>261</sup> dispone, al riguardo, che, in caso di recesso, le parti debbano restituire le prestazioni ricevute e consegnare i frutti percepiti.

---

<sup>258</sup> V. BGH 2.12.2004, in *NJW* 2005, 884 e in *BGHZ* 161, 241, 250; SCHWAB, *op. cit.*, sub § 818, Rn. 214.

<sup>259</sup> V. LORENZ, *op. cit.*, sub § 818, Rn. 42.

<sup>260</sup> Si tenga sempre presente, tuttavia, che in Germania il recesso è lo strumento concesso alla parte nelle ipotesi in cui, in Italia, si avrebbe la risoluzione del contratto. Quando qui parliamo di recesso ci riferiamo, pertanto, alle ipotesi di recesso per inadempimento (§ 323 BGB), e per cessazione dell'obbligo (§ 326 BGB), a causa di impossibilità ai sensi del § 275 BGB. In generale, sui diversi modi di liquidazione, sebbene di poco anteriore alla *Schuldrechtmodernisierung*, v. KAISER, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, Tübingen, 2000.

<sup>261</sup> § 346 BGB *Wirkungen des Rücktritts* - (1) *Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. (2) Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit*

1. *die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist,*
2. *er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat,*
3. *der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht.*

*Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen; ist Wertersatz für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens zu leisten, kann nachgewiesen werden, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war.*

(3) *Die Pflicht zum Wertersatz entfällt,*

1. *wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat,*
2. *soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre,*
3. *wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.*

*Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben.*

In caso di impossibilità di restituzione in natura, le parti sono tenute, invece, a corrispondere il valore (Abs. 2), a meno che non sussista una delle ipotesi previste dall'Abs. 3.

Ai sensi del § 348 BGB<sup>262</sup>, inoltre, le obbligazioni derivanti dal recesso devono essere adempiute dalle parti in modo contestuale e reciproco (*Zug um Zug*) ed è nella possibilità delle parti opporre l'eccezione d'inadempimento del contratto, ai sensi del § 320 BGB<sup>263</sup>.

Ebbene, secondo l'opinione maggioritaria<sup>264</sup>, le due obbligazioni di restituzione nascenti dall'esercizio del diritto di recesso non sarebbero in un rapporto di connessione sinallagmatica l'una con l'altra.

Essendo esse, infatti, la conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo unilaterale, mancherebbe loro la caratteristica fondamentale del contratto sinallagmatico, l'aver una parte promesso la propria prestazione in funzione dell'altra<sup>265</sup>.

Lo stesso § 348 BGB, d'altronde, avendo richiamato l'applicazione soltanto dei §§ 320 e 322, ha escluso l'applicabilità delle altre norme previste per i contratti sinallagmatici tra le quali, ad esempio, la possibilità di un "recesso dal recesso"<sup>266</sup> ai sensi dei §§ 323 e 326 BGB<sup>267</sup>.

---

(4) Der Gläubiger kann wegen Verletzung einer Pflicht aus Absatz 1 nach Maßgabe der §§ 280 bis 283 Schadensersatz verlangen.

<sup>262</sup> § 348 BGB *Erfüllung Zug-um-Zug* - Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung.

<sup>263</sup> § 320 BGB *Einrede des nicht erfüllten Vertrags* - 1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung. (2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

<sup>264</sup> V. GAIER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, sub § 348, Rn. 2; SCHWAB, *op. cit.*, sub § 818, Rn. 250; GROTHE, *op. cit.*, sub § 348, Rn. 2.

<sup>265</sup> V. GAIER, *ibidem*; RÖTHEL, in ERMAN, *BGB*, Köln, 2008, sub § 348, Rn. 1.

<sup>266</sup> "Rücktritt vom Rücktritt", GAIER, *ivi*, sub § 348, Rn. 3.

<sup>267</sup> V. KAISER, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2004, sub § 348, Rn. 3, per la quale il rapporto obbligatorio di restituzione derivante dal recesso non si riduce - diversamente da quanto accade per la pretesa di risarcimento del danno al posto della prestazione secondo la *Differenztheorie* e a differenza del diritto all'arricchimento secondo la *Saldotheorie* - in un'unica pretesa al saldo di uno dei creditori: entrambe le parti del contratto hanno infatti due autonome pretese alla restituzione di quanto prestato.



Essendo, pertanto, le due obbligazioni considerate come autonome, è possibile eventualmente solo una compensazione (*Aufrechnung*) tra le stesse<sup>268</sup>.

La frizione tra liquidazione dell'arricchimento in ossequio alla *Saldotheorie* (e ai modi ed eccezioni con cui essa è applicata) e liquidazione delle prestazioni di restituzione in conseguenza del recesso si manifesta, oltre che sul profilo dogmatico della diversa configurazione, sotto il profilo pratico quando i due rimedi concorrono.

È necessario sul punto ritornare al “caso di scuola” e immaginare la seguente ipotesi<sup>269</sup>: Tizio vende un'automobile a Caio manomettendo dolosamente il contachilometri al fine di far risultare un conteggio minore. Dopo lo scambio delle prestazioni Caio causa con grave colpa un incidente dal quale l'automobile esce distrutta. Caio scopre, tuttavia, l'inganno perpetrato nei suoi confronti. Egli, dunque, potrebbe legittimamente esercitare il diritto di recesso oppure potrebbe impugnare il contratto.

Nell'un caso la liquidazione seguirebbe le regole dei §§ 346-348 BGB, nell'altro caso le regole sull'arricchimento ingiustificato. Il risultato sarebbe, dunque, lo stesso?

Caio, se sceglie il rimedio del recesso, pur essendo liberato dall'obbligo di restituire la cosa (essendo essa perita), è obbligato a corrisponderne il valore, ai sensi del § 346 Abs. II.

Né egli potrebbe invocare l'applicazione del § 346 Abs. III, n. 3 che libera dall'obbligo di corrispondere il valore nell'ipotesi in cui il perimento della cosa presso colui che è titolare del diritto di esercitare il recesso è avvenuto nonostante questa abbia impiegato la diligenza che è tenuto ad osservare nei propri affari. La circostanza che l'incidente, infatti, sia stato causato da grave colpa di Caio ha come conseguenza che questi debba corrispondere comunque il valore del bene.

Risultato finale della liquidazione sarà pertanto, da un lato, l'obbligo del venditore di restituire il prezzo, dall'altro l'obbligo di Caio di corrispondere il valore dell'automobile. Trattandosi di obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro potrà

---

<sup>268</sup> V. GAIER, *op. cit.*, sub § 348, Rn. 4.

<sup>269</sup> Il caso riprende l'ipotesi di contratto concluso con dolo.

eventualmente aver luogo una compensazione (*Aufrechnung*), sempre che non sussistano dei divieti<sup>270</sup>.

Se invece Caio scegliesse di impugnare il contratto (*Anfechtung*) per farne dichiarare l'invalidità, la liquidazione, come si è detto, avverrebbe secondo le regole dell'arricchimento ingiustificato.

In funzione della *Saldotheorie*, Tizio potrebbe, dunque, restituire solo quella parte di prezzo che, eventualmente, residuasse dal saldo ottenuto tramite somma algebrica del prezzo stesso e del valore della cosa. Tuttavia, lo si è visto, la giurisprudenza<sup>271</sup> esclude l'applicabilità della *Saldotheorie* a danno di colui che ha subito il dolo della controparte. Di conseguenza, optando per l'invalidità del contratto, Caio potrebbe ottenere la restituzione per intero del prezzo, senza dover neppure prestare il valore della cosa.

Quello che non viene tenuto in considerazione, pertanto, nell'ambito dell'arricchimento ingiustificato, è la rilevanza del comportamento diligente o non diligente del compratore.

Alla luce di queste divergenze, sul lato pratico ci si è chiesti, pertanto, quale debba essere il rapporto tra liquidazione del contratto in caso di recesso e in caso di indebito, se devono valere i medesimi principi e le medesime regole<sup>272</sup> e, in particolare, se sia possibile applicare la regola del § 346, Abs. III, n. 3 BGB anche nell'ambito dell'arricchimento ingiustificato<sup>273</sup>, attraverso il riferimento alla buona fede (§ 242 BGB)<sup>274</sup>.

Per ovviare, dunque, alla problematica applicazione della *Saldotheorie*, ma nel tentativo di effettuare una ricostruzione atta a risolvere le medesime iniquità, ma giuridicamente

---

<sup>270</sup> V. KAISER, *op. cit.*, sub § 348, Rn. 3.

<sup>271</sup> BGH 8.1.1970, in *NJW* 1970, 656 e in *BGHZ* 53, 144; BGH 14.10.1971, in *NJW* 1972, 36 e in *BGHZ* 57, 137.

<sup>272</sup> Sull'intera problematica v. *ex plurimis* ROTH, *Rücktrittsrecht und Leistungskondition*, in *FS für Canaris zum 70. Geburtstag*, München, 2007, p. 1131ss.

<sup>273</sup> Cfr. THIER, *Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: zur Reichweite von § 346 Abs. 3 S. 1 n. 3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, in *Festschrift für A. Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, spec. pag. 455; LORENZ, *Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, in *FS für Canaris zum 70. Geburtstag*, München, 2007, p. 804ss.

<sup>274</sup> V. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Rn. 1137; SPRAU, in PALANDT, *BGB*, München, 2012, sub § 818, Rn. 49.

inecepibile, sono state prospettate diverse teorie, accomunate dall'origine nei principi della *Zweikondiktionentheorie*<sup>275</sup>: ci si riferisce alla teoria della *vermögensmäßigen Entscheidung*<sup>276</sup> e a quella della *Gegenleistungskondiktion*<sup>277</sup>.

Secondo l'insegnamento di *Flume*, la possibilità di invocare il § 818 Abs. 3 BGB dipende dall'imputabilità, o meno, del "non arricchimento" al debitore stesso in forza della sua decisione di contenuto patrimoniale (*vermögensmäßige Entscheidung*) di scambiare prestazione e controprestazione.

Questa decisione è, infatti, indipendente dalla nullità o meno del contratto<sup>278</sup>, ma non è imputabile al debitore nelle ipotesi di incapacità o capacità limitata di agire, in caso di errore o di dolo.

Nell'ipotesi della compravendita, pertanto, il compratore non potrebbe rifiutare la restituzione della cosa, o *rectius* del suo valore, invocando il § 818 Abs. III BGB in caso di perimento o danneggiamento, quando è imputabile a lui la decisione di avere nel proprio patrimonio la cosa in cambio del prezzo. Se invece tale decisione non gli può essere imputata, perché ad esempio è stato vittima del dolo della controparte, egli potrà invocare il § 818 Abs. III e ottenere, così, la restituzione per intero del prezzo, senza dover restituire né la cosa né il suo valore<sup>279</sup>.

L'esempio portato da *Flume* è anche in questo caso la compravendita: se Tizio decide di avere nel suo patrimonio un'automobile al posto del denaro che ne costituisce il prezzo e la conduce nel traffico, non può poi invocare la liberazione dall'obbligo ai sensi del § 818 Abs. III se l'automobile viene distrutta durante il suo utilizzo, senza che rilevi la responsabilità o meno nella causazione dell'incidente. Questo rischio è, infatti, connesso alla decisione patrimoniale di Tizio, il quale ne deve subire le conseguenza anche in caso di nullità del contratto<sup>280</sup>.

---

<sup>275</sup> Di tanto che sono denominate anche *Modifizierte Zweikondiktionentheorie*.

<sup>276</sup> FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *FS für Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953, p.151ss.

<sup>277</sup> V. CANARIS, *op. cit.*, p. 19ss.

<sup>278</sup> FLUME, *Die Saldotheorie ...* (cit.), p. 440.

<sup>279</sup> FLUME, *Der Wegfall ...* (cit.), p.173

<sup>280</sup> Cfr. FLUME, *ivi*, p.165-166.

Anche la teoria della *Gegenleistungskondiktion*, per ovviare a quegli stessi problemi di equità per la cui soluzione è nata la *Saldotheorie*, propone una teleologica riduzione del § 818 Abs. III nel senso che il contraente non possa avvalersi dell'applicazione di questo paragrafo quando il perimento della cosa gli è imputabile (*zurechenbar*).

L'imputabilità mancherebbe, tuttavia, nelle ipotesi di inesistente o limitata capacità d'agire o nell'ipotesi di rappresentanza senza potere<sup>281</sup>, oppure nei casi di violazione della libertà del volere, a causa del dolo o della violenza perpetrati dall'altra parte.

Il punto di vista è questo: se il debitore dell'arricchimento ha volutamente (o con sua grave colpa) gettato via la prestazione ricevuta, allora egli ha volutamente (o con grave colpa) rinunciato a quanto aveva ottenuto. Pertanto, in caso di nullità del contratto, non gli deve essere concesso poter invocare l'applicazione del § 818 Abs. III BGB per mancanza di buona fede.

Diversamente nel caso in cui la perdita dell'arricchimento (*Entreichung*) sia dipesa dal caso: in queste ipotesi il § 818 Abs. III può essere invocato senza alcun limite.

Se il compratore, pertanto, ha distrutto con grave colpa l'automobile che gli è stata venduta con l'inganno, in applicazione di questa teoria egli non potrà invocare l'applicazione del § 818 III BGB, ma non dovrà neanche restituire al venditore la differenza tra valore dell'automobile e prezzo pagato, ove quest'ultimo fosse inferiore al primo<sup>282</sup>.

Per il tramite della *Gegenleistungskondiktion* si potrebbero, inoltre, anche regolare le ipotesi di *Vorleistung* che, come invece si è accennato, rimangono prive di tutela con la *Saldotheorie*<sup>283</sup>.

Secondo questa teoria, ad ogni modo, le obbligazioni di restituzione nascenti dall'ingiustificato arricchimento costituirebbero sempre diritti di credito indipendenti e autonomi di tanto che la riduzione teleologica del § 818 Abs. III BGB non condurrebbe ad una diminuzione *ipso iure* delle pretese, ma dovrebbe transitare attraverso la

---

<sup>281</sup> CANARIS, *op. cit.*, p. 35.

<sup>282</sup> V. THIER, *Grundprobleme der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, JuS-Lernbogen, 1999, pag. L-12

<sup>283</sup> V. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Rn. 1133.

condanna *Zug um Zug* e l'eventuale opposizione del diritto di ritenzione e della compensazione<sup>284</sup> (“propria”, cioè l'*Aufrechnung*).

Per quanto, dunque, il dibattito non possa dirsi assolutamente sopito<sup>285</sup>, neppure per effetto della *Schuldrechtmodernisierung*<sup>286</sup>, sono ancora numerose le pronuncie del BGH<sup>287</sup> che accolgono il modello della *Saldotheorie*, che appare pertanto, al momento, ancora molto utilizzato per la soluzione dei casi concreti.

### **II.3. Il diverso trattamento giuridico.**

Identificate, dunque, le maggiori ipotesi ricondotte all'istituto dell'*Anrechnung* e fuoriuscite dall'ambito applicativo dell'*Aufrechnung* è necessario identificare quali siano le più rilevanti differenze di trattamento giuridico delle due ipotesi.

È opinione generale che l'*Aufrechnung* non debba essere confusa con l'*Anrechnung*<sup>288</sup>: mentre la prima interessa due autonomi e indipendenti diritti di credito, in forza dei quali creditore dell'uno è debitore dell'altro, con la conseguenza dell'estinzione reciproca, la seconda invece non rappresenta altro che la necessità di tenere conto di determinate poste attive o passive (*unselbständige Rechnungsposten*) nell'atto di calcolare l'entità di un unico diritto di credito<sup>289</sup>.

---

<sup>284</sup> CANARIS, *op. cit.*, p. 22.

<sup>285</sup> V. *ex plurimis* BOCKHOLDT, *Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, in *AcP* 206 (2006), p. 775ss.

<sup>286</sup> V. LORENZ, *op. cit.*, sub § 818, Rn.41.

<sup>287</sup> Si veda, ad esempio, BGH 14. 7. 2000, in *NJW* 2000, 3064 e in *BGHZ* 145, 52; BGH 19. 1. 2001, in *NJW* 2001, 1127 e in *BGHZ* 146, 298; BGH 20. 3. 2001, in *NJW* 2001, 1863 e in *BGHZ* 147, 152; BGH 9. 7. 2007, in *NJW* 2007, 3425 e in *BGHZ* 173, 145; BGH 16.3.1998, in *NJW* 1998, 1951; BGH 2. 12. 2004, in *NJW* 2005, 884; BGH 11. 5. 2009, in *NJW* 2009, 2886; BGH 12.1.2006, in *JA* 2006, 564, Rn. 13 la quale ha affermato che: “*Nach der Saldotheorie ist bei der kondiktionsrechtlichen Rückabwicklung gegenseitiger Verträge durch Vergleich der durch den ereicherungsvorgang verursachten Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen der Beteiligten sich ein Ueberschuss (Saldo) ergibt. Dieser Beteiligte ist Gläubiger eines einheitlichen, von vornherein durch Abzug der ihm zugeflossenen Vorteile beschränkten Bereicherungsanspruchs*”.

<sup>288</sup> *Ex plurimis* GURSKY, *op. cit.*, sub § 387 *Vorbemerkungen*, Rn. 97.

<sup>289</sup> *Ibidem*; SCHLÜTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, sub § 387 *Voraussetzungen*, Rn. 50; DENNHARDT, *op. cit.*, sub § 387, Rn. 6; SCHULZE, *op. cit.*, sub § 387, Rn. 2.

Mentre, dunque, l'*Aufrechnung* produce l'estinzione di due distinte obbligazioni, l'*Anrechnung* raffigura una semplice operazione di calcolo, il cui saldo rappresenta l'importo dell'unica obbligazione<sup>290</sup>.

Premessa dunque la distinzione tra gli istituti, resta da valutare come si configuri la disciplina dell'*Anrechnung* e in che misura essa si differenzia dall'*Aufrechnung*.

### II.3.1. Non necessità della dichiarazione di parte.

In primo luogo non è necessario che le parti, o una di esse, emetta una dichiarazione costitutiva<sup>291</sup>.

Affinchè, infatti, le poste di calcolo siano tenute in considerazione nell'ambito del processo volto a definire l'ammontare della pretesa non si rende necessaria la proposizione di un' "eccezione di *Anrechnung*" da parte dell'interessato.

Il giudice può d'ufficio prendere in considerazione questi elementi positivi e negativi, i quali automaticamente incidono sull'ammontare del credito.

### II.3.2. Inapplicabilità dei divieti di compensazione.

Secondo profilo rilevante, dal punto di vista sostanziale, è quello che riguarda l'inapplicabilità, alla *Anrechnung*, dei divieti di compensazione.

A questo istituto non sono perciò applicabili, né direttamente né analogicamente, le regole già citate circa i divieti di compensazione in caso di credito sequestrato ( § 392 BGB), in caso di credito derivante da fatto illecito ( § 393 BGB) e di credito impignorabile ( § 394 BGB)<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 256.

<sup>291</sup> GURSKY, *op. cit.*, sub § 387 *Vorbemerkungen*, Rn. 97; GRÜNEBERG, *op. cit.*, sub § 387, Rn.2.

<sup>292</sup> VON FELDMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 1994, sub § 387, Rn.30; VON FELDMANN, *ivi*, sub § 393, Rn. 1; VON FELDMANN, *ivi*, sub § 394, Rn. 5; VIERRATH, *op. cit.*, p. 7; SCHLÜTER, *op. cit.*, sub § 393, Rn. 1 e 5; DENNHARDT, *op. cit.*, sub § 394, Rn. 3; GURSKY, *op. cit.*, sub § 394, Rn. 17-28.

Né all'*Anrechnung* possono applicarsi i divieti convenzionali di compensazione, con l'ulteriore corollario che, se le parti hanno convenuto un divieto di compensazione, questo non può intendersi comprensivo anche delle ipotesi di *Anrechnung*<sup>293</sup>.

#### II.3.2.1. ... nel caso di rapporto di lavoro (*Arbeitsvertrag*).

Data l'inapplicabilità dei divieti di compensazione, l'istituto dell'*Anrechnung* produce degli effetti rilevanti anche con riferimento ai rapporti di lavoro.

In quest'ambito la conseguenza più rilevante della sua applicazione è, infatti, la non operatività del divieto di compensazione in caso di crediti impignorabili, ai sensi del § 394 BGB.

Viene tendenzialmente distinta, con riferimento a questa problematica, l'ipotesi in cui il datore di lavoro conceda al lavoratore un anticipo sullo stipendio e quella nella quale il datore di lavoro, erroneamente, effettui un pagamento di importo superiore a quanto dovuto.

Nella prima ipotesi, in considerazione del fatto che l'anticipo costituisce semplicemente un adempimento anticipato di un'obbligazione futura, l'attività con la quale il datore di lavoro decurta dal successivo stipendio l'importo già pagato costituirebbe un'ipotesi di *Anrechnung*<sup>294</sup>. Con la conseguenza di rendere inapplicabile il divieto di cui al § 394 BGB.

Nella seconda ipotesi, invece, il datore andrebbe a compensare (*aufrechnen*) il proprio debito per lo stipendio con il proprio diritto all'ingiustificato arricchimento a causa del pagamento eccessivo<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> VIERRATH, *op. cit.*, p. 7; OLG Hamm 2.1.1995, in *LSK* 1996, 220037.

<sup>294</sup> V. GURSKY, *op. cit.*, sub § 387 *Vorbemerkungen*, Rn. 98; GERNHUBER, *op. cit.*, p. 262; SCHLÜTER, *op. cit.*, sub § 394, Rn. 5; BAG 13.12.2000, in *NZA* 2002, 390.

<sup>295</sup> V. GURSKY, *ibidem*; GERNHUBER, *ibidem*; RG 3.7.1931, in *RGZ* 133, 249, 252.

### II.3.3. Disciplina della cessione del credito.

Neppure le regole dettate dal BGB per la cessione del credito sono applicabili all'istituto dell'*Anrechnung*, dato che essa implica l'automatica riduzione del credito ceduto<sup>296</sup>.

Come già si è visto, la compensazione "tecnica" è generalmente ammessa nonostante l'avvenuta cessione del credito, elemento che mitiga la differenza di trattamento delle due fattispecie nel risultato pratico.

Sia che la riduzione del credito avvenga automaticamente, sia che avvenga per mezzo dell'opposizione della compensazione, in entrambi i casi il debitore ceduto vede, dunque, tutelate le sue ragioni.

Tale temperamento è assicurato, peraltro, anche dall'interpretazione estensiva del termine "*Begründung*"<sup>297</sup>, con la conseguenza che è considerato sufficiente che al momento della cessione sussista la fonte della *Aktivforderung*, di tanto che risulta sufficiente l'esistenza del contratto o del rapporto giuridico<sup>298</sup> da cui nasce il credito da opporre in compensazione.

Residua, tuttavia, un elemento di distinzione, con riguardo alla cessione del credito.

Il problema nasce dalla seconda variante del § 406 BGB, il quale esclude l'opponibilità della compensazione quando l'*Aktivforderung* è divenuta esigibile (*fällig*) dopo la conoscenza della cessione e dopo che è divenuto esigibile il credito ceduto (*Hauptforderung*). L'esigibilità implica che il credito possa essere preteso e quindi ne presuppone l'effettiva sussistenza, non essendo più sufficiente la mera presenza della sua causa giuridica.

---

<sup>296</sup> V. VIERRATH, *op. cit.*, p. 8.

<sup>297</sup> § 404 BGB *Einwendungen des Schuldners* - Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.

<sup>298</sup> VIERRATH, *op. cit.*, p. 10.



L'inapplicabilità di tale norma all'*Anrechnung* provoca una conseguenza pratica importante, essendo, infatti, in questo caso irrilevante, al fine della riduzione del credito, il momento in cui la pretesa è divenuta esigibile.

Nell'ambito di un contratto sinallagmatico, infatti, se ad esempio l'appaltatore cede il credito al compenso ad un terzo, se il ceduto (committente) fa valere contro il nuovo debitore un diritto al risarcimento del danno per inadempimento del contratto, non si tratterebbe di compensazione e quindi non dovrebbe essere applicato il § 406 BGB, con i limiti già descritti, ma il § 404<sup>299</sup>.

La stessa giurisprudenza, tuttavia, non è conforme sul punto e vi sono, anzi, numerose sentenze che negano questa ricostruzione, affermando l'autonomia della pretese al risarcimento e al compenso<sup>300</sup> con conseguente compensabilità (*Aufrechenbarkeit*) delle stesse.

Ad ogni modo si è tentato di mitigare tale differenza attraverso un'interpretazione adeguatrice del § 406 BGB, seconda variante, quando la compensazione (*Aufrechnung*) è volta ad estinguere obbligazioni derivanti da rapporti sinallagmatici.

In questi casi, infatti, la compensazione viene ammessa, da parte degli interpreti, nonostante il dettato del § 406, seconda variante: questa correzione si fonda sull'esistenza di una connessione tra *Haupt-* e *Gegenforderung* in forza del rapporto giuridico che le unisce<sup>301</sup>.

La connessione (*Konnexität*) che unisce le obbligazioni derivanti dal medesimo rapporto giuridico deve, pertanto, fondare una tutela per il debitore ceduto più elevata di quanto richiesto, invece, nei casi in cui le obbligazioni da compensare hanno fonti distinte<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> BGH 25.9.1958, in *NJW* 1958, 1915; SCHREIBER, in SOERGEL, *BGB*, Stuttgart, 2010, *sub* § 406, Rn. 3.

<sup>300</sup> V. *ex plurimis* BGH 23.6.2005, in *NZI* 2005, 674 e, in dottrina, GURSKY, *op. cit.*, *sub* § 387, Rn. 98.

<sup>301</sup> VIERRATH, *op. cit.*, p. 12; BGH 19.12.1974, in *NJW* 1975, 1022 e in *BGHZ* 63, 338, 342; GRÜNEBERG, *op. cit.*, *sub* § 406, Rn. 8.

<sup>302</sup> v. BUSCHE, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2005, *sub* § 406, Rn. 20.

#### II.3.4. Differenze sul piano processuale.

Alle differenze di natura sostanziale si affianca, nei casi di *Anrechnung*, la generale inapplicabilità a queste ipotesi di tutte le disposizioni contenute nella *Zivilprozessordnung* con riferimento alla compensazione.

Non si applica, dunque, la disciplina della separazione del processo: è vero, tuttavia, che soprattutto nelle ipotesi extracodicistiche di *Anrechnung*, anche se si qualificassero come ipotesi di vera e propria compensazione, si riscontrerebbe quella connessione tra le obbligazioni (*rechtlicher Zusammenhang*) che impedirebbe la separazione dei processi ai sensi del § 145 ZPO<sup>303</sup> e non consentirebbe neppure l'emissione di una sentenza parziale ai sensi del § 302 ZPO<sup>304</sup>.

Ulteriormente l'*Anrechnung* si differenzerebbe dall'*Aufrechnung* sotto il profilo della portata del giudicato sostanziale.

Il § 322, Abs. 1 ZPO dispone che la decisione abbia forza di giudicato solamente con riferimento ai diritti che sono stati invocati dalle parti nel processo in via di azione o di domanda riconvenzionale. Il giudicato non copre pertanto le semplici eccezioni.

In deroga a questa regola, il § 322, Abs. 2 ZPO, come si è già visto, dispone che il giudicato di insussistenza investa il controcredito opposto in compensazione fino a concorrenza dell'importo per cui esso è fatto valere.

Fatte queste premesse, dunque, si può valutare se e in quali termini il giudicato copra anche le poste attive fatte valere dal convenuto, o comunque valutate dal giudice, per mezzo del procedimento di *Anrechnung*.

Il giudicato ha, infatti, un duplice effetto: da un lato preclude alle parti di far valere in un secondo processo gli stessi diritti posti alla base della sentenza emessa (*Präklusionwirkung*); dall'altro fa sì che l'accertamento contenuto in tale sentenza faccia stato anche in futuro e al di fuori dello specifico processo di cui rappresenta l'esito (*Feststellungswirkung*).

---

<sup>303</sup> v. VIERRATH, *op. cit.*, p. 15.

<sup>304</sup> OLG Koblenz, 10.1.2002, in *NZBau*, 2002, 453.

Con riferimento all'effetto preclusivo, dev'essere innanzitutto sottolineato che il § 322, Abs. 2, ZPO – che prevede, come si è visto, che il giudicato cada sull'obbligazione portata in compensazione – non può essere applicato analogicamente o estensivamente al di fuori dell'ipotesi prevista<sup>305</sup>. Trattandosi, infatti, di norma eccezionale, che deroga alla regola per cui il giudicato non copre le eccezioni sollevate dal convenuto, una sua applicazione alle ipotesi di *Anrechnung* non è ammissibile<sup>306</sup>.

Tuttavia, se le poste di calcolo possono configurarsi quali presupposti per la fondatezza dell'azione, allora il giudicato sulle stesse potrebbe derivare dall'applicazione del § 322, Abs.1 ZPO<sup>307</sup>.

Se si considera, invece, che il giudicato non scenda sulle poste di calcolo fatte valere dal convenuto, allora questi non potrà godere neppure dell'effetto positivo scaturente dallo stesso, ossia la circostanza che tutto ciò che nella decisione viene deciso fa stato tra le parti anche al di fuori dello specifico processo (*Feststellungswirkung*).

Così, ove in un primo processo il committente facesse valere, per inibire la richiesta dell'appaltatore volta ad ottenere il pagamento del compenso, alcune poste di danno, in un secondo processo da questi iniziato per ottenere il risarcimento di uno specifico ed ulteriore danno, il committente non potrebbe giovare del già avvenuto accertamento della responsabilità dell'appaltatore<sup>308</sup>.

#### **II.4. Conclusioni parziali.**

Da un'analisi delle fattispecie considerate si può notare, dunque, che la linea di discriminazione tra *Anrechnung* e *Aufrechnung* viene fatta generalmente passare attraverso l'autonomia delle pretese.

---

<sup>305</sup> V. VOLLKOMMER, *ivi*, sub § 322 ZPO, Rn. 15.

<sup>306</sup> V. VIERRATH, *op. cit.*, p. 24; la possibilità dell'applicazione analogica era stata, tuttavia, prospettata dall'OLG Düsseldorf, in *AnwBI* 1984, p.612ss.

<sup>307</sup> V. VIERRATH, *op. cit.*, p. 22.

<sup>308</sup> V. VIERRATH, *op. cit.*, p. 26.

Il tratto caratterizzante della autonomia (*Selbstständigkeit*) viene generalmente individuato nella possibilità di separare due diritti di credito, individualmente azionabili. Anche dalla terminologia utilizzata sembra dunque doversi distinguere a seconda che si tratti di veri e propri diritti di credito (*Forderungen*<sup>309</sup>) o di semplici poste di calcolo (*Anrechnungsposten*).

Si rileva, in secondo luogo, come il concetto di autonomia delle pretese non combaci totalmente con l'idea di identità di fonte delle obbligazioni.

Se ci sono, infatti, delle ipotesi nelle quali l'avere la medesima origine attribuisce alle reciproche posizioni anche un carattere di dipendenza reciproca che non consente di considerarle autonome (e quindi compensabili), vi sono invero altre ipotesi nelle quali l'avere la medesima fonte non è sufficiente a considerare le reciproche pretese come non autonome.

La medesima origine può essere, in altre parole, talvolta un sintomo della non autonomia delle pretese (*Unselbstständigkeit*) ma non è di per sé sola sufficiente ad escluderla. Non è, di conseguenza, sufficiente la medesima fonte per escludere la compensabilità “tecnica” – *Aufrechnung* – delle pretese.

In sostanza, così come si avrà modo di vedere con riferimento al diritto italiano, anche in Germania si dice che per aversi compensazione le pretese devono essere autonome, ma l'individuazione dei criteri per definire tale autonomia non è, in concreto, sempre giustificata<sup>310</sup>.

Emerge dalla ricerca condotta, in secondo luogo, che spesso la non-autonomia è invocata per tutelare il sinallagma contrattuale.

Sinallagma contrattuale a tutela del quale, tuttavia, sono altri i rimedi specifici contemplati nell'ordinamento civile tedesco.

---

<sup>309</sup> *Forderung* intesa come pretesa obbligatoria (*schuldrechtlichen Anspruch*), la quale, ai sensi del § 194, Abs. 1 BGB è il diritto di ottenere da un altro soggetto un fare o un non fare.

<sup>310</sup> Di tanto che proprio il requisito dell'autonomia come elemento di discriminazione fra *Aufrechnung* e *Anrechnung* è stato da taluno posto in serio dubbio, proprio sulla base di un'analisi degli indici possibili di tale autonomia – o non autonomia – e della loro riscontrabilità nei casi generalmente sussunti nella compensazione c.d. atecnica (sia essa *Anrechnung*, *Verrechnung*, *Abrechnung*), v. VIERRATH, *op. cit.*, p. 57ss.

Vi sono, infatti, delle ipotesi nelle quali, nonostante l'esistenza di diritti autonomi, dal loro provenire dalla medesima fonte viene fatta discendere una particolare conseguenza giuridica.

Un primo profilo è quello dell'interpretazione adeguatrice. Un esempio lo si è già visto con riferimento alla cessione del credito e alla deroga al § 406, Abs.2 BGB nell'ipotesi in cui il credito ceduto e la *Hauptforderung* derivino dal medesimo rapporto contrattuale<sup>311</sup>.

La medesima origine consente al debitore ceduto di opporre la compensazione anche quando il suo credito è divenuto esigibile dopo la conoscenza della cessione e dopo che lo è divenuto il credito ceduto.

Un'interpretazione adeguatrice è fornita anche con riferimento al § 95, Abs. 1, Satz 3 InsO il quale, come già visto, impedisce l'opponibilità della compensazione nel caso in cui l'obbligazione dell'insolvente (*Hauptforderung*) diventi esigibile e incondizionata prima che si formi l'*Aufrechnungslage*. Ebbene questa norma è considerata, da parte degli interpreti, inapplicabile nelle ipotesi in cui le obbligazioni derivino dal medesimo rapporto contrattuale<sup>312</sup>.

Sempre con riferimento alla tutela delle obbligazioni aventi la medesima fonte, un ulteriore capitolo andrebbe poi aperto con riferimento ad un altro istituto, di rilevantissima importanza nel sistema civile tedesco: il *Zurückbehaltungsrecht* (diritto di ritenzione).

Diversamente da quanto avviene nel sistema civilistico italiano, il diritto di ritenzione nel BGB<sup>313</sup> si configura come un rimedio generale che consente al debitore che sia titolare, nei confronti del proprio creditore, di una pretesa esigibile derivante dallo stesso rapporto giuridico su cui si fonda l'obbligazione di cui è gravato, di rifiutare di

---

<sup>311</sup> V. *supra*.

<sup>312</sup> V. SINZ, *op. cit.*, sub § 95, Rn. 39-40.

<sup>313</sup> Nell'HGB è, invece, collegato perlopiù alla possibilità di ritenere beni mobili di cui il creditore sia in possesso in virtù del contratto a soddisfazione dell'obbligazione derivante dal contratto stesso, cfr. §§ 369, 371 e, in parte, 88a.

eseguire la propria prestazione fino a quando non riceva la prestazione che gli è dovuta (§ 273 BGB<sup>314</sup>).

La possibilità di invocare il Zurückbehaltungsrecht ai sensi del § 273 BGB è ammessa quando le due prestazioni derivano dal medesimo rapporto giuridico (*auf demselben rechtlichen Verhältnis*) e sussista, pertanto, il requisito della c.d. *Konnexität*.

Questo requisito viene, invero, interpretato in senso ampio dalla giurisprudenza, che lo ritiene sussistente anche nell'ipotesi in cui le pretese derivino da contratti differenti, ma inseriti in un complessivo rapporto di durata. Nei casi dubbi, si ammette che la sussistenza della *Konnexität* dipenda dalla valutazione, nella fattispecie concreta, che la considerazione dell'uno pretesa senza tener conto dell'altra costituirebbe violazione della buona fede<sup>315</sup>.

La necessità di salvaguardare il diritto di una parte di adempiere soltanto quando le viene offerta la prestazione di cui ha diritto diviene ancor più stringente se la fonte da cui derivano le obbligazioni è un contratto sinallagmatico<sup>316</sup>: in questo caso, infatti, la parte che è gravata da un'obbligazione derivante da un contratto a prestazioni corrispettive può opporre un'eccezione di inadempimento (*Einrede des nichterfüllten Vertrags*, § 320 BGB<sup>317</sup>) che le consente di rifiutare la prestazione cui è tenuta fino a quando non venga

---

<sup>314</sup> § 273 BGB Zurückbehaltungsrecht - (1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). (2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. (3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

<sup>315</sup> Su tutti questi profili v. LARENZ, *op. cit.*, p. 214.

<sup>316</sup> V. LARENZ, *ivi*, p. 214 ss. anche per le differenze rispetto al Zurückbehaltungsrecht.

<sup>317</sup> § 320 BGB Einrede des nicht erfüllten Vertrags - (1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung. (2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

effettuata la controprestazione – con esclusione della possibilità di inibire questa eccezione mediante prestazione di garanzia, come invece ammesso dal § 273 BGB –.

La differenza tra questi istituti e l'*Aufrechnung* è, in linea teorica, evidente: mentre la compensazione persegue l'obiettivo di estinguere le reciproche obbligazioni (*Tilgung*), questi istituti hanno invece una funzione conservativa del contratto ed hanno come unico effetto – come esplicitamente dichiarato dai §§ 274 e 322 BGB – quello di condurre ad una condanna contestuale e reciproca (*Zug um Zug*) all'adempimento delle rispettive obbligazioni.

Tuttavia, al lato pratico, le ipotesi possono confondersi, quando le obbligazioni in gioco sono omogenee: in questi casi, quando cioè l'esercizio del diritto di ritenzione può condurre allo stesso risultato pratico dell'esercizio della compensazione, si considerano applicabili anche al diritto di ritenzione o all'eccezione di inadempimento alcune regole dettate in materia di compensazione, tra cui in primo luogo i divieti di compensazione<sup>318</sup>.

Ciò che, in conclusione, si può trarre dall'esperienza tedesca ai fini di una comparazione con il diritto italiano sono, in sintesi, le seguenti considerazioni:

- 1) anche in Germania si è sentita l'esigenza, per ragioni di equità, di derogare alla disciplina della compensazione in determinati casi in cui le pretese delle parti erano *lato sensu* collegate;
- 2) la giustificazione di questa deroga è data, per lo più, dall'elemento della non autonomia di tali pretese;

---

<sup>318</sup> Cfr. GRÜNEBERG, *op. cit.*, sub § 273, Rn. 14. Conf. LARENZ, *op. cit.*, p. 215 il quale afferma che l'esercizio del diritto di ritenzione di una prestazione pecuniaria avverso una prestazione connessa anch'essa pecuniaria produce lo stesso effetto, almeno temporaneamente, di una compensazione, con la conseguenza che in quest'ipotesi l'esercizio del diritto di ritenzione è vietato negli stessi casi in cui sarebbe vietata la compensazione, ad es. se si tratta di credito avente natura retributiva. Si noti come è lo stesso BGB ad uniformare la disciplina della compensazione e del diritto di ritenzione, con riferimento all'intervenuta prescrizione di uno dei crediti, v. § 215 BGB - *Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung* secondo cui: "*Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung. - Die Verjährung schließt die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.*"

- 3) non autonomia che deve intendersi non tanto quale derivazione dalla medesima fonte, bensì quale impossibilità di riscontrare un diritto di credito indipendente ed autonomamente azionabile;
- 4) al di fuori di queste ipotesi, nelle quali più o meno giustificatamente si riscontra la non autonomia, vi sono istituti diversi dalla compensazione direttamente volti alla tutela del sinallagma contrattuale anche in caso di patologia del rapporto, la cui concreta applicazione deve essere coordinata, tuttavia, con le disposizioni previste per la compensazione.



## **CAPITOLO III – Italia: la compensazione impropria.**

### **III.1. Osservazioni introduttive e storico-giuridiche.**

L'aver dapprima osservato l'evoluzione dei sistemi francese e tedesco ci permette di affrontare con maggiore consapevolezza la genesi e lo sviluppo della disciplina della compensazione c.d. impropria nell'ordinamento interno.

L'influenza francese si manifesta, infatti, nel sorgere delle problematiche relative alla compensazione tra obbligazioni derivanti dal medesimo titolo, considerato che i codici italiani civile del 1865 e del commercio del 1882 riproducevano pressoché fedelmente quanto disposto, relativamente alla compensazione, dal *Code civil* e dal *Code de Commerce*, importandone tuttavia anche gli aspetti più discussi.

L'esperienza tedesca, invece, per quel che qui maggiormente interessa, oltre a fornire relevantissimi spunti interpretativi, orienta il legislatore del 1942 nella decisione di ammettere esplicitamente l'operatività della compensazione nell'ambito delle procedure concorsuali, specialmente nel fallimento<sup>319</sup>, possibilità invece esclusa dal Codice di commercio del 1882.

Al riguardo si può osservare come queste diverse influenze convivano tuttora nel nostro ordinamento: convivenza che non è esente da problemi, se, come avremo modo di vedere, è proprio la compensazione impropria a subire diverse applicazioni e ricostruzioni ove sia posta in essere in ambito extra- o intraconcorsuale.

Fatte queste brevi premesse, che anticipano in un certo qual modo alcuni sviluppi successivi, è necessario osservare dapprima la genesi storica del “problema”, per poi affrontarne l'evoluzione e, da ultimo, proporre una ricostruzione sistematica.

---

<sup>319</sup> Lo rileva anche INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna – Roma, 1988, p. 162. Non è questa la sede per indagare, invece, sulla questione relativa alla (probabile) influenza che la legislazione germanica ha avuto nel senso di costruire la compensazione di cui all'art. 56 l.f. a modello dell'*Aufrechnung*, per cui la compensazione legale sarebbe l'effetto di una dichiarazione negoziale (emessa in presenza dei presupposti, l'*Aufrechnungslage*) e non l'effetto automatico della coesistenza dei crediti. Sul punto v. *amplius* NAPPI, *Contributo alla teoria della compensazione*, Torino, 1999, p. 145.

Quel che si può fin da ora rilevare è che il tema della compensazione impropria deve stimolare l'interprete sotto diversi punti di osservazione: in primo luogo, il problema può essere affrontato con riferimento ai settori nei quali è stata più largamente applicata la compensazione impropria. Questa prospettiva riveste l'indubbio vantaggio di far comprendere l'incidenza dell'istituto nelle diverse aree di applicazione. Sconta, tuttavia, al contempo un grave *deficit*: essendo, la compensazione impropria, un istituto creato per la soluzione del caso concreto, non è possibile affrontare e capire il motivo per cui certe obbligazioni, e non altre, sono state elise per mezzo della compensazione impropria se non si affrontano, contemporaneamente, gli effetti giuridici teorici e pratici della suddetta scelta interpretativa.

Si può, allora, affrontare la questione sotto questo diverso punto di vista: gli effetti derivanti dalla sussunzione dell'ipotesi nella compensazione impropria e la sua disciplina. In questa prospettiva si riescono ad astrarre le linee fondamentali della regolazione dell'istituto dai singoli casi concreti, nel tentativo di avere un quadro delle deroghe che l'applicazione della compensazione impropria comporta nel sistema. Questa visuale, tuttavia, se affrontata con rigore, penalizza la portata dell'istituto stesso, rischiando di fornire un semplice *collage* di soluzioni pretorie, di cui si fatica tuttavia a comprendere il senso complessivo.

Ancora, si può cercare di ricondurre a sistema le diverse pronunce, che hanno affrontato ipotesi teoriche diversissime per dare soluzioni concrete a problemi anch'essi molto diversi tra loro, sotto la lente della giustificazione giuridica sottesa alla scelta interpretativa.

È questa, forse, l'ottica che consente di dare un senso complessivo dello stato della giurisprudenza, poiché, se si osservano atomisticamente le singole pronunce che hanno fatto applicazione della compensazione impropria, esse possono apparire completamente slegate le une dalle altre. La questione, in quest'ottica, ruota intorno al concetto della pretesa autonomia dei rapporti o delle obbligazioni quale giustificazione dell'applicabilità della compensazione in senso tecnico o meno.

Tale approccio, tuttavia, deve scontrarsi con il dato ricavabile dalle pronunce, le quali spesso si limitano ad affermare che alcune obbligazioni sono autonome e altre no, senza però fornire una giustificazione soddisfacente della soluzione adottata.

Non diviene possibile, pertanto, “calare dall’alto” una qualche definizione del concetto di autonomia, ma si deve procedere con metodo induttivo, ricavando dalle fattispecie concrete in cui è stata ravvisata l’autonomia dei rapporti o delle obbligazioni i criteri per poterla definire, individuare ed eventualmente criticare.

Per tentare, dunque, di ottenere un quadro sufficientemente chiaro delle ipotesi in cui si è applicata la compensazione impropria, degli effetti della sua applicazione e delle giustificazioni di codesta applicazione si dovrà necessariamente operare una sintesi dei punti di vista suddetti.

### III.1.1. Le prime manifestazioni della compensazione c.d. impropria tra la fine del 1800 e la prima metà del 1900.

Rinviando, dunque, all’introduzione di questo lavoro per i confronti con il diritto romano, il quale prevedeva come unica forma di compensazione proprio quella tra obbligazioni derivanti *ex eadem causa*, vogliamo qui cercare di individuare quali siano state le ragioni, le condizioni, le fattispecie da cui è nata l’affermazione – a prima vista assolutamente opposta a quanto previsto dal diritto romano – secondo cui per aversi compensazione è necessaria l’autonomia dei rapporti.

In questo senso, le origini dell’istituto della compensazione c.d. impropria o atecnica devono essere individuate quando ancora essa non veniva così identificata.

A tal fine è necessario rivolgere un breve sguardo al sistema normativo italiano tra la fine del secolo XIX° (a seguito dell’emanazione dei codici civile del 1865 e commerciale del 1882) e i primi quarant’anni del secolo XX° (prima della riforma del codice civile, che ingloba in sé la disciplina prima demandata al codice del commercio e lascia a sé stante unicamente la legge fallimentare).

Il codice civile del 1865 disciplina, al pari di quello francese, esclusivamente la compensazione legale (artt. 1285 ss.), la quale presuppone, per il suo operare, la presenza di reciproci debiti omogenei, liquidi ed esigibili.

Non è estranea, tuttavia, alla prassi l'esigenza di addivenire alla reciproca elisione delle pretese anche quando i crediti non presentano tutti questi requisiti poiché, nel caso, non sono ancora determinati nel loro ammontare ovvero sono sottoposti ad un termine ancora non scaduto.

Questa esigenza, per il vero, si esprime con maggiore evidenza quando questi reciproci debiti, non ancora liquidi o esigibili, nascono dal medesimo rapporto o dal medesimo contratto.

È in quest'ottica, pertanto, che l'esistenza di questi crediti viene sovente presentata all'attenzione del giudice in forma di eccezione o domanda riconvenzionale, quando la parte contrattuale che viene chiamata in giudizio per l'adempimento dell'obbligazione nascente dal contratto che grava su di essa ritiene di poter opporre una pretesa creditoria anch'essa nascente dall'esecuzione o dall'inesatta esecuzione del medesimo contratto. Ed è proprio in accoglimento di questa esigenza che l'autorità giudiziaria dichiara, ad esempio, la compensazione tra il debito da controprestazione e il credito a titolo di risarcimento dei danni da inesatto adempimento<sup>320</sup> oppure compensa quanto dovuto al lavoratore per indennità di licenziamento e quanto versato dal datore di lavoro al dipendente a titolo di mutuo<sup>321</sup>, ritenendo che questo, occasionato dal rapporto di lavoro, non rappresenti nient'altro che un anticipo sul futuro compenso, ovvero ancora opera l'elisione tra il credito per il residuo prezzo della cessione di un'attività commerciale e il risarcimento per il danno per inosservanza di clausola contrattuale<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> C. Regno, 30 maggio 1928, Soc. Gallinari c. Albert, in *Rep. Foro it.*, 1928, v. *Compensazione*, n. 13.

<sup>321</sup> T. Catanzaro, 13 maggio 1930, Zilli c. Ciardi, in *Giur. Lav.*, 1930, 698.

<sup>322</sup> Corte d'Appello di Torino, 28 febbraio 1941, Musso c. Musso, in *Rep. Foro it.* 1941, v. *Compensazione*, n. 20, secondo cui l'eccezione con la quale il convenuto per il pagamento del residuo prezzo per la cessione di un panificio chiede all'attore il risarcimento dei danni per inosservanza della clausola contrattuale vietantegli l'apertura entro una determinata zona di altro panificio in concorrenza con quello ceduto, è riconvenzionale in compensazione fra i due opposti crediti di residuo prezzo e di danni, tendente tuttavia a ristabilire l'equilibrio nelle obbligazioni derivanti alla parti da quel contratto, e non eccezione d'inadempimento, con la conseguenza che in tal caso non è ammissibile uno *jus retentionis*, ma può però procedersi a compensazione giudiziale.

La compensazione, in questi casi, è ricondotta alla categoria della compensazione giudiziale, la quale, sebbene non codificata, prendeva forma nelle costruzioni dottrinali e giurisprudenziali<sup>323</sup>, al fine di evitare l'ingiustizia connessa ad una condanna che non tenesse conto delle contrapposte ragioni del convenuto.

Da questa giurisprudenza si può evincere, pertanto, che la compensazione cd. giudiziale non veniva assolutamente esclusa per il solo fatto che i rispettivi crediti e debiti fossero originati dalla medesima fonte, ma anzi proprio per le esigenze connesse a questa circostanza si ammetteva questa forma di compensazione di origine extracodicistica<sup>324</sup>.

Con ancor più nitidezza, tuttavia, l'idea della compensazione impropria inizia a formarsi nell'ambito del diritto fallimentare.

Anche qui il sistema italiano emula quello francese, escludendo la compensazione nel caso di fallimento di uno dei soggetti interessati, a meno che i rispettivi debiti e crediti non presentassero già prima della dichiarazione di fallimento i requisiti richiesti per

---

<sup>323</sup> Su cui v., per una ricostruzione complessiva, CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909, p. 350ss. Sottolinea GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VIII, Firenze, 1888, che “predomina tra gli scrittori moderni, unanimi nel riconoscere l'istituto della compensazione giudiziale, l'indirizzo di considerarla sotto il rispetto della procedura, e di confonderla con la domanda riconvenzionale” (p. 151). La “processualità” dell'istituto derivava dalla mancata contemplazione nel codice civile, ma al contempo alla previsione nell'art. 102 Codice di Procedura civile del Regno d'Italia del 1965 che “i conciliatori e i pretori conoscono della compensazione proposta contro la domanda dell'attore se il valore del credito non ecceda i limiti della loro competenza, o se la compensazione si desuma da credito non impugnato.

Quando il credito opposto in compensazione sia impugnato ed ecceda i limiti della competenza, essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la compensazione.

Se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta o confessione giudiziale, i conciliatori e i pretori possono ritenere la causa principale e rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione, e possono ordinare che la sentenza sia eseguita con cauzione”.

Rilevava, a proposito, Giorgi che “assai importante parrebbe la ricerca degli estremi sostanziali, che richiede siffatta compensazione; ma poiché essa dipende dal potere discrezionale del giudice, bisogna contentarsi di segnarne i confini, e notare le applicazioni principali” (p. 152). Venendo alle applicazioni principali, sottolineava Giorgi come “il caso più frequente di compensazione giudiziale sarà quello di credito illiquido opposto al credito liquido” (p. 153). Ritiene, invece, che le disposizioni contenute nel Codice di procedura civile fossero dettate unicamente per la compensazione legale REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 39.

<sup>324</sup> Preminenza data alla “connessione” delle questioni che si evince, ad es., dalla massima secondo cui “Non può farsi luogo a compensazione fra due crediti che derivano da titoli diversi quando l'uno sia liquido e l'altro richieda laboriose indagini”, Corte d'Appello di Milano, 13 dicembre 1934, Marchetto c. Centrale latte Como, in *Foro lomb.*, 1934, p. 346.

l'operare della compensazione legale (e, quindi, le obbligazioni fossero in realtà già estinte, in ossequio alla dottrina dell'*ipso iure*).

Il codice del commercio del 1882, infatti, perpetuando l'assimilazione tra compensazione e pagamento, dichiara nulli i pagamenti di debiti non scaduti fatti dopo la dichiarazione di fallimento, tanto se eseguiti “col mezzo di denaro, quanto per via di trapasso, vendita, *compensazione* o altrimenti”<sup>325</sup>.

È vero che tale disposizione sembra riguardare, in particolare, la compensazione volontaria<sup>326</sup>, ma l'impossibilità di addivenire alla compensazione legale è fatta comunque discendere dalla generale clausola di equivalenza tra compensazione e pagamento, da cui al divieto dell'uno corrisponde il divieto dell'altra<sup>327</sup>.

Il principio, tuttavia, viene scardinato dalla giurisprudenza in diverse occasioni, nelle quali esigenze di equità richiedevano un diverso trattamento.

Con ragionamento analogo a quello che verrà poi fatto proprio dalla pronuncia succitata in tema di compensazione tra credito del lavoratore e debito dello stesso per restituzione di somma ricevuta a titolo di mutuo, la Corte di cassazione di Roma nel 1890<sup>328</sup> ammette, nonostante il fallimento del locatore, la compensazione tra quanto dovuto dal conduttore a causa di canoni non pagati e quanto questi dovrebbe ottenere per la restituzione del deposito versato all'inizio della locazione al locatore<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> Art. 707 Codice del commercio del regno d'Italia del 1882. Diversamente, peraltro, da quanto prevedevano gli usi mercantili antecedenti alla codificazione, se è vero che non solo la compensazione era ammessa nel momento in cui uno dei due commercianti fosse in stato di decozione o fallimento, ma addirittura essa avveniva in queste ipotesi di diritto, anche qualora gli stessi l'avessero esclusa nella fase fisiologica del rapporto: v. CUTURI, *op. cit.*, p. 139, spec. n. 4 ed *ivi* ulteriore bibliografia.

<sup>326</sup> V. CUZZERI, *sub* art. 707 Codice del Commercio, in BOLAFFIO – VIVANTE, *Il codice del commercio commentato, Del fallimento*, Torino, 1927, p. 206. Ritiene, invece, che discenda da tale disposizione anche il divieto dell'operare della compensazione legale CARAVELLI, *Teoria della compensazione*, Pisa, 1930, p. 169.

<sup>327</sup> Al riguardo v., *ex multis*, BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938, p. 543 e p. 488 ove affermava che “conseguenza diretta della indisponibilità attiva e passiva prodotta dal fallimento è l'impossibilità della compensazione così convenzionale che legale dopo la sentenza dichiarativa”.

<sup>328</sup> Cass. Roma 15 gennaio 1890, Argema c. Fall.to Matteini, in *Foro it.* 1891, c. 539 con nota di BOLAFFIO.

<sup>329</sup> Il principio è confermato anche in tempi più recenti, si v. ad es. T. Nola, 21 settembre 2011, in *DeJure*, che ha condannato il conduttore a versare al locatore un importo corrispondente alla differenza tra le mensilità insolute e quanto attribuito a quest'ultimo a titolo di deposito cauzionale proprio “operata la compensazione tra le reciproche poste di dare ed avere, in virtù del meccanismo della compensazione impropria”.

Affermare che fu ammessa la compensazione costituisce, a onor del vero, una non corretta rappresentazione delle motivazioni addotte a sostegno della decisione: la Corte, infatti, affermava che il conduttore non pretendeva di compensare con il suo credito un debito derivante da altro titolo, bensì voleva che fosse riconosciuto che con la somma depositata si dovevano intendere soddisfatti i canoni mensili non pagati fino alla concorrenza dell'importo suddetto. Di conseguenza, secondo la Corte, non aveva luogo una compensazione tra debito e credito che avessero titoli diversi, ma semplicemente soddisfazione del debito per mezzo di un anticipato versamento di una somma di denaro destinato a soddisfare il locatore nell'ipotesi di ritardato pagamento dei canoni dovuti. Ciò che si afferma, in sostanza, è che in caso di fallimento la compensazione non può operare se non tra crediti e debiti già anteriormente scaduti, ma ciò non si verifica nel caso in cui debito e credito derivino dallo stesso titolo e il debito debba imputarsi al credito<sup>330</sup>.

Si delinea, in questi termini, un filone giurisprudenziale che ammette la "compensazione" in altri casi in cui, per volontà delle parti o per l'intrinseca natura del negozio, si debba ritenere equa e imprescindibile la reciproca estinzione delle pretese.

L'oggetto delle pronunce e delle riflessioni più rilevanti del tempo, in materia, è costituito dalla figura del pegno irregolare.

Le questioni si pongono perlopiù con riferimento all'ipotesi in cui fallisca il debitore di un istituto di credito, il quale prima di fallire avesse consegnato allo stesso somme di denaro a garanzia dello sconto di titoli o titoli a garanzia del debito derivante da mutuo.

Dall'analisi delle diverse pronunce e dai contributi dottrinali emerge che, se il fine perseguito è sempre quello – ritenuto conforme ad equità – di consentire alla banca di trattenere le somme ricevute fino a concorrenza del credito, le motivazioni addotte dagli interpreti e dalla giurisprudenza al riguardo risultano, tuttavia, molto diverse. Possono essere indicate almeno tre linee interpretative che si caratterizzano, l'una, per dare

---

<sup>330</sup> La scelta è fortemente criticata dal Bolaffio in sede di nota alla stessa: i profili critici risiedono nella lesione di quell'uguaglianza che è "fondamento e ragione del giudizio di fallimento", lesione causata dalla possibilità data al creditore che non è titolare di una causa legittima di prelazione di soddisfarsi per intero, per mezzo della compensazione, in violazione della *par condicio creditorum*.

accesso alla compensazione, l'altra, per far discendere la trattenuta delle somme dallo schema contrattuale del pegno irregolare, l'altra ancora, che si concentra sulle modalità di esercizio della garanzia.

La prima di queste opzioni dà, dunque, accesso alla compensazione anche dopo il fallimento in forza della connessione tra i crediti, i quali sorgono dal medesimo rapporto<sup>331</sup>.

Il richiamo alla compensazione di debiti connessi è indotto dall'osservazione che nel pegno irregolare il creditore si trova nell'impossibilità di esercitare quelle difese che avrebbe potuto attivare ove oggetto del pegno fosse stata una cosa infungibile, specialmente il diritto di rivendicarla nei confronti della massa fallimentare. Tuttavia, proprio in considerazione della natura fungibile del denaro egli può attuare la propria garanzia per mezzo di quella "difesa sussidiaria" che è rappresentata dalla compensazione<sup>332</sup>.

Con riferimento, invece, alla seconda opzione interpretativa, essa si basa sulla costruzione giuridica per cui, al momento della conclusione della convenzione costitutiva del pegno irregolare, sorgerebbe l'obbligazione a carico del creditore di restituire i beni fungibili costituiti in garanzia – e di cui è divenuto immediatamente proprietario – al momento dell'avvenuto pagamento, obbligazione da ritenersi però sospensivamente condizionata al verificarsi dell'evento futuro e incerto del pagamento del credito garantito.

Non si dovrebbe, pertanto, seguendo tale opzione interpretativa, dar corso ad una (impossibile) compensazione poiché, dato che l'obbligo di restituzione da parte del

---

<sup>331</sup> È la soluzione più filo-francese, quella che infatti mutua l'idea della compensazione di debiti connessi per derogare al divieto di compensazione nel fallimento.

<sup>332</sup> VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, IV - Le obbligazioni: contratti e prescrizione*, Milano, 1926, p. 290, il quale nota anche che "un senso operoso di equità ha indotto la giurisprudenza a riparare, entro i limiti della somma reciprocamente dovuta, alla lacuna del Codice" il quale, ex art. 707, vieta la compensazione successiva al fallimento. Si badi che questa soluzione è tuttora accolta nella giurisprudenza che si occupa del pegno irregolare nell'ambito del fallimento, v. ad es. Cass. civ., sez. I, 12 settembre 2011, n. 18597, in *Rep. Foro it.*, v. *Fallimento*, n. 410 la quale ha affermato che "il creditore assistito da pegno regolare è tenuto a insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 l. fall., per il soddisfacimento del proprio credito, dovendosi escludere la compensazione, che opera invece nel pegno irregolare come modalità tipica di esercizio della prelazione", su cui *amplius infra*.



contraente che ha ricevuto la garanzia è sottoposto a condizione consistente nell'evento futuro e incerto che l'altra parte adempirà l'obbligazione garantita, non essendo stata adempiuta tale obbligazione non è sorta neppure quella di restituzione.

Non vi sarebbero pertanto due distinti rapporti giuridici, dei quali sia vietata la compensazione, ma un solo eventuale credito risultante dalla differenza tra quanto dato a titolo di mutuo e il valore di quanto ricevuto in pegno<sup>333</sup>.

Questa soluzione si basa sull'assunto per cui, essendo il denaro entrato a far parte del patrimonio del creditore, non si potrebbe far valere la garanzia nelle forme ordinarie mediante individuazione del bene oggetto della garanzia nel patrimonio del debitore. Se il bene, infatti, è già di proprietà del creditore, allora trattasi semplicemente di titolarità condizionata, cui discende, una volta intervenuto il fallimento, solo l'obbligazione di restituire quanto di più eventualmente ricevuto rispetto al dovuto in forza del contratto di pegno.

L'assunto, tuttavia, viene da altri negato, sulla base della considerazione opposta che i beni fungibili oggetto del pegno irregolare ritornino nel patrimonio del debitore non appena scade il termine per il pagamento dell'obbligazione garantita, con la conseguenza che ben si potrebbe allora far valere il privilegio: il creditore dovrebbe, infatti, esibire di regola il *tantundem* sul quale, tuttavia, potrebbe rivalersi con precedenza rispetto agli altri creditori in forza della causa legittima di prelazione<sup>334</sup>.

Il problema può porsi, invero, anche nel caso inverso, ove oggetto del pegno irregolare siano titoli dati in garanzia della restituzione della somma ricevuta a mutuo, nel caso in cui sia il mutuante a fallire. Il curatore, in questa ipotesi, non può pretendere la restituzione per intero della somma data a mutuo verso il pagamento solo in moneta

---

<sup>333</sup> Corte d'Appello di Milano, 14 gennaio 1913, Fall.to Pisati e De Grandi c. Banca Santagostino, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, p. 523, con nota adesiva di NAVARRINI il quale espressamente esclude che la giustificazione del principio di diritto affermato possa riscontrarsi nell'opinione secondo cui i debiti reciproci *ex eadem causa* si elidano nonostante la dichiarazione di fallimento, poiché i principi dominanti la disciplina delle procedure concorsuali "non tollerano in nessun modo che si distingua se i debiti o crediti compensabili derivino o non derivino dalla stessa causa". La decisione è confermata da Corte di Cassazione di Torino, 16 ottobre 1913, Fall.to Pisati e De Grandi c. Banca Santagostino, in *Riv. Dir. Comm.* 1914, II, p. 509.

<sup>334</sup> LA LUMIA, *Pegno irregolare e sconto*, nota a Corte di Cassazione di Torino, 16 ottobre 1913, Fall.to Pisati e De Grandi c. Banca Santagostino, in *Riv. Dir. Comm.*, 1914, II, p. 518.

fallimentare del valore dei titoli ricevuti in pegno. In questo caso, infatti, “i crediti si elidono sino alla rispettiva concorrenza e, se il valore dei titoli supera la somma mutuata, è solo la differenza che deve subire la falciatura fallimentare”<sup>335</sup>. Il rapporto infatti, in questi casi, si unifica nella risultante differenziale delle due prestazioni<sup>336</sup>.

III.1.2. Le prime manifestazioni della compensazione c.d. impropria nei decenni successivi all'adozione del Codice civile del 1942 e della legge fallimentare.

Il quadro normativo cambia considerevolmente con l'approvazione del r.d. 16 marzo 1942, n. 262 contenente il Codice civile e con la promulgazione del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. legge fallimentare.

Innanzitutto il codice civile del 1942 disciplina espressamente, di fianco alla compensazione legale, l'istituto della compensazione giudiziale<sup>337</sup>, il quale viene estrapolato dal diritto vivente e ricondotto a disciplina unitaria e legislativamente determinata.

La compensazione giudiziale viene, dunque, disciplinata dall'art. 1243, 2° co., c.c. secondo cui “Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione”.

In secondo luogo, la scelta di ammettere espressamente la compensazione nell'ambito del fallimento, seppur nei limiti previsti dall'art. 56 l.f.<sup>338</sup>, risolve la maggior parte dei

---

<sup>335</sup> Corte di Cassazione del Regno, 30 luglio 1935, n. 3128, in *Foro it.* 1936, c. 267.

<sup>336</sup> Corte di Cassazione del Regno, 15 maggio 1934, in *Foro it.* 1934, c. 1068; Corte di cassazione del Regno, 27 luglio 1933, Cristofannini c. Società bancaria Marchigiana, in *Foro it.* 1934, c. 1106.

<sup>337</sup> Oltre, naturalmente a quella volontaria, che risulta tuttavia di minore interesse per l'oggetto di questo lavoro.

<sup>338</sup> La Relazione del Guardasigilli affermava che “è degna di particolare rilievo la norma dell'art. 56, la quale, innovando radicalmente il sistema del codice, ammette i creditori a compensare i loro debiti che vantano verso il fallito, ancorchè non siano scaduti prima della dichiarazione di fallimento”, in PICELLA - POTENZA, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1942, p. 69.

problemi derivanti dalla legislazione precedente e legati, come si è già visto, alla generale impossibilità di ammettere la reciproca estinzione delle pretese dopo la dichiarazione di fallimento.

L'art. 56 l.f. dispone, infatti, che “I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore.”

Per quanto, tuttavia, vengano esplicitamente ammessi dall'ordinamento sia la compensazione giudiziale che la possibilità di invocare la compensazione anche nell'ambito del fallimento, tali previsioni sembrano inadatte a risolvere tutte le ipotesi che la pratica presenta<sup>339</sup>.

Nonostante queste modifiche normative, infatti, esigenze di equità portano la giurisprudenza – che non ha più “mani libere” nel gestire la compensazione giudiziale – a ricercare attraverso la compensazione impropria una diversa soluzione del caso concreto.

La prima sentenza che, a quanto consta, espressamente sembra limitare l'applicabilità della compensazione in senso tecnico – cioè quella disciplinata dal codice civile nelle forme di legale e giudiziale – alle ipotesi di obbligazioni derivanti da titoli diversi risale

---

<sup>339</sup> In ambito fallimentare, ad es., la distinzione tra compensazione propria e impropria è richiamata, da taluno, per giustificare la necessità o meno di chiedere l'ammissione al passivo del credito. Commentando una pronuncia del Tribunale di Milano del 1970, che aveva escluso la necessità dell'insinuazione in ipotesi di compensazione impropria, un Autore sottolinea come “la soluzione che configura un diverso regime della compensazione in sede fallimentare a seconda che essa riguardi obbligazioni derivanti da uno stesso rapporto o da rapporti autonomi ... sembra però riallacciarsi alla giurisprudenza e alla dottrina formatesi sotto il codice di commercio abrogato sul regime della compensazione nel fallimento. Come è noto, mancando nel codice di commercio una norma corrispondente al vigente art. 56 l.f., si riteneva generalmente che la compensazione non potesse perfezionarsi dopo o al momento della dichiarazione del fallimento. A tale regola si faceva eccezione per la compensazione fra debiti e crediti derivanti da una stessa causa, considerando tali anche le obbligazioni conseguenti alla risoluzione o all'annullamento di un contratto a prestazioni corrispettive, e ciò in ragione del nesso di sinallagmaticità o corrispettività che unisce tali obbligazioni” (AUTERI, *Compensazione e ammissione al passivo fallimentare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, p. 37).

al 1954, quando la Cassazione<sup>340</sup> afferma che “può farsi luogo a compensazione giudiziale qualora si verta nella ipotesi di persone obbligate l’una verso l’altra *per titoli diversi*<sup>341</sup> e venga accertata nel corso del giudizio la liquidità dei contrapposti crediti nonché l’esistenza di due diverse richieste”.

Tale sentenza, infatti, sembra esplicitamente limitare l’ambito di operatività della compensazione regolata dal codice civile alla sussistenza della diversità di titolo su cui sono fondati i reciproci crediti.

Con maggiore chiarezza, tuttavia, è nel 1960 che la Cassazione, per la prima volta a quanto consta, decreta il presupposto dell’autonomia dei reciproci rapporti per l’operare della compensazione in senso tecnico-giuridico: si afferma, infatti, che “presupposto generale per la compensazione è la reciproca autonomia dei contrapposti rapporti di credito e debito: pertanto quando i due crediti contrapposti non abbiano origine in due distinti rapporti giuridici, ma in un unico rapporto bilaterale, ovvero in due rapporti in cui uno sia accessorio dell’altro, non può parlarsi di compensazione in senso tecnico-giuridico: in tale ipotesi, l’accertamento del dare ed avere postula un semplice calcolo, che può chiudersi in pareggio o indicare la risultante differenziale”<sup>342</sup>.

Anche questa sentenza è inedita e non è pertanto possibile capire quale fosse il caso concreto che aveva dato origine alla controversia.

Basti tuttavia notare, per il momento, che da questo istante in poi, soltanto a sfogliare i repertori di giurisprudenza, quasi ogni annata contempla almeno una massima che accoglie questo medesimo principio: la compensazione presuppone l’autonomia dei rapporti ai quali i debiti delle parti si riferiscono.

In generale, dunque, la giurisprudenza giunge a negare l’applicabilità della compensazione tecnica nel caso in cui i contrapposti rapporti di credito e debito abbiano origine da un unico rapporto bilaterale ovvero in due rapporti distinti di cui uno

---

<sup>340</sup> Cass. Civ. 23 ottobre 1954, n. 4023, in *Rep. Foro it.* 1954, v. *Compensazione*, n. 9.

<sup>341</sup> Corsivo aggiunto, *nda*.

<sup>342</sup> Cass. civ., 8 ottobre 1960, n. 2608, in *Rep. Foro it.* 1960, v. *Compensazione*, n. 3.

accessorio dell'altro<sup>343</sup>, oppure anche nell'ipotesi in cui si tratti di un unico rapporto "ancorché complesso"<sup>344</sup>.

Non mancano, tuttavia, voci dissonanti<sup>345</sup>, le quali al contrario ammettono la compensazione "propria" anche quando le reciproche obbligazioni hanno fonte nel medesimo contratto.

Quel che, tuttavia, deve notarsi è che l'utilità e il senso di questo istituto extracodicistico possono essere apprezzati solo se letti in stretta corrispondenza con gli effetti pratici che il ricorso a tal istituto comporta. Quello della c.d. compensazione impropria appare, infatti, proprio come un caso di produzione inversa del diritto: non è infatti dalla pregressa esistenza della fattispecie che si ricavano e discendono gli effetti, bensì è sulla base degli effetti che si vogliono ottenere che viene costruita la fattispecie astratta<sup>346</sup>.

Fattispecie che, a ben vedere, viene costruita *a contrario* mediante negazione dei presupposti necessari per l'operare della compensazione in senso tecnico. Come *a*

---

<sup>343</sup> *Ex plurimis* Cass. civ., 8 ottobre 1960, n. 2608, in *Rep. Foro it.* 1960, v. *Compensazione*, n. 3; Cass. civ., 9 giugno 1961, n. 1339, in *Rep. Foro it.* 1961, v. *Compensazione*, n. 3; Cass. civ., 8 febbraio 1963, n. 229, in *Rep. Foro it.* 1963, v. *Compensazione*, n. 6; A. Messina, 31 luglio 1963, in *Giur. Sic.* 1964, p.60; Cass. civ., 8 ottobre 1965, n. 2092, in *Rep. Foro it.* 1965, v. *Compensazione*, n. 1 e n. 2; Cass. civ., 1 marzo 1967, n. 464, in *Rep. Foro it.*, 1967, v. *Compensazione*, n. 1; Cass. Civ., 14 ottobre 1970, n. 2019, in *Rep. Foro it.* 1971, v. *Obbligazioni in genere*, n. 78; Cass. civ., 20 dicembre 1972, n. 3654, in *Rep. Foro it.* 1972, v. *Obbligazioni in genere*, n. 56; Cass. civ., 18 settembre 1972, n. 2748, in *Rep. Foro it.* 1972, v. *Obbligazioni in genere*, n. 57; Cass. civ., 12 ottobre 1972, n. 3021, in *Rep. Foro it.* 1972, v. *Obbligazioni in genere*, n. 58; Cass. civ., 24 giugno 1972, n. 2143, in *Rep. Foro it.* 1972, v. *Obbligazioni in genere*, n. 61; Cass. civ., sez. lav., 3 dicembre 1984, n. 6320, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984; Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 1986, n. 6426, in *Giust. civ. Mass.* 1986.

<sup>344</sup> Cass. civ., 16 maggio 1964, n. 1196, in *Rep. Foro it.* 1964, v. *Compensazione*, n. 2.

<sup>345</sup> V. per citare solo la prima sentenza a noi nota al riguardo Cass. civ., 14 marzo 1964, n. 578, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1964, II, p.172, su cui *infra*.

<sup>346</sup> Sembrano ammetterlo pressoché apertamente Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2009, n. 15796 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 1042 e Cass. civ., sez. II, 8 agosto 2002, n. 11943, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1508, le quali affermano che "Il principio secondo il quale l'istituto della compensazione - postulando l'autonomia dei rapporti cui si riferiscono le contrapposte ragioni di credito delle parti - non trova applicazione nel caso in cui non sussista la predetta autonomia di rapporti per avere origine i rispettivi crediti nell'ambito di una unica relazione negoziale (ancorché complessa) non esclude la possibilità della valutazione, nell'ambito del medesimo giudizio, delle reciproche ragioni di credito e del consequenziale accertamento contabile del saldo finale delle contrapposte partite di dare - avere derivanti da un unico rapporto, valutazione che, per contro, può sempre aver luogo ed alla quale, anzi, il giudice deve procedere anche d'ufficio, trovando il detto principio applicazione, per converso, *al solo fine di escludere che, a tale operazione, possano essere opposti i limiti di carattere tanto sostanziale quanto processuale stabiliti dall'ordinamento per l'operatività della compensazione stessa quale regolata, in senso tecnico-giuridico, negli art. 1241 ss. c.c.*"

*contrario* sono individuati gli effetti che scaturiscono dalla fattispecie, posto che consistono nella (quasi) totale disapplicazione delle regole sostanziali e processuali dettate per la compensazione in senso stretto.

È d'obbligo, d'altronde, anteporre "quasi" poiché, per il vero, non è possibile stilare una disciplina completa ed esaustiva dell'istituto considerato che, nelle pronunce che ne hanno fatto applicazione, sono stati affrontati solo alcuni aspetti della sua disciplina, quelli cioè strettamente necessari alla soluzione del caso concreto. Né, d'altra parte, una maggiore chiarezza è stata fatta a livello dottrinale, poiché raramente ci si è spinti verso una ricostruzione analitica della questione, che andasse oltre ai dettati pretori, dividendosi invero gli interpreti tra chi si limita a dare conto dell'esistenza dell'istituto, chi ne condivide il *dictum* pur senza spingersi nel fornire l'istituto dell'adeguato supporto motivazionale e chi, invece, ne critica il fondamento<sup>347</sup>.

Per poter condurre, dunque, un'analisi critica della fattispecie è necessario affrontare inizialmente la giurisprudenza che ne ha fatto applicazione. Giurisprudenza che sembra dividersi in due diversi orientamenti: l'uno che distingue le due forme di compensazione sulla base dell'autonomia dei rapporti da cui traggono origine le obbligazioni e l'altro che ritiene che l'area di operatività della compensazione propria possa estendersi fino al limite del rapporto di sinallagmaticità delle obbligazioni, dato che solo in quest'ultimo caso esse potrebbero dirsi non autonome.

---

<sup>347</sup> Il rilievo riferito alla poca considerazione del tema da parte della dottrina si riscontra anche in BASILONE, *Compensazione di crediti reciproci derivanti dalla medesima fonte obbligatoria: la c.d. compensazione impropria*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18498, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 461, nonché in DE SANTIS, *Debiti derivanti da un medesimo rapporto giuridico e applicabilità della c.d. compensazione "impropria"*, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 808, in nota alla medesima pronuncia e in MERLIN, *Compensazione e processo. II. Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, p. 177, n. 196 la quale sottolinea come "il tema appare nel complesso trascurato dalla dottrina civilistica (nonostante la sua enorme rilevanza pratica)". La difficoltà che si riscontra nel tentativo di precisare il principio dell'autonomia dei rapporti per l'operare della compensazione è sottolineata anche da AUTERI, *op. cit.*, p. 38 il quale afferma che individuare *ratio* e portata del principio "è tutt'altro che facile perché nelle sentenze che lo hanno affermato si conosce solo la massima che non dice molto. Né maggiori lumi si ricevono da quella dottrina che fra i presupposti della compensazione enumera l'autonomia dei titoli da cui derivano le obbligazioni contrapposte, perché le motivazioni che si incontrano, appena accennate" sono argomenti non decisivi.

### III.2. L'autonomia come discriminine tra compensazione propria e impropria.

#### III.2.1. L'autonomia come diversità di fonte.

Il primo orientamento delineato nella giurisprudenza afferma che “l'istituto della compensazione – postulando l'autonomia dei rapporti cui si riferiscono le contrapposte ragioni di credito delle parti – non trova applicazione nel caso in cui non sussista la predetta autonomia di rapporti per avere origine i rispettivi crediti nell'ambito di un'unica relazione negoziale ancorché complessa”<sup>348</sup>.

Ebbene, l'autonomia dei rapporti sembra, dunque, esclusa quando essi derivino dal medesimo titolo, dalla medesima relazione negoziale ovvero siano comunque originati in occasione del medesimo rapporto.

La ragione per cui, in queste ipotesi, sarebbe necessario ricorrere alla compensazione c.d. impropria è tendenzialmente ravvisata nell'osservazione che, ove nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive si potessero elidere per compensazione le reciproche obbligazioni sinallagmatiche, verrebbe frustrata la causa del contratto e la stessa volontà delle parti<sup>349</sup>.

È in quest'ottica, pertanto, che viene disapplicata la compensazione propria e si dà accesso ad un semplice conteggio della poste di dare e avere<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> *Ex plurimis* v. Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2004, n. 20324, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 10.

<sup>349</sup> Il concetto è fatto risalire al BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Milano, 1946, p. 817, il quale sottolineava, nell'indicare la necessità che i crediti abbiano titolo diverso per potersi procedere a compensazione, che “sarebbe strano compensare le obbligazioni derivanti da un sol contratto sinallagmatico (o con prestazioni corrispettive); sarebbe strano che il debitore d'una partita di merci e creditore del prezzo per contratto di somministrazione pretendesse di esimersi dal somministrare le merci compensando l'inadempimento con l'abbandono del prezzo; sarebbe strano e contraddittorio con la finalità del contratto che è appunto d'assicurare a ciascun contraente la prestazione convenuta”. Avremo modo di tornare *infra* sul tenore di queste affermazioni.

<sup>350</sup> Il richiamo alla compensazione impropria appare invece assolutamente in conferente (come lo sarebbe d'altronde anche un richiamo alla compensazione in senso tecnico) in quelle ipotesi in cui il convenuto si difende allegando di aver già adempiuto, sebbene solo parzialmente, l'obbligazione dedotta dall'attore. In queste ipotesi, infatti, non si tratta di un'eccezione di compensazione, propria o impropria, ma di una semplice eccezione di adempimento parziale (v. Cass. civ., sez. II, 21 aprile 2004, n. 7652, in *DeJure*).

Nonostante l'affermazione di principio, appare evidente invece che alla disapplicazione delle norme previste per la compensazione propria sottende, tuttavia, un ulteriore intento, ritenuto perlopiù equitativo e volto ad evitare, riprendendo le parole di un autore tedesco, che l'un soggetto arrivi a mani vuote e se ne vada a mani piene<sup>351</sup>, potendo "approfittare" dei limiti stabiliti dalla disciplina della compensazione c.d. propria, ottenendo così il pagamento integrale del proprio credito anche se non è in grado di adempiere alla propria reciproca obbligazione.

#### III.2.1.1. Rapporti di lavoro e disapplicazione dei divieti di compensazione.

Uno degli ambiti nei quali emergerebbe con più evidenza codesta finalità di "giustizia del caso concreto" è rappresentato dalla disciplina del rapporto di lavoro.

È opportuno, per capire quale sia il "problema" che la compensazione impropria intende risolvere, riprendere l'esempio già proposto nell'introduzione a questo lavoro: accade che Tizio, lavoratore dipendente, si appropri indebitamente, nell'ambito dello svolgimento delle mansioni attribuitegli, di una somma spettante al suo datore di lavoro. Intimato il licenziamento, il datore di lavoro deve corrispondere a Tizio il trattamento di fine rapporto, ma, al contempo, ha diritto di ottenere da questi la restituzione di ciò di cui questi si è illecitamente appropriato e il risarcimento del danno. Può il datore di lavoro decurtare dall'importo che deve versare a titolo di trattamento di fine rapporto quanto deve ricevere da Tizio?

La risposta, facendo applicazione delle regole della compensazione propria o tecnica, dovrebbe essere negativa, se non nel più ristretto limite del quinto dell'importo.

L'art. 1246 c.c. dispone, infatti, che la compensazione non si verifica quando uno o l'altro debito sia impignorabile. Impignorabilità che, ai sensi dell'art. 545 c.p.c.<sup>352</sup>, è

---

<sup>351</sup> V. TIEDKE, *Der Wegfall der Bereicherung nach Rechtshängigkeit des Rückgewahrspruchs*, in *Der Betrieb*, 1979, 1264.

<sup>352</sup> Continueremo, nel prosieguo dell'indagine, a considerare le regole dettate dall'art. 545 c.p.c., in ragione del fatto che l'evoluzione della compensazione impropria si rivela con riferimento a codesta norma del codice di procedura civile. Si dovrebbe, tuttavia, fare riferimento anche a quanto disposto dagli artt. 1 e 2 del Testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione di stipendi,



dichiarata per “le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento”, se non nel cosiddetto “limite del quinto”.

Il datore di lavoro potrebbe, pertanto, a rigor di legge, compensare quanto deve ricevere con quanto è obbligato a dare a titolo di trattamento di fine rapporto soltanto nei limiti di un quinto di quest’ultimo importo, rimanendo invece obbligato a versare al lavoratore i restanti quattro/quinti del t.f.r.

Ebbene, come è stato osservato, può apparire contrario ad equità che il lavoratore possa “ottenere la corresponsione dei quattro quinti del trattamento di fine rapporto, senza che il datore di lavoro abbia la facoltà di defalcare le somme illecitamente trattenute”<sup>353</sup>.

È l’esigenza fondamentale, dunque, di valorizzare il particolare collegamento tra i debiti reciproci del lavoratore e del datore di lavoro a fondare lo sviluppo della compensazione impropria in quest’area.

Ed infatti, già nel 1971<sup>354</sup> la Corte d’Appello di Torino<sup>355</sup> giungeva ad affermare che fra il credito del lavoratore per indennità di fine rapporto e quello del datore di lavoro per recupero di assegni familiari indebitamente corrisposti non si dà compensazione, ma si opera invece un semplice conteggio del dare e dell’avere.

---

salari e pensioni dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, approvato con d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180. Per effetto dell’art. 1, co. 137 della l. 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge finanziaria 2005) codesto testo unico contiene, infatti, la disciplina del sequestro, del pignoramento e della cessione degli stipendi, salari, e pensioni non sono dei c.d. dipendenti pubblici, ma anche di quegli emolumenti che “*le aziende private* corrispondono ai loro impiegati, salariati e pensionati ed a qualunque altra persona, per effetto e in conseguenza dell’opera prestata nei servizi da essi dipendenti”. Avremo modo *infra*, in sede di conclusioni del presente lavoro, di vedere come la disciplina contenuta in codesto testo unico offra la soluzione al problema della compensazione impropria nell’ambito dei rapporti di lavoro, per quanto la giurisprudenza sembra non averne tenuto conto.

<sup>353</sup> V. GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia fra i crediti reciproci*, in *Giur. It.*, 1994, IV, c. 284. L’Autore rileva l’esigenza di giustizia sostanziale sottesa a tale ricostruzione giuridica ma, avremo modo di vederlo *infra*, critica in punto di diritto la sostenibilità di tale costruzione.

<sup>354</sup> Quelli che appaiono come i precedenti di questa pronuncia si riscontrano in realtà già prima dell’emanazione del nuovo codice civile. Si v. ad es. Tribunale di Catanzaro, 13 maggio 1930, Zilli c. Ciardi, *cit.*, il quale aveva ritenuto che “la compensazione giudiziale tra quanto dovuto per indennità di licenziamento e quanto dato sotto forma di prestito dal principale al dipendente può essere pronunziata, perché non può negarsi che le somme corrisposte, volta per volta, dal principale all’impiegato in servizio, a titolo di prestito, avendo per iscopo di sovvenire a di lui impellenti bisogni, ed essendo state date coll’intenzione di scomutarle in seguito, altro non siano che anticipi di stipendio, che, nello stesso contratto di impiego, trovano, se non il loro titolo giuridico, almeno la causa occasionale”.

<sup>355</sup> App. Torino, 24 aprile 1971, in *Rep. Foro. It.* 1972, v. *Obbligazioni in genere*, n. 62.

Il *dictum* è ripreso in innumerevoli altre occasioni, innanzitutto al fine di consentire l'accertamento contabile di pretese nascenti direttamente dal rapporto di lavoro o per l'effetto della sua cessazione: si qualifica, dunque, come compensazione impropria l'operazione contabile del datore di lavoro il quale, procedendo alla determinazione e al pagamento dell'indennità di fine rapporto in due tempi, e ritenendo nella seconda occasione, di aver male attribuito nella prima occasione una certa somma, provveda a detrarla dal risultato finale<sup>356</sup>. Sempre nell'ambito di un procedimento di compensazione impropria si consente, inoltre, al datore di lavoro di detrarre da quanto accertato come spettante al lavoratore per altri titoli afferenti al medesimo rapporto di lavoro, quanto di più corrisposto allo stesso a titolo di indennità di trasferta<sup>357</sup>. Ovvero ancora, si computano l'indennità di anzianità non corrisposta e l'indennità sostitutiva delle ferie con il risarcimento dovuto al datore per inadempimento degli obblighi contrattuali<sup>358</sup>, ovvero quest'ultimo con la retribuzione dovuta<sup>359</sup>.

Si ritiene, infatti, che non osti alla definizione dell'identità del rapporto la circostanza che uno dei due crediti abbia natura risarcitoria, quand'anche sia stato quantificato all'esito di un apposito e diverso giudizio<sup>360</sup>.

Ancora, si fa ricorso alla compensazione impropria in ipotesi di connessione in senso lato tra rapporti giuridici, nel momento in cui si nega l'autonomia tra il rapporto di lavoro e un mutuo ipotecario concesso al lavoratore stesso<sup>361</sup> – per l'effetto “compensando” integralmente le rate di mutuo non restituite con quanto dovuto al lavoratore a titolo di t.f.r. – ovvero nell'ipotesi in cui si consente al datore di lavoro di

---

<sup>356</sup> Cass. civ., sez. un., 3 novembre 1982, n. 5745, in *Giust. civ. Mass.*, 1982; Cass. civ., sez. lav., 4 luglio 1987, n. 5874, in *Giust. civ. Mass.* 1987. Si fa applicazione del principio anche nell'ambito dei contratti di lavoro con la P.A., v. TAR Emilia Romagna – Bologna, 4 febbraio 2002, n. 273, Chiorboli c. Università degli Studi di Ferrara, in *Foro amm. TAR* 2002, 445.

<sup>357</sup> Cass. civ., sez. I, 16 maggio 1981, n. 3230, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 5.

<sup>358</sup> Cass. civ., sez. lav., 6 febbraio 1987, n. 1245, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 187. V., per un caso di rapporto di lavoro pubblico, Cass. civ., sez. lav., 30 agosto 1993, n. 9168, in *Rep. Foro it.* 1993, v. *Sanitario*, n. 8.

<sup>359</sup> Cass. civ., sez. lav., 20 giugno 2003, n. 9904, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 78 con nota di GIOVEDÌ; Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 1995, n. 4873, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 939.

<sup>360</sup> Cass. civ., sez. lav., 15 marzo 1983, n. 1905, in *Giust. civ. Mass.*, 1983.

<sup>361</sup> Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2004, n. 6214, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 131 con nota di PANAIOTTI.

compensare “impropriamente” le rate che deve versare in forza di una transazione conclusa con il lavoratore con gli importi a titolo di contributi e ritenute poste a carico del lavoratore, ma anticipati dal datore di lavoro<sup>362</sup>. Ovvero ancora, la compensazione impropria è ammessa anche quando il credito del datore di lavoro non deriva affatto da un negozio, bensì proprio dall’illecito penale commesso dal lavoratore in occasione dello svolgimento delle mansioni attribuitegli in forza del contratto di lavoro<sup>363</sup>. Al contempo viene ammessa la compensazione impropria tra le somme che un lavoratore deve restituire in relazione al trattamento di fine rapporto erogato per effetto di un licenziamento dichiarato illegittimo e le somme dovute dal datore di lavoro per mensilità retributive arretrate<sup>364</sup>.

Sembrirebbe dunque sufficiente, per negare l’autonomia dei rapporti e quindi l’applicabilità delle regole della compensazione tipica, che le reciproche pretese afferiscano in qualche modo al medesimo rapporto contrattuale, anche se vedono nel rapporto di lavoro soltanto l’occasione per il loro sorgere, fino quasi a far sembrare sufficiente, per escludere l’autonomia e quindi l’applicazione delle regole della compensazione in senso tecnico, la qualificazione soggettiva del creditore e del debitore in termini di datore di lavoro e lavoratore.

Si può individuare, pertanto, nel novero delle posizioni debitorie facenti capo al lavoratore una sorta di doppio binario: da una parte i crediti che potremmo definire “generalì” che soggiacciono alle già viste limitazioni di compensabilità<sup>365</sup>, dall’altra i

---

<sup>362</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 1990, n. 3067, in *Rep. Foro it.* 1990, v. *Obbligazioni in genere*, n. 34.

<sup>363</sup> V. Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 2008, n. 28855, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 12, 1746, che stabilisce la compensabilità in senso atecnico o improprio del trattamento di fine rapporto con l’obbligazione di risarcimento gravante sul lavoratore a favore del datore di lavoro. V. anche Cass. civ., sez. lav., 17 aprile 2004, n. 7337, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 131, con nota di PANAIOTTI; T. Milano, 21 ottobre 2010, n. 4312, in *DeJure*. Il principio trova invece applicazione contrastante nella giurisprudenza della Cassazione penale, quando viene chiamata a giudicare sulla sequestrabilità degli importi dell’imputato a titolo di retribuzione nei limiti di un quinto, oppure per intero; nel senso che il fatto di reato trova solo accidentale occasione nel rapporto di lavoro v. Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2011, n. 16168, in *Danno e Resp.*, 2011, p. 772, con nota di PIERGALLINI e *ivi* ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

<sup>364</sup> Cass. civ., sez. lav., 2 marzo 2009, n. 5024, in *Rep. Foro it.*, 2009, v. *Obbligazioni in genere*, n. 51.

<sup>365</sup> Non vi è dubbio, infatti, che se un terzo estraneo al rapporto di lavoro è titolare di una pretesa creditoria nei confronti del lavoratore subisce la limitazione, sia in termini di pignorabilità che di compensabilità.

crediti nascenti “in collegamento” con il contratto di lavoro in favore del datore, i quali non subiscono le medesime limitazioni.

La prospettazione di queste due diverse categorie di creditori, senza l’appoggio di un’espressa previsione legislativa ed anzi in contrasto con la regola della *par condicio creditorum*, pone dubbi di costituzionalità, di talché della questione viene effettivamente interessata la Corte costituzionale, chiamata a giudicare proprio della legittimità di quell’orientamento giurisprudenziale che applica la compensazione impropria nell’ambito dei contratti di lavoro.

Il giudice rimettente, nella specie il Tribunale di Palermo<sup>366</sup>, deve pronunciarsi, in un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, sui limiti della compensabilità tra crediti del lavoratore derivanti dal trattamento di fine rapporto e altre spettanze di fine rapporto e crediti del datore di lavoro derivanti dall’indebita appropriazione di somme da parte del lavoratore nello svolgimento delle mansioni a cui era adibito. Nell’ambito di tale procedimento, su sollecitazione del convenuto, il giudicante si pone in modo critico nei confronti di quello che ritiene come “diritto vivente”, cioè quell’orientamento consolidato in giurisprudenza secondo cui non si avrebbe compensazione propria, ma un semplice conguaglio tra i debiti del lavoratore e del datore di lavoro i quali, benché potenzialmente diversi quanto a fatto costitutivo, possiederebbero “indubbiamente il medesimo titolo (inteso quale “causa remota”), cioè il contratto di lavoro”.

Rileva il giudice che codesto orientamento pare porsi in contrasto con la Costituzione, in particolare con l’art. 3, 1° comma e con l’art. 36. Sotto il primo profilo, infatti, condurrebbe ad un’ingiustificata disparità di trattamento tra i crediti del datore di lavoro e i crediti estranei al rapporto di lavoro. In secondo luogo, tale consolidato orientamento finirebbe per vanificare la funzione alimentare della retribuzione, così come prevista dall’art. 36 Cost. poiché permetterebbe al datore di lavoro di opporre senza limiti la “compensazione” dei propri crediti, privando il lavoratore della retribuzione per un

---

<sup>366</sup> Trib. Palermo, ord. 27 aprile 2004, Bellomo c. Banco di Sicilia, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 132.

tempo indeterminato, fino a concorrenza dei medesimi. Verrebbe così potenzialmente frustrato il soddisfacimento dei bisogni primari del lavoratore e della sua famiglia.

Il Tribunale, pertanto, investe la Corte Costituzionale della questione di legittimità degli artt. 1246, n. 3, c.c. e 545, 4° co., c.p.c., in relazione agli artt. 3, 1° co. e 36 Cost., nella parte in cui non prevedono che la compensazione dei crediti del lavoratore per stipendio, salario o altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, debba avvenire nei limiti della misura di un quinto anche nel caso in cui il credito opposto in compensazione abbia origine dal medesimo rapporto di lavoro o d'impiego.

Investita della questione, la Corte Costituzionale dichiara, tuttavia, infondata la questione di costituzionalità sia con riferimento all'art. 3, sia con riferimento all'art. 36 Cost.<sup>367</sup>

La questione è dichiarata dalla Corte non fondata con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui vieta ingiustificate disparità di trattamento, “poiché la circostanza che il credito del datore di lavoro abbia il suo fatto costitutivo in un delitto (nella specie, appropriazione indebita) non è idonea a rendere *in toto* equiparabile il credito del datore di lavoro a quello di qualsiasi altro creditore, e quindi a rendere privo di razionale giustificazione l'orientamento che ravvisa la specificità di quel credito nella circostanza che l'obbligazione risarcitoria dell'ex dipendente scaturisce da un comportamento che non solo ha nell'esistenza del rapporto di lavoro la sua necessaria e insostituibile occasione, ma che costituisce anche grave violazione dei doveri del prestatore di lavoro verso il datore”.

In secondo luogo, afferma il Giudice delle Leggi, non costituisce violazione dell'art. 36 Cost. poiché, ritiene la Corte, l'art. 545, 4° co. c.p.c. non costituisce “una modalità obbligata” per realizzare il contemperamento dell'interesse del creditore al recupero del proprio credito e quello del lavoratore a non veder vanificata la funzione alimentare del credito. Ne discende che, non essendo l'art. 545, 4° c.p.c. una norma inderogabile di

---

<sup>367</sup> Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 259, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 802 con nota di AGOSTINI.

attuazione dell'art. 36 Cost., ben può la particolare natura da delitto del credito del datore di lavoro giustificare la disparità di trattamento anche con riferimento ai limiti di compensabilità contenuti nell'art. 545, 4° co. c.p.c.

La Corte, dunque, sembra avallare l'orientamento consolidato che ha creato e fa applicazione della compensazione impropria<sup>368</sup>.

Se dunque l'esclusione dell'applicabilità degli artt. 1246, n. 3, c.c. e 545, 4° co., c.p.c. costituisce uno dei principali effetti della ricostruzione della fattispecie in termini di compensazione c.d. impropria, altri importanti effetti si collegano ad essa e spiegano l'estensione dell'istituto anche ad ipotesi che esulano dal rapporto di lavoro.

### III.2.1.2. Contratti sinallagmatici e disapplicazione delle regole processuali.

Va notato che al di fuori dell'ambito del contratto di lavoro il richiamo alla compensazione impropria si rivela meno sistematico. Vi sono però alcuni effetti, connessi alla disapplicazione delle regole previste per la compensazione in senso tecnico, che rivestono un'importanza trasversale.

Uno di questi effetti è sicuramente quello che collega, alla qualificazione del caso come ipotesi di c.d. compensazione impropria, la disapplicazione delle norme processuali che prevedono la necessità dell'eccezione di parte o la proposizione di una domanda riconvenzionale<sup>369</sup> per far valere la compensazione, con la conseguenza che il giudice può procedere d'ufficio al conguaglio delle rispettive partite di dare e avere<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> In questo senso si esprime anche AGOSTINI, *Il ragionevole conguaglio tra obbligazioni pecuniarie contrapposte nel rapporto di lavoro al vaglio della Corte costituzionale*, nota a Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 259, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 802. Avremo modo *infra* di soffermarci sui limiti di questa sentenza.

<sup>369</sup> Si tratterà di eccezione riconvenzionale, ove il convenuto si limiti a voler paralizzare la richiesta dell'attore, sarà invece domanda riconvenzionale nel momento in cui il convenuto chiederà contestuale condanna al pagamento della differenza a suo favore.

<sup>370</sup> Il *dictum* è molto ricorrente in giurisprudenza, si vedano ad es. Cass. civ., sez. II, 10 novembre 2011, n. 23539, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1586; Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2011, n. 8971, in *Rep. Foro it.* 2011, v. *Obbligazioni in genere*, n. 54; Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 1995, n. 12905, in *Foro it. Mass.* 1995.

Il principio suddetto, secondo cui il giudice sarebbe ammesso a rilevare d'ufficio la compensazione impropria, si riscontra dunque sia nell'ambito del contratto di lavoro<sup>371</sup>, sia in ipotesi estranee a codesta tipologia contrattuale, ad es. in tema di contratto di agenzia, con riferimento ai reciproci crediti dell'agente, all'indennità di fine rapporto, e del preponente, per inadempimento del primo delle obbligazioni nascenti dal contratto<sup>372</sup>.

Più in generale, si fa applicazione della compensazione impropria anche con riferimento a quei contratti che per loro natura comportano il sorgere di obbligazioni reciproche tra le parti: è il caso, ad es., del contratto di mandato, in forza del quale sorge in capo al

---

<sup>371</sup> V. ad es. Cass. civ., sez. lav., 30 maggio 1983, n. 3732, in *Rep. Foro it.*, 1983, v. *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 241, la quale ha affermato che: "Le norme che regolano la compensazione, ivi compresa quella concernente il divieto di rilevarla di ufficio, riguardano la ipotesi della compensazione in senso tecnico, la quale postula l'autonomia dei contrapposti rapporti di credito, ma non si applicano allorché i rispettivi crediti e debiti abbiano origine da un unico rapporto ovvero da rapporti accessori. Pertanto ove le reciproche ragioni creditorie abbiano origine da un unico rapporto di lavoro il giudice deve procedere esclusivamente all'accertamento contabile delle rispettive poste di dare ed avere, anche se le ragioni stesse non siano state dal convenuto dedotte con la memoria difensiva di cui all'art. 416 c.p.c., atteso che esse non attengano ad autonome pretese traducibili in domande riconvenzionali nè ad eccezioni in senso proprio, bensì ad argomentazioni difensive che ben possono essere illustrate nel momento in cui nel processo concretamente si pone il problema della determinazione del *quantum*."

<sup>372</sup> E' il caso deciso, ad esempio, da Cass. civ., sez. lav., 29 agosto 2012, n. 14688, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1051, la quale ha cassato la decisione di merito che, ritenuta l'autonomia tra il credito di un agente per l'indennità di fine rapporto e il credito del preponente per il risarcimento dei danni da omessa vigilanza su un subagente, aveva dichiarato illegittima la compensazione operata dal preponente, senza considerare che la domanda giudiziale dell'agente diretta a ottenere l'intera indennità di fine rapporto aveva introdotto nel *thema decidendum* la questione della legittimità della trattenuta disposta dal preponente, pur in difetto di un'apposita riconvenzionale o eccezione di compensazione; oppure da Cass. civ., sez. III, 25 novembre 2002, n. 16561, in *Contratti*, 2003, p. 478 con nota adesiva di VENEZIA, la quale accoglieva il ricorso della convenuta/committente la quale si era tardivamente costituita nel giudizio di primo grado sostenendo che aveva decurtato l'importo dovuto all'agente a titolo di indennità di fine rapporto per l'ammontare corrispondente all'indennizzo da lei dovuto per una polizza che l'agente aveva concluso esorbitando dai propri poteri. La Corte fa applicazione del principio secondo cui "*nel rapporto di agenzia il diritto dell'agente all'indennità di fine rapporto di cui all'art. 1751 c.c. - che non trova origine in un rapporto giuridico previdenziale distinto dal rapporto di agenzia - non si sottrae all'operazione contabile di dare e avere nei confronti del proponente secondo le modalità della compensazione impropria*". Di conseguenza, nonostante la convenuta si fosse costituita in ritardo così decadendo dalle eccezioni di merito e di rito, il giudice avrebbe dovuto d'ufficio prendere in considerazione sia le poste attive che passive nei confronti dell'attore, nella cui domanda doveva intendersi compresa quella volta ad accertare il complessivo rapporto di dare e avere tra le parti. Il principio era stato già adottato da Cass. civ., sez. lav., 19 marzo 2001, n. 3930, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 523; Cass. civ., sez. lav., 23 gennaio 1999, n. 648, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 152. Per la soluzione opposta v. tuttavia Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12327, in *Corriere Giuridico*, 2006, p. 57, nota di BRUNO.

mandante l'obbligazione di versare il compenso al mandatario e, in capo a quest'ultimo, l'obbligazione di restituire al mandante stesso gli importi incassati nel suo interesse<sup>373</sup>.

L'area di applicazione dell'istituto si estende ancora, nell'ambito dei contratti sinallagmatici, ai rapporti tra le obbligazioni nascenti dal contratto e quelle nascenti dall'inesatta esecuzione dello stesso<sup>374</sup>.

Se una parte del contratto conviene in giudizio l'altra per la condanna al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale, cui la convenuta resiste proponendo domanda riconvenzionale volta ad ottenere la condanna al pagamento di una somma di denaro dovuta in forza del contratto, ove entrambe le domande debbano essere accolte, ma nessuna delle parti abbia svolto un'eccezione di compensazione, allora il giudice dovrebbe emettere una sentenza con due capi di condanna. A meno che, ritenendo inapplicabile il divieto di rilevabilità d'ufficio in quanto trattasi di compensazione impropria, il giudice non possa autonomamente calcolare il saldo delle pretese e condannare una parte soltanto per l'importo che risulti (eventualmente) a suo debito<sup>375</sup>.

È proprio per dare accesso a questo potere giudiziale che la giurisprudenza, infatti, dichiara applicabile quest'ultimo istituto tra il credito dell'appaltatore per il compenso e il credito del committente per il risarcimento del danno derivante dal ritardo o dall'inesatta esecuzione delle opere<sup>376</sup>, tra il credito per il compenso derivante dalla

---

<sup>373</sup> V. T. Nola, 30 settembre 2010, in *DeJure*, che ha condannato l'avvocato a riversare alle clienti la differenza tra quanto ricevuto dal terzo soccombente nella causa da lui patrocinata nell'interesse delle convenute e quanto doveva ricevere per compenso sulla base del mandato all'incasso conferitogli.

<sup>374</sup> V. Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 1985, n. 202, in *Giust. civ. Mass.* 1985. In questo senso la compensazione impropria è applicata anche ai contratti stipulati tra privati e amministrazioni pubbliche, v. ad es. Tar Puglia – Lecce, 13 dicembre 2010, n. 2826, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

<sup>375</sup> Così ha deciso Cass. civ., sez. II, 23 aprile 1998, n. 4174, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 865 in un caso in cui l'appaltante aveva richiesto il pagamento del residuo per lavori eseguiti e il committente si era difeso chiedendo in via riconvenzionale la restituzione dell'importo versato per lavori non eseguiti e per il rimborso di quanto speso per l'acquisto di materiale.

<sup>376</sup> V. Cass. civ., sez. II, 8 agosto 2002, n. 11943, in *Rep. Foro it.* 2005, v. *Obbligazioni in genere*, n. 70; per la compensabilità *impropria* dei rispettivi debiti e crediti nascenti in capo alle parti in forza del medesimo contratto di appalto, o da due distinti contratti d'appalto tra loro collegati, v. Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2011, n. 6491, in *DeJure*; v. anche Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2007, n. 17390, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 614, con nota di FOLLIERI. Escludeva la compensazione, senza pur tuttavia rifarsi alla compensazione cd. impropria, nell'ambito delle reciproche obbligazioni derivanti da un contratto di appalto già T. Palermo, 5 maggio 1961, *Comp. Mediterranea assic. C. Cipolla*, in *Rep. Foro it.* 1961, v. *Compensazione*, n. 6 il quale aveva deciso che “La compensazione opera sui crediti e



fornitura di merci e quello per il risarcimento del danno per vizi delle suddette merci<sup>377</sup>, ovvero tra il credito del locatore per le spese di amministrazione e quello del conduttore per la restituzione del canone pagato in eccedenza rispetto alla misura legale<sup>378</sup>.

Ulteriore ambito applicativo, nel quale la compensazione impropria esprime le sue potenzialità sulla disciplina del processo, è quello che interessa i rapporti tra le obbligazioni di restituzione derivanti dall'accertata nullità o dall'annullamento del contratto, ovvero dalla risoluzione dello stesso. *Nulla quaestio*, infatti, ove esse non siano omogenee, ove invece esse siano dello stesso genere potrebbe porsi un problema di compensabilità, propria o impropria. In questo secondo senso aveva deciso una pur risalente pronuncia della Cassazione, la quale ribadendo che la compensazione in senso

---

debiti reciproci nascenti da titoli diversi, mentre per quelli nascenti dallo stesso titolo (es. contratto a prestazioni corrispettive come l'appalto) è a questo che bisogna far capo per trovare la loro disciplina". Vigente il vecchio codice civile, tali situazioni erano, come si è già notato, risolte nell'alveo della compensazione giudiziale. Ad es. la Cassazione del Regno, 30 maggio 1928, Soc. Gallinari c. Albert, in *Rep. Foro it.*, 1928, c. 307, aveva ritenuto che "Il contraente non può compensare il suo debito in controprestazione col credito per il risarcimento dei danni, essendo questo illiquido; soltanto il giudice, con insindacabile apprezzamento, potrà dare ingresso alla compensazione giudiziale e perciò sospendere frattanto la condanna al pagamento del credito liquido fino alla liquidazione dei danni". Se ne potrebbe ricavare che, essendo l'ipotesi ascritta alla compensazione giudiziale, tale elemento deponga a favore della sussumibilità della fattispecie nella compensazione propria (di cui quella giudiziale sarebbe una modalità). Va ribadito, tuttavia, che nel codice previgente la compensazione giudiziale non era prevista, con la conseguenza che tale logica deduzione non potrebbe essere sostenuta, proprio perché la compensazione giudiziale era anch'essa, se così si può dire, "impropria".

<sup>377</sup> V. Cass. civ., sez. II, 21 settembre 2011, n. 19208, in *Guida al diritto* 2011, 45, 57. V. però Cass. civ., 26 ottobre 1988, n. 5809, in *Rep. Foro it.*, 1988, v. *Obbligazioni in genere*, n. 62 la quale ha ritenuto, invece, sussistente il requisito dell'autonomia dei rapporti, necessario perché si possa procedere alla compensazione di due crediti contrapposti, nell'ipotesi in cui taluno faccia valere il proprio credito avente ad oggetto il pagamento del prezzo di una fornitura di merce mentre colui che è obbligato al pagamento del detto prezzo agisca per ottenere il risarcimento del danno derivatogli dal ritardo con il quale è stata effettuata la fornitura.

<sup>378</sup> Così Cass. civ., sez. III, 6 novembre 2001, n. 13697, in *Riv. giur. edilizia* 2002, I, p. 317 la quale ha statuito che "la richiesta di corresponsione delle spese di amministrazione, poiché attengono alla manutenzione della res locata e dei servizi che la corredano secondo il godimento convenuto e di cui costituiscono pertanto corrispettivo, trova titolo nel rapporto di locazione. Il relativo credito del locatore è quindi fondato sul medesimo rapporto di quello del conduttore che chiede la restituzione del canone pagato in eccedenza rispetto a quello legale, derivandone conseguentemente la insuscettibilità di compensazione in senso tecnico dei due crediti e la possibilità di formulare la relativa domanda anche in corso di causa senza incorrere in alcuna decadenza, non trovando nel caso applicazione l'art. 416 c.p.c., giacché il calcolo delle relative somme si risolve in un semplice accertamento del dare ed avere". In tema di affitto agrario, circa la compensabilità impropria tra il credito dell'affittuario per i miglioramenti e quello dell'affittante in relazione al tardivo rilascio del fondo, v. Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2012, n. 1372, in *DeJure*. Si è ritenuta, invece, sussistente l'autonomia tra il rapporto di locazione e quello di sublocazione, per l'effetto dichiarando compensabili "propriamente" i debiti del subconduttore con il sublocatore e di quest'ultimo verso il locatore (nel caso in cui, naturalmente, le parti siano le medesime in entrambi i rapporti), Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 260, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 983 con nota di BASILONE e in *Corr. Giur.*, 2006, p. 975, con nota di AMENDOLAGINE.

tecnico e proprio presuppone l'autonomia dei rapporti ai quali i debiti delle parti si riferiscono, aveva ritenuto che nel caso di una controversia riguardante il rapporto complesso inerente alle reciproche restituzioni ed alla integrazione delle rispettive posizioni patrimoniali, necessariamente conseguenti alla dichiarata nullità di contratti posti in essere dalle parti, tale controversia si dovesse tradurre non in una fattispecie compensativa, bensì in un accertamento di dare e di avere e cioè in un "articolato conteggio diretto a determinare la risultante differenziale"<sup>379</sup>.

Si deve notare, peraltro, come la qualificazione in termini di compensazione impropria dell'operazione di liquidazione che segue la risoluzione del contratto comporta una conseguenza importante anche sotto il profilo del calcolo degli interessi: questi, infatti, devono essere calcolati dalla data della domanda, ma soltanto sulla risultante differenziale delle rispettive pretese<sup>380</sup>.

A completare il quadro "processuale" della compensazione impropria, non si può non notare che la giurisprudenza sembra apportare dei correttivi al principio della non

---

<sup>379</sup> Cass. 16 maggio 1964, n. 1196, in *Rep. Foro it.*, 1964, c. 461. Un precedente si riscontra in Corte di Cassazione, 29 marzo 1935, Carbone c. Torlasco, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 389, con nota critica di CANDIAN, la quale aveva affermato, seppur senza mai riferirsi esplicitamente alla compensazione, che il principio secondo cui deve aversi pagamento integrale di prestazione e controprestazione dipendenti da contratti bilaterali sorpresi dal fallimento nel momento in cui l'una e l'altra non sono ancora eseguite, deve applicarsi a qualsiasi rapporto giuridico tra soggetti che importi obbligazioni reciproche in relazione causale tra di loro, ed anche a quei rapporti consequenziali alla dichiarazione di nullità o alla pronuncia di annullamento di un contratto bilaterale eseguito e contenenti ancora doveri reciproci ed in relazione causale, diretti a ripristinare la situazione anteriore al contratto. Il principio è stato ribadito anche da Cass. civ., sez. III, 22 giugno 1977, n. 2637, in *Rep. Foro it.*, 1977, v. *Obbligazioni in genere*, n. 48 e da Cass. civ., sez. III, 5 maggio 1980, n. 2943, in *DeJure*.

<sup>380</sup> Cass. civ., sez. II, 28 agosto 2006, n. 18640, in *Guida al diritto* 2006, 40, 114. Tale conclusione, con riferimento alle modalità di calcolo degli interessi, è confermata da Cass. civ., sez. lav., 7 ottobre 1991, n. 10447, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, la quale ha deciso che soltanto il saldo contabile, nel momento in cui risulti un credito residuale dell'agente parasubordinato, dovrebbe essere rivalutato e maggiorato degli interessi legali ai sensi dell'art. 429, 3° co. c.p.c. e 150 disp. att. c.p.c. Sostiene un diverso metodo di calcolo Cass. civ., sez. lav., 26 gennaio 1996, n. 600, in *Rep. Foro it.* 1996, v. *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 176, secondo cui "Qualora ad un credito (nella specie, sorto in favore dell'agente da un rapporto di agenzia) soggetto al regime dell'art. 429, comma 3, c.p.c. venga contrapposto un credito avente origine dal medesimo rapporto ma sul quale non sono automaticamente dovuti interessi e rivalutazione, il giudice al fine di operare la compensazione impropria fra i due crediti (ai quali data l'unicità del rapporto che ne costituisce la fonte non si applica la disposizione di cui all'art. 1241 c.c.) può, senza incorrere nella violazione del menzionato art. 429, contabilmente gravare di interessi e rivalutazione anche il credito sul quale essi non risultano dovuti, onde determinare il saldo fra le due poste omogenee, trattandosi di un'operazione contabile idonea a garantire che il credito sul quale sono calcolati i sopraindicati accessori sia quello effettivo, depurato cioè dei crediti della controparte." V. anche Cass. civ., sez. II, 6 ottobre 2011, n. 20484, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 58 con nota di DE MARZO, in un caso di appalto.

necessità dell'eccezione di parte al fine di comporre l'evidente frattura che pare crearsi con il principio della rispondenza del chiesto al pronunciato. In primo luogo essa precisa, dunque, che se il giudice è ammesso a procedere d'ufficio al calcolo del saldo risultante dalla somma algebrica delle rispettive poste non autonome, tuttavia tale accertamento deve fondarsi su circostanze tempestivamente dedotte in giudizio, in quanto diversamente si verificherebbe un – non consentito – ampliamento del *thema decidendum*<sup>381</sup>. Il giudice, infatti, non sarebbe investito di poteri officiosi d'indagine quanto all'esistenza dei rispettivi crediti con la conseguenza che permarrebbe l'onere di allegazione e prova delle rispettive voci di credito a carico della parte interessata, nel rispetto del principio del contraddittorio<sup>382</sup>. Quantomeno – si afferma ancora da parte di una certa giurisprudenza – la considerazione della partita di credito di segno inverso a quella fatta valere dall'attore deve essere richiesta in chiave di mera difesa volta a paralizzare l'opposta pretesa, di tanto che il giudice non può compiere in autonomia l'accertamento contabile ove il convenuto non solo neanche abbia prospettato quale mera difesa l'opportunità di addivenirvi, ma addirittura abbia fatto esplicita riserva di agire in separato giudizio per le poste a suo favore<sup>383</sup>. Vero è che, una volta dato accesso alla compensazione impropria, il giudice non può arbitrariamente decidere di prendere in considerazione solo alcune poste attive o passive, decidendo di limitare, ad esempio, il periodo preso in considerazione per tale calcolo<sup>384</sup>. Ove, tuttavia, il giudice non proceda d'ufficio al calcolo di dare e avere, è onere della parte interessata invocare tale operazione contabile già nelle fasi di merito poiché, diversamente, l'invocazione dell'accertamento contabile solo in sede di legittimità costituirebbe questione nuova, che comporta l'inammissibilità del motivo<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> Cass. civ., sez. lav., 12 maggio 2006, n. 11030, in *Rep. Foro it.* 2006, v. *Obbligazioni in genere*, n. 54.

<sup>382</sup> Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2010, n. 7624, in *Rep. Foro it.* 2010, v. *Obbligazioni in genere*, n. 68.

<sup>383</sup> Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2004, n. 14808, in *DeJure*.

<sup>384</sup> Cass. civ., sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 29082, in *DeJure*.

<sup>385</sup> Cass. civ., sez. lav., 6 marzo 2008, n. 6055, in *Rep. Foro it.* 2009, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 1255.

### III.2.1.3. Illecito extracontrattuale e fattispecie estranee al contratto.

La potenzialità applicativa della compensazione impropria sembra non fermarsi, in realtà, all'ambito contrattuale.

La giurisprudenza ha fatto, infatti, applicazione di codesto istituto anche in ipotesi afferenti l'illecito civile, considerando che "quando tra due soggetti i rispettivi debiti e crediti hanno origine da un unico - ancorché complesso - rapporto, come nel caso in cui i reciproci crediti al risarcimento dei danni derivino da un unico evento prodotto dalle concomitanti azioni colpose, presunte tali *ex art. 2054 c.c.*, di entrambi i conducenti dei veicoli venuti a collisione, non vi è luogo ad un'ipotesi di compensazione "propria" *ex art. 1241 ss. c.c.* (secondo cui i debiti tra due soggetti derivanti da distinti rapporti si estinguono per quantità corrispondenti fin dal momento in cui vengono a coesistere), che presuppone l'autonomia dei rapporti da cui nascono i contrapposti crediti delle parti, bensì ad un mero accertamento di dare e avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza"<sup>386</sup>.

Secondo questa giurisprudenza, pertanto, la compensazione impropria dovrebbe essere ammessa anche in ipotesi estranee al concetto di medesimo rapporto benché complesso, poiché cioè che evidentemente accomuna le due obbligazioni risarcitorie è, evidentemente, soltanto l'evento che ha causato il sorgere della responsabilità civile.

Se, dunque, l'istituto della compensazione impropria non è strettamente legato alla sussistenza di un rapporto contrattuale, o comunque di un fascio di rapporti contrattuali sebbene collegati, essa può conseguentemente intervenire anche nell'ipotesi in cui le reciproche obbligazioni abbiano fonte differente, anche non contrattuale.

In questi termini, una particolare applicazione della compensazione c.d. impropria è stata proposta con riferimento al debito del possessore di restituzione dei frutti e al

---

<sup>386</sup> Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18498, in *Nuova giur. Civ. comm.*, I, 2007, con nota di BASILONE; *Corriere giuridico*, 2007, p. 807, con nota di DE SANTIS; *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 35, 13, n. INFANTE; *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1135 con nota di CICERO; *Giust. civ.*, 2006, I, 1990; conf. Cass. civ., sez. III, 21 maggio 1996, n. 4671, in *DeJure*; Cass. civ., 20 ottobre 1975, n. 3440, in *Rep. Giust. Civ.*, 1975, *Compensazione*, n. 1.

credito del medesimo per i miglioramenti: nonostante uno dei crediti trovasse la propria fonte nel contratto e l'altro nella legge, si è ritenuto che in detta situazione si richiedesse un mero accertamento contabile delle rispettive condizioni di dare e di avere inerenti ad un unico rapporto, non riconducibile nell'ambito della compensazione in senso proprio, con la conseguenza di rendere inapplicabili le regole della compensazione giudiziale<sup>387</sup>. La conseguenza, anche in questo caso, è che il giudice può procedere d'ufficio alla somma algebrica delle rispettive pretese, senza essere vincolato dalla preventiva opposizione dell'eccezione di compensazione.

#### III.2.1.4. Conseguente disapplicazione totale o parziale della disciplina della compensazione “propria”.

Alla luce della giurisprudenza sull'istituto, la disciplina della compensazione impropria appare dunque chiara sotto due profili: l'inapplicabilità dei divieti di compensare di cui all'art. 1246 c.c. e la non necessità dell'opposizione di un'eccezione di compensazione. La possibilità di delineare, tuttavia, una disciplina esaustiva della compensazione impropria dipende in gran parte dalla risposta alla seguente domanda: le norme previste per la compensazione in senso tecnico devono essere disapplicate totalmente nelle ipotesi in cui si tratti, invece, di compensazione impropria<sup>388</sup> oppure si deve pervenire ad un'applicazione parziale – in quanto compatibili – ovvero ad un'applicazione analogica delle medesime?

Al riguardo la giurisprudenza non sembra, tuttavia, univoca: una parte di essa ritiene che proprio considerando il “principio informatore” che sarebbe ricavabile dalla complessiva disciplina della compensazione tecnica – cioè la necessaria autonomia dei rapporti – “nella diversa ipotesi di unicità del rapporto non è dato nella disciplina

---

<sup>387</sup> Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 1993, n. 1784, in *Rep. Foro it.*, 1993, v. *Obbligazioni in genere*, n. 53.

<sup>388</sup> A questa si dovrebbe aggiungere, invero, anche la domanda se le regole previste per la compensazione propria non potrebbero essere applicate per analogia alla compensazione impropria data l'identità di *ratio* e di effetti. Il quesito si è posto nella dottrina, ma non certamente nella giurisprudenza, la quale ha invero “creato” la compensazione atecnica proprio per evitare l'applicazione delle disposizioni che regolano la compensazione propria. Sul punto si tornerà comunque *infra*.

unitaria dell'istituto in questione rinvenire regole applicabili all'ipotesi di compensazione impropria senza ledere la coerente consequenzialità della disciplina stessa<sup>389</sup>.

Le conseguenze di quest'impostazione porterebbero, pertanto, a ritenere inapplicabile alla compensazione impropria neanche la regola contenuta nell'art. 1242, 2° co., c.c. secondo cui "la prescrizione non impedisce la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti". Di conseguenza, in ipotesi di compensazione impropria, gli opposti crediti resterebbero separatamente esposti ai relativi eventi estintivi, compresa la prescrizione, fino al momento in cui il giudice compie anche d'ufficio il calcolo del dare e dell'avere delle parti<sup>390</sup>.

Né si potrebbe applicare in ipotesi di compensazione impropria la disposizione di cui all'art. 1243, 2° co., c.c. che consente di addivenire a compensazione giudiziale solo se il controcredito opposto è di pronta e facile liquidazione, dovendo essere quest'ultimo altrimenti accertato tramite un diverso processo<sup>391</sup>. Il giudice che ritiene sussistente un'ipotesi di compensazione impropria deve, dunque, procedere all'accertamento di dare e avere indipendentemente dalla facilità o dalla prontezza della liquidazione del credito<sup>392</sup>.

In senso contrario, tuttavia, è stato affermato che la compensazione impropria rende inapplicabili le sole norme processuali che pongono preclusioni o decadenze alla

---

<sup>389</sup> V. Cass. civ., sez. III, 25 novembre 2002, n. 16561, in *Contratti*, 2003, 478, con nota adesiva di VENEZIA; nonché Cass. civ., sez. lav., 6 febbraio 1987, n. 1245 in *Mass. giur. lav.*, 1987, 187; ove si afferma che "dire che nel caso di unicità del rapporto non si applicano soltanto le regole processuali che riguardano principalmente il divieto di applicare d'ufficio la compensazione (art. 1242, 1 comma c.c.), mentre si dovrebbero applicare le regole eccezionali sull'arresto della prescrizione (art. 1242, 2 comma, c.c.) e tra le altre la incompensabilità del credito dichiarato impignorabile (art. 1246, n. 3 c.c.) significa stravolgere la *ratio* dell'istituto, fondata sull'estinzione dell'obbligazione per effetto della coesistenza dei debiti e piegarlo a disciplinare fattispecie diverse che sono escluse dalla stessa definizione dell'istituto, fissata dagli artt. 1241 e 1242 c.c.". Sottolinea Cass. civ., sez. lav., 4 luglio 1997, n. 6033 in *Rep. Foro it.* 1997, v. *Obbligazioni in genere*, n. 47 che le norme previste per la compensazione in senso tecnico "presuppongono consolidate posizioni di debiti e crediti reciproci tra due soggetti, e non anche mere poste finanziarie attive e passive in itinere, che si accumulano nella serie delle relazioni intercorrenti tra le parti di un unico rapporto continuativo in vista di un futuro conguaglio".

<sup>390</sup> Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 1986, n. 6426, in *Giust. civ. Mass.* 1986; il principio è ribadito, tra le altre, da Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18498, *cit.*

<sup>391</sup> Cass. civ., sez. II, 21 settembre 2011, n. 19208, in *Guida al diritto*, 2011, 45, 57.

<sup>392</sup> *Ibidem*. Si veda, però, in senso contrario Tar Puglia – Lecce, 13 dicembre 2010, n. 2826, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

proponibilità delle relative eccezioni, con esclusione delle norme di carattere sostanziale<sup>393</sup>.

Aderendo a questa seconda impostazione, dunque, il riscontro di un'ipotesi di compensazione impropria non osterebbe, pertanto, all'applicazione dell'art. 1248 c.c., secondo cui il debitore che ha accettato puramente e semplicemente la cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente. Ne discende, a titolo esemplificativo, che il committente ceduto dell'opera appaltata non possa opporre in compensazione né propria né impropria al cessionario, cui sia stato ceduto il credito avente ad oggetto il compenso dell'opera eseguita, la corresponsione di una determinata somma di denaro a favore del cedente avvenuta prima della cessione stessa<sup>394</sup>.

L'esistenza di queste opposte impostazioni offre, a bene vedere, ancora maggiori margini di incertezza dell'istituto: non solo, infatti, non è chiaro quando esso sia ravvisabile, ma anche una volta riscontrato, non è definita la sua disciplina.

### III.2.2. L'autonomia come assenza di sinallagmaticità tra le obbligazioni reciproche.

All'orientamento che riscontra l'assenza di autonomia nell'identità di fonte, se ne contrappone un altro che nega, invece, la rilevanza dell'unicità o della diversità del titolo che origina le reciproche obbligazioni al fine di dichiarare applicabile o meno la compensazione propria.

Va notato che questa seconda linea interpretativa inizia a prospettarsi contemporaneamente all'altra, fin dagli anni '60 del ventesimo secolo. Si legge, ad es.,

---

<sup>393</sup> Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2011, n. 8971, in *Rep. Foro it.*, 2011, v. *Obbligazioni in genere*, n. 54.

<sup>394</sup> In quest'occasione la giurisprudenza italiana sembra dunque essere molto lontana dai risultati raggiunti dalla giurisprudenza nell'ambito della teoria della compensazione dei debiti connessi. Si è visto infatti *supra* come in quell'ambito tale diversa forma di compensazione sia spesso invocata proprio per superare i limiti di opponibilità dell'estinzione delle pretese in occasione della cessione del credito derivante dal contratto a prestazioni corrispettive. Diritto vivente che potrebbe tradursi in disposizione normativa ove fosse approvato il progetto di riforma coordinato dal prof. Catala il quale consentirebbe espressamente al cedente di opporre al cessionario la compensazione dei debiti connessi nei suoi rapporti col cedente. V. *amplius supra*.

una sentenza della Cassazione civile del 1964<sup>395</sup> la quale afferma che “non si può escludere in via di principio che anche nell’ambito di un unico rapporto contrattuale coesistano tra le parti crediti reciproci e compensabili”.

Tale diversa ricostruzione viene suggellata, peraltro, anche da un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>396</sup>, le quali ritengono che non sia convincente, nella sua assolutezza, la tesi secondo cui in caso di unicità del rapporto, anche se complesso, la valutazione delle rispettive pretese si ridurrebbe ad un accertamento contabile delle poste di dare e avere.

Rileva la Corte che codesta interpretazione non potrebbe ricavarsi dall’art. 1246 c.c. poiché quest’ultima norma si limita ad ammettere la compensabilità di obbligazioni nascenti da titoli diversi, diversamente da quanto accadeva nel diritto romano e salvo le previste eccezioni. Affermando questo, la norma tuttavia non presenterebbe la *ratio* di escludere che la compensazione possa operare fra obbligazioni scaturenti da un unico contratto o, più in generale, da un’unica fonte negoziale o da un unico evento.

Ebbene, secondo le S.U., una corretta interpretazione della disposizione implicherebbe la necessità di dedurre l’indifferenza dei titoli da cui provengono le reciproche obbligazioni, con la conseguenza che sarebbe contrario alla legge far discendere dalla

---

<sup>395</sup> Cass. civ., sez. III, 14 marzo 1964, n. 578, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1964, II, p.172.

<sup>396</sup> Cass. civ., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 265, con nota di MEOLI; *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2252; *Giust. civ.* 2000, I, 345 con nota di GIACALONE; *Corriere giuridico*, 2000, 333 con nota di SCHLESINGER; *Fallimento*, 2000, p. 524 con nota di PANZANI; *Giur. it.*, 2000, 1219; *Dir. fall.*, 2000, II, p. 261 con nota di DI LAURO; *Dir. fall.*, 2000, II, p. 482; *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 278 con nota di PICARDI; *Studium oecon.*, 2001, 503; *Eu. Dir. Priv.*, 2001, p. 985, con nota di PELEGGI. Si veda però, in senso contrario, la pronuncia emessa sempre a Sezioni Unite nella quale, sebbene solo in un *obiter dictum*, si è confermato l’orientamento giurisprudenziale che ritiene applicabile la compensazione impropria allorché i rispettivi debiti e crediti abbiano origine in un unico rapporto (Cass. civ., sez. un., 2 aprile 2008, n. 8464, in *DeJure*). Un intervento nomofilattico sulla questione era già stato, peraltro, invocato nel 1996, con riferimento alla possibilità di ricondurre al modello della compensazione (e ai relativi limiti di applicabilità, specialmente in caso di fallimento) l’ipotesi di partire debitorie scaturenti dal medesimo rapporto. La sentenza emessa dalle Sezioni Unite (n. 10097 del 19 novembre 1996, in *Fallimento*, 1997, p. 199, con nota di GIACALONE; *Giust. civ.*, 1997, I, p. 665; *Gius.*, 1997, 22, con nota di GIACALONE; *Giust. civ.*, 1997, I, 1563 con nota di DIDONE; *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1222), tuttavia, non aveva risposto al quesito formulato affermando che la questione doveva ritenersi supertata in forza dell’accertamento di fatto condotto dal giudice del merito, secondo cui le diverse obbligazioni dovevano ritenersi provenire da rapporti diversi, accertamento non sindacabile in sede di legittimità, con la conseguenza che doveva farsi solo riferimento alla compensazione in senso tecnico.



semplice identità di titolo, o di fonte, o di rapporto l'inapplicabilità delle regole della compensazione propria, per far spazio al semplice calcolo di dare e avere<sup>397</sup>.

Pur tuttavia, anche secondo le Sezioni Unite – e le sentenze che accolgono il medesimo principio – vi sarebbe uno spazio di applicazioni affidato esclusivamente ad una compensazione c.d. impropria e da cui, invece, sarebbe estranea la disciplina degli artt. 1241 ss. c.c.: tale diametro è quello che coinvolge le obbligazioni sinallagmatiche nascenti dal contratto.

Affermano, infatti, le S.U. che l'applicazione della compensazione propria sarebbe esclusa nell'ipotesi in cui reciproci crediti si trovino in rapporto di sinallagmaticità poiché, si rileva, se fosse consentito elidere queste prestazioni corrispettive ne verrebbe frustrata la causa del contratto e, di rimando, la stessa volontà delle parti<sup>398</sup>.

Soltanto, dunque, se le rispettive obbligazioni pur essendo originate dalla medesima fonte non sono legate da un vincolo sinallagmatico, allora sarà necessario fare applicazione della disciplina prevista per la compensazione in senso tecnico<sup>399</sup>. Se, invece, codeste reciproche obbligazioni sono corrispettive, la suddetta disciplina dev'essere disapplicata.

Attraverso questa diversa interpretazione del requisito dell'autonomia, pertanto, vengono riattribuite nell'area della compensazione propria di cui agli artt. 1241 c.c. ipotesi che, aderendo all'altro orientamento, sarebbero invece qualificabili nell'ambito della compensazione c.d. atecnica, come il credito dell'agente per l'indennità di fine

---

<sup>397</sup> Affermano le Sezioni Unite, ivi, che “quando le obbligazioni, ancorché aventi causa in un unico rapporto negoziale, non siano in posizione sinallagmatica avendo carattere autonomo, non v'è ragione per escludere la fattispecie dall'area della compensazione in senso tecnico. Si pensi al caso di obbligazioni distinte nascenti dal medesimo testamento, oppure – nell'ambito di uno stesso rapporto contrattuale – ad un'obbligazione di pagamento cui venga contrapposta un'obbligazione risarcitoria, che non si ponga in rapporto di corrispettività con la prima. In questi e in altri casi non può escludersi in via di principio la coesistenza tra le parti di crediti reciproci e compensabili”.

<sup>398</sup> Si noti che la giustificazione è la medesima già “adoperata” dall'orientamento che vuole l'autonomia dei rapporti che originano le pretese da compensarsi.

<sup>399</sup> Si veda, ad es., Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2002, n. 9059, in *Giur. it.*, 2003, 1367; in *Rass. locazioni*, 2003, 342; in *Arch. locazioni*, 2003, 655 la quale ha stabilito che, in materia di contratto di locazione di immobile urbano, l'obbligo del locatore di corrispondere al conduttore gli interessi legali sul deposito cauzionale versato da quest'ultimo e l'obbligo del conduttore di versare il canone, ancorché aventi causa in un unico rapporto contrattuale, non sono in posizione sinallagmatica, ma presentano carattere di autonomia, con la conseguenza che tra loro opera l'istituto della compensazione allorché ne ricorrano i presupposti.

rapporto e quello del preponente relativo al risarcimento per appropriazione indebita<sup>400</sup>, come il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto e quello del datore di lavoro per la restituzione di somme indebitamente versate in forza di una clausola del contratto di lavoro<sup>401</sup>, come il credito del lavoratore per la pensione aziendale e quello del datore di lavoro per l'indebito pagamento di crediti retributivi<sup>402</sup>.

In un altro caso – pur vertendosi in un'ipotesi di unico rapporto giuridico intercorrente tra una compagnia di assicurazioni posta in liquidazione coatta amministrativa e uno dei suoi agenti – si è dichiarata l'autonomia dei reciproci crediti aventi ad oggetto, l'uno, le indennità e gli altri emolumenti di fine rapporto dovuti all'agente e, l'altro, le somme incassate dall'agente a titolo di premi corrisposti dagli assicurati e da riversarsi al preponente<sup>403</sup>.

Al contempo sono mantenute nell'area applicativa del semplice accertamento contabile di dare e avere le obbligazioni che sono legate, tra loro, da un vincolo di sinallagmaticità.

In quest'ipotesi, infatti, l'operazione che il giudice è chiamato a compiere d'ufficio si riduce ad un mero conguaglio. Facendo applicazione del principio, ad esempio, nell'ambito di un contratto di appalto, sono state considerate sinallagmatiche le obbligazioni dell'appaltatore, per il compenso, e della committente per il rimborso delle spese sostenute per effetto dell'asserito inadempimento di lui<sup>404</sup>: essendo

---

<sup>400</sup> Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12327, in *Giust. Civ.* 2006, I, p. 867 e in *Corriere Giuridico*, 2006, p. 57 con nota di BRUNO.

<sup>401</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 marzo 2005, n. 5349, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 358 con nota di RAIMONDI.

<sup>402</sup> Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2006, n. 10629, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.

<sup>403</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 maggio 2004, n. 8924, in *Rep. Foro it.*, 2004, v. *Fallimento*, n. 358; in *Fallimento*, n. 358. In questo caso, dichiarando l'autonomia delle rispettive obbligazioni doveva farsi applicazione della disciplina della compensazione tecnica tra le stesse. Siccome il debitore aveva rinunciato preventivamente alla possibilità di compensare in forza di una clausola contrattuale ne discendeva l'impossibilità di addivenire alla compensazione, in forza del divieto di cui all'art. 1246, n. 4, c.c.

<sup>404</sup> Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2007, n. 17390, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 614, con nota di FOLLIERI. La cassazione si è pronunciata a favore della compensabilità *impropria* dei rispettivi debiti e crediti nascenti in capo alle parti in forza o in occasione del medesimo contratto di appalto (Cass. civ., sez. II, 6 ottobre 2011, n. 20484, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 58 con nota di DE MARZO) o da due distinti contratti d'appalto tra loro collegati (Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2011, n. 6491, in *DeJure*). È stata invece sostenuta l'autonomia tra il contratto di locazione e quello di sublocazione da Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 206 in *Corr. giur.*, 2006, 975, con nota di AMENDOLAGINE; *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 983, con nota di BASILONE.

sinallagmatiche non sarebbero, dunque, soggette alle regole della compensazione propria e, pertanto, non sarebbe necessario l'esperimento di un'eccezione di parte, potendo il giudice provvedere d'ufficio al calcolo del saldo contabile.

### III.2.3. Compensazione impropria e procedure esecutive individuali e concorsuali.

Un capitolo a parte dev'essere aperto con riferimento alle procedure esecutive proposte dal creditore *uti singulo* ovvero esercitate nell'ambito di una procedura concorsuale, poiché la prospettiva segnata dai due orientamenti suddetti sembra complicarsi quando entrano in gioco le procedure esecutive.

Si è già notato che è proprio nelle procedure esecutive che si origina l'esigenza italiana, ma di derivazione francese, di superare i limiti dettati per l'operare della compensazione.

In quest'ottica la giurisprudenza francese, sostenuta dalla dottrina, ammette la compensazione in pregiudizio dei terzi, quindi dopo il pignoramento del credito da parte di un terzo, ove i crediti da compensare siano connessi. Sempre tra crediti connessi viene, inoltre, ammessa la compensazione anche dopo l'apertura di una procedura concorsuale<sup>405</sup>.

Quest'esigenza accomuna il sistema francese e quello italiano, come abbiamo avuto modo di vedere *supra*, finché, tuttavia, l'impianto normativo italiano rimane modellato su quello francese.

Quando invece, a decorrere dall'approvazione della legge fallimentare nel 1942, il sistema italiano risente maggiormente l'influenza della *Konkursordnung* tedesca, allora anche le esigenze applicative mutano.

---

<sup>405</sup> L'analisi congiunta delle disposizioni relative al pignoramento e al fallimento deriva dall'osservazione sottesa per cui "il fallimento può essere paragonato a un pignoramento del patrimonio del fallito" (in questo senso, *ex plurimis*, GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 170).

Cardine della svolta è, come si è più volte anticipato, l'introduzione dell'art. 56 l.f. il quale dispone che: "(1) I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento. (2) Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore."<sup>406</sup>

Da questo momento viene, dunque, a crearsi una "scollatura"<sup>407</sup> tra il sistema del codice civile e quello della legge fallimentare con riferimento alla tutela dei diritti dei terzi.

### III.2.3.1. La disciplina prevista dal codice civile con riferimento ai diritti dei terzi e gli effetti applicativi della compensazione impropria.

Prendendo le mosse dalla disciplina civilistica, si rileva che non vi è soluzione di continuità tra quanto prevedeva il codice civile del 1865 e quanto prevede ora il mantenimento dell'art. 1250 c.c. – Compensazione rispetto ai terzi – il quale recita "La compensazione non si verifica in pregiudizio dei terzi che hanno acquistato diritti di usufrutto o di pegno su uno dei crediti", norma a cui corrisponde, nell'ambito dell'esecuzione individuale, il dettato dell'art. 2917 c.c. – Estinzione del credito pignorato – il quale dispone che "Se oggetto del pignoramento è un credito, l'estinzione di esso per cause verificatesi in epoca successiva al pignoramento non ha effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione".

Considerando pacifico che l'estinzione per compensazione sia ammissibile quando tutti i presupposti si sono verificati prima del pignoramento, ma mancasse solamente la

---

<sup>406</sup> Affermava la Relazione che accompagnava il Regio decreto n. 267 del 1942 che: "fra tutte è degna di particolare rilievo la norma dell'art. 56, la quale, innovando radicalmente il sistema del codice, ammette i creditori a compensare i loro debiti coi crediti che essi vantano verso il fallito, ancorché non siano scaduti prima della dichiarazione di fallimento. è questo un principio ispirato ad equità, come dimostra il fatto che esso si trova ormai accolto in quasi tutte le legislazioni moderne. Per evitare possibili abusi, la legge tuttavia ha avuto cura di introdurre una limitazione, escludendo dalla compensazione i crediti non scaduti che siano stati acquistati per atto tra vivi dopo la dichiarazione del fallimento o nell'anno anteriore."

<sup>407</sup> Parlava di "insuperabile contraddizione tra l'art. 56 l.f. e l'art. 2917 cod. civ." PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 951. Sui rapporti tra le due norme v. *ex pl.* MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, p. 32 ss.

dichiarazione di parte, ci si deve chiedere, invece, se possa o meno aversi compensazione quando i reciproci crediti siano sorti prima del pignoramento, ma abbiano acquisito i caratteri necessari solamente successivamente, eventualmente per effetto della liquidazione operata dal giudice.

La risposta al quesito si rivela differente a seconda che si riscontri, nel caso di specie, una compensazione tecnica o atecnica e in funzione della disciplina considerata applicabile a quest'ultima.

Se, infatti, il caso sottoposto all'organo giudicante è considerato sussumibile in un'ipotesi di compensazione impropria e se si accede all'orientamento secondo cui essa è completamente avulsa dall'applicazione della disciplina contenuta negli artt. 1241 ss c.c., allora l'art. 2917 c.c. sarà di fatto inapplicabile nel caso concreto e l'estinzione dei crediti potrà essere opponibile anche al terzo pignorante<sup>408</sup>.

Se invece, pur ritenendo riscontrabile un'ipotesi di compensazione impropria, si ritenga che l'effetto estintivo avvenga solo per effetto del conteggio operato dal giudice, allora sarà applicabile l'art. 2917 c.c. e non sarà opponibile al terzo pignorante neppure la compensazione atecnica<sup>409</sup>.

Notevole rilievo avrà poi, a questo scopo, la definizione dell'ambito di operatività della compensazione propria: se essa, cioè, possa operare solamente in caso di obbligazioni derivanti da rapporti autonomi, oppure se sia sufficiente che le obbligazioni non siano in rapporto di sinallagmaticità.

Sulla questione si registra con particolare evidenza un intervento della Cassazione del 2011<sup>410</sup> che ha chiarito che, in mancanza della dimostrazione del rapporto di sinallagmaticità tra le obbligazioni in causa – quindi in mancanza della prova che si

---

<sup>408</sup> In questo senso porterebbero a deporre tutte le pronunce che ritengono che “avuto riguardo alla centralità del principio informatore dell'istituto de quo, ricavabile dal disposto degli artt. 1241 e 1242 c.c. - secondo cui i due debiti, tra due persone, derivanti da distinti rapporti, si estinguono per quantità corrispondenti fin dal momento in cui vengono a coesistere - non è dato, nella diversa ipotesi di unicità del rapporto, estrarre dalla disciplina unitaria dell'istituto in questione regole applicabili all'ipotesi di compensazione impropria senza ledere la coerente consequenzialità della disciplina stessa” (*ex plurimis* Cass. civ., sez. un., n. 775 del 1999, cit.).

<sup>409</sup> In questo senso Cass. civ., sez. lav., 19 novembre 1998, n. 11690, in *DeJure*; conf. in principio anche Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 1986, n. 6426, in *Not. giur. lav.*, 1987, 83.

<sup>410</sup> Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2011, n. 5529, in *DeJure*.

tratti di compensazione impropria (aderendo all'orientamento espresso dalle S.U. nel 1999) – non ricorrono gli estremi per applicare i principi enunciati dalla giurisprudenza in tema di compensazione impropria e per escludere l'operatività dell'art. 2917 c.c.

Volgendo, dunque, la frase in positivo, sembrerebbe doversi affermare che, ove si dimostri che nel caso di specie le obbligazioni siano in rapporto sinallagmatico – e quindi si tratti di compensazione impropria – l'art. 2917 c.c. non è applicabile.

Codesta conclusione avrebbe l'effetto di superare l'allargamento già compiuto dalla giurisprudenza maggioritaria in punto di interpretazione dell'art. 2917 c.c., la quale è giunta a ritenere che sia sufficiente, affinché il debitore pignorato possa opporre la compensazione anche al creditore pignorante, l'anteriorità del fatto genetico del credito opposto in compensazione<sup>411</sup>.

### III.2.3.2. L'anteriorità del fatto genetico quale *trait d'union* tra disciplina del codice civile e disciplina della legge fallimentare.

Ed è proprio in ordine a questo requisito che sembra (almeno parzialmente) ricomporsi la scollatura tra la disposizione prevista per l'esecuzione individuale e quella concorsuale<sup>412</sup>.

L'unico requisito, infatti, che viene generalmente richiesto affinché possa operare l'art. 56 l.f. è che il fatto genetico dei rispettivi crediti (del fallito e del creditore *in bonis*) sia anteriore alla dichiarazione di fallimento<sup>413</sup>.

---

<sup>411</sup> V. *ex plurimis* Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12327, in *Giust. Civ.*, 2006, I, p. 867, ove si riprende quanto già affermato da Cass. civ. sez. un., n. 775 del 1999 (cit.) la quale ha chiaramente affermato che “l'art. 2917 c.c. si riferisce all'ipotesi in cui il controcredito omogeneo sorga dopo il pignoramento, e non anche all'ipotesi in cui credito e controcredito, esistenti a quell'epoca, acquistino dopo i caratteri per potersi fare luogo alla compensazione”.

<sup>412</sup> In questa sede ci occuperemo specificamente soltanto della procedura di fallimento. Molte delle osservazioni che trarremo, tuttavia, potrebbero essere mutate anche per le altre procedure concorsuali.

<sup>413</sup> Non è possibile in questa sede ripercorrere la via tracciata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per giungere a tale conclusione. Si può solo notare come sia stata Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1991, n. 3006, in *Fall.* 1991, p. 1042 a proporre questa soluzione interpretativa poi accolta anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, nella citata sent. 775 del 1999 (cit.) la quale ha affermato il principio secondo cui “elemento rilevante per la compensazione medesima con la procedura concorsuale è il fatto che le radici causali delle obbligazioni contrapposte si siano determinate prima della dichiarazione di fallimento mentre gli effetti della compensazione, cioè l'estinzione delle obbligazioni, si possono verificare dopo tale dichiarazione”. Si noti, inoltre, che l'esegesi dell'art. 56 l.f. è stata condotta sempre confrontando la

Tale requisito costituisce la logica conseguenza dell'allargamento giurisprudenziale delle maglie applicative dell'art. 56 l.f. oltre i limiti della stretta interpretazione letterale. In linea con questo criterio di interpretazione della norma, si è ammessa, infatti, la compensazione legale nel fallimento anche quando fosse il credito del fallito a non essere esigibile al momento della dichiarazione del fallimento e si è ammessa l'operatività anche della compensazione giudiziale dopo l'inizio della procedura, quando l'uno o l'altro credito mancassero della liquidità al momento dell'ammissione alla procedura concorsuale<sup>414</sup>.

---

soluzione proposta all'art. 2917 c.c. L'esigenza di coordinare le due disposizioni, nel senso di garantire la stessa tutela del creditore nell'ambito della procedura esecutiva individuale e in quella concorsuale, ha indotto gli interpreti ad individuare un tratto comune di distinzione circa l'ammissibilità o meno della compensazione. Ed infatti, proprio con riferimento all'art. 2917 c.c., la stessa Cass. n. 775 del 1999 ha affermato che "ancorché parte della dottrina abbia ravvisato un difetto di coordinamento tra l'art. 56 della legge fallimentare e l'art. 2917 c.c., il collegio in realtà non ravvisa tale difetto, perché ritiene più persuasiva la tesi secondo cui non sussiste contraddizione tra le due norme, in quanto l'art. 2917 c.c. si riferisce all'ipotesi in cui il controcredito omogeneo sorga dopo il pignoramento, e non anche all'ipotesi in cui credito e controcredito, esistenti a quell'epoca, acquistino dopo i caratteri per potersi fare luogo alla compensazione.

Questa opzione ermeneutica trova un primo dato di riscontro nel testo dell'art. 2917 c.c., il quale, nel caso di pignoramento di credito, rende inefficace, in pregiudizio del creditore pignorante e di quelli intervenuti nell'esecuzione, l'estinzione di esso per cause verificatesi in epoca successiva al pignoramento medesimo. Il richiamo alla causa ben si presta ad essere inteso come riferimento al momento genetico, ossia alla fonte, dell'evento estintivo, onde per la compensazione bisogna avere riguardo alla radice causale del credito opposto ai fini compensativi, con la conseguenza che, se tale radice è anteriore al pignoramento, la compensazione medesima non trova ostacolo nella norma in esame". Il *dictum* è costante nella giurisprudenza successiva, v. *ex pl.* Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2003, n. 8042, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 1600, con nota di VACCARO BELLUSCIO.

La questione è legata, poi, all'esegesi dell'art. 1248, 2° co. c.c., come nota anche MEOLI, *Unicità di titolo, esigibilità dei crediti e compensazione nel fallimento*, nota a S.U. n. 775 del 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 28, secondo cui "il superamento definitivo dell'impostazione giustiniana e francese, che qualificava il modo di estinzione delle obbligazioni in questione quale pagamento abbreviato, e l'opzione per la teoria che invece individua nello stesso istituto una garanzia e, indirettamente, una prelazione, sono dunque le basi interpretative, le quali, diversamente da quanto si afferma in sentenza, piuttosto che essere dedotte dal sistema, permettono invece di ricostruirlo e di poter affermare che, in generale, la compensazione è opponibile sempre ai cessionari o creditori precedenti, all'unica condizione che le opposte ragioni di credito abbiano titolo anteriore al pignoramento (o alla sentenza di fallimento) e alla cessione, indipendentemente da quando i crediti assumano anche gli altri caratteri necessari per l'effetto estintivo, e, quindi, indipendentemente da quando questo si verifichi. Tale ricostruzione del sistema rende dunque non ragionevole l'interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 56 l.fall., il quale potrà consentire, senza alcun limite ulteriore rispetto a quello della anteriorità dei titoli delle obbligazioni rispetto al fallimento, la opponibilità della vicenda compensativa alla massa dei creditori, qualunque sia il momento in cui i relativi presupposti si siano verificati".

<sup>414</sup> Un'analisi compiuta di questi profili ci condurrebbe fuori dall'ambito dell'indagine che stiamo svolgendo. Sul punto si rinvia pertanto a qualsiasi manuale di diritto fallimentare, ove si potrà avere contezza della sterminata produzione giurisprudenziale e dottrinale. Per poter tuttavia comprendere l'evolversi della discussione circa la compensazione impropria nelle procedure concorsuali è necessario e sufficiente avere presente questo sviluppo dell'interpretazione dell'art. 56 l.f.

### III.2.3.3. Insufficienza dell'art. 56 l.f. a risolvere tutte le fattispecie di "reciproca elisione" e spazi operativi della compensazione impropria:

L'introduzione di questa disposizione nel sistema italiano delle procedure concorsuali, e l'interpretazione ampia che della stessa viene data, modifica dunque le esigenze pregresse legate alla necessità di ammettere in generale la reciproca estinzione delle pretese anche in caso di apertura di una procedura concorsuale.

Bisognerebbe, tuttavia, tenere distinto il profilo della generale ammissibilità della compensazione nel fallimento dal profilo dei modi della sua attuazione, perché l'istituto della compensazione impropria può rivestire un diverso ruolo nell'uno e nell'altro caso. Sotto il profilo dell'ammissibilità della compensazione impropria anche in quest'ambito, in realtà, si riscontra una certa incertezza nella giurisprudenza, che conduce a diversi orientamenti: da un lato quello che ritiene che non si abbia compensazione in senso tecnico tra reciproche pretese derivanti dal medesimo rapporto o da rapporti accessori<sup>415</sup>; dall'altro l'orientamento che estende l'applicazione della compensazione in senso tecnico a qualsiasi pretesa, anche derivante dal medesimo rapporto, purché non legata da vincolo sinallagmatico all'altra pretesa da estinguersi<sup>416</sup>; dall'altro ancora, l'orientamento che esclude la rilevanza della distinzione tra compensazione propria e impropria ai fini dell'art. 56 l.f.<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> *Ex pl.* Cass. civ., sez. I, 8 giugno 1981, n. 3683, in *Rep. Foro it.*, 1981, v. *Obbligazioni in genere*, n. 37. Si limita a dare atto di questo orientamento, senza pur tuttavia sottoporlo a critica, CELENTANO, *Effetti del fallimento per i creditori*, in FAUCEGLIA – PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 527, il quale afferma, al contempo, in adesione all'orientamento delle S.U., che "unico impedimento alla compensazione in senso tecnico è quello della corrispettività (nesso sinallagmatico) delle obbligazioni".

<sup>416</sup> *Ex pl.* Cass. civ., sez. un., n. 775 del 1999, *cit.*

<sup>417</sup> Pare esprimersi in questo senso Cass. civ., sez. lav, 13 gennaio 2006, n. 518, in *DeJure*, la quale afferma che la compensazione dei reciproci crediti e debiti è ammissibile ai sensi dell'art. 56 l.f., anche se i crediti non siano scaduti prima del fallimento (o della messa in liquidazione coatta amministrativa). Ritiene la Corte che nessuna rilevanza assuma, al riguardo, la distinzione tra compensazione ordinaria e quella contabile, in quanto l'art. 1246 c.c., il quale prevede che la compensazione si verifica quali che siano i titoli da cui nascono i contrapposti crediti e debiti, è norma di carattere generale, applicabile anche alla compensazione prevista dall'art. 56 l.f.

In realtà la Corte si esprime circa l'indifferenza della distinzione tra compensazione propria e impropria con riferimento esclusivamente all'irrelevanza dell'esigibilità del credito prima del fallimento, lasciando così tuttavia spazio alla possibile rilevanza della distinzione ad altri effetti.



Dev'essere, tuttavia, fin da subito chiarito che l'introduzione dell'56 l.f. – quand'anche applicato nella sua massima estensione – potrebbe non essere sufficiente a colmare tutte le ipotesi in cui potrebbe essere invocata la compensazione tra creditore *in bonis* e massa fallimentare e che vanno oltre a quella forma che potremmo definire “ordinaria”<sup>418</sup>, cioè tra crediti già compensabili prima del fallimento, ma per i quali venga opposta l'eccezione di compensazione solo dopo la sentenza dichiarativa<sup>419</sup>. Il problema si potrebbe porre, infatti, anche nelle ipotesi in cui uno dei crediti reciproci sorga successivamente al fallimento a seguito dello scioglimento – automatico o per effetto della dichiarazione del curatore *ex art. 72 l.f.* – di un contratto pendente<sup>420</sup>.

È ben vero che in molti di questi casi le conseguenze dello scioglimento del contratto sono specificamente indicate dalla legge<sup>421</sup>, ma tali disposizioni non paiono sufficienti allo scopo.

Per chiarire i termini della questione, dal punto di vista dell'ammissibilità della compensazione, si prenda a riferimento, ad esempio, l'art. 73 l.f. che disciplina la sorte del contratto di vendita con riserva della proprietà che sia pendente al momento della dichiarazione di fallimento: dispone la norma che “qualora il curatore si sciogla dal contratto, il venditore deve restituire le rate di prezzo già riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa”. Ebbene, può il venditore compensare le rate di prezzo con l'ammontare dell'equo compenso<sup>422</sup>?

---

<sup>418</sup> Il termine è usato da VIGO, *Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, Milano, 1994, p. 6.

<sup>419</sup> Come già detto *supra*, la trattazione della questione relativa alla natura e agli effetti dell'atto di opposizione della compensazione non verrà trattato in questa sede. Basti a questo proposito definire che, ai nostri fini, il procedimento di estinzione delle reciproche pretese non può dirsi perfetto finché non intervenga codesto atto di opposizione.

<sup>420</sup> “Per rapporti pendenti o in corso occorre intendere quelli sorti prima del fallimento, perfezionati nel loro iter formativo e non ancora eseguiti o eseguiti solo in parte e pertanto con residue obbligazioni da eseguire a carico di entrambe le parti” definizione di PALUCHOWSKI, *sub art. 72 l.f.*, in PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 2009, p. 772.

<sup>421</sup> V. artt. 72 ss l.f.

<sup>422</sup> La questione è “nota” e non è stata chiarita neppure in sede di Riforma della legge fallimentare. Sul punto, in generale, v. tra gli altri BARBA, *sub art. 73 l.f.*, in NIGRO – SANDULLI – SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, p. 1053 e FERRANTI – AMBROSIO, *Art. 73 l.f. – Il contratto di vendita con riserva della proprietà*, in GHIA – PICCININI – SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 513.

Potrebbe avere qualche rilevanza, al riguardo, la possibilità di invocare la compensazione impropria nel senso di rendere sicuramente effettuabile dal giudice l'accertamento contabile delle reciproche pretese?

In secondo luogo, appare evidente come le problematiche relative alla compensazione non si arrestano alla ammissibilità o meno della stessa nell'ambito della procedura fallimentare. L'art. 56 l.f., infatti, che pur ammette la compensazione, nulla dice, tuttavia, con riferimento alle modalità del suo operare. Se essa, dunque, va ricondotta allo stesso istituto previsto dal codice civile, allora subirà le stesse limitazioni sia processuali che sostanziali.

Si potrebbero configurare, dunque, altre ipotesi nelle quali la differenziazione tra compensazione propria e impropria assume rilevanza: in particolare, sulla necessità o meno di eccepire la compensazione e in riferimento all'esistenza dei divieti di compensare.

Sotto il primo profilo – processuale – si immagini che il curatore citi in giudizio il creditore *in bonis* per il pagamento di fatture relative alla somministrazione di beni effettuate dal debitore poi fallito e che il creditore resista in giudizio chiedendo, in via riconvenzionale, il risarcimento dei danni relativi a vizi delle suddette forniture. Quando il giudice dovrà dichiarare inammissibile la riconvenzionale a causa della necessità di procedere nelle forme di cui all'art. 95 l.f. per l'ammissione del credito del soggetto *in bonis*, potrà al contempo valutare la sussistenza di suddetto credito nei limiti di un'eccezione riconvenzionale (non proposta), procedendo al conguaglio?

Sotto il secondo profilo – sostanziale – invece, ove un dipendente dell'impresa fallita si insinui al passivo per il trattamento di fine rapporto, ma risulti al curatore un credito nei confronti del dipendente medesimo in forza dell'illecito compiuto nell'ambito delle mansioni affidategli, potrebbe dunque il curatore eccepire la compensazione impropria, proponendo quindi la non ammissione al passivo eventualmente anche dell'intero credito del lavoratore, oppure sarebbe vincolato dal limite del quinto ai sensi dell'art. 1246 c.c.?

III.2.3.4. (segue) i contratti conclusi dal fallito prima della dichiarazione di ammissione alla procedura concorsuale;

Per poter affrontare le problematiche sottese a codeste domande è necessario, pur sempre, prendere le mosse da quell'unico requisito previsto per l'operare dell'art. 56 l.f. – l'antiorità del momento genetico delle reciproche obbligazioni – al fine di valutare alcune ipotesi di interesse rispetto all'indagine che si sta svolgendo, in particolare la disciplina delle obbligazioni che sorgono nel momento in cui un contratto – stipulato *ante* fallimento dall'imprenditore poi ammesso alla procedura concorsuale – venga sciolto dal curatore ai sensi dell'art. 72 l.f. o si sciogla automaticamente per effetto del fallimento, oppure nel caso in cui una delle obbligazioni “sorga” dopo il fallimento, ma nell'ambito di un rapporto contrattuale perfezionatosi prima del fallimento.

Innumerevoli potrebbero essere le ipotesi astrattamente configurabili, di tanto che risulterebbe impossibile analizzare ogni fattispecie riscontrabile. Per lo scopo che ci prefiggiamo – che consiste nello stabilire quale sia il ruolo che ha avuto la compensazione impropria nell'ambito del fallimento e quale potrebbe essere lo spazio che ancora potrebbe esserle riservato – è sufficiente tuttavia affrontarne solo alcune, di modo da chiarire quale sia o possa essere l'entità del problema.

Riprendendo dunque l'esempio che ha stimolato uno dei quesiti che ci siamo posti, si immagini dunque che il fallito avesse concluso – in qualità di compratore – un contratto di vendita con riserva della proprietà quand'era ancora *in bonis* e, dichiarato il fallimento, il curatore decida di sciogliersi dal contratto. L'art. 73 l.f., applicabile al caso di specie, fa discendere da tale decisione l'obbligo per il venditore di restituire le rate di prezzo già riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa. Ci si è chiesti, dunque, se possa esservi compensazione tra il debito gravante sul venditore di restituire le rate di prezzo e il credito di cui egli stesso è titolare per l'equo compenso. Sulla questione le risposte prospettabili potrebbero essere tre: 1) escludere la compensazione poiché il credito del venditore nasce solo successivamente alla dichiarazione di fallimento, in forza della dichiarazione di scioglimento del curatore; 2)

affermare la possibilità di operare la compensazione poiché l'origine del diritto all'equo compenso discenderebbe dal venir meno delle originarie prestazioni e quindi avrebbe radice causale anteriore al fallimento<sup>423</sup>; 3) ritenere che si tratti non di compensazione in senso tecnico, bensì di compensazione impropria, con la conseguenza che non si deve far capo a quanto previsto dall'art. 56 l.f., e pertanto non sarebbe richiesta la preesistenza della radice causale del credito rispetto al fallimento.

A monte di questi ragionamenti, applicabili a tutti quei rapporti contrattuali intercorsi tra il creditore *in bonis* e il fallito, si pone dunque il quesito circa l'esistenza del presupposto dell'autonomia dei rapporti dai quali le reciproche obbligazioni hanno origine anche ai fini dell'art. 56 l.f.

Il dibattito, in quest'ambito, si riallaccia a quello già affrontato *supra* in termini generali: da una parte si trovano le sentenze che richiedono, per l'operare della compensazione in senso tecnico, l'autonomia dei rapporti<sup>424</sup> e dall'altra quelle che

---

<sup>423</sup> Nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita e con riferimento al credito restitutorio per le attribuzioni patrimoniali effettuate dal promissario compratore fallito con il controcredito del promittente venditore v. in questo senso Cass. civ., sez. un., 2 novembre 1999, n. 755, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2182, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3230, in *Contratti*, 2000, p. 344 con nota di BORRELO, in *Dir. fall.*, 2000, II, 497, in *Giur. it.*, 2000, p. 1219, in *Studium Juris*, 2000, p. 1007, in *Fallimento*, 2000, p. 524 con nota di PANZANI, il quale sottolinea che "l'azione di ripetizione dell'indebito trova la sua giustificazione, non nella fattispecie negoziale, che è inidonea a produrre qualunque effetto, ma nel fatto stesso che vi è stata un'attribuzione patrimoniale priva di causa. Di qui l'anteriorità del credito alla dichiarazione di fallimento". V. anche Cass. civ., sez. I, 29 maggio 1992, n. 6512, in *Fallimento*, 1993, p. 24, secondo cui "L' art. 56 della legge fallimentare - che consente ai creditori di compensare i loro debiti verso il fallito con i crediti che essi vantano verso lo stesso, anche se non ancora scaduti prima della dichiarazione di fallimento - non opera con riguardo al debito del creditore per la restituzione di somme incassate in occasione della stipulazione di un contratto preliminare di vendita, del quale il curatore abbia poi promosso lo scioglimento ai sensi dell'art. 72 della citata legge, in quanto, in tal caso, il fatto generatore della situazione giuridica di compensabilità viene in essere solo posteriormente all'inizio della procedura concorsuale e, a differenza di ciò che si verifica con riguardo ad ipotesi di scioglimento, ai sensi della medesima norma, del contratto di vendita con patto di riservato dominio - con riguardo al credito dell'una parte per la restituzione delle rate pagate ed a quello dell'altra per l'indennità relativa all'avvenuto uso della cosa - le rispettive posizioni creditorie non derivano dal medesimo rapporto contrattuale." Rileva PANZANI, *Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente*, in nota alle S.U., che "l'azione di ripetizione dell'indebito trova la sua giustificazione, non nella fattispecie negoziale, che è inidonea a produrre qualunque effetto, ma nel fatto stesso che vi è stata un'attribuzione senza causa" con la conseguenza che "sia per il credito relativo agli acconti prezzo versati dal compratore fallito sia per il credito relativo all'indebita occupazione dell'immobile l'azione di ripetizione si fonda sul venir meno della causa contrattuale in ragione della decisione del curatore di sciogliersi dal contratto. Per i motivi esposti in entrambi i casi i crediti hanno causa anteriore al fallimento e sono suscettibili di compensazione".

<sup>424</sup> Cass. civ., sez. I, 8 giugno 1981, n. 3683, in *Rep. Foro it.*, 1981, v. *Obbligazioni in genere*, n. 37; Cass. 21 ottobre 1977, n. 4517, in *Rep. Foro it.*, 1977, v. *Obbligazioni in genere*, n. 48; Cass. civ., 14 ottobre

richiedono esclusivamente che i reciproci debiti e crediti non si pongano in rapporto di sinallagmaticità<sup>425</sup>, cui corrispondono opinioni dottrinali favorevoli alla limitazione della compensazione ai soli rapporti autonomi<sup>426</sup> e opinioni che, invece, rifiutano<sup>427</sup> codeste limitazioni.

---

1970, n. 2019, in *Rep. Foro it.*, 1971, v. *Obbligazioni in genere*, n. 78; Cass. 2879 del 1967, in *Giust. Civ.*, 1968, I, 868; v. Cass. civ., sez. I, 27 giugno 1990, n. 6560, in *Fallimento*, 1991, 42; in *Dir. fall.*, 1990, II, 1342; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 60, con nota di SANZO la quale ha affermato che “La disciplina della speciale compensazione dettata dall’art. 56 l. fall., sebbene abbia come necessario presupposto l’autonomia dei rapporti dai quali le obbligazioni reciproche delle parti traggono origine, non è incompatibile con la sua applicabilità ad ipotesi nelle quali, trattandosi di obbligazioni derivanti da un unico rapporto giuridico o anche da rapporti fra loro collegati, occorre procedere soltanto ad un accertamento di dare e avere ossia ad un semplice calcolo di contrapposte voci contabili: ciò che si verifica con riferimento all’ipotesi in cui i contrapposti rapporti creditizi collegati derivino rispettivamente da un contratto di compravendita e dallo scioglimento del medesimo ai sensi dell’art. 72 della stessa legge fallimentare, operando anche in tale ipotesi la *ratio* di impedire che il debitore-creditore si trovi a dover soddisfare per intero il proprio debito ed a subire la tacitazione del suo credito in moneta fallimentare e rispondendo le contrapposte posizioni a rapporti definitivi, nel senso che l’intervenuto scioglimento del contratto - provocato dalla curatela fallimentare - opera anche nei confronti delle parti contraenti e quindi del fallito, che può avvalersene anche dopo il ritorno *in bonis*. Nel caso di fallimento del promissario acquirente e di esercizio, da parte del curatore, della facoltà di sciogliersi dal contratto non ancora eseguito, ai sensi dell’art. 72 della legge fallimentare, l’obbligazione di restituzione dell’acconto percepito dal promittente alienante può essere compensata con il credito che quest’ultimo vanta verso il fallito: ciò perché, pur non versandosi in un’ipotesi di compensazione in senso tecnico, il cui presupposto necessario è l’autonomia dei rapporti dai quali traggono origine le obbligazioni reciproche, resta operante la “*ratio*”, cui si ispira l’art. 56 della legge fallimentare, di impedire che il debitore-creditore debba soddisfare per intero il proprio debito e subire invece la tacitazione del suo credito in moneta fallimentare.”

<sup>425</sup> V. *ex plurimis* Cass. civ., s.u., 775 del 1999, *cit.*

<sup>426</sup> Pochi anni dopo l’introduzione della legge fallimentare, a riprova della significatività dell’esperienza analoga a quella francese, si v. LORDI, *Il fallimento*, Napoli, 1946, il quale affermava che: “I crediti derivanti da rapporti connessi da epoca non sospetta e manifestatisi pur dopo la sentenza dichiarativa di fallimento o l’ammissione alla procedura di concordato preventivo possono essere ammessi in compensazione; se pure non è più esatto dire che non si tratta di compensazione, ma di regolamento di un unico rapporto del quale occorre vedere il saldo: né importa che il saldo si acclari oggi in pieno dissesto”. In questo senso anche PROVINCIALI, *op. cit.*, p. 950, il quale ritiene che per aversi compensazione ai sensi dell’art. 1241 ss. cc. sia necessaria la contrapposizione di due rapporti di credito-debito “altro regolamento trovando l’ipotesi in cui i rapporti di credito e debito derivino da un unico titolo, nel qual caso sono sottoposti al trattamento dei rapporti giuridici preesistenti, che il fallimento trova pendenti al momento della dichiarazione”.

<sup>427</sup> Si confronti la posizione di FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 122 ss., il quale dapprima afferma esplicitamente di condividere l’impostazione che richiede l’autonomia dei reciproci rapporti (aderendo a quanto afferma Provinciali), ma al contempo precisa la portata dell’osservazione affermando che l’art. 56 rinvia alla disciplina generale contenuta nel codice civile, la quale ammette “la compensazione sia se il titolo è unico sia se il titolo è diverso, proprio perché dichiara che la compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell’uno o dell’altro debito”. In questo senso rileva l’Autore che “la statuizione legislativa aderisce pertanto perfettamente alle esigenze pratiche, giacché ritiene che la compensazione possa operare sia nell’ipotesi che i crediti-debiti reciproci derivino da titoli autonomi sia nell’ipotesi che gli stessi sorgano da un medesimo titolo, purché, in tal caso, si possa configurare una compensazione per la sussistenza di tutti gli altri requisiti legali: ora è indubbio che, allorché si tratti di un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive, non siano le regole della compensazione ad applicarsi, in quanto manca nella specie il requisito della omogeneità delle prestazioni, ma le diverse regole concernenti la risoluzione di questi contratti o, in sede di fallimento, le norme relative agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Al di fuori di questa ipotesi, peraltro,

Il ruolo che può avere la compensazione impropria, nell'ambito dei rapporti contrattuali perfezionatisi tra creditore *in bonis* e fallito prima della dichiarazione di fallimento, siano essi pendenti o no al momento della sentenza dichiarativa, si estende dunque sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale.

Dal punto di vista sostanziale, innanzitutto, essa può permettere di evitare l'ostacolo insito nell'art. 56 l.f., ovvero la necessaria anteriorità dell'origine causale del credito. O meglio, il rinvio alla compensazione impropria potrebbe evitare di dover motivare circa la sussistenza o meno di tale anteriorità<sup>428</sup>.

Sempre dal punto di vista sostanziale, il riferimento alla compensazione impropria consentirebbe di evitare l'applicazione dei divieti di compensazione anche nell'ambito della procedura concorsuale.

Si potrebbe, dunque, ad esempio e rispondendo alla domanda di cui *supra*, considerare lecito il comportamento del curatore che abbia proposto il rigetto e del giudice che abbia rigettato la domanda di insinuazione del lavoratore per il trattamento di fine rapporto o per le mensilità arretrate considerandole interamente compensate con il debito da inadempimento gravante sullo stesso<sup>429</sup>.

---

la compensazione può operare anche se i debiti-crediti reciproci derivano da un unico titolo: basta considerare, ad esempio, il credito del venditore in relazione al prezzo (o parte di esso) della merce venduta e il contrapposto credito del debitore per il risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa consegnata. La compensazione può operare tra questi crediti, anche se il credito per il risarcimento danni – connesso all'azione di riduzione o di risoluzione del compratore – è diritto derivante dallo stesso contratto di compravendita, essendo l'azione relativa fondata sulla colpa contrattuale del venditore”.

<sup>428</sup> Nota NAPPI, *Studi sulla compensazione*, Torino, 2004, p. 27 che non cogliendo la necessità di distinguere l'accertamento contabile di dare e avere dal fenomeno compensativo “in tema di compensazione fallimentare, si perde l'opportunità di dare un più convincente sostegno alla regola giurisprudenziale secondo cui, in caso di contrapposte pretese derivanti dallo scioglimento del contratto ad opera del curatore, è possibile l'estinzione dei crediti reciproci per quantità corrispondenti pur essendo il credito del soggetto *in bonis* sorto addirittura successivamente alla dichiarazione di fallimento. Gli estenuanti e poco convincenti sforzi argomentativi della nostra giurisprudenza, orientata in tal senso, si potrebbero evitare, conseguendo nel contempo un risultato più sicuro, se si desse rilievo alla stretta connessione tra le opposte ragioni creditorie che sottrae la fattispecie allo schema propriamente compensativo e la sospinge all'interno del più agile schema estintivo della compensazione di crediti connessi (o atipica). Quest'ultimo modello estintivo assicura all'effetto – secondo un orientamento largamente sperimentato in Francia – una più ampia opponibilità ai terzi, legittimando così l'estinzione di un credito sorto successivamente alla dichiarazione di fallimento”.

<sup>429</sup> In questo senso pare poter deporre Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6801, in *DeJure*, la quale, in esito ad un giudizio di opposizione allo stato passivo, ha confermato la sentenza del giudice che aveva ammesso la compensazione impropria del credito della curatela derivante dal danno causato dal comportamento illecito del dipendente alla società con il credito di quest'ultimo per trattamento di fine rapporto e ferie non godute. È vero che, in quell'ipotesi, la compensazione impropria era stata dichiarata

Un ruolo certamente rilevante potrebbe avere poi la compensazione dal punto di vista processuale, sia nell'ambito del rito speciale di accertamento dello stato passivo e di opposizione al decreto di esecutività dello stesso<sup>430</sup>, sia comunque nei giudizi che si instaurano tra la curatela fallimentare e i creditori.

Considerando, ad esempio, che l'art. 99 l.f., con riferimento al procedimento di opposizione allo stato passivo, impone al creditore – la cui domanda di ammissione sia stata respinta – di depositare un ricorso contenente, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, emerge come la qualificazione della fattispecie oggetto della controversia in termini di compensazione impropria possa agevolare notevolmente la posizione dell'attore<sup>431</sup>, considerato che la sua operatività non richiede l'eccezione di parte.

Sotto il secondo profilo, la compensazione impropria potrebbe avere rilevanza anche nei giudizi promossi dal curatore nei confronti del creditore ancora *in bonis* per ottenere l'adempimento di quanto da lui ancora dovuto. In questi casi la fattispecie è analoga a quelle più generali già viste *supra* e riveste interesse soprattutto in relazione alla non necessità dell'eccezione di parte<sup>432</sup>.

Ancora un rilievo processualistico potrebbe avere la compensazione impropria se si pone mente alla decisione delle Sezioni Unite<sup>433</sup> la quale ha dichiarato l'efficacia

---

soltanto nel giudizio di opposizione al decreto di esecutività allo stato passivo, ma non vi sono ragioni per ritenere che tale giudizio non potesse o potrebbe essere svolto già in sede di accertamento dello stato passivo.

<sup>430</sup> Non consideriamo invece, la questione che si poneva ad es. AUTERI, *op. cit.*, 1973, p. 38 relativa alle conseguenze della qualificazione della fattispecie in termini di compensazione propria e impropria ai fini della necessità, o meno, di una preventiva insinuazione allo stato passivo. La questione, infatti, può dirsi superata in forza della generale ammissione della non necessità, per far valere la compensazione ai sensi dell'art. 56 l.f., dell'ammissione del credito allo stato passivo, soluzione peraltro suggerita anche dallo stesso A.

<sup>431</sup> O del curatore convenuto, se sia lui a voler ottenere l'elisione delle pretese.

<sup>432</sup> V. Cass. civ., sez. I, 25 maggio 1994, n. 5112, in *Fallimento*, 1995, p. 134, secondo cui “qualora, a seguito dello scioglimento *ex nunc* del contratto di appalto per effetto del fallimento dell'appaltatore (art. 81 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267), il curatore agisca per il pagamento del corrispettivo maturato in favore del fallito nel periodo di vigenza del rapporto, la deduzione da parte del committente di una contrapposta posizione attiva, al limitato fine di ottenere l'esclusione in tutto od in parte del fondamento della domanda avversaria, non integra eccezione di compensazione in senso proprio, restandosi sul piano del calcolo del dare ed avere nell'ambito dello stesso rapporto, e non è soggetta all'onere del preventivo esercizio del relativo credito in sede di formazione del passivo fallimentare”.

<sup>433</sup> Cass. civ., sez. un., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 126, con nota di chi scrive.

endoconcorsuale della decisione del giudice delegato di ammettere un credito dedotta la compensazione, con la conseguenza di rendere inammissibile la successiva domanda del curatore volta a far dichiarare l'inefficacia del negozio che ha reso possibile la fattispecie compensativa.

Nella sentenza, la corte distingue le ipotesi in cui il creditore chiede l'ammissione del suo credito al passivo, dedotta la compensazione, da quelle in cui il creditore chiede di essere ammesso per il residuo compenso derivante da un contratto ad esecuzione continuata o periodica. Nel primo caso, l'ammissione del credito nella misura richiesta preclude l'esercizio della revocatoria; nel secondo caso, invece, l'ammissione del credito nella misura richiesta non preclude la possibilità di agire affinché siano dichiarati inefficaci i pagamenti pregressi.

Ebbene, qualificare la fattispecie concreta quale compensazione propria o impropria potrebbe comportare conseguenze diverse in ordine alla revocabilità delle poste attive e passive, poiché, compiuto l'accertamento di dare e avere, difficilmente potrebbe dirsi preclusa un'eventuale azione revocatoria, come invece sarebbe – a mente delle S.U. – ove il credito fosse ammesso dedotta la compensazione

Il fatto che questa sentenza fosse originata da una fattispecie inerente i contratti bancari – oggetto del giudizio erano le rimesse intervenute sul conto corrente bancario del fallito – introduce, dunque, il prossimo profilo dell'indagine sulla compensazione impropria nell'ambito fallimentare.

#### III.2.3.5. (segue) i rapporti bancari.

Una valutazione del ruolo del mero calcolo di dare e avere nell'ambito del fallimento non può, infatti, esimersi dall'affrontare, seppur per brevi cenni, i rapporti bancari.

L'attenzione si deve concentrare, in primo luogo, sulla qualificazione delle rimesse in conto corrente bancario provenienti da terzi debitori del correntista fallito. Possono essere, queste, qualificate come poste attive suscettibili di essere compensate con il credito della banca? Quando cioè la banca, incaricata della riscossione degli importi



nell'interesse del cliente, annota sul conto il versamento o il bonifico proveniente dal terzo, può dirsi che ponga in essere una compensazione tra quanto dovrebbe riversare al suo mandante (il cliente) e il saldo a credito della banca oppure la fattispecie è estranea al fenomeno compensativo?

La soluzione della questione, lungi dal costituire un mero vezzo classificatorio, comporta conseguenze assai diverse sul piano pratico: se è compensazione, allora quella singola rimessa non sarà revocabile, in considerazione del fatto che la compensazione, costituendo un effetto lecito ed automatico della reciproca coesistenza dei crediti, non può essere revocata<sup>434</sup>; se non è compensazione, sarà invece suscettibile di revocatoria<sup>435</sup>.

Ebbene, con riferimento alle rimesse effettuate da terzi sul conto corrente bancario del fallito la giurisprudenza è solita ritenere<sup>436</sup> che “il «bonifico» (ossia l'incarico del terzo dato alla banca di accreditare al cliente correntista la somma oggetto della provvista) costituisce un ordine (delegazione) di pagamento che la banca delegata, se accetta, si impegna (verso il delegante) ad eseguire; da tale accettazione non discende, dunque, un'autonoma obbligazione della banca verso il correntista delegatario, trovando lo sviluppo ulteriore dell'operazione la sua causa nel contratto di conto corrente di corrispondenza che implica un mandato generale conferito alla banca dal correntista ad eseguire e ricevere pagamenti per conto del cliente, con autorizzazione a far affluire nel conto le somme così acquisite in esecuzione del mandato. Ne deriva che, secondo il meccanismo proprio del conto corrente, la banca, facendo affluire nel conto passivo il pagamento ricevuto dall'ordinante, non esaurisce il proprio ruolo in quello di mero strumento di pagamento del terzo, ma diventa l'effettiva beneficiaria della rimessa, con l'effetto ad essa imputabile (se l'accredito intervenga nell'anno precedente la

---

<sup>434</sup> Sul punto la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi. La revocatoria, infatti, può essere diretta unicamente nei confronti degli atti o dei negozi in forza dei quali si è verificata la coesistenza dei crediti.

<sup>435</sup> Ove, naturalmente, sussistano i requisiti di legge ai sensi degli artt. 67, 3° co., lett. b) e 70 l.f.

<sup>436</sup> Si tratterebbe secondo RAGO, *La compensazione e le procedure fallimentari*, in *Dir. fall.*, I, 2004, p. 1006, nt. 10 di giurisprudenza pacifica sulla non compensabilità delle partite di dare e avere del conto corrente bancario.

dichiarazione di fallimento, ricorrendo il requisito soggettivo della revocatoria fallimentare) di avere alterato la *par condicio creditorum*<sup>437</sup>.

L'inclusione nel conto corrente delle somme pervenute dal terzo costituisce, pertanto, una semplice operazione contabile, il frutto di un mero conguaglio, che determina una semplice variazione quantitativa del debito del correntista, la quale può configurare, secondo le circostanze del caso, o un atto meramente ripristinatorio della disponibilità del correntista, ovvero un atto direttamente solutorio del debito dello stesso risultante dal saldo contabile, come tale assoggettabile a revocatoria<sup>438</sup>.

Sul punto sembra concordare anche la dottrina che accede all'idea che il conto corrente bancario non si attui mediante continue e automatiche compensazioni "proprie" tra poste attive e passive<sup>439</sup>, proprio sull'assunto che "la inapplicabilità della

---

<sup>437</sup> Cass. civ., sez. I, 21 settembre 2000, n. 12489, in *Contratti* 2001, p. 349 con nota di CAPOLUONGO e in *Fall.*, 2001, p. 987 con nota di FONNESU; Cass. civ., 19 novembre 2002, n. 16261, in *Fall.*, 2003, p. 751; Cass. civ., sez. I, 12 aprile 1984, n. 2353, in *Fall.*, 1984, p. 1352; C. App. Roma 11 aprile 1986, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 1749; C. App. Bologna 23 gennaio 2004, in *Fall.*, 2005, p. 157, con nota di BADINI CONFALONIERI.

<sup>438</sup> Conf., in tema di giroconto, Cass. civ., sez. I, 17 ottobre 2005, n. 20101, in *Fallimento* 2006, 1299 con nota di STAUNOVO POLACCO, la quale ha affermato che "Qualora, tramite un'operazione di giroconto, la somma erogata in via di anticipazione da una banca su un conto corrente di corrispondenza, a fronte della rimessa di effetti salvo buon fine da parte del cliente, venga riaccredita su altro conto corrente scoperto del medesimo cliente, l'operazione non assume natura puramente contabile, ma funzione soddisfacente, venendo l'accreditamento utilizzato ad estinzione dello scoperto, con la conseguenza che la rimessa è soggetta a revocatoria fallimentare, senza che possa sostenersi, in senso contrario, che l'estinzione del pregresso debito è frutto di lecita compensazione tra i saldi attivi e passivi di più conti - sottratta come tale alla revocatoria - non essendosi al cospetto di una compensazione in senso tecnico giuridico, ma di mera operazione di conguaglio, e non potendo comunque la compensazione avvenire tramite utilizzazione di introiti da anticipazioni bancarie concesse al medesimo debitore, ossia costituendo corrispondente passività su altro conto."

<sup>439</sup> La questione rievoca necessariamente le dispute circa le modalità di esecuzione del conto corrente bancario, su cui non è possibile in questa sede soffermarsi, e su cui si rinvia a MOLLE, voce *Conto corrente bancario*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1959, p. 414, il quale afferma che "riscossioni e pagamenti danno luogo ad un continuo movimento del conto, per cui le partite di dare e avere si compensano gradualmente, determinando ad ogni momento il credito disponibile, se il conto chiude in attivo. Non si tratta però di compensazione in senso tecnico ma dell'effetto puramente contabile dell'esercizio del diritto che spetta al correntista di variare continuamente la disponibilità con versamenti e prelievi. Di compensazione in senso tecnico può parlarsi rispetto a crediti della banca estranei al rapporto, che, pendente il rapporto stesso, siano inclusi nel conto". Anche GALGANO, *Diritto civile e commerciale. I. Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004, p. 120 ritiene che non avvenga una compensazione in senso tecnico, ma una semplice "variazione quantitativa del credito di una parte nei confronti dell'altra" nel caso di conto corrente bancario. Nel senso invece di una compensazione convenzionale alla base dell'estinzione dei crediti reciproci tra banca e cliente che affluiscono sul conto v. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, p. 111ss. Ritiene, invece, FOSCHINI, *La compensazione e i rapporti bancari in conto corrente*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1964, I, p. 160 ss che "occorre distinguere annotazioni in conto (accrediti ed addebiti) che sono la risultanza, sul piano contabile, di effettivi rapporti di credito e debito, dalle annotazioni in conto (accrediti e addebiti) che sono soltanto una

compensazione legale deve dunque essere negata principalmente sulla base del fatto che nell'ambito del conto corrente bancario manca uno dei requisiti fondamentali perché la compensazione possa efficacemente operare, manca cioè l'autonomia dei singoli rapporti obbligatori<sup>440</sup>.

In queste ipotesi, lo si può notare, il riferimento alla compensazione impropria assume un ruolo quasi opposto alla *connexité* nel diritto francese: non fa salvo, infatti, il diritto del creditore *in bonis* di soddisfarsi con precedenza e al di fuori del concorso, bensì consente di richiamare quella posta all'attivo fallimentare con l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare<sup>441</sup>.

In senso contrario si è espressa, tuttavia, di recente la stessa Suprema Corte affermando che “Ai fini della revocabilità di rimesse solutorie, effettuate sul conto corrente del debitore principale poi fallito dal terzo, occorre verificare il negozio giuridico nel quale la rimessa trova causa, essendo il versamento del terzo *ex se* un atto neutro, con valenza meramente contabile; pertanto, nel caso in cui la banca, accreditando sul conto l'importo relativo, adempia alla propria obbligazione nascente dal contratto di appalto di servizi con il correntista e si assolve, in tal modo, solo alla funzione di registrazione contabile della compensazione legale, ai fini dell'estinzione del debito del correntista verso la banca medesima, l'iscrizione non determina una rimessa revocabile, poiché vi è autonomia tra il rapporto di conto corrente e quello d'appalto e l'effetto solutorio non è conseguenza dell'iscrizione, ma si situa *ex art. 1243 c.c.* nel momento della coesistenza dei debiti e crediti, in presenza dei requisiti di liquidità ed omogeneità.”<sup>442</sup>

Chiarito, dunque, che non sussiste uniformità tra gli interpreti in merito ai rapporti tra conto corrente bancario e compensazione, si può, tuttavia, anche considerare che il rapporto di conto corrente bancario si svolga su un livello differente rispetto ai termini

---

rappresentazione meramente contabile delle modificazioni oggettive e quantitative che subisce un unico rapporto obbligatorio nel corso del suo svolgimento”, poiché solo nella prima ipotesi è riscontrabile la compensazione (in senso tecnico).

<sup>440</sup> V. INZITARI, *op. cit.*, p. 212 ed *ivi* ulteriore bibliografia.

<sup>441</sup> V. sulla questione, *ex plurimis*, DI MARCELLO, *La revocatoria delle rimesse e il problema dei “modi di estinzione delle obbligazioni” nello svolgimento del rapporto di conto corrente bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 339.

<sup>442</sup> V. Cass. civ., sez. I., 10 ottobre 2011, n. 20753, in *DeJure*.

del problema che andiamo affrontando, se si considera che la questione circa la compensazione o meno è tutta racchiusa entro la soluzione delle modalità esecutive di quella determinata tipologia contrattuale.

La problematica assume toni diversi, invece, quando emerge evidente la diversità di rapporti, come accade quando l'istituto di credito annota nel conto corrente di corrispondenza il ricavato di un pegno irregolare<sup>443</sup> costituito a suo favore che ha l'effetto di diminuire l'esposizione debitoria del fallito.

Si è visto come la questione abbia interessato la giurisprudenza ancor prima dell'introduzione della legge fallimentare, sempre nell'ottica di valutare se si verifica una fattispecie compensativa con riferimento alla pretesa del creditore di vedere soddisfatto il proprio credito e quella del debitore di vedersi restituito quanto versato nelle mani del primo a titolo di garanzia<sup>444</sup>.

Con riferimento al verificarsi, in quest'ipotesi, di una compensazione in senso proprio o improprio, si manifestano nella giurisprudenza due orientamenti contrastanti: un primo orientamento, infatti, legato al principio "generalmente adottato" per cui per aversi compensazione in senso tecnico è necessaria l'autonomia dei rapporti da cui le reciproche obbligazioni traggono origine, nega l'evidenza di un fenomeno di compensazione in senso tecnico.

Si afferma, dunque, in questo senso che esiste un rapporto di unicità o accessorietà di rapporti tra il pegno irregolare e il credito a garanzia del quale esso è costituito, con la

---

<sup>443</sup> Per una recente indagine circa le differenze tra pegno regolare e irregolare, con espresso riferimento alla prassi bancaria, v. TARZIA, *La verifica ed il realizzo del pegno nel fallimento*, in *Fall.*, 2011, p. 579. Per una generale presentazione dell'istituto v. DALMARTELLO, voce *Pegno irregolare*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965, p. 798, ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>444</sup> Il quesito cui sovente deve rispondere la giurisprudenza con riferimento al pegno irregolare è così formulato: il creditore, titolare del pegno irregolare, deve richiedere l'ammissione al passivo per poter far valere la propria garanzia? La risposta positiva circa la necessità della preventiva ammissione al passivo è data se si considera l'art. 53 l.f. (il cui primo comma recita "I crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli articoli 2756 e 2761 del codice civile possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione") applicabile anche al pegno irregolare. L'orientamento negativo, invece, si fonda sull'assunto che l'attuazione del pegno irregolare si realizzerebbe mediante un meccanismo compensativo con la conseguenza che, essendo indubbio che il creditore *in bonis* compensante può far valere la compensazione anche senza essere stato ammesso al passivo, facendo applicazione del medesimo principio, anche il creditore titolare di pegno irregolare non dovrebbe proporre domanda di insinuazione.

conseguenza che quest'ultimo credito si estingue in forza di un'operazione contabile che si situa al di fuori dell'alveo della compensazione in senso tecnico. Ne discende, secondo questo orientamento, che sono inapplicabili al pegno irregolare non solo l'art. 53 l.f. – il quale sarebbe inapplicabile anche se si trattasse di compensazione *stricto sensu* intesa – ma anche l'art. 56 l.f. con i limiti ivi previsti<sup>445</sup>.

Sul punto si registra, peraltro, anche un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>446</sup>, di poco seguenti alla pronuncia emessa nel 1999<sup>447</sup>, le quali accolgono il principio ivi espresso e – affermando che il debito principale e quello di restituzione del *tantundem* del creditore assistito da pegno irregolare restano autonomi ancorché legati da un vincolo di accessorietà, poiché non si trovano in posizione sinallagmatica – dichiarano che lo strumento tipico di realizzazione della prelazione è la compensazione in senso proprio.

L'intervento nomofilattico, tuttavia, anche in questo caso non conduce all'uniformità della giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione sul punto.

Se è vero, infatti, che l'orientamento prevalente, successivo a tale pronuncia, si conforma al *dictum* delle sezioni unite<sup>448</sup>, si riscontrano tuttavia pronunce discordanti<sup>449</sup>, le quali, peraltro, non paiono giustificare adeguatamente il *revirement*.

---

<sup>445</sup> V. Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 1997, n. 745, in *Giust. Civ.*, 1996, 1563, con nota di DIDONE; in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 217 con nota di RAGUSA MAGGIORE e p. 967, con nota di PETRAGLIA, la quale si esprimeva nel senso che l'accertamento meramente contabile di dare e avere poteva essere valutato quale compensazione “anomala”. Il limite previsto dall'art. 56 l.f. che, nel caso di specie, si intendeva superare (o, *rectius*, del cui problema non ci si voleva occupare) era quello dell'antiorità del fatto genetico del credito del soggetto in *bonis* al fallimento.

<sup>446</sup> Cass. civ., sez. un., 14 maggio 2001, n. 202, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, II, p. 648 con nota di LUPACCHINO; in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1168, con nota di RAGUSA MAGGIORE; in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 903; in *Dir. & Formazione*, 2001, 307; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2076; in *Foro it.*, 2001, I, c. 2511; in *Riv. giur. Polizia*, 2001, p. 1239 con nota di PANZANI.

<sup>447</sup> Cass. civ., sez. un., n. 775 del 1999, *cit.*

<sup>448</sup> Cass. civ., sez. I, 12 settembre 2011, n. 18597, in *DeJure*; Cass. civ., sez. I, 1 aprile 2011, n. 7563, in *Guida al diritto* 2011, 28, p. 64; Cass. Civ., sez. I, 6 dicembre 2006, n. 26154, in *Banca borsa tit. cred.* 2008, II, 469 con nota di BOVE; Cass. civ., sez. I, 20 aprile 2006, n. 9306, in *Banca borsa tit. cred.* 2008, II, 469 con nota di BOVE; Cass. civ., sez. I, 5 novembre 2004, n. 21237, in *Fallimento*, 2005, p. 464.

<sup>449</sup> In questo senso v. Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2004, n. 10000, in *Giust. Civ.* 2005, I, p. 2154. La particolarità di questa sentenza risiede nel fatto che trae origine da un caso analogo a quello già deciso dalla precedente, e conforme, Cass. n. 745 del 1997, *cit.*. In entrambi i casi, infatti, si trattava di giudicare circa l'operazione posta in essere tra una società assicurativa, poi posta in liquidazione coatta amministrativa, e l'Ufficio Centrale Italiano. La società assicuratrice costituiva a favore dell'UCI un pegno irregolare a garanzia del rimborso degli indennizzi stradali all'estero pagati dall'UCI ai danneggiati

Sebbene, dunque, i problemi connessi alla ricostruzione della fattispecie in termini di compensazione propria e impropria assuma, nell'ambito del diritto fallimentare, connotati solo parzialmente coincidenti con la problematica generale, si rivela anche in quest'ambito l'incertezza che emerge dalle pronunce giurisprudenziali.

Una riorganizzazione e una sistemazione dell'istituto e dei suoi confini diviene dunque necessaria anche al fine di fare chiarezza nel già tortuoso percorso interpretativo che ruota intorno all'art. 56 l.f. e all'art. 2917 c.c.

In questi ambiti, infatti, la rinvenibilità dell'istituto della compensazione impropria non solo permetterebbe la disapplicazione delle norme sostanziali e processuali già previste dal codice civile per la compensazione in senso tecnico, ma potrebbe anche consentire l'estinzione delle reciproche pretese pur se il controcredito del creditore *in bonis* trovi la sua radice causale dopo il pignoramento o la dichiarazione di fallimento.

### **III.3. Osservazioni critiche.**

Alla luce di quanto sin qui detto, e affrontando la questione anche sotto il profilo comparatistico, emerge che la questione fondamentale da affrontare al fine di delimitare l'ambito della compensazione in senso tecnico ruota attorno al concetto di autonomia, delle pretese ovvero dei rapporti da cui esse sorgono.

Mentre, tuttavia, in Germania l'«autonomia» pare rinviare a concetti quali esistenza, individualità, suscettibilità della pretesa di essere identificata quale credito a sé stante,

---

per conto della società assicuratrice. Siccome, tuttavia, il realizzo del pegno era effettuato dopo l'ammissione alla procedura concorsuale, il commissario liquidatore chiedeva la restituzione dell'intero ricavato della vendita dei titoli costituiti in pegno, considerando che l'UCI non avrebbe potuto operare la compensazione perché il suo debito di restituzione del *tantundem* era sorto dopo l'inizio della procedura concorsuale, solo a seguito del realizzo. Avrebbe ostato alla compensazione, infatti, il principio secondo cui, per poter accedere alla compensazione ex art. 56 l.f., il fatto genetico di entrambi i crediti doveva essere anteriore al fallimento. Ammettendo, dunque, che non di compensazione si tratta, ma di semplice calcolo delle poste di dare e avere, il problema circa l'antiorità del fatto genetico viene evitato. Si conforma al principio anche Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 2008, n. 2456, in *DeJure*, la quale dichiara di uniformarsi al *dictum* espresso da Cass. 745 del 1997, cit., e da Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5111, in *DeJure*. Quest'ultima sentenza, tuttavia, pare – nonostante la massima ufficiale – da doversi, invece, ascrivere all'orientamento maggioritario.

autonomamente esigibile, eseguibile e azionabile – sicché non sono autonomi solamente quei fattori di segno positivo o negativo che convergono nella determinazione dell'ammontare di un'unica pretesa<sup>450</sup> – in Italia, invece, il concetto di autonomia è indiscutibilmente legato al vincolo che si genera tra due (seppur diverse e individuate) obbligazioni.

In un primo senso – che è quello rappresentato dall'orientamento giurisprudenziale che abbiamo affrontato per primo – le pretese non sono autonome quando tra di esse sussiste un vincolo di fonte, di titolo, di rapporto, di “causa remota” che rende opportuno o comunque conforme a equità non sindacarne separatamente sussistenza e consistenza. Ciò significa che non viene negata la sussistenza di due distinte ed individuate posizioni creditorie, ma se ne nega la compensabilità ove esse abbiano un non ben definito legame di fonte o d'occasione.

A ben vedere, in quest'ottica le pretese “italiane” più che non autonome, appaiono come connesse, analogamente alle “cugine francesi”.

Quest'osservazione non riveste invero un'importanza solo descrittiva, ma rileva al fine di stabilire che una giustificazione al trattamento differenziato delle ipotesi critiche dovrebbe essere cercata non tanto in una asserita non autonomia delle pretese, quanto nell'interdipendenza che le lega.

Secondo l'altro orientamento, fatto invece proprio dalle Sezioni Unite nel 1999, l'autonomia manca alle reciproche pretese quando esse si trovano in rapporto sinallagmatico, senza che tuttavia vengano fornite ulteriori indicazioni sistematiche atte a individuare in quali ipotesi – quantomeno al limitato fine di ritenere operante o meno la compensazione – debba considerarsi sussistente il vincolo sinallagmatico.

Considerato, dunque, che è proprio nell'autonomia che la giurisprudenza individua il cardine del distinguo, allora è da tale caratteristica che occorre prendere le mosse, onde valutare se sussistono ragioni esplicite o implicite nella disciplina della compensazione

---

<sup>450</sup> Quantomeno in astratto, poiché si è visto come anche in quel sistema capita che il concetto di *Unselbständigkeit* sia plasmato anche oltre il suo specifico significato in funzione dell'esigenza contingente.

“in senso proprio” per elevare questo elemento a requisito necessario della fattispecie compensativa.

III.3.1. Insussistenza di un dato normativo dal quale possa inferirsi la necessità dell'autonomia dei rapporti affinché possa operare la compensazione.

Si è visto *supra*, in più occasioni, come le decisioni siano avare nel giustificare l'asserzione per cui, per aversi compensazione, le obbligazioni debbano derivare da rapporti autonomi<sup>451</sup>.

Bisognerebbe, dunque, domandarsi se vi siano e quali siano i riferimenti normativi o le indicazioni logico-sistematiche che consentono tale deduzione. È possibile pertantoe – avendo cura di non farsi influenzare dalla costante affermazione della giurisprudenza e di almeno parte della dottrina<sup>452</sup> – ritenere che davvero la compensazione, così come costruita e regolata dal codice civile, sia un istituto volto a regolare soltanto l'estinzione di obbligazioni reciproche, ma aventi origine non nello stesso contratto, né nell'ambito di rapporti giuridici collegati, né in occasione dello stesso evento lesivo? Atto ad operare, pertanto, solo tra obbligazioni che derivino da fonti totalmente diverse e neppure legate da un vincolo fattuale di occasionalità?

Ciò che si può notare, innanzitutto, con riferimento a questo orientamento interpretativo è che al fine di individuare l'autonomia delle pretese ciò che parrebbe rilevare non è la causa giustificatrice dell'obbligazione (*id est* il titolo), bensì il fatto generativo della stessa (*scil.* la fonte) oppure, più in generale, il quadro di rapporti complessi in cui trovano origine le pretese.

---

<sup>451</sup> Sottolinea un Autore come l'autonomia appaia, agli occhi della giurisprudenza, come “ontologicamente presupposta” (RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, in PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI, Torino, 2010, p. 328).

<sup>452</sup> Quella parte che, tuttavia, sembra aver affrontato con maggiore superficialità la questione, aderendo acriticamente alla soluzione proposta dalla giurisprudenza.



Quest'affermazione implica la necessità, in primo luogo, di addentrarsi più a fondo nella distinzione tra titolo e fonte dell'obbligazione.

La questione potrebbe sembrare irrilevante se si pone mente al fatto che la giurisprudenza, "per non sbagliare", giustifica il più delle volte la mancanza di autonomia con un onnicomprensivo e generico richiamo alla derivazione dal medesimo rapporto, fonte o titolo.

La questione, invece, riacquista la sua importanza ove si tenti di valutare la sostenibilità giuridica della soluzione interpretativa ricavandola dal dato normativo: essa sarà corretta, infatti, solo ove si possa dimostrare che l'aver diverso titolo, ovvero l'aver diversa fonte, ovvero ancora l'aver origine in un diverso rapporto sia considerato dalla legge come presupposto per l'operare della compensazione "in senso tecnico".

E' sufficiente, infatti, che solo uno di questi elementi sia assunto a presupposto per poter fornire alla compensazione cd. impropria adeguata giustificazione. È necessario, invece, che tutti non sussistano affinché la compensazione cd. impropria non trovi ragionevole fondamento nella disciplina del codice civile.

Addentrandosi dunque nel problema, va rilevato come la distinzione tra "titolo" e "fonte" dell'obbligazione sia assai discussa, di tanto che la opinioni dottrinali al riguardo spaziano tra l'asserita identità dei due termini e la netta divergenza tra gli stessi.

Si postula, dunque, da un lato la differenza tra titolo e fonte dell'obbligazione: l'uno atterrebbe al momento causale, alla ragione sottesa al sorgere dell'obbligazione, l'altra invece all'individuazione di quell'atto o fatto dal quale scaturisce l'obbligo giuridico<sup>453</sup>.

---

<sup>453</sup> PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna – Roma, 1975, *sub* art. 1230, p. 75. Nell'ambito della disciplina della novazione, in cui si fa riferimento al mutamento del titolo, la considerazione unificata o differenziata della nozioni riveste invero un'importanza particolare. Nel caso in cui si ritenga, infatti, che per aversi novazione vi dev'essere mutamento del titolo quale causa giustificatrice, si ammette che possa aversi mutamento della sola fonte dell'obbligazione con conseguente inapplicabilità dell'istituto della novazione (in questo senso v. PERLINGIERI, *ibidem*). All'opposto, invece, si conclude ritenendo che quale "mutamento del titolo" valga sia il cambiamento della ragione giustificatrice che il cambiamento del fatto storico che origina l'obbligazione (RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Nov. Dig. It.*, Torino 1965, p. 436).

In senso contrario, invece, si è ritenuto che il titolo dell'obbligazione vada inteso quale "fonte della medesima, nel senso più ampio del termine, e cioè non solo nel significato di fatto da cui l'obbligazione deriva, ma altresì come fonte del regolamento delle modalità del rapporto"<sup>454</sup> ovvero ancora si è detto, semplicemente, che la fonte è il titolo dell'obbligazione<sup>455</sup>.

Deve rilevarsi, al riguardo, come i due termini siano usati sovente dal legislatore "promiscuamente"<sup>456</sup>, con la conseguenza che l'intenzione del legislatore di riferirsi al singolo atto generatore ovvero alla ragione sottesa a tale generazione dev'essere vagliata con riferimento alle singole disposizioni che di tali termini facciano uso.

Ai nostri fini, la distinzione riveste, dunque, importanza nello stabilire se l'art. 1246 c.c., nella parte in cui afferma che "la compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito", si riferisca all'uno o all'altro concetto.

Se, infatti, l'art. 1246 c.c. dovesse far riferimento esclusivamente alla ragione sottesa all'obbligazione da compensarsi, in nessun modo da questa norma potrebbero dedursi elementi a favore o a sfavore della necessaria autonomia dei rapporti per l'operare della compensazione.

La disposizione, invece, potrebbe essere diversamente letta ove la si ritenesse riferita al fatto generatore dell'obbligazione. In questo caso, infatti, essa costituirebbe un dato normativo inequivocabilmente diretto a negare la legittimità dell'orientamento che ritiene ineludibile la necessaria autonomia dei rapporti da cui si originano le reciproche obbligazioni per l'operare della compensazione in senso tecnico.

Per chiarire, dunque, quale sia il significato da attribuire a codesto riferimento è necessario tenere presente quale sia stata la funzione attribuita a questo inciso nelle codificazioni moderne.

---

<sup>454</sup> RESCIGNO, *ivi*, p. 436. Conf. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1999, p. 348.

<sup>455</sup> BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 1.

<sup>456</sup> Con quest'avverbio si esprime CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in A.A. V.V., *Obbligazioni – Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI – RESCIGNO, Milano, 2009, p. 6 il quale, peraltro, ritiene che "nell'art. 1246 c.c. ... «titolo» è sinonimo di «fonte»".

Funzione che pare dover essere ricollegata all'esigenza, sentita dai codificatori, di affermare chiaramente che la compensazione "moderna" differisce da quella conosciuta nel mondo romano e, specialmente, dalla *compensatio* come eccezionalmente ammessa nei giudizi di buona fede.

Si è già visto, infatti, come nei giudizi di buona fede<sup>457</sup> la *compensatio* fosse ammessa soltanto per le pretese che derivavano *ex eadem causa*. Questo requisito – che era peraltro l'unico richiesto per l'operare della *compensatio* – consentiva e imponeva al giudice di tener conto delle reciproche pretese delle parti nascenti dal medesimo rapporto dedotto in giudizio dall'attore<sup>458</sup>. Per "stessa causa" doveva intendersi, dunque, stesso "fatto giuridico"<sup>459</sup> descritto nella *demonstratio*<sup>460</sup>.

Se ne deduce che ciò che rilevava in quel sistema, affinché il giudice potesse tener conto della contropretesa, era la fonte delle reciproche pretese.

Ebbene, l'abbandono di questa considerazione dell'istituto della compensazione da parte delle codificazioni moderne pare essere stato sancito proprio nei Codici, in particolare nell'art. 1293<sup>461</sup> del Code civil, a cui era ispirato l'art. 1289<sup>462</sup> del Codice civile del Regno d'Italia del 1865 e, attualmente, proprio nell'art. 1246 c.c.<sup>463</sup>

---

<sup>457</sup> Si è visto *supra* come nel pensiero giuridico classico l'istituto della compensazione, per come poi accolta dalle codificazioni moderne, era assolutamente sconosciuto. La compensazione, infatti, era ammessa solo in alcune ipotesi eccezionali, tra le quali un posto di rilievo era attribuito ai *iudicia bonae fidei*. Questa la ragione per cui Gaio non contemplava la *compensatio* tra i modi di estinzione delle obbligazioni, considerato che essa era un istituto prettamente processuale e l'estinzione delle suddette obbligazioni avveniva in virtù dell'operazione contabile operata dal giudice. Sul punto v. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 4.

<sup>458</sup> V. BIONDI, voce *Compensazione (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1974, p. 720 e ID., *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 9. Conf. ASTUTI, voce *Compensazione (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 2 che riprende quanto affermato da Gaio, 4, 61 il quale riporta come sia attribuita al giudice la facoltà di valutare il rapporto dedotto in giudizio "*continentur ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare (debeat)*".

<sup>459</sup> BIONDI, *La compensazione ...* (cit.), p. 9.

<sup>460</sup> Gai. 4.40.: "*Demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur*". La *demonstratio* indica "il rapporto da cui deriva il reciproco *oportere*" (BIONDI, *ibidem*).

<sup>461</sup> Il quale prevede che "*La compensation a lieu, celles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes*", eccettuati i casi previsti espressamente, con la conseguenza che "sono irrilevanti le cause sulle quali sono fondati", AUBRY – RAU, *Cours de droit civil francais*, Parigi, 1938, p. 346.

<sup>462</sup> Il quale prevedeva che: "La compensazione ha luogo qualunque sieno le cause dell'uno e dell'altro debito, eccettuati i seguenti casi...". Il principio era contenuto, ancor prima, nell'art. 1247 delle leggi civili per le Due Sicilie e nell'art. 1384 del codice albertino.

<sup>463</sup> Nota, infatti, LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 261 che "in particolare si ricordi non essere richiesto nel diritto attuale che i debiti abbiano la medesima causa. L'identità della causa non è un

Se, dunque, la formulazione dell'art. 1246 c.c. perseguiva l'obiettivo di sottolineare che il "nuovo" istituto della compensazione era assai lontano dalla concezione romanistica suddetta della *compensatio*, per approdare ad un istituto applicabile alle pretese derivanti anche da *causae* diverse, non può non ritenersi che tale norma, laddove fa riferimento al "titolo" dell'obbligazione, voglia intendere il fatto generatore della stessa, cioè la sua fonte<sup>464</sup>.

Accettato questo presupposto e limitandosi all'esame dell'art. 1246 c.c., non può dunque non vedersi che l'affermazione secondo cui non si può avere compensazione che tra obbligazioni derivanti da rapporti distinti o da diverse fonti sembra costituire un *vulnus* alla *littera* e alla *ratio legis*.

Alla *littera legis*, perché l'art. 1246 c.c. afferma espressamente il principio dell'indifferenza della fonte dell'obbligazione, fatte salve ipotesi eccezionali enunciate<sup>465</sup>.

Alla *ratio legis*, perché se obiettivo del legislatore era quello di evitare che si potesse, facendo applicazione dei principi derivanti dal diritto romano, escludere la compensazione nelle ipotesi in cui le diverse pretese derivavano *ex dispari causa*, in questa preoccupazione non poteva considerarsi in alcun modo compreso l'intento di "vietare" la compensazione dei crediti derivanti dalla medesima causa<sup>466</sup>.

Conseguenza di queste osservazioni, pertanto, dovrebbe essere quella di ritenere – per usare le parole delle S.U. del 1999 – che "poiché l'art. 1246 c.c. si limita a prevedere

---

requisito che la legge ipotizza al verificarsi della compensazione legale". V. anche MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, p. 498 secondo cui "non impedisce la compensazione la diversità del titolo su cui è fondato ciascuno dei debiti (art. 1246 primo comma)".

<sup>464</sup> Affermava GIORGI, *op. cit.*, p. 18, con riferimento all'art. 1289 Codice civile del Regno d'Italia e all'art. 1293 Cod. nap., che "può dunque farsi compensazione tra un credito contrattuale e un credito ex lege, o per quasi contratto, o per altra causa, ed anche *ex delicto* rispetto alla riparazione pecuniaria". Sottolinea SLATAPER, *Rapporti di debito-credito tra datore di lavoro e lavoratore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1995, p. 730, che "dalla irrilevanza del titolo se ne deve dedurre la irrilevanza della fonte".

<sup>465</sup> Di cui, peraltro, solo alcune possono dirsi effettivamente attinenti alla fonte dell'obbligazione, cioè quelle previste dai numeri 1) e 2). Le altre ipotesi, infatti, dipendono dalle caratteristiche del credito (n. 3), da un espresso divieto di legge (n. 5) o da una dichiarazione del debitore (n. 4), v. PERLINGIERI, *op. cit.*, sub art. 1246, p. 335.

<sup>466</sup> Nel diritto francese, v. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Parigi, 2011, p. 596 il quale afferma che "*pour pouvoir être compensées, les deux dettes n'ont pas à être connexes, c'est-à-dire que peu importe que leur cause soit différente*".

che la compensazione si verifica quali che siano i titoli da cui nascono i contrapposti crediti e debiti senza espressamente restringerne l'applicabilità all'ipotesi di pluralità di rapporti, non può *in assoluto*<sup>467</sup> escludersi che detto istituto operi anche fra obbligazioni scaturenti da un'unica fonte negoziale”.

Ma ammettiamo anche che non possa ricavarsi dall'art. 1246 c.c. un indice inequivocabile dell'indifferenza della fonte delle reciproche ragioni di credito.

Ciò ammesso, non pare comunque potersi ricavare da alcuna norma del codice civile relativa alla compensazione l'esigenza che le reciproche pretese derivino da causa diversa.

Di certo non dall'art. 1241 c.c. può ricavarsi questo requisito, posto che esso richiede unicamente la necessaria reciprocità dei crediti. E neppure dall'art. 1243 c.c., che impone come presupposti per l'operare della compensazione legale solo l'omogeneità, l'esigibilità e la liquidità o la facile e pronta liquidazione del credito per poter addivenire a compensazione giudiziale<sup>468</sup>.

L'analisi sistematica delle disposizioni dettate in tema di compensazione dovrebbe, dunque, condurre a ritenere, come efficacemente sottolineato da un Autore<sup>469</sup>, che “sono compensabili tanto debiti nati *ex eadem causa* quanto debiti nati *ex dispari causa*; nell'uno e nell'altro caso il regime giuridico al riguardo è lo stesso. È questo un principio basilare, che si evince da tutto il sistema del diritto vigente, dove non vi è disposizione che menzioni un ipotetico requisito della comunanza o della disparità di origine dei debiti compensabili”.

---

<sup>467</sup> C. vo nostro, per sottolineare che questo sintagma è fondamentale nella diversa prospettazione delle Sezioni Unite, le quali, pur accedendo all'idea dell'irrelevanza dell'unicità o della diversità della fonte, opera tuttavia un distinguo ove la fonte sia un contratto sinallagmatico. Ci soffermeremo *infra* su questo aspetto.

<sup>468</sup> Afferma GRAGNOLI, *op. cit.*, c. 293 che per confutare la tesi della giurisprudenza è “sufficiente rilevare che si pone in contrasto con i principi dell'art. 1241 c.c. e non riesce a trovare compiute giustificazioni sistematiche. La compensazione in senso tecnico, o meglio l'unica forma realmente riscontrabile di compensazione, può avere luogo fra obblighi distinti l'uno dall'altro, ma attinenti agli effetti dell'identico contratto, purché ricorrano i requisiti indicati dalla legge. Altri, aggiunti dalla giurisprudenza, sono incompatibili con il sistema dell'art. 1241 c.c., il quale non fa riferimento alla nozione di autonomia”.

<sup>469</sup> GIULIANO, *op. cit.*, p. 20.

In quest'ottica, dunque, si dovrebbe convenire con l'affermazione secondo cui “quanto alla diversità di fonte si può sostenere che l'identità o la diversità di fonte, in sé e per sé, è fatto irrilevante ai fini della compensazione”<sup>470</sup>.

Non parrebbe esserci, infatti, alcuna ragione giuridica basata sul dato normativo che possa – con peraltro così tanta certezza come sembra invece di dedursi dalle affermazioni giurisprudenziali – far accettare l'idea che presupposto per l'operare della compensazione è l'autonomia della fonte o dei rapporti.

Che non vi sia, d'altronde, alcuna norma che esplicitamente o implicitamente imponga il requisito dell'autonomia delle fonti si ricaverebbe dagli stessi *dicta* delle sentenze che tale requisito invece ammettono.

Esse, infatti, non fanno mai riferimento a tale o tal'altra norma per sostenere il proprio ragionamento, proprio in ragione del fatto che nessuna norma, ove richiamata, potrebbe favorire tale ricostruzione dogmatica<sup>471</sup>.

Per l'appunto di dogma sembra dunque trattarsi, cioè di affermazione unanimemente accolta, ma accettata acriticamente e senza sindacarne a fondo la veridicità.

Né pare che a conclusione diversa possa giungersi prendendo in considerazione, invece che la “fonte”, il “rapporto” da cui originano le pretese.

Al riguardo deve innanzitutto notarsi che non è chiaro quale sia il concetto cui la giurisprudenza intende riferirsi quando afferma che per aversi compensazione in senso tecnico è necessaria l'autonomia dei “rapporti”, autonomia che non sussisterebbe, dunque, ove le reciproche pretese derivassero da un unico “rapporto”, ancorché complesso.

È evidente, infatti, dall'analisi dei casi decisi sulla base della predetta *ratio*, che il termine “rapporto” è richiamato in tal ampio senso, che non può sicuramente intendersi

---

<sup>470</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, sub art. 1241, p. 264 il quale aggiunge: “Se due obbligazioni hanno, ad esempio, la loro fonte in un testamento e i crediti in seguito ad ulteriori trasferimenti sono acquisiti in due distinti patrimoni, non v'è ragione perché non si debbano considerare compensabili; allo stesso modo in cui si devono considerare compensabili quei crediti reciproci sorti da due fonti distinte”.

<sup>471</sup> Spiega GRAGNOLI, *op. cit.*, che “la giurisprudenza è stata avara di analisi sistematiche idonee a giustificare le sue opzioni interpretative: è difficile trovare, in realtà, spunti che si spingano al di là della riepilogazione della tesi consueta, le cui motivazioni, peraltro, non sono enunciate”.

limitato al concetto più ristretto di rapporto obbligatorio, cioè quel “rapporto avente ad oggetto una prestazione patrimoniale che un soggetto, detto debitore, è tenuto ad eseguire per soddisfare l’interesse di un altro soggetto, detto creditore”<sup>472</sup>.

Come ha efficacemente sottolineato un Autore<sup>473</sup> “la giurisprudenza non collega l’autonomia al titolo, alla fonte o al rapporto contrattuale, ma spinge il suo ragionamento fino a ricomprendere in un solo insieme tutti i rapporti obbligatori causati da un contratto o da circostanze comunque dipendenti dalla esecuzione del negozio”<sup>474</sup>.

Il “rapporto” così come inteso da questa giurisprudenza sembra senza dubbio abbracciare, pertanto, tutti quei singoli rapporti obbligatori nascenti (e connessi alla) dall’attuazione del rapporto contrattuale.

La compensazione cd. impropria opererebbe, pertanto, non solo tra le obbligazioni corrispettive in senso stretto, bensì tra qualsiasi obbligazione, sia essa primaria, secondaria o accessoria, riconducibile al nucleo obbligatorio del contratto.

Essa potrebbe operare, ad esempio, sia tra l’obbligazione principale derivante, ad esempio, dal contratto di compravendita avente ad oggetto il pagamento del prezzo e quella secondaria di risarcire il danno per i vizi della cosa, sia tra la suddetta prestazione primaria e quella volta a risarcire il danno dovuto alla violazione dei c.d. doveri integrativi<sup>475</sup>.

Ovvero ancora, e spingendo più oltre il parametro del “rapporto”, la compensazione impropria interesserebbe anche le obbligazioni nascenti dallo scioglimento di quel medesimo rapporto contrattuale<sup>476</sup>.

---

<sup>472</sup> V. BIANCA, *Diritto civile. IV. L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 3. In questo ristretto significato il rapporto obbligatorio si identifica sovente con l’obbligazione.

<sup>473</sup> GRAGNOLI, *op. cit.*, c. 284.

<sup>474</sup> Corsivo nostro.

<sup>475</sup> Sulla categoria dei doveri integrativi, cui sono riconducibili i c.d. doveri di avviso e quelli di protezione la bibliografia è sterminata. Per un primo approccio si veda BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA – ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, p. 369 ss. nonché DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, ROMA – BOLOGNA, 1988, p. 85 ss. Nel diritto tedesco da cui essi traggono origine v. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 6 ss.

<sup>476</sup> Sui c.d. *Abwicklungspflichten*, sempre nel sistema germanico, v. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 31 ss. In generale sul *Rückgewährverhältnis* nel senso di sopravvivenza del rapporto obbligatorio a seguito della risoluzione che si trasforma, dando natura

L'esistenza di una interdipendenza di codesti singoli rapporti obbligatori nel complesso di un rapporto fondamentale<sup>477</sup> sembra, tuttavia, irrilevante nell'ottica di applicare o meno la compensazione c.d. propria.

Ammesso che si riscontri tale interdipendenza delle obbligazioni nella fattispecie concreta, infatti, non è sufficiente affermarne l'esistenza per disapplicare l'istituto della compensazione, posto che la deroga a questo complesso normativo dev'essere motivata<sup>478</sup>, e non semplicemente e apoditticamente affermata, e dev'essere basata su solidi argomenti, se non normativi, sicuramente sistematici.

Non si può, in quest'analisi, non tenere conto dell'evoluzione del pensiero nel sistema francese, che del nostro costituisce fonte e ispirazione.

Si è visto, infatti, come in quell'ordinamento la ricerca del fondamento della compensazione di crediti connessi abbia percorso una strada travagliata, attraverso il riferimento all'esistenza di un'unica pretesa (*dette unique*), attraverso la finzione del conto indivisibile (*compte indivisible*), per approdare, infine, alla costruzione della figura della compensazione di crediti connessi.

E si è visto come, anche in quell'area, ove della questione in oggetto si occupa un profondo dialogo tra giurisprudenza e dottrina da quasi due secoli, l'istituto appare così debole e precario sotto il profilo del suo fondamento, *in primis*, e della sua disciplina, *in secundis*, che è apparsa indefettibile la necessità di sancirne l'esistenza a livello legislativo, evitando di lasciare l'istituto confinato all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Tale appare la difficoltà di questo processo, d'altronde, che la completa affermazione legislativa, come si è visto, non è ancora stata compiutamente raggiunta.

---

contrattuale alle obbligazioni di restituzione v. STOLL, *Rücktritt und Schadensersatz*, in *AcP* 131 (1929), p. 141 ss.

<sup>477</sup> Interdipendenza che assume rilevanza, invece, con riferimento alla possibilità di invocare l'eccezione d'inadempimento, su cui v. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione ...* (cit.), *sub* artt. 1460 – 1461, p. 10 ss.

<sup>478</sup> Non è sufficiente, infatti, che il requisito dell'autonomia, sebbene non previsto dal legislatore non sembri “porsi in contrasto con la disciplina della compensazione legale”. In questo senso invece, sebbene con riferimento all'orientamento della giurisprudenza che esclude l'autonomia in caso di obbligazione legate dal sinallagma, ANGELONI, *I modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento. La compensazione*, in A.A. V.V., *Obbligazioni – Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI – RESCIGNO, Milano, 2009, p. 290.



Ammessa, infatti, nell'ambito delle procedure concorsuali la compensazione di debiti connessi, tuttavia ne rimane ancora affidata alla creazione giurisprudenziale sia la nozione, sia l'individuazione della disciplina applicabile, con tutti i dubbi e le lacune che si sono già evidenziati *supra*.

Ebbene, ciò che se ne può ricavare per la soluzione del problema domestico è che le esigenze di giustizia sostanziale sottese alla deroga della disciplina legale non hanno quel chiaro fondamento nel sistema del codice civile che la giurisprudenza, invece, sembrerebbe riscontrare.

Chiario fondamento che, invero, sembrerebbe essere condiviso da una parte della dottrina la quale afferma che i crediti da compensarsi “non devono derivare *ex eadem causa*, bensì *ex dispari causa*”<sup>479</sup>, che “la compensazione presuppone infine l'autonomia dei rapporti ai quali i crediti e i debiti delle parti si riferiscono”<sup>480</sup>, che “perché si possa parlare di compensazione, non si dubita che debba trattarsi di debiti trovanti la propria fonte in titoli diversi”<sup>481</sup>.

L'assunzione di questa posizione da parte di alcuni autori appare invero, al pari di molte pronunce, poco motivata e, forse, dettata più da un approccio meramente ricostruttivo, che non risultato di una convinta assunzione di posizione<sup>482</sup>.

L'autonomia dei rapporti che danno origine alle reciproche obbligazioni pare fondare, tuttavia, anche il ragionamento svolto da un Autore<sup>483</sup>, che ha invece affrontato la questione con maggiore approfondimento, il quale disamina la problematica in chiave comparatistica e ritiene “innegabile che il limite di applicazione (diretta) della

---

<sup>479</sup> DE LORENZI, voce *Compensazione*, in *Dig. disc. priv.*, vol. III, Torino, 1988, p. 70.

<sup>480</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 487.

<sup>481</sup> BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, III, Torino, 1992, p. 177. La loro posizione, tuttavia, potrebbe forse essere inquadrata nel diverso orientamento della necessaria assenza di sinallagma, poiché esemplificano l'affermazione citata dicendo che “difatti, la compensazione non potrebbe operare, ad es., tra debiti inseriti in un rapporto obbligatorio nascente da un contratto con prestazioni corrispettive”. Più dubitativo RAGUSA-MAGGIORE, voce *Compensazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961 p. 19, il quale afferma che “nella compensazione moderna, svincolata dal rigore formalistico romano e dalla necessità di una *eadem causa* per le due obbligazioni, queste *di regola* [c.vo nostro] provengono da svariate fonti”.

<sup>482</sup> Si limitano a dare conto delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, tra i molti, RUSCELLO – CORDIANO, in PERLINGIERI, *Codice civile*, Napoli, 2010, sub art. 1241, p. 139 ss.

<sup>483</sup> NAPPI, *Contributo alla teoria della compensazione*, Torino, 1999, p. 95 ss.

normativa sulla compensazione – al di là del quale si prospetterebbe la diversa (e contigua) fattispecie del calcolo di dare e avere, semplice somma algebrica di poste attive e passive (*Leistungszweckbestimmung, nicht Erfüllungssurrogat*, secondo un’efficace formula della dottrina tedesca) – è segnato da un requisito della fattispecie compensativa, quello dell’autonomia dei crediti contrapposti, ancora in cerca di un approdo concettuale in grado di ricevere un largo consenso dottrinale”.

L’Autore procede affermando che l’importanza pratica, sul piano sostanziale, della linea di confine costituita dall’autonomia di rapporti, tra la compensazione in senso proprio e il semplice accertamento contabile, debba essere ridimensionata, al fine di “misurare” la distanza tra la singola ipotesi di accertamento di dare a avere rispetto al modo di estinzione compensativo, e, in forza della misura di tale distanza, poter suggerire l’applicazione analogica di uno o più aspetti della disciplina prevista per la compensazione in senso proprio.

Diversi sono gli elementi che, tuttavia, paiono viziare questa ricostruzione.

Il primo, un vizio per così dire “applicativo”: si è visto come l’istituto della compensazione impropria – o semplice calcolo di dare e avere – sia sovente (per non dire sempre) richiamato al fine di evitare l’applicazione delle norme previste per la compensazione in senso tecnico. Ne emerge, dunque, che sarebbe illogico richiamare un istituto per disapplicare una determinata disciplina e, in seconda battuta, riapplicare la stessa disciplina in via analogica.

L’applicazione analogica, peraltro, è ammissibile se ed in quanto vi sia un *deficit* di disciplina<sup>484</sup>. Emergerebbe così il secondo vizio, di ordine “logico”: la pur suggestiva tesi dell’applicazione analogica ad ipotesi diverse dalla compensazione della disciplina per quest’ultima prevista si basa, tuttavia, su di una premessa quantomeno indimostrata, cioè che la compensazione c.d. impropria sia un istituto diverso dalla compensazione

---

<sup>484</sup> Attraverso l’analogia, dunque, “si attribuisce ad un caso o ad una materia che non trovano una regolamentazione espressa nell’ordinamento giuridico, la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso o per una materia simili”, attraverso la c.d. analogia legis o il rinvio ai c.d. «principi generali del diritto», ove “la disciplina del caso non regolato viene cercata non già in un altro caso simile, ma in un principio generale inespresso che si può ricavare dall’esame del sistema giuridico nel suo insieme o di una parte omogenea di esso”, v. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 602 ss.

“tecnica” e che vi sia l’esigenza di definirne la disciplina in via analogica, mancando una disciplina espressa.

Ammette però lo stesso Autore, in uno scritto successivo<sup>485</sup>, che l’ipotesi “qualificata in Italia come compensazione atecnica – e sottratta quindi allo schema della fattispecie compensativa – costituisce, come si è avuto modo di constatare, il caso fondamentale e forse più antico di *compensatio*, una forma arcaica, anzi, per così dire, la figura primigenia di compensazione”.

Ed è lo stesso Autore a sottolineare la “natura fondamentale compensativa dell’ipotesi” delle obbligazioni nascenti dallo stesso rapporto e “il carattere smaccatamente finzionistico della tendenza della giurisprudenza italiana ad assimilare il nostro caso all’ipotesi in cui le parti contabilizzano, nel corso di un rapporto, le poste attive e passive per calcolare, infine, l’entità dell’unica obbligazione rilevabile tra di esse”. Con la conseguenza, secondo l’Autore, che si dovrebbe applicare per analogia, nei limiti di compatibilità, la disciplina della compensazione in senso tecnico, poiché, all’estinzione per quantità corrispondenti deve riconoscersi la natura, “se non proprio compensativa, certamente di estinzione dell’obbligazione (e non di mero saldo contabile)”.

Il problema, tuttavia, consiste nel chiarire perché e in base a quali motivazioni è consentito dire che quell’ipotesi di accertamento contabile, che tanto assomiglia alla compensazione, non possa essere in realtà effettivamente compensazione.

Motivazioni che, invero, sembrano non sussistere proprio in forza dei ragionamenti sin qui condotti.

Convenendo sul punto con quanto già affermato da Renda<sup>486</sup>, sembrerebbe doversi dire che “l’ammissione di un generalizzato potere di conguaglio tra crediti originati da un medesimo rapporto, esercitabile al di là dello schema della compensazione, non pare rispondere all’effettività della disciplina applicabile al rapporto, in mancanza di una norma contrattuale espressa che lo preveda e che autorizzi a regolare i crediti reciproci

---

<sup>485</sup> NAPPI, *Studi ...* (cit.), Torino, 2004, p. 23.

<sup>486</sup> RENDA, *op. cit.*, p. 345.

come partite di un conto che si astraggono dalla rispettiva causa<sup>487</sup>, ovvero di una norma di legge che per finalità di pubblico interesse istituisca per l'appunto un regime di conguaglio, com'è quello che opera nei rapporti tra datore di lavoro ed enti previdenziali<sup>488</sup>.

Ritengo, dunque, che non sia perseguibile l'idea che esista un diverso modo di estinzione delle obbligazioni nascenti dal medesimo rapporto – rapporto inteso anche nel senso più ampio del termine – che sia privo di disciplina legislativa e che debba essere regolato facendo applicazione analogica delle regole sulla compensazione propria.

Anche nell'ambito del medesimo rapporto sembra dunque non vi sia ragione per negare l'operatività della compensazione “propria”.

---

<sup>487</sup> La prospettiva, pertanto, è inversa rispetto a quella seguita dalla giurisprudenza (v. *ex plurimis* Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 1998, n. 10456, in *DeJure* e Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2004, n. 6214, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1350) la quale, ammettendo che le parti possano contrattualmente escludere la possibilità per una o entrambe le parti di trattenere importi di denaro a conguaglio delle proprie pretese, implicitamente ritiene “normale” che tale conguaglio avvenga in mancanza di diversa pattuizione.

<sup>488</sup> L'Autore si riferisce al regime previsto per le anticipazioni effettuate dal datore di lavoro per conto dell'INPS, su cui si è pronunciata Cass. civ., sez. lav., 25 giugno 2007, n. 14711 in *DeJure* affermando che “nel caso in cui l'Inps, per contrastare la pretesa relativa al rimborso delle somme anticipate dal datore di lavoro ai propri dipendenti per integrazione salariale, pretenda di detrarre dall'importo le somme dovutegli per violazioni contributive, si configura un'ipotesi di compensazione impropria, atteso che nella materia previdenziale vige il regime del conguaglio, in forza del quale il datore di lavoro obbligato, quale *adiectus solutionis causa*, ad effettuare anticipazioni ai lavoratori nell'interesse dell'istituto previdenziale, detrae tali somme dai contributi dovuti al medesimo istituto, prescindendo dalla autonomia delle obbligazioni”. V. però Cass. civ., sez. lav., 16 febbraio 2007, n. 3628, in *DeJure* la quale ha chiarito che “è configurabile compensazione in senso proprio o tecnico tra il credito per contributi previdenziali e il controcredito per sgravi contributivi nel caso in cui i contrapposti crediti non abbiano la medesima fonte, in quanto riguardino periodi diversi dello stesso rapporto contributivo”. La compensazione impropria può interessare, peraltro, anche i rapporti tra INPS e lavoratore, come emerge da Cass. civ., sez. lav., 24 luglio 2007, n. 16349, in *Inf. prev.*, 2007, 952 la quale ha disposto che “qualora un soggetto abbia diritto alla pensione di inabilità ed all'indennità di accompagnamento e, nel contempo, sia debitore verso l'Inps, per i medesimi titoli, di somme indebitamente percepite, è ammissibile la c.d. compensazione impropria, la quale presuppone, a differenza di quella propria, che i rispettivi crediti e debiti abbiano origine da un unico rapporto; in simile caso la valutazione delle reciproche pretese implica solo un accertamento contabile che il giudice può compiere senza che sia necessaria l'eccezione di parte o la proposizione di domanda riconvenzionale”. V. anche Cass. civ., sez. lav., 27 luglio 2011, n. 16448, in *DeJure* la quale ha invece affermato che nell'ambito della ripetizione dell'indebito di trattamenti pensionistici vige una legislazione speciale, cioè la l. n. 662 del 1996, art. 1, co. 262 secondo cui “il recupero è effettuato mediante trattenuta diretta sulla pensione in misura non superiore ad un quinto”.

III.3.2. Incoerenza della motivazione basata sulla tutela del sinallagma contrattuale per evitare l'applicazione delle regole della compensazione propria.

Sebbene, dunque, possa apparire sufficientemente lineare la negazione del requisito dell'autonomia dei rapporti, ciò nonostante non si può omettere di considerare che vi è una preoccupazione sottesa non solo all'orientamento giurisprudenziale che limita l'operare della compensazione propria al caso di assoluta estraneità anche solo fattuale delle obbligazioni, ma anche all'orientamento che esclude la compensazione propria solo in caso di rapporto di sinallagmaticità tra le obbligazioni.

Ci riferiamo alla preoccupazione di non ledere, attraverso la reciproca elisione delle pretese, il nucleo centrale dell'accordo, cioè lo scambio delle prestazioni sinallagmatiche.

Così si spiega l'Autore<sup>489</sup> che per primo, a quanto consta, ha fatto propria tale preoccupazione: (perché si abbia compensazione in senso tecnico) “occorre che i crediti abbiano titolo diverso: sarebbe strano compensare le obbligazioni derivanti da un sol contratto sinallagmatico (o con prestazioni corrispettive); sarebbe strano che il debitore d'una partita di merci e creditore del prezzo per contratto di somministrazione pretendesse di esimersi dal somministrare le merci compensando l'inadempimento coll'abbandono del prezzo; sarebbe strano e contraddittorio con la finalità del contratto che è appunto d'assicurare a ciascun contraente la prestazione convenuta”.

Al principio si conformavano, peraltro, altri Autori, tra cui Barassi, il quale affermava che “i due rapporti debbono essere reciprocamente autonomi, non derivanti sinallagmaticamente dal medesimo titolo”<sup>490</sup>.

Per quanto la preoccupazione dell'Autore potesse essere sedata notando che mancherebbe, in quel caso, il requisito dell'omogeneità perché la compensazione possa

---

<sup>489</sup> BARBERO, *op. cit.*, p. 817.

<sup>490</sup> BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, III – L'attuazione*, Milano, 1948, p. 156. V. anche MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Torino, 1982, p. 433, ma nei medesimi termini anche nella prima edizione dell'*Opera*, del 1957, p. 221.

operare<sup>491</sup>, l'esigenza di non frustrare il sinallagma del contratto e, con esso, la volontà delle parti ha costituito motivo di disapplicazione della compensazione propria sia nel pensiero della giurisprudenza che in quello della dottrina.

Anche parte di quella dottrina che, infatti, escludeva in generale la rilevanza dell'unicità o della diversità della fonte ai fini compensativi, affermava al contempo che “la reciprocità di obbligazioni caratterizzata anche dalla corrispettività delle stesse esclude di regola<sup>492</sup> la compensazione legale, quindi quella giudiziale”<sup>493</sup>.

Nonostante le autorevoli voci che hanno sostenuto codesta valutazione della fattispecie, diverse sono le questioni irrisolte e che destano dubbio.

In primo luogo, se la preoccupazione consiste nell'evitare che attraverso la reciproca elisione delle obbligazioni sinallagmatiche venga frustrata la causa del contratto e la volontà delle parti dovrebbe dirsi che, in questa specifica ipotesi, non solo non debba operare la compensazione propria, ma neppure quella impropria.

Considerando, infatti, che quest'ultima produce lo stesso effetto – la reciproca elisione delle pretese – addirittura senza subire i limiti della prima, la sua applicazione dovrebbe ritenersi ancora più lesiva in vista dell'attuazione del sinallagma contrattuale.

Questa obiezione, tuttavia, non è presa in considerazione dalla giurisprudenza, che al contrario fa propria la suddetta preoccupazione e giunge ad una diversa conclusione: affermano infatti le Sezioni Unite della Cassazione civile, nella già citata sentenza n. 775 del 1999<sup>494</sup>, che “non convince, nella sua absolutezza, la tesi secondo cui in caso di unicità del rapporto, anche se complesso, la valutazione delle rispettive pretese si ridurrebbe ad un accertamento contabile delle poste di dare ed avere. *Questa tesi deve essere condivisa quando le obbligazioni derivanti da un unico negozio siano tra loro legate da un vincolo di corrispettività* che ne escluda l'autonomia, perché in tali ipotesi la non compensabilità si spiega col rilievo, giustamente posto in luce in dottrina, che, se

---

<sup>491</sup> Obiezione peraltro mossa già da GIULIANO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>492</sup> Di regola, cioè in mancanza di diversa pattuizione.

<sup>493</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, *sub* art. 1241, p. 265.

<sup>494</sup> Riprese, peraltro, come si è visto, anche dalle pronunce emesse, sempre a Sezioni Unite, nel 2001, in tema di pegno irregolare.

si ammettesse la reciproca elisione delle obbligazioni, si verrebbe ad incidere sull'efficacia del negozio, paralizzandone gli effetti, onde la compensazione si porrebbe in contrasto con la funzione alla quale il contratto assolve, che consiste nell'assicurare a ciascuna parte la prestazione pattuita”.

E per quanto alcune sentenze abbiano sottolineato che la compensazione propria non può essere disapplicata per dare accesso a “compensazioni di fatto”<sup>495</sup>, o abbiano limitato i poteri di “autoriduzione” del dovuto da parte del singolo contraente<sup>496</sup>, ciò nonostante le pronunce successive continuano a ribadire che, ove le reciproche pretese siano tra loro legate da un vincolo sinallagmatico<sup>497</sup>, può (e deve) ammettersi soltanto un semplice accertamento contabile di dare e avere<sup>498</sup>.

Se, dunque, l'esclusione dell'operare della compensazione propria è giustificato sulla base dell'assunto che l'estinzione reciproca delle pretese sarebbe lesiva del sinallagma, nei fatti il medesimo sinallagma viene “attuato” pel tramite di una “estinzione” delle obbligazioni corrispettive addirittura slegata dai vincoli di cui agli artt. 1241 ss. c.c.<sup>499</sup>

Dall'area della compensazione impropria sembrano, invece, doversi espungere le fattispecie estranee ai contratti sinallagmatici nelle quali l'altro orientamento aveva,

---

<sup>495</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 marzo 2005, n. 5349, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 358, con nota di RAIMONDI.

<sup>496</sup> Mi riferisco a quelle sentenze che hanno ritenuto che al conduttore di un immobile non spetti il diritto di autoridursi il canone sulla base di pretesi controcrediti, poiché tale condotta costituirebbe un'alterazione del sinallagma contrattuale che determinerebbe uno squilibrio tra le prestazioni (Cass. civ., sez. VI, 7 maggio 2012, n. 6850, in *DeJure*).

<sup>497</sup> *Ex plurimis ibidem*.

<sup>498</sup> Con l'ulteriore conseguenza che spetta al convenuto dimostrare l'esistenza di tale nesso, a pena di inapplicabilità della compensazione impropria (v. Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2011, n. 5529, in *DeJure*).

<sup>499</sup> Sottolinea RENDA, *op. cit.*, p. 340 che “può apparire singolare che la giurisprudenza da una parte pretenda di fondare l'esclusione della compensazione tra crediti sinallagmatici sulla necessità di impedire la frustrazione della causa del contratto e, dall'altra, ammetta poi l'operare della compensazione impropria, la quale comporta la medesima conseguenza effettuale dell'elisione delle reciproche pretese in sinallagma, che si è inteso impedire negando a priori l'esperibilità della compensazione propria”. Lo stesso A. conclude, alla nota 267, p. 341 nel senso che “mentre prestazioni sinallagmatiche in senso stretto sono insuscettibili di un'operazione contabile, non meno di quanto sono insuscettibili di compensazione (in entrambi i casi, perché disomogenee), prestazioni sinallagmatiche in senso lato sono suscettibili di un'operazione contabile altrettanto quanto lo sono di compensazione (in entrambi i casi, perché omogenee), senza che l'andare soggette ad operazione contabile preservi il sinallagma e l'andare soggette a compensazione lo alteri: onde non solo non si può giustificare la soggezione al saldo contabile in funzione della protezione del sinallagma, ma nemmeno v'è motivo di escludere la compensazione, se non in quanto si miri a conseguire i risultati senza i necessari presupposti applicativi ed i correlati meccanismi processuali”.

invece, fatto applicazione della compensazione atecnica: si pensi alle fattispecie di illecito o ai rapporti tra proprietario e possessore.

Nell'area così delimitata se, dunque, il discrimine risiede nell'esistenza del vincolo sinallagmatico delle pretese, si pone il problema di definire quando due obbligazioni possano dirsi in rapporto sinallagmatico, al fine di capire in quali occasioni dovrebbe operare la compensazione propria e in quali quella impropria.

Non è questa la sede per affrontare con la dovuta profondità il concetto stesso di sinallagmaticità, ma è sufficiente accennare alle questioni problematiche che interessano tale concetto per comprendere quanto sia foriera di dubbi e questioni irrisolte anche la soluzione interpretativa proposta dalle Sezioni Unite.

Ciò che viene lasciato irrisolto dalla Corte, infatti, è proprio il criterio di individuazione del nesso sinallagmatico, rimanendo così il dubbio se siano tra loro in tale rapporto unicamente le obbligazioni primarie di prestazione originariamente volute dalle parti e funzionalmente collegate l'una all'altra, ovvero anche le eventuali obbligazioni risarcitorie che si affiancano e/o sostituiscono (totalmente o parzialmente) all'obbligazione originaria inadempita, nonché le prestazioni accessorie rispetto alle suddette obbligazioni primarie.

Se ci si orienta nel primo senso indicato, infatti, si deve notare come il residuo ambito applicativo della compensazione impropria è pressoché nullo, dato che è limitatissima la probabilità che in contratto siano dedotte in rapporto sinallagmatico due prestazioni omogenee.

Ammettendo anche che non sia escluso a priori che le parti possano avere interesse ad un contratto così regolato<sup>500</sup>, si può evidenziare come l'ipotesi sarebbe limitata ad

---

<sup>500</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, sub art. 1241, p. 264 il quale, dopo aver affermato la generale indifferenza dell'unicità o della diversità della fonte, sottolinea che "ragioni di perplessità vi sono per quelle ipotesi in cui la particolare fonte si caratterizza di un particolare titolo, cioè in una causa sinallagmatica dove appunto le obbligazioni costituiscono il nucleo fondamentale della corrispettività. A parte che è estremamente difficile che due parti assumano in un contratto ad effetti corrispettivi obbligazioni che siano fungibili e omogenee, v'è da osservare che una tale contrattazione se si fonda su un serio volere, per il principio di conservazione degli effetti, deve trovare attuazione. Ma non si può escludere in forma assoluta che anche l'immediata, logicamente successiva, estinzione per compensazione non possa soddisfare l'interesse attuativo. Le parti potrebbero avere interesse a far risultare l'assunzione e subito dopo l'estinzione delle reciproche obbligazioni. Anche se le obbligazioni reciproche costituiscono il



alcune tipologie contrattuali, quali il conto corrente bancario<sup>501</sup> oppure, in generale, al caso in cui “le reciproche ragioni di credito si pongano in relazione di sinallagmaticità, in virtù di una disposizione di legge o pattizia che le faccia confluire in un unico rapporto obbligatorio avente ad oggetto una prestazione di dare cose fungibili per un ammontare variabile da definirsi in un unico saldo complessivo o in più saldi periodici”<sup>502</sup>; in altre parole “soltanto nell’ambito di relazioni giuridiche regolate secondo schemi simili a quelli del conto corrente o che comunque debbano eseguirsi con pagamenti di ammontare variabile calcolato, necessariamente o per volontà delle parti, mediante la sottrazione di ragioni di credito reciproche”<sup>503</sup>.

Resterebbero escluse, invece, dall’area della compensazione impropria le prestazioni derivanti dai contratti c.d. “restitutori”, quali il deposito, tra l’obbligazione, per l’appunto, di restituire e quella (eventuale) di ricevere il compenso. Tali obbligazioni, infatti, non potrebbero ritenersi in posizione sinallagmatica l’una con l’altra, se è vero che la corrispettività delle obbligazioni è data dalla circostanza che le due obbligazioni coesistano, cioè nascano nello stesso momento<sup>504</sup> e che siano funzionali l’una all’altra, elemento non sussistente nel caso di specie poiché “l’adempimento dell’obbligo

---

nucleo del sinallagma le parti possono concordare sia preventivamente sia successivamente la compensabilità (art. 1252)”.

<sup>501</sup> Nell’ambito dei contratti bancari un’ipotesi di compensazione c.d. impropria potrebbe essere ravvisata nel contratto di *swap*. Ricostruisce le posizioni al riguardo RENDA, *op. cit.*, p. 348, il quale assurge, invece, il contratto di *swap* quale fattispecie compensativa “propria” tra obbligazioni sinallagmatiche poiché “- assunta l’essenziale inerenza al contratto di due prestazioni corrispettive – quando queste debbano essere corrisposte dalle parti alla stessa scadenza e nella stessa valuta, il pagamento della differenza tra quella di maggior importo e quella di minor importo si fonda su di un’estinzione per quantità corrispondenti dei due crediti reciproci e corrispettivi, prodotta dalla convenzione compensativa stipulata dai contraenti al momento della conclusione dello *swap*, le cui condizioni generali ordinariamente contemplano una tale clausola: convenzione che, in quanto anteriore al sorgere dei crediti reciproci, ben si può qualificare come *pactum de compensando*”.

<sup>502</sup> MASCIANGELO – MORCAVALLO – VOMERO, *La compensazione*, in BURDESE – MOSCATI, *I modi di estinzione*, in GAROFALO – TALAMANCA, *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 330.

<sup>503</sup> MASCIANGELO – MORCAVALLO – VOMERO, *ivi*, p. 327. Gli Autori presentano come esempio di compensazione impropria, al di fuori del conto corrente, “nel rapporto tra il mandante, obbligato al pagamento del corrispettivo, e il mandatario, obbligato alla consegna delle somme riscosse per conto del mandante, purché dal mandato si evinca, anche in base ad una manifestazione implicita di volontà, che l’ammontare delle ragioni di credito debba elidersi in un saldo finale complessivo”. L’ipotesi desta qualche difficoltà, *in primis* in considerazione che non vi è un rapporto di sinallagmaticità tra i due suddetti crediti.

<sup>504</sup> In questo senso MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, 1968, p. 750.

restitutorio non realizza un'attribuzione patrimoniale volta ad incrementare il patrimonio della controparte, come tale rientrante nel sinallagma<sup>505</sup>.

Ulteriori dubbi dovrebbero porsi, in secondo luogo, con riferimento alle obbligazioni risarcitorie sostitutive dell'originaria prestazione inadempita.

Infine, la questione circa la sussistenza del rapporto sinallagmatico susciterebbe dubbi nell'ipotesi delle obbligazioni c.d. restitutorie conseguenti alla risoluzione del contratto, alla dichiarazione di nullità o all'annullamento dello stesso.

In questi casi, infatti, in tanto si potrebbe ammettere una compensazione impropria tra le pretese in quanto si giungesse a ritenere che la corrispettività che univa le due prestazioni principali originarie si trasmetta anche ai reciproci doveri restitutori susseguenti alla pronuncia dello scioglimento<sup>506</sup>.

### III.3.3. Attribuzione alla compensazione c.d. impropria dell'ingiustificato ruolo di rimedio sinallagmatico;

Quello che sembra emergere da questi orientamenti giurisprudenziali, dunque, è la sostanziale attribuzione alla compensazione impropria del compito di tutelare il sinallagma contrattuale<sup>507</sup>.

La ragione che ha condotto gli interpreti (*rectius* parte di essi) a raggiungere questa valutazione conclusiva non può essere, a mio avviso, esattamente compresa se non attraverso l'analisi del percorso storico-giuridico fatto in tema di compensazione "propria".

---

<sup>505</sup> AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto, V-2 Rimedi*, diretto da ROPPO, Milano, 2006, p. 38. Sottolinea anche SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato*, X, diretto da RESCIGNO, Torino, 1995, p. 550 come "il sacrificio di ognuna delle parti soddisfa un bisogno della controparte preesistente al contratto (una semplice obbligazione restitutoria non avrebbe tale carattere)".

<sup>506</sup> Su quest'aspetto v. *amplius infra*.

<sup>507</sup> Ruolo che emerge con chiarezza dal secondo degli orientamenti analizzati, ma che è sicuramente ricompreso anche nel primo, il quale appresta una tutela ancora più ampia, a qualsiasi obbligazione afferente ad un medesimo rapporto contrattuale.

A monte dei ragionamenti che involgono la compensazione propria e impropria sembra esservi, infatti, il tentativo di equiparare l'istituto generale della compensazione ad alcuni rimedi speciali previsti per la tutela del sinallagma contrattuale proprio al fine di estendere l'applicazione del meccanismo estintivo.

Mi riferisco al percorso interpretativo svolto in Francia. In quell'ambito si è visto come il tentativo di allontanare la compensazione dalla tradizionale assimilazione al pagamento perseguisse l'obiettivo di far emergere quella complementare funzione di "garanzia"<sup>508</sup> sempre insita nell'istituto a fianco della funzione solutoria. Funzione di "garanzia" chiamata a svolgere il suo ruolo con maggiore intensità proprio nell'ambito dei contratti sinallagmatici, da cui il percorso volto ad approfondire i punti di connessione tra la compensazione e l'eccezione d'inadempimento. Un Autore<sup>509</sup> si chiedeva ad esempio perché, se la compensazione ha luogo anche tra debiti aventi fonti differenti, essa non dovesse avere a maggior ragione applicazione tra debiti aventi fonte comune, perché, in altre parole, nelle ipotesi in cui alle parti era concesso di invocare l'*exceptio non adimpleti contractus*, alle stesse non fosse concesso di estinguere i reciproci debiti sol perché al di fuori degli stretti limiti previsti, in quel sistema, per l'operare della compensazione c.d. propria.

Si deve notare, sul punto, come le argomentazioni condotte dagli interpreti francesi e italiani, pur giungendo al medesimo risultato, seguano tuttavia percorsi diversi, per non dire opposti. Abbandonate le "finzioni" del conto unico, la dottrina e la giurisprudenza francesi argomentano proprio dalla necessità di tutelare il sinallagma contrattuale (con la suddetta equiparazione "logica" all'eccezione di inadempimento<sup>510</sup>) l'esigenza di applicare la compensazione oltre i limiti previsti dalla legge.

---

<sup>508</sup> V. *ex pl.* MALINVAUD – FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, 2010, p. 654 i quali affermano che "*la compensation constitue une sûreté à la disposition des créanciers réciproques*" e TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2005, p. 1317 i quali sottolineano che "*la compensation présente la particularité remarquable d'offrir aux deux parties l'équivalent d'un privilège*".

<sup>509</sup> CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Parigi, 1914, p. 190.

<sup>510</sup> Codesta equiparazione deriva dall'osservazione per cui sia la compensazione che l'eccezione d'inadempimento (nonché il diritto di ritenzione) svolgono un ruolo di autotutela che il creditore può porre in essere per ottenere la soddisfazione del proprio credito (su questi profili v. *ex plurimis*, BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984 e PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milano, 1997). Ciò non esclude, tuttavia, che notevoli siano le differenze tra i suddetti istituti.

All'opposto, in Italia, al medesimo fine di tutelare il sinallagma contrattuale si pretende di disapplicare la compensazione. Finendo per dare accesso, tuttavia, nei fatti, ad una compensazione che si può definire impropria, atecnica, o con qualsiasi altro aggettivo si ritenga maggiormente evocativo ma che, in punto di diritto, dà ugualmente luogo all'estinzione reciproca delle pretese.

Il sillogismo francese potrebbe pertanto essere così sintetizzato: “dato che la compensazione tutela il sinallagma, allora è possibile applicarla oltre i limiti previsti dalla legge proprio nelle ipotesi in cui interessi due obbligazioni sinallagmatiche”; quello italiano invece potrebbe essere così riassunto: “dato che la compensazione lede il sinallagma, allora quando questo sussiste non dev'essere applicata, ma si deve ricorrere ad un semplice accertamento contabile di dare e avere, cioè ad una compensazione impropria”.

Ciò che tuttavia rimane oscuro, nella giurisprudenza italiana, è se questo accertamento contabile di dare e avere costituisca, secondo la giurisprudenza, un istituto completamente diverso rispetto a quello previsto dall'art. 1241 ss. c.c. ovvero se si tratti dello stesso istituto a cui però, data la peculiarità delle fattispecie che è destinato a regolare, deve essere applicata la disciplina codicistica nei limiti della compatibilità, ovvero se, ancora, pur costituendo un istituto diverso, si debba applicare analogicamente (tutta o parte del) la disciplina codicistica<sup>511</sup>.

Sottesa a queste opzioni interpretative vi è comunque la considerazione che la compensazione – propria o impropria a seconda dell'opzione preferita – svolga dunque un ruolo di tutela del sinallagma contrattuale.

---

In particolare, mentre l'eccezione d'inadempimento si limita a sospendere l'esecuzione delle prestazioni, la compensazione produce l'effetto estintivo immediato delle stesse. I profili di differenziazione tra i suddetti istituti sono analizzati in tutti i contributi che si occupano dell'eccezione d'inadempimento, cui si opera un generico rinvio.

<sup>511</sup> Nell'un senso potrebbero deporre, infatti, le pronunce che predicano la completa inapplicabilità delle disposizioni previste per la compensazione “propria”, nell'altro invece quelle che sostengono l'applicabilità limitata delle suddette norme. Su questi orientamenti v. *supra*.

Tuttavia, pur osservando che spesso, nella pratica, la compensazione riveste una funzione di “garanzia” per il creditore – il quale può soddisfare il suo interesse<sup>512</sup> anche in danno della *par condicio creditorum* e senza subire il rischio dell’insolvenza – al contempo deve notarsi come questa soddisfazione non sia strettamente legata all’esistenza di un unico rapporto obbligatorio ovvero di un nesso di sinallagmaticità. La compensazione, infatti, soddisfa “con preferenza” sia il creditore di una controprestazione nell’ambito del contratto a prestazioni corrispettive, sia il creditore in forza di titolo o fonte assolutamente estranei a quello da cui deriva il debito reciproco. Con riferimento a tale funzione di “garanzia”, pertanto, mi sembra assolutamente indifferente che i crediti reciproci derivino dal medesimo rapporto o siano corrispettivi. Diversi sono gli argomenti dai quali trarre l’osservazione della irrilevanza della sinallagmaticità delle obbligazioni rispetto all’operare della compensazione “propria”. Può accadere, in primo luogo, che la compensazione operi anche “in danno” di un rapporto sinallagmatico. Ciò avviene, ad esempio, quando oltre al rapporto sinallagmatico, in forza del quale Tizio è creditore di Caio e viceversa, sussiste un diverso e autonomo rapporto obbligatorio che vede (solo) Tizio creditore di Caio. Di fronte alla chiamata in giudizio di Tizio per l’attuazione del rapporto obbligatorio “esterno”, infatti, Caio potrebbe essere interessato a opporre in compensazione il credito derivante dal rapporto sinallagmatico, con la conseguenza di privare il primo della tutela per esso predisposta, in primo luogo, dunque, della possibilità di invocare l’eccezione di inadempimento, in secondo luogo con riferimento agli altri rimedi sinallagmatici<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Si soddisfa direttamente l’interesse a non dover adempiere e, in via mediata, quello all’adempimento del credito.

<sup>513</sup> Nel nostro sistema non esiste, infatti, una norma analoga a quella prevista dall’art. 390 BGB che esclude la possibilità di opporre in compensazione un credito contro il quale sta un’eccezione. Sarebbe per l’appunto il caso dell’obbligazione (nella nostra ipotesi) di Caio. A questa osservazione potrebbe obiettarsi che parte della dottrina ha ritenuto insussistente il requisito dell’esigibilità, nell’ipotesi in venga sia opponibile (*rectius* venga opposta) l’eccezione di inadempimento, tra cui v. SCHLESINGER, voce *Compensazione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1974, p. 723 il quale afferma che: “L’esigibilità del credito è esclusa anche qualora si faccia valere, contro il credito opposto in compensazione, l’*exceptio inadempti contractus*. Siccome infatti tale eccezione giustifica il rifiuto di adempimento ed impedisce la condanna del debitore, se ne deve dedurre che essa costituisce altresì impedimento a servirsi del credito a fini compensativi.” Conf. PERLINGIERI, *op. cit.*, *sub* art. 1243, p. 299. Si richiede sempre, tuttavia, che tale eccezione sia proposta, mentre ben potrebbe operare la compensazione legale prima dell’opposizione dell’eccezione di inadempimento. Altra parte della dottrina ha ritenuto, invece, che il divieto di

In secondo luogo, basti osservare l'atteggiarsi della compensazione in sede fallimentare. In quella sede, infatti, la compensazione (sia propria che impropria) può assumere il ruolo di tutela del sinallagma solo in forza di un' "occasione", di un fortuito stato di fatto per cui il creditore si trova a non aver ancora adempiuto la propria obbligazione e, quindi, può ancora invocare la compensazione<sup>514</sup>.

Il senso di queste osservazioni deve dunque condurre all'affermazione che non è indefettibile, nell'istituto della compensazione, la tutela del sinallagma contrattuale.

L'istituto della compensazione, infatti, si limita ad estinguere reciproci rapporti giuridici autonomi, indipendentemente dalla loro fonte, dal loro titolo, dal fatto che siano corrispettivi o meno.

Ritengo si possa affermare, al riguardo, che la compensazione costituisce un meccanismo "neutro", predisposto dalla legge per l'estinzione delle obbligazioni reciproche in presenza di presupposti oggettivi e in assenza di una finalizzazione orientata alla tutela del sinallagma contrattuale anche se, *di fatto*, talvolta il contraente proprio invocando la compensazione può tutelare il suo diritto con maggiore efficacia.

Non mi sembra, al contempo, che possa essere imputato al medesimo istituto l'effetto contrario, quello cioè di ledere il sinallagma, posto che esso mantiene pur sempre la ricordata neutralità.

Ciò non toglie naturalmente che, in presenza di obbligazioni in rapporto sinallagmatico, vi possano essere altri istituti specificamente predisposti per tutelare il sinallagma, la cui

---

compensazione con la pretesa contro cui sia opponibile un'eccezione rappresenti un implicito divieto assimilabile a quelli previsti dall'art. 1246 c.c. (NAPPI, *Studi ...* (cit.), p. 97). Tale proposta interpretativa subisce però l'ostacolo testuale, poiché l'art. 1246 c.c. non si esprime al riguardo, né pare che l'ipotesi possa essere introdotta per effetto della clausola "aperta" del n. 5. Né mi sembra che codesto "diverso divieto" possa essere desunto da una interpretazione estensiva delle ipotesi ivi previste (interpretazione estensiva ammessa secondo la dottrina prevalente, v. PERLINGIERI, *ivi*, p. 335).

<sup>514</sup> In realtà, a ben vedere, è trattato con minor favore colui che, pur avendo concluso un contratto a prestazioni corrispettive con il fallito, avesse già adempiuto la propria obbligazione prima della dichiarazione di fallimento. Nessun credito avrà infatti questi da opporre in compensazione e potrà, quindi, solo insinuarsi al passivo e ottenere un pagamento in moneta fallimentare. (così, *ex pl.* Cass. civ., sez. I, 5 settembre 2000, n. 11627, in *Fallimento*, 2001, p. 352). Da questa considerazione potrebbe porsi (ed è stata posta) in dubbio la stessa rispondenza al principio di equità dell'ammissibilità della compensazione in ambito fallimentare, giusta la differenza di trattamento che essa comporta non solo in generale tra creditori, ma anche all'interno della stessa categoria dei "creditori in forza di un contratto sinallagmatico".

disciplina può (eventualmente) operare ed incidere anche su quella della compensazione c.d. tecnica.

Si tratta dei casi nei quali la compensazione si presenta come un istituto “di secondo livello” rispetto ai rimedi specifici apprestati per la tutela del sinallagma, un istituto chiamato cioè ad operare quando, esaurita la fase di liquidazione del contratto sinallagmatico mediante l’applicazione dei rimedi speciali, rimangono due obbligazioni reciproche da estinguersi<sup>515</sup>.

È quanto avviene, ad esempio, nell’ipotesi in cui il compratore chiamato in giudizio per il pagamento del prezzo del bene compravenduto si opponga deducendo che esso era viziato e chiedendo in via riconvenzionale il ristoro dei danni subiti, da compensarsi con la pretesa dell’attore. Oppure nell’ipotesi in cui il compratore danneggiato si difenda opponendo l’eccezione di inadempimento<sup>516</sup> e, eventualmente, spiegando domanda riconvenzionale volta ad ottenere l’adempimento della controprestazione e/o il risarcimento del danno.

---

<sup>515</sup> V. ad es. Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2009, n. 481 in *DeJure* secondo cui: “In tema di compensazione, nel caso in cui alla domanda della curatela di un fallimento per la riscossione di un credito sia contrapposta domanda riconvenzionale riguardante un controcredito, il giudice di merito, accertati gli stessi, è tenuto a dichiarare la compensazione, ove richiesta, dei reciproci debiti e sino alla loro concorrenza. Tale conclusione deriva dall’applicazione dell’art. 56 r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (cosiddetta legge fallimentare), la cui *ratio* è di evitare che il debitore del fallimento, che bene abbia corrisposto il credito di questo, sia poi esposto al rischio di realizzare a sua volta un proprio credito in moneta fallimentare, dal rispetto della regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.) dal fatto che *la compensazione si configura come conseguenza della pronuncia sulla domanda riconvenzionale*. Per contro, non potrà pronunciarsi sentenza di condanna del fallimento al pagamento del debito nella misura corrispondente all’eventuale eccedenza del credito verso il fallito, perché questa deve essere oggetto di autonomo procedimento di insinuazione al passivo del fallimento.”

<sup>516</sup> Soprattutto ove si ritenga “l’applicabilità dell’*exceptio* alle obbligazioni di consegnare ed a quelle di restituire, nonché ai c.d. obblighi accessori di protezione (sempre nascenti da contratto sinallagmatico), quali i c.d. doveri di avviso, di custodia, di salvataggio e, talora, anche di conservazione della persona e dei beni dell’altro contraente” nonché “rispetto a prestazioni scaturenti da contratti distinti ed autonomi, a patto, però, che essi siano «posti dalle parti in un rapporto di collegamento e di interdipendenza, sì da configurare espressione di un complessivo assetto economico»”, v. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione ...* (cit.), *sub art.* 1460, p. 10; ID., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1991, p. 335. *Contra*, con riferimento agli obblighi di restituzione derivanti dallo scioglimento del contratto, PERSICO, *L’eccezione d’inadempimento*, Milano, 1955, p. 68. In senso dubbioso al riguardo BENEDETTI, *sub art.* 1460, in NAVARRETTA – ORESTANO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Torino, 2011, p. 484, n. 18. Quest’ultimo ritiene, dissentendo da Bigliazzi Geri, che “l’eccezione non si può utilizzare quando l’inadempimento, ad esempio, riguarda obbligazioni che scaturiscono da buona fede, ma che non sono dedotte, legalmente o per espressa pattuizione, nel sinallagma contrattuale e che difettano del necessario requisito di interdipendenza funzionale con altre obbligazioni a carico di controparte”, *ivi*, n. 17.

Il sinallagma è tutelato, in questo caso, dai rimedi specifici per la compravendita – siano essi la risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo o il risarcimento del danno a seconda del caso concreto – oppure attraverso i rimedi generali previsti per i contratti sinallagmatici, in primo luogo l’eccezione d’inadempimento.

Invocando l’eccezione d’inadempimento la parte, se è vero che non provocherà l’immediato effetto estintivo, tuttavia potrà sospendere l’esecuzione della propria prestazione finché controparte non offra di eseguire la propria.

L’opposizione di codesta eccezione, peraltro, non è soggetta al requisito della liquidità, e neppure è richiesto che il credito sia di facile e pronta liquidazione<sup>517</sup> e si tratta di un’eccezione opponibile anche nei confronti degli eventuali cessionari del credito, data l’inapplicabilità per analogia dell’art. 1248 c.c.<sup>518</sup>.

Nessun ostacolo si porrebbe, poi, alla possibilità di chiedere in via riconvenzionale la condanna della controparte al pagamento dei danni e, conseguentemente, la dichiarazione di compensazione (propria)<sup>519</sup> tra i rispettivi crediti liquidati dal giudice<sup>520</sup>.

---

<sup>517</sup> V. PERSICO, *ivi*, p. 20.

<sup>518</sup> V. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, sub art. 1460, in *Il codice civile - Commentario*, fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Milano, 2011, p. 78.

<sup>519</sup> V. Cass. civ., sez. I, 16 settembre 1986, n. 5620 secondo cui “Il convenuto per il pagamento di un debito può opporre all'attore un proprio credito sia mediante una mera eccezione, diretta semplicemente a paralizzare la pretesa avversaria grazie all'istituto della compensazione, sia, ove ne ricorrano i presupposti, mediante una vera e propria domanda riconvenzionale, a seguito della quale la compensazione potrà eventualmente profilarsi come *conseguenza* delle congiunte pronunzie sulle rispettive domande dell'attore e del convenuto. In questa seconda ipotesi, se la domanda riconvenzionale non è di pronta e facile liquidazione, non può applicarsi il principio desunto dal comma 2 dell'art. 1243 c.c., relativo all'eccezione di compensazione ed ai rispettivi limiti di operatività, ma il giudice, dopo aver statuito sulla domanda principale, è tenuto altresì a provvedere a norma degli art. 36 e 112 sul credito domandato in via riconvenzionale, ancorché con decisione non definitiva sull'“*an debeatur*” e l'ulteriore giudizio per la determinazione della relativa entità.”

<sup>520</sup> È generalmente negata, invece, dalla dottrina la possibilità di eccepire la compensazione (che avrebbe potuto essere opposta nel corso del giudizio di merito) solo in sede di opposizione all’esecuzione ex art. 615 c.p.c. in applicazione del principio della preclusione del dedotto e del deducibile; v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 340 e MERLIN, *Compensazione e processo. II.*, (cit.), p. 161. Cenni sulla dottrina che invece l’ammetteva sempre in MERLIN, *ivi*, p. 21 nt. 42. V. anche BORGHESI, voce *Compensazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. 4ed.*, Torino, 1988, p. 98 secondo cui “La possibilità di opporre in compensazione nel processo di esecuzione trova un limite ... nella preclusione derivante dal giudicato, di modo che non può essere opposto in compensazione un credito anteriore alla sentenza in base alla quale si procede e che, di conseguenza, avrebbe potuto essere fatto valere nel corso del processo che ha dato origine a tale sentenza, mentre può essere opposto un credito maturato dopo la formazione del titolo esecutivo. Così non può essere dedotto un credito maturato prima della rimessione della causa al collegio, mentre può esserlo un credito che a tale data manchi dei necessari



È nei termini di una necessaria trattazione simultanea delle questioni, peraltro, che l'esistenza del sinallagma distingue la posizione processuale del contraente rispetto al soggetto che opponga in compensazione giudiziale un credito estraneo al rapporto fondamentale su cui è basata l'azione, senza, tuttavia, che si possa derogare alla necessità di un'eccezione di parte.

Differenza che non è data, però, dal fatto che non si possa parlare di compensazione propria per mancanza di autonomia dei rapporti – da cui invece la giurisprudenza fa discendere l'inapplicabilità delle regole previste per la compensazione giudiziale<sup>521</sup> – bensì semplicemente in forza della connessione oggettiva che lega i due crediti e che

---

requisiti di liquidità o di facile liquidabilità”. Evidentemente queste ultime affermazioni devono essere aggiornate alla disciplina introdotta con riferimento alle preclusioni di cui all'art. 167 c.p.c., da intendersi dunque quale *limen*. Si veda anche la recente sentenza del Tribunale di Reggio Calabria, 20 dicembre 2010, in *DeJure* secondo cui “In tema di operatività della compensazione nel giudizio di cognizione e di sua deducibilità nel processo esecutivo, impone di escludere l'opponibilità in compensazione di un contro-credito, in sede di opposizione all' esecuzione, esclusivamente nel caso in cui esso abbia acquisito i requisiti di certezza e liquidità richiesti per la possibile operatività della compensazione in sede cognitiva (requisiti che di fatto, nella ipotesi che più frequentemente si verifica nella pratica, di contestazioni in merito alla sussistenza o all'entità del contro-credito, vengono a coincidere con la formazione del giudicato sul suo definitivo accertamento) in epoca anteriore all'ultimo momento utile per effettuarne la deduzione nel procedimento di cognizione che ha portato alla formazione del titolo posto in esecuzione , e di ammetterla invece in tutti quei casi in cui tali requisiti si siano verificati successivamente a tale momento; in caso contrario, infatti, si potrebbe verificare la assurda conseguenza che, in sede di cognizione, sia esclusa la possibilità di operare dell'eccezione di compensazione , in conseguenza del carattere "non certo" (in quanto oggetto di contestazione e quindi abbisognevole di accertamento giudiziale) del contro-credito fatto valere, e che poi, una volta formatasi su di esso la certezza ritenuta necessaria (e cioè il giudicato), venga esclusa anche in sede di esecuzione la possibilità di operare della medesima eccezione, sulla base della considerazione che, essendo sorto prima della formazione del titolo posto in esecuzione , il contro-credito avrebbe dovuto essere fatto valere nel processo di cognizione.”. Tale sentenza precisa quanto già detto ad es. da Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2000, n. 12664, in *DeJure* secondo cui “in sede di opposizione alla esecuzione forzata proposta sulla base di un decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo perché non opposto nei termini, la pretesa esecutiva fatta valere dal creditore può essere neutralizzata soltanto con la deduzione di fatti, estintivi o modificativi del rapporto sostanziale consacrato dal decreto su cui si è formato il giudicato, verificatisi successivamente alla formazione del giudicato medesimo, e non anche sulla base di quei fatti che, verificatisi in epoca precedente, avrebbero potuto essere dedotti nel processo di cognizione preordinato alla costituzione del titolo esecutivo.”

<sup>521</sup> *Ex plurimis* Cass. civ., 23 gennaio 1968, n. 179, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Compensazione*, n. 7, secondo cui: “La compensazione giudiziale postula l'autonomia dei rapporti ai quali i crediti delle parti si riferiscono, mentre, allorchè i crediti abbiano origine da un unico rapporto o da rapporti accessori, la controversia si risolve in un accertamento di dare e avere, che pur potendo dar luogo ad un risultato pratico analogo a quello derivante dalla compensazione, non per ciò è soggetto alla regolamentazione giuridica di tale istituto”.

consente di invocare la trattazione simultanea dell'azione e della riconvenzione anche oltre i limiti di cui all'art. 1243 c.c., anche ove, cioè, il controcredito sia illiquido<sup>522</sup>.

Si conferma, pertanto, anche in questo senso la sostanziale neutralità dell'istituto rispetto alla tutela del sinallagma.

Amnesso dunque che la compensazione "propria" non rappresenta un istituto di per sé votato alla tutela o alla lesione del sinallagma contrattuale, deve chiedersi se tale ruolo possa essere assunto dalla compensazione c.d. impropria.

Non ritengo, invero, che possa desumersi dalla disciplina dei rimedi sinallagmatici un generale principio di liquidazione reciproca delle pretese attraverso un conteggio delle rispettive poste. Né ritengo che possa dedursi l'esistenza di un diverso modo di estinzione delle obbligazioni specifico per quelle sinallagmatiche.

Il sinallagma contrattuale, infatti, è valorizzato dall'esistenza di quei rimedi di cui già abbiamo fatto cenno, i quali modulano gli effetti delle vicende obbligatorie in funzione della corrispettività che lega gli obblighi reciproci delle parti.

Una cosa, tuttavia, è affermare che il sinallagma impone di tener conto dell'esistenza della corrispettività nel valutare le conseguenze delle vicende che interessano la singola obbligazione sull'intero contratto, altra cosa è sostenere che ogni qual volta tali obbligazioni corrispettive (o quelle risarcitorie che le sostituiscono, o quelle di restituzione) siano anche omogenee allora esse devono estinguersi in forza di un non meglio precisato accertamento di dare e avere.

---

<sup>522</sup> La problematicità della questione si pone, dunque, sotto il profilo processualistico della necessità o meno di procedere alla trattazione e decisione simultanea sui crediti dedotti in via di azione e di riconvenzione. Afferma, ad es., MERLIN, *Compensazione e processo. I.*, Milano, 1991, p. 594 che "laddove il controcredito fatto valere con la domanda compensativa risulti fondato sul medesimo rapporto sostanziale che fa da titolo alla domanda principale, di modo che, ad esempio, la prima assuma, rispetto alla seconda, anche una funzione latamente assimilabile a quella di un' «eccezione di inadempimento» (come è nel caso, assai ricorrente, in cui alla domanda di adempimento della prestazione pecuniaria contrattualmente dovuta il convenuto contrapponga, in funzione compensativa, il credito per risarcimento dei danni dovuti all'inesatto adempimento della controprestazione), ci pare più che ragionevole lasciare che sulla regola rigorosa implicata dall'art. 1243, 2° comma, abbia il sopravvento il normale regime delle domande incompatibili fondate su un diritto oggettivamente connesso con quello principale. La condanna con riserva in favore dell'attore dovrebbe, cioè, in tal caso ritenersi ammissibile solo in presenza di circostanze ostative alla decisione delle due domande nel medesimo processo, con esclusione della possibilità che a legittimare l'adozione possa bastare la non facile e pronta liquidabilità della ragione creditoria del convenuto".

Accertamento di dare e avere il cui fondamento, per come esso è ricostruito dalla giurisprudenza, non mi sembra tuttavia potersi riscontrare nella realtà normativa e sistematica attuale.

La giustificazione di un semplice calcolo di dare e avere tra le parti mi sembra riscontrabile, piuttosto, nei limiti dell'assenza di autonomia delle pretese, da intendersi però in senso diverso da quanto proposto dalla giurisprudenza: ove cioè non si possa riscontrare, nei fatti, la sussistenza di due reciproche obbligazioni, bensì l'esistenza di una singola obbligazione, il cui ammontare dev'essere calcolato tenendo in considerazione fattori sia in dare che in avere.

Tale concezione rievoca, invero, il percorso seguito per lo più in Germania, ove il limite tra l'un istituto (l'*Aufrechnung*) e l'altro istituto (l'*Anrechnung*) è tendenzialmente segnato dall'esistenza o meno di due reciproci e autonomi rapporti obbligatori, intendendo questi, tuttavia, in senso stretto, cioè quale singolo rapporto obbligatorio considerato isolatamente e autonomamente esigibile e azionabile (pur se facente parte del fascio di posizioni attive o passive derivanti da un'unica fonte).

#### III.3.4. (segue) conseguenze in tema di risarcimento del danno da inadempimento e disciplina dei rimedi restitutori.

Queste considerazioni impongono dunque di affrontare, seppur per brevi cenni, gli aspetti più rilevanti di quei rimedi posti a tutela del sinallagma che si attuano attraverso un calcolo siffatto delle poste attive e passive: penso, in primo luogo, alle modalità di liquidazione dei danni da inadempimento contrattuale, che impongono sempre, al fine di individuare il danno risarcibile, di tenere conto anche dei vantaggi ottenuti dal danneggiato<sup>523</sup>.

---

<sup>523</sup> Ad esempio, nel caso in cui la parte fedele, di fronte all'inadempimento dell'altra, opponga l'eccezione d'inadempimento, nel calcolo del risarcimento a cui ha diritto deve tenersi conto, in riduzione, del vantaggio che ha ottenuto mantenendo presso di sé la prestazione che avrebbe invece dovuto eseguire, v. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, sub art. 1453, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna – Roma, 1990, p. 124.

Il discorso dovrebbe, in questo senso, estendersi proprio ai modi di calcolo del risarcimento del danno e finirebbe per esulare dall'oggetto specifico della nostra indagine.

Per comprendere, tuttavia, i termini della questione che stiamo analizzando è sufficiente evidenziare la necessità di tenere distinti tali criteri di determinazione dell'ammontare del risarcimento, che impongono la valutazione congiunta di poste attive e passive<sup>524</sup>, rispetto al risultato finale di tale calcolo.

Soltanto nel momento in cui si sia completato il procedimento volto a individuare l'ammontare della pretesa al risarcimento, se infine emergono due pretese facenti capo all'una e all'altra parte – siano esse l'obbligazione primaria e l'obbligazione secondaria di risarcimento, ovvero le due reciproche pretese secondarie di risarcimento – non potrà

---

<sup>524</sup> Una trattazione specifica meriterebbe il criterio della *compensatio lucri cum damno*, che riverbera i suoi effetti sia in ambito contrattuale che extracontrattuale. Codesto istituto, di matrice extracodicistica, si impone nel momento della liquidazione del danno al fine di assicurare che il danneggiato (dall'illecito o dall'inadempimento) non ottenga in forza del risarcimento una locupletazione maggiore di quella che avrebbe ricevuto in assenza della lesione ed impone che la determinazione del danno risarcibile debba tener conto degli effetti vantaggiosi per il danneggiato che hanno causa diretta nel fatto dannoso (v. Cass. civ., sez. III, 19 giugno 1996, n. 5650, in *Foro it.*, 1996, I, 3062, con nota di COLONNA; in *Danno e resp.*, 1996, 693, con nota di COLONNA, nel famoso Caso Vajont). Codesto istituto si differenzia totalmente dalla compensazione dei debiti di cui agli artt. 1241 ss c.c. poiché incide sulla determinazione dell'unica pretesa, quella al risarcimento, senza che possano individuarsi due reciproche obbligazioni. In linea con quanto affermato in tema di *Vorteilvergleichung*, facendo applicazione della *c.l.c.d.* il danneggiante si limita a richiedere una riduzione dell'ammontare della prestazione su di lui gravante. Non potrebbe egli, infatti, agire autonomamente per ottenere il ristoro dei vantaggi che, per mezzo del danno che ha causato, ha fatto ottenere al danneggiato, poiché nessun ingiustificato arricchimento può imputarsi a quest'ultimo. Ne emerge, pertanto, come codesto istituto sia assolutamente diverso anche dalla compensazione impropria così come costruita dalla giurisprudenza sotto diversi profili. Innanzitutto sotto il profilo della funzione: la *c.l.c.d.* ha un ruolo nella liquidazione del danno, mentre la compensazione impropria ha una funzione estintiva di reciproche pretese. In secondo luogo, sotto il profilo effettuale: la *c.l.c.d.* impone di tener conto dei vantaggi derivanti al danneggiato quali conseguenza immediata e diretta del medesimo evento dannoso da cui è scaturito il danno. Mai potrebbe, evidentemente, dimostrarsi codesta relazione tra, ad es., il danno subito dal datore di lavoro e le retribuzioni dovute al lavoratore, quand'anche ritenessimo che siano, tra loro, in vincolo sinallagmatico. Tra gli Autori che, in tempi più recenti, si sono occupati del problema v. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di riparazione equa del danno*, Milano, 2008; GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2008, p. 114, ed *ivi* ulteriore bibliografia. V. anche PULEO, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Enc. dir.*, p. 29 ss. Non potrebbe neanche, la *c.l.c.d.* avvicinarsi alla compensazione propria, per la sussistenza dei medesimi ostacoli ontologici e funzionali. Non convince invece, in linea con quanto sin qui detto, la prospettazione di Ferrari secondo cui, a differenziare le due categorie si porrebbe la circostanza che mentre la *c.l.c.d.* richiede l'unicità dell'evento lesivo, la compensazione propria invece implicherebbe l'autonomia dei rapporti da cui le obbligazioni hanno origine.

trovare applicazione altro se non la compensazione (propria), perché *tertium non datur*<sup>525</sup>.

La condizione che mi sembra rilevante innanzitutto, al fine di stabilire quando sussistano due reciproche obbligazioni, è quella che impone di distinguere a seconda che il contratto inadempito venga mantenuto ovvero venga risolto.

Se il contratto rimane in vita, infatti, non v'è dubbio che anche la parte inadempiente rimanga titolare del diritto di credito nascente dal contratto, che potrebbe far valere anche chiedendo la condanna della controparte all'adempimento. In questa situazione ritengo che, ove la parte fedele richieda il risarcimento del danno, vi potrebbe essere spazio esclusivamente per una compensazione *propria* tra il suddetto credito da risarcimento e l'obbligo primario di eseguire la prestazione<sup>526</sup> (naturalmente solo se omogenei).

---

<sup>525</sup> In questo senso v. anche LUMINOSO, *op. cit.*, p. 123, il quale afferma ad esempio che, in caso di inadempimento bilaterale, “ove il giudice escluda che uno dei due inadempimenti possa considerarsi prevalente e sia tale da giustificare l'altro, ciascun creditore avrà diritto (in applicazione delle regole generali) al risarcimento di tutti i danni sofferti, e ognuna delle due domande risarcitorie dovrà essere decisa come se non le si contrapponesse l'altra, salva l'eventuale compensazione tra i due crediti risarcitori”. Conforme RENDA, *op. cit.*, p. 339, il quale spiega che “quando il contratto a prestazioni corrispettive sia stato adempiuto ex uno latere, con esecuzione tardiva e/o inesatta della prestazione (per es. la consegna della cosa), tale da far sorgere un credito risarcitorio in capo alla controparte, a propria volta inadempiente rispetto alla controprestazione, e nessuna parte domandi la risoluzione del contratto, né la parte debitrice del prezzo ne chieda la riduzione, in quanto ammessa, non sembra in verità che – anche a voler ammettere la sussistenza di un sinallagma tra il diritto dell'uno al conseguimento della controprestazione e quello dell'altro al risarcimento del danno – possa configurarsi alcun ostacolo alla compensazione tra il credito al prezzo ed il controcredito al risarcimento del danno: compensazione propria, se del caso giudiziale per effetto della contestazione intorno all'*an* e al *quantum* del controcredito risarcitorio, ma comunque operabile data l'omogeneità dei crediti reciproci, aventi ad oggetto somme di denaro. Né vi osta la protezione del sinallagma, posto che alla stregua di tale compensazione ciascuna parte consegue esattamente ciò che la funzione di scambio del contratto impone di prestare”. *Contra* però GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in *Corso di diritto civile*, Padova, 2011, p. 124 secondo cui non c'è compensazione in senso tecnico, ma solo una variazione quantitativa del credito nel “caso in cui pretese attive e passive reciproche si fronteggiano tra le parti di un medesimo contratto, come nel caso in cui al venditore chepretenda il prezzo della cosa venduta il compratore opponga una pretesa di danni basata sui vizi della cosa stessa”.

<sup>526</sup> V. già AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942 il quale affermava che “quando la prestazione della parte incolpevole consiste in danaro (così nella vendita), il debito in danaro viene a compensarsi, per una parte, col diritto al risarcimento dei danni in seguito all'inadempienza e la parte inadempiente ad essere condannata solo per la somma, per cui i danni superano il credito in danaro, mentre la parte incolpevole resta liberata dalla sua obbligazione”, compensazione da ritenersi “propria” poiché il libro era scritto vigente, infatti, ancora il codice civile del 1865 e il codice di commercio del 1882. Conforme MERLIN, *Compensazione e processo. I.*, (cit.), p. 519.

Se invece il contratto viene risolto si devono distinguere, ai nostri fini, tre fattispecie: 1) la parte fedele non ha ancora adempiuto la propria obbligazione (perché ad es. ha eccettato l'inadempimento *ex art. 1460 c.c.* oppure il suo debito non è ancora scaduto); 2) la parte fedele ha già eseguito la propria prestazione; 3) la parte infedele ha eseguito parzialmente la propria prestazione.

Nella prima ipotesi, quando cioè al momento della risoluzione la parte fedele non ha eseguito la propria prestazione, la suddetta obbligazione viene meno e, pertanto, la parte infedele non potrebbe invocarne l'esecuzione. Residua, pertanto, solo l'eventuale credito in capo alla parte fedele diretto a ottenere il risarcimento del danno. Se, nel calcolo dell'ammontare del risarcimento, si dovrà necessariamente tenere conto di quanto ha risparmiato il risolvente per non aver dovuto adempiere, tale operazione non può ritenersi una compensazione, né propria né impropria.

Nella seconda ipotesi, in cui la parte fedele abbia già eseguito la propria prestazione, non potrà naturalmente porsi un qualsivoglia problema di compensazione, in considerazione del fatto che non è riscontrabile alcuna reciprocità e solo la parte risolvente potrà ottenere la restituzione del prestatato ed, eventualmente e in aggiunta, il risarcimento del danno.

Diversamente, invece, nell'ipotesi in cui la parte infedele avesse eseguito seppur parzialmente la propria obbligazione (ad esempio, nel caso in cui il compratore abbia pagato solo parzialmente il prezzo concordato nel contratto di compravendita). In questo caso, risolto il contratto, essa avrà diritto ad ottenere la restituzione e, al contempo, potrà essere soggetta all'obbligo di risarcire il danno. Anche in quest'ipotesi sarà possibile una compensazione, sempre che sussistano i presupposti di cui all'art. 1241 ss c.c.<sup>527</sup>

---

<sup>527</sup> Sembra possibile considerare un conteggio di dare e avere *convenzionale* DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1969, p. 145 il quale dichiara discendere dalla risoluzione un effetto liberatorio e un effetto recuperatorio "relativamente alle prestazioni già eseguite che, in linea di principio, vanno tutte restituite: tanto da parte dell'inadempiente, quanto da parte dell'adempiente (a favore del quale, tuttavia, può essere pattuita l'acquisizione delle prestazioni ricevute a titolo di risarcimento del danno: o come penale, e cioè senza necessità di dimostrazione che si sia in effetti subito un danno di entità almeno pari al valore delle prestazioni da incamerare, salvo eventualmente il risarcimento del maggior danno da dimostrare: art. 1526, 2° comma, c.civ., e art. 2344,

Ne discende pertanto che, o si ritiene che in forza dell'attuazione dei rimedi sinallagmatici non vi siano più due obbligazioni, e allora l'unica rimasta sarà calcolata tenendo conto dei diversi fattori vantaggiosi e svantaggiosi, oppure, se le due obbligazioni reciproche permangono, si potrà ricorrere solamente alla compensazione "propria"<sup>528</sup>, sempre che ne sussistano i presupposti.

L'ultimo esempio portato non può che far pensare, inoltre, alla problematica relativa al regime delle restituzioni in caso di risoluzione, annullamento o dichiarazione di nullità del contratto.

E' evidente che, se si accede all'idea che sussista un vincolo sinallagmatico anche tra le suddette pretese restitutorie, allora in adesione alla giurisprudenza delle Sezioni Unite, si dovrebbe ritenere operante la compensazione impropria quale modo di estinzione delle stesse.

Si possono riproporre, tuttavia, anche con riferimento a questa problematica le osservazioni già svolte circa la sostenibilità del richiamo alla compensazione impropria quale tutela del sinallagma.

Innanzitutto dovrebbe, a mio avviso, distinguersi l'ipotesi in cui le restituzioni sono possibili da quella in cui esse, o una di esse, non lo siano.

Ove siano possibili ed omogenee, mi sembra che nulla osti ad una compensazione ai sensi dell'art. 1241 ss., ove ne ricorrano tutti i presupposti, mentre non vi sia spazio per la compensazione c.d. impropria.

La situazione, infatti, è la medesima già presentata con riferimento alle prestazioni primarie sinallagmatiche, e non muta ove si guardi alle obbligazioni restitutorie individualmente o quali espressione del medesimo sinallagma, ma *enversée*<sup>529</sup>.

---

2° comma, c. civ.; o, semplicemente, in conto del danno da dimostrare e, quindi, *salvo finale conguaglio in un senso o nell'altro*)" (c.vi nostri).

<sup>528</sup> Analogamente a quanto avviene in Germania in ossequio alla c.d. *Surrogationstheorie*, su cui v. *supra*.

<sup>529</sup> Il ragionamento circa la sussistenza del vincolo sinallagmatico avrebbe, invece, rilevanza con riferimento all'esperibilità dei rimedi sinallagmatici, *in primis* l'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c. (v. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, I, p. 92).

Analogamente a quanto già detto con riferimento alle obbligazioni primarie, mi sembra ingiustificato addurre l'esistenza di un meccanismo liquidatorio diverso nel nome, ma identico negli effetti alla compensazione.

Qualche dubbio potrebbe porsi, al più, nell'ipotesi in cui una delle obbligazioni di restituzione sia divenuta impossibile.

Non si pone, tuttavia, in questa sede il problema di stabilire se e in quale misura il soggetto la cui obbligazione di restituzione sia divenuta impossibile debba prestare l'equivalente, ovvero su chi debba gravare il rischio di tale impossibilità<sup>530</sup>.

---

<sup>530</sup> Si tratta, infatti, di questione annosa e tuttora priva di definitiva sistemazione e che, necessiterebbe, pertanto, una trattazione separata. Basti in questa sede notare come gli sforzi compiuti siano diretti ad individuare una modalità pratica e una giustificazione teorica per far emergere anche tra i rapporti relativi alle restituzioni la reciprocità che legava le originarie prestazioni restituende. La questione si pone con riferimento alla problematica applicazione della disciplina della ripetizione dell'indebito nel caso di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione del contratto e le soluzioni proposte oscillano tra chi ritiene che tale disciplina vada applicata nel suo complesso, tra chi ritiene che essa vada invece disapplicata nel suo complesso e la via intermedia che propone una applicazione modulata in forza della particolarità che diversifica le restituzioni derivanti dallo scioglimento di un contratto sinallagmatico, rispetto ad una prestazione indebita eseguita in assenza di codesta cornice contrattuale. La giurisprudenza, sul punto, è costante nell'affermare che "qualora venga acclarata la mancanza di una *causa adquirendi* - tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo" (v. *ex plurimis* Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2011, n. 15669, in *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Contratti*, 2011, 677, con nota di PIROVANO; Cass. civ., sez. III, 15-04-2010, n. 9052, in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 999, con nota di GELLI; in *Danno e resp.*, 2011, p. 36, con nota di SILIQUINI CINELLI; in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 26, con nota di DI CRISTO; in *Riv. not.*, 2011, p. 405, con nota di MUSOLIN), tuttavia le soluzioni poi adottate per il caso concreto non sembrano aderire perfettamente alla disciplina di cui agli artt. 2033 ss. c.c. La dottrina, invece, si divide tra chi ritiene che il possessore del bene deteriorato e pertanto "irrestituibile" non sia legittimato a richiedere la risoluzione (negando pertanto la ripetizione), chi propugna l'indipendenza delle obbligazioni restitutorie, chi opta per la possibilità di rendere inamovibili le prestazioni eseguite pur in difetto di causa, chi ritiene l'una parte obbligata a restituire e l'altra a versare l'equivalente del valore del bene perito, chi ancora richiede di legare quest'ultima prestazione al valore convenzionale. Per un approccio alle questioni coinvolte si v. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» ... (cit.), e la monografia della stessa A., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010. Autrice che propone una riduzione teleologica dell'art. 2037 c.c. quando le prestazioni indebite derivino "dalla stessa fonte (il contratto inadempito)" (*ivi*, p. 363) osservando che "tanto nell'area della invalidità, quanto in quella della risoluzione, il diritto alla ripetizione va inquadrato come tutela contrattuale «secondaria», il cui concreto atteggiarsi varia in ragione del fine cui è preordinato il rimedio «primario» (l'azzeramento dell'operazione economica oppure la sua realizzazione, in positivo, attraverso la combinazione delle restituzioni e del risarcimento del danno) e della sua compatibilità con la *ratio* giustificatrice sottostante". Si vedano anche, senza pretese di completezza, il contributo di BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, p. 245 ss. e lo studio di BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, ID., voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990; GALLO, *op. cit.*, p. 239 ss. e *ivi* ulteriore bibliografia.



Il passaggio che qui interessa è quello successivo, una volta affermato, cioè, che il sinallagma che univa le obbligazioni di prestazione è perpetuato con riferimento alla restituzione delle stesse e, pertanto, l'equilibrio *ab origine* ricercato dalle parti debba essere mantenuto anche nella liquidazione del contratto nullo, risolto o annullato.

Affermare la permanenza del vincolo anche dopo lo scioglimento del contratto non è, infatti, elemento sufficiente a imporre una compensazione impropria delle pretese ritenute sussistenti.

L'esistenza del suddetto vincolo, infatti, si "limita" ad aprire le porte all'accesso dei rimedi sinallagmatici anche con riferimento alle pretese nascenti dallo scioglimento del vincolo, ma non può condurre all'imposizione di una generale estinzione reciproca.

Data pertanto per presupposta la sussistenza del sinallagma<sup>531</sup>, il profilo di interesse si incentra sulle modalità di liquidazione, poiché, semplificando, se si ritiene che da queste vicende estintive del contratto derivino due reciproche pretese alla restituzione delle prestazioni indebite<sup>532</sup> allora non vi sarà spazio che per una (eventuale) compensazione "propria"<sup>533</sup>.

#### **III.4. Rivalutazione di alcuni casi controversi.**

---

<sup>531</sup> Nell'ipotesi in cui non si ritenga sussistente il vincolo sinallagmatico la compensazione impropria sarebbe a maggior ragione esclusa giusta le conclusioni già raggiunte con riferimento alla (non) necessaria autonomia dei rapporti per l'operare della compensazione c.d. tecnica.

<sup>532</sup> Siano esse la prestazione originale o l'equivalente del valore oggettivo o convenzionale.

<sup>533</sup> V. in questo senso GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 180 il quale si interroga sulla possibilità di rinvenire un legame corrispettivo tra le pretese restitutorie e, nel porsi questo interrogativo, sottolinea come "è evidente che non ci riferiamo al fatto che le prestazioni da restituire possano essere oggetto di compensazione totale o (più probabilmente) parziale. La compensazione è un modo di estinzione dell'obbligazione e, ogni qual volta la risoluzione del contratto veda coinvolte – per fare un esempio – la restituzione di una somma di denaro e la restituzione per equivalente di un bene non restituibile in natura, non si intravedono ragioni per negare operatività all'art. 1243 c.c. Il tutto con la precisazione che la compensazione legale, pur operando di diritto, non potrà essere dichiarata dal giudice se non in presenza di un'istanza di parte". In questo senso depone peraltro, in un'ottica comparatistica, lo stesso progetto di riforma del diritto delle obbligazioni curato dal prof. Catala in Francia. Quel progetto, infatti, che peraltro ha l'obiettivo di introdurre nel *Code civil* una disciplina specifica per la compensazione di debiti connessi, prevede al contempo che il giudice che dichiara la nullità o la risoluzione del contratto debba poi operare la compensazione giudiziale tra i crediti fungibili di restituzione (v. *supra*).

La conclusione cui mi sembra, dunque, di poter pervenire è che anche quando le reciproche obbligazioni derivino dal medesimo contratto, e quand'anche esse siano legate da un vincolo sinallagmatico, la loro estinzione può avvenire solamente per effetto della compensazione regolata dagli artt. 1241 ss. c.c., senza che possa essere invocato un diverso modo di estinzione delle suddette obbligazioni, di cui peraltro non è definita – né a livello legislativo, né giurisprudenziale, né dottrinale – la disciplina.

Questa conclusione impone pertanto di operare una rilettura delle ipotesi sovente ricondotte alla compensazione c.d. impropria, rilettura che conduce il più delle volte alla critica dell'impostazione giurisprudenziale adottata.

#### III.4.1. Applicabilità dei divieti di compensazione.

Nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato si può intravedere una “costellazione di situazioni giuridiche soggettive accessorie e strumentali” intorno alle obbligazioni sinallagmatiche di prestare l'attività lavorativa e di corrispondere la retribuzione<sup>534</sup>, con la conseguenza che, aderendo agli orientamenti giurisprudenziali richiamati *supra*, diverse sarebbero le occasioni per fare applicazione della compensazione c.d. impropria. Ciò nonostante, tuttavia, non si ravvede un supporto normativo che legittimi questa “frattura inferta allo schema disegnato dal Codice”<sup>535</sup>.

Sul punto possono individuarsi alcune situazioni “tipo”: l'ipotesi in cui il datore di lavoro effettui per errore un pagamento eccedente la retribuzione dovuta e decida, in un secondo momento, di imputare questo pagamento (parzialmente) indebito a mensilità successive e l'ipotesi in cui il datore di lavoro sia creditore in forza dell'inadempimento o del comportamento illecito del lavoratore, di rilevanza eventualmente penale<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> In questi termini GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 314.

<sup>535</sup> V. GRAGNOLI, *op. cit.*, c. 292.

<sup>536</sup> Per una ricostruzione della casistica giurisprudenziale v. anche TAMPIERI, *La compensazione dei crediti di lavoro*, in CORSINI – FORNERO – TAMPIERI, *Crediti di lavoro, surrogazione e compensazione*, Milano, 1999, p. 147 ss.

In queste ipotesi il contratto di lavoro costituisce solo la cornice fattuale, la situazione occasionale nell'ambito della quale sono accaduti quegli altri atti o fatti che l'ordinamento giuridico considera idonei a produrre l'obbligazione<sup>537</sup>.

Nel primo caso, il datore di lavoro sarebbe titolare di un diritto di credito diretto alla ripetizione dell'indebito pagamento e ci si deve chiedere se tale credito sia compensabile con quello del lavoratore per retribuzioni successive e, soprattutto, se lo sia nei limiti del quinto dell'importo o per intero.

Ebbene, rifiutata l'idea che in questo caso sia inapplicabile la compensazione, se ne dovrebbe dedurre la limitata compensabilità dell'importo nella misura di un quinto<sup>538</sup>.

Allo stesso modo dovrebbe dirsi ove il datore di lavoro eccipisse il credito derivante dall'inadempimento o dall'illecito commesso in occasione dell'esecuzione del rapporto di lavoro<sup>539</sup>.

Non ritengo, peraltro, che a sostegno degli orientamenti che negano l'applicabilità della compensazione "propria" possa invocarsi la sentenza della Corte Costituzionale già richiamata *supra*, la quale si è pronunciata proprio in materia di lavoro e che, come si è visto, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1246 c.c. in relazione all'art. 3 Cost.

---

<sup>537</sup> Sottolinea GRAGNOLI, *op. cit.*, c. 289 che "i casi di compensazione in senso tecnico, dunque, sarebbero molto estesi: si pretende, perché siano applicabili i principi degli artt. 1241 ss. c.c., una *indipendenza piena* dei crediti reciproci dal medesimo contratto e *dagli eventi che incidano sulla sua fase attuativa, anche se estranei all'originario programma negoziale o all'oggetto specifico dell'accordo*" (corsivo nostro).

<sup>538</sup> In questo senso si è visto, peraltro, è orientata anche la dottrina tedesca, su cui v. *supra*. A meno che (ed è questa la soluzione proposta da MERLIN, *Compensazione e processo. II.*, (cit.), p. 185 ss) non si ritenga che, dalla natura di durata del contratto di lavoro, non possa discendere un'applicazione estensiva dell'art. 1193 c.c. in funzione di una sopravvenuta eliminazione del difetto di causa, con la conseguenza che il pagamento eccedente la retribuzione dovuta darebbe sì vita ad un autonomo diritto di credito da indebito, il quale tuttavia "sarebbe destinato a venire meno in virtù della successiva, automatica imputazione, ex art. 1193 c.c., ad un altro credito sopravvenuto, in favore del lavoratore, in virtù della medesima relazione negoziale". È evidente però, che in questo caso, il datore di lavoro convenuto in giudizio per il pagamento della retribuzione non opporrebbe un'eccezione di compensazione, bensì un'eccezione di adempimento, diventando così irrilevante qualsiasi questione in tema di compensazione impropria.

<sup>539</sup> Questa seconda ipotesi dovrebbe, invece, comportare l'inapplicabilità della compensazione in senso tecnico aderendo ad entrambi gli orientamenti suddetti, soprattutto se si sostiene che esista un vincolo di sinallagmaticità tra il credito alla retribuzione e quello derivante dall'inesatta (o scorretta) esecuzione della prestazione lavorativa.

La Corte, infatti, si limita a rispondere al quesito se costituisca una ingiustificata disparità di trattamento (tra creditori) quello che deriva dal “diritto vivente” che ritiene inapplicabile l’art. 1246 c.c. nell’ipotesi in cui il credito derivi dal medesimo rapporto. Nota la Corte, come si è visto, che il suddetto orientamento non è privo di razionale giustificazione in ragione della fonte delittuosa del credito del datore di lavoro, che lo rende non equiparabile *in toto* a quello di qualsiasi altro creditore.

Questa sentenza, tuttavia, non può essere valutata quale “precedente forte” a sostegno dell’ammissibilità dell’opzione ermeneutica, poiché essa è semplicemente espressione della c.d. dottrina del diritto vivente<sup>540</sup>, in forza della quale il Giudice delle Leggi tende a conformarsi all’applicazione uniforme data dalla giurisprudenza alla legge (rinunciando a proprie interpretazioni militanti<sup>541</sup>), salvo dichiararne l’incostituzionalità in caso di contrasto con la Costituzione.

Ciò che, dunque, la Corte si limita a dire è che non è incostituzionale, poiché non privo di razionale giustificazione, differenziare il credito del datore di lavoro derivato da illecito commesso dal lavoratore nell’ambito dello svolgimento del rapporto rispetto alle pretese di terzi<sup>542</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che questa opzione interpretativa sia l’unica effettivamente compatibile con il dettato costituzionale<sup>543</sup>.

---

<sup>540</sup> Su cui v. PUGIOTTO, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, Milano, 1994. Spiegano ZAGREBELSKY – MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 373 che “in presenza di diritto vivente ... la Corte deve astenersi dal dare la propria interpretazione e deve assumere l’altrui consolidata interpretazione a base del proprio giudizio. La situazione che ne consegue è duplice: o la norma vivente è incostituzionale, tale essendo dichiarata dalla Corte costituzionale, oppure non lo è, essendo la questione di costituzionalità respinta dalla Corte. Nel primo caso, il giudice rimettente (e tutti gli altri giudici) sarà tenuto a non applicarla; nel secondo caso, la norma vivente essendo stata, per così dire, validata dalla Corte, il giudice rimettente sarà tenuto ad applicarla”.

<sup>541</sup> Usa questa espressione ZAGREBELSKY, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 1158.

<sup>542</sup> Ciò che si potrebbe, forse, contestare alla Corte è la premessa del ragionamento svolto, che quell’orientamento che le veniva sottoposto potesse dirsi davvero “diritto vivente”. L’applicazione del principio, infatti, era molto discussa già in sede di Corte di Cassazione. La Corte, quindi, avrebbe forse potuto (probabilmente con un’ordinanza diversamente formulata) proporre un’interpretazione autonoma.

<sup>543</sup> Anzi, questa interpretazione sembra porsi piuttosto in contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale in più circostanze nell’ambito del contratto di lavoro pubblico. La Corte, infatti, è intervenuta a più riprese dichiarando l’incostituzionalità di differenti disposizioni normative che producevano il risultato di predisporre un trattamento differenziato tra dipendente pubblico e privato. Si pensi, ad esempio, alla sent. 4 luglio 1997, n. 225, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 2369, con nota di GRAGNOLI, la quale ha dichiarato l’incostituzionalità di due disposizioni nel settore del lavoro pubblico (art. 4 della l. 8

Ne dovrebbe discendere che, in assenza di un intervento legislativo<sup>544</sup>, non vi sia spazio per disattendere la normativa per la compensazione in senso tecnico, anche quando le reciproche pretese nascano dal rapporto di lavoro e financo se siano tra loro in rapporto di sinallagmaticità.

Mi sembra, tuttavia, che tale auspicato intervento legislativo vi sia in realtà stato, sebbene nella prospettiva esattamente contraria.

Viene, infatti, in considerazione la disciplina contenuta nel Testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni

---

giugno 1966, n. 424 e art. 21 del t.u. approvato con d.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1032) nella parte in cui prevedevano, per i dipendenti civili e militari dello Stato, la sequestrabilità o la pignorabilità delle indennità di fine rapporto di lavoro, anche per i crediti da danno erariale, senza osservare i limiti stabiliti dall'art. 545, comma 4, c.p.c. La decisione veniva presa con l'esplicito intento di sanare l'ingiustificata disparità di trattamento fra i dipendenti pubblici e quelli del comparto privato, poiché mentre i primi subivano l'integrale pignoramento delle indennità di fine rapporto, questi ultimi lo subivano solamente nei limiti di un quinto. La decisione, in realtà, non teneva però conto della giurisprudenza della Corte di cassazione proprio in tema di compensazione impropria, con l'effetto di riprodurre la disparità di trattamento, in sfavore, però, dei dipendenti privati. Per ovviare a questa situazione, lo stesso Gragnoli sottolineava come fosse "opportuno sollevare una questione di legittimità costituzionale della disciplina vigente per il lavoro privato, per contrasto con i canoni enunciati dalla Corte costituzionale e con l'art. 3 Cost., vista la soluzione di favore introdotta nell'ordinamento a presidio delle aspettative dei soli prestatori di opere pubblici". L'ordinanza del Tribunale di Palermo, pertanto, avrebbe dovuto essere formulata nel senso di proporre come parametro di riferimento la disciplina dei lavoratori del comparto pubblico. Avrebbe potuto il Tribunale, inoltre, basarsi su di un precedente della stessa Corte costituzionale la quale, proprio in un caso in cui il credito dell'Amministrazione pubblica nei confronti del dipendente derivava da reato, aveva affermato che "è manifestamente infondata, con riferimento all'art. 3 cost. la q.l.c. del combinato disposto dell'art. 545 comma 4 c.p.c. e dell'art. 2 d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180, nella parte in cui limita a un quinto la sequestrabilità delle retribuzioni dovute al pubblico dipendente anche per i debiti risarcitori che derivano dal reato di abuso d'ufficio patrimoniale (art. 323 comma 2 c.p.) sia perché, sopprimendo il limite fisso del quinto, si dovrebbe affidare al giudice la determinazione del "quantum" sottratto a sequestro o a pignoramento, sia perché esula dai poteri della Corte la pronuncia di una sentenza additiva indeterminata competente la lesione dell'ambito di discrezionalità riservato al legislatore, sia perché, essendo la "ratio" della limitata pignorabilità (o sequestrabilità) volta alla salvaguardia, costituzionalmente rilevante, dei bisogni essenziali del lavoratore, le norme impugnate realizzano un "punto di equilibrio" fra i valori costituzionali in gioco."

<sup>544</sup> In questo senso v. lo stesso GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro ..* (cit.), c. 295; COSATTINI, *Pignorabilità, sequestrabilità e compensazione*, in *Diritto del lavoro*, a cura di CARINCI, III – *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 2007, p. 760; RONDO, *Costituzionalmente legittima la c.d. compensazione impropria*, in *Argomenti dir. lav.*, 2007, p. 436. Sembra, invece, auspicare per un intervento normativo volto a tutela la posizione del lavoratore anche nell'ambito del medesimo rapporto di lavoro PANAIOTTI, *Denunciata alla Consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione propria e impropria, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 136. Prospetta una lettura ridotta dell'art. 545 c.p.c. SLATAPER, *op. cit.*, p. 731, il quale ritiene che si possa "leggere l'art. 545 c.p.c. come non inclusivo del Tfr", con la conseguenza di ampliare i limiti di compensabilità senza dover invocare il ricorso alla compensazione c.d. impropria. Si limita, invece, a dare conto del requisito dell'autonomia ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU – MESSINEO – MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2003, p. 245.

dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni approvato con d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180. Per effetto degli interventi apportati della legge finanziaria 2005 codesto testo unico, nonostante l'intitolazione sia rimasta identica, non si limita a disciplinare il settore del lavoro c.d. pubblico, ma interessa anche il settore privato.

L'art. 1 del Testo unico, infatti, nel suo modificato tenore, dispone che “non possono essere sequestrati, pignorati o ceduti, salve le eccezioni stabilite nei seguenti articoli ed in altre disposizioni di legge, gli stipendi, i salari, le paghe, le mercedi, gli assegni, le gratificazioni, le pensioni, le indennità, i sussidi ed i compensi di qualsiasi specie che lo Stato ... nonché le aziende private corrispondono ai loro impiegati, salariati e pensionati e a qualunque altra persona, per effetto ed in conseguenza dell'opera prestata nei servizi da essi dipendenti.”

Il regime della sequestrabilità e della pignorabilità diviene, pertanto, il medesimo sia per i dipendenti pubblici che per i privati<sup>545</sup>.

Per entrambe queste categorie, pertanto, è applicabile quanto disposto dall'art. 2 del suddetto Testo unico, nella parte in cui dispone che gli stipendi, i salari e le retribuzioni equivalenti sono soggetti a sequestro ed a pignoramento “fino alla concorrenza di un quinto valutato al netto di ritenute, *per debiti* verso lo Stato e verso gli altri enti, aziende ed imprese da cui il debitore dipende, *derivanti dal rapporto d'impiego o di lavoro*”.

Da questa disposizione pare, dunque, emergere espressamente che anche nell'ambito di crediti reciproci derivanti dal medesimo rapporto di lavoro vale il c.d. limite del quinto. Soluzione che, in combinato con quanto disposto dall'art. 1246 c.c., dovrebbe condurre a negare l'ammissibilità della compensazione c.d. impropria per come essa è presentata dalla giurisprudenza della sezione lavoro della Cassazione per espresso contrasto con quanto dispone la normativa in materia<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> In questo senso, *ex plurimis*, SLATAPER, *Compensazione, pignoramento, sequestro*, in *La retribuzione*, a cura di GRAGNOLI – PALLADINI, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 2012, p. 605 e MISCIONE, *Pignoramenti, compensazioni e cessioni di pensioni e retribuzioni*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2009, p. 873.

<sup>546</sup> La questione potrebbe porsi, in realtà, anche per i rapporti di c.d. parasubordinazione, posto che l'art. 52 del t.u. approvato con d.p.r. 180 del 1950 dispone che i compensi corrisposti ai titolari dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c. (cioè rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata,

### III.4.2. Necessità dell'eccezione di parte.

Venendo invece ai profili processuali, non mi pare superabile la necessità di un'eccezione di parte affinché si possa addivenire alla reciproca estinzione delle obbligazioni.

Tale necessità mi sembra, peraltro, in linea con quanto stabilito in generale anche per i rimedi sinallagmatici. Se è vero, infatti, che mai il giudice potrebbe rigettare la domanda dell'attore se il convenuto non oppone l'eccezione d'inadempimento, neppure se siano ricavabili dagli atti del processo gli elementi di sostenibilità di codesta eccezione<sup>547</sup>, difficilmente potrebbe sostenersi che il giudice possa addirittura, in assenza di eccezione, giungere ad estinguere le reciproche pretese, emettendo una sentenza con un unico capo di condanna per la differenza.

Tale decisione, infatti, oltre a sembrare lesiva del principio di conformità tra il chiesto e il pronunciato<sup>548</sup>, potrebbe effettivamente ledere lo stesso interesse sostanziale e processuale delle parti o di una di esse, le quali potrebbero preferire due reciproche pronunce di condanna (derivanti da una sentenza avente due capi di condanna), sulla base delle quali poter procedere all'esecuzione forzata o, eventualmente, all'iscrizione di ipoteca<sup>549</sup>.

---

prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato) con gli enti e le amministrazioni di cui all'art. 1 del medesimo t.u. sono sequestrabili e pignorabili nei limiti di cui all'art. 545 c.p.c.

<sup>547</sup> V. *ex pl.* PERSICO, *op. cit.*, p. 187.

<sup>548</sup> Non convince, infatti, quanto affermato da Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2010, n. 7624, in *DeJure* secondo cui "la circostanza che il giudice - in presenza di crediti e debiti nascenti da uno stesso rapporto - possa dichiarare - anche in assenza di un'espressa eccezione o di una domanda riconvenzionale - la compensazione dei crediti "hinc inde" dedotti, non deroga ai principi informativi che caratterizzano il vigente ordinamento processuale e, in particolare, al principio dispositivo, a quello dell'onere della prova e del contraddittorio. La circostanza, in particolare, non attribuisce al giudice poteri di indagine, "ex officio", quanto all'esistenza dei rispettivi crediti, né - tanto meno - esonera la parte interessata dall'onere di allegazione e dimostrazione delle rispettive voci di credito, nel rispetto del principio del contraddittorio".

<sup>549</sup> Non convince, infatti, quanto dichiarato da una parte della giurisprudenza (v. Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2004, n. 14808, in *DeJure*) che consente al giudice di provvedere d'ufficio al conguaglio, a meno che non emerga espressamente dagli atti di causa una diversa volontà delle parti. Questa inversione dell'onere di eccepire mi sembra, infatti, contraria all'andamento processuale che impone al giudice di rispondere affermativamente o negativamente a quanto gli è stato chiesto, senza superare codesto limite.

Senza considerare, in secondo luogo, che le parti sono messe nella condizione di poter sollevare l'eccezione di compensazione, seppur nei limiti previsti dalla legge processuale<sup>550</sup>, con la conseguenza che l'invocazione della compensazione impropria appare spesso come (inammissibile) rimedio alle mancanze processuali delle parti.

Ciò non toglie, tuttavia, che le preoccupazioni fatte proprie dalla giurisprudenza che si richiama alla compensazione impropria per ampliare i poteri ufficiosi del giudice possano essere, in molti casi, superate con differenti argomentazioni<sup>551</sup>.

Ciò può avvenire, in particolare, attribuendo significato estintivo all'eccezione di compensazione stragiudiziale della parte. Ammettendo, infatti, che l'eccezione di compensazione sia tale, ai fini dell'art. 1242 c.c., anche ove non esercitata nell'ambito del processo, si consentirebbe al giudice, il quale abbia conoscenza dagli atti processuali dell'avvenuta opposizione *ante causam* dell'eccezione, di rilevare d'ufficio la già avvenuta estinzione<sup>552</sup>.

Il risultato, ai fini che qui interessano, è che nelle non poche ipotesi in cui il contraente, il datore di lavoro o il debitore in genere abbia rifiutato l'adempimento, prima di giungere in giudizio, affermando di essere a suo tempo creditore in virtù di un credito reciproco (omogeneo, liquido ed esigibile), una volta intrapresa la via legale sarà

---

<sup>550</sup> Limitandoci al giudizio ordinario di cognizione, il convenuto deve opporre l'eccezione già in sede di comparsa di costituzione e risposta, mentre l'attore, ove la necessità di opporre l'eccezione derivi dalle difese del convenuto, può opporre l'eccezione in sede di prima udienza di trattazione ai sensi dell'art. 183 c.p.c.

<sup>551</sup> Si è tentato, ad esempio, di proporre una certa "elasticità" nella invocazione dell'eccezione, affermando che "La proposizione dell'eccezione di compensazione non necessita di formule sacramentali, essendo sufficiente che dal comportamento difensivo della parte risulti univocamente la volontà di opporre il controcredito, e, pertanto, la stessa deve essere ritualmente e tempestivamente proposta nell'ipotesi in cui il convenuto, nell'effettuare i conteggi delle somme spettanti all'attore, abbia portato in detrazione l'importo del proprio contrapposto credito (nella specie, la Corte ha ritenuto corretto l'operato di una società di assicurazione che aveva trattenuto dalle competenze di fine rapporto quanto dovuto dall'agente a titolo di risarcimento danni in favore del committente)", *ex pl.* Cass. civ., sez. lav., 29 agosto 2012, n. 14688, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1051.

<sup>552</sup> Convergono su questa interpretazione SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 724; PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 125; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento ...* (cit.), *sub art.* 1242, p. 281; DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, *Riv. Dir. civ.*, 1989, I, 357, p. 379; su tutti questi profili v. *amplius* MERLIN, *Compensazione e processo. I.*, (cit.), p. 135.



possibile per il giudice rigettare totalmente o parzialmente l'azione, anche se non è opposta l'eccezione di compensazione<sup>553</sup>.

### III.4.3. Problemi di «giudicato» (cenni).

L'insussistenza di una legittimazione degli orientamenti che si richiamano alla compensazione impropria discenderebbe, inoltre, anche dall'osservazione delle conseguenze che esso comporta sul piano del giudicato della pronuncia.

Non è questa naturalmente la sede per approfondire le tematiche relative al tema del giudicato con riferimento alla compensazione, ma non bisogna tuttavia trascurare il risultato cui si perverrebbe ammettendo che la compensazione impropria esiste e si qualifica diversamente rispetto all'istituto di cui all'art. 1241 ss. c.c.: risultato di rendere completamente irrilevanti, con riferimento alla compensazione impropria, le osservazioni in tema di giudicato vevoli invece per la compensazione propria.

Innanzitutto, se per la compensazione propria vale il principio per cui la sentenza di condanna che accerti l'esistenza di un credito contro cui sia stata opposta l'eccezione di compensazione non produce l'effetto di privare il convenuto della possibilità di azionare *aliunde* il proprio credito, tale conclusione non dovrebbe valere per la compensazione impropria, poiché, se le reciproche obbligazioni si presentassero come saldo di un conto, allora la pronuncia di condanna su una di queste priverebbe l'altra di agire per il proprio credito, l'abbia o non l'abbia eccepito in compensazione<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> Nota RENDA, *op. cit.*, p. 343 come “spesso la giurisprudenza si limiti a ratificare *post hoc* l'operato stragiudiziale della parte debitrice-creditrice (per lo più il datore di lavoro), la quale eroga la prestazione dovuta a controparte previa defalcazione di quanto quest'ultima deve, ovvero non versa alcunché, ritenendo di vantare un controcredito di maggior importo”.

<sup>554</sup> Affermano MASCIANGELO – MORCAVALLO – VOMERO, *op. cit.*, p. 333 che per quanto attiene alle ipotesi di compensazione impropria “le volte che il giudice non abbia rilevato, d'ufficio o su impulso di parte, l'incongruenza tra la domanda creditoria e l'ammontare del saldo così come risultante in base al computo di tutte le rimesse, il debitore sarà soltanto legittimato ad impugnare la decisione, ma non potrà pretendere il pagamento della rimessa a proprio favore in un separato giudizio, nemmeno domandando la restituzione dell'indebita corresponsione della differenza tra il saldo e la rimessa. In altri termini, l'accertamento del credito risultante dal saldo implica l'accertamento, almeno implicito, che tale saldo corrisponda al computo delle rimesse: sembra allora logico ritenere che il debitore, in base ai principi

Tuttavia, non si può non convenire con quanto affermato da un'Autrice<sup>555</sup> in tema di rapporti di lavoro, secondo cui “tale giudicato – lungi dall’assumere significato costitutivo-determinativo del saldo di un conto – ha la normale portata oggettiva di un giudicato di condanna, il quale, come si è detto, in materia di compensazione, preclude l’eccezione, ma non l’ «azione» del convenuto. Sicché, sia esso intervenuto a favore del lavoratore o del datore di lavoro, non impedirà all’altra parte di agire in separato giudizio per l’adempimento del proprio credito”.

L’evidenza della questione si profila, dunque, proprio con riferimento ai contratti sinallagmatici e alla pretesa di operare la semplice compensazione impropria tra le obbligazioni primarie e risarcitorie da essi nascenti.

Tuttavia, dal momento che possono coesistere in capo alle parti le suddette reciproche obbligazioni, l’insussistenza di motivi sufficienti a sostenere l’inapplicabilità della compensazione propria conduce a ritenere valide anche per queste ipotesi le soluzioni già raggiunte con riferimento alla portata oggettiva del giudicato di condanna poiché “anche in questi casi, infatti, i crediti reciproci non mostrano profili di effettiva incompatibilità, sicché, intervenuta la condanna per l’uno – ed in ispecie in favore dell’autore dell’inesatto adempimento –, il controcredito risarcitorio, sia o meno stato opposto in compensazione nel primo giudizio, potrà essere autonomamente fatto valere in via di azione. Anche qui, in altre parole, la portata preclusiva del giudicato di condanna si estende all’eccezione, ma non all’azione fondata sul credito ad essa sottostante”<sup>556</sup>.

---

generali, non possa essere ammesso a domandare una pronuncia che travolga il giudicato formatosi su tale accertamento”.

<sup>555</sup> MERLIN, *Compensazione e processo. II.*, (cit.), p. 184.

<sup>556</sup> MERLIN, *ivi*, p. 192.

#### **IV - Conclusioni.**

Il percorso sin qui svolto evidenzia come sussista, in tutti i sistemi che abbiamo osservato, una netta discordanza tra la disciplina legale prevista per la compensazione e i meccanismi (creati e) adottati nella prassi per la soluzione di specifici casi concreti in ragione di un'invocata equità.

Un particolare ruolo assumono, in questo percorso, i contratti sinallagmatici e la disciplina da applicare agli stessi nella fase patologica, quando cioè il contratto non sia eseguito in conformità a quanto previsto, ma dia adito a pretese risarcitorie ovvero si sciolga, con la necessità di quantificare le conseguenti pretese risarcitorie e restitutorie.

Il nesso che unisce le suddette obbligazioni, sia esso strettamente sinallagmatico ovvero di interdipendenza – da intendersi così quello che unisce le obbligazioni che nascono dalla o in occasione della medesima relazione giuridica – induce la giurisprudenza e la dottrina a disapplicare totalmente o parzialmente le disposizioni espressamente dettate per la compensazione c.d. propria dando accesso a un non meglio precisato e disciplinato “accertamento di dare e avere”.

Codesto accertamento di dare e avere, di natura e origine giurisprudenziale, comporta innumerevoli difficoltà in punto di disciplina, poiché non vi è un criterio anche solo orientativo da cui dedurre l'applicabilità o meno, eventualmente in via analogica, delle disposizioni di cui agli artt. 1241 ss. c.c. o da cui dedurre l'esistenza e la consistenza di un'altra disciplina.

Non è chiaro, cioè, se codesto accertamento contabile di dare e avere si atteggi come una *compensazione c.d. impropria* – cioè un “sottotipo” di compensazione in senso tecnico con la conseguente applicabilità delle medesime disposizioni seppur in termini di compatibilità – ovvero una *c.d. compensazione impropria* – cioè un istituto del tutto avulso da quello disciplinato dagli artt. 1241 ss. c.c. con una disciplina pertanto completamente a sé stante –.

Ma al di là e a monte dell'individuazione della disciplina applicabile, ciò che suscita difficoltà è l'esistenza stessa e la giustificazione di un istituto che abbia come effetto quello di elidere reciproche posizioni di credito e debito che sia considerato, tuttavia, diverso da quello contemplato dal codice civile agli artt. 1241 ss. c.c.

È la stessa possibilità di individuare nelle maglie del codice civile un diverso e ulteriore modo di estinzione delle obbligazioni – specifico per le obbligazioni sinallagmatiche o comunque derivanti dal medesimo rapporto – analogo negli effetti alla compensazione c.d. tecnica, ma differente nella ricostruzione dogmatica, a suscitare dubbi che mi paiono insuperabili.

Allo stato attuale, e per i motivi su cui mi sono soffermata *supra*, mi sembra si debba convenire con chi ha affermato che “la nozione di compensazione atecnica o impropria può essere accantonata senza rammarichi”<sup>557</sup>.

Addivenire a questa conclusione non significa, tuttavia, nascondere che ci sia un’esigenza concreta (e talvolta anche condivisibile) sottesa alle pronunce che hanno fatto applicazione della compensazione impropria, e che consiste nell’esigenza di ricostruire la disciplina delle reciproche obbligazioni quando esse derivino dallo stesso rapporto, tanto più se sinallagmatico, osservandole non in senso atomistico, ma tenendo presente il collegamento genetico o funzionale ad esse sotteso.

Non mi sembra, tuttavia, che la strada da percorrere per valorizzare questo legame debba transitare per una non giustificata elisione contabile, per la semplice “somma algebrica” delle pretese da applicarsi sempre e comunque, e senza limiti, sostanziali e processuali.

Codesto meccanismo mi sembra possa essere invocato, infatti, soltanto ove siano le parti a richiamarlo, ove sia la natura stessa del contratto a prevederlo come meccanismo attuativo, oppure quando sia la legge stessa a prevedere dei modi di calcolo o di liquidazione di *un’unica pretesa* che impongano di effettuare l’operazione algebrica tenendo conto di fattori a segno più e a segno meno.

Al di fuori di queste specifiche situazioni mi sembra, invece, che non vi sia spazio per il ricorso ad un generico accertamento contabile. O vi è, infatti, un unico rapporto di credito/debito il cui ammontare va calcolato computando vantaggi e svantaggi oppure, se i rapporti sono due e reciproci – siano essi collegati, non collegati, autonomi, non autonomi o in rapporto sinallagmatico – allora potranno estinguersi solo per compensazione ai sensi dell’art. 1241 ss. c.c.

---

<sup>557</sup> GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia fra i crediti reciproci*, in *Giur. It.* 1994, IV, p. 284, c. 294.

Una maggiore tutela del sinallagma, pertanto, deve essere ricercata, a mio parere – se si ritiene che i rimedi sinallagmatici già previsti dall’ordinamento siano insufficienti allo scopo – in una prospettiva *de iure condendo* che risolva a livello legislativo quelle lacune che, invece, si tendono a colmare per mezzo del ricorso al semplice accertamento contabile di dare e avere.

È solo attraverso un intervento legislativo che, infatti, si potrebbero superare quei limiti previsti dalla disciplina ordinaria della compensazione circa l’inopponibilità della stessa nel caso di illiquidità del credito<sup>558</sup>, inesigibilità<sup>559</sup> ovvero nel caso di divieti di compensazione, e circa il trattamento processuale.

Vi è un altro aspetto che, in secondo luogo, deve condurre a ritenere necessario un intervento legislativo al fine di legittimare il ricorso ad una “compensazione c.d. impropria”: non si può lasciare alla mera discrezionalità del giudice del caso concreto la definizione dei rapporti tra contraente compensante e terzi.

Se è vero, infatti, che la giurisprudenza italiana non ha (ancora) manifestato un orientamento unitario con riferimento alla problematica dei conflitti tra colui che invoca la compensazione dei due reciproci crediti sinallagmatici e i terzi<sup>560</sup>, ciò sembra dettato unicamente dalla contingenza dei casi che le sono stati sottoposti.

Se, tuttavia, si dovessero trarre le logiche conseguenze da quell’orientamento che ritiene l’intero complesso di norme previsto dagli artt. 1241 ss. c.c. inapplicabile alla compensazione c.d. impropria, allora se ne dovrebbe dedurre che quest’ultima è

---

<sup>558</sup> In questo senso si può richiamare quanto dispone il par. III. – 6:103 del *Draft Common Frame of Reference* il quale, dopo aver stabilito che il debitore non possa opporre in compensazione un diritto che sia incerto nella sua esistenza e nel suo ammontare, a meno che non risulti che l’interesse del creditore non viene pregiudicato dalla compensazione stessa, aggiunge che si presume che l’interesse del creditore non subisca pregiudizio quando entrambi i crediti derivano dal medesimo rapporto (“*where the rights of both parties arise from the same legal relationship it is presumed that the creditor’s interests will not be prejudiced*”). Ciò significa che, quando i crediti reciproci derivano dalla medesima relazione giuridica, la compensazione non può essere impedita dall’incertezza o illiquidità di uno dei crediti. Negli stessi termini si esprime il par. 13:102 dei Principi generali di diritto europeo dei contratti. Analogamente nei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (2010), i quali affermano che “quando i debiti di entrambe le parti derivano dallo stesso contratto, la prima parte può compensare il proprio debito anche con un debito della controparte che non sia certo nell’esistenza o nell’ammontare” (art. 8.1).

<sup>559</sup> Si veda *supra* la proposta di modifica del Code civil proposta dal progetto Catala, mediante l’introduzione della regola secondo cui “*Lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l’une d’entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d’exigibilité*”.

<sup>560</sup> A differenza della giurisprudenza francese, nella quale anzi è proprio dal conflitto con i diritti dei terzi che prende forma la *compensation des dettes connexes*.

opponibile nei confronti di qualsiasi terzo<sup>561</sup>, sia esso cessionario di uno dei crediti, oppure sia titolare di diritto di usufrutto o di pegno, ovvero ancora abbia pignorato il credito.

Il punto di equilibrio soddisfacente tra i due centri di interesse primari che entrano in gioco nel traffico giuridico – da un lato, quello del contraente che vuol godere della garanzia derivante dalla controprestazione<sup>562</sup>, dall'altro, quello dei terzi estranei a questo rapporto, ma che potrebbero essere pregiudicati da una compensazione (propria o impropria) che il primo possa opporre senza limiti – richiede, tuttavia, una certezza delle posizioni giuridiche che non sia lasciata alla discrezionalità del giudice occasionalmente adito, bensì sia affidata ad una politica legislativa che si traduca in un complesso normativo predeterminato e suscettibile di orientare le scelte giuridiche ed economiche degli operatori<sup>563</sup>.

Analogamente, richiederebbe una precisa scelta di politica legislativa la stessa possibilità di riscontrare l'esistenza del vincolo sinallagmatico anche tra le obbligazioni di restituzione delle prestazioni indebite ricevute in forza di un contratto nullo, annullato, rescisso o risolto, al fine di invocare la tutela del suddetto vincolo<sup>564</sup>.

La conclusione cui mi sembra di poter pervenire, pertanto, è che la risposta a questi quesiti giuridici, di notevole importanza, non può essere data semplicemente attraverso un generico richiamo ad una compensazione c.d. impropria, di cui non è definito – e non è neppure “definibile” in via meramente interpretativa poiché in mancanza di

---

<sup>561</sup> Si vedano *supra* le sentenze che, ad esempio, ritengono inapplicabile alla compensazione c.d. impropria l'art. 2917 c.c. e, pertanto, opponibile la compensazione anche quando uno dei crediti reciproci è stato oggetto di pignoramento da parte di un terzo.

<sup>562</sup> Il concetto è esplicitato con maggior forza nel sistema francese, dove è usuale affermare che “*lorsque deux dettes sont connexes, le principe de la compensation constitue, pour les parties, une garantie*” (v. *ex pl.* ARZALIER, *La connexité en droit civil*, Parigi, 2002, p. 117).

<sup>563</sup> Si veda ancora il progetto di riforma del diritto delle obbligazioni a cura del prof. Catala secondo cui “*La transmission ou la saisie de l'une des créances connexes ne fait pas non plus obstacle à la compensation*” (art. 1248-1).

<sup>564</sup> La discrezionalità del legislatore riveste, infatti, anche qui un ruolo fondamentale. Si prenda ancora ad esempio quanto previsto dal progetto di riforma del diritto delle obbligazioni a cura del prof. Catala: quel complesso normativo, che da un lato ammette espressamente la compensazione di crediti connessi, dall'altro stabilisce che il giudice che dichiara la nullità o risoluzione del contratto debba al contempo dichiarare la compensazione giudiziale dei debiti fungibili di restituzione. Sembrerebbe, pertanto, escludere il *lien de connexité* tra le suddette obbligazioni. La distinzione non è meramente terminologica, perché se è vero, come abbiamo visto, che in caso di debiti connessi la compensazione non è esclusa dall'avvenuto pignoramento di uno dei crediti, sembrerebbe invece esclusa quando il credito pignorato sia quello di restituzione.

disposizioni a sostegno qualsiasi scelta risulta arbitraria – né quando ricorra, né come debba essere disciplinata.

Le esperienze italiana, francese e tedesca manifestano, infatti, all'unisono l'inadeguatezza del semplice intervento interpretativo (giurisprudenziale o dottrinale) a soddisfare le esigenze di certezza che sono sottese alla vasta e fondamentale area del diritto dei contratti.

La conclusione che mi sembra doversi trarre, pertanto, con riferimento alla'esperienza italiana è che, prendendo a prestito le parole di un Autore<sup>565</sup>, in mancanza di un intervento riformatore, “la formula «compensazione impropria» pare evocare un «ossimoro» giuridico, se si considera che, nel nostro ordinamento, la compensazione o è «propria», ossia quella regolata dagli artt. 1241 ss. c.c., oppure, semplicemente, non lo è”.

---

<sup>565</sup> FOLLIERI, *L'«ossimoro» giuridico della compensazione c.d. impropria*, nota a Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2007, n. 17390, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 623.





## Bibliografia

- A.A. V.V., *Code de commerce*, a cura di PÉTEL, Paris, 2010.
- A.A. V.V., *Code de commerce*, diretto da RONTCHEVSKY, Paris, 2013.
- AA.VV., *Codice del fallimento*, a cura di PAJARDI, Milano, 2009 e 2013.
- ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto, V-2 Rimedi*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.
- AGOSTINI, *Il ragionevole conguaglio tra obbligazioni pecuniarie contrapposte nel rapporto di lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, nota a Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 259, in *Riv. it. dir. lav.* 2006, p. 802.
- AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto, V-2 Rimedi*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.
- AMENDOLAGINE, *La compensazione legale delle reciproche posizioni debitorie in fattispecie negoziali collegate*, nota a Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 260, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 976.
- ANGELONI, *I modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento. La compensazione*, in A.A. V.V., *Obbligazioni – Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI – RESCIGNO, Milano, 2009.
- APPLETON, *Hystoire de la compensation*, Lyon, 1895.
- ARZALIER, *La connexité en droit civil*, Paris, 2002.
- ASTUTI, voce *Compensazione (storia)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961.
- AUBRY – RAU, *Cours de droit civil francais*, Paris, 1938.
- AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.
- AUTERI, *Compensazione e ammissione al passivo fallimentare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, p. 37.
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, III – L'attuazione*, Milano, 1948.
- BARBA, *sub art. 73 l.f.*, in NIGRO – SANDULLI – SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010.
- BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, Como-Milano 1946.
- BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, I, p. 92.
- BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.

- BARGELLI, *Invalidità, impugnative contrattuali, restituzioni*, in *Studium iuris*, 2012, p. 411.
- BASILONE, *Compensazione di crediti reciproci derivanti dalla medesima fonte obbligatoria: la c.d. compensazione impropria*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 1998, n. 18498, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 458.
- BASILONE, *Compensazione legale ed automatismo degli effetti. L'autonomia dei rapporti nella locazione e sublocazione*, nota a Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 260, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 985.
- BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, ed. it., Milano, 1914.
- BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parigi, 1908.
- BECKMANN, *Kauf*, in STAUDINGER, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, 2008.
- BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988.
- BELLELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989.
- BENABENT, *Droit civil – Les obligations*, Parigi, 2010.
- BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, sub art. 1460, in *Il codice civile - Commentario*, fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Milano, 2011.
- BENEDETTI, sub art. 1460, in NAVARRETTA – ORESTANO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Torino, 2011.
- BESSON, nota a Chambre des requetes 7 febbraio 1928, in *Recueil Dalloz*, 1928.
- BIANCA, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012.
- BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, III, Torino, 1992.
- BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, sub artt. 1460 – 1461, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Roma – Bologna, 1988.
- BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. 4ed. - Disc. Priv.*, Torino, 1991.
- BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927.
- BIONDI, voce *Compensazione (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1974.
- BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957.

BOCKHOLDT, *Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, AcP 206 (2006).

BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938.

BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.

BORGHESI, voce *Compensazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. 4ed.*, Torino, 1988.

BRANDES, in *Münchener Kommentar zur InsO*, München, 2007, sub §§ 94-95-96 *InsO*.

BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974.

BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA – ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991.

BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

BROX – WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2011.

BRUNO, *Compensazione tecnica, compensazione atecnica e pignoramento: verso un indirizzo uniforme della corte di cassazione*, nota a Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12327, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 60.

BUSCHE, in *Münchener Kommentar BGB*, München, 2012, sub § 634.

BUSCHE, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2005, sub § 406.

CANARIS – DE CRISTOFARO, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2003.

CANARIS, *Die Gegenleistungskondiktion*, in *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991.

CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano 1949.

CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in A.A. V.V., *Obbligazioni – Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI – RESCIGNO, Milano, 2009.

CAPEZZUTO, *Fatto illecito e compensazione "impropria"*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18498, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 501.

CAPITANT – TERRÉ – LAQUETTE, *Les grands arrest de la jurisprudence civile*, Paris, 2002.

CARAVELLI, *Teoria della compensazione*, Pisa, 1930.

CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993.

CARBONNIER, *Theorie des obligations*, Paris, 1983.

CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, sub art. 1453, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 1990.

CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914.

CELENTANO, *Effetti del fallimento per i creditori*, in FAUCEGLIA – PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 527.

CICERO, *La compensabilità dei debiti che si originano da una medesima fonte*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 1998, n. 18498, in *Resp. civ. e prev.* 2007, p. 1135.

COSATTINI, *Pignorabilità, sequestrabilità e compensazione*, in *Diritto del lavoro*, a cura di CARINCI, III – *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 2007.

COSENTINO PATTI, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Napoli, 1983.

CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.

CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909.

CUZZERI, in BOLAFFIO – VIVANTE, *Il codice del commercio commentato, Del fallimento*, Torino, 1927, *sub art.* 707 Codice del Commercio.

DALBOSCO, *Compensazione legale e giudiziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, p. 493.

DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, in *Riv. Dir. civ.* 1996, I, p. 176.

DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, *Riv. Dir. civ.*, 1989, I, 357.

DALMARTELLO, voce *Pegno irregolare*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965.

DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1969.

DE LORENZI, voce *Compensazione*, in *Dig. 4ed - Disc. priv.*, Torino 1988.

DE SANTIS, *Debiti derivanti da un medesimo rapporto giuridico e applicabilità della c.d. compensazione "impropria"*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18498, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 808.

DELVITTO, *Commentario del Codice civile*, Torino, 1879.

DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*, Parigi, 1868.

DENNHARD, in BAMBERGER-ROTH, *Beck'scher OK, BGB*, München, 2013, *sub §§* 387-390-394.

DESJARDINS, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit francais ancien et modern*, Paris, 1864.

DI LAURO, *La compensazione nel fallimento: un passo avanti delle Sezioni Unite*, nota a Cass. s.u. 16.11.1999, n. 775, in *Dir. fall.* 2000, II, p. 261.

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Roma - Bologna, 1988.

DI MARCELLO, *La revocatoria delle rimesse e il problema dei “modi di estinzione delle obbligazioni” nello svolgimento del rapporto di conto corrente bancario*, in *Banca borsa tit. cred.* 2004, p. 335.

DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, IX, diretto da RESCIGNO, Torino, 1999.

DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1777.

DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, Paris, 1989.

ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, sub § 325.

ESSER – WEYERS, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil*, Heidelberg, 2000.

FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Paris, 2010.

FALQUI-MASSIDDA, *Compensazione*, in *Riv. Dir. civ.*, II, 1961, p. 61.

FAUCEGLIA – PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009.

FAUST, in BAMBERGER-ROTH, *Beck’scher OK*, BGB, München, 2011, sub § 437.

FERRANTI – AMBROSIO, *Art. 73 l.f. – Il contratto di vendita con riserva della proprietà*, in GHIA – PICCININNI – SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010.

FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 1989.

FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di riparazione equa del danno*, Milano, 2008.

FINKENAUER, *Das faktische Synallagma und die Lehre von der Gesamtabrechnung*, in *Jus*, 1998, p. 986.

FLOUR – AUBERT – SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d’obligation*, Parigi, 2011.

FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *FS für Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953, p. 151ss.

FLUME, *Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht – Zur Saldotheorie und ihren ‘Ausnahmen’*, in *JZ*, 2002, p. 321.

FLUME, *Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung*, AcP 194 (1994).

FLUME, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen, 2003.

FOLLIERI, *L'“ossimoro” giuridico della compensazione c.d. impropria*, in *Obbligazioni e contratti* 2008, p. 614.

FOSCHINI, *La compensazione e i rapporti bancari in conto corrente*, in *Banca borsa e tit. cred.* 1964, I, p. 149.

FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965.

FRIER, *Les dettes connexes dans la faillite*, Paris, 1951.

GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, in *Revue de droit civil*, 1980.

GAIER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, sub § 348.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale. I. Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004.

GALGANO, *Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, in GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010.

GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in *Corso di diritto civile*, Padova, 2011.

GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2008.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011.

GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1994.

GHESTIN, nota a Cour de Cassation 4 luglio 1973, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1974.

GHIA – PICCININNI – SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010.

GIACALONE, *Compensazione nel fallimento: nuovo intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass. s.u. 16.11.1999, n. 775, in *Giust. Civ.* 2000, I, p. 351.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1888.

GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1960.

GIOVEDÌ, *Conguaglio dei crediti reciproci fra datore di lavoro e lavoratore*, nota a Cass. civ, sez. lav., 20 giugno 2003, n. 9904, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, p. 78.

GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955.

GOTTWALD, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, 2013, sub § 322.

GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia fra i crediti reciproci*, in *Giur. It.*, 1994, IV, p. 284.

GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del diritto*, XXXVIII, Milano 1987.

GROTHER, in BAMBERGER-ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013, sub § 326, 348.

GRUBER, in VORWERK – WOLF, *Beck'scher OK ZPO*, München, 2013, *sub* § 322.

GRÜNEBERG, in PALANDT, *BGB*, München, 2012, *sub* §§ 273, 281, 326, 387, 389, 392, 406 e Vorbemerkungen § 249.

GSELL, in SOERGEL, *BGB*, Stuttgart, 2005, *sub* § 326.

GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012.

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012.

GURSKY, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2011, *sub* §§ 387 *Vorbemerkungen*, 387, 390, 394.

HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Tübingen, 2004.

HIRSCH, *Allgemeines Schuldrecht*, Köln, 2009.

ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU – MESSINEO – MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2003.

INFANTE, *Incidenti stradali e crediti reciproci: scatta la compensazione “ impropria ”*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 agosto 1998, n. 18498, in *Diritto e giustizia* 2006, 35, 10.

INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 1988.

KAISER, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, Tübingen, 2000.

KAISER, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2004, *sub* § 348.

KROTH, in BRAUN, *InsO*, München, 2012, *sub* § 94, 95, 96.

LABBÈ, nota a Cour Amiens 16.5.1877 e Cour Caen 27.6.1874, in *Recueil Sirey*, 1879, II, p. 146.

LA LUMIA, *Pegno irregolare e sconto*, nota a Corte di Cassazione di Torino, 16 ottobre 1913, Fall.to Pisati e De Grandi c. Banca Santagostino, in *Riv. Dir. Comm.*, 1914, II, p. 518.

LARENZ - CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil*, München, 1994.

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil*, München, 1987.

LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Bruxelles, 1862.

LAURENT, *Principii di diritto civile*, Napoli, 1882.

LEITHAUS, in ANDRES – LEITHAUS, *InsO*, München, 2011, *sub* §§ 94, 95 e 96.

LESER, *Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma*, Freiburg, 1956.

LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, Napoli-Torino, 1908.

LONGO, (*in tema di compensazione*), nota a Corte App. Catania 21/7/2007, in *Foro it.* 2009, p. 539.

LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950.

LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Besonderer Teil*, München, 2012.

LORDI, *Il fallimento*, Napoli, 1946.

LORENZ, *Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, in *FS für Canarias zum 70. Geburtstag*, München, 2007.

LORENZ, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2007, *sub* § 818.

LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, *sub* art. 1453, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 1990.

LUTUN, *La compensation en droit des procédures collectives: un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres*, in *La Semaine Juridique - Entreprise et affaires*, 6 febbraio 2003.

MACCARONE, *Delle obbligazioni*, *sub* art. 1241 ss., in DE MARTINO, *Commentario teorico-pratico al codice civile*, Novara, 1978.

MAFFEIS – FONDRIESCHI – ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2012.

MALINVAUD – FENOUILLET, *Droit des obligations*, Parigi, 2010.

MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2007.

MANSEL, in JAUERNIG, *BGB*, München, 2011, *sub* § 636.

MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag*, in STAUDINGER, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, 2008.

MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955.

MARTY – RAYNAUD – JESTAZ, *Droit civil. Les obligations – Le régime*, Parigi, 1989.

MASCIANGELO – MORCAVALLO – VOMERO, *La compensazione*, in BURDESE – MOSCATI, *I modi di estinzione*, in GAROFALO – TALAMANCA, *Trattato delle obbligazioni*, Padova 2008.

MAZEAUD – MAZEAUD – CHABAS, *Lecons de droit civil. Obligations*, Parigi, 1991.

MAZEAUD – MAZEAUD – CHABAS, *Lecons de droit civil. Obligations*, Parigi, 1998.

MEDICUS – LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 2010.



- MEDICUS – LORENZ, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, München, 2009.
- MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Parigi, 1969.
- MEOLI, *Unicità di titolo, esigibilità dei crediti e compensazione nel fallimento*, nota a Cass. civ., s.u., 16 novembre 1999, n. 775, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 275.
- MERLIN, *Compensazione e processo. I.*, Milano, 1991.
- MERLIN, *Compensazione e processo. II. Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994.
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, 1968.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959.
- MESTRE, *La compensation liberale des dettes connexes*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988.
- MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Torino, 1982 e 1957.
- MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, p. 32 ss.
- MISCIONE, *Pignoramenti, compensazione e cessioni di retribuzioni*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2009, p. 869.
- MOLLE, voce *Conto corrente bancario*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1959.
- MUSIELAK, in ID., *ZPO*, München, 2012, *sub* § 322.
- NAPPI, *Contributo alla teoria della compensazione*, Torino 1999.
- NAPPI, *Studi sulla compensazione*, Torino 2004.
- NDOKO, *Les mystères de la compensation*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 661.
- NIGRO – SANDULLI – SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010.
- OERTMANN, *Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften*, in *DJZ* 1915, p. 1063.
- OSWALD, *Anspruchsrelevante Verknüpfungspänomene im Schuldrecht*, Frankfurt am Main, 2011.
- ÖTKER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, *sub* § 249.
- OTTO – SCHWARZE, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2009, *sub* §§ 280, 281 e 326.
- PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. del diritto*, XXXVIII, Milano 1987.
- PALUCHOWSKI, *sub* art. 72 l.f., in PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 2009.

PANAIIOTTI, *Denunciata alla Consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione propria e impropria, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 132.

PANZANI, *Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente*, in *Fallimento*, 2000, p. 537.

PEDAMON – CARMET, *La compensation dans le procédures collectives de règlement du passiv*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1976.

PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Napoli, 2009.

PELEGGI, *Sentenza Cass. civ. sez. un. 16 novembre 1999, n. 775. Compensazione e connessione tra obbligazioni: profili comparatistica*, nota a Cass. civ., s.u., 16 novembre 1999, n. 775, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 985.

PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 1975.

PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972.

PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955.

PÉTEL, *Procédures collectives*, Paris, 1998.

PETERS – JACOBY, in STAUDINGER, *BGB*, Berlin, 2008, *sub* § 634.

PETERS, *Unselbständige Rechnungsposten und selbständige Forderungen, Aufrechnung und Verrechnung*, in *Juristenzeitung*, 1988.

PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milano, 1997.

PICARDI, *Nuove aperture delle Sezioni Unite in tema di compensazione nel fallimento*, nota a Cass. civ., s.u., 16 novembre 1999, n. 775, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 290.

PICELLA – POTENZA, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1942.

PICHONNAZ, *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di "compensatio ipso iure"*, in *Rivista di diritto romano*, 2002, p. 337.

PICHONNAZ, *La compensation*, Fribourg, 2001.

PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963.

PLANIOL – RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1954.

POTHIER, *Traité des obligations*, Orleans, 1761.

POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, ed. it., Livorno, 1841.

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974.

PUGIOTTO, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, Milano, 1994.

PULEO, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961.

RAGO, *La compensazione e le procedure fallimentari*, in *Dir. Fall.*, I, 2004, p. 1006.

RAGUSA MAGGIORE, voce *Compensazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

RAIMODI, *Alcune considerazioni sulla compensabilità dei crediti derivanti da trattamento di fine rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.* 2006, p. 358.

REALMONTE, voce *Eccezione d'inadempimento*, in *Enc. del diritto*, XIV, Milano, 1965.

REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, I, p. 10.

RÉMERY, *Compensation : à défaut d'obligations nées d'un même contrat, le lien de connexité peut s'induire de relations s'inscrivant dans un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations*, in *La Semaine Juridique - Entreprise et affaires*, 6 luglio 1995.

RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, in PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI, Torino, 2010.

RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965.

REUTER – MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983.

RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1886.

ROHE, in BAMBERGER – ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013 *sub* § 406.

RONDO, *Costituzionalmente legittima la c.d. compensazione impropria*, nota a Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 259, in *Argomenti dir. lav.*, 2007, p. 433.

ROTH, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, *sub* § 406.

ROTH, *Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion*, in *FS für Canaris zum 70. Geburtstag*, München, 2007.

RÖTHEL, in ERMAN, *BGB*, Köln, 2008, *sub* § 348.

RUSCELLO – CORDIANO, in PERLINGIERI, *Codice civile*, IV, Napoli, 2010, *sub* artt. 1241-1252.

RUSCELLO – CORDIANO, *sub* artt. 1230-1259, in Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010.

SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato*, X, diretto da RESCIGNO, Torino, 1995.

SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano - Varese, 1960.

SCALINI, *La compensazione nel fallimento*, Milano, 1988.

SCHLESINGER, *Compensazione fallimentare con crediti del fallito non ancora scaduti al momento dell'apertura del concorso*, nota a Cass. civ., s.u., 16 novembre 1999, n. 775, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 333.

SCHLESINGER, voce *Compensazione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957.

SCHLÜTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, *sub* §§ 387 *Voraussetzungen*, 393 e 394.

SCHREIBER, in SOERGEL, *BGB*, Stuttgart, 2010, *sub* § 406.

SCHULZE, *BGB*, München, 2012, *sub* Vorbemerkung zu §§ 249-253, 281, 326, 387, 406 e 818.

SCHUPFER DA CHIOGGIA, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principi del diritto romano*, Padova, 1868.

SCHWAB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2009, *sub* § 818.

SINZ, in UHLENBRUCK, *InsO*, München, 2010, *sub* §§ 94, 95 e 96.

SLATAPER, *Compensazione, pignoramento, sequestro*, in *La retribuzione*, a cura di GRAGNOLI – PALLADINI, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 2012.

SLATAPER, *Rapporti di debito-credito tra datore di lavoro e lavoratore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1995, p. 728.

SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1950.

SPRAU, in PALANDT, *BGB*, München, 2012, *sub* § 818.

STADLER, in JAUERNIG, *BGB*, München, 2011, *sub* §§ 281 e 818.

STADLER, in MUSIELAK, *ZPO*, München, 2012, *sub* § 145.

STANZIONE, *Rapporto giuridico (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma 1993.

STOLFI, *Diritto civile. III. Le obbligazioni in generale*, Torino, 1932.

STOLL, *Rücktritt und Schadensersatz*, in *AcP* 131 (1929), p. 141.

STÜRNER, in JAUERNIG, *BGB*, München, 2011, *sub* § 406.

TAMPIERI, *La compensazione dei crediti di lavoro*, in CORSINI – FORNERO – TAMPIERI, *Crediti di lavoro, surrogazione e compensazione*, Milano, 1999.

TARZIA, *La verifica ed il realizzo del pegno nel fallimento*, in *Fallimento*, 2011, p. 579.

TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2002.

TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2005.

THIER, *Grundprobleme der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, in *JuS-Lernbogen*, 1999, pag. L-12.

THIER, *Rücktrittsrecht und Berericherungshaftung: zur Reichweite von § 346 Abs. 3 S. 1 n. 3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Veträge*, in *Festschrift für A. Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005.

TIEDKE, *Der Wegfall der Bereicherung nach Rechtshängigkeit des Rückgewahranspruchs*, in *Der Betrieb*, 1979, 1264.

TORRENTE, *La compensazione dei crediti nascenti dal rapporto di lavoro*, in *Giust. Civ.* 1951, I, p. 68.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012.

TUHR, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, in *Festschrift für Bekker*, 1907, S 293, 309.

UNBERATH, in BAMBERGER – ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2011, *sub* § 281.

VALLAURI, *Alcune considerazioni sui limiti alla compensabilità dei crediti retributivi e alla loro disponibilità da parte del lavoratore*, nota a Trib. Roma 20/7/1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 315.

VENEZIA, *Compensazione impropria e contratto di agenzia*, nota a Cass. civ., sez. III, 25 novembre 2002, n. 16561, in *I Contratti* 2003, p. 478.

VIERRATH, *Anrechnung und Aufrechnung*, Aachen, 2000.

VIGO, *Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, Milano, 1994.

VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto, V-2 Rimedi*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.

- VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, IV - Le obbligazioni: contratti e prescrizione*, Milano, 1926.
- VOIT, in BAMBERGER – ROTH, *BGB*, München, 2008, *sub* § 636.
- VOLLKOMMER, in ZÖLLER, *ZPO*, Köln, 2012, *sub* §§ 322 *Vorbemerkungen* e 322.
- VON CAEMMERER, “*Mortuus redhibetur*”. *Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137*, in *Festschrift für K.Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973.
- VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift für Rabel*, Tübingen, 1954.
- VON FELDMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 1994, *sub* §§ 387, 393 e 394.
- WENDEHORST, in BAMBERGER-ROTH, *Beck'scher OK BGB*, München, 2013, *sub* § 818.
- WENDTLAND, in VORWERK – WOLF, *Beck'scher OK ZPO*, München, 2013, *sub* § 145.
- WITKOWSKI, in NERLICH – RÖMERMANN, *InsO*, München, 2012, *sub* §§ 94 e 96.
- ZAGREBELSKY – MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.
- ZAGREBELSKY, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 1158.
- ZUDDAS, *Compensazione*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988.