

Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di «compensatio ipso iure»¹

INTRODUZIONE — I. LA COMPENSAZIONE «IPSO IURE» A ROMA: 1. L'uso del sintagma 'ipso iure' con riferimento alla compensazione in diritto classico: a) La «compensazione automatica» delle negligenze; b) 'Ipso iure' come compensazione fondata sulla formula processuale — 2) Il senso dell'espressione 'ipso iure' presso Giustiniano: a) Uno sguardo alla compensazione nel regime della procedura *extra ordinem*; b) Una compensazione giudiziaria sotto Giustiniano — II. LA COMPENSAZIONE «IPSO IURE» A BOLOGNA: 1. Le ragioni della scelta di una compensazione automatica — 2. L'influenza di Martino e la reinterpretazione del suo pensiero — CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

Come ciascuno sa, la compensazione ('*compensatio*', «compensation», «Aufrechnung», «set-off») è un meccanismo comune e di per sé assai semplice. Allorché dei crediti sono reciprocamente contrapposti, essi possono estinguersi nella misura del minore dei due, a patto che siano soddisfatte le condizioni fissate dal diritto vigente. Ci si può di conseguenza stupire che la compensazione sia spesso considerato un tema tecnico e difficile, che ha dato luogo, notoriamente, durante il XIX secolo, a una letteratura molto abbondante².

E' noto come in diritto italiano, la disposizione topica contenuta nel codice civile del 1942 sia l'art. 1242 c. 1, in base al quale «la compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio». Quest'articolo rivela i sintomi della controversia ottocentesca, anche se mi pare attualmente del tutto insoddisfacente, tenuto conto dell'evoluzione della compensazione in diritto italiano, da un lato, e in diritto europeo, dall'altro³. Ad esso si aggiunge poi la

¹) Questo testo è quello della conferenza che ho avuto l'onore di tenere il 26 marzo 2003 nella Università del Piemonte Orientale, Facoltà di Giurisprudenza, sede di Alessandria, per il primo corso di dottorato di «Fondamenti del diritto europeo e metodologia comparatistica». Ringrazio il dottor Michele Antonio Fino, ricercatore presso detta facoltà, per la traduzione italiana di questo contributo, e Jean-Christophe a Marca, avvocato e assistente alla Facoltà di diritto dell'Università di Friburgo per il suo aiuto nella messa a punto del testo e delle note.

²) Cfr. in modo particolare J.C. HASSE, *Über die Compensation und ihre Liquidität*, in «Archiv für civilistische Praxis» VII, 1824, p. 145-207, J. L. TELLKAMPF, *Über das Erfordernis des Liquidität*, in «AcP», XXIII, 1840, p. 301-342, A. UB-
BELOHDE, *Über den Satz: ipso iure compensatur*, Göttingen, 1858, A. VON BRINZ, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig, 1849, H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*², Heidelberg, 1886, F. EISELE, *Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht*, Berlin, 1876, e in Francia, CH. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, ed A. DESJARDINS, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Paris, 1864.

³) A proposito dell'interpretazione della compensazione in diritto italiano, cfr. anzitutto E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, F. NAPA, *Contributo alla teoria della compensazione. Per una rivisitazione dell'istituto in una prospettiva transnazionale*, Torino, 1999, G. RAGUSA-MAGGIORE, 'Compensazione (diritto civile)', in «ED.», VIII, Milano, 1961, p.17-28, e P. SCHLESINGER, 'Compensazione (diritto civile)', in «NNDI.», III, Torino, 1959, p. 722-731; si veda anche P. PICHONNAZ, *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, p. 1850 ss., e i numerosi riferimenti ad autori italiani.

presenza dell'art. 1243 c. 2, novità del codice del 1942 rispetto a quello del 1865, oltre che unica disposizione in Europa a parlare esplicitamente di compensazione giudiziaria: «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». Inoltre, in diritto italiano, le condizioni per la compensazione giudiziaria sono le stesse di quelle della compensazione automatica⁴ (reciprocità, esigibilità⁵ e omogeneità dei crediti, vale a dire identità del genere⁶ di crediti), con l'eccezione dell'esigenza di liquidità del contro-credito⁷, su cui avremo modo di ritornare.

Il tema centrale della controversia, nel corso del XIX secolo, in tema di compensazione, fu quello di sapere se la compensazione operasse *ipso iure*, vale a dire in modo automatico, o se funzionasse *ope exceptionis*, in virtù di un'eccezione sollevata in giudizio e poi, più tardi, di una dichiarazione effettuata comunque nell'ambito del processo. La difficoltà, che agitava gli spiriti, almeno in parte, già durante il Medioevo, risale infatti alla lettura che si può fare dei testi giustiniani relativi alla compensazione *ipso iure*.

Tratterò di questo tema in due parti. Nella prima analizzerò i testi del *Corpus Iuris Civilis* che utilizzano l'espressione '*ipso iure*' in relazione alla compensazione; in una seconda parte, presenterò la comprensione che degli stessi passi ebbero i glossatori e i commentatori. Viaggeremo quindi attraverso il tempo e lo spazio: da Roma a Bologna.

I. LA COMPENSAZIONE «IPSO IURE» A ROMA

I due testi principali sui quali gli interpreti si sono appoggiati per presentare la compensazione *ipso iure* sono di Giustiniano: si tratta di una costituzione del 1 novembre 531 (C.I. 4.31.14, indirizzata a Giovanni) il cui testo integrale è il seguente:

pr. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personarum actionibus inter se observanda. 1. Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admitendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplioem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

⁴) Cfr. Part.1243 c. 1 *cod. civ.*: «La compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili»; cfr. a proposito di queste condizioni in particolare M. KANNENGISSER, *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 9 ss., RAGUSA-MAGGIORE, '*Compensazione*', cit., p. 25 s., e SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 722 s.

⁵) La giurisprudenza ha aggiunto il requisito della certezza del credito: cfr. Cass., 13.5.1987, n. 4423, in «Massimario del Foro italiano», 1987; si vedano le decisioni citate in G. PESCATORE, C. RUPERTO, *Codice civile, annotato con la giurisprudenza della corte costituzionale, della corte di cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori*¹⁰, I (art. 1-1551), Milano, 1997, sub art. 1243 *cod. civ.*, nt. 1a (ma questa condizione si può congiungere a quella dell'esigibilità), e F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II. *Le obbligazioni e i contratti*, 1, *Obbligazioni in generale, contratti in generale*³, Milano, 1999, p. 105; cfr. RAGUSA-MAGGIORE, '*Compensazione*', cit., p. 26.

⁶) La giurisprudenza concede che l'esigenza di omogeneità (identità del genere) possa essere ammessa con minore rigore nella compensazione giudiziaria: cfr. N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in «Trattato di diritto privato», Torino, 1988, IX, p. 336 s., nonché G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*⁵, Padova, 1997, sub art. 1243, nt. 5; *contra*, in particolare SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 729.

⁷) Cfr. per la dottrina ormai pressoché unanime MERLIN, *Compensazione*, cit., p. 472 e i riferimenti contenuti nella nt. 2; si veda a questo riguardo R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*³, II, Napoli, 1923, p. 204, secondo il quale la compensazione giudiziaria è altresì possibile quando manchi un'altra condizione per la compensazione legale.

pr. Desideriamo che le compensazioni siano operate ipso iure in tutte le azioni, senza dover distinguere tra azioni personali e azioni reali. 1. Tuttavia, vogliamo che le compensazioni siano opposte solo se l'affare in virtù del quale si compensa è chiaro e non viziato da numerose fonti di confusione, ma anzi che il giudice possa facilmente venirne a capo. In effetti è deplorabile, dopo lotte molteplici e varie, allorché infine la prova è formata, vedere la parte avversa, che è già piuttosto in imbarazzo, opporre la compensazione, ad un debito già certo e indubitabile e quindi veder sfumare la speranza di una condanna, in seguito a manovre dilatorie. Quindi, che i giudici ci facciano attenzione, e che non si mostrino troppo inclini ad ammettere delle compensazioni, che non le accolgano con troppa facilità, ma che, al contrario, statuendo in modo rigoroso, se si accorgono che esse esigono un'istruttoria troppo difficile e troppo lunga, che le stesse vengano riservate ad una nuova istanza e che pongano fine al primo processo con una sentenza definitiva, già pressoché terminato: da questa disciplina è esclusa l'azione di deposito, nella quale, con una nostra costituzione (C. 4.34.11pr.), abbiamo deciso che la compensazione non avrà luogo. 2. Ma coloro che detengono senza diritto la cosa posseduta da altri non possono invocare la compensazione.

Giustiniano richiamerà questa costituzione nelle proprie *institutiones* (4.6.30, in fine). Eccone il testo:

[...] Sed nostra constitutio (C. 4.31.14, a. 531) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

[...] Ma una nostra costituzione ha introdotto un più largo uso delle compensazioni che facciano leva su di un diritto evidente, di modo che sulla base di quest'ultimo esse diminuiscano le pretese avanzate con un'azione reale o personale o non importa di quale altro tipo, fatta eccezione per la sola azione di deposito, per la quale abbiamo ritenuto troppo scandaloso opporre, non importa che cosa, in compensazione, per la paura che, con il pretesto della compensazione, si potesse venir privati della restituzione della cosa depositata.

I romanisti contemporanei ritengono da lungo tempo che mediante questi due testi Giustiniano avrebbe innovato introducendo un regime di «compensazione automatica» che sarebbe esplicitato dalle espressioni ‘*compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri*’ (C. 4.31.14.pr.) e ‘*actiones ipso iure minuant*’ (*inst.* 4.6.30)⁸. A mio avviso Giustiniano non ha innovato sul punto, ma certamente su altri, che non affronterò in questa sede⁹. Faccio leva, per sostenere ciò, su due argomenti: da un alto, l'uso dell'espressione ‘*ipso iure*’ con riferimento alla compensazione non è una novità giustiniana e, dall'altro, il sistema concepito da Giustiniano non tendeva che a confermare una prassi già stabilita.

1. L'uso dell'espressione ‘*ipso iure*’ nella disciplina classica della compensazione

L'espressione ‘*ipso iure*’ si trova, correlata alla compensazione, in tre testi del Digesto (Paul. D. 16.2.21; Paul. D. 16.2.4; Ulp. D. 16.2.10) e in un testo del Codice (Alex. C.I. 4.31.4). Contrariamente a Charles Appleton, il quale nel proprio lavoro sulla storia della compensazione sostiene che «si l'expression ‘*ipso iure*’ se rencontre dans des textes classiques, elle y est nécessairement interpolée»¹⁰, o a Biondi, che afferma «il principio della *compensatio ipso iure* è puro concetto giustiniano»¹¹, a mio avviso, si può spiegare la presenza dell'espressione ‘*ipso iure*’ in questi testi ed armonizzarla con un regime della compensazione basato su di un'*exceptio*. Vado di conseguenza a ripercorrere qualcuno di questi testi.

⁸) S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950, p. 147 («Le vere novità della riforma giustiniana consistono nella regola che la compensazione ha luogo *ipso iure*, e nel requisito della liquidità per i crediti concorrenti»), APPLETON, *Histoire*, cit., p. 429 (il quale ritiene che, se l'espressione ‘*ipso iure*’ si trova nei testi classici, essa è necessariamente interpolata), B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 129 ss. («il principio della *compensatio ipso iure* è puro concetto giustiniano»), e, ancora esitanti, H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin, 1987, p. 273 nt. 8.

⁹) Cfr. riguardo all'esigenza della liquidità, PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 922 ss.; riguardo alla compensazione nelle azioni reali, p. 917; riguardo all'esclusione della compensazione nelle azioni di deposito, p. 927 ss.

¹⁰) APPLETON, *Histoire*, cit., p. 429; cfr. anche le nostre spiegazioni in PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 939.

¹¹) BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 129.

a) La «compensazione automatica» delle negligenze

Il primo testo da analizzare brevemente è un testo di Ulpiano del seguente tenore:

(Ulp. 63 *ad ed.*) D. 16.2.10.pr.: Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta, simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepti, alter tantam neglegentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.

Se entrambi, in quanto soci, abbiamo commesso una negligenza equivalente in relazione alla società, bisogna dire che si cessa di essere obbligato l'uno verso l'altro, poiché la compensazione per la negligenza opera ipso iure. Si ammette, allo stesso modo, che se qualcuno ha percepito una parte dei beni comuni e l'altro è colpevole di negligenza, stimata equivalente (scil. dello stesso peso), bisogna ritenere che la compensazione abbia operato e che ci sia la completa liberazione dell'uno verso l'altro.

Questo testo affronta lo scioglimento di una società per il fallimento¹² di uno dei soci¹³. Ulpiano considera quindi, nel primo periodo, che, in caso di negligenza equivalente, gli associati cessano d'essere obbligati l'uno verso l'altro in conseguenza di queste negligenze¹⁴. Nella seconda frase¹⁵, egli esamina un caso concreto, quello del prelievo (senza titolo) di qualcosa dal patrimonio sociale e la determinazione da parte dell'altro di un danno equivalente mediante un atto negligente; la soluzione giuridica è, di conseguenza, la stessa.

Ci si può stupire del fatto che questo passo sia stato posto dai compilatori nel titolo 16.2 del Digesto, consacrato alla compensazione. In effetti, non siamo di fronte ad una compensazione di due crediti da danneggiamento, ma ad una «compensazione delle negligenze» (*parem neglegentiam adhibuimus*), poi *'neglegentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur'*. Non si tratta in questo caso di una *compensatio lucri cum damno*¹⁶.

Una compensazione dei crediti da danni sarebbe stata in ogni modo possibile, poiché l'azione *pro socio* è un'azione di buona fede. Ora, in un'azione di buona fede, il giudice può compensare i crediti *ex eadem causa*, ovvero deve compensarli allorché essi appaiano (*prima facie*) come liquidi ed esigibili¹⁷. Questo potere del giudice di compensare nelle azioni di buona fede quand'anche la formula dell'azione non l'indichi è esplicitamente rilevata da Gaio nelle sue *institutiones* (4.63)¹⁸.

Nel nostro testo, la liberazione del socio-debitore non deriva quindi dall'ampiezza del danno ma dalla commissione della negligenza. A mio avviso, il contratto di società era fondato sulla fiducia (si trattava di un contratto *intuitu personae*), e un socio, creditore dei danni a causa di una negligenza,

¹² E' l'*inscriptio* a rivelarci che Ulpiano si stava occupando dell'azione Rutiliana: cfr. per tutti O. LENEL, *Palin-genesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, II, c. 1426.

¹³ Cfr. per esempio Gai., *inst.* 3.154 e (Paul.) D. 17.2.65.1.

¹⁴ Gli autori hanno spesso ammesso che larghe parti del testo fossero interpolate: *'desinere ... facta'* e *'compensationem ... liberationem'*. E' tuttavia possibile interpretare la prima espressione senza ricorrere ad un'interpolazione: come giustamente rileva H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen zur compensatio*, in «Jura», II, 1951, p. 82-101, la semplice presenza dei termini *'ipso iure'* non implica di per sé un'interpolazione, avendo Giustiniano ripreso l'espressione, con ogni probabilità, dai testi classici.

¹⁵ E' possibile che questa seconda frase rappresenti un glossema (così KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 87), specialmente in relazione all'uso del termine *'liberationem'* (che sottolinea un approccio materiale alla questione, e non poteva essere questo il caso in epoca classica) e forse della costruzione *'exhibuerit neglegentiam'*, la quale non ricorre che in questo frammento (cfr. «VIR», IV,2, Berlin, 1987, p. 80); ciò tuttavia non modifica l'interpretazione della regola contenuta nella prima frase. A proposito delle numerose supposizioni d'interpolazione, cfr. per tutti BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 133 ss. (il quale sopprime il passo fatta eccezione per l'enunciazione iniziale fino a *'dicendum est'*), W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZSS.», XLV, 1924, p. 324 (il testo tratterebbe dell'azione Rutiliana e «scheint jene compensatio lucri cum damno in der Mehrzahl der Fälle nicht echt zu sein»), SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 84 ss., e F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, in «ZSS.», LXIX, 1952, p. 327; così anche «Index Interpolationum» (cur. E. LEVY, E. RABEL), I, Weimar, 1929, c. 265 s.

¹⁶ Cfr. a tale proposito KUNKEL, *Diligentia*, cit., p. 324 s.; si vedano per esempio D. 17.2.23.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*), D. 17.2.26 (Ulp. 31 *ad Sab.*) e D. 17.2.25 (Paul. 6 *ad Sab.*): questi esempi d'altra parte non sono stati posti dai compilatori nel titolo delle compensazioni (D. 16.2).

¹⁷ Cfr., per delle precisazioni, PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 157 ss. e 172 ss.

¹⁸ Cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 88 ss.

non è più ammesso a farli valere se ha commesso a sua volta una negligenza comparabile. Sarebbe in effetti contrario alla buona fede il fatto di invocare la negligenza altrui mentre se n'è commessa una di pari ampiezza. Se una simile istanza fosse presentata il giudice dovrebbe necessariamente rigettarla. E' dunque in questo senso che a partire dall'apparizione della seconda negligenza, il primo socio ad esser stato negligente è liberato in modo completo; vale a dire senza ch'egli debba fare ricorso ad un particolare strumento giuridico o che il giudice abbia bisogno di operare una compensazione. I crediti semplicemente non potranno mai essere riscossi in giudizio. Si ha così una compensazione delle negligenze che non ha tecnicamente niente a vedere con la composizione giudiziale¹⁹. Si tratta di un fenomeno distinto dalla composizione giudiziale come noi l'abbiamo definita.

In questo testo, l'espressione '*ipso iure*' si interpreta quindi come un effetto che ha luogo di diritto, senza che una parte debba sollevare formalmente un'eccezione specifica. Siamo di fronte ad un automatismo che comporta l'estinzione di un diritto ad agire, ma non si tratta di una compensazione dei crediti in senso tecnico.

b) '*Ipso iure*' come compensazione fondata sulla formula dell'azione

Due testi di Paolo utilizzano allo stesso modo l'espressione '*ipso iure*' in connessione con la compensazione: D. 16.2.21 e D. 16.2.4. Per ragioni di tempo, mi limiterò a trattare il primo dei due testi, che mi pare maggiormente interessante per gli obbiettivi di questo contributo²⁰.

Il testo di Paolo che ci interessa è del seguente tenore:

(Paul. 1 *quaest.*) D. 16.2.21: Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debet de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Dopo che è stato deciso ciò che è dovuto reciprocamente la compensazione avviene di diritto fra tutti, se il procuratore di un assente viene convenuto, non dovrà fornire una cautio de rato (per garantire che la parte delegante ratificherà le sue decisioni), poiché nulla è compensato, ma sin dall'inizio gli si chiede di meno.

Si tratta di un caso interessante. Un rappresentante (*procurator*) di una persona assente subisce l'azione di un creditore di quest'ultima. Il testo non lo dice, ma il *procurator* invoca un contro-credito di cui la persona assente è titolare verso l'attore. Per questo Paolo parla di compensazione in apertura di frammento. Ora, in rapporto a questo contro-credito, il rappresentante dovrebbe apparire, in linea di principio, come un richiedente²¹. Pertanto, dovrebbe garantire al debitore che il rappresentato ha già ratificato l'atto del proprio *procurator* oppure lo farà senz'altro e che, di conseguenza, non intenterà poi, a sua volta, un'azione per esigere questo contro-credito.

Così sarebbe successo per la compensazione in un'azione di buona fede. In effetti il giudice non avrebbe condannato il difensore che alla differenza tra i due crediti. Il suo giudizio avrebbe quindi importato l'impossibilità per il difensore (in questo caso, il *procurator*) di intentare la medesima azione in ragione dell'*exceptio 'ne bis in idem'*²². Ad ogni modo, se il rappresentante non fosse stato autorizzato, la persona assente (lo pseudo-rappresentato) avrebbe conservato il suo diritto ad agire e l'eccezione '*ne bis in idem*' non sarebbe stata efficace. Una *cautio de rato* sarebbe quindi stata necessaria se il testo avesse prospettato un'azione di buona fede²³.

Nel nostro caso tuttavia, Paolo dice che non è necessario fornire una tale assicurazione, poiché

¹⁹ Cfr. già i rilievi di H. KRELLER, *rec.* a SOLAZZI, *La compensazione del diritto romano*², cit., in «Iura», II, 1951, p. 219.

²⁰ Per una disamina di (Paul.) D. 16.2.4, cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 480 ss.

²¹ D. 44.1.1 (Ulp.): '*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*', da cui sarebbe derivato il ben noto brocardo «*reus excipiendo fit actor*»; cfr. anche (Ulp.) D. 22.3.19.pr..

²² PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 246 ss.

²³ *Val. fr.* 333: '*... absentis procuratorem satisfacere debere de rato habendo, recte responsem est*'; cfr. anche PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 494 e 652.

«non c'è compensazione», ma che l'attore domanda sin dall'inizio un ammontare inferiore, vale a dire che il creditore domanda sin da subito solo la differenza fra i due crediti. Bisogna quindi ritenere che vi sia una compensazione automatica?

Certamente no: è lo stesso richiedente ad operare la compensazione. Ma perché lo fa? Si possono azzardare due ipotesi, senza che sia possibile un presa di posizione recisa per il frammento in questione:

- L'azione principale è stata intentata da un *argentarius*. In un caso simile costui non aveva altra scelta che agire *cum compensatione*. Il pretore concedeva ad un *argentarius*, che agiva in questa qualità, solo un'azione contenente la clausola '*amplius debet*' che imponeva all'*argentarius* di agire esclusivamente per il saldo di crediti reciproci²⁴. Se l'*argentarius* non avesse provveduto a fare la sottrazione o non l'avesse fatta correttamente, avrebbe perso l'azione *in toto* (alcuni testi parlano di '*male peto*')²⁵. E' la soluzione preferita dalla maggior parte degli autori²⁶ che si sono occupati del testo, fatta eccezione per quelli che ne hanno completamente alterato il tenore invocando delle interpolazioni²⁷.

- Una compensazione nell'ambito di un'azione di stretto diritto. In effetti, a partire dall'epoca di Giuliano²⁸, ma al più tardi al momento del rescritto di Marco Aurelio (ricordato in *Inst. inst.* 4.6.30), fu possibile procedere a compensazione all'interno di azioni di stretto diritto. Essa operava in modo analogo a quello dell'*agere cum compensatione*. Tuttavia non era la formula processuale ad imporre la compensazione, ma la «minaccia» del pretore di lasciar inserire l'*exceptio doli* nella formula. In effetti se il richiedente sapeva che avrebbe dovuto restituire una parte dell'ammontare che esigeva perché nei suoi confronti il debitore era titolare di un contro-credito esigibile, si sarebbe reso responsabile di una condotta dolosa (Paul. D. 44.4.8pr.: '*Dolo facit qui petit quod redditurus est*'). Per evitare di perdere tutto, il richiedente non aveva altra scelta che esigere unicamente la differenza tra i due crediti²⁹. Si potrebbe quindi immaginare questa stessa situazione nel testo in esame, ritenendo che il rappresentante non abbia infine preteso l'inserzione dell'*exceptio doli* poiché il richiedente aveva già ridotto la pretesa per conto suo.

In questo contesto, l'espressione '*ipso iure compensari*' sintetizza tutto il processo: la compensazione ha luogo in ragione del diritto stesso, poiché per evitare uno svantaggio procedurale, l'attore compensa, senza che il convenuto abbia dovuto far inserire un'eccezione particolare nella formula. Come ben si vede, l'espressione '*ipso iure*' non significa che la compensazione abbia luogo automaticamente, ma che essa non avviene in seguito all'inserimento di una eccezione nel senso tecnico del termine. E' altresì in questo modo che va intesa l'espressione '*ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet*' che figura in C.I. 4.31.4³⁰. Per ragioni di tempo non esaminerò questo testo.

²⁴) Riguardo alla compensazione dell'*argentarius*, cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 445 ss.

²⁵) Cfr. in modo particolare (Paul.) D. 16.2.4. Si vedano le delucidazioni su questa questione in PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 478 ss.

²⁶) APPLETON, *Histoire*, cit., p. 122, BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 24, BRINZ, *Die Lehre*, cit., p. 107 s., A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*², II.1, Halle, 1895-1900, p. 279, e SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 51 s.

²⁷) Per molti autori, la prima parte del testo '*Posteaquam [...] compensari*' sarebbe l'opera dei compilatori; cfr. «Index Interpolationum», I, cit., c. 266 s., nonché APPLETON, *Histoire*, cit., p. 124 ss. (confermato da F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in «ZSS.» XVIII, 1897, p. 350), BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 24, P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*³ (*auf Grund des Werkes von Paul Jörs*), Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 202 nt. 4, P. KOSCHAKER, rec. a P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung. Erster Teil. Historische und dogmatische Grundlage*, Leipzig, 1906, in «ZSS.», XXX, 1909, p. 459, LENEL, *Palingenesia*, cit., c. 1273, R. LEONHARD, *Die actio de incerta quantitate*, in «Mélanges P. F. Girard», II, Paris, 1912, p. 91, G. LONGO, *Ricerche sulla 'obligatio naturalis'*, Milano, 1962, p. 229, PERNICE, *Labeo*, II.1, cit., p. 280, R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel, 1958, p. 31, e SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 52.

²⁸) Cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 752 ss.

²⁹) Riguardo a questo meccanismo, cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 733 ss.; per il caso particolare di un'azione la cui formula contenesse l'*exceptio doli*, cfr. *ivi*, p. 724 ss. e 750.

2. Il senso dell'espressione 'ipso iure' in Giustiniano

Non si può comprendere il senso dell'espressione 'ipso iure' per Giustiniano senza una premessa dedicata al meccanismo della compensazione nel Basso Impero, e, in modo particolare, nel regime della *cognitio extra ordinem*.

a) Uno sguardo alla compensazione nell'ambito della procedura *extra ordinem*

Come ho già detto, la compensazione nelle azioni di stretto diritto è divenuta generale probabilmente già al tempo di Giuliano, ma al più tardi, comunque, all'epoca di Marco Aurelio. Quando la procedura *extra ordinem* fu generalizzata, la compensazione era comunque utilizzata mediante una eccezione.

Nel sistema poco formalistico della procedura *extra ordinem*³¹, in cui il giudice non era legato ad un novero di azioni ed eccezioni strettamente definite, la distinzione fra azioni di stretto diritto ed azioni di buona fede si avviava a scomparire. Da qui una conseguenza diretta per la compensazione: il modo di compensare veniva unificato per tutte le azioni. In effetti la compensazione aveva luogo in questo modo: il convenuto invocava un contro-credito nei confronti dell'attore, in origine mediante un'eccezione (probabilmente ancora chiamata *exceptio doli*), al momento della presentazione dell'istanza. Se credito e contro-credito erano dimostrati dai propri rispettivi titolari, il giudice avrebbe condannato il convenuto a pagare solo la differenza. In effetti, nella procedura *extra ordinem* l'*exceptio doli* aveva un'efficacia diminutoria, potendo il giudice ridurre la condanna³². Il dolo non comportava più la perdita di ogni diritto vantato dall'attore, ma una sanzione pecuniaria dovuta alla *pluris petitio*³³.

Sotto Diocleziano, i modi di compensare erano ormai unificati³⁴ e il convenuto invocava la compensazione mediante un'eccezione che, in questa procedura, non aveva più un significato tecnico, ma equivaleva ad una semplice obiezione³⁵. Occorre ancora sottolineare che in questa procedura, il contro-credito poteva essere invocato anche in corso di procedura, ovvero prima della sentenza³⁶.

b) Una compensazione giudiziaria al tempo di Giustiniano

Quando Giustiniano dice che '*compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri*' (C. 4.31.14.pr.) o '*ut actiones ipso iure minuunt*' (*inst.* 4.6.30 in fine), non solo non innovava per il fatto di utilizzare l'espressione 'ipso iure', ma nemmeno introduceva un regime di compensazione automatica³⁷. Giustiniano utilizzò l'espressione 'ipso iure' nel suo senso classico, sottolineando che il diritto stesso imponeva al giudice di operare la compensazione, senza che fosse necessario invocarla formalmente all'inizio della procedura.

³⁰) Per un'analisi, cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 495 ss.

³¹) PICHONNAZ, *op. cit.*, cit., p. 846.

³²) PICHONNAZ, *op. cit.*, cit., p. 862.

³³) PICHONNAZ, *op. cit.*, cit., p. 853, con ulteriori indicazioni.

³⁴) PICHONNAZ, *op. cit.*, cit., p. 875; cfr., recentemente, J.P. DOLT, *La mise en œuvre de l'opération compensatoire: son évolution de l'antiquité jusqu'au XIX^e siècle*, in «TR.», LXXI, 2003, p.5 s.

³⁵) PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 851.

³⁶) Cfr. PICHONNAZ, *op. cit.*, cit., p. 848 e 883.

³⁷) Cfr. a questo riguardo il parere contrario di BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 130 e 145 («'Compensatio ipso iure' vuol dire semplicemente compensazione che avviene per legge. [...] Il domma della *compensatio ipso iure* appare dunque come una reazione al sistema anteriore, secondo cui la *compensatio* era sempre operata dal giudice. La *compensatio* è ora *ipso iure* nel senso che avviene senz'altro in virtù di legge, ed è sottratta a qualsiasi arbitrio del giudice. Oramai è la legge e non il giudice che attua la compensazione; il giudice come sempre non fa altro che dichiarare l'effetto giuridico che si è verificato già in virtù della stessa legge»), e SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 147 ss., in particolare p. 171. Questi due autori ritengono che si tratti di una compensazione che dipende dalla legge e che si produca nel momento in cui i requisiti richiesti dalla legge siano soddisfatti; cfr. anche M. KASER, *Römisches Privatrecht*, I⁶, München, 1992, § 53, p. 244: «Der Richter muss die feststehende Gegenforderung berücksichtigen, gleichgültig ob sich der Beklagte auf sie beruft», M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II², München, 1975, p. 448 nt. 69, e HONSELL, MAYER-MALY, SELB, *Römisches Recht*, cit., p. 276.

A mio avviso, sotto Giustiniano, la compensazione presupponeva una comparsa difensiva avente forma di obbiezione (*exceptio*) per costringere il giudice ad esaminare il controcredito. Più argomenti militano a favore di questa ipotesi

- Un argomento procedurale. Ho già ricordato che, nella procedura *extra ordinem* postclassica, le istanze erano divenute meno formali e, in particolare, il convenuto poteva sollevare delle eccezioni in non importa quale fase del procedimento³⁸. Ai tempi di Giustiniano quindi, la possibilità di compensare esisteva per tutte le azioni, anche in caso di assenza d'una indicazione specifica nella domanda presentata al giudice. Il potere di opporre la compensazione era quindi inerente ad ogni azione, non potendo l'attore dar valore a proprio vantaggio la circostanza che il convenuto non l'avesse esercitato *in limine*³⁹. Mi pare che in questo senso vada intesa l'espressione '*compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus*'. Si assiste quindi, all'epoca di Giustiniano, ad una generalizzazione di ciò che valeva, in diritto classico, per le azioni di buona fede⁴⁰.

- Un argomento letterale. Giustiniano utilizza, nella sua costituzione, l'espressione '*... compensationes obici iubemus, si ...*' («... ordiniamo che le compensazioni siano opposte se ...»), che riprende la terminologia usata in diritto classico per sottolineare l'esigenza di un'obbiezione formulata dal convenuto. Affinché il giudice possa operare la compensazione occorre che il convenuto la invochi, che obbietti l'esistenza di un contro-credito⁴¹. Inoltre, Giustiniano nelle Istituzioni (4.6.30) richiama la sua costituzione e afferma che essa ha introdotto un ampliamento dell'ambito d'applicazione della compensazione ('... *latius introduxit*'); addirittura evoca la possibilità di compensare nelle azioni reali. Per contro nulla lascia intendere ch'egli abbia a tal punto semplificato la procedura prevedendo una compensazione automatica⁴².

- Un argomento teleologico. Giustiniano menziona il fatto che la compensazione possa essere invocata anche poco prima che la sentenza sia pronunciata per giustificare il requisito della liquidità (C.I. 4.31.14,1). Quest'esigenza di liquidità non è d'ordine materiale, ma esclusivamente procedurale; essa fissa dei limiti entro i quali un giudice deve tenere conto dei contro-crediti al momento di condannare. Se la compensazione avesse luogo automaticamente Giustiniano non avrebbe lasciato al giudice un potere di valutare il rinvio o meno del contro-credito *ad separatum*⁴³: avrebbe ritenuto, come il legislatore francese o italiano, che il credito fosse certo nell'esistenza e nell'importo (liquidità).

- Un argomento sistematico. Avendo la costituzione del 531 preceduto di due anni la redazione del Digesto, non si spiegherebbe il fatto che Giustiniano abbia ripreso nel Digesto dei testi che sottolineano la necessità di opporre un'eccezione per compensare⁴⁴, se questa non fosse stata la situazione attuale nel 533. Non avrebbe piuttosto passato sotto silenzio questi testi qualora non li avesse fatti adattare? Il numero di testi che si riferiscono ad un sistema basato sull'eccezione è troppo importante perché si possa ammettere una contraddizione puramente casuale tra il sistema del Digesto e quello delineato dalla costituzione del *Codex*.

³⁸) O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg, 1876, p. 151; cfr. anche PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 848.

³⁹) EISELE, *Die Compensation*, cit., p. 197, riassume il punto nel modo seguente: «Diese Tatsache braucht erst in iudicio allegiert zu werden und darum sagen wir, sie wirke ipso iure».

⁴⁰) In questo senso LENEL, *Über Ursprung*, cit., p. 150; cfr. anche PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 309.

⁴¹) Cfr. al riguardo SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 171 s., e G. ASTUTI, '*Compensazione*', in «ED», VIII, Milano, 1961, p. 10, che ritengono la compensazione dovesse essere invocata, sebbene operasse in forza della legge.

⁴²) In questo senso H. SIBER, *Compensation und Aufrechnung, Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1899, p. 78.

⁴³) Il giudice disponeva già di un potere di apprezzamento simile in diritto classico, per le azioni di buona fede: cfr. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 90.

⁴⁴) Cfr. a titolo di esempio, D. 3.5.7.2 (Ulp.), D. 16.2.7.1 (Ulp.), D. 13.6.18.4 (Gai.), D. 27.4.1.4. (Ulp.), ove si indica in ogni caso che, se il giudice non ha tenuto conto della compensazione, il convenuto può agire con l'azione contraria; D. 16.2.2 (Iul.) precisa '*paratus est compensare*', o, se non può, «essere pronto a compensare» che si possa decidere o meno a compensare; D. 16.2.5 (Gai.) indica '*velit compensare, audiendus est*' («... colui che vuole compensare deve essere ascoltato»).

- Un argomento dedotto dal classicismo di Giustiniano ⁴⁵. Parrebbe, infine, improbabile che Giustiniano abbia introdotto una compensazione automatica che non soltanto sarebbe apparsa come una rottura totale rispetto alla pratica della sua epoca. Essa non avrebbe trovato un'espressione analoga al di fuori del caso particolare dell'*argentarius*, nel quale gli elementi di specialità largamente ricollegabili alla formula erano già totalmente scomparsi.

Al contrario, la soppressione di una distinzione procedurale chiara, fra azioni di buona fede e di stretto diritto, aveva favorito il riavvicinamento dei meccanismi di compensazione in questi due tipi di azione, entrambi presupponenti, d'altra parte, una dichiarazione di volontà del convenuto perché la compensazione avesse luogo ⁴⁶ o fosse, comunque, messa in azione ⁴⁷. Nulla poteva, di conseguenza, spingere Giustiniano a modificare così il sistema ereditato dal passato.

A mio avviso, la compensazione, secondo Giustiniano, presupponeva una dichiarazione del convenuto, con la quale si invocava l'esistenza di un contro-credito e si domandava al giudice di tenerne conto nel suo giudizio ⁴⁸. Di conseguenza, la compensazione giustiniana non era automatica, ma giudiziale, fondata su di una manifestazione di volontà non formalizzata, che poteva avere luogo in qualunque momento del procedimento.

II. LA COMPENSAZIONE «IPSO IURE» A BOLOGNA

Dopo la riscoperta del *Corpus Iuris Civilis* durante il Medioevo, la questione delle modalità della compensazione, e delle controversie che ne derivano, risorse. Il testo della «Glossa ordinaria» non lascia alcun dubbio riguardo al fatto che due correnti si fronteggiarono ⁴⁹:

Ipsa iure. Not. pro M. quod ipso iure fit compensatio, etsi non opponatur ab homine, ut hic, et infra. eo. l. fi. [C. 4.31.14] et instit. de act. §. in bonae fidei [Inst. 4.6.30]. Sed Io. dicit eam fieri tunc demum cum ab homine opposita fuerit, ut ff. e. l. j. et ij. [D. 16.2.1-2] et l. quod Labeo [D. 16.2.13]. Nam si ius ipsum compensaret, non esset in hominis potestate cum quo debito compensaretur : quod tamen lex dicit ff. eo. l. si quid [D. 16.2.5] et l. verum [D. 16.2.4] et l. quod Labeo [D. 16.2.13]. Item dicit lex eum male agere, cui obstat compensatio : ut ff. eo. l. verum [D. 16,2,4] unde patet esse actionem: sed elidi exceptione: ut ff. quando dies ususfr. leg. ce. l. j. §. fi. [D. 7.3.1.4]. Quod autem dicitur alicubi fieri eam ipso iure : verum est, si ab homine opponatur : hoc tamen fallit in delictis, ubi ipso iure fit : ut ff. eo. l. si ambo §. quotiens [D. 16.2.10.2]. Item ad inhibendum cursum usurarum, vel poenam commitendam, vel pignus liberandum : ut hic [C. 4.31.4], et infra. l. prox. [C. 4.31.5] et infra. de solu. l. eius. [C. 7.42.7] et ff. e. l. cum alter [D. 16.2.11]. Cum enim debeantur ex mora, et nulla est mora ubi est exceptio : ut ff. si cer. pe. l. lecta. in fin. [D. 16.2.11] ergo non currunt.

Ipsa iure. Nota che per Martino la compensazione avviene ipso iure, anche se non è opposta dall'uomo [...]. Ma Iohannes Bassianus dice che avviene solamente se è stata opposta dall'uomo [...]. Poiché se il diritto compensasse, non sarebbe nel potere dell'uomo di [determinare] con quale debito ci sarebbe compensazione: ciò che comunque dice la legge [...]. Inoltre, la legge dice che agisce male, colui al quale si oppone la compensazione [...] da cui è evidente che c'è un'azione, ma che è respinta da un'eccezione [...]. Ma ciò che è detto da alcuni autori (che ha luogo ipso iure) è vero, se è opposta dall'uomo: comunque, ciò non vale nei delitti, dove ha luogo ipso iure [...]. Inoltre, per fermare il corso degli interessi, o per far commisurare la pena convenzionale o per liberare il pegno, come qui [...]. Poiché in effetti sono dovuti in caso di mora, ma la mora non esiste dove c'è un'eccezione, quindi [gli interessi] non corrono.

Come si vede, c'erano due punti di vista:

⁴⁵ Su questo punto si veda specialmente PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 47; cfr. C.I. 4.31.12 (a. 294), C.I. 4.31.13 (non datata) e C.I. 4.31.14 (a. 531).

⁴⁶ Nelle azioni di buona fede, la dichiarazione prendeva corpo nella formula, ma doveva aver luogo davanti al giudice (PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 231).

⁴⁷ Cfr. *supra* le nostre spiegazioni sul ruolo dell'*exceptio doli* nella procedura formulare: si veda PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 732.

⁴⁸ Cfr. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, p. 766 s.

⁴⁹ Gl. '*ipso iure*' ad C.I. 4.31.4 (ed. Lyon, 1627)

- da un lato alcuni autori ritenevano che la compensazione avvenisse automaticamente, senza bisogno di un atto di parte (*'etsi non opponatur ab homine'* ovvero *'sine facto hominis'*, come si dirà più tardi). E' notoriamente la posizione di Martino. E non ci si può impedire di pensare al testo dell'art. 1286 del codice civile italiano del 1865, il quale altro non è che una traduzione dell'art. 1290 del *code civil* francese del 1804;

- dall'altro, vi era chi riteneva la compensazione automatica, ma condizionata dall'eccezione invocata da una delle parti. E' questa l'opinione maggioritaria dei glossatori, fra i quali Bassiano e Azzone, citati nella glossa. Il pensiero corre alla giurisprudenza francese del 1880, la quale ammise che il fatto di lasciarsi condannare in tribunale senza prendere l'iniziativa di opporre la compensazione equivaleva ad una rinuncia implicita a quest'ultima⁵⁰. Il regime dei glossatori prevedeva comunque dei casi di compensazione automatica (nel caso di delitti, in relazione agli interessi, l'esigibilità della clausola penale e la liberazione dal pegno) fondandosi su di un'analisi particolare dei testi delle Pandette. Il tempo mi impedisce di trattare nel dettaglio questa questione, ma posso rinviarvi all'analisi che le ho dedicato nei miei scritti⁵¹.

E' questa stessa controversia a dividere gli autori italiani in rapporto al testo dell'art. 1286 del codice civile del 1865⁵². Gli autori del codice civile del 1942 hanno finalmente tagliato la testa al toro, in favore della seconda soluzione, mediante l'art. 1242 c. 1⁵³.

1. Le ragioni della «scelta» di una compensazione automatica

I glossatori parrebbero unanimi nel ritenere che la compensazione non fosse giudiziale (vale a dire operata dal giudice), ma automatica, determinata dalla legge stessa. La controversia non verteva che sull'obbligo o meno, per il convenuto, di farla valere. Ci si può quindi legittimamente domandare come abbia potuto determinarsi una simile rottura con il sistema di Giustiniano dal momento che questi autori si basavano giustamente sulla costituzione di Giustiniano (C.I. 4.31.14).

Si tratta di quello che io chiamo «malinteso produttivo» (*«productive misunderstanding»*)⁵⁴. Questa lettura diversa delle fonti romane può, a mio parere, spiegarsi per due ragioni:

- una ragione dogmatica. Come più dettagliatamente spiego nel mio scritto⁵⁵, i glossatori hanno definitivamente assimilato l'azione alla pretesa materiale ad essa sottesa. Lo si constata in special modo in una glossa in tema di compensazione (gl. *'actionibus'* ad C.I. 4.31.14). Ciò permise loro di ammettere che la compensazione fosse un modo materiale per estinguere i crediti. Detto diversamente, la compensazione non era più una questione procedurale, ma davvero di diritto sostanziale⁵⁶. Si vede

⁵⁰ Cfr. Req. 11 mai 1880, D.P. 1880.1.470; e soprattutto Civ. 2.2.1891, D.P. 1891.1.198: così PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 1745 ss.

⁵¹ PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 1035 ss.

⁵² Sulla controversia, cfr. specialmente KANNENGISSER, *Die Aufrechnung*, cit., p. 23 ss., e V. DE LORENZI, *'Compensazione'*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», III, Torino, 1987, p. 66 s., con indicazioni ulteriori.

⁵³ Per una presentazione dettagliata, cfr. in primo luogo MERLIN, *Compensazione*, cit., p. 8 ss.

⁵⁴ Questa espressione è stata utilizzata in un contesto giuridico, per la prima volta, in olandese (*«productief misverstaan»*) da H.R. HOETINK nel suo discorso, tenuto come Magnifico Rettore il 10 gennaio 1949 nell'occasione del 316° *dies natalis* dell'Università di Amsterdam (*Historische Rechtsbeschouwing*, Haarlem, 1949, p. 25, trad. ingl. [R. W. DANIEL, I. WILDENBERG] – *Law as an object of historical reflexion* – in «Opera selecta H. R. Hoetink», Zutphen, 1986, [cur. J. A. ANKUM *et alii*], p. 133 ss., in particolare p. 147, *«productive misunderstanding»*); Hoetink sostiene di essersi ispirato per quest'espressione a E. SEEBERG, *Luthers Theologie. Motive und Ideen, I: Die Gottesanschauung*, Göttingen, 1929 e, in particolare, alla recensione di questo libro di H.J. IWAND, in «Die Literaturzeitung», 1929, c. 1613 (*«Damit ist bereits das zweite Charakteristikum dieser neuen Lutherauffassung angegeben, das in einem methodischen Prinzip liegt. S. bezeichnet es gern paradox als «produktives Missverstehen», worunter er die Umprägung überkommener Formen und Begriffe zu neuen Bedeutungen versteht»*); cfr. anche SEEBERG, *Luthers Theologie*, cit., p. 105 (*«Missdeutung Luthers»*), p. 116 (*«Die Idee kann [...] aus der negativen Gotteslehre der neuplatonischen Metaphysik in produktivem Missverstehen gewonnen sein»*), ed altresì P. PICHONNAZ, *Le malentendu productif*, in «Figures juridiques / Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour / K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier», Zurich, 2003, p. 167 ss.

⁵⁵ PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 996.

⁵⁶ Per un'analogia constatazione, nel periodo seguente, cfr. M. KRIECHBAUM, *Actio, ius und dominium in den*

così apparire la tendenza ad emancipare la compensazione dalle contingenze procedurali; - una ragione pragmatica. Si tratta, a mio parere, dell'argomento principale. Come ben sappiamo, il diritto romano giocò, nel Medioevo, un ruolo sussidiario nella quotidianità processuale. Di conseguenza, anche per il tempo in cui la compensazione fu fondata su delle condizioni procedurali, l'istituzione romana rischiava di essere corrotta dalle regole procedurali locali. Inoltre, Accursio stesso sottolinea l'interesse ad una compensazione, in ragione della fatica e del costo che determina un'azione in giudizio e dell'arretrato che accusano i tribunali (già allora!) ⁵⁷. Cosa c'è di più naturale di fare qualsiasi cosa per evitare di dover ricorrere ai tribunali per operare la compensazione? Il cammino verso una compensazione automatica era ormai tracciato.

Sono pertanto convinto che l'interpretazione che i glossatori fanno delle fonti romane non sia innocente. Non è solo frutto del caso il fatto che essi ammisero che la compensazione avesse luogo in modo automatico.

Resta tuttavia la controversia circa la necessità o meno di far valere in processo la compensazione. Concluderò quindi dicendo qualcosa riguardo alla posizione minoritaria di Martino e la reinterpretazione del suo pensiero da parte di Jacques de Révigny e della scuola d'Orléans.

2. L'influenza di Martino e la reinterpretazione del suo pensiero

Tanto Ugolino, nella sua opera «*Diversitas sive Dissensiones Dominorum*» ⁵⁸, quanto la Glossa, sottolineano l'opinione divergente di Martino. Non c'è d'altra parte di che stupirsi se Martino è in disaccordo con Bassiano: era, almeno così pare, una situazione frequente ⁵⁹. Nondimeno è interessante constatare che questa controversia non si è conclusa con la morte di Martino, ma che il suo punto di vista è stato riformulato dagli *ultramontani* della Scuola di Orléans.

Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche si ispirano alla «*Summa Codicis*» di Rogerio per definire i contorni della compensazione, ma attraverso quest'opera riprendono indirettamente l'eredità della «*Summa Trecensis*». Ebbene quest'ultimo testo, redatto fra il 1130 e il 1159 ⁶⁰, non lascia alcun dubbio sulla sua ispirazione propriamente «martiniana» per quanto concerne la compensazione ⁶¹.

Admittuntur autem omnes compensationes ipso iure, non exceptione, ut antea: statim enim lege hoc faciente, cum quantitates ab utraque parte debentur, admissa est compensatio.

Ma si ammette che tutte le compensazioni abbiano luogo ipso iure, e non per mezzo di eccezione, come un tempo: in effetti, in forza della legge, la compensazione è senz'altro ammessa allorché le parti si debbano reciprocamente qualcosa.

Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts, Ebelsbach, 1996, p. 194 ss.

⁵⁷) Gl. 'ideo interest' ad D. 16.2.3: 'Ideo interest. Propter laborem et expensas, quae fiunt in iudiciis: et propter moram iudiciorum, ut supra de pecu. l. quod debetur [D. 15,1,51]. Et sic est bona ratio [...] Accursius'.

⁵⁸) Cfr. HUGOLINUS, *Diversitas sive dissensiones dominorum super toto corpore iuris civilis, prima editio*, ripreso in G. HAENEL, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834, p. 423, e J. DE RÉVIGNY, *Lectura sur le titre de actionibus (Inst. 4.6.30)* – ed. VAN SOEST-ZUURDEEG –, Leiden, 1989, l. 160 s.: 'Queritur tunc utrum compensatio fiat ipso iure. Martinus dixit quod sic. Doctores dicunt quod non, per tres rationes'.

⁵⁹) Nella sua *lectura*, Azzone in effetti indica che (ad C.I. 7.43.8) «Johannes approva Martinus sulla questione, fatto del tutto singolare» (citato secondo H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, I, *Die Glossatoren*, München, 1997, p. 218); cfr. anche G. DOLEZALEK, *Die Casus Codicis des Wilhelmus de Cabriano*, in «*Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*», Frankfurt a.M., p. 45, che sottolinea come ci fossero «[...] zahlreiche weitere Kontroversen zwischen Bulgarus und Martinus Gosia».

⁶⁰) Cfr. H. KANTOROWICZ, W. BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1983, rist. Aalen, 1969, p. 43 nt. 6a, p. 147 e 164, e LANGE, *Die Glossatoren*, cit., p. 405; anche A. GOURON, *L'auteur et la patrie de la Summa Trecensis*, in «*Ius Commune*», XII, Frankfurt a.M., 1984, p. 37, ritiene che la prima versione (non pervenuta) sarebbe stata redatta verso il 1135, la seconda verso il 1140 e la terza verso la fine degli «années quarante». Sul processo di elaborazione, cfr. inoltre A. GOURON, *L'élaboration de la 'Summa Trecensis'*, in «*Sodalitas. Scritti A. Guarino*», III, Napoli, 1985, p. 3681-3696 (ora in A. GOURON, *Etudes sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, London, 1987, p. 4).

⁶¹) Cfr. PICHONNAUX, *La compensation*, cit., p. 1017.

Certamente, nella sua lettura sul titolo *de actionibus* (*Inst. inst.* 4.6.30)⁶², Jacques de Révigny (1240-1296)⁶³ adotta la posizione della Glossa ed una compensazione *ope exceptionis*; egli menziona, a questo riguardo, i quattro tipi di eccezioni che rilevava già la Glossa.

Nondimeno egli va a ridefinire la controversia tra Martino e gli altri *doctores*. Per Révigny, allorché Martino afferma che la compensazione avrebbe luogo *ipso iure*, intenderebbe distinguere tra l'effetto della compensazione sull'esistenza dell'obbligazione e il suo effetto sulla condanna; l'obbligazione si estende anche senza che il debitore opponga l'eccezione di compensazione (è una questione di diritto), mentre il debitore è condannato all'intero del suo debito se non oppone l'eccezione di compensazione (è una questione di fatto)⁶⁴.

Nella «*Lectura super IX libros Codicis*» pubblicata sotto il nome di Pierre da Belleperche, ma attribuita a Jacques de Révigny⁶⁵, il procedimento adottato dall'autore è simile a quello che appare nella *lectura* al titolo *de actionibus*. Esso comincia con un argomento *ad absurdum* originale⁶⁶.

Credis tu quod Martinus fuisset ita fatuus quod diceret quod non oporteat opponi ab homine compensationem quod te convento in iudicio te tacente ipsum ius compensaret. Certe non. Immo iudex si non obieceris de facto compensationi condemnaret te.

Credi che Martino sarebbe stato tanto stupido da dire che non è necessario che la compensazione sia opposta da una delle parti per il fatto che se tu agissi in giudizio il diritto stesso opera la compensazione, sebbene tu taccia? Certamente no. Al contrario, se non avessi opposto la compensazione il giudice ti avrebbe condannato

Egli riformula quindi il problema nella maniera seguente:

[...] sed dissentio est de tollenda obligatione, utrum ipsum ius compenset ipsa debita invicem: ut sic ipso iure tollatur obligatio vel non; nisi ab homine fuerit obiecta exceptio compensationis; de hoc fuit dissentio: incertum est si in processu iudicii non opponeretur condemnaretur ille cui competit exceptio compensationis [...].

[...] ma la divergenza di opinioni porta alla questione dell'estinzione dell'obbligazione, se il diritto compensi da sé i crediti reciproci: se l'obbligazione è estinta di stretto diritto oppure no, qualora l'eccezione di compensazione sia sollevata dalla parte; è a questi punti che conduce la divergenza: è incerto se colui che dispone dell'eccezione di compensazione, e non la usi, sia da condannare [...].

⁶² E' difficile conoscere la data esatta di questo testo, dopo il 1241 oppure dopo il 1266: R. FEENSTRA, *Quaestiones de materia feudorum de Jacques de Révigny*, in «Studi Senesi», XCIV, 1972, p. 390 (ora in R. FEENSTRA, *Fata Iuris Romani*, Leyden, 1974, p. 308 s.), ha constatato che Révigny faceva allusione ad una minaccia di invasione tartara dell'Europa del 1241; così: L. J. VAN SOEST-ZUURDEEG, *La Lectura sur le titre de actionibus (Inst. 4,6) de Jacques de Révigny*, Leyden, 1989, p. 8; per É. M. MEIJERS, *L'Université d'Orléans au XIIIe siècle*, in «Etudes», III, Leyden, 1959, p. 71 et nt. 265, Révigny fa anche allusione alla conquista del regno di Napoli del 1266.

⁶³ In questo senso, cfr. VAN SOEST-ZUURDEEG, *La Lectura*, cit., p. 4 s., che ritiene che Révigny sia nato nel 1240 piuttosto che nel 1230, ammettendo che non abbia seguito studi di teologia: cfr., riguardo a Révigny, anche MEIJERS, *L'Université d'Orléans*, cit., p. 59 ss., e R. FEENSTRA, *Influence de l'enseignement du droit romain à Orléans sur les nations étrangères*, in «Actes du congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIIIe-XVIIIe siècles), Recueil des conférences prononcées les 6 et 7 mai 1961 à l'occasion des Journées d'étude consacrées à l'ancienne Université d'Orléans», Orléans, 1962, p. 45-61, ora in R. FEENSTRA, *Le droit savant au Moyen-Age et sa vulgarisation*, II, London, 1986, p. 49 s. (stessi numeri di pagina dell'originale).

⁶⁴ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., p. 176 ss: «Intellexit sic 'sine obiecto fit compensatio ipso iure' aliud est quoad effectum iuris ut, licet taceat nec obiciat compensationem, tamen ipsum ius tollit obligationem et perimit, que iuris. Sed quantum ad evitandam condemnationem, que facti, necessarius est obiectus hominis».

⁶⁵ Cfr. MEIJERS, *L'Université d'Orléans*, cit., p. 72 ss.; anche: VAN SOEST-ZUURDEEG, *La Lectura*, cit., p. 9 nt. 37, e H. KIEFNER, *Zur gedruckten Codexlectura des Jacques de Révigny*, in «TR.», XXXI, 1963, p. 5-38, che riproduce (p. 6 s.) il passaggio di CHARLES DUMOULIN (1500-1566), in *Extrictio Labyrinthi de eo quod interest*, Paris, 1546, p. 23, che l'indica espressamente; cfr. R. FEENSTRA, *Influence de l'enseignement*, cit., *passim*. Lo stato delle ricerche è illustrato da G. MEIJERS, in «Bulletin de la Société archéologique et historique de l'Orléanais», Nouvelle série, IX, p. 68, ristampato in FEENSTRA, *Le droit savant*, cit., nt. III, p. 18.

⁶⁶ J. DE RÉVIGNY (PETRUS DE BELLA PERTHICA), [*Lectura*] *Super IX Libros codicis*, Paris, 1519, rist. Frankfurt a.M., 1968, ad C.I. 4.31.14 (fol. 193r.); si trova una formulazione assai simile nella *lectura super tit. de act.* (l. 32-35).

Per l'Autore, quindi, Martino intendeva dire che è il diritto a compensare e che l'obbligazione si estingue conformemente al diritto attraverso la compensazione (*'ipsum ius compensat et ipso iure tollatur obligatio per compensationem a iure'*).

Révigny rigetterà in seguito le ragioni avanzate dai *doctores* per opporsi ad una compensazione automatica. Egli afferma, da un alto, che bisogna riconoscere che l'attore non ha alcuna azione per la parte compensata (*'videndum est de facto quod non habeat actionem aliquam'*), e si può dunque dire ch'egli «agisce male» (*'male agit'*). Egli indica, d'altra parte, la compensazione come una sorta di pagamento (*'compensatio quaedam solutio est'*) e pertanto, allorché vi sono più debiti e il debitore paga, la legge lo imputa alla causa ch'egli desidera (*'in quam causam velit esse solutum'*); vale lo stesso per la compensazione: essa è imputata all'affare che il debitore desidera venga concluso mediante la compensazione (*'in quam causam velit compensare'*).

Egli riprende anche questo argomento conclusivo per giustificare il fatto che la compensazione abbia luogo *ipso iure* per gli interessi, la pena convenzionale o il pegno: *'ipso iure intellegitur facta compensatio propter penam evitandam et est multum notabile'*; si opera la compensazione per evitare di pagare la pena.

Riassumendo, per l'Autore che dice di allinearsi a Martino, il debito è estinto dal momento in cui si invoca l'eccezione perentoria di compensazione, e non occorre la sentenza perché la compensazione abbia luogo (*'videndum quaelibet exceptio peremptoria obiecta in iudicio secuta victoria tollit obligationem ipso iure'*). Al contrario i *doctores* esigono che l'eccezione sia sollevata e che l'azione sia vittoriosa (*'sed obiecta et secuta victoria'*). D'altronde, proprio ricollegandosi all'idea sviluppata da Révigny e ripresa da Cino da Pistoia, Bartolo dirà, poco più tardi, che l'eccezione di compensazione chiude senz'altro l'azione nel momento in cui viene opposta dal convenuto, che essa quindi chiude l'azione *ipso iure* (*'sed haec compensationis exceptio, statim cum est opposita ab homine, tollit actionem ipso iure'*)⁶⁷.

In questo modo la controversia è ridelineata. Non si tratta più di sapere se la compensazione abbia luogo automaticamente, *sine facto hominis*, ma se l'effetto della sua opposizione si produca in virtù dell'opposizione stessa o se occorra attendere la pronuncia del giudice. Martino (e Révigny)⁶⁸ avrebbero inclinato verso la prima soluzione, gli altri *doctores* per la seconda.

CONCLUSIONI

Questo rapido volo d'uccello sulla compensazione *ipso iure* a Roma e Bologna mi ha permesso di mettere in evidenza l'evoluzione del suo significato.

Con Giustiniano, contrariamente a quanto si è affermato a lungo, la compensazione era subordinata alla sua proposta in giudizio, al fatto di farla valere. Si tratta quindi di un meccanismo puramente procedurale. L'espressione *'ipso iure'* non era quindi sinonimo di compensazione automatica, ma significava semplicemente che era possibile invocare la compensazione durante il procedimento, senza farla valere mediante un atto procedurale specifico, poiché la facoltà di invocare la compensazione era compresa nel diritto d'azione stesso.

Per i glossatori, la compensazione *ipso iure* era sinonimo di «compensazione automatica». Per loro, anche se la compensazione doveva essere invocata per mezzo di un'eccezione da parte del convenuto, il ruolo del giudice si limitava a constatare che le condizioni della compensazione erano soddisfatte. L'effetto del giudizio non era costitutivo, come al tempo di Giustiniano, ma meramente dichiarativo. Il giudice si limitava a constatare che la compensazione aveva avuto luogo. Come af-

⁶⁷ BARTOLUS, ad C.I. 4.31.4 (fol. 146), nt. 2: *'...quod certe exceptiones est post quam sunt oppositae per hominem, non tollunt actionem ipso iure nisi sequuta victoria, ut [D. 46.1.27.1]. Dixi plene in [D. 12.6.60]. Sed haec compensationis exceptio, statim cum est opposita ab homine, tollit actionem ipso iure'*.

⁶⁸ Cfr. a questo riguardo i miei rilievi sull'autore di questa *lectura super codicem*, PICHONNAIX, *La compensation*, cit., p. 1056 ss.

ferma Jacques de Révigny, anche nella compensazione subordinata all'eccezione l'effetto estintivo della compensazione ha luogo *ipso iure* (*tamen ipsum ius tollit obligationem*)⁶⁹, vale a dire, la compensazione riduce i crediti reciproci senza l'intervento del giudice. La compensazione era, di conseguenza, un'autentica istituzione del diritto materiale che estingueva i crediti ed il ruolo del giudice altro non era che quello di constatare che il processo estintivo avesse avuto luogo.

Così, partendo dagli stessi testi del *Corpus iuris civilis*, questi giuristi sono pervenuti a soluzioni diametralmente opposte, tenuto conto dei contesti giuridici in cui essi hanno enunciato le proprie teorie. Evidentemente la soluzione derivata dai glossatori corrisponde, sotto numerosi punti di vista, al testo del codice civile italiano del 1865 (art. 1286). Sarebbe tuttavia una grave leggerezza stabilire una linea di collegamento tra le due situazioni senza tenere conto degli sviluppi della compensazione automatica nel diritto naturale. Purtroppo però un simile viaggio sarebbe davvero troppo lungo per questa mia presentazione, sebbene ne valga la pena⁷⁰!

⁶⁹ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., *inst.* 4.6.30, l. 177-178.

⁷⁰ Su questi sviluppi, cfr. anche PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 1271 ss.; si veda anche R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002.