

ACCOLLO E COMPENSAZIONE: FRA VECCHI E NUOVI INTERROGATIVI

AMELIA C. C. SPOLIDORO

Dottoranda

nell'Università di Milano

SOMMARIO: – 1. Accollo. – 1.1. Sulla natura dell'accollo. – 1.2. Sul regime delle eccezioni nell'accollo. – 2. Compensazione. – 3. Sui rapporti fra compensazione e accollo. – 3.1. Sulla possibilità per l'accollato di opporre in compensazione all'accollatario i propri controcrediti. – 3.2. Sulla possibilità per l'accollante di porre in compensazione all'accollatario crediti propri dell'accollato. – 3.3. Sulla possibilità di compensazione con crediti propri dell'accollante verso l'accollatario. – 3.4. Sulla compensazione fra accollante e accollato.

1. – I rapporti fra accollo e compensazione sono stati in parte oggetto di disciplina da parte del legislatore, in parte sono stati approfonditi dalla dottrina. Rimangono tuttavia alcune questioni aperte, che talvolta emergono in giurisprudenza, soprattutto per quanto riguarda l'opponibilità in compensazione di un credito proprio dell'accollante nei confronti dell'accollatario.

1.1. – Secondo l'opinione comune, l'accollo¹ esterno è un accordo fra due parti, accollato (debitore originario) e accollante (nuovo debitore) per l'assunzione del debito² del primo nei confronti dell'accollatario (creditore)³.

¹ La definizione che segue è quella più diffusa fra gli interpreti, su tutti v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1955, 103; in giurisprudenza fra le prime a consolidare tale insegnamento v. Cass., 22 agosto 1964, n. 2362, in *Foro it. Rep.*, 1964, voce *Obbl. e contr.*, n. 369; Cass., 14 maggio 1962, n. 998, in *Banca*, 1963, 18; Cass., 15 giugno 1960, n. 1578, in *Foro it. Rep.*, 1960, voce *Obbl. e contr.*, n. 314; Cass., 2 marzo 1957, n. 738, *ivi*, 1957, voce *cit.*, n. 322; Cass., 7 maggio 1953, n. 1271, *ivi*, 1953, voce *cit.*, n. 377.

² Il debito assunto può anche essere un debito futuro, v. Cass., 23 settembre 1994, n. 7831, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1018 ss. e in *Dir. banca e mercato fin.*, 1995, 573 ss.; Cass., 21 aprile 2016, n. 8090, in *Ilfallimentarista.it*, 2016, 22 aprile e in *Ilsocietario.it*, 2016, 26 aprile; v. anche S. ACETO DI CARPIGLIA, *Accollo del debito futuro: riflessioni e speculazioni in una prospettiva futurista*, in *Corti salernitane*, 2018, 3.

³ La terminologia indicata, ormai associata fra gli interpreti, non è sempre stata indiscussa. Per esempio, cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª ed.,

Esso si dice cumulativo quando il debitore originario rimane obbligato congiuntamente al nuovo debitore e liberatorio quando, in seguito all'accollo, interviene liberazione del debitore originario da parte del creditore⁴.

L'accollo esterno è un contratto a tutti gli effetti⁵: più nello specifico, è un contratto a favore di terzi. La qualificazione dell'accollo esterno come contratto di favore di terzi è pressoché unanime fra gli interpreti⁶, sebbene

Milano, 1959, 236, che indica come accollante il debitore originario, come accollato il nuovo debitore e come accollatario il creditore.

⁴ L'accollo come figura complessiva del diritto italiano, non ha un corrispondente vero e proprio all'estero. Per una ricostruzione completa del panorama europeo per i mezzi di sostituzione del debitore si v. N. JANSEN – R. ZIMMERMANN, *Chapter 12 Substitution of New Debtor; Transfer of Contract: Substitution of New Debtor*, in *Commentaries on European Contract Law*, Oxford, 2018, 1728 ss.

⁵ In dottrina si v. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 209; E. BETTI, *op. loc. ult. cit.* e 106; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, 415; G. GORLA, *Sull'intervento di un nuovo debitore nel rapporto di debito*, in *Temi emil.*, 1933, I, 87; F. MESSINEO, *op. cit.*, 236; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 269 ss., spec. 275; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958. In giurisprudenza, fra le prime, Cass., 25 maggio 1955, n. 1557, in *Foro it. Rep.*, 1955, voce *Obbl. e contr.*, n. 384; Cass., 23 luglio 1952, n. 2322, *ivi*, 1952, voce *cit.*, n. 378; Cass., 22 aprile 1950, n. 1078, *ivi*, 1950, voce *cit.*, n. 440.

⁶ Già la Relazione del Guardasigilli al Codice Civile (n. 589) riconduce l'accollo al contratto a favore di terzo. In giurisprudenza, fra le prime pronunce si v. Cass., 3 agosto 1942, n. 2391, in *Foro it. Rep.*, 1942, voce *Obbl. e contr.*, n. 431; Cass., 5 aprile 1949, n. 790, *ivi*, 1949, voce *cit.*, n. 368, Cass., 22 aprile 1950, n. 1070, *ivi*, 1950, voce *cit.*, n. 440; Cass., 15 giugno 1960, n. 1578, *ivi*, 1960, voce *cit.*, n. 166; fra le più recenti: Cass., 8 febbraio 2012, n. 1758, in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Obbl. in gen.*, n. 77; Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, 304 ss.; in *Corr. giur.* 2004, 1173 ss., con nota di A. PALMA; in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 24, 41 ss., con nota di G. BRUNO; in *Dir. e giustizia* 2004, fasc. 26, 24 ss., con nota di P. PERINU; in *Contratti*, 2005, 253 ss., con nota di M. PECORARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 523 ss., con nota di R. D'ANDREA, in *Riv. Not.* 2005, 322 ss., con nota di M. MANULI; Cass., 11 aprile 2000, n. 4604, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Obbl. in gen.*, nn. 57-58; Cass., 9 agosto 1996, n. 6936; Cass., 23 febbraio 1979, n. 1217, in *Foro it. Rep.*, 1979, voce *Fallimento*, n. 373; voce *Obbl. in gen.*, n. 54.; in dottrina, v. E. BETTI, *op. cit.*, 106 ss.; C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 2019, 3^a ed., 677 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato Iudica Zatti*, Milano, 1991, 835 ss.; E. BRIGANTI, in D. VALENTINO – E. BRIGANTI, *Le vicende dell'obbligazione, La circolazione del credito e del debito*, in P. PERLINGIERI, *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2007, 343 ss.; G. F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 3; R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 2001, 81 ss.; ID., in *Recensione a Rescigno, Studi Sull'accollo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1420 ss.; D. FARACE, in CUFFARO, *Delle obbligazioni*, in GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, Torino, 2012, 927 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *L'accollo nella recente dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1123 ss.; G. SACCO, *Delegazione, espromissione e accollo*, art. 1269-1276, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 98 ss.; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in

un'autorevole⁷ e fortemente controversa dottrina si sia espressa diversamente. Secondo tale dottrina, l'accollo è un negozio autonomo dotato di causa propria, consistente nell'assunzione di un debito altrui⁸. Esso avrebbe come funzione principale liberare l'accollato dal peso del debito nei confronti dell'accollatario. Il vantaggio che l'accollatario riceve dall'accollo esterno sarebbe secondo questa prospettiva meramente accidentale, tant'è che si richiede l'accettazione del terzo. Non è quindi sorprendente che questa dottrina ricostruisca la figura dell'accollo a partire dall'accollo interno, che viene da essa considerato il vero e proprio contratto di accollo. Il rapporto fra il terzo creditore e l'accollato sarebbe di conseguenza un negozio a sé, in sostanza un'espromissione, che è il mezzo con cui l'accollante adempie al contratto di accollo stipulato con l'accollato.

I critici⁹ di questa impostazione, negano che l'accollo possa essere considerato un contratto autonomo dotato di causa propria¹⁰. L'accollo è infatti sempre funzionale alla realizzazione, almeno parziale, di un assetto di interessi complesso, di cui quello descritto dalla dottrina minoritaria sarebbe solo un caso fra molti. Ciò si comprende facilmente se si pensa al caso classico di accollo, sicuramente considerato dal legislatore nel dettarne la disciplina: l'accollo di un mutuo contratto per l'acquisto di un immobile. Tale accollo si innesta spesso nell'ambito di un contratto di compravendita dell'immobile gravato da mutuo. L'acquirente si accolla l'estinzione del mutuo e la cifra corrispondente viene decurtata dal prezzo. È chiaro come qui l'accollo non sia affatto un contratto autonomo, ma sia anzi una pattuizione (una vera e propria clausola) causalmente dipendente dal

CICU – MESSINEO, *Trattato di dritto civile e commerciale*, Milano, 2009; P. LAZZARA, *Accollo e liberazione del debitore originario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1296 ss.; U. MAJELLO, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, *Contratto a favore del terzo*, IV, Torino, 1989, 248 ss.; ID., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, 4^a ed., Napoli, 1962, 103 ss.; T. MATERIA, *L'accollo*, in N. LIPARI – P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, III, Milano, 2009, 384 ss.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Obbligazioni e Contratti*, II, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, X, Torino, 2018, 493 ss.

⁷ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 1 ss.

⁸ In precedenza si era espresso a favore dell'autonomia negoziale dell'accollo anche R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., 279 ss.

⁹ R. CICALA, *Recensione a Rescigno*, cit., 1420 ss.; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit., 103 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1131; P. SCHLESINGER, *Recensione a Rescigno, Studi sull'Accollo*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 648 ss.; per una ricostruzione recente si v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 211 ss. e 223 ss.

¹⁰ P. SCHLESINGER, *Recensione*, cit., 653: «lungi dal costituire un autonomo tipo negoziale, l'accollo può in concreto assumere la configurazione di una donazione (assunzione del debito altrui animo liberalità), di un contratto di scambio (assunzione del debito altrui come corrispettivo di una controprestazione), di un contratto di mandato (assunzione del debito con obbligo a carico del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato)».

contratto di compravendita. In modo simile si può ragionare quando l'accollo sia frutto di un atto di liberalità. In tal caso, infatti, l'accollo non è altro che il mezzo di realizzazione dell'atto di liberalità, che ha causa nello spirito di liberalità¹¹. Secondo i critici, dunque, l'accollo non avrebbe una propria autonomia, ma sarebbe sempre accessorio a un'altra pattuizione, cui si può fare esplicito riferimento o meno.

Si possono trarre elementi a favore dell'appartenenza dell'accollo al genere del contratto a favore di terzi dal valore da attribuire alla dichiarazione del creditore. Secondo alcuni orientamenti il perfezionamento dell'accollo avviene solo una volta che sia intervenuta l'accettazione del creditore. Si nota, tuttavia, che l'adesione del creditore non è affatto condizione di esistenza del negozio. Essa ha come unico effetto quello di rendere irrevocabile la stipulazione in favore del creditore e i diritti con essa assegnati¹². Per arrivare a tale conclusione, basta applicare le norme sul contratto a favore di terzi. Non si possono che condividere le parole di Bianca¹³, che afferma: «L'obbligazione dell'assuntore non richiede un atto di consenso del creditore. L'adesione di quest'ultimo non attiene alla perfezione dell'accollo, e vale solo a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore». Secondo questo autore, tuttavia, non si può considerare contratto a favore di terzi l'accollo liberatorio, perché esso implica un effetto sfavorevole per il creditore. Tale rilievo non pare però condivisibile, considerato che spesso i contratti a favore di terzo implicano svantaggi per il terzo beneficiario, che può sempre rifiutare la stipulazione qualora non sia convinto della convenienza dell'operazione. Bianca sembra aderire alla teoria per cui in caso di accollo liberatorio è sempre necessaria l'approvazione del creditore. La sua impostazione dipende probabilmente dal fatto che egli condivida la c.d. teoria dispositiva, teoria espressamente accolta dal codice tedesco con riferimento alla figura, là prevista, dell'assunzione di debito (*Schuldübernahme*)¹⁴. In diritto tedesco regola infatti il solo accollo esterno liberatorio e di conseguenza ritiene sempre necessaria la ratifica del creditore. Il paragrafo 415 del BGB¹⁵ prevede che l'accollo

¹¹ Nel caso in cui l'accollo realizzi una donazione, ne dovrà rispettare la forma. Cfr. in tal senso Cass., 30 marzo 2006, n. 7507, in *Vita not.* 2007, 188.

¹² V. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 270, per cui la dichiarazione del creditore non contribuisce al perfezionarsi dell'accollo, «ma solo a fissare definitivamente uno dei suoi effetti giuridici, che era destinato a proiettarsi all'esterno». V. anche L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1133 ss.; P. LAZZARA, *op. cit.*, 1306 ss.

¹³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, 677 e 678.

¹⁴ Par. 415 BGB: *Dispositivtheorie* o *Verfügungstheorie*, come la chiamava F. REGELSBERGER, in *Jherings Jahrbücher*, XXXIX (1898), 704 ss.

¹⁵ «(1) Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem

abbia effetto solo in seguito ad autorizzazione da parte del creditore (v. anche par. 185 BGB), non essendo il debitore autorizzato a disporre di un diritto (il credito) altrui. In modo simile al diritto italiano, in mancanza di ratifica da parte del creditore il negozio continua a produrre effetti fra accollante e accollato, diventando un acollo interno.

Anche la dottrina minoritaria, che ritiene che l'acollo non sia un contratto a favore di terzo o un contratto dispositivo di un diritto altrui¹⁶, bensì un contratto plurilaterale aperto all'accettazione del creditore, ha avuto la sua prima elaborazione in Germania. Essa nasce con il nome di *Angebots-theorie*, ovvero teoria dell'offerta¹⁷, in quanto l'accordo fra l'accollante e l'accollato darebbe luogo ad una proposta contrattuale rivolta al creditore. La teoria dell'offerta attribuisce all'adesione del creditore carattere costitutivo, con la principale conseguenza che l'acollo si perfezionerebbe solo a seguito di tale intervento. L'idea va tuttavia respinta. Nell'acollo cumulativo va esclusa perché l'obbligazione dell'accollante prescinde dall'adesione del creditore. Nell'acollo liberatorio, pur essendo vero che l'adesione del creditore si rende necessaria, essa non lo rende certo parte del contratto. Egli rimane estraneo ai reciproci obblighi assunti dalle parti e si limita ad accertare il mutamento della persona del debitore¹⁸.

In definitiva è preferibile la tesi che considera l'acollo esterno, sia esso cumulativo o liberatorio, un contratto a favore di terzi. Tale impostazione non solo è conforme al dettato legislativo, ma evita una serie di limiti ed equivoci che caratterizzano le tesi concorrenti. L'accollatario acquista il suo diritto per l'effetto della stipulazione in suo favore fra accollato e accollante, da cui il suo diritto è causalmente dipendente. Anche la disciplina delle

Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

(2) Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablauf der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

(3) Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Unternehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.»

¹⁶ P. RESCIGNO, *Studi sull'acollo*, cit., 184: l'acollo non è affatto un negozio dispositivo, è soltanto un negozio obbligatorio, che tende a fondare il rapporto fra creditore e terzo.

¹⁷ V. BLUME, *Novation, Delegation und Schuldübertragung*, Göttingen, 1895, 101; *Jherings Jahrbücher*, XXXIX, Jena, 1898, 416, il quale ravvisava il fulcro dell'operazione diretta alla liberazione del debitore nell'accordo tra creditore e assuntore e intendeva quest'ultimo il vero autore dell'offerta. In Italia aderiscono alla teoria dell'offerta P. Rescigno, *Studi sull'acollo*, cit., 1 ss. e FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, 1 ss..

¹⁸ L'accollatario è estraneo agli obblighi fiscali gravanti sulle parti.

eccezioni, che verrà esaminata nel prossimo paragrafo, conferma che l'accollo è un contratto a favore di terzi.

Prima di passare al regime delle eccezioni, bisogna esaminare l'accollo interno. A differenza dell'accollo esterno, l'accollo interno – una figura di elaborazione dottrina¹⁹ – non attribuisce alcun diritto al creditore e produce i suoi effetti esclusivamente nei rapporti fra accollato e accollante. Il creditore può addirittura rimanere del tutto all'oscuro del negozio di accollo, con la conseguenza, fra le altre cose, che l'accollo interno è sempre revocabile dal momento che non attribuisce alcun diritto al creditore²⁰. Le caratteristiche dell'accollo interno sono tali che in dottrina vi è chi ritiene che rispetto ad esso non si possa parlare di assunzione del debito altrui²¹. L'assenza di rilevanza esterna esclude, infatti, che l'accollo interno produca modificazione soggettiva passiva del rapporto obbligatorio rispetto al creditore. Senza entrare nel merito di queste teorie, pare da condividere l'opinione per cui l'accollo interno comunque appartiene al genere accollo. Ciò perché, in applicazione del terzo comma dell'art. 1411 c.c., l'accollo rifiutato o non accettato dal creditore continua a produrre effetti a vantaggio dello stipulante, che qui è l'accollato²². L'obbligazione assunta dall'accollante consiste nel tenere indenne il debitore originario e la prestazione può essere

¹⁹V. anche G. F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1; R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 282 ss.; MANCINI, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Obbligazioni e contratti*, I, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984, 422; P. RESCIGNO, voce *Accollo*, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 41. In dottrina vi è anche chi è critico rispetto all'appartenenza dell'accollo interno al genere "accollo". Secondo tale dottrina l'accollo interno non ha alcun contatto con espromissione e delegazione perché non comporta modificazione del soggetto del rapporto giuridico originario. I suoi effetti si esauriscono infatti nei rapporti fra accollato e accollante. Il primo (con riguardo al codice civile previgente) a esprimersi in tal senso è stato M. GIORGI, in *Teoria delle obbligazioni*, VI, Firenze, 1883, 58. Sulle origini dell'accollo interno nel diritto comune si v. E. BETTI, *op. cit.*, 104 ss.

²⁰ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Accollo*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 43. Non è escluso che però l'accollatario possa agire verso l'accollante in via surrogatoria ex art. 2900, come tradizionalmente si riteneva già sotto l'impero del vecchio codice civile: così N. COVIELLO, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, 1896, 42 o tramite cessione della relativa azione da parte del debitore, R. DE RUGGIERO, voce *Accollo*, in *Diz. pratico del dir. priv.*, I, Milano, s.d., 10 ss. Infine, vi è chi anche in questo caso ritiene ammissibile l'adesione del creditore, v. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 29^a ed., Padova, 1988, 588.

²¹ Sulle applicazioni del meccanismo dell'art. 1411, comma 3, c.c. all'accollo si v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 205;

²² Tale opinione, che è piuttosto diffusa, ha le sue radici in P. RESCIGNO, *L'accollo semplice*, in *Banca*, 1957, I, 325 ss., per cui anche l'accollo esterno produce effetti meramente economici fino a quando non interviene l'accettazione del creditore. Cfr. anche U. LA PORTA, *op. cit.*, 296 ss.

adempita in tre diversi modi²³. In primo luogo l'accollante può adempiere saldando il debito direttamente nelle mani del creditore per conto dell'accollato, in qualità di terzo adempiente *ex art.* 1180 c.c.; in secondo luogo l'accollante può fornire all'accollato i mezzi necessari al suo adempimento nei confronti del creditore; infine, l'obbligazione dell'accollato può consistere nel reintegrare l'accollato di quanto prestato nei confronti del creditore.

1.2. – L'art. 1273, comma 4, c.c., prevede che l'accollante sia obbligato verso l'accollatario «nei limiti in cui ha assunto il debito» e che possa opporre all'accollatario «le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta», ovvero quelle eccezioni che rispetto a tale contratto egli avrebbe potuto opporre all'accollato. Egli può quindi eccepire l'invalidità e l'annullabilità dell'accollo, giovandosi dei rimedi contrattuali contro l'inadempimento dell'accollato²⁴ e far valere le clausole del contratto di accollo, nei limiti del quale egli è obbligato²⁵. Ciò significa che l'accollante può delimitare attentamente la sua obbligazione, ampliando il numero di eccezioni opponibili all'accollatario, che ne terrà conto quando deciderà se aderire o meno alla stipulazione²⁶.

²³ Cfr. Cass., 1 agosto 1996, n. 6936; Cass., 26 agosto 1997, n. 8044; Cass., 11 aprile 2000, n. 4604; Cass., 20 settembre 2002, n. 13746, in *Danno e resp.*, 2003, 399 ss..

²⁴ Cfr. U. LA PORTA, *op. cit.*, 249 ss. Tale autore conclude per l'inopponibilità all'accollatario dell'eccezione fondata sull'inadempimento dell'accollatario, mentre ritiene opponibile l'eccezione di avvenuta risoluzione del contratto. In giurisprudenza cfr. Cass., 29 luglio 2011, n. 16733, *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Obbl. in gen.*, n. 66, che rispetto all'accollo liberatorio afferma che al venir meno del contratto base fra accollante e accollato a causa di un inadempimento, si ha reviviscenza del rapporto originale. L'accollante potrà rivalersi sull'accollato delle somme oggetto di accollo solo qualora abbia già eseguito la sua prestazione verso l'accollatario.

²⁵ Si noti che il codice tedesco dichiara al contrario inopponibili le eccezioni relative al rapporto accollante- accollato (par. 417). Con ciò il codice tedesco rispecchia una posizione che aveva già riscontro in F. REGELSBERGER, in *Archiv der civilistische Praxis*, LXVII, 1884, 31, il quale però ammetteva la rilevanza della nullità del contratto in base al quale il nuovo debitore si obbliga dal momento che il nuovo vincolo ha fonte proprio in tale contratto.

²⁶ Per un esempio pratico di cosa ciò significhi si v. Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce *Credito Fondiario*, n. 11, la cui massima recita: «Il frazionamento del mutuo fondiario, in quanto atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, avente carattere dichiarativo, non può costituire fonte di nuove obbligazioni per il terzo acquirente che non vi abbia partecipato, il quale rimane obbligato nei confronti del mutuante nei limiti in cui si è accollato il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta. Ne consegue l'illegittimità della suddivisione che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare».

L'accollante può inoltre opporre al creditore le eccezioni che a quest'ultimo potrebbe o avrebbe potuto opporre il debitore originario²⁷. Ciò non è previsto espressamente dalla disciplina normativa, ma si desume dal contenuto stesso dell'accollo quale contratto col quale una parte assume la posizione debitoria dell'altra quanto meno nei rapporti interni fra accollato e accollante. Aggravare la posizione debitoria uscirebbe da tale contenuto²⁸.

L'accollante non può opporre all'accollatario le eccezioni personali del debitore originale, né quelle basate su fatti sopravvenuti all'accollo, né può opporgli in compensazione i crediti del debitore originario verso l'accollatario (salvo che vi sia stata assunzione generica di debiti)²⁹.

Tradizionalmente si afferma che l'opponibilità da parte dell'accollante nei confronti dell'accollatario delle eccezioni che avrebbe potuto opporre l'accollato, deriva dall'applicazione analogica delle norme sull'espromissione (art. 1272, comma 3, c.c.). In realtà il vero motivo è un altro, ben sintetizzato da La Porta³⁰. Questo autore afferma che «L'accollante, in quanto successore per trasferimento del debitore originario, subentra nella sua stessa situazione soggettiva passiva verso il creditore, al quale può opporre tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre l'accollato oltre alle eccezioni di cui all'art. 1273, ult. comma, c.c.». Insomma, è il fatto di essere successore del debitore a permettere all'accollante di opporre all'accollatario le eccezioni che sarebbero state opponibili dall'accollato.

Infine, l'accollante non può opporre all'accollatario eccezioni riguardanti altri rapporti intercorrenti fra lui e l'accollato. In primo luogo non può perché il codice parla di eccezioni fondate sul contratto di assunzione. Se ciò non bastasse, troverebbe comunque applicazione l'art. 1413 c.c., che prevede l'inopponibilità da parte del promittente delle eccezioni «fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante». Il terzo non può infatti informarsi su tali rapporti³¹. Ovviamente le eccezioni derivanti da altri rapporti fra accollato e accollante potranno essere opposte

²⁷ L. DISTASO, *Modificazioni soggettive ed oggettive dell'obbligazione*, in *Banca*, 1967, I, 581; A. MANCINI, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Obbligazioni e contratti*, I, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, IX, 2ª ed., Torino, 1999, 427.

²⁸ In modo analogo già C. M. BIANCA, *op. cit.*, 682, che giustificava l'opponibilità all'accollatario tanto delle eccezioni derivanti dal rapporto di provvista, quanto di quelle derivanti dal rapporto di valuta, dicendo che «una più grave posizione debitoria andrebbe al di là» del contenuto dell'accollo.

²⁹ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 161 ss., è dell'avviso che l'opponibilità delle eccezioni derivanti dal rapporto di provvista e da quello di valuta dovrebbe essere stabilita convenzionalmente. L'art. 1273, comma 4, c.c. avrebbe l'unica funzione di rendere opponibili all'accollatario i vizi del volere e l'incapacità che invalidino il rapporto fra accollato e accollante.

³⁰ U. LA PORTA, *op. cit.*, 265.

³¹ L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1140.

all'accollatario se ciò è stato espressamente previsto dall'accollo cui l'accollatario ha aderito. In tal caso, infatti, egli ha aderito all'accollo conoscendone i limiti.

2. – Chiarito qual è la tesi che si accetta come valida quanto alla natura dell'accollo, si può ora accennare alla compensazione limitandosi alla sola disciplina codicistica. Ciò sarà sufficiente per perseguire l'obiettivo che qui ci si prefigge, ovvero esaminare alcune fra le numerose tematiche connesse all'eventualità che uno fra accollante e accollato voglia opporre la compensazione alla sua controparte o all'accollatario³².

La compensazione è regolata tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento. Pur non essendo adempimento, essa comporta soddisfazione dell'interesse del creditore, che consegue tramite la compensazione ciò che a lui spetta, nei limiti in cui la compensazione estingue il credito.

Il codice civile, agli articoli 1243 e seguenti, detta tre ipotesi di compensazione fra crediti e debiti reciproci. La prima ipotesi è quella della compensazione legale. Essa necessita di tre requisiti per poter operare: il credito deve avere ad oggetto denaro o altre cose fungibili appartenenti allo stesso genere e deve essere liquido ed esigibile. La compensazione legale può essere invocata nel corso del giudizio, oppure, in presenza di determinati requisiti, stragiudizialmente. La compensazione legale viene considerata un diritto potestativo e la sentenza che ne accerti l'operare è una sentenza dichiarativa.

La seconda ipotesi di compensazione è quella giudiziale. Essa opera quando il credito, certo ed esigibile, non sia liquido ma sia di «pronta e facile» liquidazione. La pronuncia giudiziale avrà in tal caso valore costitutivo.

L'ultima ipotesi codicistica è quella della compensazione volontaria. Essa permette alle parti di accordarsi per la compensazione di crediti reciproci, anche in assenza di tutti e tre i requisiti codicistici.

È opportuno soffermarsi rapidamente sulla reciprocità. La reciprocità, più che essere un requisito della compensazione, è un suo vero e proprio presupposto. L'art. 1241 si riferisce infatti al caso in cui "due persone sono obbligata l'una verso l'altra". Sul significato di reciprocità non vi è tuttavia unanimità fra gli interpreti: alcuni ritengono che sia sufficiente la dualità di patrimoni, potendo il credito e il debito appartenere a due patrimoni distinti dello stesso soggetto³³; altri sostengono invece che vi debba essere diversità

³² L'analisi non ha pretese di completezza, ma intende aprire nuovi spunti di riflessione per gli interpreti.

³³ P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988, 258 ss.; A.

tanto dei soggetti, quanto dei patrimoni³⁴. La giurisprudenza ha optato per la seconda tesi³⁵.

3. – Fatte tutte queste premesse si possono ora considerare i rapporti fra i due istituti. Come si vedrà fin da subito essi sono assai complicati e sono ancora numerosi gli aspetti non esaminati dagli interpreti.

3.1. – Il primo caso è quello della compensazione fra un credito dell'accollato e un credito dell'accollatario. Essa è sicuramente sempre possibile, dal momento che, come il pagamento del debitore, realizza l'interesse del creditore e libera il debitore nei confronti del creditore: quindi, la compensazione soddisfa in questo caso ogni funzione concettualmente attribuibile all'accollo. Alcuni problemi si potrebbero tuttavia porre con riguardo ai rapporti fra accollante e accollato. Può infatti accadere che l'accollante abbia interesse a estinguere il credito dell'accollatario, eventualmente tramite compensazione (sul tema della compensazione dei controcrediti dell'accollante nei confronti dell'accollatario, v. anche *infra*). Si pensi per esempio al caso in cui l'accollante, debitore nei confronti dell'accollato di 100, si accolli un debito di pari ammontare dell'accollato nei confronti dell'accollatario. Si immagini poi che l'accollante abbia un controcredito sempre pari a 100 nei confronti dell'accollatario e che quest'ultimo sia un soggetto economicamente poco affidabile. In tal caso l'accollante ha sicuramente interesse all'esecuzione dell'accollo, vale a dire a pagare (sia pure per mezzo della compensazione). Egli, infatti, vedrebbe interamente realizzato il suo proprio credito nei confronti dell'accollatario e al contempo estinguerebbe il suo debito nei confronti dell'accollato. Se però l'accollato estinguesse il suo debito nei confronti dell'accollatario in modo autonomo, malgrado l'accollo, l'accollante resterebbe deluso nella misura in cui resterebbe creditore dell'accollatario insolvente senza ottenere alcun vantaggio dall'accollo. Tuttavia, l'interesse dell'accollante a conseguire un vantaggio tramite l'accollo non appartiene alla funzione tipica dell'accollo, che non realizza di per sé un interesse dell'accollante: necessariamente, se l'accollante intende soddisfare l'interesse a compensare un suo ipotetico controcredito nei confronti dell'accollatario, deve proteggere questo suo interesse con un'apposita clausola del contratto di accollo. Tale clausola, ovviamente, vincola il debitore accollato, ma non il creditore accollatario

ZACCARIA, *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e discipline di attuazione*, Torino, 1994, 64 e 65.

³⁴ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 223; M. FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 109 e ss.

³⁵ Questo orientamento è consolidato almeno a partire da Cass., 27 maggio 1960, n. 1371, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1601, con rarissime pronunce in senso opposto.

(indipendentemente dal fatto che l'accollante possa opporgli un proprio controcredito in compensazione, su cui v. oltre). Perché il creditore sia vincolato dalla pattuizione che obbliga l'accollato a non pagare il creditore per permettere all'accollante di compensare il suo controcredito verso il creditore accollatario, occorre che questi partecipi al contratto come contraente. La mera dichiarazione del creditore di voler approfittare dell'accollo ai sensi dell'art. 1411 c.c. non potrebbe considerarsi sufficiente, poiché il terzo, per effetto di essa, rende irrevocabile la promessa, senza per questo assumere la posizione di contraente.

Tornando all'ipotesi contemplata sopra, supponiamo ora che l'accollato (in violazione della clausola attributiva del diritto ad adempiere all'accollante) abbia compensato il debito con un suo controcredito, ma che l'accollante esegua comunque il pagamento. In tal caso, ricorrerebbe la fattispecie oggettiva della restituzione dell'indebito. Quale sia il soggetto cui spetta l'azione è però dubbio. Per risolvere la questione è opportuno procedere per gradi e per categorizzazioni. Per prima cosa bisogna distinguere il caso dell'accollo interno da quello dell'accollo esterno.

In caso di accollo interno bisogna ulteriormente distinguere tre ipotesi, tenendo sempre presente che vi sia espressa clausola che costituisca un diritto ad adempiere in capo all'accollante.

Nella prima, l'accollante è ignaro del fatto che il debitore originario abbia già adempiuto personalmente, tramite compensazione. In questo caso, che è identico a quello in cui il debitore originario abbia adempiuto nelle mani del creditore all'insaputa dell'accollante, la legittimazione alla restituzione dell'indebito spetterebbe al debitore originario. Egli, infatti, pur sapendo che ad adempiere avrebbe dovuto essere l'accollante, ha adempiuto verso l'accollatario. Se dunque l'accollante, ignaro dell'infedeltà dell'accollato, dovesse adempiere a sua volta nei confronti dell'accollatario, potrà comunque far valere le sue pretese nei confronti dell'accollato nei termini del contratto di accollo e sarà l'accollato ad avere l'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore soddisfatto due volte. Nel caso in cui invece l'accollante sia al corrente dell'adempimento ovvero dell'estinzione del debito tramite compensazione da parte dell'accollato, la questione si fa più complicata. Se da un lato parrebbe equo che a subire il rischio della mancata restituzione sia chi era consapevole di eseguire una prestazione non dovuta, dall'altro parrebbe giusto che a subire tale rischio sia chi ha vanificato il diritto all'adempimento della sua controparte contrattuale. Qualsiasi tentativo di soluzione in questo caso si espone a ovvie critiche. Chi scrive preferisce però sostenere che a subire il rischio della mancata restituzione sia il soggetto che avrebbe potuto evitare tale rischio, ovvero l'accollante. Egli avrà comunque diritto al risarcimento del

danno (secondo criteri che verranno illustrati più avanti) nei confronti del contraente infedele.

La seconda ipotesi è quella in cui l'accollante fornisca all'accollato i mezzi necessari per l'adempimento. In tal caso, non si pone alcun problema: l'accollante, se non ha ancora adempiuto, dovrebbe limitarsi a non adempiere, mentre se ha già adempiuto potrebbe scegliere se rivolgere le sue pretese all'accollato (secondo il contratto di accollo) o ripetere quanto prestato. Anche tornando al caso del controcredito dell'accollante nei confronti dell'accollatario non si pongono problemi. L'accollante potrà mantenere il suo credito nei confronti dell'accollatario o costringere l'accollato all'esecuzione del contratto. In questo caso l'accollante potrà cedere all'accollato il suo credito nei confronti dell'accollatario e pretendere l'esecuzione del contratto di accollo.

L'ultimo scenario possibile è quello in cui l'accollante si sia impegnato a tenere indenne l'accollato di quanto prestato al creditore. In tal caso il problema non esiste nemmeno, poiché ciò significa che il contratto è stato eseguito correttamente: l'accollato ha pagato il creditore e ora l'accollante deve tenerlo indenne.

Passando al caso dell'accollo esterno, si deve distinguere l'ipotesi dell'accollo cumulativo da quella dell'accollo liberatorio.

Nulla quaestio sull'accollo liberatorio. In questa fattispecie, il debitore originario non è più legato in alcun modo al creditore originario e non può dunque eseguire la prestazione in luogo del nuovo debitore. Se ciò avvenisse, il nuovo debitore avrebbe tutto il diritto di eseguire l'accollo e di pretenderne l'esecuzione da parte dell'accollato. Nel caso l'accollato rimanesse inadempiente nei suoi confronti, l'accollante potrà inoltre esercitare azione surrogatoria per la ripetizione dell'indebito nei confronti dell'accollatario, che ha ricevuto una prestazione non dovuta (come del resto potrebbe fare qualunque altro creditore del debitore originario) e potrà inoltre invocarne la mala fede.

Il discorso si fa più difficile quando l'accollo è cumulativo. In tale fattispecie il creditore, non avendo liberato il debitore originario, può indifferentemente ricevere dall'uno o dall'altro debitore. Il suo unico limite potrebbe essere il dover prima escutere il nuovo debitore e solo successivamente il debitore originario³⁶. In dottrina sono però state fatte

³⁶ Sull'argomento si v. U. BRECCIA, *op. cit.*, 838; R. CICALA, *Accollo*, cit., 288 ss. ID., *Negoziato di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 211 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Obbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1904, 246 ss.; ID., voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 5 ss.; U. LA PORTA, *op. cit.*, 17 ss., 207 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1148 ss., nota 87; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit., 209 e 199, nota 22; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 63 ss., che sostiene che anche all'accollo si applichi l'art. 1268, comma 2, c.c.; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in A.

alcune precisazioni in merito. Vi è chi, tramite un'argomentazione basata sulla possibilità di coesistenza fra sussidiarietà e solidarietà³⁷, ha chiarito come la sussidiarietà possa essere disposta solo per legge o per espresso accordo fra le parti. Nel caso dell'accollo è la sussidiarietà a essere conseguenza dell'adesione del creditore, non l'efficacia dell'accollo³⁸. In caso di accollo esterno cumulativo, dunque il creditore, in mancanza di espressa accettazione dell'accollo, può scegliere a quale debitore rivolgersi. Il creditore potrà inoltre sempre rifiutare l'assunzione del debito. In definitiva, il creditore, in mancanza di espressa adesione all'accollo, non ha vincoli di preventiva richiesta, ma può comunque invocare gli effetti della stipulazione³⁹. In senso conforme si v. la sentenza della Corte di cassazione n. 1758 del 2012⁴⁰, in cui la Corte ha affermato che in mancanza di accettazione non si ha degradazione a sussidiaria dell'obbligazione del debitore originario. Se dunque il debitore originario volesse adempiere spontaneamente, non vi sarebbe nulla che impedirebbe al creditore di ricevere la prestazione: la solidarietà è infatti una garanzia del creditore e non un ostacolo. Il problema a questo punto si porrebbe solo nei rapporti fra il debitore originario e il nuovo debitore. Come si è visto, infatti, può esservi un forte interesse dell'accollante all'esecuzione dell'accollo. A questo punto si potrebbe fare una differenza fra il caso in cui tale interesse sia noto al debitore originario, che lo frustra scientemente e il caso in cui tale interesse non sia noto al debitore originario, che adempia in buona fede. La distinzione sarebbe inutile se fosse stato pattuito tra accollante e accollatario il diritto del primo di eseguire l'accollo. A ogni modo, in mancanza di

SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1957, sub art. 1292, 135-136; G. TAMBURRINO, *Appunti sull'art. 1273 c.c.*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, 246 ss., nota a Cass., 19 maggio 1951, n. 1260; *contra* U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto impr.*, 2014, I, 266 ss.; *La solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo cumulativi*, in *Contratto impr.*, 2014, I, 674 ss. Fortemente contrario alla degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'accollato nell'accollo cumulativo F. MESSINEO, *op. cit.*, 238-239.

³⁷ Secondo tale autore esse possono coesistere quando si è in presenza di *beneficium ordinis* e non di *beneficium excussionis*.

³⁸ L'efficacia (esterna) dell'accollo è però esclusa da un espresso rifiuto del creditore accollatario.

³⁹ Per un'attenta ricostruzione sui motivi per cui l'adesione del creditore non sia elemento perfezionativo del contratto di accollo, si v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 213 ss.

⁴⁰ Sentenza 8 febbraio 2012, n. 1758 in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Obbl. in gen.*, n. 77. La Suprema Corte si era espressa diversamente con le sentenze 9982 del 24 maggio 2004 e 4482 del 24 febbraio 2010, in cui aveva affermato che per il perfezionarsi dell'accollo esterno è necessario che intervenga l'accettazione del creditore. In entrambe le sentenze, la Corte ha ritenuto che in caso di accettazione si applichi per analogia l'art. 1268, comma 2, c.c., con conseguente imposizione al creditore del *beneficium ordinis*.

espressa pattuizione l'unico rimedio a disposizione dell'accollante sarebbe probabilmente solo risarcitorio e avrebbe fonte nella violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto.

In definitiva si ritiene che, una volta stipulato il contratto di acollo con clausola che attribuisca all'accollante il diritto di eseguire l'acollo, l'accollato non possa estinguere il suo debito nei confronti dell'accollatario senza il consenso dell'accollante. Nel caso lo faccia, sarà responsabile nei confronti dell'accollante.

3.2. – Esaurita questa prima parte di discussione, si può ora passare al caso in cui a voler opporre in compensazione un credito dell'accollato sia l'accollante. Questa ipotesi è quella considerata e regolata dall'art. 1272, comma 3, c.c. con riferimento all'espromissione (il terzo può opporre al creditore «le eccezioni che al creditore avrebbe potuto opporre il debitore originario, se non sono personali a quest'ultimo e non derivano da fatti successivi all'espromissione. Non può opporgli la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario, quantunque si sia verificata prima dell'espromissione»). Tale articolo, che (come si ripete) è stato dettato in tema di espromissione, si applicherebbe tuttavia anche all'acollo o per analogia, o perché (come ritiene Rescigno) l'acollo vale nei confronti del creditore come un'espromissione⁴¹. Il caso previsto dall'art. 1272, comma 3, c.c. è una delle ipotesi di incompetibilità dovuta a mancanza di reciprocità dei crediti e, quindi, di identità dei soggetti i cui crediti dovrebbero estinguersi. A risultati analoghi si perviene peraltro anche rigettando la tesi dell'applicazione analogica e adottando la tesi per cui l'opponibilità delle eccezioni derivanti dal rapporto di valuta dipenda dall'avvenuta successione "interna" nel debito⁴². Ciò perché il riferimento al rapporto di valuta permette solo di far valere eccezioni derivanti da tale rapporto e non anche eccezioni ad esso estranee, come la compensazione⁴³. Del resto, anche la *ratio* dell'art. 1272, comma 3, c.c. non ha nulla a che vedere con ragioni logiche o sistematiche, ma discende da una valutazione di praticità: se si ragionasse diversamente si ammetterebbe che un soggetto possa disporre di un diritto altrui per estinguere una sua obbligazione.

Problemi di raccordo sono stati evidenziati da alcuni autori che hanno notato come l'espromittente sia un obbligato solidale. Da ciò si potrebbe dedurre l'applicabilità dell'art. 1302 c.c., che permette a ciascuno dei co-

⁴¹ In tal senso, per primo, U. NATOLI, *In tema di compensazione legale*, in *Foro it.*, 1948, IV, 63 ss.. In senso opposto si v. Cass., 2 dicembre 1993, n. 11956, in *Riv. dir. comm.*, 1994, 195 ss. e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1794 ss.

⁴² Si v. il paragrafo 1.2.

⁴³ P. SCHLESINGER, voce *Compensazione*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1952, 728 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Compensazione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 25.

obbligati solidali di opporre in compensazione al creditore comune un controcredito di un altro condebitore. Secondo Ragusa-Maggiore⁴⁴ il contrasto risulta ancor più evidente se si considera che l'espromittente, come debitore in solido e di regola assumente il debito nell'interesse esclusivo del debitore originario, ha diritto di regresso anche per l'intero verso quest'ultimo (e quindi dovrebbero essere consentiti tutti i mezzi con cui si può realizzare il regresso, compensazione compresa⁴⁵). Quest'ultimo problema rispetto all'accollo non si pone. Nell'accollo, infatti, vi è traslazione (almeno interna) del debito. In questa prospettiva, il debito dell'accollante è un debito proprio che è entrato definitivamente nel patrimonio dell'accollante ed è quindi con tale patrimonio che deve essere soddisfatto⁴⁶. Diversamente ancora argomentano altri interpreti⁴⁷, con una tesi applicabile sia all'espromissione che all'accollo. Secondo questa tesi l'art. 1272, comma 3, c.c. non fa altro che confermare la disegualianza di interessi fra espromesso ed espromittente rispetto al creditore originario. Non si applica dunque l'art. 1302 del codice civile, che si fonda viceversa sull'eguaglianza delle posizioni dei debitori in solido verso il creditore⁴⁸. Un simile ragionamento non pare tuttavia applicabile *tout court* al contratto di accollo. In esso l'accollato non deve necessariamente degradare a garante dell'obbligazione. Il contratto di accollo vede come parti accollato e accollante. Rispetto al creditore, dunque, l'accollato non cambia necessariamente posizione. Nell'accollo cumulativo, per esempio, il creditore, se si accetta la tesi esposta nel paragrafo precedente⁴⁹, può semplicemente trovarsi ad avere due debitori. Bisogna tuttavia dar conto del fatto che per la maggior parte degli interpreti l'accollo esterno comporta necessariamente sussidiarietà dell'obbligazione dell'accollato. Seguendo una siffatta impostazione, la tesi che si fonda sulla disegualianza fra l'obbligazione dell'accollante e dell'accollato, acquisisce forza. Nell'accollo liberatorio si potrebbe invece propendere per la posizione di garante⁵⁰. Egli

⁴⁴ G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, 24.

⁴⁵ Nello stesso senso anche E. GIULIANO, *La compensazione, spec. per procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 12, nota 13.

⁴⁶ In tal senso depone anche la disciplina in materia di bilancio. L'accollante dovrà infatti inserire il debito derivante dall'accollo fra le passività effettive, mentre l'accollato fra i rischi.

⁴⁷ R. CICALA, voce *Espromissione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 8 secondo cui l'inopponibilità dell'eccezione di compensazione spettante all'espromesso si spiega anche a motivo della posizione di garante che l'espromesso assume nel nuovo rapporto; U. LA PORTA, *op. cit.*, 147 ss.

⁴⁸ Così F. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 61; U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ V. par. 3.1.

⁵⁰ V. par. 3.1.

infatti rimane obbligato nei confronti del creditore per tutto ciò che ecceda l'obbligazione assunta dall'accollante, o per il totale in caso di insolvenza dell'accollante già al momento dell'assunzione o in generale se così previsto dal contratto. Si è tuttavia osservato che la giustificazione della norma è data da ragioni pratiche di non frustrazione dell'interesse dell'accollato, sicché è inutile sottolineare il contrasto. Egli infatti, non ha opposto la compensazione pur potendo, non avendone evidentemente convenienza. Non avrebbe dunque senso che l'accollante potesse opporre in compensazione un credito dell'accollato, superando la volontà dello stesso. Tale osservazione pare decisamente condivisibile, perché ad un tempo chiarifica la fattispecie e semplifica la disciplina, secondo le esigenze comuni del traffico commerciale.

3.3 – Ferma l'osservazione già fatta incidentalmente nel paragrafo 3.1, rimane ora da considerare la possibilità per il nuovo debitore di opporre in compensazione al creditore crediti propri. Ancora una volta bisogna trattare in modo differenziato il caso dell'accollo interno (figura che, si ribadisce, non è direttamente disciplinata dal codice civile) da quello dell'accollo esterno.

Per ragioni di praticità si parte dall'accollo esterno. L'accollo esterno presuppone che il creditore abbia aderito incontrovertibilmente alla stipulazione. Ebbene, in presenza di adesione del creditore e di tutti i presupposti necessari per l'operare della compensazione, egli non potrà certamente opporvisi. L'unica possibile deroga potrebbe avvenire a livello pattizio. Nulla esclude che al momento dell'adesione al contratto di accollo il creditore subordini la sua accettazione all'esclusione della compensazione. Un simile patto potrebbe però nascondere risvolti problematici quanto agli interessi di terzi creditori. In caso di crisi economica dell'accollatario (ma volendo anche dell'accollante), infatti, l'accollato non potrebbe sfruttare gli effetti positivi – ovviamente solo quegli effetti positivi che rientrino nei limiti consentiti dalla legge (v. anche sotto) – della compensazione.

In mancanza di adesione del creditore, non si potrà invece certo opporre in compensazione alcunché. Nel momento in cui l'accollatario non abbia aderito all'accollo viene infatti meno la reciprocità dei due crediti che si vorrebbero porre in compensazione, il che rende impossibile l'operare di tale istituto. Infatti, se l'accollante non ha validamente assunto il debito dell'accollato nei confronti del debitore, egli non ha un debito da compensare con il suo credito, ma ha solo il suo credito nei confronti dell'accollatario.

Se ciò è già evidente nel caso in cui il creditore non si pronunci né in favore, né contro l'accollo, il tutto è ancora più indubbio se si considera il caso del rifiuto espresso. In caso di rifiuto espresso, infatti, il comma 3 dell'art. 1411 c.c. elimina qualunque possibile discussione. Secondo tale

norma, in caso di mancata adesione o di rifiuto del beneficiario di profittare della stipulazione a suo favore, il contratto produce effetti solo fra stipulante e promissario (salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto). Si faccia attenzione, la mancata adesione del creditore o il suo rifiuto, non dipendono necessariamente da un capriccio (che comunque sarebbe lecito), come risulta evidente dall'esempio che segue. Si pensi al caso in cui l'accollatario sia un soggetto che si trovi in un momento di crisi economica e che non sia in grado di soddisfare completamente i crediti dei suoi creditori, ma solo al 70%. Se l'accollante opponesse in compensazione al 100 che deve versare all'accollatario in conseguenza dell'accollo un 100 di cui l'accollatario è debitore nei suoi confronti, egli finirebbe per essere soddisfatto al 100%, mentre dalla massa patrimoniale che è posta a soddisfazione dei creditori dell'accollatario uscirebbe 100, con pregiudizio di 30 per i creditori. È quindi chiaro che qui il rifiuto dell'accollatario non solo non sarebbe un capriccio, ma sarebbe esattamente l'atteggiamento che l'accollatario deve tenere secondo l'obbligo di buona fede che lo vincola nei confronti delle sue singole controparti contrattuali, che nell'insieme sono i suoi creditori. Prima di illustrare meglio quando tale rifiuto sia effettivamente necessario per impedire pregiudizi per la massa dei creditori è necessario fare una breve digressione sulla compensazione in ambito fallimentare.

A norma dell'art. 56 della legge sul fallimento⁵¹: «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, tuttavia, la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto fra vivi o nell'anno anteriore». La norma prevede nel primo comma la compensabilità fra crediti del creditore *in bonis* verso il fallito e crediti del fallito verso il creditore *in bonis*, la cui genesi⁵² sia anteriore alla dichiarazione di fallimento⁵³, anche nel caso in cui per il credito nei confronti del fallito manchi il requisito dell'esigibilità alla data di dichiarazione del fallimento. In passato è stato proposto di

⁵¹ La legislazione previgente escludeva l'applicabilità della compensazione nei confronti del fallito; la compensazione verso il fallito era invece ammessa dagli usi mercantili (v. D. AZUNI, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, voce *Compensazione*, n. 14, p. 536).

⁵² In alcune sentenze, a partire dalla Cass., Sez. Un., 16 novembre 1999, n. 775, la Suprema Corte ha sostenuto che l'unico requisito che deve sussistere prima della dichiarazione di fallimento sia l'antiorità del fatto genetico del credito e del controcredito, ben potendo gli altri presupposti realizzarsi successivamente. In senso contrario, v. da ultima Cass., 30 dicembre 2014, n. 27441.

⁵³ Si noti che alcuni interpreti (M. Foschini, op. cit., p.108) ritengono che sia ammissibile la compensazione con un credito del creditore *in bonis* verso il fallimento e un credito del fallito verso il creditore *in bonis*.

estendere la deroga anche al credito del fallito nei confronti del creditore *in bonis*, in considerazione del fatto che il termine per l'adempimento è normalmente posto a tutela del debitore⁵⁴. Tale proposta è stata respinta sulla base di due osservazioni. La prima è che la compensazione fallimentare costituisce una deroga agli artt. 1243 e 2917 c.c.: pertanto al di fuori della fattispecie espressamente regolata, rimane applicabile la regola generale. Il secondo argomento è che la rinuncia al termine di cui all'art. 1184 c.c. inciderebbe negativamente sul patrimonio del fallito, il che non è ammissibile⁵⁵.

Al comma 2 dell'articolo viene esclusa la compensazione nel caso in cui il credito non scaduto nei confronti del fallito sia stato acquistato per atto *inter vivos* notificato al fallito o al fallimento in un tempo successivo all'anno antecedente la dichiarazione di fallimento⁵⁶. Ciò significa che qualora l'acquisto sia successivo a tale momento, ma abbia a oggetto un credito già scaduto, la norma non si applica⁵⁷. Ovviamente ciò ha sollevato molte critiche⁵⁸. Una dottrina risalente ha sostenuto che l'acquisto del credito scaduto nei confronti del fallito debba comunque avvenire prima della dichiarazione di fallimento perché un acquisto successivo determinerebbe la mancanza del requisito della reciprocità.

Tornando al caso dell'accollo esterno, quando esso abbia a oggetto un debito verso il fallito sono opportune alcune considerazioni aggiuntive. Se è ammissibile l'acquisto del credito scaduto nei confronti del fallimento anche successivamente alla dichiarazione di fallimento, a maggior ragione lo sarà l'accollo di debito scaduto nei confronti del fallito. È evidente che questa soluzione comporta notevoli pregiudizi per i creditori, come del resto quella adottata esplicitamente dal secondo comma dell'art. 56. Nel caso dell'accollo vi è però per il curatore la possibilità di evitare questi pregiudizi non aderendo alla stipulazione. Un esempio può chiarire il discorso. A, debitore di 100 nei confronti del fallito, si rivolge a C, creditore di un credito scaduto nei confronti del fallito per 100, proponendogli di pagargli 50 perché C si accoli il suo debito. In questo modo A si libera del suo debito pagando 50 in luogo di 100, mentre C ottiene 50 in luogo della cifra a cui il suo credito sarebbe stato liquidato, cifra che sarebbe probabilmente stata molto inferiore, per ipotesi 10. La massa dei creditori del fallito, viceversa,

⁵⁴ F. FERRARA, *Il fallimento*, 5ª ed., Milano, 1995, 350.

⁵⁵ Su queste circostanze si v. B. INZITARI, *op. cit.*, 170-171.

⁵⁶ La compensazione è però ammessa se l'acquisto derivi da rapporti fideiussori.

⁵⁷ La Corte Costituzionale, con sentenza del 20 ottobre del 2000, n. 431, in *Foro it.*, 2000, c. 3387, con nota di M. FABIANI; in *Dir. fall.*, 2001, 5 ss. con nota di I. SCALERA; in *Corr. giur.*, 2001, 1041, con nota di R. MURONI, ha ritenuto tale differenza di disciplina legittima.

⁵⁸ R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 935.

incasserebbe 0 in luogo di 100 e spenderebbe 0 anziché 10, con una perdita netta di 90. Si comprende dunque che in un caso simile il rifiuto dell'accollatario (il fallimento) è di importanza cruciale.

A completamento della discussione del tema, va esaminato il caso dell'accollo interno. Per esso la soluzione è molto semplice: nell'accollo interno l'accollante non può opporre la compensazione all'accollatario perché egli è un terzo rispetto all'accollatario e non ne è debitore. Manca quindi il presupposto indefettibile della compensazione, cioè la reciprocità del rapporto debito/credito.

3.4. – Rimane solo un'ultima ipotesi da indagare. L'ipotesi in cui, una volta stipulato il contratto di accollo, nel rapporto interno l'accollante opponga in compensazione all'accollato un suo controcredito.

Se si ammettesse la possibilità per l'accollante di opporre in compensazione all'accollato un suo controcredito, l'operazione di accollo sarebbe del tutto vanificata e priva di causa. Il debitore originario si troverebbe nuovamente ad essere debitore (o l'unico debitore) nei confronti dell'accollatario, tornando alla stessa situazione che lo aveva portato a stipulare l'accollo.

Vi è poi da aggiungere che, se anche si ammettesse il diritto di compensazione da parte dell'accollante nei confronti dell'accollato, esso non potrebbe produrre effetti nei confronti dell'accollatario. Nessun problema per quanto riguarda l'accollo interno. L'accollatario non ne è parte (può addirittura ignorarlo) e non ha una posizione qualificata da difendere. La conclusione è diversa per l'accollo esterno. In tal caso, infatti, la compensazione avrebbe in alcuni casi effetto fra accollato e accollante, pur non avendone anche nei confronti dell'accollatario. Accettando l'accollo cumulativo, il creditore ha acquisito diritti nei confronti di un nuovo soggetto, dovendo però rinunciare alla possibilità di escutere per primo il debitore originario⁵⁹. Se dunque l'accollante venisse meno, egli sarebbe pregiudicato, perché perderebbe uno dei due debitori che potevano soddisfare il suo credito. Ciò equivarrebbe a una revoca del beneficio, inefficace ai sensi dell'art. 1411 c.c.. Egli poi ha magari trascurato di concentrare le sue energie sul debitore originario e sulle operazioni da questi compiute e che potrebbero aver nel frattempo pregiudicato le sue possibilità di soddisfazione. Tuttavia, in caso di accollo titolato rispetto al rapporto di provvista, si potrebbe pensare che il creditore non abbia riparo. Si potrebbe infatti ritenere che l'aver fatto riferimento al rapporto di provvista permetta di opporre tutte le eccezioni che si sarebbero potute opporre al debitore originario, fra queste la compensazione. Tuttavia questa è una falsa

⁵⁹ V. par. 3.1.

impressione, esclusa tanto dall'art. 1273, comma 4, c.c., che parla solo dell'opponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto di assunzione, sia dall'art. 1413 c.c. in tema di contratti a favore di terzi in generale. La disciplina generale del contratto di terzo prevede, come si è visto sopra (par. 1.2), che il promittente non possa opporre al terzo creditore le eccezioni che derivino da "altri rapporti" con lo stipulante. L'eccezione di compensazione, infatti, non inciderebbe sulla validità o meno del contratto di accollo, che è il vero tema cui ci si riferisce quando si dice che se l'accollo fa riferimento al rapporto di provvista, l'accollante può opporre all'accollatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'accollato. Il ragionamento è analogo a quello già sviluppato da importanti Autori per il rapporto di valuta. Secondo il loro insegnamento, il riferimento espresso al rapporto di valuta permette di opporre solo le eccezioni che riguardano *quel* rapporto e non anche qualsiasi altra eccezione che il delegante (o l'accollato) avrebbe potuto opporre in base ad altri suoi rapporti con il delegatario (o l'accollante), come per l'appunto la compensazione. Lo stesso ragionamento si può fare appunto con il rapporto di provvista. L'aver fatto riferimento al rapporto di provvista permette di opporre eccezioni derivanti da patologie del rapporto di provvista, non ogni altra eccezione riguardante i rapporti fra accollante e accollato. Nel caso della compensazione non si parla di un contratto nullo o annullabile e di una esigenza di certezza e praticità del sistema, ma si parla di una questione meramente pecuniaria fra due singoli soggetti. Se ciò non bastasse, la *ratio* dell'art. 1273, comma 2, depone in tal senso. Così come l'accollante non può opporre in compensazione all'accollatario crediti dell'accollato, allo stesso modo non potrebbe opporgli una compensazione avvenuta fra sé e l'accollato. In definitiva, per l'accollo esterno, sia che si segua la tesi di Bianca, sia che si ammetta l'efficacia della compensazione *inter partes*, si deve concludere per l'inefficacia della compensazione nei confronti del creditore.

Abstract

"ACCOLLO" AND DEBT COMPENSATION: OLD AND NEW QUESTIONS

L'articolo offre nuove prospettive sul rapporto fra accollo e compensazione. Dopo aver ripercorso i tratti caratterizzanti dell'accollo e illustrato le tesi principali sulla sua natura, l'articolo si concentra sui suoi rapporti con la compensazione, individuando alcune problematiche tradizionalmente non esaminate dagli interpreti.

The paper offers new perspectives on the relationship between offset and accollo, a form of debt transfer in which the debtor and a third party agree for the third party to take the debt upon himself. After discussing "accollo", its main features and the main opinions on its nature, the paper focuses on its relationship with offset pointing at issues, which have traditionally not been examined by scholars.
