

Percorsi di ricerca del Dottorato
in diritto internazionale,
diritto privato e del lavoro
dell'Università di Padova

Volume I

a cura di Maurizio Bianchini, Elena Pasqualetto, Enrico Zamuner

Prima edizione 2021, Padova University Press
Titolo originale

© 2021 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova

www.padovauniversitypress.it
Redazione Padova University Press
Progetto grafico Padova University Press

This book has been peer reviewed

ISBN 978-88-6938-200-0



This work is licensed under a Creative Commons Attribution International License (CC BY-NC-ND)
(<https://creativecommons.org/licenses/>)

**PERCORSI DI RICERCA DEL DOTTORATO
IN DIRITTO INTERNAZIONALE,
DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA**

VOL. 1

a cura di

MAURIZIO BIANCHINI, ELENA PASQUALETTO, ENRICO ZAMUNER



Indice

Presentazione	7
Il trattamento dei dati personali del lavoratore tra informativa e consenso <i>Stefano Iacobucci</i>	13
Il ruolo dell'autonomia privata nella qualificazione delle liberalità non donative a carattere negoziale <i>Davide Lapis</i>	55
Il principio di non discriminazione nell'ambito del commercio multilaterale e degli investimenti internazionali <i>Silvia Marchiante</i>	89
L'eliminazione della condizione nei contratti <i>Emanuela Morotti</i>	123
Il rapporto di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Un tentativo di ricostruzione civilistica <i>Giovanna Pistore</i>	157
Prospettive del contratto collettivo decentrato nel sistema contrattuale e nel sistema legale <i>Angela Rampazzo</i>	177
La tutela della retribuzione "sufficiente": rafforzamento della via negoziale o intervento legale? <i>Davide Tardivo</i>	205

L'eliminazione della condizione nei contratti

Emanuela Morotti

Sommario: 1. L'individuazione del campo di indagine – 2. L'introduzione di una nuova regola: dalla precarietà alla definitività di interessi – 3. L'eliminazione della condizione risolutiva nei contratti traslativi – 3.1 *Il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta una vicenda circolatoria propria del congegno condizionale* – 3.2. *L'uscita dalla logica della condizionalità impedisce di riprodurre uno schema di trasferimento del diritto in grado di garantire un assetto definitivo* – 3.3 *Impossibilità di configurare un contratto modificativo: necessità di un nuovo negozio per trasferire la proprietà piena* – 4. L'eliminazione della condizione sospensiva nei contratti traslativi – 4.1 *Il passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena come autonoma vicenda circolatoria* – 4.2 *La riproduzione di uno schema di trasferimento del diritto valido anche al di fuori della logica condizionale* – 4.3 *La possibilità di produrre effetti definitivi consente di configurare un contratto modificativo* – 5. L'eliminazione della condizione nei contratti ad effetti obbligatori – 6. Uno sguardo comparatistico tra Francia e Germania – 7. Note conclusive sul rapporto tra contratto modificativo ed eliminazione della clausola condizionale

1. L'individuazione del campo di indagine

La rimozione della clausola condizionale da un contratto fornisce una prospettiva di studio privilegiata per indagare i margini dell'autonomia privata in materia di modifica dell'originario assetto contrattuale. L'obiettivo della presente indagine sarà quello di capire se tale operazione di eliminazione della condizione possa essere realizzata attraverso lo strumento del contratto modificativo¹, ossia mediante un contratto che, da un lato, non costituisce una nuova

¹ Per un esame della figura del negozio modificativo si rimanda a G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella Civil Law e nella Common Law*, *Rivista di Diritto*

obbligazione, dall'altro, non elimina la precedente, ma si limita a modificarla – appunto – incidendo sul contenuto originario e integrandone la portata. Come è facile intuire, l'operazione in oggetto comporta sicuramente una modifica² in senso lato del precedente rapporto, ma non è detto, invece, che sia il contratto modificativo lo strumento in grado di raggiungere i nuovi mutati interessi cui mirano le parti.

Prima di procedere, è bene definire il campo di indagine: oggetto del nostro studio sarà la rimozione della clausola condizionale nel periodo precedente al verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione, agendo direttamente sul regolamento contrattuale.

Non ci occuperemo, invece, dell'ipotesi in cui la clausola sia rimossa³ successivamente, perché configura, in tal caso, un diverso modo di intervento sul contratto e, precisamente, sul rapporto: questo secondo filone di indagine si è sviluppato intorno alla rinuncia alla condizione unilaterale, come possibilità, per la parte nel cui esclusivo interesse la condizione è stata posta, di non avvalersi delle conseguenze dell'avveramento o del mancamento dell'evento.

In questa sede si è scelto, così, di utilizzare il termine “eliminazione” della condizione, sia per distinguerla dalla rinuncia⁴ alla condizione unilaterale⁵, sia per prendere le distanze dal tentativo di configurare la rimozione della condi-

Commerciale, 1952, 341 ss.; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, *Giustizia civile*, 1957, 847 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987; C. GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980; P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Les obligations*, Paris, 2009; P. MALINVAUD - D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, 2011.

² In senso conforme si segnala, sul tema, l'approccio di A. ALAMANNI, *La modifica del contratto, l'identità e gli effetti*, Torino, 2018, 210, dove si afferma la necessità di “effettuare di volta in volta una indagine funzionale della variazione per ogni caso concreto ai fini della valutazione della sua incidenza sul rapporto pregresso e della effettiva funzione svolta dal nuovo assetto regolamentare [...]”. Ciò conduce a “valutare se l'incidenza sul profilo causale che la condizione indubbiamente determina sia tale da integrare una variazione non accessoria che collocherebbe l'ipotesi indagata al di fuori del fenomeno modificativo.” L'A. conclude, a p. 213, sostenendo la riconducibilità dell'ipotesi in esame al fenomeno modificativo – in senso lato-, dal momento che “l'eliminazione o l'aggiunta di una condizione, in generale, non può dirsi che introduca un interesse incompatibile col precedente assetto a tal punto da determinare l'estinzione del pregresso rapporto, ma piuttosto che si concretizza in una trasformazione che però conserva integro nel suo nucleo essenziale l'interesse interno”.

³ Sulla scindibilità della condizione dal regolamento contrattuale si rinvia a G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, *Notariato*, 2001, 2, 165.

⁴ Sulla rinuncia alla condizione unilaterale si richiama G. GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, *Rivista di Diritto Civile*, 1991, 1, 21; in particolare 39, dove individua la possibilità di configurare la rinunciabilità come potere di modificazione unilaterale del contenuto del contratto.

⁵ R. DOGLIOTTI, *Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte*, *Rivista del Notariato*, 1993, 1235 ss., che analizza le teorie elaborate sul tema dalla giurisprudenza.

zione come rinuncia al “diritto a considerare sospesa l’operatività del negozio”⁶ o come una rinuncia al “diritto di avvalersi degli effetti della condizione”⁷: si crede, infatti, che l’eliminazione della condizione non costituisca una rinuncia⁸ ad un diritto, ma un atto di esercizio dell’autonomia privata, che opera un intervento sul regolamento negoziale.

Un’ultima precisazione riguarda la scelta di limitare l’indagine a quel tipo di condizione, che “non arricchisce il contenuto”⁹ del regolamento contrattuale e, di conseguenza, la sua eliminazione non altera l’appartenenza allo schema negoziale tipico¹⁰.

La prima parte del lavoro sarà dedicata allo studio dell’eliminazione della condizione nei contratti ad effetto traslativo, mentre la seconda si occuperà della medesima operazione nei contratti ad effetti obbligatori. Si è deciso di affrontare separatamente le due ipotesi, perché offrono la possibilità di studiare il di-

⁶ Per la trattazione della condizione unilaterale si richiamano A. COSTANTINI, *Appunti sulla condizione unilaterale, Diritto e giurisprudenza*, 1970, 13 ss.; A. SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia, Giurisprudenza italiana*, 1976, 551 ss.; V. CARBONE, *La condizione unilaterale tra dottrina e giurisprudenza, Il corriere giuridico*, 1993, 180 ss.; F. GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi, Rivista del Notariato*, 1994, 1195 ss.; G. CATALANO, *Commento Cass. Civ., II sez., 30.10.1992, n. 11816, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, 654.

⁷ Si veda in proposito D. CARUSI, *Ancora appunti in tema di condizione potestativa ed unilaterale, Rassegna di diritto civile*, 2000, 675, “Si è osservato altresì che il termine ‘rinuncia’ non si adatta a questa attività di disposizione che in senso atecnico, posto che con quel termine si designa propriamente la dismissione di un diritto soggettivo”.

⁸ In tal senso anche A. VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale, Rivista di Diritto Civile*, 1975, 565 “La condizione, come clausola apposta al negozio, è un fatto storico rispetto al quale non ha senso parlare di rinunciabilità o meno”. Si rinvia anche a A. SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, op. cit., 571 nota 29 “La rinuncia incidendo sulla rilevanza e cioè sugli effetti della condizione risolutiva verificatasi o della condizione sospensiva mancata, effetti che appunto, nel caso di condizione unilaterale, sono nella disponibilità del soggetto interessato.” Conformemente anche R. GUGLIELMO, *Considerazioni in tema di condizione unilaterale, Rivista del Notariato*, 1993, 838 e 844.

⁹ Per la definizione di questo gruppo di ipotesi per le quali può “ritenersi superata la prova di resistenza consistente nello scindere dalla clausola condizionante la regola condizionata, per valutarne la compiutezza precettiva [...]” si legga G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, 151 e 183.

¹⁰ Si tralascia, inoltre, la condizione che interferisce con il contenuto degli interessi programmati, “introducendo interessi diversi da quelli deducibili dallo schema negoziale puro”: questa ipotesi di condizione è stata individuata nelle attribuzioni patrimoniali *ex uno latere* condizionate ad eventi direttamente connessi alla condotta dell’*accipiens*. Per un adeguato sviluppo si rinvia a G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 152 per gli esempi, e 185 per l’approfondimento; per un’ulteriore indagine sul tema si veda anche 218. Non verranno, altresì prese in esame le promesse condizionate ad una controprestazione, rispetto alle quali è già stata messa in evidenza l’utilizzazione atipica del congegno condizionale, la cui eliminazione avrebbe come risultato una “regola residua che non è in grado di svolgersi in forma incondizionata”: anche in tal caso è obbligatorio il rinvio a G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 153 per le esemplificazioni di questa categoria di condizione, e 191 per la trattazione.

verso modo in cui l'apposizione della condizione si atteggia nell'uno e nell'altro tipo di contratto, comportando differenti conseguenze in termini di strumenti giuridici utilizzabili per realizzare il medesimo risultato.

2. L'introduzione di una nuova regola: dalla precarietà alla definitività di interessi

Iniziando l'indagine con lo studio dei contratti ad effetto traslativo, ci si concentrerà, in questa prima parte del lavoro, sul significato dell'operazione di eliminazione della condizione, indipendentemente, per il momento, dal problema relativo a quali strumenti giuridici utilizzare per realizzarla.

L'eliminazione della condizione costituisce un tentativo di controllare l'incertezza¹¹ che connota l'evento condizionale, azzerando il rischio¹² che esso non si verifichi, se la condizione è sospensiva, o viceversa, si verifichi, se risolutiva. La volontà delle parti è diretta nel senso di optare per la certezza che si producano gli effetti previsti dal contratto, rimuovendo in radice la possibilità che il negozio possa risolversi o restare improduttivo. Così facendo, le parti mirano alla produzione degli effetti non tanto a prescindere dalla condizione, come potrebbe succedere nel caso in cui fosse un terzo ad adempiere, quanto piuttosto deliberatamente al di fuori del congegno condizionale.

Eliminare la condizione non vuol dire semplicemente rimuovere un elemento del contratto, ma significa porre una nuova regola, che esprime il raggiungimento di una definitività di interessi, che prima non c'era, e che non potrà essere ottenuto finché permane la condizione. Quest'ultima imprimeva nel regolamento originario la cifra della precarietà, portando con sé un assetto di interessi non definitivo, che era "estensione della disciplina posta a tutela dell'esito incerto"¹³. Cancellando la condizione, invece, si interviene direttamente sul regolamento originario, realizzando una modificazione della disciplina del negozio, che si può articolare in tre aspetti: a) il primo riguarda il profilo degli interessi; b) il secondo, il modo di configurarsi del diritto e delle relative posizioni giuridiche soggettive¹⁴; c) il terzo attiene alla vicenda circolatoria.

¹¹ Per approfondire il carattere di incertezza che connota la condizione si rinvia a A. FALZEA, voce *Condizione*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1-13.

¹² A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 169.

¹³ Così, letteralmente, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 399.

¹⁴ M. FACCIONI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, 60, conferma che gli effetti preliminari integrano in capo alle parti autonome situazioni giuridiche soggettive, strumentali e distinte rispetto alle situazioni finali che verranno ad investire le parti in caso di avveramento della condizione, affermando: "Il fatto che tramite gli effetti preliminari venga predisposta una tutela anticipata dell'interesse finale non può impedire di riconoscere che tale anticipazione di tutela si sostanzia nella protezione di un interesse

- a. La decisione di subordinare l'efficacia del contratto alle sorti di un determinato evento deriva dall'esistenza, al momento della conclusione del contratto, di un assetto di interessi che si configura ancora mutevole e, come tale, viene riproposto nella fase –detta appunto– di pendenza, nell'attesa che sia l'evento stesso, con il suo verificarsi o mancare, a condurre le parti fuori dallo stato di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda¹⁵. L'incertezza è duplice, perché riguarda non solo il verificarsi o meno dell'evento, ma anche il definitivo prodursi o mancare dell'effetto giuridico, che dall'evento stesso dipende. La scelta di eliminare la condizione consente alle parti di ottenere la certezza in ordine all'esito finale della vicenda, rimuovendo ogni incognita relativa all'eventualità che il contratto non produca effetto. Questo risultato è possibile mediante l'eliminazione del nesso qualificato¹⁶ che lega l'efficacia del contratto alla sorte dell'evento dedotto in condizione. L'evento, come fatto storico¹⁷, si realizzerà oppure no, ma a tale circostanza non sarà più collegata nessuna conseguenza in termini di efficacia, traducendosi quindi in un giudizio di indifferenza rispetto alla sorte del contratto. In tal modo, l'originaria conformazione precaria degli interessi è sostituita da un nuovo assetto, improntato al carattere della definitività.
- b. La condizione modifica qualitativamente¹⁸ il diritto oggetto del nego-

certamente strumentale - in quanto rivolto [...] alla conservazione dei presupposti necessari affinché possano utilmente prodursi gli effetti finali-, ma attualmente diverso e qualitativamente diverso dall'interesse soddisfatto dagli interessi finali”.

¹⁵ R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, con traduzione di F. Foramiti, Venezia, 1833, 228-229.

¹⁶ Si veda, in proposito, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 120 “[...] il ruolo tipico del condizionamento consiste nell'instaurare un rapporto qualificato tra l'operatività della regola negoziale e una determinata circostanza di fatto giudicata significativa in ordine all'Interessenlage disciplinata: rapporto di subordinazione (del prodursi o del venir meno) dell'efficacia negoziale a quella stessa circostanza”.

¹⁷ In senso conforme si legge in S. MAIORCA, voce *Condizione*, *Digesto Discipline Privatistiche*, 1999, Torino, 274: “In nessun senso la condizione s'identifica con un 'fatto' esterno al negozio: l'avvenimento futuro ed incerto, di cui parla il citato art. 1353, non può intendersi come 'condizione', se non in quanto previsto (dedotto) in una clausola che faccia dipendere dal ('subordinati' al) suo verificarsi o non verificarsi l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto. L'evento, in sé, non è 'condizione', bensì mero riferimento fattuale della operatività della clausola: ciò che condiziona il negozio è l'evento dedotto nella clausola o, più propriamente, la clausola che deduce tale evento, agli effetti sopra menzionati”.

¹⁸ Si legge in G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 382 “Il trasferimento soggetto a condizione risolutiva non produce, sino all'esaurirsi della fase di pendenza, i propri effetti tipici e fondamentali, ma dà luogo ad effetti qualitativamente diversi rispetto al trasferimento incondizionato”, più oltre, a p. 400 “se 'proprietà' non è altro che un determinato schema di qualificazioni normative della condotta (quelle di cui agli artt. 832 ss.) questo schema non potrà dirsi operante 'in modo pieno ed esclusivo', durante la pendenza, nei confronti di nessuna delle due parti del negozio condizionato. Ma, piuttosto, diverranno applicabili schemi diversi (usualmente indicati dalle formule dell'aspettativa e del 'diritto risolubile', la cui peculiarità consiste nell'essere disposti in vista di una possibile modificazione futura”.

zio condizionato, configurandolo in ragione della precarietà: la fase di pendenza si accompagna alle formule dell'“aspettativa”¹⁹ e del “diritto risolubile”, mentre non trova spazio il diritto “pieno”. Eliminando la condizione, si esce dalla logica della condizionalità, e si dà ingresso al diritto nella sua forma definitiva. Allo stesso modo, le parti non saranno più qualificate come titolare dell'aspettativa e del diritto risolubile, ma avranno la disponibilità del diritto “pieno”.

- c. Da ultimo, l'eliminazione della condizione può essere vista come interruzione della sequenza condizionale anche per quanto riguarda la modalità di trasmissione del diritto. Il momento circolatorio assume dei tratti peculiari in presenza della condizione²⁰, tolta la quale sarà necessario individuare uno sviluppo della vicenda diverso da quello che ci sarebbe stato, se la condizione avesse fatto il suo corso.

Questi tre aspetti, ora brevemente tratteggiati, consentono di chiarire che l'eliminazione della condizione non incide direttamente sugli effetti del negozio condizionato, ma agisce sull'atto, modificando il regolamento originariamente predisposto. Il nuovo assetto che si viene, così, a creare ha caratteri propri e peculiari, e non può essere assimilato a quello che ci sarebbe stato, se il contratto fosse sorto *ab origine* come non condizionato²¹.

Non si tratta, infatti, di recuperare un ipotetico contratto puro fin dall'inizio, perché tale contratto non c'è mai stato, e nemmeno si può presumere l'esistenza, al momento della stipulazione, di una volontà non condizionata accanto ad una condizionata. Se le parti decidono di eliminare la condizione, si deve piuttosto prendere atto di una comune volontà che è mutata rispetto a quella originaria, in quanto mira ad ottenere un contratto- non- più- condizionato, che abbia una disciplina nuova e diversa da quella iniziale.

Non ci resta che affrontare il modo con cui sia possibile realizzare questo risultato: si è preferito analizzare separatamente la condizione risolutiva da quella sospensiva, non perché si crede che i due tipi di condizione non possano essere

¹⁹ L. CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, Diritto e giurisprudenza, 1945, 146.

²⁰ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 392, precisa che il condizionamento costituisce un elemento di specificazione della fattispecie, introdotto il quale “non potrà più ritenersi ascrivibile al soggetto lo stesso schema di qualificazione della condotta collegato alla fattispecie non specificata (al negozio incondizionato), ma piuttosto uno schema diverso, che presenta corrispondenti elementi di specificità”.

²¹ La soluzione contraria è invece adottata da A. SMIRLODO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, op. cit., 571 “L'atto con il quale la parte dichiara di rinunciare alla condizione, *rectius*, al diritto di avvalersi degli effetti della condizione, comporta sostanzialmente la eliminazione della rilevanza giuridica della condizione, più esattamente la eliminazione di un limite alla normale operatività del contratto, che si considera come se sia stato stipulato puro e semplice. Tale annotazione ci appare fondata almeno nell'ipotesi in cui la rinuncia intervenga quando ancora l'esito della condizione è incerto”.

ricondotti ad un modello unitario²², ma per una ragione diversa. Si condivide infatti l'opinione²³ di chi considera la posizione del venditore sotto condizione sospensiva analoga a quella del compratore sotto condizione risolutiva, e viceversa, quella dell'acquirente sotto condizione sospensiva analoga a quella del venditore sotto condizione risolutiva²⁴. Questa analogia è adatta a descrivere la situazione del venditore e del compratore dal punto di vista, per così dire, statico, ossia tenendo conto dei poteri e delle facoltà che ognuna delle parti ha a disposizione durante la fase di pendenza.

Se si prova, invece, a concentrarsi sulla vicenda circolatoria, ipotizzando che il trasferimento sia andato a buon fine e quindi il compratore sia diventato titolare del diritto "pieno", allora non sarà più possibile instaurare l'analogia di cui sopra²⁵.

Nel caso di condizione sospensiva, infatti, il venditore, da una situazione di titolarità precaria, passa a perdere definitivamente il diritto; al contrario, il compratore sotto condizione risolutiva, vede la sua proprietà risolubile consolidarsi in un diritto "pieno". In modo speculare, il venditore sotto condizione risolutiva vede mancare definitivamente la sua aspettativa sul bene; mentre il compratore sotto condizione sospensiva si ritrova titolare del diritto.

È chiaro quindi che, considerando il momento del trasferimento del diritto in modo diacronico, dalla fase della pendenza a quella finale, si osserva un'evol-

²² Anche l'impostazione di A. FALZEA trattava separatamente le due condizioni, si veda *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 239: "appare evidente come non sia esatto riconoscere la esistenza di un concetto unitario che abbracci ad un tempo le due figure di condizione [...]". Più precisamente, a p. 84, sostiene che i due tipi di condizioni diano luogo, dal punto di vista strutturale, a fenomeni affatto diversi "Mentre, invero, la condizione sospensiva si atteggia come una particolare forma che viene ad assumere il processo di produzione dell'atto, rispetto ai suoi elementi marginali poiché, inserendosi l'evento condizionante nel quadro della fattispecie, ritarda il subentrare dell'efficacia; la condizione risolutiva presuppone invece che l'atto sia già pervenuto ad esistenza in tutti i suoi elementi, centrali e periferici, e che quindi abbia prodotto le conseguenze giuridiche assegnategli, reagendo dall'esterno su tali conseguenze come fatto strutturalmente autonomo per quanto funzionalmente collegato, rispetto al negozio condizionale." Per la tesi contraria, si richiama D. BARBERO, voce *Condizione*, *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1959, 1097.

²³ A ben guardare, questa opinione risale alle fonti romane, che ritenevano "non essere la condizione risolutiva una *condicio sui generis* direttamente afficiente il negozio giuridico: ma essere una condizione sospensiva d'un negozio giuridico contrario, concomitante con il negozio giuridico principale." Sul punto si rimanda a V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1950, 102.

²⁴ Si legga in proposito A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, Milano, 1975, 309 "Si è visto, cioè, che per effetto di un'alienazione subordinata a condizione sospensiva il diritto pieno dell'alienante si trasforma in un diritto risolubile del tutto uguale al diritto che spetta all'acquirente nel caso di alienazione subordinata a condizione risolutiva".

²⁵ Anche P. RESCIGNO, voce *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1961, 779 concorda con il trattare separatamente le due condizioni, ricordando casi in cui lo stesso ordinamento ammetta l'una e non l'altra.

luzione della vicenda di segno opposto, in capo a chi inizialmente si trovava in un'analoga posizione rispetto al bene.

3. L'eliminazione della condizione risolutiva nei contratti traslativi

3.1 Il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta una vicenda circolatoria propria del congegno condizionale

Il percorso prosegue con l'analisi della vicenda circolatoria che si realizza a séguito dell'eliminazione della condizione risolutiva, all'interno di un contratto traslativo. Quello che abbiamo definito come il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta uno schema di trasferimento del diritto del tutto peculiare, di cui si vuole dimostrare l'intima appartenenza alla logica che governa il meccanismo condizionale. Si tratta, infatti, dello schema di trasferimento del diritto operante nel caso di mancamento della condizione risolutiva, in cui l'evento non si verifica, e, di conseguenza, la proprietà risolubile si consolida in proprietà definitiva in capo al compratore: il suo studio ci permetterà di osservare che esso rappresenta un paradigma di circolazione del diritto che non trova applicazione in assenza di clausola condizionale.

Un primo dato da considerare riguarda il modo in cui si realizza il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena: questo fenomeno è stato spesso spiegato sostenendo che il diritto risolubile si "consolida" o si "trasforma"²⁶ in proprietà piena, ma l'utilizzo di questi termini tradisce un significato più profondo, perché vuol dire interpretare il raggiungimento di una situazione definitiva come lo sviluppo di un'evoluzione dello stesso diritto di proprietà, che si espande o si comprime, a seconda delle sorti dell'evento dedotto in condizione. Tale prospettiva si concentra sul diritto di proprietà e sulle sue caratteristiche, attribuendo alla condizione il ruolo di imprimere al diritto di proprietà un'attitudine particolare, dandogli appunto la conformazione di "proprietà risolubile", e lasciando poi che la proprietà si trasformi per forza propria²⁷. Così facendo,

²⁶ Il riferimento è a A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., che interpreta il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena in termini di affinità con i diritti reali su cosa altrui: si legga p. 448, dove afferma che non è consentito "configurare il subentrare del titolare dell'aspettativa (avveratasi con la condizione) al titolare della "proprietà risolubile" come una successione nel diritto di proprietà: realizzandosi, invece, sotto questo aspetto un fenomeno analogo a quello che si verifica allorché la nuda proprietà si 'riespande' in seguito all'estinzione di un diritto reale su cosa altrui, di cui sia gravata."

²⁷ Per chiarire questa impostazione, si veda A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 310 e 312, che, con riferimento alla condizione risolutiva afferma che "Questa non ha, anzitutto, un effetto estintivo in ordine al diritto dell'acquirente, la cui cessazione, in seguito all'avveramento, dipende

però, si attribuisce alla proprietà risolubile quel carattere di elasticità che è uno dei tratti più tipici del diritto di proprietà in senso tecnico²⁸, risultando persino contraddittorio rispetto all'intento di riguadagnare la distanza della proprietà risolubile dalla proprietà.

La teoria appena richiamata non convince, perché interpreta la proprietà risolubile come un particolare modo d'essere o di atteggiarsi del diritto, sostenendo che “venendo a mancare la condizione, il diritto del proprietario interinale si trasforma in proprietà tout court indipendentemente da un atto di disposizione (o da un ulteriore atto di disposizione) del titolare della aspettativa e indipendentemente anche da un'ulteriore manifestazione di volontà del proprietario interinale: quel diritto, dunque, si trasforma in proprietà per forza propria, in virtù di un'attitudine impressagli già con il negozio da cui trae origine. E in tal guisa si realizza un fenomeno per definizione estraneo alla figura dei diritti reali su cosa altrui”²⁹.

Ci si intende allontanare dalla teoria appena esposta, per intraprendere una strada diversa, spostandoci dal piano della proprietà a quello del contratto. Secondo la prospettiva qui adottata, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena può essere interpretato non tanto come una trasformazione dello stesso diritto di proprietà, ma piuttosto come un trasferimento particolare, e in quest'ottica si vuole proporre un'ipotesi ricostruttiva³⁰.

All'interno del congegno condizionale, è il mancamento stesso dell'evento, dedotto in condizione risolutiva, che rende possibile il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena. Più precisamente, il mancato realizzarsi dell'evento³¹ è un fatto storico, in sé neutro e non produttivo di alcun effetto; è piuttosto la conformazione del contratto originario che, optando per l'apposizione della condizione, ha reso possibile un legame tra l'evento e l'efficacia negoziale.

da un'intrinseca modalità cronologica del suo contenuto; né tanto meno essa ha un'efficacia costitutiva diretta a far riacquistare il diritto dell'alienante, posto che il consolidarsi del diritto 'pieno' in capo all'alienante, al momento dell'avveramento, è giustificato dall'aspettativa a lui riservata fin dalla stipulazione del negozio”.

²⁸ Sulla capacità di compressione e di espansione del diritto di proprietà si rimanda a S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1938, 5, che definisce l'elasticità “uno dei caratteri distintivi del diritto di proprietà”.

²⁹ Così, letteralmente, in A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 449.

³⁰ Il tema della modalità di trasferimento del diritto nei contratti ad effetto traslativo è segnalato, tra gli altri, da N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979, che in proposito afferma a p.130 “Il problema teorico importante in tale prospettiva riguarda lo schema legale del trasferimento della proprietà ed in tal senso si può dire che la tipicità riferita al contenuto della situazione non involge quella relativa allo schema dell'atto e quindi dello strumento negoziale in concreto utilizzato”.

³¹ Si veda A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 196, che lo definisce “quale concausa di efficacia del negozio condizionale” che “rappresenta il mezzo tecnico mediante il quale l'atto viene collegato al suo effetto.”

Sappiamo che in caso di mancamento dell'evento si produce uno schema di trasferimento del diritto "pieno" del tutto particolare, che si realizza automaticamente al mancare dell'evento, in forza del consenso originariamente prestato in sede di conclusione del contratto condizionato, senza che sia richiesta un'ulteriore manifestazione di consenso. La peculiarità non consiste né nel fatto che il momento del trasferimento sia differito rispetto a quello di perfezionamento del contratto, perché così avviene anche nelle cosiddette vendite obbligatorie³²; né risiede nella circostanza per cui non sia necessario un ulteriore comportamento attivo da parte del venditore durante la fase di pendenza, perché così accade anche nelle vendite a termine.

Il tratto distintivo consiste, invece, nel fatto di consentire il trasferimento della proprietà piena di un bene, del quale è già stata trasmessa la proprietà risolvibile. Se ricostruiamo l'intera vicenda condizionale in termini di trasferimento del diritto, possiamo individuare il susseguirsi di due momenti traslativi:

- i Una prima fase, che copre tutto il periodo di pendenza della condizione, nella quale è stata trasferita al compratore la proprietà precaria;
- ii Una seconda fase, che è da ricondurre al venir meno dell'evento dedotto in condizione risolutiva e che segna il trasferimento della piena proprietà.

L'ipotesi ricostruttiva che si propone interpreta il passaggio dalla proprietà risolvibile alla proprietà piena come il risultato di un trasferimento particolare, che si realizza in due momenti, in forza dell'iniziale manifestazione di volontà, espressa in sede di conclusione del contratto condizionato e senza necessità di conferme successive³³. Questa singolare modalità di trasferimento del diritto trae origine dall'apposizione della condizione, per cui è il meccanismo condizionale che, fin dall'inizio, predispose il contratto in modo tale da trasferire il diritto in due momenti successivi. In quest'ottica, si è spostato il baricentro sul modo in cui avviene il trasferimento del diritto, evitando, così, di attribuire alla proprietà la capacità di evolversi e di trasformarsi per forza propria.

³² Per un maggior approfondimento sul tema si rinvia a G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 30 ss.; A. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, Milano, 2000, 55.

³³ Questa ipotesi ricostruttiva, che si incentra sull'importanza del trasferimento, potrebbe essere una chiave interpretativa attraverso la quale leggere anche i casi di vendita con patto di riscatto e di vendita con riserva della proprietà: essi potrebbero costituire, infatti, schemi tipizzati di passaggio dalla proprietà risolvibile alla proprietà piena. D'altra parte, questi due tipi di vendita sono visti come negozi subordinati a condizione risolutiva: nella vendita con riserva della proprietà "il ruolo di 'condizione risolutiva' sarebbe svolto [...] dall'inadempimento del compratore": così in A. C. PELOSI, *La proprietà risolvibile*, op. cit., 197; mentre la vendita con patto di riscatto sarebbe un negozio subordinato a condizione risolutiva potestativa. In entrambi i casi, quindi, si attribuisce inizialmente al compratore la sola proprietà risolvibile: si veda l'A. a p. 195, che con riferimento alla vendita con riserva della proprietà afferma che "al compratore spetti, fin dalla stipulazione del contratto, una "proprietà risolvibile", derivante, cioè, da un negozio a cui si applica, sia pur solo per analogia, la disciplina della condizione risolutiva"; mentre, per la vendita con patto di riscatto, sostiene, a p. 367, che "configura un'ipotesi particolare di proprietà risolvibile".

A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che finisce per considerare come condizionato solo il secondo trasferimento, mentre il primo, quello della proprietà risolubile, avviene subito al momento della conclusione del contratto. Una simile obiezione non trova spazio, dal momento che entrambi i trasferimenti sono permeati dalla condizionalità. Più precisamente, il primo trasferimento, quello della proprietà risolubile, trova la sua ragion d'essere nella possibilità che si realizzi un secondo trasferimento, che è quello della piena proprietà: questi due momenti sono separabili solo idealmente, perché restano legati l'uno all'altro dalla condizionalità, in assenza della quale questo meccanismo non trova applicazione.

La separazione di questi due momenti, dal punto di vista teorico, è resa possibile dal fatto che si tratta di due fasi in cui le facoltà di esercizio del diritto in capo al compratore sono diverse: la prima fase, infatti, è soggetta alla disciplina della condizione per quanto riguarda gli atti conservativi³⁴, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, etc. (artt. 1356, 1357, 1358 c.c.); mentre, durante la seconda fase, trova applicazione la disciplina della proprietà. Il primo momento, quello relativo alla proprietà risolubile, non costituisce un momento autonomo e indipendente, ma è legato alla possibilità di essere assorbito dal diritto nella sua forma piena, oppure di venir meno definitivamente, al sopraggiungere dell'evento dedotto in condizione risolutiva.

Si può ulteriormente osservare che non sarebbe corretto considerare come separati due diritti, che di fatto sono percepiti come un'unica cosa dalle parti: il venditore non vuole vendere, in un primo momento, la proprietà risolubile e poi, in un secondo momento, la proprietà piena; allo stesso modo, il compratore non ha interesse ad acquistare la proprietà risolubile, e poi, nel caso mancasse la condizione risolutiva, la proprietà piena³⁵. Le parti, invece, vogliono vendere e acquistare la proprietà di un bene nel caso venisse a mancare un certo evento: quella che chiamiamo "proprietà risolubile" è, per definizione, un diritto precario, non definitivo e che esiste in dipendenza del futuro³⁶ e possibile subentrare della proprietà piena. Si deve quindi concludere che la stessa possibilità di individuare un trasferimento realizzato in due tempi dipende dalla presenza della condizione, e che le due fasi sono strettamente legate tra loro ed entrambe sottoposte al vincolo condizionale.

³⁴ Nella specie, si tratta di atti conservativi promossi dalla controparte, si veda G. DE FINA, *Legittimazione del titolare della situazione giuridica di aspettativa all'esperimento delle azioni conservative, Giurisprudenza civile*, 1968, 227 ss.

³⁵ Troviamo conferma in M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, op. cit., 164, secondo il quale "Espressioni quali 'diritto condizionale', 'diritto risolubile' o 'diritto subordinato a condizione', pertanto, possono senz'altro essere utilizzate [...] per designare in modo sintetico il diritto dedotto ad oggetto di un negozio condizionato, ma non possono essere intese sottendere la legittimità concettuale di un (inconcepibile) negozio puro con cui si dispone di un 'diritto risolubile'.

³⁶ D. BARBERO, voce *Condizione*, op. cit., 1098.

La ragione per cui, nella ricostruzione proposta, si è attribuita importanza alla modalità in cui avviene il trasferimento, a scapito invece di una visione che dia rilevanza al modo di conformarsi del diritto di proprietà, trova conferma nel fatto che la stessa proprietà risolubile è una figura che, come si cercherà di dimostrare, ha più affinità con la logica del contratto che con quella della proprietà e degli altri diritti reali.

È stato affermato che “la proprietà risolubile si sottrae a un inquadramento nei rigidi schemi tradizionali e va collocata nell’ambito di una zona intermedia tra il paradigma della proprietà, di cui agli artt. 832 ss. c.c., e i diritti reali su cosa altrui”³⁷. Si concorda con chi ritiene che la proprietà risolubile costituisca una distinta situazione giuridica rispetto alla proprietà piena, essendo fornite di un differente apparato di limitazioni e facoltà; si è d’accordo anche con il considerarla come una posizione di diritto reale, di appartenenza, opinione che si giustifica se si pensa alla facoltà di esercizio del diritto in capo al suo titolare. Nonostante queste premesse, si crede, tuttavia, che la proprietà risolubile non costituisca una posizione intermedia tra proprietà e diritti reali³⁸, ma sia intrinsecamente legata al contratto.

La proprietà risolubile fotografa una situazione che non attiene tanto alla proprietà, quanto ad un trasferimento che non si è ancora completato del tutto. Il titolare della proprietà risolubile non è considerato come un proprietario, ma come un compratore che deve ancora diventare sicuro del suo acquisto: egli non è visto nell’ottica della proprietà, ma in quella del contratto. La vicenda circolatoria non si è ancora esaurita, ma viene in un certo senso cristallizzata in una fase intermedia, di passaggio, e quindi precaria per definizione.

Il legame con il contratto lo si vede nel fatto che non si potrebbe ipotizzare un acquisto a titolo originario della proprietà risolubile: perché, se fosse possibile, sarebbe una proprietà definitiva, consolidata, certa: ma sono tutti caratteri che non appartengono alla proprietà risolubile. Più che ravvisare una posizione intermedia tra proprietà e diritti reali, si può interpretare la proprietà risolubile come una posizione del tutto particolare, a cavallo tra la proprietà e il contratto, e che trova nel trasferimento la sua stessa possibilità di esistenza.

Dalle osservazioni che precedono emerge che il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena costituisce una vicenda circolatoria che esiste solo in relazione all’esistenza della clausola condizionale e che trova nella stessa apposizione della condizione la ragione della sua peculiarità.

³⁷ Si veda A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 440.

³⁸ Si rimanda a P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 780 ss. per la ricostruzione delle varie teorie sulla proprietà durante la pendenza della condizione. Le impostazioni sul punto sono molteplici, da quella della proprietà temporanea alla revocabilità del dominio; alla costituzione di un diritto reale limitato inteso come diritto reale parziario spettante all’acquirente. Si rinvia anche a L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 88 ss.

3.2. L'uscita dalla logica della condizionalità impedisce di riprodurre uno schema di trasferimento del diritto in grado di garantire un assetto definitivo

Si tratta ora di capire se il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena possa svolgersi anche al di fuori del meccanismo condizionale. La tesi che si propone ritiene che lo schema di trasferimento, che conduce dal diritto precario alla titolarità di quello definitivo, sia dotato di caratteristiche proprie, legate all'esistenza e al permanere della clausola condizionale. È questo il motivo per cui tale schema può operare in caso di mancamento della condizione, che infatti rappresenta uno dei due possibili esiti cui conduce la sequenza condizionale.

Diversamente, l'eliminazione della condizione si pone in posizione di rottura rispetto all'ordinario sviluppo della vicenda condizionale: non è un risultato che deriva dal regolare svolgimento della condizione, non solo perché è indipendente dal verificarsi o meno dell'evento, ma soprattutto perché trae origine da una volontà nuova e diversa da quella che inizialmente aveva portato le parti a concludere il contratto condizionato. Ne deriva che, per l'ipotesi di eliminazione della condizione, non sarà possibile riproporre il modello di trasferimento sopra visto: si cercherà di dimostrare questa tesi attraverso tre distinti profili, che segnano il progressivo allontanamento dell'ipotesi in esame rispetto alle vicende legate al permanere della logica condizionale.

1. Il primo tema da affrontare riguarda il fatto che la presenza della clausola condizionale consente al diritto di proprietà di atteggiarsi in maniera del tutto peculiare, e di assumere le vesti di una proprietà risolubile, che aspetta, durante tutta la fase di pendenza, di raggiungere la sua forma "piena", oppure di venir meno definitivamente. Poco importa se il passaggio dalla titolarità precaria a quella definitiva avvenga, come è stato sostenuto, attraverso una trasformazione del diritto stesso di proprietà, oppure, come invece qui riteniamo, attraverso una modalità di trasferimento che si realizza in due tempi. In entrambi i casi, si deve addivenire alla medesima conclusione, ossia che il passaggio dalla proprietà precaria a quella piena non possa trovare possibilità di esplicarsi al di fuori del meccanismo condizionale.

Non si concorda, invece, con l'affermazione per cui "posto che la 'proprietà risolubile' reca in sé la capacità di trasformarsi in proprietà definitiva nel caso di deficienza della condizione, non ci sembra vi siano difficoltà ad ammettere che codesta trasformazione si verifichi anche quando l'aspettativa venga ad estinguersi indipendentemente dalla deficienza della condizione"³⁹. Si tratta infatti di osservare che la condizione può venir meno per varie ragioni, ma un conto è che la condizione manchi perché l'evento non si sia verificato, un altro conto è che la condizione venga meno perché sono le parti che l'hanno eliminata,

³⁹ Così si legge in A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 446.

cancellando la clausola condizionale. In quest'ultimo caso, infatti, le parti hanno manifestato la volontà di uscire dalla logica della condizionalità e, con essa, dai meccanismi che regolano la conformazione del diritto di proprietà. Per questo motivo, una volta tolta la condizione, non ha più senso parlare di proprietà risolubile, e nemmeno sarà possibile riprodurre lo schema di trasferimento del diritto che conduce dalla forma precaria a quella definitiva, e che trova invece nella condizione la propria ragion d'essere.

2. Un secondo punto da analizzare riguarda il profilo legato agli interessi e, precisamente, all'abbandono della precarietà. Abbiamo visto che l'eliminazione della condizione mette in evidenza l'insufficienza dei concetti di proprietà risolubile e di aspettativa per descrivere la nuova situazione in cui si trovano le parti. Aspettativa e proprietà risolubile nascono per tutelare le pretese contrapposte di venditore e compratore in un contesto di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda. Al di fuori di questo contesto di incertezza, non ha più senso fare riferimento alle figure della proprietà risolubile e dell'aspettativa, perché è venuta meno la situazione di precarietà rispetto alla quale esse fornivano tutela.

L'incertezza è eliminata non perché è mancato l'evento, ma perché le parti hanno deciso di cancellare la clausola condizionale dal contratto, esprimendo in tal modo una volontà forte, che è quella di porre fine all'incertezza e di abbandonare i meccanismi propri della condizionalità, che andavano bene quando ancora la situazione era precaria, ma non sono più adatti a descrivere un assetto di interessi che si impone come definitivo.

Aspettativa e proprietà risolubile erano giustificate dall'esistenza della condizione, che aveva legato l'efficacia del contratto alle sorti di un evento individuato dalle parti. Eliminata la condizione, però, non sarà più possibile applicare questo schema, perché cade il presupposto su cui si fondava: ossia all'evento viene tolta la possibilità di influire sull'efficacia del contratto. Non si lascerà, perciò, che aspettativa e diritto risolubile seguano il proprio corso, aspettando che la sequenza condizionale si sviluppi a seconda che l'evento si verifichi oppure no. Tale svolgimento era conforme al precedente programma negoziale, ma quest'ultimo è venuto meno con l'eliminazione della condizione, che ha introdotto un nuovo regolamento e ha disapplicato la disciplina della condizione, in favore di uno schema nuovo. Emerge, quindi, nell'ipotesi di eliminazione della condizione, l'esigenza di seguire uno sviluppo diverso da quello che la vicenda avrebbe avuto, se fosse mancato l'evento dedotto in condizione, riaffermando, anche in base a questo profilo, la fuoriuscita dalla logica della condizionalità.

3. Quanto abbiamo visto determina importanti conseguenze per quanto riguarda il profilo legato all'unitarietà del contratto e al raggiungimento di effetti definitivi, compromettendo la possibilità di utilizzare lo schema di trasferimento, proprio della condizionalità, nel caso di sua eliminazione. Questo significa

che, mentre all'interno del congegno condizionale, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena si realizza con un unico contratto⁴⁰ e con un'unica manifestazione di consenso⁴¹, una volta eliminata la condizione, non sarà più possibile ottenere gli effetti definitivi attraverso il contratto- non- più- condizionato. Si perviene a questa conclusione indifferentemente da quale interpretazione si adotta per ricostruire il raggiungimento di effetti definitivi, a partire da una situazione di titolarità precaria.

Se infatti assumiamo la prospettiva che scompone idealmente la sequenza condizionale in due distinti trasferimenti, dobbiamo sostenere che, una volta eliminata la condizione, il venditore dovrà realizzare un apposito trasferimento per far passare la piena proprietà in capo al compratore.

Parimenti, se riteniamo che la proprietà piena sia risorta in capo al venditore e, in modo corrispondente, si sia esaurito il diritto risolubile del compratore, anche in tal caso si deve riconoscere la necessità di un atto ulteriore che renda possibile la trasmissione del diritto definitivo al compratore, occorrendo, quindi, una nuova manifestazione di consenso.

Dalle osservazioni che precedono si ricava che l'eliminazione della condizione consente alle parti di abbandonare la logica della condizionalità, venuta meno la quale, non sarà più possibile ricorrere allo schema di trasferimento del diritto che si sarebbe applicato in sua presenza. Sarà quindi necessario individuare uno schema adatto a rappresentare la nuova situazione in cui si trovano le parti.

⁴⁰ Ribadisce la natura unitaria del contratto condizionato anche A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 312, secondo il quale "D'altra parte, respinta la tesi che, nel tentativo di spiegare la nascita e la successiva eventuale risoluzione degli effetti, ravvisa nel negozio risolutivamente condizionato due distinti, seppur collegati, atti di autonomia privata, si profila inevitabile la conclusione che, se unitaria è la fattispecie che dà vita al negozio sotto condizione risolutiva, unitaria dev'essere altresì la natura degli effetti che da quel negozio discendono: come non sussiste, accanto alla fattispecie costitutiva, una distinta fattispecie estintivo-costitutiva, così non vi sono due ordini di effetti, costitutivi gli uni, ed estintivo-costitutivi gli altri, ma solo degli effetti costitutivi di contenuto più limitato rispetto agli effetti "puri", che, a differenza di questi ultimi, da un lato recano in sé la ragione stessa della loro cessazione, e cioè sono intrinsecamente soggetti all'eventualità di cessare, dall'altro lato, e correlativamente, proprio perché limitati rispetto agli effetti del negozio "puro", lasciano in vita in capo all'alienante una situazione giuridica di "aspettativa", idonea per il suo contenuto intrinseco ad attribuire il diritto "pieno" all'alienante in concomitanza con la cessazione degli effetti creatisi in capo all'acquirente e cioè in concomitanza con l'avveramento della condizione risolutiva."

⁴¹ In tal senso anche N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, op. cit., 135 "Nel codice sono disciplinate varie ipotesi nelle quali il trasferimento si verifica automaticamente, senza bisogno di un ulteriore atto traslativo e per effetto del consenso originariamente manifestato: si pensi alle ipotesi dei negozi sospensivamente o risolutivamente condizionati o ad alcune figure di vendita c.d. obbligatoria, nelle quali il contratto si pone come strumento per la realizzazione dell'effetto traslativo che si verifica però in un momento successivo, quando si realizza un evento ulteriore". Si veda anche A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 238.

3.3 Impossibilità di configurare un contratto modificativo: necessità di un nuovo negozio per trasferire la proprietà piena

Abbiamo visto che l'eliminazione della condizione porta con sé la modifica della disciplina prevista nel regolamento inizialmente determinato dalle parti. L'apposizione della condizione, infatti, fornisce ai contraenti lo strumento giuridico adatto a rappresentare al meglio la situazione di precarietà in cui si trovano: ne segue che la scelta di eliminare la clausola condizionale assume il significato di rimuovere l'incertezza, in favore di un assetto di interessi definitivo, che trasformi le parti, da titolari di posizioni precarie, quali l'aspettativa e il diritto risolubile, in titolari di situazioni definitive.

Resta da capire se a questa modifica della disciplina negoziale corrisponda un contratto modificativo. Finora ci siamo limitati a descrivere gli effetti cui conduce l'eliminazione della condizione, ma non abbiamo ancora individuato quale strumento giuridico utilizzare per realizzarla. L'ipotesi da verificare è quella di utilizzare lo strumento del contratto modificativo, ossia un atto che incida sul contratto originario, apportandovi delle varianti, ma lasciando inalterata l'identità del negozio su cui opera.

Un punto da chiarire riguarda il fatto che l'interesse delle parti non si esaurisce nell'eliminazione della clausola condizionale, ma mira invece ad ottenere quegli effetti definitivi che il contratto, in pendenza della condizione, non è riuscito a produrre. È quindi necessario non limitarsi al momento dell'eliminazione della condizione, che, come atto in sé, produce unicamente la rimozione della clausola condizionale, ma da solo non è sufficiente a realizzare gli effetti finali voluti dalle parti: non basta, infatti, cancellare la condizione, come fonte di precarietà, per arrivare a raggiungere un assetto definitivo.

Si deve, inoltre, considerare che l'eliminazione della condizione non ripristina il contratto come se fosse sorto puro fin dall'inizio, ma porta ad ottenere un contratto – non – più – condizionato, che si caratterizza per la fase dinamica di passaggio da un assetto di interessi precari ad uno definitivo.

Assumere una prospettiva in divenire si rivela fondamentale per capire come realizzare il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena.

La tesi che si sostiene ritiene che l'atto di eliminazione della condizione si limiti a rimuovere la clausola condizionale, ma lasci persistere un contratto che, così decurtato, non sia più in grado di produrre gli effetti definitivi⁴², che erano

⁴² Sul punto sembra opportuno richiamare la riflessione di A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 188, in cui afferma che “[...] le conseguenze giuridiche nascenti dalla situazione di pendenza sono nettamente distinte da quelle che sorgono dall'intera fattispecie dopo il verificarsi della condizione. Tuttavia, tali conseguenze preliminari non mancano di legame funzionale con gli effetti tipici, in quanto ad esse spetta l'ufficio di favorire e garantire, mediante vincoli posti alla condotta delle parti, il normale svolgersi della fattispecie fino alla situazione

legati al verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione. Gli unici effetti che il contratto potrebbe continuare a produrre sarebbero di identica natura rispetto a quelli prodotti fino all'eliminazione della condizione, ossia sarebbero proprio quegli effetti precari, che le parti vorrebbero eliminare insieme alla condizione.

Non è nemmeno possibile ritenere che quel medesimo contratto, che con l'apposizione della condizione era stato configurato per produrre effetti precari, possa, una volta tolta la condizione, iniziare a produrre effetti definitivi: sostenere un simile risultato significherebbe considerare il mancamento equivalente all'eliminazione della condizione. Quest'ultima, invece, non segue la sequenza condizionale, e non può quindi provocare l'effetto né di espandere la proprietà risolubile, né di comprimerla, né di realizzare lo stesso schema di trasferimento del diritto che operava in costanza di condizione.

Quando ancora era presente la condizione, la realizzazione degli effetti definitivi era affidata ad un meccanismo automatico, che si attivava al momento del verificarsi o meno dell'evento, senza bisogno che le parti esprimessero un nuovo consenso rispetto a quello originariamente prestato in sede di conclusione del contratto condizionato. Quello appena descritto costituisce un particolare schema di trasmissione del diritto che deriva dalla decisione delle parti di scegliere la formula del contratto condizionato per il conseguimento dei loro interessi.

Abbiamo però osservato che questo schema è intrinsecamente legato all'esistenza della condizione, tolta la quale, sarà necessario un atto ulteriore di trasferimento per realizzare gli effetti definitivi. In tal modo, però, il trasferimento della proprietà piena non è realizzato dall'originario contratto, pur privato della condizione, ma da un nuovo contratto.

Si può quindi concludere che la necessità di porre in essere un nuovo negozio per la produzione degli effetti definitivi esclude la possibilità di considerare l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo, in base al quale, invece, gli effetti finali dovrebbero essere prodotti dal contratto originario, così come modificato⁴³.

Il raggiungimento di un assetto definitivo di interessi può quindi essere realizzato mediante un atto di eliminazione della clausola condizionale, cui seguirà un nuovo negozio che trasferirà la proprietà piena in capo al compratore. Un nuovo trasferimento per il passaggio della piena proprietà è necessario, qualunque sia la ricostruzione della vicenda condizionale che prendiamo in con-

definitiva. È naturale infine che questa loro funzione cessi non appena la situazione definitiva subentra." Trova quindi conferma il fatto che gli effetti precari si estinguano in concomitanza con il raggiungimento di una situazione definitiva, indipendentemente dal fatto che questa sia dovuta all'eliminazione della condizione, o dal suo mancamento.

⁴³ G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, op. cit., 852, secondo il quale, infatti, il negozio modificativo "non ha vita autonoma e non può funzionalmente sorreggersi se non in quanto innestato nel rapporto principale e dalla sua vitalità effettivamente sorretto".

siderazione. Una volta venuta meno la precarietà della fase di pendenza, sia se riteniamo che la proprietà risolubile si estingua, sia nel caso contrario, in cui riteniamo che la proprietà risolubile possa permanere in capo al compratore anche dopo l'eliminazione della condizione, in entrambi i casi, il raggiungimento della proprietà piena necessita di un ulteriore trasferimento.

La tesi che si propone è quella per cui la proprietà risolubile non possa sussistere come posizione autonoma, dopo l'eliminazione della condizione: se infatti questo fosse possibile, allora bisognerebbe ammettere che la proprietà risolubile possa costituire una situazione stabile, ma sarebbe una contraddizione rispetto alla ricostruzione della proprietà risolubile come situazione precaria e non definitiva.

Si conferma, in tal modo, la necessità di ricorrere ad un ulteriore trasferimento e quindi l'impossibilità di realizzare il passaggio della piena proprietà attraverso un contratto modificativo.

Al termine di questa analisi, possiamo quindi concludere che l'operazione di eliminazione della condizione non è sufficiente a produrre gli effetti definitivi cui mirano le parti, ma, per consentire al compratore di raggiungere una situazione di titolarità piena, sarà necessario ricorrere ad un ulteriore trasferimento. Quest'ultimo si rende necessario per il fatto che il contratto originario, dopo essere stato privato della clausola condizionale, non è più in grado di completare il trasferimento del diritto nella sua forma piena, come sarebbe avvenuto se, ad esempio, non si fosse verificato l'evento e la condizione risolutiva fosse quindi mancata. La presenza stessa della condizione determina una particolare modalità di trasmissione del diritto, che consente il passaggio della proprietà in due momenti: questo, però, non costituisce uno schema generale di trasferimento della proprietà, ma trova applicazione solo là dove la vicenda condizionale possa seguire il proprio corso, dando come esito il mancamento o il verificarsi dell'evento.

Eliminando la condizione, le parti hanno invece deciso di abbandonare la logica e gli schemi che regolano il contratto condizionato, per cui il contratto, così decurtato della condizione, non sarà più in grado di produrre effetti. Sarebbe, quindi, inutile intervenire sul contratto originario attraverso un atto modificativo⁴⁴, che presuppone invece la capacità del regolamento iniziale di costituire la fonte di ogni ulteriore effetto⁴⁵. La produzione degli effetti sarà quindi affidata

⁴⁴ N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 42, definisce la funzione della dichiarazione modificativa nell'effetto di alterare gli effetti del negozio originario, mentre la esclude quando gli effetti giuridici siano da ricollegare al negozio nuovo risultante dalla modifica.

⁴⁵ Si rinvia a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 360 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2000; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; F. P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, Nuova Giurisprudenza Civile

ad un nuovo trasferimento, che consentirà alle parti di raggiungere una situazione di titolarità definitiva.

4. L'eliminazione della condizione sospensiva nei contratti traslativi

4.1 Il passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena come autonoma vicenda circolatoria

Anche in caso di condizione sospensiva, la decisione di eliminare la clausola condizionale esprime la volontà delle parti di modificare la disciplina impressa originariamente al negozio, azzerando il rischio che questo possa rimanere improduttivo. In tal modo, si esce dal contesto di precarietà proprio della fase di pendenza, e si stabilisce un nuovo assetto caratterizzato da interessi definitivi. L'obiettivo dell'indagine sarà quello di capire come avviene il passaggio dalla fase di precarietà a quella definitiva, una volta eliminata la condizione sospensiva in un contratto ad effetti traslativi: su questo elemento si misura infatti la possibilità di configurare l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo oppure come un diverso atto negoziale.

Assumere una prospettiva in divenire, che tenga conto anche degli effetti finali del contratto, è giustificato dal fatto che le parti, che si apprestano ad eliminare la condizione, non hanno di mira, come risultato in sé, quello di ottenere un contratto decurtato, privo di un elemento di cui il negozio era provvisto in origine; il loro intento è piuttosto quello di raggiungere quegli effetti definitivi che il contratto condizionato non riesce a realizzare senza costringere le parti a restare in balia dell'incertezza collegata alle sorti di un evento.

L'analisi sarà quindi incentrata sullo schema di trasferimento⁴⁶ del diritto che consente di raggiungere una fase di titolarità piena a partire da una situazione di aspettativa⁴⁷ e sarà proprio dallo studio di quest'ultima che bisogna par-

Commentata, 2013, 210 ss.

⁴⁶ Sulla necessità di ripensare il concetto di circolazione dell'aspettativa si rinvia a G. AMADIO, *La monografia sulla condizione e la teorica degli elementi dell'atto giuridico*, *Rivista di Diritto Civile*, 2017, 4, 1028.

⁴⁷ Per il concetto di aspettativa si rimanda a D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 302 "L'aspettativa, dunque, è un *quid* che sorge durante il processo di formazione della fattispecie (e si riferisce agli effetti definitivi vantaggiosi, che si produrranno al completarsi della fattispecie.) Ma non qualsiasi stadio di formazione della fattispecie è sufficiente perché sorga un'aspettativa, distinta da una mera speranza non particolarmente qualificata: non basta, cioè, che sia realizzato un qualsiasi elemento della fattispecie. L'aspettativa si riferisce agli effetti definitivi [...]". Si rimanda anche a R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 226; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1961, 101.

tire per comprendere l'evoluzione della vicenda in esame. Sono due i profili che si rivelano fondamentali per proseguire l'indagine. Il primo è relativo al fatto che, a differenza del diritto risolvibile, l'aspettativa⁴⁸ esprime una relazione con il bene in termini non di appartenenza, ma di tutela⁴⁹; il secondo aspetto, che discende direttamente dal primo, è che essa non rappresenta un modo di essere del diritto di proprietà⁵⁰, quanto piuttosto un modo di atteggiarsi del compratore in conseguenza della particolare configurazione assunta dal contratto.

Quanto al primo profilo, possiamo osservare che l'aspettativa⁵¹ non instaura una relazione di appartenenza con il bene, dal momento che non è attribuibile ad essa un contenuto riconducibile al diritto di proprietà o, più in generale, ai diritti reali⁵². Questa figura esprime soltanto una posizione con facoltà limitate

⁴⁸ D. BARBERO, voce *Condizione*, op. cit., 1104: "Se la condizione è sospensiva, non essendosi ancora realizzato l'evento reso decisivo per la produzione degli effetti negoziali, questi effetti sono appunto quelli che rimangono sospesi: il che vuol dire che non sono ancora una realtà, ma tuttavia devono considerarsi una possibilità. [...] Dal fatto peraltro che debba considerarsi una possibilità deriva la necessità di una sua tutela: la possibilità crea un'aspettativa che non può essere lasciata in balia delle parti, ma deve essere presa sotto la protezione della legge perché non sia impunemente frustrata a danno della parte (e nei contratti possono essere entrambe) che ha interesse al suo realizzarsi. Il contenuto di questa aspettativa valutato in termini giuridici si esprime sostanzialmente in una serie di effetti giuridici, che non potendo essere gli effetti *negoziali*, cioè perseguiti dalle parti e indirizzati dalla legge a realizzare il loro intento, rientrano nella sfera di quelli che la dottrina ha identificato come effetti *preliminari* del negozio giuridico: effetti caratterizzati dalla loro destinazione non a realizzare l'intento (che è ancora *sub condicione*) ma a conservarne la realizzabilità per l'ipotesi di avveramento dell'evento condizionante"; sempre sull'aspettativa si veda P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 797 "L'aspettativa è qualcosa di più di un mero potere di fatto e non è ancora il pieno diritto soggettivo. Con linguaggio immaginoso, ma di discutibile rigore, si parla di diritti in germe, di diritti embrionali, con riguardo alla fase di efficacia intermedia o intercalare o intermistica [...]". Si rinvia anche a G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 643 ss.

⁴⁹ Si richiama G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, op. cit., 48 "Per aspettativa di diritto s'intende infatti, generalmente, la situazione giuridica, autonoma seppur strumentale, costituita dal complesso di effetti che l'ordinamento predispone a tutela del soggetto in cui favore viene maturando un diritto a séguito del progressivo svolgimento della fattispecie idonea ad introdurre un nuovo assetto definitivo di interessi".

⁵⁰ In tal senso, anche A. C. PELOSI, *La proprietà risolvibile*, op. cit., 237 "[...] verosimilmente va escluso che abbia natura di diritto reale di godimento la vera e propria "aspettativa".

⁵¹ S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999, 66, analizza le molteplici definizioni attribuite al concetto di aspettativa, testimoniando la difficoltà di darle una collocazione precisa che "Se, infatti, una parte della dottrina propende per ricondurla alla categoria del diritto soggettivo – e preferisce parlare direttamente di "diritto di aspettativa", salvo poi nuovamente dividersi là dove si tratta di stabilire a quale tipologia di diritto soggettivo essa possa essere ascritta (tra i diritti potestativi, i diritti di credito, i diritti reali, ecc.) –, altri autori sottolineano l'autonomia concettuale che caratterizzerebbe questa particolare situazione di vantaggio rispetto alla figura del diritto soggettivo e si spingono fino a costruire attorno ad essa una nuova categoria a sé stante di situazioni giuridiche soggettive attive."

⁵² D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, op. cit., si distanzia in particolare dalla dottrina tedesca che costruisce l'aspettativa come diritto soggettivo, e commenta, p. 318 che tale dottrina "si è ovviamente trovata di fronte al problema della collocazione sistematica di un tale

alla tutela del diritto oggetto del contratto, ossia alla tutela della posizione di una parte nei confronti dell'altra, quando il rapporto non ha ancora raggiunto un assetto definitivo, ma si trova in una fase soggetta a cambiamenti. Troviamo conferma di questa impostazione nel fatto che l'acquirente sotto condizione sospensiva non ha un rapporto con il bene che gli consente di esercitare il diritto, ma può solo limitarsi al compimento di atti conservativi, secondo quanto previsto dall'art. 1356 c.c.

Quanto appena osservato ci conduce al secondo profilo, relativo al fatto che l'aspettativa rappresenta una forma di tutela della parte intesa come acquirente, non come proprietario, dato che infatti non può ancora dirsi tale, e, da questo punto di vista, sembra più corretto affermare che non è il diritto a costituire un'aspettativa, ma è il compratore ad essere in una posizione di aspettativa⁵³. Ne segue che quest'ultima rappresenta una situazione⁵⁴ che sorge in capo al compratore a séguito della particolare conformazione che si è scelto di dare al contratto, ma non proviene da un trasferimento posto in essere dal venditore. L'aspettativa non viene trasmessa dal venditore al compratore, dal momento che, prima della stipulazione del contratto condizionato, non sussiste in capo al venditore una posizione analoga all'aspettativa, che egli possa trasferire ad altri.

A questa ricostruzione si potrebbe però obiettare che, in conseguenza di una vendita sospensivamente condizionata, il venditore rinuncia a qualcosa, dal momento che il compratore può legittimamente limitare le facoltà e i poteri del venditore, che è infatti tenuto a comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni di controparte (art. 1358 c.c.): si nega comunemente, ad

diritto di fronte alle varie categorie di diritti subiettivi". Secondo l'A., invece, 317 "[...] l'aspettativa designa il semplice complesso degli effetti preliminari singoli disposti in favore di un subbietto, cioè il complesso dei rapporti preliminari in cui un subbietto interviene nel termine attivo; e riteniamo che questo complesso non costituisce, a sua volta, un effetto giuridico per sé stante, sovraordinato ai rapporti singoli che lo compongono, ma si risolve in questi rapporti, e solo sta ad indicare la connessione tra essi esistente. Le varie questioni, in cui la costruzione dell'aspettativa come diritto subiettivo assumerebbe un interesse pratico, possono venire prospettate e risolte con esclusivo riferimento agli effetti preliminari singoli e, eventualmente, alla connessione fra essi esistente."

⁵³ P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 797, citando H. WÜRDINGER, *Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff*, München, 1928, riporta la definizione di aspettativa come la "concreta relazione, del soggetto in attesa, rispetto alla norma, in virtù della quale relazione la conseguenza della norma non è ancora a sua disposizione, ma tuttavia, sino a un certo punto, gliene è garantita l'applicazione. [...] L'aspettativa non conclude la fattispecie, ma ne rappresenta uno stadio intermedio".

⁵⁴ Si condivide la riflessione di S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, op. cit., 74 che afferma "L'aspettativa rappresenta, dunque, la proiezione sul piano formale della tutela che la legge offre a tale interesse individualizzato [i.e. l'interesse dell'acquirente sotto condizione]. Come questa posizione giuridica debba essere qualificata è invece questione di natura, in definitiva, esclusivamente nominale, una volta che si concordi sul fatto che essa esiste come entità giuridica, sorge per effetto immediato del contratto ed ha il contenuto desumibile dalle norme sulla pendenza della condizione."

esempio, che il venditore possa distruggere il bene, o comunque disporne con quell'ampiezza di poteri e facoltà di cui ancora godrebbe, se conservasse intatta la piena proprietà. A questa obiezione si risponde osservando che le limitazioni imposte al venditore non sono dovute al fatto che egli si sia privato in qualche misura di quel diritto di proprietà, di cui in precedenza poteva vantare la piena titolarità, come se ne avesse trasmesso al compratore una parte coincidente all'aspettativa. Al contrario, si deve ritenere che le limitazioni del venditore derivino dal contratto stesso di vendita, così come è stato previsto dalle parti: stipulando il contratto condizionato, il venditore si impegna a conservare integro il bene nell'eventualità che questo possa trasferirsi al compratore. Si conferma quindi che l'aspettativa non è un *quid* esistente prima del contratto condizionato, come se fosse ricompreso nel diritto di proprietà, e di cui il proprietario si possa privare, per trasmetterlo al compratore: prima del contratto condizionato, non esiste alcuna aspettativa, la quale sorgerà in capo al compratore solo a seguito della stipulazione.

L'analisi di questi due profili ci consente di raggiungere una conclusione in merito alla modalità di trasferimento del diritto che si realizza in sede di passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena. Abbiamo escluso, infatti, che l'aspettativa possa costituire oggetto di un trasferimento dal venditore al compratore⁵⁵: al contrario, si deve sostenere che, durante il periodo di incertezza, non si verifica alcun trasferimento, il quale si realizzerà, in un'unica soluzione, al momento del passaggio della proprietà piena in capo al compratore.

Emerge, così, con tutta evidenza, la differenza tra le vicende circolatorie che operano in caso di passaggio, rispettivamente dalla aspettativa o dalla proprietà risolubile, alla proprietà piena: il motivo di questa distinzione risiede proprio nella diversa natura delle due figure, accomunate solo dal fatto di rappresentare situazioni di precarietà. Mentre la proprietà risolubile può infatti essere vista come un trasferimento della proprietà che si realizza in due momenti, non è invece possibile applicare lo stesso schema nel caso di aspettativa, che abbiamo invece ricostruito come una posizione non riconducibile al diritto di proprietà, e che sorge in capo al compratore in modo autonomo, senza che sia necessario un comportamento da parte del venditore.

⁵⁵ Questo non esclude, però, che l'aspettativa condizionale possa formare oggetto di trasferimento dal compratore ad un terzo. Sul punto si rinvia a G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, op. cit., 165. Si veda anche S. MAIORCA, voce *Condizione*, op. cit., 309, che, a proposito del potere di trasferimento dell'aspettativa, afferma: "[...] più che una «distribuzione», o «scissione», del potere dispositivo, ovvero una «anticipazione» di tale potere, in vista dell'eventuale verificarsi dell'evento condizionale, dovrebbe individuarsi la presenza di una situazione fornita della stessa natura della situazione cui inerisce: e poiché tale situazione è una semplice aspettativa, anche la sua disponibilità dovrebbe non esprimersi se non come mera disponibilità di una aspettativa." Si segnala anche P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 783 e 797, secondo il quale il concetto comunemente accolto dalla dottrina è oggi quello della «trasferibilità» della aspettativa, al pari del diritto risolubile.

4.2 La riproduzione di uno schema di trasferimento del diritto valido anche al di fuori della logica condizionale

Resta da capire se il contratto non più condizionato sospensivamente sia in grado di riprodurre lo schema di trasferimento del diritto che conduce il compratore ad ottenere la titolarità della piena proprietà. Possiamo osservare che il passaggio dalla situazione di aspettativa alla proprietà piena, che si realizza, ad esempio, in caso di verifica della condizione sospensiva, non è legato al meccanismo condizionale, perché lo troviamo operante anche in un contesto estraneo alla logica della condizionalità e, precisamente, nel contratto a termine iniziale.

Si cercherà quindi di dimostrare che il contratto a termine iniziale presenta uno schema di trasferimento del diritto analogo a quello del contratto sospensivamente condizionato.

Si propone di seguito un parallelismo tra il contratto a termine e il contratto sospensivamente condizionato⁵⁶ esclusivamente dal punto di vista dei meccanismi di trasmissione del diritto, senza coinvolgere altri aspetti e senza voler forzare il dato normativo nel tentativo di avvicinare le due figure, che mantengono notevoli differenze non riducibili ad unità: per tutte, si pensi, ad esempio, al differente operare del rischio nella fase di pendenza. Con questa precisazione, è possibile procedere all'indagine.

Il contratto sospensivamente condizionato presenta uno schema di trasferimento del diritto così sintetizzabile: 1) unica iniziale manifestazione di volontà, prestata al momento di conclusione del contratto; 2) momento traslativo differito nel tempo rispetto al perfezionamento del contratto; 3) trasferimento del diritto che avviene in un unico momento.

Queste identiche caratteristiche si ritrovano anche nel caso di contratto a termine iniziale, nel quale è la volontà stessa delle parti a programmare un contratto che abbia effetto dal sopraggiungere del termine in poi, mentre, per il

⁵⁶ Il confronto tra condizione sospensiva e termine è svolto da numerosi autori con riguardo allo stato di aspettativa. In particolare, si richiama D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, op. cit., 107 "Diciamo che gli effetti, i quali sorgono durante la pendenza di una condizione sospensiva o durante il decorso di un termine iniziale, sono effetti preliminari in senso tecnico (cioè effetti che si producono prima della nascita dell'effetto definitivo), e rientrano pertanto in una categoria unitaria con quegli effetti preliminari, che sorgono mentre ancora manchi un elemento tipico della fattispecie. Diciamo questo perché riteniamo che, tanto in un negozio sottoposto a condizione sospensiva quanto in un negozio sottoposto a termine iniziale, gli effetti definitivi sorgono solo al verificarsi della condizione o allo scadere del termine". Si veda ad esempio anche A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 313, secondo il quale la clausola condizionale risolutiva e il relativo evento svolgono una funzione analoga al termine finale, in presenza del quale si producono degli effetti temporanei, che si risolveranno alla scadenza. In particolare, per l'aspettativa derivante dal negozio a termine si rimanda a G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, op. cit., 227.

periodo precedente, il compratore si trova in una fase di aspettativa del tutto simile a quella in cui si trova il compratore di una vendita sottoposta a condizione sospensiva. In entrambi i casi, al compratore è attribuita un'identica⁵⁷ possibilità di tutelare la propria pretesa nei confronti del venditore nell'attesa che si verifichi, in un caso, l'evento⁵⁸, nell'altro caso, il decorso del termine.

Se identica è l'aspettativa, diversa è però la situazione di sospensione che dovrebbe costituire il presupposto per attribuire al compratore questi poteri di tutela, fintanto che il contratto non produca effetti. Mentre nel caso della condizione sospensiva, la fase di pendenza si caratterizza per essere una situazione di precarietà, ossia di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda; nel caso di contratto a termine, la fase di sospensione non è incerta, ma solo futura. Di fatto, però, la sospensione legittima in entrambi i casi il compratore (futuro, in un caso, e probabile, nell'altro) a porsi in un'identica situazione di tutela rispetto al bene, la quale risulta motivata non tanto dall'incertezza del risultato finale, quanto piuttosto dall'esistenza di uno iato tra il momento della conclusione del contratto e quello del compimento degli effetti.⁵⁹

Posta quindi l'identità dello schema di trasferimento nel caso di contratto a termine e di contratto sospensivamente condizionato, perché in entrambi i casi la trasmissione del diritto avviene in un unico passaggio, dopo un iniziale periodo di aspettativa, si può ulteriormente osservare che la piena coincidenza tra gli schemi di trasferimento si instaura con l'ipotesi di contratto sospensivamente condizionato nel quale sia stata stabilita la irretroattività degli effetti. In entrambi questi due ultimi casi, il periodo di aspettativa precedente non viene, per così dire, assorbito o inglobato retroattivamente dal sopraggiungere della situazione definitiva.

La conclusione così raggiunta ci permette di affermare che, anche in un contesto estraneo alla logica della condizionalità, come è appunto il contratto a

⁵⁷ Così M. FACCIOLI, *I doveri preparatori della prestazione dovuta sotto condizione, Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4, 348, dove ricostruisce i doveri preparatori derivanti dall'obbligazione contratta sotto condizione sospensiva negli stessi termini in cui vengono generalmente intesi i doveri preparatori che gravano su chi si è posto nella posizione di debitore nel contesto di un rapporto obbligatorio sottoposto a termine di scadenza.

⁵⁸ D. BARBERO - A. LISERRE - G. FLORIDIA, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 2001, 265.

⁵⁹ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 204, a proposito dell'aspettativa afferma che "L'aspettativa - che sorge ogni qual volta le conseguenze giuridiche di un atto risultano sospese in rapporto ad un coelemento futuro- si specifica poi come aspettativa condizionale, quando sulla situazione di attesa grava l'incertezza circa il futuro subentrare degli effetti sospesi: vale a dire quando la sospensione della efficacia è dovuta alla necessità di un coelemento futuro ed incerto". Prosegue poi, nella nota n. 191, precisando che "L'aspettativa dell'atto condizionale deriva invero dal carattere del coelemento come futuro, e non già da quello della incertezza. Quest'ultimo serve unicamente a distinguere l'aspettativa derivante dal meccanismo della condizione da quella derivante dal meccanismo del termine: serve cioè a distinguere l'aspettativa condizionale da quella temporale."

termine iniziale, è possibile individuare uno schema di trasferimento del diritto che consente il passaggio dalla fase di aspettativa al raggiungimento della titolarità piena. Questa osservazione ci permette di dimostrare che tale schema di trasferimento del diritto può essere riprodotto anche al di fuori del meccanismo della condizione, potendo quindi trovare applicazione anche al caso di eliminazione della condizione sospensiva.

La rimozione della condizione sospensiva, infatti, interrompe la fase di pendenza, durante la quale il diritto di proprietà non è stato ancora trasferito, ma è sorta in capo al compratore una posizione di aspettativa⁶⁰, del tutto analoga a quella che abbiamo visto esserci in capo al compratore di una vendita a termine iniziale⁶¹. Poiché quindi il venditore ha ancora la piena proprietà del bene, questa potrà essere trasmessa al compratore, a séguito dell'eliminazione della condizione, che ostacolava l'immediata produzione degli effetti traslativi.

Alla luce di queste osservazioni possiamo quindi affermare che l'ipotesi di eliminazione della condizione sospensiva segue uno schema di trasferimento del diritto analogo a quello che opera in caso di verifica della condizione o –essendo lo stesso– in caso di contratto a termine, dove è possibile individuare le seguenti fasi: 1) la sussistenza di una semplice posizione di aspettativa in capo al compratore; 2) il trasferimento del diritto è differito rispetto al perfezionamento del contratto; 3) il trasferimento della proprietà piena avviene in un unico momento, e non contempla il precedente passaggio della proprietà risolubile.

4.3 La possibilità di produrre effetti definitivi consente di configurare un contratto modificativo

Lo schema di trasferimento così individuato ci fornisce tutti gli elementi utili per rispondere alla domanda posta all'inizio della nostra indagine, dove abbiamo ipotizzato che la possibilità di costruire l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo si misuri proprio sul fatto che sia il contratto iniziale a consentire la produzione degli effetti definitivi.

A tal proposito, si rivela decisivo instaurare un parallelismo tra l'ipotesi di verifica ed eliminazione della condizione sospensiva. Abbiamo già osser-

⁶⁰ P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 762; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, 228.

⁶¹ A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, 194 “[...] anche il negozio traslativo sub die, al pari di quello sottoposto a condizione, è produttivo di uno stato di pendenza (die Schwebestand) e che medio tempore il destinatario dell'acquisto (e sia esso l'acquirente a termine sospensivo o l'alienante a termine risolutivo) sarà titolare di una mera “aspettativa” (Anwartschaft), destinata a convertirsi in “effetto pieno”(Vollwirkung) solo alla scadenza del termine, aspettativa tutelata con gli stessi rimedi che si danno per il negozio sottoposto a condizione.”

vato che, nell'uno e nell'altro caso, opera lo stesso schema di trasferimento del diritto che consente il passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena. Resta da dimostrare che questo tipo di vicenda circolatoria si attiva per effetto di quell'unica, iniziale, manifestazione di volontà, prestata al momento della conclusione del contratto.

Si anticipa, fin da subito, una possibile obiezione: è vero che nel caso di eliminazione della condizione le parti esprimono una seconda manifestazione di volontà, ma questa è diretta nel senso di rimuovere l'elemento di incertezza rappresentato dalla stessa condizione, mentre non è necessaria per consentire la produzione degli effetti traslativi. Questo è possibile perché le parti hanno a disposizione un contratto che, anche senza la clausola condizionale, si rivela comunque in grado di produrre gli effetti definitivi per cui era stato predisposto.

Possiamo infatti osservare che il contratto sospensivamente condizionato è un contratto già programmato⁶² per produrre effetti differiti rispetto alla sua conclusione, a partire dal momento in cui si pone fine alla precarietà e si raggiunge un assetto di interessi definitivo. Se pensiamo che anche la rimozione della clausola condizionale comporta la fine dello stato di pendenza, possiamo concludere che, limitatamente a questo aspetto, parrebbe non esserci differenza se l'esaurirsi dell'incertezza sia determinato da un fatto (il verificarsi dell'evento) previsto nel contratto fin dall'inizio, oppure se venga meno a seguito di un altro fatto (l'eliminazione della condizione) non originariamente previsto dal contratto. In entrambi i casi, si arriva allo stesso risultato di eliminazione della precarietà, a seguito della quale il contratto potrà iniziare a produrre gli effetti, che sono stati sospesi durante la pendenza della condizione. In altre parole, possiamo sostenere che, in un contratto sospensivamente condizionato, la clausola condizionale opera come elemento impeditivo⁶³ rispetto alla produzione degli effetti⁶⁴, ragione per cui, una volta rimossa, viene ristabilita la possibilità del contratto di realizzare il trasferimento del diritto.

Se quindi l'atto traslativo trova la sua fonte nel contratto originario, non necessitando di nuove manifestazioni di volontà o di ulteriori atti di trasferi-

⁶² Si veda A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 81, che, in relazione al funzionamento della condizione sospensiva, descrive un meccanismo nel quale è "statuita la perfezione giuridica dell'atto al momento in cui viene posto in essere, e disposta la sospensione degli effetti (quindi venire sospesa la realizzazione degli interessi interni) fino al realizzarsi della situazione favorevole alla efficacia del negozio."

⁶³ R. CALVO, *Situazioni di appartenenza e garanzia nella riserva di proprietà*, *Rivista di Diritto Civile*, 2015, 863 "la condizione sospensiva opera all'interno dell'atto riverberandosi sui suoi effetti (eventuali), i quali si realizzano se, grazie al sopravvenire dell'accadimento condizionante, venga integrato l'elemento cui le parti hanno volontariamente riconosciuto efficacia costitutiva degli spostamenti patrimoniali (altrimenti la condizione rileverà quale mero fatto impeditivo assoluto)".

⁶⁴ Obbligatorio anche il rinvio a A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 240.

mento, allora si può concludere che l'eliminazione della condizione agisce come un contratto modificativo, che altera la struttura contrattuale originaria con la rimozione di un elemento, ma lasciando al contratto originario la possibilità di produrre gli effetti finali voluti dalle parti⁶⁵.

Rispetto a tale conclusione, si vuole prevenire una possibile obiezione, ponendo una precisazione con riguardo al caso di eliminazione della condizione risolutiva. Si potrebbe infatti dubitare del fatto che l'eliminazione della condizione, se sospensiva, possa essere realizzata con un contratto modificativo, mentre, se risolutiva, si debba ricorrere ad un altro contratto per la produzione degli effetti. In entrambi i casi, abbiamo visto che l'eliminazione della condizione produce il medesimo effetto di rimuovere l'incertezza e porre fine allo stato di precarietà: si deve quindi chiarire da cosa dipenda il diverso esito cui giungono i due tipi di condizione.

La differenza è dovuta al fatto che sono diversi non solo gli schemi di trasferimento del diritto che conducono al conseguimento della proprietà piena, ma anche le situazioni giuridiche soggettive di partenza, che abbiamo visto essere la proprietà risolubile e l'aspettativa.

Questo fa sì che, in caso di condizione risolutiva, il contratto che residua a seguito dell'eliminazione della clausola condizionale non sia più in grado di produrre l'effetto traslativo del diritto, ma sia necessaria una nuova ed ulteriore manifestazione di volontà delle parti. Secondo l'impostazione da noi proposta, è l'esistenza della condizione risolutiva che predispone una particolare modalità di trasferimento del diritto, che si realizza in più momenti: tale caratteristica non è riproducibile al di fuori del meccanismo condizionale, tolto il quale, il trasferimento della piena proprietà richiede una nuova prestazione di consenso. Si compromette, così, definitivamente la possibilità di ricostruire la vicenda come un contratto modificativo, che dovrebbe, invece, consentire al contratto originario, seppur modificato, di produrre gli effetti definitivi voluti dalle parti.

Diversamente, è possibile riconoscere un contratto modificativo nell'ipotesi di condizione sospensiva, la cui rimozione non impedisce al contratto originario di imporsi come unica fonte⁶⁶ del momento traslativo. Il contratto sospensivamente condizionato è un contratto che è stato programmato⁶⁷ per produrre effetti in modo differito, a partire dal momento in cui si esaurisce l'in-

⁶⁵ Nel senso di interpretare come modificativo la rinuncia alla condizione, si veda S. PIRAS, *Appunti sulla novazione*, Sassari, 1948, 41 in nota, secondo il quale essa non dà luogo ad una estinzione, bensì ad una "modifica oggettiva qualitativa nel contenuto del rapporto o posizione giuridica in questione, mantenendosi questa in vita nonostante la detta vicenda".

⁶⁶ Il contratto modificativo non sostituisce la fonte regolatrice del rapporto, che resta quella originaria: si veda N. IRTI, *La ripetizione*, op. cit., 145 "[...] i negozi modificativi non generano né regolano il rapporto, ma si limitano a restringere o ad ampliare il contenuto del negozio anteriore".

⁶⁷ A. FALZEA, voce *Condizione*, op. cit., 2.

certezza della fase di pendenza: l'eliminazione della condizione rimuove tale incertezza e consente al contratto originario di produrre gli effetti per il quale era stato concluso. Questo risultato non si contraddice con la volontà delle parti di uscire dalla logica della condizionalità, perché tale schema di passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena non è legato all'esistenza della condizione, ma è riproducibile anche in contesti del tutto distinti, come, ad esempio, nel contratto a termine iniziale.

5. L'eliminazione della condizione nei contratti ad effetti obbligatori

Le conclusioni così raggiunte non possono essere riproposte per i contratti ad effetti obbligatori, per i quali, come è noto, non trovano applicazione i concetti di proprietà risolubile o di aspettativa. Il dato che colpisce risiede piuttosto nel fatto che, in questa tipologia contrattuale, è la stessa apposizione della condizione che viene ad assumere un significato peculiare⁶⁸.

Se iniziamo l'analisi prendendo a modello la condizione risolutiva, si può notare che la sua eliminazione andrebbe ad operare su un contratto che, durante la pendenza della condizione, non solo ha già prodotto effetti, ma ha visto il rapporto stesso ormai esaurirsi⁶⁹. L'esecuzione del contratto durante la fase di pendenza paralizza il meccanismo condizionale, rendendolo inutilizzabile, dal momento che l'adempimento porta ad estinguere l'obbligazione. Da ciò è giustificato concludere che l'adempimento, se avviene prima del verificarsi dell'evento, va a frustrare la stessa funzione della condizione risolutiva, in quanto il

⁶⁸ M. ALLARA, *Contributo alla teoria della novazione condizionale nel diritto civile italiano*, *Rivista di Diritto Civile*, 1926, 313.

⁶⁹ In senso analogo si richiama M. COSTANZA, Art. 1360 c.c., Commentario del Codice Civile, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna, 1997, 130 "Le considerazioni svolte in relazione alla c.d. proprietà risolubile non sono, però, suscettibili di generalizzazione e, soprattutto, di estensione alle situazioni creditorie, che si estinguono con l'esecuzione della prestazione. Rispetto ai contratti ad effetti obbligatori e ad esecuzione istantanea l'avveramento della condizione risolutiva non può determinare la caducazione di un rapporto che si è ormai esaurito, con l'adempimento. L'efficacia immediata dell'atto sottoposto a condizione risolutiva comporta l'esigibilità della prestazione e quindi l'obbligo di attuare gli impegni assunti. Se interviene la risoluzione, la prestazione non può essere eliminata; essa, al più, può essere restituita perché viene meno la sua ragione giustificativa. Ma l'insussistenza della causa giustificativa non può che essere riferita al momento dell'avveramento." L'A. prosegue prendendo una posizione rispetto alla quale, come si vedrà, ci si discosta "Perché possa sussistere una condizione risolutiva, occorre, perciò, che il rapporto contrattuale sia destinato a durare nel tempo. Se questa è la sola situazione che connota la condizione risolutiva, viene meno ogni problema di retroattività. Il secondo comma della norma in esame stabilisce espressamente che nei contratti di durata l'avveramento della condizione risolutiva non intacca le prestazioni svolte. Si può quindi affermare che la condizione risolutiva e non la sua efficacia retroattiva, trovano un limite operativo nel caso di contratti obbligatori non di durata."

rapporto si è già estinto, e non può essere più risolto successivamente⁷⁰.

In questa ipotesi, l'adempimento, che si realizza prima del verificarsi della condizione, mal si concilia con lo stesso meccanismo condizionale, perché va a togliere rilevanza all'evento; inoltre, dal punto di vista strutturale, lascia aperto un interrogativo, che è quello di domandarsi come possa un'obbligazione, che si è estinta mediante l'adempimento, continuare ad essere considerata come suscettibile di risoluzione qualora si verificasse l'evento dedotto in condizione.

Quello che viene in questione è la stessa funzione assunta dalla condizione, che, come abbiamo visto, serve per consentire alle parti di esprimere lo stato di incertezza in cui si trovano rispetto alla futura spettanza del diritto: se, però, durante il periodo di pendenza, il credito è non solo esistente, ma anche esigibile, allora viene a mancare la stessa necessità di tutelare una situazione di precarietà che, nei fatti, non sussiste. Durante la pendenza della condizione, il creditore può esigere l'adempimento e quindi non ha più senso parlare di incertezza riguardo alla posizione assunta dal debitore, se a quest'ultimo può essere richiesto comunque di adempiere. L'unico modo per superare queste difficoltà è quello di considerare la condizione operante solo rispetto ad un rapporto non ancora esaurito⁷¹: non importa quindi se il rapporto obbligatorio sia istantaneo o di durata, ma è necessario invece che l'adempimento non si sia ancora realizzato⁷².

Questa conclusione trova conferma nel fatto che la disciplina generale della condizione difficilmente è operante rispetto ai contratti obbligatori: si pensi, ad esempio, alle norme previste in merito all'esercizio del diritto e al comportamento delle parti nello stato di pendenza (artt. 1356 e 1358 c.c.), che incontrano un ostacolo proprio in relazione al principale modo di esercizio del diritto di credito, ossia l'adempimento. Se, infatti, il debitore offre di adempiere un credito sottoposto a condizione risolutiva, e il creditore accetta, ci si domanda come sia possibile accettare l'adempimento e, allo stesso tempo, "conservare integre le ragioni dell'altra parte" (art. 1358 c.c.). A questa domanda si deve rispondere che l'adempimento, anche se si svolge durante la fase di pendenza della condizione, è pienamente idoneo a condurre il rapporto alla sua estinzione, negandosi in radice la possibilità di configurare un "adempimento precario"⁷³. Si conferma,

⁷⁰ Si veda F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, 273, nota n.184.

⁷¹ Si segnala la vicinanza del tema rispetto al recesso convenzionale, in relazione al quale "la stessa norma generale dell'art. 1373 c.c. preveda, nell'ultimo comma, la possibilità di pattuire l'esercizio del recesso *re non integra*, anche dopo, cioè, che il contratto abbia avuto compiuta esecuzione": la citazione è di G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, op. cit., 94. È comunque da rilevare la differenza che intercorre tra il contratto che abbia avuto un principio di esecuzione e quello invece che sia stato adempiuto.

⁷² Questa conclusione trova conferma nella disciplina prevista all'art. 1360 c.c. per i rapporti di durata, rispetto ai quali la condizione non opera per le prestazioni che sono già state eseguite.

⁷³ A tal proposito, si può osservare che il fatto che in caso di condizione risolutiva si ritenga

quindi, anche da questo profilo, l'inconciliabilità tra esecuzione del contratto nello stato di pendenza, e permanenza del congegno condizionale.

Passando ora alla condizione sospensiva, vedremo che essa, come noto, determina l'inesistenza dell'obbligazione e del corrispondente diritto di credito durante lo stato di pendenza⁷⁴, motivo per cui si è affermato che il credito sottoposto a condizione sospensiva non è né esigibile⁷⁵ né compensabile, in quanto è inesistente, o, più correttamente, è incerto⁷⁶. L'eliminazione della condizione sospensiva assume perciò la funzione di attribuire certezza al rapporto creditore, considerandolo come definitivamente sorto ed esigibile.

Possiamo quindi concludere con un'osservazione comune ai contratti obbligatori, relativa al fatto che la condizione ivi apposta, sia essa sospensiva o risolutiva, impedisce in ogni caso la produzione degli effetti nello stato di pendenza, ragion per cui l'adempimento del contratto *medio tempore* assume il significato di eliminare la condizione. L'esecuzione del contratto, infatti, esprime la volontà delle parti di produrre gli effetti e di renderli definitivi, ossia di considerare il contratto come se non fosse più condizionato.

Nella condizione risolutiva, sebbene il credito sia esistente ed esigibile, si deve considerare che, se le parti vogliono che il contratto si risolva a seguito del verificarsi dell'evento condizionale, allora è logico che non potranno eliminare il rapporto mediante il suo adempimento. Se vogliono far sì che la sorte del contratto dipenda dalla condizione, dovranno astenersi dall' eseguire il contratto⁷⁷, finché l'evento non sia verificato o mancato.

ammissibile la disciplina dell'indebito, non inficia la validità dell'adempimento ad estinguere l'obbligazione, ma rivela piuttosto un'incongruenza, che consiste nel consentire al meccanismo condizionale di funzionare anche quando l'obbligazione, cui è apposta la condizione, è stata estinta per adempimento. Non si può, peraltro, fare a meno di notare che la disciplina dell'indebito non è prevista dal codice in materia di condizione, per cui il ricorso all'indebito altro non sarebbe che un'applicazione alla condizione risolutiva della disciplina prevista per il caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) che, come noto, non è invece applicabile alla risoluzione per inadempimento. Questo rilievo contribuisce a rafforzare i dubbi in merito alla possibilità di applicare la disciplina dell'indebito in caso di condizione risolutiva.

⁷⁴ Si veda G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., p. 462.

⁷⁵ Non è esigibile, ma comunque consente al probabile creditore di tutelare la propria posizione, come se il credito fosse già certo. Si pensi alla possibilità di esercitare l'azione revocatoria anche per un credito sospensivamente condizionato, in tal modo consentendo al futuro e probabile creditore di anticipare la tutela che spetta a chi è già titolare del diritto. Per una maggiore disamina degli atti conservativi a disposizione del creditore condizionale si rimanda a M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, op. cit., 141.

⁷⁶ C. M. BIANCA, *Le obbligazioni*, Milano, 1990, 484, parla di incertezza del credito, più che di inesistenza: "il credito incerto è solo quello sottoposto a condizione sospensiva. La condizione risolutiva invece non influisce sulla certezza attuale, ma casomai solo sulla sua certezza futura".

⁷⁷ Abbiamo visto però che la condizione risolutiva non impedisce di porre in essere atti di disposizione del diritto, che non implicano però la sua esecuzione, come la cessione.

La stessa considerazione vale per il caso di condizione sospensiva⁷⁸, dove, durante la sua pendenza, il vincolo è da ritenere inesistente⁷⁹ e il credito è inesigibile⁸⁰, finché non si avvera la condizione: se, però, *medio tempore*, il credito viene comunque adempiuto⁸¹, viene meno anche il nesso condizionale che lega la sorte del contratto al verificarsi o meno dell'evento.

Abbiamo così dimostrato che, in entrambi i casi, sarà possibile eliminare la condizione per fatti concludenti⁸², semplicemente attraverso l'esecuzione del contratto⁸³.

6. Uno sguardo comparatistico tra Francia e Germania

L'eliminazione della condizione non trova una specifica disciplina nemmeno negli ordinamenti più vicini al nostro: potrebbe essere questa la ragione per cui i pochi autori che se ne sono occupati pervengono spesso a soluzioni contrapposte.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, è stato affermato che l'introduzione o la soppressione di una condizione provochi la novazione dell'obbligazione: "en effet, la modification ne saurait détruire le lien de droit dans lequel elle intervient: l'introduction d'une condition suspensive par exemple, alors que la

⁷⁸ A. ALAMANNI, *La modifica del contratto, l'identità e gli effetti*, op. cit., 220, in cui segnala che "in giurisprudenza è stato affermato il principio di diritto per cui la condizione sospensiva viene sempre meno qualora, prima del suo avveramento, le parti diano al contratto 'completa e spontanea esecuzione'. Detto adempimento in un tempo anteriore al verificarsi dell'evento impedirebbe alla condizione- sempre e comunque- di conservare la propria efficacia, derivandone l'ulteriore e indiretta conseguenza della perdita di rilevanza del fatto dedotto rispetto al proseguo del rapporto".

⁷⁹ Così anche secondo R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, op. cit., 227: "L'effetto della condizione è di sospendere l'obbligazione fino a tanto che la condizione sia adempiuta, o si reputi adempiuta. Nulla è dovuto fino a quell'epoca, e non vi è che la semplice speranza del debito futuro: *Pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri*."

⁸⁰ Si veda V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, op. cit., 159, che mostra come, anche nelle fonti romane, non fosse possibile per il creditore sotto condizione domandare il pagamento. L'A. analizza anche l'ipotesi in cui il debitore paghi per errore il debito sotto condizione sospensiva, credendolo puro e semplice: in tal caso, il debitore avrà a disposizione la ripetizione dell'indebito, ma è evidente la lontananza dall'ipotesi da noi considerata: nell'eliminazione della condizione non c'è traccia di errore, ma, al contrario, si manifesta la volontà dei contraenti di uscire dalla logica condizionale.

⁸¹ B. COLOSIMO, *Adempimento in pendenza di condizione e negozio modificativo*, *Obbligazioni e Contratti*, 2011, 3, 178.

⁸² La possibilità di una modifica tacita in caso di "esecuzione di una obbligazione inefficace perché sottoposta a condizione" è confermata da A. ALAMANNI, *La modifica del contratto, l'identità e gli effetti*, op. cit., 222.

⁸³ A. M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, *Rassegna di Diritto Civile*, 1994, 526.

transformation d'une obligation sous condition suspensive en obligation pure et simple déboucherait plus précisément sur une véritable création puisque le lien originaire n'existe pas 'pendante conditione'⁸⁴.

Di diversa opinione, invece, è la dottrina tradizionale, secondo la quale non è possibile configurare una novazione, laddove l'*aliquid novi* ricada su di un elemento accessorio⁸⁵ e non vi è dubbio che la condizione rientri in tale ultima categoria. Nonostante queste differenti prese di posizione sulla natura giuridica dell'operazione di cui trattiamo, anche la giurisprudenza⁸⁶ d'Oltralpe ha riconosciuto la possibilità per le parti di rinunciare alla condizione prima che si sia avverata⁸⁷: rinuncia che in tal caso coincide con l'ipotesi qui esaminata di eliminazione della condizione.

Anche in Germania troviamo spunti interessanti sempre con riguardo al caso di rinuncia⁸⁸ della condizione, la cui ricostruzione dogmatica si rivela non priva di contraddizioni⁸⁹, ma alla quale è pacificamente riconosciuta la natura di negozio modificativo⁹⁰. Possiamo ritenere che anche la diversa ipotesi di eliminazione della condizione sarebbe da ricondurre al contratto modificativo, in ragione del generale ricorso a questo negozio, che è in grado di mantenere l'identità e il medesimo scopo economico dell'accordo originario⁹¹, preferendolo rispetto a soluzioni che prevedono l'estinzione e la creazione di un nuovo accordo.

⁸⁴ Così A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, op. cit., 132.

⁸⁵ P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Droit des obligations*, Paris, 2018, 693.

⁸⁶ Così Ordonnance 10.02.2016, commentata da P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Droit des obligations*, op. cit., 738.

⁸⁷ P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Droit des obligations*, op. cit., 738 "une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli, c'est-à-dire tant que l'incertitude n'a pas été dissipée".

⁸⁸ Lo si deduce da S. LORENZ - V. EICHHORN, *Grundwissen – Zivilrecht: Bedingung und Befristung, Jus*, 2017, 393 "[...] Die Schwebelage, in der sich ein bedingtes Rechtsgeschäft befindet kann jedoch nicht nur durch den Eintritt oder Ausfall einer Bedingung, sondern auch durch den einseitigen Verzicht desjenigen beendet werden, zu dessen Gunsten die Bedingung vereinbart war."

⁸⁹ Si veda S. A. E. MARTENS, *Grundfälle zu Bedingung und Befristung, Jus*, 2010, 481: "Der 'Verzicht' auf eine Bedingung wirft einige dogmatische Probleme auf, denn es lässt sich schon nicht genau fassen, wer hier auf was genau 'verzichtet'. Eine Bedingung ist kein subjektives Recht, sondern regelt das Bestehen von Rechtswirkungen."

⁹⁰ Si rinvia a H. P. WESTERMANN, *Eintritt und Ausfall der Bedingung, Verzicht auf die Bedingung, Münchener Kommentar, BGB § 158*, Munich, 2018, 44: "Verzicht auf eine Bedingung ist Abänderung des Rechtsgeschäfts, einseitig also nur möglich, wenn der Verzichtende allein über das ihm durch die Bedingung vorbehaltenene Recht verfügen kann."

⁹¹ Così K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, 1, Allgemeiner Teil*, Munich, 1987, 91 "Die Identität des Schuldverhältnisses kann sich also entweder daraus ergeben, daß die geschuldete Leistung dieselbe bleibt, oder das, trotz einer Änderung des Leistungsgegenstandes, der wirtschaftliche Zweck beider Vertragspartner der gleiche geblieben ist."

Il diritto tedesco dedica, infatti, al negozio modificativo una precisa disciplina positiva, collocandola al paragrafo 311 del BGB⁹², e conferendogli una preferenza⁹³ a discapito della novazione⁹⁴, che invece non compare più all'interno del Codice civile riformato. La ragione di questa scelta è stata ricondotta a motivi di opportunità⁹⁵, dal momento che è possibile raggiungere gli stessi obiettivi, cui mira la novazione, attraverso altri strumenti giuridici, primo tra tutti, l'Änderungsvertrag.

7. Note conclusive sul rapporto tra contratto modificativo ed eliminazione della clausola condizionale

Al termine dell'indagine, possiamo concludere che non sempre l'operazione di eliminazione della condizione di un contratto può essere posta in essere con un contratto modificativo. I motivi che hanno condotto a questa conclusione derivano dal fatto che il risultato cui mirano le parti non si riduce alla sola caducazione della clausola condizionale inizialmente apposta al contratto, ma consiste nell'ottenimento di quegli effetti definitivi, che il contratto condizionato, durante tutta la fase di pendenza, non è in grado di realizzare.

Nei contratti ad effetti traslativi, la configurazione di un contratto modificativo dipende direttamente dal fatto che il contratto originario possa costituire la fonte degli effetti definitivi, anche a seguito dell'eliminazione della condizione.

Nei contratti ad effetti obbligatori, invece, se la produzione degli effetti definitivi è posta in essere direttamente dalle parti mediante l'esecuzione del contratto già durante la fase di pendenza, viene frustrata la stessa funzione della condizione, dal momento che gli effetti sono stati già prodotti, senza attendere il verificarsi o meno dell'evento.

In tutti i tipi di contratto che abbiamo analizzato, l'eliminazione della condizione assume senza dubbio il significato di modificare il regolamento inizialmente predisposto con l'apposizione della condizione, che imponeva al contratto la cifra della precarietà, durante tutta la fase di pendenza. L'eliminazione della condizione esprime così la volontà di uscire dalla logica della condizionalità e dall'incertezza rispetto alle sorti del contratto, dimostrando il raggiungimento

⁹² Per una disamina del negozio modificativo nel diritto tedesco si rinvia a R. SCHULZE, *BGB § 311, Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*, Munich, 2019.

⁹³ Si veda A. ZACCARIA, voce *Novazione*, *Digesto discipline Privatistiche*, Milano, 1995, 23.

⁹⁴ O. JAUERNIG - A. STADLER, *Änderungs- und Aufhebungsverträge*, BGB § 311, *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*, Munich, 2018.

⁹⁵ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, op. cit., la ritiene piuttosto una "valutazione di pratica inutilità".

di interessi definitivi che si rispecchiano nella volontà che il contratto inizi anch'esso a produrre effetti certi e non più precari.

Ad un comune intento modificativo o, più precisamente, regolamentare⁹⁶ del rapporto, non corrisponde, però, sempre un contratto modificativo, perché tale modifica può essere realizzata anche con altri strumenti⁹⁷, che abbiamo visto essere o la conclusione di un nuovo contratto, dal contenuto identico ma privo della condizione, oppure la stessa esecuzione del contratto⁹⁸. Possiamo quindi rilevare, in conclusione, che sotto il nome di modifica del negozio trovano spazio numerosi strumenti giuridici, non necessariamente riconducibili al contratto modificativo.

⁹⁶ Sui contratti regolamentari si rinvia a F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, *Rivista di Diritto civile*, 1963, 1, 388.

⁹⁷ G. GORLA, *Quid dei pacta adiecta ex intervallo spunti per una ricerca comparatistica*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1966, 265.

⁹⁸ In tal senso anche R. SACCO, *Il contratto*, 2, *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 11 “[...] ‘regolamentare’ è termine più ampio di ‘modificazione’ [...] la vita di un rapporto è ampiamente influenzata da una serie di cause capaci di modificarlo”.